



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران  
علیه السلام

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



دروس خارج فقه  
سال ۹۱-۹۲  
حضرت آیت الله شریعی زنجانی

(( به همراه صوت دروسی ))

WWW.GHBOOK.IR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

آرشیو دروس خارج فقه آیت الله العظمی سید موسی شبیری (حسینی) زنجانی ۹۱-۹۲

نویسنده:

آیت الله العظمی سید محمد جواد شبیری زنجانی

ناشر چاپی:

سایت مدرسه فقاہت

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

## فهرست

۵	فهرست
۱۰	آرشیو دروس خارج فقه آیت الله العظمی سید موسی شبیری (حسینی) زنجانی ۹۱-۹۲
۱۰	مشخصات کتاب
۱۰	متن درس خارج فقه حضرت آیت الله شبیری زنجانی - شنبه ۱ مهر ماه ۹۱/۰۷/۰۱
۱۶	متن درس خارج فقه حضرت آیت الله شبیری زنجانی - یکشنبه ۲ مهر ماه ۹۱/۰۷/۰۲
۲۲	تعریف بیع ۹۱/۰۷/۰۳
۲۹	ثمن قرار گرفتن منفعت ۹۱/۰۷/۰۴
۳۴	ثمن قرار گرفتن اقسام حقوق در بیع ۹۱/۰۷/۰۵
۳۹	ثمن قرار گرفت حقوق غیر قابل انتقال و حقوق قابل انتقال ۹۱/۰۷/۰۸
۴۲	عوض قرار گرفتن حقوق در بیع و نقض های وارد شده بر تعریف بیع ۹۱/۰۷/۰۹
۴۶	نقض های وارد شده بر تعریف بیع ۹۱/۰۷/۱۰
۵۳	بررسی دو نظریه در تعریف بیع (نظریه شیخ اسد الله شوشتری و فاضل نراقی) ۹۱/۰۷/۱۱
۵۹	تعریف بیع (نقض های وارد شده بر تعریف شیخ) ۹۱/۰۷/۱۲
۶۷	قید تعقب قبول در مفهوم بیع ۹۱/۰۷/۱۵
۷۴	تفسیر معاطات ۹۱/۰۷/۱۶
۷۹	برخی از اقسام معاطاه ۹۱/۰۷/۱۷
۸۷	اقوال در معاطاه (حصول اباحه یا ملکیت؟) ۹۱/۰۷/۱۸
۹۳	اقوال در معاطاه ۹۱/۰۷/۲۲
۱۰۳	اقوال ششگانه در معاطاه ۹۱/۰۷/۲۳
۱۰۶	بررسی ادله معاطاه ۹۱/۰۷/۲۴
۱۱۱	دلالت آیه «احل الله البیع» بر صحت بیع ۹۱/۰۷/۲۶
۱۱۷	دلالت آیه «احل الله البیع» بر صحت بیع ۹۱/۰۷/۲۹
۱۲۳	استدلال به برخی از آیات برای صحت معاطاه ۹۱/۰۷/۳۰
۱۲۹	بررسی دلالت آیه «الا ان تکون تجاره عن تراضٍ» ۹۱/۰۸/۰۱

- ۱۳۶ ----- استدلال به آیه «وفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۰۶
- ۱۴۲ ----- استدلال به آیه «وفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۰۷
- ۱۴۹ ----- استدلال به آیه «وفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۰۸
- ۱۵۷ ----- بررسی اشکالات وارده بر استدلال به آیه «وفوا بالعقود» ۹۱/۰۸/۰۹
- ۱۶۵ ----- اشکالات وارده بر استدلال به «وفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۱۰
- ۱۷۱ ----- استدلال به آیه قنطار و «لناس مسلطون علی اموالهم» بر صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۱۴
- ۱۷۸ ----- استدلال به «لناس مسلطون علی اموالهم» بر صحت معاطاه و اشکالات شیخ و آخوند و ... ۹۱/۰۸/۱۵
- ۱۸۷ ----- اشکالات وارد بر استدلال به روایت «لناس مسلطون» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۱۶
- ۱۹۵ ----- استدلال به آیه «لاتأکلوا اموالکم...» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۱۷
- ۲۰۱ ----- مروری بر ادله صحت معاطاه ۹۱/۰۹/۱۱
- ۲۰۸ ----- ادله صحت و لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۱۲
- ۲۱۷ ----- بررسی دلیل استصحاب برای اثبات لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۱۳
- ۲۲۴ ----- بررسی دو اشکال وارد شده بر استصحاب کلی لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۱۴
- ۲۳۰ ----- بررسی تنجیز علم اجمالی ۹۱/۰۹/۱۵
- ۲۳۵ ----- تنجیز یا ترخیص در علم اجمالی ۹۱/۰۹/۱۸
- ۲۴۲ ----- ادامه بررسی احکام علم اجمالی ۹۱/۰۹/۱۹
- ۲۴۹ ----- جریان استصحاب در شک در مقتضی و شک در رافع ۹۱/۰۹/۲۱
- ۲۵۷ ----- بررسی دلیل استصحاب بر لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۲۲
- ۲۶۴ ----- بررسی دلیل استصحاب بر لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۲۵
- ۲۶۹ ----- دلیل استصحاب برای اثبات لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۲۶
- ۲۷۶ ----- استدلال به «لناس مسلطون» بر لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۲۷
- ۲۸۳ ----- بررسی ادله سلطنت و روایت «لایحل مال امرئ...» ۹۱/۰۹/۲۸
- ۲۸۹ ----- استدلال به روایت «لایحل...» و روایت «لاتأکلوا اموالکم...» ۹۱/۰۹/۲۹
- ۲۹۶ ----- استدلال به دو قسمت آیه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا أن...» ۹۱/۱۰/۰۲
- ۳۰۴ ----- ایراد محشین به بیان شیخ در استدلال به «لاتأکلوا...» ۹۱/۱۰/۰۳
- ۳۱۲ ----- مروری بر ادله لزوم معاطاه ۹۱/۱۰/۰۴

۳۱۹	.....	۹۱/۱۰/۰۵	بررسی دلیل اجماع در لزوم معاطاه
۳۲۷	.....	۹۱/۱۰/۰۶	دلالت اجماع، قواعد و روایات بر لزوم یا جواز معاطاه؟
۳۳۴	.....	۹۱/۱۰/۰۹	بررسی دلالت روایت «نما يحلل الكلام...» بر بطلان معاطاه
۳۴۱	.....	۹۱/۱۰/۱۰	بیان معنای روایت «نما يحلل الكلام و يحرم الكلام»
۳۴۳	.....	۹۱/۱۰/۲۶	بررسی صور مختلف معاطاه
۳۴۸	.....	۹۱/۱۰/۲۷	جریان شرایط صحت بیع در معاطاه
۳۵۴	.....	۹۱/۱۰/۳۰	جریان اختیارات بیع در باب معاطاه
۳۵۷	.....	۹۱/۱۱/۰۲	جریان اختیارات در معاطاه
۳۶۱	.....	۹۱/۱۱/۰۳	جریان اختیارات مختلف در معاطاه
۳۶۴	.....	۹۱/۱۱/۰۴	لزوم اعطاء طرفینی در معاطاه (تنبیه دوم)
۳۷۰	.....	۹۱/۱۱/۰۷	تمییز بایع و مشتری در معاطاه
۳۷۴	.....	۹۱/۱۱/۰۸	تمییز بایع و مشتری در معاطاه
۳۷۸	.....	۹۱/۱۱/۰۹	صور متعدد در معاطاه بر حسب قصد متعاطین
۳۸۲	.....	۹۱/۱۱/۱۴	تصویر اقسام معاطاه
۳۸۷	.....	۹۱/۱۱/۱۵	احکام صور مختلف در معاطاه
۳۹۴	.....	۹۱/۱۱/۱۶	صور مختلف معاطاه
۴۰۱	.....	۹۱/۱۱/۱۷	جمع بین ادله ی تحریم تصرفات غیر مالک و دلیل «الناس مسلطون»
۴۰۸	.....	۹۱/۱۱/۱۸	جمع بین ادله سلطنت و ادله توقف تصرفات بر ملک
۴۱۵	.....	۹۱/۱۱/۲۳	معاطاه در غیر بیع
۴۲۰	.....	۹۱/۱۱/۲۴	جریان معاطاه در اجاره و هبه (بررسی فرمایش محقق ثانی)
۴۲۶	.....	۹۱/۱۱/۲۵	جریان معاطاه در هبه و رهن
۴۳۱	.....	۹۱/۱۱/۲۸	جریان معاطاه در رهن و وقف
۴۳۸	.....	۹۱/۱۱/۲۹	ملزومات معاطاه «تلف عینین»
۴۴۴	.....	۹۱/۱۱/۳۰	ملزومات معاطاه «تلف عینین»
۴۵۲	.....	۹۱/۱۲/۰۱	ملزومات معاطاه «تلف»
۴۵۵	.....	۹۱/۱۲/۰۲	ملزومات معاطاه «تلف عین»

۴۶۰	ملزمات معاطاه «تلف» ۹۱/۱۲/۰۵
۴۶۹	ملزمات معاطاه «تلف عین بنا بر قول به اباحه» ۹۱/۱۲/۰۶
۴۷۵	ملزمات معاطاه «تلف عین بنا بر قول به اباحه» ۹۱/۱۲/۰۷
۴۸۱	ملزمات معاطاه «تلف» ۹۱/۱۲/۰۸
۴۸۸	ملزمات معاطاه «بررسی کلمات شیخ(ره) در تلف» ۹۱/۱۲/۰۹
۴۹۵	مباحث مرحوم ایروانی در تنبیهات معاطاه ۹۱/۱۲/۱۲
۵۰۴	بررسی مباحث مرحوم ایروانی در تنبیهات معاطاه ۹۱/۱۲/۱۳
۵۱۰	بررسی قاعده سی علی الید در منابع اهل سنت ۹۱/۱۲/۱۴
۵۱۸	جریان استصحاب بعد از تلف در معاطاه ۹۱/۱۲/۱۵
۵۲۶	مقصود شیخ از تأسیس اصل در ملزمات معاطاه (تنبیه ششم) ۹۱/۱۲/۱۶
۵۳۳	برخی از مباحث تنبیه ششم معاطاه ۹۱/۱۲/۲۰
۵۳۸	تنبیه هفتم معاطاه ۹۱/۱۲/۲۲
۵۴۲	بررسی تنبیه هفتم معاطاه ۹۱/۱۲/۲۳
۵۵۰	معاطاه حکمی (الحاق انشائات غیر ملزم به معاطاه) ۹۲/۰۱/۱۰
۵۵۶	الامر الثامن: معاطاه حکمی (الحاق انشائات غیر ملزم به معاطاه) ۹۲/۰۱/۱۱
۵۶۵	اعتبار لفظ در عقود (بیع اخرس) ۹۲/۰۱/۱۷
۵۷۳	اعتبار لفظ در عقود (بیع اخرس) ۹۲/۰۱/۱۸
۵۸۳	عمومیت حدیث رفع نسبت به آثار وضعیه ۹۲/۰۱/۱۹
۵۸۹	بررسی فرمایش شیخ در اشاره و معاطاه- تقدم کتابت و اشاره بر یکدیگر ۹۲/۰۱/۲۰
۵۹۷	برخی بررسی روایات کتابت در طلاق ۹۲/۰۱/۲۱
۶۰۶	انشاء بیع با مجاز و کنایه ۹۲/۰۱/۲۶
۶۱۴	چند نکته راجع به فرمایشات شیخ _ مانعیت قدر متیقن در تمسک به اطلاق ۹۲/۰۱/۲۷
۶۲۰	بررسی شرط تقدم ایجاب بر قبول ۹۲/۰۱/۲۸
۶۲۶	استدلال بر اشتراط یا عدم اشتراط تقدم قبول بر ایجاب در بیع ۹۲/۰۱/۳۱
۶۳۳	صور تقدم قبول بر ایجاب ۹۲/۰۲/۰۱
۶۴۴	صحت لغوی و شرعی تقدم قبول ۹۲/۰۲/۰۲



۶۴۷	.....	۹۲/۰۲/۰۳	بررسی سه صورت قبول متقدم بر ایجاب
۶۵۳	.....	۹۲/۰۲/۰۴	بررسی نقد مرحوم ایروانی بر فرمایش شیخ در قبول متقدم
۶۵۸	.....	۹۲/۰۲/۰۷	بررسی صور تقدم قبول
۶۶۶	.....	۹۲/۰۲/۰۸	بررسی کلام شیخ طوسی در تقدم قبول- اعتبار موالات در ایجاب و قبول
۶۷۲	.....	۹۲/۰۲/۰۹	اشترای تنجیز در صحت بیع
۶۷۸	.....	۹۲/۰۲/۱۰	اقسام تعلیق در بیع و بیان احکام آن
۶۸۸	.....	۹۲/۰۲/۱۵	احکام صورت تعلیق
۶۹۷	.....	۹۲/۰۲/۱۶	بیان احکام صور تعلیق
۷۰۵	.....	۹۲/۰۲/۱۷	اشکالات شیخ بر استدلال صاحب جواهر به «أوفوا بالعقود» برای بطلان تعلیق در بیع
۷۱۴	.....	۹۲/۰۲/۱۸	اشترای تطابق بین ایجاب و قبول
۷۲۲	.....	۹۲/۰۲/۲۱	اشترای اهلیت متعاقبین در زمان عقد
۷۲۸	.....	۹۲/۰۲/۲۲	اقوال در اشترای اهلیت ایجاب و قبول در کل زمان عقد
۷۳۷	.....	۹۲/۰۲/۲۳	بررسی نقض آقاسید محمد کاظم بر مرحوم شیخ
۷۴۲	.....	۹۲/۰۲/۲۵	استثناء عقد مکره (ادامه ی بحث قبلی)
۷۴۹	.....	۹۲/۰۲/۲۸	حکم اختلاف متعاملین در شرایط صحت
۷۵۷	.....	۹۲/۰۲/۲۹	حکم اختلاف متعاملین در شرایط صحت (شبهت حکم ظاهری با حکم اضطراری یا حکم عذری)
۷۶۴	.....	۹۲/۰۲/۳۰	فرق بین شرطیت ترتیب با موالات _ ضمان در مقبوض به عقد فاسد
۷۷۳	.....	۹۲/۰۲/۳۱	بررسی روایات اثبات ضمان در تلف
۷۸۱	.....	۹۲/۰۳/۰۱	ادله ی اثبات ضمان در بیع فاسد
۷۸۸	.....	۹۲/۰۳/۰۶	حکم ملکیت و ضمان در عقد فاسد
۷۹۷	.....	۹۲/۰۳/۰۷	بررسی ادله ی ضمان در مقبوض به عقد فاسد
۸۰۵	.....	۹۲/۰۳/۰۸	بررسی استدلال به قاعده ی اقدام بر اثبات ضمان در عقد فاسد
۸۱۲	.....	۹۲/۰۳/۱۱	ضمان در صور مختلف مقبوض به عقد فاسد- قاعده ی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده»
۸۱۹	.....	۹۲/۰۳/۱۲	بررسی قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» _ مسئله اجاره ی فاسده
۸۲۳	.....	۹۲/۰۳/۱۳	موارد نقض بر قاعده ی «لایضمن»
۸۳۱	.....		درباره مرکز

## آرشیو دروس خارج فقه آیت الله العظمی سید موسی شبیری (حسینی) زنجانی ۹۱-۹۲

### مشخصات کتاب

سرشناسه: شبیری (حسینی) زنجانی ۷۵، سید موسی، ۱۳۰۶

عنوان و نام پدیدآور: آرشیو دروس خارج فقه آیت الله العظمی سید موسی شبیری (حسینی) زنجانی ۹۱-۹۲ سید موسی شبیری (حسینی) زنجانی.

به همراه صوت دروس

منبع الکترونیکی: سایت مدرسه فقاقت

مشخصات نشر دیجیتالی: اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، ۱۳۹۶.

مشخصات ظاهری: نرم افزار تلفن همراه و رایانه

موضوع: خارج فقه

**متن درس خارج فقه حضرت آیت الله شبیری زنجانی - شنبه ۱ مهر ماه ۹۱/۰۷/۰۱**

Your browser does not support the audio tag

ان شاء الله اگر توفیقی باشد، ما بحث بیع را بر اساس متن شیخ در مکاسب ادامه خواهیم داد. شیخ می فرماید: «البيع في الأصل كما في المصباح مبادله مال بمال». متناسب با این جمله، باید به سه لفظ تبدیل، مبادله و تبادل پردازیم. بعضی ها گفته اند که مناسب است که بیع را با تبدیل تفسیر کنیم، ولی به نظر می رسد که تناسب ندارد که بیع با تبدیل تفسیر بشود، البته شاید با تکلف بتوان این کار را کرد، ولی در معنای کلمه تبدیل، طرف مقابلی وجود ندارد، مثلاً شخص شیر را تبدیل به ماست و پنیر می کند، ولی در بیع از نظر مفهوم عرفی خیلی ظاهر است که فروش طرف مقابلی دارد و فروشنده به یک کسی می فروشد و حال آنکه تبدیل ظهوری در این معنی ندارد که کسی طرف تغییر قرار داده شده است. لذا مناسب نیست که در اینجا تعبیر به تبدیل بکنیم. و اما بین مبادله و تبادل هم یک تفاوتی وجود دارد، شنیدم که رضی می گوید بین این دو تفاوت معنوی وجود ندارد، رضی محقق درجه اول است، ولی به نظرم می آید که بین مبادله و تبادل تفاوت معنوی در کار است. مبادله یک مفهوم جامعی است که دو مصداق دارد، مانند مضاربه و تضارب. مضاربه دو

ص: ۱

مصداق دارد، زید هم مضارب است، عمرو هم مضارب است، لفظ وضع شده است در مقابل جامع به اشتراک معنوی، منتها شرط صدق مضارب به زید این است که عمرو هم زده باشد و مضارب بودن زید از مضارب بودن عمرو لاینفک است، ولی

این شرط جزء مفهوم مضارب نیست. شرط انطباق عنوان مضارب به زید یا عمرو عبارت از این است که آن طرف مقابل هم زده باشد، ولی لفظ در مقابل جامع وضع شده است. اما در تضارب مجموع الامرین است، یعنی زید و عمرو کتک کاری کردند. پس هم «ضارب زید عمرواً» درست است و هم «ضارب عمرو زیداً»، اما اگر درست نیست که بگوییم «تضارب زید عمرواً». تضارب یعنی این دو با هم کتک کاری و زد و خورد کرده اند. مثلاً یک مرتبه یک سنگ سنگینی است که هم زید می تواند بردارد و هم عمرو، در اینجا دو مصداق برای فاعل وجود دارد، اما یکمرتبه سنگ سنگینی وجود دارد که نه زید می تواند به تنهایی آن را بردارد و نه عمرو، اما هر دو با هم می توانند آن را بردارند، در این نه زید به تنهایی فاعل است و نه عمرو، بلکه فاعل مجموع الامرین است و می گوییم که زید و عمرو این سنگ را برداشتند. در مبادله هم همینطور است و هر کدام به تنهایی می توانند فاعل قرار بگیرند، اما در تبادل فاعل مجموع الامرین است. در کتاب جواهر و برخی دیگر از کتب هم به این مسئله اشاره شده است که بیع دو معنی دارد، یکبار به معنای فعل فاعل است که اگر اسم مصدر بدانیم به معنای فروش و اگر مصدر بدانیم

به معنای فروختن است. یکبار هم به معنای معامله ای است که قائم به طرفین است. مرحوم صاحب جواهر در ادامه می فرمایند که اگر بیع را به معنای دوم بگیریم، متناسب با مبادله است. در فرمایش ایشان دو بحث وجود دارد، یکی اینکه اصلاً بیع به این معنی آمده است؟ و بحث دیگر هم اینکه اگر بیع به این معنی آمده باشد، می توان از آن تفسیر به مبادله کرد یا نه؟ ما عرض کردیم که در مبادله دو مبادل وجود دارد که هر کدام مستقلاً مبادل هستند، منتهی مشروط به اینکه آن دیگری هم این کار را انجام داده باشد، بخلاف تبادل که بر مجموع الامرین صدق می کند و مرکب از جزئین است نه جامعی که دو مصداق داشته باشد، لذا وقتی ایشان بیع را به مجموع داد و ستد قائم به طرفین معنی می کنند، نباید تعبیر به مبادله بفرمایند، بلکه متناسب این است که تعبیر به تبادل بشود. مرحوم صاحب جواهر عبارتی دارند که مرحوم سید و بعضی های دیگر هم از آن اخذ کرده اند، و نمی دانم آیا قبل از ایشان هم کسی این عبارت را دارد یا نه، و آن عبارت این است: «و يطلق البيع إطلاقاً شائعاً، و یراد به المعامله القائمه بالبائع و المشتري معاً، و هی المعنی الحاصل بالعقد الجامع لمعنی البیع و الشراء». یعنی بیع چیزی است که قائم به هر دو طرف است و ظاهرش این است که مرکب از داد و ستد باشد. بعد ایشان شاهد می آورند که چطور به طور شایع در این معنی استعمال می شود، «و استعماله فی المعامله»، یعنی بیع برای معامله بین دو طرف استعمال می شود.

«و حملها عليه هذا معامله خاصه»، معامله را حمل بر بیع می کنیم، با اینکه معامله مرکب از شیئین است. «و تقسیمها إليه و إلى غیره ظاهر معروف» می گویند معامله گاهی بیع است، گاهی اجاره است، گاهی صلح است و... ایشان می فرمایند که این استعمالات شاهد بر این است که بیع به معنای مرکب از جزئین و معامله ای که مجموع الطرفین است، استعمال شده است. و بعد هم ایشان آیات و کلمات بزرگان را به عنوان شاهد می آورد: «و عن المصباح المنیر الأصل فی البیع مبادله مال بمال و هذا هو المناسب فی نحو قوله تعالی (أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و قوله سبحانه (رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ) و قوله عز و جل (فَاسْتَعِزُوا بِاللَّهِ وَ ذُرُّوا الْبَيْعَ) و قولهم کتاب البیع و أقسام البیع و أحكام البیع و لوصف البیع بالصحة و الفساد». می گویند این بیع صحیح است و فاسد است، یعنی معامله صحیح و فاسد است. «و اللزوم و الجواز»، می گویند که این معامله لازم است یا جایز است. «و اقترانه بالمعاملات کالاجاره و الصلح و نحوهما»، شما می گویند معاملات بر چند قسم است: بیع و اجاره و... این عباراتی بود که در جواهر آمده است، ولی به نظر ما روشن نیست که بیع به معنای مرکب از خرید و شراء آمده باشد و در تمام مواردی که ایشان بیان کردند، حتی در اصطلاح فقهاء، اگر به معنای فروش یا فروختن هم بگیریم، اشکالی پیش نمی آید. مثلاً در آیه (احل الله البیع)، آنها اشکال می کردند به حرمت ربا و اینکه ربا نباید حرام باشد، زیرا وقتی شما یک دینار نقد از کسی می گیری

و بعد از یک ماه بخواهی همین یک دینار را به او بدهی قدرت خرید یک ماه دیگر با امروز متفاوت است و زمان را هم باید محاسبه کرد و لذا گفتند که (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) و گفتند که ربا هم مانند بیع است. حضرت می فرمایند که فضولی موقوف است، شماها به مصالح واقعی واقف نیستید و خدایی که واقف به صلاح بشر و اداره امور است، او بین این دو تا فرق گذاشته است و لازم نیست که همه چیز در نظر متعارف شماها معلوم بشود. پس در آیه می توان بیع را به معنای فروش معنی کرد که فروشنده ما بین کم و زیاد فرق می گذارد و زیادگیرنده هم همان فروشنده است و مانعی وجود ندارد که اینطور معنی بکنیم. و اما در آیه (رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ) من خیلی احتمال می دهم که آیه شریفه راجع به کسانی است که شغلشان بیع است، یکی شغلش تجارت است، یکی هم مثل همین کاسب های جزء که در جلوی حرم در اوقات نماز و دیگر وقت ها مشغول هستند. این شغل مال بایع است و نسبت به مشتری هایی که از اینها خرید می کنند، شغل محسوب نمی شود. در این آیه هم می خواهد بگوید که کسانی که شغلشان تجارت است یا کسب هایی دیگر، این امور آنها را از یاد خدا مشغول نمی کند. پس این آیه را هم نمی توان شاهد بر مدعای جواهر دانست. مراد از آیه (فَاسْتَعِزُّوا إِلَى اللَّهِ وَ ذَرُّوا الْبَيْعَ) هم یعنی اینکه کاسبی تان را کنار بگذارید. پس اگر ما وضع بیع را وضع در فروش بدانیم، در معانی دیگر یا

به صورت اشتراک لفظی و یا به صورت مجاز استعمال شده است. وقتی هم که گفته می شود «کتب البیع»، چیزی که خیلی مهم است، اصل فروش است و قبول در پی آن و از توابع آن است و وقتی اسم کتاب را انتخاب می کنند، آنچه که مهمتر و چشمگیرتر است را انتخاب می کنند. و اما اینکه بیع به صحیح و فاسد تقسیم شده است هم شاهد بر مدعای ایشان نیست، زیرا کار بایع که فروش است، گاهی صحیح و گاهی باطل است، همینطور گاهی این فروش لزوم دارد و شخص نمی تواند به هم بزند و گاهی می تواند. در صورتی هم که بیع در مقابل اجاره و صلح و ... بکار رفته است هم همینطور می تواند معنی کرد. مطلب دیگر که ادامه آن بماند برای فردا، این است که در جمله «البیع فی الاصل کما عن المصباح مبادلہ مال بمال»، باید بینیم که مراد از «فی الاصل» چیست. مطلب دیگر هم اینکه اگر اینطور گفته شود که فلان مطلب فلان جور است کما فی روایه مثلاً ابی بصیر، یا کما فی التواریخ، یا در فارسی بگوییم: چنانچه در تواریخ آمده، یا چنانچه در حدیث آمده، ظاهر این سخن این است که طرف سند این حرف را معتبر می داند. عبارت شیخ هم که فرموده است: «کما عن المصباح» یک نحوه ظهوری دارد که ایشان حرف مصباح را پذیرفته است، در مباحث بعدی هم در بحث از مال، فقط معنای لغوی از مصباح المنیر را نقل کرده و از این بیانات ایشان استفاده می شود که ایشان کلام مصباح المنیر را معتبر قرار داده است و حال باید بررسی کنیم که

آیا این درست یا نادرست، که انشاء الله فردا به آن خواهیم پرداخت. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## متن درس خارج فقه حضرت آیت الله شبیری زنجانی – یکشنبه ۲ مهر ماه ۹۱/۰۷/۰۲

Your browser does not support the audio tag

عرض کردیم که از تعبیر شیخ که می فرماید «البيع فی الاصل کما عن المصباح مبادله مال بمال» و از اینکه بعدها تعبیر می فرمایند که در بیع لغه و عرفاً مالیت معتبر است، استفاده می شود که ایشان کلام مصباح را پذیرفته است، البته در دو جای دیگر تعبیراتی دارد که ممکن است ما بگوییم ایشان کلام مصباح را نپذیرفته است و لذا به حسب ظاهر یک نحوه تنافی بین کلمات شیخ پیدا می شود. مثلاً ایشان راجع به اینکه آیا عمل حر می تواند ثمن قرار بگیرد یا نه، می فرمایند اگر قبلاً معاوضه ای نشده باشد و ابتداءً بخواهند یک چیزی را در مقابل کاری که حرّ انجام می دهد بفروشند، در چنین موردی ایشان می فرمایند که ممکن است بگوییم که بیع صحیح نیست و احتمال دارد که در بیع مال بودن قبل از معاوضه معتبر باشد. در این مسئله هم نمی توان عمل حر را قبل از معاوضه مال دانست. ایشان در ادامه می فرمایند که «کما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح» و کلام مصباح را دال بر این قرار داده که قبلاً باید عنوان مالیت صدق بکند تا مبادله مال با مال تحقق پیدا بکند. اگر ایشان کلام مصباح را حجت بدانند، نباید احتمال بدهد که عمر حر کفایت نمی کند، بلکه باید به طور صریح بفرماید که عمل حر نمی تواند ثمن واقع بشود، زیرا ما حجتی داریم بر اعتبار مالیت قبل از معاوضه. خلاصه اینکه ممکن است با توجه به تعبیرات ایشان، کسی بگوید که شیخ کلام

ص: ۷

مصباح را قبول ندارد. و اما عبارت دیگری که ممکن است با توجه به آن بگوییم که شیخ تعبیر مصباح را نپذیرفته این است که در کلام مصباح تعبیر «مبادله مال بمال» شده است که دلالت بر این دارد که ایشان مالیت را نسبت به هر دو معتبر می داند. اما شیخ قائل به تفکیک شده است و در مثنی و معوض و مبیع صرف مالیت را کافی نمی داند و باید عین هم باشد و در نتیجه بیع منافع علی سبیل الحقیقه را صحیح نمی داند و اگر در موردی بیع اطلاق شده باشد، بر سبیل مجاز است. ولی راجع به ثمن می فرمایند که داشتن مالیت کفایت می کند، بدون فرق بین اینکه عین باشد، منفعت باشد و یا منافع عین باشد. پس از این تعبیر شیخ که بین مثنی و ثمن تفکیک قائل شده، در حالی که مصباح المنیر به چنین تفکیکی قائل نشده است، می توانیم استفاده بکنیم که شیخ کلام مصباح را نپذیرفته است. و ممکن است اینگونه به نظر برسد که یک نحوه تهافتی در کلام شیخ وجود دارد که در یک جا قائل به حجیت کلام مصباح شده و در جای دیگر کلام مصباح را معتبر و حجت نمی داند، ولی به نظر می رسد که چنین تهافتی در کار نیست، زیرا بعد از پذیرفتن وثاقت لغوی و جهات دیگر، یک مقدار از کلامات لغویین قابل اعتماد است. وظیفه لغوی تعبیر به عبارتی است که جامع اطراف باشد، مثلاً وقتی لغوی می گوید که «سعدانه نبت»، همین قدر که سعدانه دو قسم نداشته باشد، مثلاً یک سعدانه نبت و یک سعدانه غیر نبت، کفایت می کند و همین قدر

ص: ۸



که جامع افراد باشد کفایت می کند و لازم نیست که مانع اغیار هم باشد و حتماً یک چیزی ذکر بکند که در عالم نبتی منحصر به سعدانه باشد. آنچه که شیخ از کلمات لغویین استفاده کرده، این است که مالیت معتبر است و حتماً در بیع باید مال باشد، سعدانه هم حتماً باید نبت باشد، اما هر نبتی لازم نیست که سعدانه باشد، در اینجا هم در بیع مالیت معتبر است، اما اینکه هر مالی بیعش واقع شود، این لازم نیست و ممکن است بگوییم که شرطش این است مبیع ما عبارت از عین باشد و منفعت کفایت نمی کند. بنابراین تهافتی بین کلمات شیخ وجود ندارد و در مورد یک عبارت شیخ می توان توجیه دیگری به این نحو نمود که ایشان که می فرمایند مثنی باید عین باشد یا اعم و ثمن نیز باید عین باشد یا نه، در صدد بیان بیع صحیح شرعی است و آن قولی که از مصباح نقل شده که «فی الاصل کان کذا» مراد شیخ از «فی الاصل» معنای لغوی آن است. مطلب دیگر اینکه باید ببینید که عبارت «فی الاصل» به چه معنی است. آقای خوئی می فرمایند که بعضی از محشین گفته اند که مراد از «فی الاصل» یعنی «فی اللغه». شاید هم ناظر به کلام مرحوم آقا سید محمد کاظم باشد که در آنجا این کلام هست. بعد ایشان می فرمایند که این معنی ندارد که ما در کتاب اللغه شروع کنیم و بگوییم که معنای لغوی اش این است و در لغت چنین است. پس بنابراین وقتی کتاب لغت وضعش برای بیان لغات است، دیگر معنی ندارد که انسان دوباره در بیان معنی

کلمه بگوید «فی اللغه». ایشان این اشکال را کرده و بعد خودشان فرموده اند که بعید نیست مراد قبل از اینکه ضرب نقود، سکه ها و امثال آنها به دست حکومت ها باشد، پس «فی الاصل» یعنی قبل از ضرب سکه و امثال آن، بیع مبادله مال به مال بوده است. بعد از زده شدن سکه هم مثنی غیر سکه و ثمن سکه مانند درهم و دینار بوده است. مدعا و مختار ایشان این بوده و می فرمایند که بعد نیست عبارت «فی الاصل» اشاره به این مطلب بوده باشد. اما اشکال ایشان که به بعضی محشین، حال یا سید باشد یا غیر سید، نمودند که در کتاب لغت قرار نیست ما بگوییم معنای لغوی این کلمه این چنین است، این اشکال وارد نیست زیرا در کتاب مصباح المنیر که در کتاب شرح رفیع رافعی بر وجیز غزالی بوده، در بسیاری از موارد لغت ها را معنی می کند و کلمات مطابق لغت اولیه است و هیچ اشاره ای به اینکه در لغت اینطور است، ندارد، ولی در برخی از موارد که متعرض معنای اصطلاحی یک کلمه می شود، می گوید در لغت به این معنی و در اصطلاح به این معنی است و خود ایشان مسئله اصطلاح فقهاء را نام می برد و در چنین مواردی مناسب است که به معنای لغوی اشاره بکند، ولی در جاهای دیگر که اختلافی بین معنای لغوی و اصطلاحی وجود ندارد، لزومی ندارد که به دو معنی اشاره شود. پس این اشکال ایشان وارد نیست. ولی به نظر ما اینکه مراد از «فی الاصل» چه باشد، آقای خوئی یقیناً مصباح المنیر را ندیده و احتمال هم هست که مرحوم

سید هم ندیده باشد. مراد از عبارت «فی الاصل» این است که مقتضای اصاله الحقیقه عبارت از این است که مبادله مال به مال باشد، البته مجازاً به معنای خود صیغه و امثال اینها از باب علاقه سبب و مسبب نیز اطلاق می گردد. حال من عبارت ایشان را می خوانم، (البته عبارت «مبادله مال بمال» را اول ندارد و بعد از چند خط به آن اشاره نموده است). «البيع من الأضداد مثل الشری و يطلق علی کل واحد من المتعاقدين أنه بائع». این بیان از باب اشتراک معنوی این لفظ نیست که در مقابل یک جامعی باشد که یک مصداق آن این است، بلکه مراد اشتراک لفظی است، یعنی یک معنایش خصوص این معناست و یکی هم خصوص آن معناست. «و يطلق علی کل واحد من المتعاقدين أنه بائع لكن إذا أطلق البائع فالتبادر الی الذهن باذل السلعه» گاهی در شروع استعمال که در یکی از اینها بیشتر استعمال می شود، تبادر در آن مورد پیدا می کند، مانند کلمه شیخ که متبادر به ذهن عبارت از شیخ انصاری یا شیخ الطائفه است، گاهی هم ممکن است که شیوخ و اساتید خود انسان مثل مؤسس حوزه علمیه قم آقا شیخ عبدالکریم متبادر باشد. پس اینکه اطلاق یک لفظ انصراف به یک معنی داشته باشد، منافات با این ندارد که دو معنی داشته باشد و در هر دو معنی هم به صورت حقیقی استعمال شده باشد. این قسمت را اول بیان کرده و بعد می رسد به این عبارت که «الأصل فی البيع مبادله مال بمال لقولهم بیع رابح و بیع خاسر و ذلك حقیقه فی وصف الأعیان لکنه أطلق

علی العقد مجازاً لانه سبب التملیک و التملک». پس مقتضای اصل اولی که اصله الحقیقه هم معنایش این است و بنای عقلا هم هست که اگر ما شک کنیم که از این لفظ چه چیزی اراده شده است، اصل اقتضا می کند که ما به معنای حقیقی حمل کنیم و اگر قرینه برخلاف آن قائم شد، ما از معنای حقیقی رفع ید می کنیم. پس معنای اصل روشن شد. و اما بحث دیگر این است که شیخی که به برخی از مسلمات هم اطمینان پیدا نمی کند، چطور در اینجا به کلام یک لغوی اعتماد کرده است؟! این خیلی مستبعد است که ما بگوییم شیخ اطمینان و اعتماد به کلام مصباح نموده است. حال بینیم که شیخ از کجا این مطلب مصباح را معتبر دانسته است، در حالی ایشان لغوین را در اصول و امثال آن قبول ندارد. ما در وقت های دیگر عرض کردیم و در مکاسب هم بعداً می آید که در خیلی از جاها شیخ ادله ای که قوم به آن استدلال کرده اند را مخدوش می داند و به مشهورات و ادعاهای اجماع اشکال کرده و همه را رد می نماید، مثلاً در بیع الصبی ایشان اعتبار بلوغ برای صحت عقد صبی را رد می کند، ولی بعد می فرماید که مسئله همین است که بلوغ معتبر است، بعد از ایشان سؤال می کنیم که شما از کجا می گویید که مسئله همین است، در حالی که خودتان ادله مسئله را رد نموده اید. خوب این را ما چطور حل بکنیم؟ حلش این است که ایشان در بحث رسائل حجیت شهرت و اجماع منقول را به عنوان ظن خاص انکار کرده است، ولی بر خلاف

آقایان کفایه و بعد از ایشان که قائل به انسداد نبوده اند، عقیده بنده این است که شیخ انسدادی بوده است، ولی به این جهت که قائلین به انسداد مانند میرزای قمی و امثال ایشان کم بوده اند و اکثر علماء قائل به انسداد نبوده اند، مرحوم شیخ نخواستہ است که وارد این دعواها بشود. اگر کسی در کلمات شیخ دقت بکند، می تواند بفهمد که شیخ انسدادی بوده است. قسمت انسداد کتاب رسائل از مباحث مفصل و مشکل اصولی است و معمولاً هم آقایان نمی خوانند، ولی خیلی طولانی است و مطالب علمی مهمی دارد. ایشان می گوید که انسداد مقدماتی دارد، مقدمه اول این است که بگوییم به وسیله ادله حجیت خبر واحد، آنقدر حجت به دست ما نمی آید که اگر به مقطوعاتمان ضمیمه کنیم، مشکل فقه ما حل بشود. ایشان این مطلب را می فرمایند و خیلی هم به آن اهتمام قائل شده اند. ایشان می فرمایند که عمده بحث انسداد همینجاست و همه دقت ها باید اینجا باشد. حتی بعضی ها گفته اند که همین یک دانه است، چطور باید به همین یک مسئله اهتمام ورزید؟ بعد خود شیخ در اینجا بحث نمی کند! این اصول مفصلی که ایشان بحث کرده است، آیا این مقدار در اینجا کافی است؟! اینکه شیخ هیچ چیز نمی گوید به این جهت است که خود ایشان در شرط حجیت خبر واحد با دیگران متفاوت است، زیرا ایشان صرف عادل بودن راوی خبر را کافی نمی داند و قائل به این است که از نظر ادله شرعی و بنای عقلاء و جهات دیگر، خبری حجت است که اطمینان آور باشد، آقایان دیگر اطمینان را شرط ندانسته اند و گفته اند که خبر واحد به

صرف عادل بودن راوی حجت است و انسدادی در کار نیست، بر خلاف مرحوم شیخ که به نحو اشعار می توان فهمید که مختار ایشان با توجه به شرط اطمینان در حجیت خبر، انسداد است. ایشان به صراحت به این نظر اشاره نکرده است، اما در اواسط بحث انسداد به یک جایی می رسد که می فرماید بودن شرط حصول اطمینان در خبرهای واحد در زمان ما در غایت ندرت است، «فی زماننا هذا فی غایه الندره». خوب یک چیزی که در غایت ندرت است و وجداناً هم همین جور است، چطور ایشان حکم بکند که این خبرهای واحد جوابگوی فقه است. پس ایشان در این عبارت قائل به یک چیز وسیعی شده اند، منتهی نخواستند به آن تصریح بکنند. بر همین اساس می گوییم که شیخ انسدادی است و آن کسی که در اصول، حجیت شهرت، قول لغوی و اجماع منقول را به عنوان ظنون خاصه انکار کرده است، به عنوان ظن مطلق آنها را حجت می داند. در صورتی که قول لغوی قدری معتبر باشد، ایشان می پذیرد و به عنوان ظن مطلق از باب انسداد آن را معتبر می داند. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

تعریف بیع ۹۱/۰۷/۰۳

Your browser does not support the audio tag

تعریف بیع خلاصه ی عرائض گذشته این شد که بیع به معنای «مبادله مال بمال» نیست. اگر بیع را کار بایع در مقابل مشتری حساب کنیم، اختصاص به یک طرف پیدا می کند، در حالی که در مبادله باید طرفین مبادل باشند. اگر هم بیع را به معنای مرکب از بیع و شراء بدانیم، آن هم مربوط به باب مفاعله نیست. در باب مفاعله دو مصداق برای جامع وجود دارد، و این مجموع الامرین

ص: ۱۴

غیر از آن جامعی است که بر دو فرد انطباق دارد. پس در نتیجه به نظر می رسد که این مبادله به چیزی اطلاق می شود که در اصطلاح عرف به آن «تاخت زدن» گفته می شود و طبق ادله عامه و بنای عقلاء هم صحیح می باشد. در «تاخت زدن» هیچ کدام از دو طرف نسبت به دیگری اصالت ندارد و اینطور نیست که یک طرف تملیک باشد، طرف دیگر تملک. در باب بیع شخص یک چیزی را به دیگری تملیک می کند و دیگری هم می پذیرد و تملک می کند. در جایی هم که هیچ تفاوتی بین طرفین نباشد، مانند همین «تاخت زدن»، بنای عقلاء حکم به صحت آن می کند و آیات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) هم آن را تصحیح می کند و اطلاق «مبادله مال بمال» بر آن درست می باشد. در بیع هم آنچه که معتبر است، همین تملیک و تملک است و تفاوتی نمی کند که طرفین از نقود باشد، سکه باشد، جنس باشد و یا مختلف باشد. در تمام این موارد اگر یک طرف ایجاب و طرف دیگر قبول باشد، به حسب متفاهم عرفی بر آن بیع اطلاق می گردد. حتی ممکن است یک دینار یا یک پولی به دست کسی تبرک شده باشد و اشخاصی مایل باشند که آن را در مقابل فلان زمین یا ملک از آن شخص بخرند. چنین مواردی صحت سلب عرفی ندارد و بر آن بیع اطلاق می شود. در بیع چیزی جز تملیک و تملک معتبر نیست ولیکن آقای خوئی بیانی دارند و در فرمایشاتشان هم خیلی تکرار کرده اند و آن این است که در جنسی که مشتری مطالب آن است، خصوصیت مطرح



است، بخلاف آن چیزی که بائع مطالب آن است که در آن مالیت معتبر است و خصوصیت مطرح نیست. مثلاً وقتی مشتری می خواهد عسل بخرد، شما نمی توانید به جای عسل به او شیره بدهید. ایشان این مطلب را خیلی تکرار می کنند و ما اصلاً نمی فهمیم که این یعنی چه!! به نظر ما در هر دو طرف خصوصیت مطرح است. مثلاً اگر بائع جنسی را بفروشد در مقابل پول، شما نمی توانید معادل آن پول به بائع چیز دیگری بدهید، حتی پول دیگری مانند دلار بخواهید به او بدهید، کافی نیست. پس در هر دو طرف خصوصیت مطرح است و فقط مسئله تملیک و تملک است که در دو طرف متفاوت است و یک طرف اعطاء می کند و طرف مقابل تملک می کند. پس به نظر می رسد که این نحو از اختصاصی که ایشان بیان فرموده اند درست نباشد. یک مطلبی هم در تقریرات درس مرحوم آقای حاج شیخ عبدالکریم هست که اگر شخص پولی بدهد و جنسی برای پسرش بخرد، (نه اینکه اول خودش تملک کرده و بعد به پسرش تملیک بکند) در چنین صورتی که از ابتداء آن جنس را برای پسرش می خرد، نمی توان بر آن اطلاق بیع نمود. این فرمایش ایشان را شیخ انصاری و قبل از او علامه هم مورد اشاره قرار داده اند که وقتی چیزی از کیسه این شخص بیرون رفت، عوض آن هم باید به کیسه همین شخص داخل بشود، نه به کیسه یکی از محبوبات او. این مطلبی است که در تقریرات حاج شیخ آمده و قبل از ایشان مرحوم شیخ انصاری و علامه هم به آن پرداخته اند، اما بالارتکاز می توان گفت



که مطلب اینگونه نیست، در خود تقریرات ایشان هم آمده است که شخص بیع و شراء را فرض کرده و به ارتکاز عرفی می گوید که این جنس را می خرم برای پسر، پس در اینجا چیزی جز تملیک و تملک وجود ندارد و چنین شرطی در بیع وجود ندارد که جنس نصیب چه کسی یا پول نصیب چه کسی بشود. اما بحث دیگر این است که شیخ می فرماید ظاهراً در باب بیع، معوض باید عینی از اعیان باشد و اگر منفعت یک شیء معوض قرار داده بشود، از باب مجاز و تأول می باشد. در روایات و در کلام شیخ طوسی در مبسوط وارد شده است که سکنی را می فروشند. در چنین مواردی کأن سکنی ادعاءً و تأولاً یک چیز مشت پر کنی فرض شده که فروخته می شود. آقای غفاری صاحب مکتبه الصدوق می گفت که بین مرحوم آخوندی کتابفروش و شخص دیگری مذاکره شد، یکی از اینها به دیگری گفت که تو می گویی که من دینم را بفروشم؟ شخص دیگر هم گفت: «لا-تبع ما لیس عندک». یا مثلاً گفته می شود که فلانی دینش را به دنیا فروخت، «باع دینه بدینا غیره». در اینگونه استعمالات پیدا است که تشبیه بکار رفته است و منفعت یا دین به یک عین خارجی تشبیه شده و تعبیر بیع درباره آنها به کار رفته است. و اما ظهور بیع در این است که معوض و مبیع از اعیان باشد و اگر بخواهیم منافع را هم داخل بدانیم، خلاف ظاهر است، و لو در روایات در منافع هم بیع به کار رفته باشد. آیا بالوجدان اگر کسی خانه خود را اجاره می دهد، می توان به

او اطلاق بایع کرد؟ و ادله و احکام بیع را شامل این گونه موارد دانست؟! عرف نه تنها این موارد را داخل در بیع نمی داند، بلکه مقابل بیع می داند. ولی یک مطلبی است که می توان ادعا کرد و ما هم می خواهیم چنین ادعایی بکنیم و آن این است که در مواردی که منافع در تحت یک عقد دیگر داخل باشد، نمی توانیم به آن اطلاق بیع بکنیم و بیع المنفعه عرفی نیست، ولی بعضی چیزهایی که تحت عنوان دیگری داخل نیستند، ممکن است بدون تأول بتوانیم بر آن اطلاق بیع بکنیم، بدون اینکه صحت سلب داشته باشد. مثلاً امتیاز برق و سایر امتیازاتی که امروزه فروخته می شود. در مواردی که داخل در اجاره و امثال آن می شود، نمی توان علی نحو الحقیقه بر آن بیع اطلاق کرد، ولی اطلاق بیع بر فروش چنین امتیازاتی عرفی است و صحت سلب هم ندارد. ولی یک شبهه ای که راجع اطلاق بیع بر فروش چنین امتیازاتی وجود دارد این است که در زمان معصوم هم حقوقی وجود داشته مانند حق التحجیر و امثال آن که به نوعی امتیاز محسوب می شده است، حال باید ببینیم که آیا همینطور که امروز بر این موارد اطلاق بیع می شود، در گذشته هم همینطور بوده است؟ مشتهر بین علماء اصل عدم نقل است، بعضی ها هم می گویند که با استصحاب قهقری، صحت این اطلاق را از زمان فعلی به زمان قبل برسانیم و بر اساس بنای عقلاء در صورتی که شک کنیم آیا در گذشته هم این الفاظ همین معانی را داشته اند یا نه، می توانیم استصحاب قهقری کرده و الفاظ گذشته را مطابق معانی فعلی تفسیر بکنیم. بعضی مدعی چنین

بنای عقلائی هستند، اما به نظر می‌رسد که چنین بنای عقلائی وجود نداشته باشد. ما نمی‌توانیم کتابی را که مثلاً هزار سال قبل نوشته شده است را با معانی زمان خودمان تفسیر بکنیم. البته برخی از الفاظ مانند آب و نار و ... به طوری صاف و روشن است که انسان مطمئن می‌شود که در زمان گذشته هم همین معانی رایج بوده است، ولی گاهی به برخی الفاظ برخورد می‌شود که مورد تردید واقع می‌شود که آیا در گذشته هم در همین معانی به کار می‌رفته است یا نه. امروزه ادبیات تازه ای پیدا شده است و نویسندگان گاهی الفاظ را در غیر معانی اولیه شان بکار می‌برند و لذا اینطور نیست که بگوییم حال که در فروش امتیاز و امثال آن اطلاق بیع می‌شود، پس هزار سال پیش هم همینطور بوده است. پس شیخ می‌فرماید که بیع باید از اعیان باشد، ولی ثمن لازم نیست عین باشد و اگر از چیزهای دیگر مانند منفعت هم باشد، بیع صحیح است. مثلاً من این جنس را می‌فروشم در مقابل اینکه یک ماه یا یک سال منفعت این خانه مال من باشد، این بیع است و اشکالی در آن نیست. ایشان می‌فرمایند که شاید مسئله بلاخلاف باشد، بعضی‌ها هم ادعای بلاخلاف بودن کرده‌اند، هر چند از بعضی از اعیان نقل شده است که ثمن هم باید از اعیان باشد، آنطور که گفته شده است، ناقل شیخ جعفر کاشف الغطاء در شرح قواعد است که تعبیر می‌فرمایند که بعضی اعیان اینطور گفته‌اند. از این تعبیر «بعضی اعیان» هم می‌توان برداشت کرد که قائل به این قول از شخصیت‌های خیلی سطح بالا و

طبقه اول بوده است. شاید مراد وحید بهبهانی باشد که در کتاب التجاره می فرماید که ثمن هم باید از اعیان باشد. شیخ انصاری می فرمایند که شاید منشأ اینکه بعضی اعیان این مطلب را گفته اند، این باشد که فقهاء گفته اند که بیع برای نقل اعیان است، و باید طرفین عین باشند، ولی مراد از اینکه گفته شده بیع برای نقل اعیان است، این است که مبیع در بیع باید از اعیان باشد، همانطور که اجاره برای نقل منافع است، اما لزومی ندارد که طرفین در بیع حتماً از اعیان باشند و یا در اجاره از منافع باشند، و لذا معمولاً در اجاره پول می دهند، در حالی که پول جزء منافع نیست، بلکه جزء اعیان است. پس آنچه که در بیع اصالت دارد، تملیک العین است و در اجاره تملیک المنفعه. این مراد از کلام فقهاء است و اینطور نیست که از این کلام فقهاء که بیع برای نقل اعیان است، استظهار بشود که باید طرفین از اعیان باشند. این اشکال را مرحوم شیخ به بعضی اعیان که وحید بهبهانی است، ایراد کرده است، ولی ظاهراً مطلب اینطور نیست، زیرا بسیاری از لغویین مهم، طرفین را جزء اعیان ذکر کرده اند. در لغت گفته شده است که بیع «مبادله مال بمال»، بسیار از لغوی ها مال را به عین تفسیر کرده اند و در نتیجه باید طرفین در بیع عین باشند. مصباح المنیر در طرفین تعبیر مال را بکار برده است، «مبادله مال بمال»، بعد هم می گوید که «حقیقه فی وصف الاعیان و أطلق علی العقد مجازاً»، چون عقد سبب برای تملیک و تملک است، مجازاً به عقد هم بیع گفته

می شود. پس معنای حقیقی بیع این است که طرفین جزء اعیان باشند. در لسان العرب هم آمده است که: «المالُ: معروف ما مَلَکْتَهُ من جمیع الأشیاء». ابن اثیر هم گفته است که «قال ابن الأثیر: المال فی الأصل ما یُملک من الذهب و الفضة ثم أُطلق علی کل ما یُقْتَنَى و یملک من الأعیان». و «و أكثر ما یُطلق المال عند العرب»، بر ابل گفته می شود، «لأنها كانت أكثر أموالهم». در مجمع البحرین هم هست که مال عبارت از یک چیزی است که از اعیان باشد. خلاصه لغویین چه امامیه و چه غیر امامیه همه مال را حقیقه در عین تفسیر نموده اند و لذا اگر ما بخواهیم اموال کسی را محاسبه بکنیم، منافعی که او دارد در صورت اموال او آورده نمی شود. متبادر عرفی هم اینطور است که اموال بر اعیان اطلاق می شود، نه به استفاده هایی که شخص می خواهد بکند، پس خلاصه اینکه مال یک معنای خاصی دارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## ثمن قرار گرفتن منفعت ۹۱/۰۷/۰۴

.Your browser does not support the audio tag

ثمن قرار گرفتن منفعت شیخ ادعای بلاخلاف بر این مطلب کرده است که لازم نیست ثمن از اعیان باشد و منافع هم می تواند ثمن واقع بشود. اما مسئله به روشنی نیست و فی الجمله خلافی وجود دارد و اینکه ایشان کلمه مال را توسعه بدهند تا شامل منافع هم بشود، این دلیل ثابت نیست. ولی در عین حال حق با شیخ است که منافع هم می تواند ثمن بشود و عرف متعارف صحت سلب در این جور موارد ندارد. اگر کسی خانه اش را بفروشد در مقابل اینکه یک سال یا دو سال در جایی ساکن باشد، این چیزی است که

ص: ۲۱

عرف آن را صحیح می داند و اینطور نیست که از باب استعمال اسد در رجل شجاع به صورت مجازی بدانند. پس مانعی وجود ندارد که منافع هم مانند اعیان ثمن قرار بگیرند، اما گاهی انسان چیزی را می فروشد در مقابل یک عمل و کاری که برای او انجام بشود، باید ببینیم که این مسئله چه حکمی دارد. گاهی عمل، عمل عبد است که من چیزی را می فروشم در مقابل اینکه عبد زید فلان خدمت را برای من انجام بدهد، شیخ این مورد را محل اشکال نمی داند و مورد بحث هم قرار نمی دهد، آنچه که در کلام شیخ مورد بحث قرار گرفته است، جایی است که چیزی فروخته می شود در ازای عمل حرّ. در این مورد عمل حرّ هم دو صورت می تواند داشته باشد، در یک صورت مثلاً زید چیزی به یک شخص حرّ فروخته است در مقابل عملی که او باید برای زید انجام بدهد، پس زید از آن شخص طلبکار است که آن عمل را برای او انجام بدهد، حال زید می تواند این طلب خود را که عمل آن شخص است، در یک معامله دیگر به عوض قرار بدهد. پس شیخ این دو صورت را که یا عمل، عمل عبد است و یا اینکه عمل حرّ است، اما قبلاً مورد معاوضه قرار گرفته است را محل اشکال نمی داند که ثمن و عوض در بیع قرار بگیرد. اما صورت دیگر جایی است که عمل، عمل حرّ است و قبلاً هم مورد معاوضه قرار نگرفته است، شیخ می فرماید که در این مورد دو صورت وجود دارد، اول اینکه ما عمل حرّ را قبل از معاوضه جزء

ص: ۲۲

اموال بدانیم، که در این صورت با توجه به اینکه بیع «مبادله مال بمال» است، این مورد هم از مصادیق روشن بیع خواهد بود. اما اگر عمل حر را قبل از معاوضه مال ندانیم، محل اشکال خواهد بود، چنانچه که در مصباح المنیر هم آمده است که مبادله مال بمال، یعنی باید مالی را با مالی مبادله کرد، نه اینکه بالمبادله تازه مالیت پیدا بشود. البته در کلمات متأخرین رایج شده است که مال چیزی است که «یرغب الیه»، گاهی هم تعبیر می کنند که «یبذل یأزائه المال»، که این تعبیر و تفسیر برای مال، تعبیر خوبی نیست و دور است. گاهی هم مال به معنای پول تفسیر شده است، خلاصه اینکه تسامح در تعبیر وجود دارد و لزومی ندارد که انسان اینگونه تعبیر بکند. اما اگر معنای مال را «شیء یرغب الی تحصیله» و امثال آن بدانیم، بلاشکال عمل حرّ قبل المعاوضه از مصادیق مال خواهد بود، زیرا عمل از مواردی است که ارزشمند است و انسان تلاش می کند که آن را تحصیل بکند. ولی چون مسئله جزء قطعیات نیست و لغویین در تفسیر مال معانی مختلفی بیان کرده اند که بعضی هم مال را به ملک تفسیر کرده اند. در فارسی هم وقتی گفته می شود مال فلان کس، اشاره به چیزی است که ملک او به حساب شمرده می شود. در لسان العرب هم اول می گوید که «المالُ: معروف و کل ما مَلَکته من الأشياء». شیخ هم عبارت «مبادله مال بمال» را از اصول مسلمه در لغت و عرف و فقهاء گرفته است، ولیکن بحث ما در انطباق مال بر مورد است که اگر مال را به

معنای «مایرغب الیه» بدانیم، قبل از معاوضه بر عمل حرّ هم مال منطبق است. ولی دو احتمال دیگر هست که می شود مورد بحث قرار داد، یکی این است که مال به معنای ملک باشد که در این صورت اعم از «مایرغب الی تحصیله» خواهد بود، زیرا امکان دارد که چیزی در ملک شخصی باشد، مانند یک پر کاه، ولی چیز ارزشمندی نباشد. یا اینکه مال را اخص از ملک بدانیم به این معنی که مال باید ملک هم باشد. این گونه هم تفسیر شده است که «ما یقتنی به من الاشیاء من الاعیان»، این اثر هم در تفسیر «ما یقتنی به» گفته است که مراد چیزی است که یک ارزشی داشته باشد و انسان با حیازت به ملک خود در بیاورد که به آن مال گفته می شود. این احتمال در کلمات شیخ هم آمده است. پس این بحث مطرح است که آیا همانطور که بعد المعاوضه بر عمل اطلاق ملک می شود، قبل المعاوضه هم عمل ملک به حساب می آید یا نه؟ بحثی در ارزشمندی اش نیست، سخن در این است که آیا ملک شخص به حساب شمرده می شود یا نه. شاید نظر شیخ این احتمال را بدهد که وقتی یک عمل ارزشمند باشد، منع شرعی هم وجود نداشته باشد، انسان هم به آن عمل، سلطه تکوینی دارد و قدرت بر انجام و ایجاد آن دارد، پس این عمل، عملی است ذی قیمت و ملک شخص شمرده می شود. شارع هم می گوید که می توانید به این و آن منتقل کنید، صلح کنید. یک معنی هم عبارت از این است که ملکیت در مال معتبر است و عرف هم عمل

قبل المعاوضه را جزء مایملک شخص به حساب نمی آورد. حال باید ببینیم که آیا حتماً باید قبل معاوضه هم باید عمل، مال باشد کما اینکه ظاهر کلام تعریف مصباح هم همینطور است. در اینجا شیخ می فرماید که «فیه اشکال» که آیا در مبادله مال به مال، مالیت قبل از معاوضه شرط است یا نه. این فرمایش شیخ است، ولی وجداناً انسان می تواند ادعا بکند که در بیع مالیت قبل از معاوضه معتبر نمی باشد. گاهی اوقات شخصی یک خروار گندم می فروشد بدون اینکه مالک آن باشد، ولی بعداً قدرت تحصیل آن را پیدا می کند و تحویل به مشتری می دهد، عرف چنین معامله ای را صحیح می داند، یا اینکه در مقام ثمن شخصی فی الحال پولی ندارد، قبل از معامله مالک هیچ چیز نیست، ولی می تواند کار بکند، پول تهیه بکند و ثمن بیع را بپردازد. عرف هم چنین بیعی را صحیح می داند. خلاصه اینکه شیخ به بیع بودن برخی از مواردی که بیان شد، با نگاه تردید نگریسته است و به طور قطعی حکم نکرده است، اما اگر قائل به مالیت عمل حرّ قبل المعاوضه باشیم، شیخ هم یقیناً حکم به صحت معامله فرموده اند. این مطلبی است که در عبارت شیخ بیان شده است. این بحث در عمل حرّ بود، اما عمل عبد مانند منافع شیء است که قابل قرار گرفتن در ثمن معامله را داراست. مانند منافع سکونت در خانه که مالک شأنیت استفاده از آن را دارد و می تواند این شأنیت را به فعلیت برساند، همین شأنیت در اعمال عبد هم هست، عبد منافعی دارد، شأنیت عمل و کار کردن را دارد که اختیار آن



مالکش است. لذا اشکالی ندارد که ثمن معامله قرار بگیرد. البته شیخ این بحث را به جهت واضح دانستن، مطرح نکرده است. بحث دیگر این است که آیا حقوق می تواند ثمن قرار بگیرد یا نه؟ در این بحث همه نسخه های مکاسب «الحقوق الاخر» دارد. برخی این عبارت را بدون «الاخر» تصحیح کرده و گفته اند که این کله زیادی است، ولی به نظر می رسد که این عبارت شیخ اشاره به تقابل حقوق با ملکیت دارد و مراد حق اصطلاحی است که با ملکیت تقابل دارد و الا خود ملکیت از حقوق است، ولی آنچه که جنبه ملکیت ندارد و رتبه ی پایین تر از ملکیت است، حق نامیده می شود. پس این تعبیر «الحقوق الاخر» یعنی یک حق دیگری غیر از آن حق ملکیتی که در اعیان هست، یا حق ملکیتی که در منافع هست، یک حق دیگری که اصطلاحاً به آن حق گفته می شود مانند حق الشفعه، حق الخيار و امثال آن... باید دید که آیا اینها می تواند در معامله ثمن قرار بگیرد یا نه؟ در اینجا شیخ می فرماید که برخی از این حقوق مانند حق الولایه به هیچ وجه قابل معاوضه نمی باشد، قهراً در بیع که معاوضه طرفین لازم است، چنین حقوقی را نمی توان به عنوان عوض یا ثمن قرار داد. اما اگر حقی باشد که صلاحیت عوضیت دارد، ولی نمی تواند به نحو انتقال عوض قرار بگیرد، بلکه به نحو اسقاط می توان آن را عوض قرار داد مانند حق الشفعه، در چنین حقوقی شیخ می فرماید که نمی توان عوض بیع قرار داد، زیرا آنچه در بیع معتبر است، تملیک نسبت به طرفین است، باید چیزی را به

مشتری تملیک بکند، مشتری هم عوض را به او، قوام تملیک هم به نقل و انتقال به طرفین است و اسقاط کفایت نمی کند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ثمن قرار گرفتن اقسام حقوق در بیع ۹۱/۰۷/۰۵

Your browser does not support the audio tag

ثمن قرار گرفتن اقسام حقوق در بیع دیروز عرض کردیم که در عبارت مکاسب آمده است که «الحقوق الاخر» و بعضی از محشین خیال کرده اند که «الاخر» زائد است و در بعضی از چاپ ها، در عین حالی که در همه نسخ این کلمه موجود است، آن را اسقاط کرده اند. یک وقتی من اوائل مکاسب را بدون مراجعه به حواشی درس می گفتم و هر چه که به ذهنم می آمد را یادداشت می کردم، یکی از آن حواشی این بود که این کلمه «الاخر» زائد نیست، چون ممکن است مراد از حقوق، معنای لغوی آن باشد و حقوق لغوی شامل ملکیت اعیان و منافع می شود و این کلمه «الاخر» قید احترازی خواهد بود. احتمال دیگر هم این است که مراد از حقوق، معنای اصطلاحی آن باشد، ولی برای فهماندن اینکه مراد از حقوق در اینجا معنای اصطلاحی است و نه لغوی، توضیحاً کلمه «الاخر» ذکر شده است. دیشب من حاشیه مرحوم آقا سید محمد کاظم را نگاه می کردم، دیدم که همین عرض ما را ایشان فرموده است، منتی نه به این تعبیری که ما گفتیم که معنی اصطلاحی چنین است و معنوی لغوی چنان، بلکه ایشان تعبیر به حقوق بالمعنی الاعم و بالمعنی الاخص کرده اند که اگر به معنی الاعم بدانیم، قید برای تقیید است و اگر بالمعنی الاخص بدانیم، قید توضیحی است. تعجب ما از کسی است که حاشیه ایشان بر مکاسب را تصحیح کرده

ص: ۲۷

است که گفته در بعضی از نسخ کلمه «الاخر» هست، کأن اشاره به این نکته دارد که دیگر به این حاشیه ی مرحوم سید محمد کاظم نیازی نیست. اینکه گفته شده است در بعض نسخ کلمه «الاخر» نیامده است، اشاره به همان چایی است که اشاره به آقای شهیدی هم دارد، در آنجا تصریح شده که تمام نسخه ها کلمه «الاخر» را دارد، منتهی شهیدی خیال کرده است که این کلمه زیادی است و اسقاط کرده است در حالی که ما حق تصرف در نسخ را نداریم. بحث شد که ما سه قسم حقوق داریم، یک قسم حقوقی است که اصلاً به هیچ نحو قابل معاوضه نیست، اینکه پولی داده شود، یا مالی خرج بشود برای اسقاط این حق، یا انتقال آن، یک چنین شرایطی وجود نداشته باشد. گفتیم که این قسم از حقوق نمی تواند ثمن بیع قرار بگیرد. ولی بعضی از حقوق هست که قابل اسقاط است و می توان در مقابلش صلحی یا مالی قرار داد، ولی قابل انتقال نیست، شیخ می فرمایند که این هم نمی تواند ثمن واقع بشود، زیرا بیع تملیک الغیر است، یعنی هم بایع و هم مشتری تملیک می کنند، منتهی بایع تملیک بالاصاله و تملک بالتبع دارد، اما مشتری بر عکس تملک بالاصاله و تملیک بالتبع دارد. در این قسم از حقوق مانند حق الشفعه نمی توان حق را به طرف مقابل منتقل کرد و لذا شیخ می فرماید که نمی توان چنین حقوقی را عوض در بیع قرار داد. یک قسم دیگر از حقوق عبارت از این است که هم قابل اسقاط است، هم قابل نقل، مانند حق التحجیر. این سه قسم از حقوق بود که روشن

ص: ۲۸

و واضح است که قسم اول نمی تواند عوض قرار بگیرد. البته یک بحث طولانی در فرق بین حق و حکم وجود دارد که حکم در اختیار خداست و در اختیار بنده نیست، ولی حق عبارت از اموری است که مربوط به بنده است و می تواند اسقاط کند، یا احیاناً نقل به دیگری بکند و امثال اینها... و اطلاق کلمه «حق» بر چیزی که نه قابل نقل است و نه قابل اسقاط، در حالی که چنین چیزی از مصادیق حکم است، یا از باب مجاز است و یا اینکه حق به معنای وسیع آن بکار رفته است، یعنی می تواند این کار را بکند، مانند جواز و یجوز و امثال اینها. این بحث خیلی مفید است و در جای دیگر خواهد آمد. قسم دوم حق عبارت از این است که قابل اسقاط هست، ولی قابل نقل نیست. شیخ در اینجا می فرماید که این قسم از حقوق نه می تواند در بیع مثنی باشد، زیرا مثنی باید عین باشد و نه می تواند مثنی قرار بگیرند، زیرا بیع تملیک الطرفین است و چنین حقوقی قابل انتقال نمی باشند. در اینجا ایشان یک فرمایشی از صاحب جواهر را نقل کرده و بر آن اشکال و ردش می کند. فرمایش صاحب جواهر این است که ما در بعضی از موارد بیع، می بینیم که تملیک و معاوضه در کار نیست و به طور یقین هم بیع صحیح است، بدون اینکه مجاز در کار باشد و صحت سلب هم ندارد. یک مثالی هم در مکاسب برای این مسئله بیان شده است که شخصی یک خروار گندم از کسی خریده و از بایع طلبکار است، بعد این

شخص این یک خروار گندم را به فلاں قیمت به همان بایع می فروشد. در اینجا ذمه بایع به این یک خروار گندم اشتغال داشته و در ازای پولی که به خریدار داد، دین از ذمه اش ساقط می شود. این مثال «بیع الدین علی من هو علیه» است. در اینجا بیع هست، ولی تملیکی در کار نیست. از مرحوم سید محمد کاظم هم مثالی نقل شده است که شخصی مثلاً صد میلیون از کسی قرض کرده است و نمی تواند قرضش را اداء کند، خانه ای هم دارد که صد میلیون ارزش دارد، در اینجا خانه اش را به کسی که به او بدهکار است، در ازای سقوط دین از ذمه اش می فروشد. در چنین موردی هم بدون اینکه تملیکی صورت گرفته باشد، بلاشکال بیع صحیح می باشد. پس گاهی معامله تملیک و انتقال عوض یا معوض به طرف مقابل نیست، بلکه سقوط معوض یا سقوط عوض است. پس بنابراین شخص می تواند مثلاً چیزی را به کسی بفروشد در ازای اینکه طرف مقابل از حق شفعه خود نسبت به یک معامله دیگر صرف نظر کرده و آن را اسقاط بکند. شیخ می فرمایند که بیع تملیک الغیر است و در مورد «بیع الدین علی من هو علیه» که ذکر کرده و یا موردی مانند آنچه مرحوم آقا سید محمد کاظم بیان کرده، اینجاها هم تملیک الغیر است، منتهی فرق ما بین نقل الحق و این مواردی که ذکر شد در این است که آن حقی که دیگری بر من دارد، نمی تواند به من انتقال پیدا بکند، یعنی من هم «ذی حق» باشم و هم «علیه الحق». این اعتبار عقلائی که انسان هر دو جهت

را داشته باشد، عرف مساعد بر این نیست و باید طرفینش دو نفر باشد، پس قهراً این انتقال محقق نمی گردد. ولی در مسئله «بیع الدین علی من هو علیه»، بیع یک اضافه ای است بین مالک و مملوک و «من علیه المملک» لزومی ندارد، بر خلاف حق که قوام آن به «من علیه الحق» می باشد. اشکالی ندارد که انسان به یک عینی اضافه ملکیه پیدا بکند، منتهی ظرف این عین خود شخص باشد و مثل حق نیست. به اعتبار عقلاء آنما طرف مالک شده و سپس دین از ذمه او ساقط می گردد. پس می توان گفت که بیع از ناحیه طرفین تملیک است، منتهی گاهی شخص آنما مالک می شود، مقدمه للسقوط، مانند بیع الدین علی من هو علیه و یا در جایی که شخص پدر و مادر را بخرد که آنما مالک شده و سپس سقوط ملکیت است. اما ما به القوام حق به «من علیه الحق» است و بر اساس اعتبار عقلایی، انسان حتی آنما ما هم نمی تواند هم ذی حق باشد و هم علیه الحق. لذا حقوق قابل عوض قرار گرفتن نیست. این فرمایش شیخ بود، ولی ما نفهمیدیم که مقصود ایشان چیست. در حواشی هم یک مطلب محصلی نقل نشده است. ایشان می فرماید که یک نفر نمی تواند هم «ذی حق» و هم «علیه الحق» باشد، پس حق قابلیت انتقال ندارد و عوض در بیع نمی تواند واقع بشود، ولی ملکیت چنین نیست. ولی عرض ما این است که بعضی از ملکیت هایی که بر مواردی است که وجود خارجی ندارد و فقط در ذمه است هم همینطور است و بدون «من علیه المملک» نمی تواند

تحقق پیدا بکند. در همین قسم خاص از بیع که «بیع الدین علی من هو علیه» است، آیا احتیاج به «من علیه الملكیه» نداریم؟ شما می‌گویید که اینجا ظرف قرار می‌گیرد، آیا عرف مساعد است که انسان خودش طلبکار از خودش باشد؟! خود انسان یقه خودش را بگیرد که طلب من را بده! همانطور که انسان نمی‌تواند هم ذی‌الحق و هم علیه‌الحق باشد، نمی‌تواند هم طلبکار و هم بدهکار باشد، حتی آن‌ما. بله در جایی که مملوک عین خارجی باشد، احتیاجی به «من علیه» ندارد، اما آنچه که در ذمه است، محتاج «من علیه» است. لذا صاحب جواهر فرموده است که چون در این موارد بیع صحیح واقع شده است، پس ملکیت ملازم لاینفک با بیع نیست و در بیع تملیک طرفین لزومی ندارد و گاهی هم عوض می‌تواند به نحو سقوط واقع بشود. صاحب جواهر می‌فرماید که ما دلیلی نداریم که در بیع حتماً باید انتقال تحقق پیدا بکند. شیخ هم بدون برهان و دلیل می‌فرماید که بیع، تملیک الغیر من الطرفین است. فرمایش شیخ این بود که در ملکیت احتیاجی به من علیه‌الملکیه نداریم، اشکال ما به فرمایش ایشان این است که درست است که در تمام موارد نیاز به «من علیه» نداریم، اما در برخی موارد مانند همین «بیع الدین علی من هو علیه» نیازمند «من علیه» هستیم. عرف هم مساعد نیست که شخصی طلبکار از خودش باشد و لذا همانطور که صاحب جواهر می‌فرماید معامله صحیح است و لازم نیست که بگوییم نقل و انتقال در طرفین بیع باید محقق بشود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب

## ثمن قرار گرفت حقوق غیر قابل انتقال و حقوق قابل انتقال ۹۱/۰۷/۰۸

Your browser does not support the audio tag

ثمن قرار گرفت حقوق غیر قابل انتقال و حقوق قابل انتقال شیخ در باب حقوقی که قابل انتقال نیست، مثال به حق الشفعه زدند که فرمایش ایشان احتیاج به یک توضیحی دارد، ولی مرحوم سید در حاشیه این مطلب را به صورت اشکال در اصل مطلب ایشان ایراد فرموده اند، ولی اصل مطلب اشکال ندارد و باید مثال توضیح داده شود. اینجا قاعده این بود که این گونه تعبیر شود که حق الشفعه نسبت به خود شریک که بایع است، قابل انتقال نیست، چون اتحاد من له الحق و من علیه الحق لازم می آید. اما این گونه نیست که در جای دیگر حق الشفعه قابل انتقال نباشد. پس حق الشفعه در همان مفروضی که مورد نظر شیخ است، صلاحیت عوض قرار گرفتن را ندارد، زیرا طبق فرمایش ایشان بیع تملک الغیر است، منتهی بایع تملیک الاصله و مشتری تملیک بالتبع، در تملک هم به عکس، مشتری بالاصل و بایع بالتبع تملک می نمایند. مرحوم آخوند در حاشیه قاعده را همانطور که مرحوم سید توضیح داده است، بیان کرده است و تملیک الغیر را از جانبین دانسته منتهی از یک طرف بالاصل و از طرف دیگر بالتبع. البته مرحوم آخوند در ادامه اشکال کرده است که ما نمی خواهیم راجع به بیع بحث بکنیم، تا شما بگویید که تملیک الغیر است، ما راجع به ثمن بحث می کنیم و تعبیر در اینجا از بحث خارج شده و از ثمن به بیع کشانده شده است. این اشکال ایشان درست نیست، بنده خودم عرض کردم که یک وقتی بدون مراجعه به کلمات قوم، حاشیه ای بر مکاسب نوشته بودم و در آنجا به نظرم

ص: ۳۳

آمد که مراد از تملیک الغیر، من الجانبین است و گفتم که این عبارت را اینطور باید تفسیر کرد و در حاشیه سید هم همین گونه تفسیر شده است. شیخ هم تملیک را نسبت به حقوق متصور نمی داند، صاحب جواهر هم متصور نمی داند زیرا تملیک نسبت به حقوق قابل تصور نیست. شیخ و صاحب جواهر مثال بیع علی من هو علیه را زده اند که اگر بیع تملیک الغیر باشد، چنین بیعی نباید صحیح بوده باشد، صاحب جواهر نقض کرده و فرموده است که در بیع در همه موارد، مالکیت معتبر نیست و در بعضی از موارد، نتیجه بیع سقوط بدهی و امثال آن می باشد. ولی شیخ می فرماید که بیع لغه و عرفاً تملیک الغیر است و در مثال بیع دین علی من هو علیه و یا ساقط شدن بدهی در مقابل فروختن خانه، ابتداء تملیک محقق می گردد و سپس سقوط می کند. البته ما دیروز عرض کردیم که در این مسئله فرقی بین حق و ملک وجود ندارد، یعنی همان طور که اتحاد من له الحق و من علیه الحق امکان ندارد، اتحاد من له الملك و من علیه الحکم هم امکان ندارد. تعبیر شیخ به حسب ظاهر واضح البطلان است، زیرا ایشان می فرماید که رجوع تملیک به تساقط است، در جای دیگری هم این گونه تعبیر می فرماید که «تملیک یؤثر السقوط». این دو تعبیر به خصوص تعبیر اول بدهی البطلان است. معقول نیست که یک شیء علت خودش باشد و معنای این مطلب اجتماع نقیضین است به این معنی که هم خودش باشد و هم خودش نباشد. پس معنای عبارت «رجوعه الی التساقط» این است که «مالکیت» یعنی





«سقوطه»، اینکه در عین حالی که ملک شخص باشد، ساقط هم باشد، معقول نیست. البته اگر این گونه بگوییم که در لحظه اول مالک بشود و سپس در لحظه دوم ساقط بشود، اگر اینطور گفته شود، بطلانش از بدیهیات اولیه نخواهد بود، ولی این هم درست نیست که انسان خودش یقه خودش را بگیرد. همانطور که من له الحق و من علیه الحق نمی تواند یک شخص واحد باشد، خود شخص نمی تواند بدهکار خودش باشد، و لو یک لحظه. البته ممکن است که بگوییم به تعبیر عرفی صحیح است. در اینجا ملکیت علت سقوط است، نه اینکه شخص مالک شده باشد، این معنی درست است و به نظرم تعبیر شیخ هم اشاره به همین معنی است. این بحث راجع به حقوقی بود که قابل انتقال نیست، اما در حقوقی مانند حق التحجیر که قابلیت انتقال دارد و عوض در صلح و امثال آن قرار می گیرد، ایشان می فرماید که فیه اشکال، یعنی جای تأمل دارد. حق التحجیر با اینکه قابل انتقال است، اما ثمن قرار گرفتنش در بیع جای تأمل و محل اشکال است، زیرا به طور مسلم در باب بیع مالیت معتبر است، بنابراین ثمن قرار گرفت حقوقی مانند حق التحجیر محل اشکال است. مرحوم آخوند می فرماید که بالبداهه یعنی بلااشکال حقوقی مانند حق التحجیر نمی تواند ثمن در بیع قرار بگیرد، البته ایشان راجع به منفعت، عمل حرّ و امثال آن می فرمایند که آنچه در مالیت معتبر است، این است که «یرغب الیه» باشد، و این ملاک مالیت است و بلااشکال می فرمایند که در این موارد قبل از معاوضه این جنبه مالیت وجود دارد و اشکال به

شیخ کرده که چرا ایشان در این مسئله تأمل نموده است. اما ما نمی فهمیم که ایشان مالیت را به چه معنایی تفسیر کرده است و یا اینکه شیخ در ثمن واقع شدن چنین حقوقی تأمل کرده، به چه دلیلی تمسک نموده است؟! ادامه این بحث بماند برای فردا. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### عوض قرار گرفتن حقوق در بیع و نقض های وارد شده بر تعریف بیع ۹۱/۰۷/۰۹

Your browser does not support the audio tag

عوض قرار گرفتن حقوق در بیع و نقض های وارد شده بر تعریف بیع بحث در این بود که مرحوم آخوند می فرمایند که عمل حرّ و منافع مال است چون چیزی است که یرغب الیه الناس، یرغب الیه العقلاء، ولی راجع به حقوق می فرمایند که عنوان مالیت ندارد. در هر دو هم ادعای بلا شبهه می کنند. اما شیخ مالیت حقوق را محل اشکال دانسته و می فرماید که مشکوک است که آیا حقوق مالیت دارد یا نه و یا اینکه قطعاً مالیت ندارد. فرمایش شیخ خیلی روشن نیست، ولی کلمه اشکال در آنجا به کار برده شده است. بحث در این است که بین آن مواردی که مالیتش مورد قبول قرار گرفته و مواردی که مشکوک المالیه یا مقطوع العدم است چه فرقی وجود دارد. مرحوم آخوند مال را این طور تفسیر کرده است که چیزی است که اضافه به آن شیء مورد اهتمام عقلاء است و عقلاء به دنبال به چنگ آوردن آن هستند و اضافه به آن شیء مطلوب انسان است که با این اضافه خوشحال و خرم است و با نبود آن این خوشحالی را ندارد. در باب حقوق، خود شیء مطلوب شخص است، نه اضافه به حق. عقلاء اهتمام به این ندارند که خود حق را

ص: ۳۶

تحصیل کنند، نه اضافه به حق را. اگر بخواهیم بین این موارد چنین تفاوتی قائل بشویم، باید ببینیم که آیا شاهد عرفی یا شاهد لغوی بر آن داریم یا نه. چون اطلاعات درستی در دست نیست، نمی توانیم چیزی اثبات بکنیم. مال را هر طور تفسیر بکنیم، مانع از اینکه حقوق عوض البیع قرار بگیرد، نخواهد شد و وجداناً بیع صدق می کند. حتی در مبیع هم می توان حقوق را قرار داد، مانند اینکه امروزه حق الامتیاز فروخته می شود. و حقیقتاً هم فروش صدق می کند و صحت سلب هم ندارد و چون تحت عناوین دیگر داخل نیست، فروشش فعلاً اشکالی ندارد. حال اینکه در زمان معصوم هم بوده است یا نه، بسته به این است که ما اصل عدم نقل را تمام بدانیم یا نه. قوم تمام می دانند، منتهی به نظر ما محل اشکال است. بعد شیخ می فرماید که بیع انشاء تملیک عین بمال است و در جای دیگر هم فرموده است که تملیک عین بمال. هر دو تعبیر را هم دارد و علتش هم عبارت از این است بعضی از الفاظ به اشتراک لفظی یا معنوی در مصداق حقیقی یا اعتباری بکار برده می شود. مثلاً گاهی شخصی به شخص دیگری توهین به این شکل می کند که به او بی اعتنائی می کند یا فحش می دهد، گاهی هم به این شکل توهین می کند که با برنامه ریزی موقعیت شخص را در جامعه تضعیف می کند. در باب تملیک هم دو نوع اطلاق و مصداق عرفاً ذکر می کنند، یکی اینکه فلان چیز، ملک فلان کس قرار داده می شود، یعنی مصداق حقیقی تملیک محقق می گردد، یک مرتبه هم تملیک انشائی است، مثل اینکه

ص: ۳۷

من به شخصی بگویم که تو را مالک این شیء قرار دادم، انشاء تملیک بشود. چون هر دو گونه اطلاق وجود دارد، شیخ یک مرتبه از تملیک، تملیک خارجی را اراده کرده است، و ما به القوام بیع هم تملیک خارجی نیست، مانند اینکه کسی مالی را غصب کرده باشد، یک مرتبه هم از تملیک، انشاء تملیک اراده نموده است. این اختلاف تعبیری که در بیان شیخ است، هر دو به اعتبارین صحیح است و منافاتی بین این دو تعبیر وجود ندارد. تفسیرات مختلفی برای بیع شده است که ورود به آنها خیلی ضرورتی ندارد، زیرا اصل معنی بالفطره روشن است. حال باید ببینیم که با این تعبیری که ما از بیع می‌کنیم، بعضی از مواردی که فقهاء گفته‌اند نقض دارد یا نه؟ اگر همین تعبیر شیخ را با تمام نقض‌هایی که بیان شده، مورد بحث قرار بدهیم، کفایت می‌کند. یکی از نقض‌ها عبارت از این است که اگر کسی در مقابل عوض، صلح به مالی بکند، انشاء تملیک به عوض صدق می‌کند، بنابراین بعضی از مصادیق صلح داخل در تعریف بیع است، پس تعریف بیع مانع اغیار نیست. در هبه معوضه تملیک مال بعوض است، پس هبه معوضه هم داخل در بیع می‌شود، با اینکه شما آن را از مصادیق بیع نمی‌دانید. موارد مختلفی از این نقض‌ها بیان شده است که ما عباراتی که ایشان در جواب این نقض‌ها ایراد فرموده‌اند را می‌خوانیم. ایشان می‌فرمایند که حقیقت صلح عبارت از معاوضه و مقابله نیست، حتی در جایی هم که در مقابل یک عوضی صلحی واقع می‌شود، آنجا هم حقیقت صلح معاوضه نیست، بلکه حقیقت

صلح تسالم است، منتهی لازمه تسالم در بعضی از اوقات تملیک هم هست. وقتی شما بیع می کنید، بیع نسبت به مبیع و آن شیء متعدی بنفسه است، و بدون واسطه کلمه بعثت را به آن نسبت می دهید، اما در صلح اینطور نیست، بلکه صلح به صورت متعدی بنفسه به شخص مقابل نسبت داده می شود. ایشان بعد شاهی می آورند که در موارد مختلفی صلح انجام می شود و در هر مورد تسالم به گونه ای غیر از مورد دیگر است و اگر بخواهیم بگوییم که در یک مورد به معنای بعثت استعمال شده است، باید لفظ صلح را مشترک لفظی بدانیم، مثلاً در یک مورد به معنای بعثت، در جای دیگر به معنای آجرت، در موقعیت دیگری به معنای اُعت و... در حالی که بالوجدان و الفطره می فهمیم که صلح معانی متعددی ندارد. حال عبارت را می خوانم: «و منها: انتقاض طرده بالصلح علی العین بمالٍ، و بالهبه المعوضه و فیه: أنّ حقیقه الصلح و لو تعلق بالعین لیس هو التملیک علی وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الأصلی هو التسالم؛ و لذا لا یعدّی بنفسه إلی المال. نعم، هو متضمّن للتملیک إذا تعلق بعین، لا- أنه نفسه. و الذی یدلّک علی هذا: أنّ الصلح قد یعلق بالمال عیناً أو منفعه، فیفید التملیک. و قد یعلق بالانتفاع به، فیفید فائده العاریه، و هو مجرد التسلیط». در عاریه انسان بر مال سلطه دارد و می تواند استفاده بکند، اما مانند ملکیت نمی تواند دیگری را منع بکند. «و قد یعلق بالحقوق». در حقوق، انسان می تواند حق را اسقاط کند یا به دیگری منتقل کند. «و قد یعلق بتقریر أمرٍ بین المتصالحین كما

فی قول أحد الشریکین لصاحبه: صالحتک علی أن یكون الربح لک و الخسران علیک». مصالحه کردیم که اگر ربحی کردی، مال تو باشد، اگر خسروانی هم شد باز هم مال تو باشد. «یفید مجرد التقرير. فلو كانت حقیقه الصلح هی عین کل من هذه المفاداه الخمسه لزم کونه مشترکاً لفظیاً، و هو واضح البطلان، فلم یبق إلا أن یكون مفهومه معنی آخر، و هو التسالم، فیفید فی کل موضع فائده من الفوائد المذكوره بحسب ما یقتضیه متعلقه. فالصلح علی العین بعوض: تسالم علیہ، و هو یتضمن التملیک، لا- أن مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقیقه هو إنشاء التملیک، و من هنا». مطلب دیگری که عرض نکردیم این بود که اگر شما بگویید، این شیء را به من تملیک کن، اقرار به مالکیت آن شخص است، اما اگر بگویید که این شیء را به این عوض با من صلح کن، از آن اقرار استفاده نمی شود. این فرمایش ایشان بود. حال باید بینیم که اشکال در چیست. نقض و اشکال وارد شده بر تعریف بیع عبارت از این است که این تعریف بعضی از موارد صلح که متعلقش هم بیع نیست را شامل می شود. کسی که ادعای نقض به تعریف بیع کرده، نمی خواهد بگوید که کلمه صلح مرادف با کلمه بیع است، تا شما بگویید که این کلمه با هم مرادف نیستند. خلاصه اینکه این بیان شیخ جواب اشکال نیست. البته می شود یک مطلبی ادعا کرد و آن اینکه بگوییم در مفهوم صلح یک نحوه گذشت در نظر گرفته شده است، اما اگر هیچ گونه گذشتی در کار نبود و دو چیز هم ارزش در

مقابل هم قرار داشته باشند، چون در مفهوم صلح یک نحوه گذشت خوابیده و در اینجا چنین چیزی وجود ندارد، این صلح نیست. منتهی ممکن است که ما بگوییم که نسبت بین بیع و صلح اعم من وجه است که بعضی از مصادیق صلح، بیع هم هست، مثل اینکه شخصی بگوید من این شیء را به شما به فلان قیمت می فروشم، چه من مغبون بشوم، یا شما مغبون بشوید، فرقی نمی کند. در چنین موردی اگر گذشت احتمالی هم درج بشود، باز بیع هم هست، منتهی بیع اعم از این است که در آن گذشت احتمالی درج بشود یا نشود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### نقض های وارد شده بر تعریف بیع ۹۱/۰۷/۱۰

.Your browser does not support the audio tag

نقض های وارد شده بر تعریف بیع شیخ می فرماید که تعریفی که ما برای بیع کردیم، با صلح نقض نمی شود، زیرا صلح با بیع اختلاف مفهومی دارند، مفهوم صلح عبارت از سازش است، حتی در جایی که صلح به عوض است هم مفهومش با بیع یکی نیست. صلح در موارد مختلف استعمال می شود و اگر قائل به اتحاد مفهومی بشویم، اشتراک لفظی لازم می آید و این بدیهی البطلان است. در این باره می فرمایند: «فالصلح علی العین بعوض: تسالمٌ علیه، و هو یتضمّن التملیک». متضمن تملیک است، نه اینکه مفهومش با مفهوم تملیک یکی باشد. «لا أن مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقیقته هو إنشاء التملیک، و من هنا لم یکن طلبه من الخصم إقراراً، بخلاف طلب التملیک». اگر کسی بگوید که این چیز را در مقابل این مقدار پول به من تملیک کن، معنایش اقرار به مالک بودن طرف مقابل است، اما اگر بگوید این شیء

ص: ۴۱

را با من صلح کن در مقابل این مقدار پول، اقرار به مالکیت طرف مقابل نخواهد بود. پس بیان شیخ این شد که این دو با هم اتحاد مفهومی ندارند، ولی به نظر ما فرقی نمی کند که تملیک بالمطابقه باشد، یا بالالتزام و لذا در مسئله اخذ به اقرار لزومی ندارد مورد اقرار مدلول مطابقی باشد، بلکه اگر مدلول التزامی هم باشد، می توان به اخذ نمود. اما یک مطلبی که ما امروز به آن اشاره می کنیم این است که اگر چیزی مشکوک باشد، مثلاً ندانیم که چقدر از طرف مقابل طلب داریم، در چنین موردی صلح انجام می شود و قطعاً چنین موردی از مصادیق بیع نیست. اما در بیع هایی که با بیع یا مشتری به کمتر از قیمت یا بیشتر از آن توافق می کنند، اصل قیمت و ارزش مبیع معین است و بیع محقق می گردد، اما در صلح اصل بدهی مشکوک است و یک نوع تسالم و گذشتی نسبت به چیزی که مشکوک است، واقع می شود. و از روایات دلیلی بر اینکه صلح معنایی اوسع از این موارد داشته باشد، نداریم و چیزی ثابت نشده است و علت این هم که اقرار به حساب نمی آید همین مسئله است، زیرا معنای صلح این است که اصل مسئله مسلم و ثابت شده نیست. اگر اصل مسئله را مسلم بگیریم، همان بیع است، زیرا در بیع فرقی نمی کند چه بگوید بفروش و چه بگوید موافقت کن در مقابل این. صلح به نظر اینطور می آید و با آنچه از کلمات فقهاء استفاده می شود مباین است. این راجع به صلح بود، اما راجع به هبه باید بگوییم که هبه معوضه انشاء

ص: ۴۲

تملیک به عوض نیست، و اگر انشاء تملیک به عوض باشد، باید تا مادامی که طرف مقابل عوض را تملیک نکرده، مالک چیز که هبه شده نباشد و حال آنکه مسلم بین فقهاء در هبه معوضه این است که شخص مالک هبه می شود ولو اینکه عوض را تملیک نکرده باشد. پس در هبه معوضه معاوضه ای در کار نیست و مانند هبه غیر معوضه است. این مطلبی است که ایشان می فرمایند، ولی این فرمایش ایشان وقتی صحیح است که ما هبه را منحصر به عوضی که فعل است بکنیم، نه صورتی که هبه به نتیجه باشد، مثل اینکه من بگویم این شیء را هبه می کنم به شرطی که شما فلان چیز را به من ببخشید. اگر مطلب شیخ درست باشد، در اینجا ممکن است کسی بگوید که شخص مالک هبه می شود، هر چند عوض را تملیک نکرده باشد. ولی باید بدانیم که هبه اختصاص به عوضی که فعل است، ندارد و گاهی هم شخص می گوید من این شیء را هبه می کنم به شرطی که چنین حقی داشته باشم، در چنین جایی که شرط نتیجه است نه شرط فعل، باز هم هبه معوضه است. در جایی که هبه معوضه به شرط نتیجه است، به مجرد اینکه واهب به دیگری هبه کرد، مالک و صاحب آن نتیجه خواهد شد و نیازی نیست که طرف مقابل بخواهد کاری انجام بدهد. این یک نکته که هبه معوضه منحصر به این نیست که شرط فعل باشد، بلکه شرط نتیجه هم می تواند باشد، اما نکته دیگر اینکه اگر ما بپذیریم که هبه معوضه عبارت از این است که حتماً شرط فعل باشد،

در مباحث گذشته اشاره شد که آیا عمل حرّ را می توان ثمن در بیع قرار داد یا نه، شیخ با تأمل از کنار این مسئله گذشت، اما طبق آنچه دیگران گفتند و ما هم عرض کردیم، خود عمل هم می تواند که ملک طرف مقابل بشود و همانطور که مشتری مالک معوض می شود، بایع هم مالک و طلبکار آن عمل می شود. پس بنابراین این فارقی که شیخ بین هبه و ملک بیان می کند و در صدد رفع مشکل نقض است، وارد نیست و به نظر تمام نمی آید. اما مطلبی که به نظر خود ما روشن تر است، و هر دو قسم شرط نتیجه و شرط فعل را شامل می شود، این است که بگوییم اینجا شرط تعدد التزام است، «التزام فی التزام» است. انسان به چیزی ملتزم می شود و بعد این التزام ظرف برای یک التزام دیگر قرار می گیرد. در نتیجه ما دو التزام داریم و فساد شرط به مشروط سرایت نمی کند، زیرا فساد شرط به مشروط ضرر نمی رساند، التزام دوم ارتباط به اولی دارد، اما التزام اول ارتباطی به دومی ندارد، یعنی اگر دومی باطل شد، ضرری به التزام اول نمی رساند. مثلاً در باب نکاح به طور مسلم روایاتی داریم که فساد شرط مفسد نکاح نیست، علتش هم این است که یک التزام نیست، در هبه هم اگر بگوییم که یک التزام وجود دارد، این دیگر هبه نیست، بیع است، حتی اگر لفظش هم لفظ هبه باشد، باز بیع به حساب خواهد آمد. پس ما می گوییم که هبه التزامی است مجانی و مانعی ندارد که در کنار این التزام مجانی التزام دیگری به عنوان شرط در نظر



گرفته شده باشد. اما در بیع یک التزام بیشتر نیست و مبادله و نقل و انتقال به یک نحو التزام انجام می شود. بعد شیخ نتیجه می گیرد که بنابراین تملیک به عوض منحصرأ در بیع است، نه اینکه اصل در آن عبارت از بیع باشد چنانچه که از جواهر و برخی کتب دیگر اینطور استفاده می شود. اصلاً تملیک به عوض مصداقاً منحصر در بیع است. البته ایشان یک عبارتی دارد که مرتب هم آن را تکرار می کند که مراد از عوض مال است و معاوضه کفایت نمی کند و باید حتماً صدق مال بر آن بکند. این کلمه عوض در اینجا تکرار شده است و تقریباً اشاره به همان عوضی است که قبلاً گذشت مانند عهد و مانند آن و یک نحوه تسامح فی الجمله در این عبارتها وجود دارد. «فقد تحقّق مِمّا ذکرنا: أنّ حقیقه تملیک العین بالعوض لیست إلّا البیع فلو قال: ملکته کذا بكذا کان بیعاً، و لا یصحّ صلحاً و لا هبه معوّضه و إن قصدهما». مراد از عوض مال است و در جای دیگر هم تصریح به این مطلب فرموده اند. مثلاً اگر بخواهیم یک سوسکی را عوض قرار بدهیم، صحیح نیست زیرا مالیت در عوض معتبر است. اگر ما بگوییم که اصل در تملیک به عوض، بیع است، در مواردی که انسان شک می کند که بیع مراد است یا نه، اصاله الحقیقه اقتضاء می کند که بیع بدانیم. در این صورت رجوع به اصل درست است. این نظر به صاحب جواهر نسبت داده شده است، اما ظاهراً ایشان نمی خواهد این مطلب را بگوید، چون من عبارت جواهر را دیدم و در حاشیه نوشتم.

شیخ انصاری قائل به این است که بالوضع، تملیک بمال، منحصر به بیع است و در غیر بیع اگر استعمال بشود، استعمال مجازی است، ولی صاحب جواهر می فرماید که دلالت اطلاقی کلام اقتضاء می کند که مراد بیع باشد، نه دلالت وضعی کلام. صاحب جواهر هر دو را مصداق می داند، اما اطلاق اقتضاء می کند که بیع باشد، نه غیر بیع، اما شیخ می فرماید که مقتضای حقیقت اقتضاء می کند که بیع باشد، نه غیر بیع. بحث دیگر راجع به قرض است. قرض که داده می شود، مجانی نیست، بلکه در مقابل مثل یا قیمت آن چیز است، پس ما به القوامش عبارت از این است که عوضی داشته باشد، یا مثل و یا قیمت آن. حال چطور ما این را داخل در معاوضه ندانیم؟! شیخ در جواب این نقض، یک مطلبی را ادعا می کند و بعد هم یک شاهی برای آن ذکر می کند. ایشان می فرماید که در عالم اعتبار قرض دهنده، همان چیزی که قرض داده را پس می گیرد و لو حقیقتاً عین همان چیز را پس نگرفته است، بلکه مثل یا قیمت آن را پس گرفته است، ولی در عالم اعتبار و فرض اینگونه است که انسان همان چیزی که قرض داده است را پس می گیرد. پس بنابراین می توانیم بین قرض و بیع به حساب اعتبار فرق بگذاریم. گاهی عقلاء بر اساس همین اختلاف اعتباری فرق می گذارند. شرع هم ممکن است بر همین اساس قائل به فرق بشود. پس این نقض بر مانع نبودن تعریف بیع وارد نیست. بعد ایشان شاهد می آورند که «لذا لا یجری فیه ربا المعاوضه، و لا الغرر المنفی فیها، و لا ذکر

العوض، و لا العلم به، فتأمل». ایشان می فرمایند که بخاطر همین فرق است که در ربای معاوضات، مکیل و موزون بودن شرط است، اما در ربای قرض چنین شرطی وجود ندارد. اگر قرض معاوضه بود، برای تحقق ربا باید مکیل و موزون باشد، در صورتی که برای تحقق ربای در قرض چنین شرطی وجود ندارد. مطلب دوم اینکه اگر هنگام قرض دادن یک چیزی، قیمتش را ندانید، یا حدّ و حدودش را ندانید، قرض درست است و غرر در اینگونه موارد اشکال ندارد، اما در بیع اگر شما چیزی را که می خواهید بفروشید، باید ارزش و قیمت آن را بدانید، باید حدّ و حدودش را بدانید که چقدر است، بعضی از خصوصیات مبیع را بدانید و اگر به این موارد آگاهی نداشته باشید، معامله غرری خواهد بود. طبق فرمایش شیخ اینها شاهد بر این است که قرض از باب معاوضات نیست، اما در انتهای عبارت می فرمایند که فتأمل که ممکن است این فتأمل اشاره به اختلافی باشد که بین شیخ و آخوند وجود دارد مبنی بر اینکه آیا ما می توانیم به وسیله عمومات از حکم کشف موضوع بکنیم. مثلاً گفته شده است که «اکرم العلماء»، از طرفی هم برای ما ثابت شده است که زید احترام ندارد، شرع هم فرموده «لاتکرم زیداً»، حکم مسئله در اینجا درباره زید روشن است، اما اختلاف در این است که آیا ما از این حکم می توانیم کشف موضوع بکنیم و بگوییم که زید عالم نیست و عبارت «اکرم العلماء» تخصیص نخورده است، یا نه؟ شیخ با عکس نقیض می فرماید که می توانیم چنین کشفی بکنیم، زیرا وقتی گفته می شود «کل

عالم یجب اکرامه»، عکس نقیض آن این است که «ما لا یجب اکرامه فلیس بعالم» پس در نتیجه «و هذا لا یجب اکرامه». بنابراین «فزید لیس بعالم». ولی مرحوم آخوند می فرماید که عکس نقیض درست و ملازم با خود شیء است، ولی در جایی اعتبار دارد که قضیه یقینیه باشد. در جایی که یک شیء یقینی بود، عکس نقیضش هم یقینی است، اما یک شیء ظنی، عکس نقیضش هم ظنی است و اگر این شیء ظنی معتبر بود، دلیل بر این نیست که عکس نقیضش هم معتبر است. در چنین موردی که شک در اراده اصاله العموم داریم، بر اساس بنای عقلاء نمی توانیم عدم تخصیص را اثبات بکنیم. این هم نظر مرحوم آخوند بود. پس اینکه بخواهیم در ما نحن فیه کشف بکنیم که معاوضه نیست، مبتنی بر مسلک خود شیخ است و ممکن است دیگران این مبنی و مسلک را قبول نداشته باشند. پس این عبارت فتأمل ممکن است اشاره به این باشد که این مطلب مبتنی بر آن مبنایی است که در جای دیگر آن را اثبات کردیم. ممکن هم هست که فتأمل اشاره به این باشد که این مطلب مبتنی بر مبنای ما نیست تا بعضی مانند مرحوم آخوند بگویند که ما مبنای شما را قبول نداریم، زیرا آن مطلب در جایی است که بر خلاف قواعد بر اساس تعبد به ادله شرعی یا امثال آن یک استثنائی شده باشد، آن وقت ما شک می کنیم که آیا استثناء اخراج حکمی است یا اخراج موضوعی؟ این بحث و اختلاف مبنایی در چنین جایی است، اما در ما نحن فیه بالفطره فهمیده می شود که

این جور چیزها در قرض نیست و خود این مطلب شاهد است که ارتباطی به مبنای خاص و امثال آن ندارد و بر اساس مبنای دیگران هم می توان چنین بیانی داشت و اینجا تعبد شرعی نیست و خود ارتکازات اقتضاء می کند که چنین احکامی در معوضات نیست و در باب قرض تفاوت می کند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی دو نظریه در تعریف بیع (نظریه شیخ اسد الله شوشتری و فاضل نراقی) ۹۱/۰۷/۱۱

Your browser does not support the audio tag.

بررسی دو نظریه در تعریف بیع (نظریه شیخ اسد الله شوشتری و فاضل نراقی) شیخ بعد از اینکه بیع را به انشاء و تملیک مال تفسیر می کند، دو نظریه از دو نفر از بزرگان نقل می کند. در تعبیر از یکی از این دو بزرگ، عبارت «بعض من قارب عصرنا» را به کار برده که مرحوم سید می فرمایند که مراد کاشف الغطاء است، ولی در حاشیه کتاب مکاسب چاپ کنگره نوشته شده است که مراد شیخ اسدالله تستری صاحب مقابس است. البته بعضی از این کتب در اختیار من نبود تا به آنها مراجعه بکنم، ولی به احتمال قوی، همان گونه که در حاشیه مکاسب چاپ کنگره هم آمده، مراد از «بعض من قارب عصرنا» مرحوم کاشف الغطاء نیست، زیرا شیخ شاگرد شیخ علی کاشف الغطاء است، شیخ علی هم شاگرد شیخ جعفر کاشف الغطاء است و شیخ جعفر از نظر فقاهت خیلی مسلم بوده است و شیخ نسبت به او احترام خاصی قائل است و در باب معاطات با عبارت «بعض الاساطین» از ایشان تعبیر می کند. ولی شیخ اسدالله شوشتری که داماد کاشف الغطاء بوده در این حد نبوده است، پس به احتمال قوی مراد همان شیخ اسدالله است. در تعبیر از بزرگ دیگر

ص: ۴۹

هم شیخ از عبارت «بعض مشایخنا» استفاده نموده است که گفته شده است که مراد مرحوم نراقی صاحب مستند است، زیرا شیخ مدتی پیش ایشان درس خوانده است، البته بین بحث و شاگردی مردد بوده است، عنوانش عنوان شاگردی بوده، اما در اجازه ای که نراقی به شیخ می دهد، می گوید: خوب عنوانش عنوان شاگردی بوده، ولی در اجازه ای که نراقی به شیخ می دهد، می گوید: «افاد اکثر ممن استفاد». به هر حال این دو بزرگ بر خلاف تفسیر شیخ، بیع را معنی کرده اند. «بعض من قارب عصرنا» می گوید که به معانی متعددی بیع اطلاق می شود که سه معنی ذکر کرده است، یکی عبارت از تملیک به عوض است که فعل بایع می باشد به اضافه قبول مشتری، تملیک به عوضی که متعقب به قبول مشتری باشد. معنی دیگر انتقال عین به عوض و معنی سوم هم عبارت از ایجاب و قبول است، عقد مرکب از ایجاب و قبول است. این سه معنی را «بعض من قارب عصرنا» بیان کرده است، اما بعض المشایخ معنای شیخ را ذکر کرده است، منتهی قید زده است که متعقب به قبول مشتری باشد، یعنی انشاء و تملیک عین بمال متعقب بقبول مشتری. شیخ بعد راجع به این سه اطلاقی که شده بحث کرده و می فرماید اینکه گفته شده است که بیع تملیک عین بعوض است، منتهی به شرط قبول مشتری، همانطور که بعضی از اساتید گفته اند، وجهش عبارت از این است که متبادر از کلمه بیع این است که شخص انشاء کرده و مشتری هم قبول نموده است و اگر یک کسی انشاء کند و طرف مقابل قبول نکند، بیع نسبت به

ص: ۵۰

چنین موردی صحت سلب دارد. اما معنای دیگری که مراد از بیع مرکب از ایجاب و قبول باشد، این به معنای مجازی است و بعضی هم گفته اند که بر اساس علاقه سببیت و مسببیت چنین اطلاقی شده است. شیخ در جواب به تعریف اول می فرماید که بیع به همان معنای انشاء تملیک عین بمال است و چنین قیدی که بیان شد در معنای بیع وجود ندارد، اما این تبادری که به آن اشاره شده بخاطر این است که در معمول موارد قرینه وجود دارد که مراد از بیع، بیع مثمر است، «البيع المثمر»، یعنی بیعی که ثمر دارد، مراد است، قهراً بیعی که انشاء تنها باشد، بیع مثمر نیست، اما از جهت وضعی، بیع همان انشاء است، اما به این جهت که در موارد بسیاری بیع مثمر مورد نظر است، قهراً لفظ بیع به وسیله قرینه، انصراف به انشائی که در پی آن قبول هست، پیدا می کند. و شاهد بر اینکه مراد از بیع، بیع مثمر است، این است که بعضی از الفاظ دیگر به کار برده می شود که هیچ کس حتی این دو عالم هم شرط قبول را در آنها قید نکرده اند، مانند کلمه تملیک، ابدال و نقل که اگر کسی این کلمات را بکار برده و بگوید، من مالم را به فلان کس تملیک کردم، انسان می فهمید که او هم قبول کرده، یا اگر بگوید که ابدال کردم مالم را با فلان پول، یا نقل کردم مالم را به فلان کس در مقابل فلان چیز، عرف می فهمد که قبول طرف مقابل هم در اینجا هست، و هیچ کس در این الفاظ قائل نشده

است که قبول هم وضعاً شرط باشد. پس معلوم می شود که اینها انصرافی است که به وسیله قرینه در خود بیع و امثال آن وجود دارد. اما راجع به اینکه یکی از معانی عبارت از ایجاب و قبول باشد، ایشان می فرمایند که این ایجاب و قبول از معانی حقیقی بیع نیست و این اطلاق از باب مجاز و بر اساس علاقه سبب و مسبب است، البته مسببش هم همان نقل مثمر و انشاء مثمر است، البته ایشان به کلمه مثمر تعبیر نمی کنند، اما مراد آن بیعی است که خود شارع امضاء کرده است و جزء السبب، نه تمام السبب چنین بیعی ایجاب و قبول است. اما نقل و امثال آن که به شیخ طوسی و عده ای نسبت داده شده است، یقیناً نمی تواند معنای بیع باشد. نقل و انتقال صفت مبیع است، در حالی که بیع فعل بایع است و فعل بایع با صفت مبیع تفسیر شده است و قطعاً این تفسیر معنای حقیقی نیست، منتهی محتمل است که شیخ طوسی، سرائر، علامه در تذکره و بعضی از ایشان که از شیخ تبعیت کرده اند، بیع را به معنای مصدر از فعل مجهول گرفته اند، یعنی بیع به معنای مبیعیت باشد. یک چنین اضافه ای به خود مبیع شده است و با چنین تکلفی از بیع اراده مصدر فعل مجهول شده است و مبیعیت قهراً تفسیرش همان انتقال از بایع به مشتری است. شیخ می فرماید که «هو تکلف حسن»، مرحوم سید در حاشیه می فرمایند که «تکلف غیر حسن». حق هم با سید است، زیرا انسان چه الزامی دارد که بیع را اینطور تفسیر به معنای فعل مجهول بکند. خلاصه

اینکه تکلف خوبی نیست. این فرمایشی است که شیخ نوشته است، بعد هم ایشان می فرمایند که بیع با نفس انشاء تحقق پیدا می کند و هیچ قیدی هم در آن معتبر نیست. ایشان می فرمایند که بیع مانند ایجاب و وجوب است، نه مثل کسر و انکسار. کسر و انکسار از مقولات واقعی است و به اختلاف اعتبارات فرق نمی کند، اینطور نیست که به یک اعتبار کسر باشد و به اعتبار دیگر کسر نباشد. ولی بیع مانند ایجاب و وجوب است که به اختلاف اعتبارات فرق می کند. مثلاً اگر کسی بزرگ تر از خودش را الزام بکند، به اعتبار عقلاء در اینجا وجوب حاصل نمی شود، ایجاب هست، ولی وجوب به اعتبار عقلاء حاصل نیست. البته یک وجوبی به اعتبار خود موجب حاصل است، شیخ هم تعبیر می فرماید که «فی نظر الموجب». در باب بیع هم ایشان می گوید که ملکیت فی نظر الموجب حاصل می شود، مراد از این نظر یعنی اینکه به حسب اعتبار موجب، نه اینکه اختلاف فکری دارند، یعنی موجب اعتبار ملکیت می کند، اما عقلاء اعتبار ملکیت نمی کنند، اختلاف نظر نیست، اختلاف نظر به معنای متداول، اختلاف اعتبار است. مثلاً عقلاء به صرف انشاء ترتیب آثار نمی دهند، یا شرع به صرف انشاء ترتیب اثر نمی دهد. پس شیخ می فرماید که بیع از قبیل ایجاب و وجوب است، نه کسر و انکسار چنانچه بعضی تشبیه به آن کرده اند. بعد هم ایشان تعبیر به «فتأمل» نموده اند که شاید مراد از این «فتأمل» این باشد که کسانی که بیع را به کسر و انکسار تشبیه کرده اند، در اصل همانطور که انکسار و کسر و از همدیگر جدا نمی شوند، تملیک هم از



بیع جدا نمی شود و لو یک ما به الاختلافی دارند که کسر و انکسار به اعتبارات فرق نمی کند، اما بیع به اعتبارات فرق می کند. این تشبیه هم که بین بیع و کسر و انکسار شده است، بخاطر این است که ملکیت از بیع لاینفک است و لو در اعتبار خود ناظر. شاید آن بعضی ها مرادشان این باشد. من یک وقتی عرض کردم که از آقای والد شنیدم که از بعضی از بزرگان نقل می کردند که «فتأمل» اشاره به مطلبی است که تا آن حد اساسی نیست که در متن به آن پرداخته بشود و اشاره به یک مورد جزئی است و اینطور موارد را با فتأمل و فافهم مورد اشاره قرار داده می شود. شیخ در ادامه می فرماید که ضعف اخذ تعقب به قبول در معنای اصطلاحی بیع، معلوم است، فضلاً از اینکه ما بخواهیم این را یکی از معانی قرار بدهیم. کآن در مراد از این جمله به نظر می آید که ما اگر به حساب معنای مصطلح قرار بدهیم، ضعف کمتری دارد، ولی اگر منحصر به آن نکنیم و به چیزهای دیگر هم بگوییم، خیلی ضعیف تر خواهد بود. مرحوم سید می فرمایند که چرا این ضعیف تر باشد، باید اهون باشد. چیزی ضعیف تر است که انسان تجاوز و تعدی بکند و اگر ما معنی را متعقب به قبول بدانیم، بدتر است. اما آنچه که به نظر ما می آید این است که این عبارت شیخ را دو گونه می شود معنی کرد، «و من هنا يظهر ضعف أخذ التعقب بالقبول فی معنی المصطلح فضلاً أن يجعل أحد معانيها». این فضلاً که حال از شیء است، ممکن است حال از

ضعف باشد، ممکن هم هست که حال از اخذ باشد، ضعف اخذ الفلان، اگر حال از ضعف باشد، معنایش همان معنایی می شود که سید فهمیده که زدن چنین حرفی ضعفش معلوم می شود و به طریق اولی ضعف متعدد. آن وقت ببینیم آیا اشکال سید وارد است یا وارد نیست. یک مرتبه کلمه فضلاً حال برای اخذ می شود، کسی آمده قیدی را در معنای بیع اخذ کرده، دیگری به بالاتر از این قائل شده که نه اینکه این قید از معنای بیع است، بلکه معنی منحصر در این است. در این صورت فضلاً حال از اخذ خواهد بود. ممکن است بگوییم که هر دو معنی صحیح است، هم اینکه قید برای اخذ باشد که در نتیجه می خواهد بگوید که بطلان حرف این بعض المشایخ به وسیله این حرف ثابت شد، یعنی این بعض المشایخ اکتفاء نکرده به اینکه اخذ قید را یکی از معانی بدانند، بلکه قدمی بالاتر گذاشته و معنای اصطلاحی را اینطور بیان کرده است. در این صورت که قید برای اخذ باشد، اصلاً اشکالی در عبارت نیست. اما اگر قید حال از ضعف باشد، به این معنی که هر دو معلوم شد، بطلان حرف بعض المشایخ که معلوم شد، پس به طریق اولی حرف بعض من قارب عصرنا هم معلوم خواهد شد. یعنی حرف بعض من قارب عصرنا، بدتر از معنای بعض المشایخ است. بر اساس این معنی سید می فرمایند که باید عکس این مطلب را گفت و حرف بعض المشایخ بدتر است. نظر سید این است. اگر انسان از آن دقت نظر شیخ صرف نظر بکند که می فرماید انصراف به وسیله قرینه

است، خواهد گفت که تبادل و صحت سلب اقتضاء می کند که بیع یک معنی داشته باشد و هیچ وجهی برای تعدد معنی نخواهد بود، لذا حرف تعدد معنی ابعداست. اشکال مرحوم سید علی کل تقدیر وارد نیست، چون ممکن است که دو جور معنی کنیم و اگر هم یک جور معنی کنیم، باز هم اشکال سید وارد نیست. مرحوم سید یک بحث مفصلی دارد و همان کلام بعض المشایخ را اختیار کرده و می فرماید که بیع همین است و غیر از این نیست و آن انصرافی که ادعا شده بخاطر قرینه وجود دارد، درست نیست. اگر بگوییم که انصراف به مواردی است که تعقب قبول وجود دارد، شرایط دیگری را هم که شرع در صحت بیع معتبر می داند را هم باید ضمیمه بکنیم. مثلاً اگر گفته شد که فلان کس خانه اش را فروخته، یا من خانه ام را فروختم، مراد عبارت از این باشد که با تمام قیود شرعی نه فقط مسئله تعقب. پس اگر بگوییم که وجود قید تعقب بخاطر انصراف است، نه بخاطر وضع لفظ، باید بگوییم که تمام قیودی که دخالت در مضمون دارد، معتبر است، با اینکه شما به چنین چیزی قائل نیستید و فقط قائل به دخیل بودن تعقب هستید. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

### تعریف بیع (نقض های وارد شده بر تعریف شیخ) ۹۱/۰۷/۱۲

Your browser does not support the audio tag

تعریف بیع (نقض های وارد شده بر تعریف شیخ) مختار شیخ در تفسیر کلمه بیع «انشاء تملیک عین بعوض» است، چه طرف دیگر قبول بکند یا نکند. ولی از بعضی از مشایخ خود نقل کرده است که این تفسیر علی وجه الاطلاق صحیح نمی باشد و باید گفت که بیع «انشاء تملیک

ص: ۵۶

عین بعوض بشرط تعقبه بقبول مشتری» است. دلیل بودن چنین شرطی در تعریف بیع، تبادل و صحت سلب می باشد، به این معنی که اگر کسی بگوید من منزلم را فروختم، مقصود این است که او منزلش را فروخته و طرف مقابل هم قبول کرده است، نه اینکه فقط او انشاء کرده باشد، فارغ از اینکه طرف مقابل قبول کرده باشد، یا نکرده باشد. در چنین موردی صحت سلب وجود دارد. این استدلالی است که بعض المشایخ برای وجود شرط تعقب انشاء به قبول بیان کرده بودند، اما شیخ جواب داد که منشأ این تبادل و انصراف به تعقب بیع به قبول مشتری، وجود قرینه بر این است که مراد از بیع در این موارد، بیع مؤثر است و به وسیله این قرینه تبادل و امثال آن حاصل می شود. و اینکه در بسیاری از موارد قرینه ای باشد که به وسیله آن قیدی حاصل بشد، منافاتی با قول مختار ما ندارد. این فرمایش شیخ بود. مرحوم سید هم در اینجا بحث مفصلی دارد که بسیار طولانی و مشوش است و خیلی از چیزها با هم تطبیق نمی کند. اگر ما بخواهیم این جزئیات اختلافاتی که در عبارات ایشان هست را ذکر کنیم، خیلی طول می کشد، ولی کلیه مطالب اساسی که ایشان بیان کرده را عرض خواهیم کرد. مرحوم سید می فرمایند که مطلبی را که بعض المشایخ گفته است، صحیح است و دلیل آن هم تبادل و صحت سلب است. و اما اینکه شیخ در جواب این دو دلیل فرموده است که منشأ این تبادل و انصراف وجود قرینه است، این فرمایش شیخ تمام نیست، زیرا اگر این قائل

ص: ۵۷

شویم که لفظ بیع انصراف به بیع مؤثر دارد، نباید بین این شرط و سایر شرایطی که در صحت مؤثر است، فرقی قائل شویم، مثلاً در برخی موارد مشتری قبول کرده است، ولی اشکالی در شرایط صحت بیع وجود داشته دارد، با توجه به بیان شیخ باید بگوییم که تمام شرایط مؤثر در صحت بیع، متبادر است. پس بنابراین اگر فرمایش شیخ صحیح باشد که لفظ در بعضی از موارد انصراف به بیع مؤثر پیدا می کند، باید صحت سلب و تبادر نسبت به تمام قیود وجود داشته باشد، با اینکه چنین چیزی نیست. بعد خود ایشان می فرمایند اینکه شیخ مسئله بیع را مثل ایجاب و قبول می داند، به طوری که اگر یک کسی چیزی را الزام کرد، ایجاب حاصل شده است و لو اینکه وجوب به اعتبار مثلاً عرف یا شرع حاصل نشده باشد. ایشان می فرماید که بیع هم از همین قبیل است و وجوب عند المتکلم از ایجاب تفکیک نمی شود و لو وجوب عند العرف و عند الشرع تفکیک بشود. در بیع هم همینطور است که نزد خود شخص اگر تحقق پیدا کرد، کفایت می کند، وضع لفظ برای همین معنی است. مرحوم سید می فرماید که بیع از این جهت شبیه به ایجاب و وجوب نیست، البته از این جهت شباهت بین این دو وجود دارد که فی نظر القائل کفایت می کند، اما یک فرقی بین این دو مسئله وجود دارد و آن این است متکلم چه دانی باشد و چه عالی، اگر به طرف مقابل امر کرد، در نظر قائل وجوب حاصل شده است. اما در مسئله بیع اینطور نیست، بیع از عقود است،

نه ایقاعات. ایجاب و وجوب از ایقاعات است. در عقود اگر قبول طرف مقابل نباشد، عقد حاصل نشده است. پس باید بگوییم که قبول طرف مقابل لازم است والا ما باید بیع را جزء ایقاعات بدانیم، نه داخل در عقود. ایشان بعد از بیان این مطالب مثال های متعددی می زنند مانند اینکه اگر من به در و دیوار بگویم این چیز را به تو فروختم، این بیع نیست، زیرا حتی در نظر قائل هم بیع حاصل نشده است. پس حصول بیع در نظر قائل متوقف بر قبول مشتری است، اما سایر شرایط معتبر نیست. بنابر فرمایش ایشان اگر قبول مشتری نباشد، در نظر قائل هم بیع وجود ندارد و به صرف انشاء بیع حاصل نمی شود و در این مسئله حق با بعض المشایخ است. بعد ایشان می گوید اگر شخصی بگوید بت، این لفظ در چه معنایی استعمال شده است؟ آیا بیع در این عبارت برای بیع متعقب به قبول وضع شده است؟ تعقب قبول کاری غیر از خود بیع است و وجداناً می دانیم که بیع در چنین معنایی وضع نشده است. ایشان به این مطلب دو جواب می دهند، یکی اینکه چرا ممکن نیست که بیع به معنای خاص که همان متعقب به قبول بودن است، استعمال شده باشد؟! بلکه شخص خیلی وقت ها وثوق دارد که وقتی بت را می گوید، طرف مقابل هم قبول خواهد کرد. پس این بت که گفته می شود، بایع علم دارد که این بیع انشاء و تملیکی است که این چنین صفت دارد که تعقب به دنبال آن است و لو آن تعقب صفت بایع نیست، کار بایع نیست، بلکه تعقب کار دیگری

است و هیچ اشکالی وجود ندارد که شخص بگوید من انشاء تملیک می کنم با این صفت که متعقب به قبول طرف مقابل باشد. پس انشاء چنین چیزی برای شخص معقول است. این اولاً و ثانیاً ما می گوییم اگر معقول نشد، چه مانعی وجود دارد که بگوییم بین انشاء و اخبار فرق است، جملات اخباریه علی نحو الحقیقه استعمال می شود، ولی در جملات انشائیه همان طوری که خود انشاء مجاز است، آن قیدی را هم که موضوع له کلام بیع است، شخص منشی مجازاً آن قید را اسقاط می کند و اصل تملیک عین بمال را از این لفظ اراده می کند. پس چه اشکالی هست که مجازیت از این جهت هم باشد؟! این خلاصه فرمایش ایشان بود. البته از اول تا آخر بحث، قسمت های مختلفی بیان شده است که خیلی متناقض با هم است که ما به آن مباحث نمی پردازیم. مطلبی که هست اینکه اول باید ببینیم که انشاء و اخبار چه معنایی دارد و کار شخص منشی چیست. آقای بروجردی یک تعبیری داشتند که البته دیگران هم اشاره به آن داشته اند، منتهی نظر آقای خوئی مخالف این نظر است. آقای بروجردی می فرمودند استعمال که از باب استفعال است، به معنای طلب عمل لفظ در معنی است، از لفظ درخواست می شود که در معنی عمل کند. بعد ایشان می فرمود که عمل کردن لفظ در معنی دو گونه است، یک گونه عمل حکایه است به این صورت که لفظ حکایت از معنی بکند، گونه دیگر عمل لفظ هم این است که ایجاد معنی بکند. این دو عمل هر دو از لفظ حاصل می شود. اگر انسان از لفظ طلب

حکایت از معنی بکنند، می شود اخبار و اگر طلب ایجاد معنی بکنند، می شود انشاء. ایشان اینطور می فرمایند و دیگران هم همه این را می گویند، منتهی ایشان یک توضیحی دارند که شخصی که می خواهد استعمال بکند، اول اعتبار می کند و اعتبار هم یک نوع فرض است. یک چیزی را بنده مکرر عرض کرده ام و ممکن است بعضی ها هم نشنیده باشند و آن این است که امر فرضی صحت سلب دارد. اگر بنده فرض کنم که رجل شجاع، اسد است، این فرض منشأ این نمی شود که آن شخص اسد بشود. در عین حالی که شما فرض کردید این شخص اسد است، می توانید بگویید که اسد نیست و صحت سلب دارد. اما شما وقتی اعتبار مالکیت می کنید، اینجا دیگر صحت سلب وجود ندارد، نمی توانید بگویید که این شخص مالک نیست. اگر قوام مسئله به فرض باشد، باید صحت سلب وجود داشته باشد، در حالی که در بحث مالکیت چنین چیزی وجود ندارد، بلکه اگر همه شرایط حاصل باشد، شخص مالک است و صحت حمل هم وجود دارد. نکته این مطلب این است که وقتی شما رجل شجاع را اسد فرض می کنید، اسدیت را می توانید از او سلب بکنید، ولی مفروض الاسدیه را نمی توانید از او سلب بکنید و اگر لغتی دال بر مفروض الاسدیه داشتیم، آن لغت بر رجل شجاع علی نحو الحقیقه حمل خواهد شد. در مالکیت هم فرض یکی از مقولات \_ مثلاً جده یا اضافه \_ وجود دارد و این عنوان مفروض الجده بودن را نمی توانیم سلب بکنیم. البته می توانیم بگوییم که به وسیله آن مقدمات جده حاصل نمی شود، ولی با مقدمات مفروض الجده یا

مفروض الاضافه \_ اسمش را هر چه بگذاریم \_ ملکیت حاصل می شود. کلمه ملکیت در مقابل مفروض الجده وضع شده است و صحت سلب هم ندارد و لو قوامش به فرض باشد. به وسیله فرض عنوانی حاصل می شود که به آن عنوان مالکیت گفته می شود، بیع گفته می شود. اعتبار هم همان فرض است. وقتی که شخص می خواهد اعتبار کند، احتیاج به لفظ ندارد و شخص بلاواسطه، بدون اینکه مقدمه ای باشد، نفس یک چیزی را اعتبار می کند. یکی از مقدمات فرمایش ایشان این است که خود فرض بلاواسطه حاصل است و به وسیله لفظ آن فرض ابراز می شود، پس در نتیجه در باب انشاء ایجاد معنی نیست، بلکه ابراز آن اعتبار نفسانی است. ایشان منکر این مسئله می شوند که انشاء ایجاد معنی باشد. ولی ما عرض می کنیم که عقلاء اعتبار می کنند که اگر شما این کار را کردید، مالک باشید و این اعتبار بنفسه حاصل است، اما با نفس این اعتبار موضوع حاصل نمی شود، بلکه موضوع اعتبار بعد از بعث و اشتریت حاصل می گردد و تحقق خارجی می یابد. یا مثلاً وقتی شما امر می کنید، ابتداء در نفس خودتان فرض می کنید که بعد از این لفظ یا با این لفظ بعث \_ که همان هل دادن است \_ حاصل شود، اما تحقق خارجی موضوع فرض شما وقتی است که آن لفظ را به کار ببرید. و این معنای انشاء است، پس انشاء همان ایجاد یک شیء به وسیله لفظ است. پرسش: ... پاسخ: اصل فرض، کلی اش در نفس وجود دارد، ولی تحقق خارجی اش به وسیله لفظ است. این لفظ برای مفروض ایجاد موضوع می کند. اگر من چیزی



را اعتبار بکنم، بعد از آنکه موضوعش حاصل شد، آن معتبر هم وجود خارجی پیدا کرده است. آقای خوبی این مطلب را منکر شده و مکرر می فرمایند که این لغو است و حتی فی نظر القائل هم بیع نیست. مگر یک شیء لغو از استعمالات خارج می شود؟! مفید فایده نبودن، منشأ این نیست که بگوییم در مستعمل فیه استعمال صورت نگرفته است. بحث در مفهوم کلام است، ایشان به در و دیوار و امثال آن مثال می زند که اگر کسی بگوید من این شیء را به دیوار فروختم، لغو است و منکر استعمال شده اند، منتهی باید گفت که در این مثال لفظ در معنی استعمال شده است، ولی کار لغوی انجام داده شده است. اما مورد بحث در این است که این لفظ چه معنی و مفهومی دارد، حال اگر کسی یک لفظ را بی ربط در یک معنی استعمال کرده باشد، اگر این استعمال مضحک هم باشد، ولی نمی توان منکر استعمال لفظ در معنی شد. پرسش: ... پاسخ: یک آقای از علمای سابق بوده که من اسمش را فراموش کرده ام، ایشان رفته بود ساوه و در آنجا شاگرد نداشته است و برای اینکه مطالبی که یاد گرفته است را فراموش نکند، هر روز در یک ساعت مقرری به ستون مسجد درس می گفته است و در راه هم اگر به کسی برخورد می کرد، می گفت که مباحثه دارم. کار ایشان عقلایی هم بوده است. مرحوم سید می گوید که اگر کسی بگوید من فروختم، اما طرف مقابل قبول نکند، این تناقض است. باید گفت که چطور است که اگر قبول محقق نشد، تناقض است، اما اگر سایر شرایط صحت

بیع نبود، تناقض نیست! اگر کسی گفت من خانه ام را فروختم و قبول محقق نشد، کذب است، اما اگر مثلاً دزد بگوید من خانه ام را فروختم یا اشخاص دیگر بگویند، اما شرع قبول نکرده باشد، اینجا دروغ صدق نمی کند! ایشان مؤثر عند العرف را به شیخ نقض کرده است، ولی نقض ایشان به شیخ وارد نیست. شیخ که می خواهد بفرماید مؤثر، نمی خواهد مؤثر عند الشرع باشد تا شما بگویید که پس بنابراین باید قیود شرعی و امثال آن را هم در نظر گرفت، بلکه مراد از مؤثر این است که مفید فایده باشد، گفتن در خارج مفید فایده باشد، اگر انشاء محض باشد، لفظ در معنای خودش استعمال شده است، منتهی لغو است، مفید فایده نیست. پس مراد از مؤثر، مؤثر عند الشرع نیست تا شما بگویید که همه قیود باید باشد، مؤثر باشد هر چند به اعتبار خودش، مثل اینکه دزد بگوید این شیء را فروختم، این مؤثر است ولو به اعتبار خودش فروخته و مفید هم هست، یعنی تأثیر دارد، طرف هم می تواند ترتیب اثر بدهد. یک مطلبی هم ایشان فرمود که اگر بیع مانند ایجاب و قبول باشد، لازم می آید که از ایقاعات باشد، با اینکه بیع از عقود است. این هم خیلی عجیب است. ایشان می فرمایند که فرق بین ایقاعات و عقود این است که در عقود لفظ وضع شده است برای اینکه طرف مقابل قبول نکند، وقتی شما می گویید این شیء را بخشیدم، شرعاً تا طرف مقابل قبول نکند، مالک نمی شود. ولی سؤال این است که آیا در لفظ بخشیدن خوابیده است که باید طرف مقابل هم قبول بکند؟! اگر

چیزی جزء عقود بود به این معنی نیست که لفظش دلالت بر قبول طرف مقابل داشته باشد. در امثال وصیت هم بحث در این است که آیا شرعاً قبول معتبر است یا نه. فرق بین ایقاع و عقود عبارت از اعتبار شرعی است، نه اینکه قبول مستعمل فیه لفظ باشد. ایشان در این بحث خلط کرده است و ما هم عرض کردیم که وقتی انشاء عبارت از تحقق موضوع امر مفروض است، مستحیل است که آن امر مفروض وجود خارجی پیدا نکند. در اینجا هم وجود خارجی پیدا کرده و استعمال شده است و در نتیجه بیع از ایقاعات نخواهد بود، چون شرع قیودی ذکر کرده است و گفته است که باید طرف قبول بکند، حتی بیع عرفاً هم از عقود است نه از ایقاعات و طرف مقابل باید قبول بکند تا بیع صحیح باشد، اما شرع و عرف تصرف در مفهوم کرده اند و این تصرفات مطرح نیستند. پس در اینجا خلط واقع شده است و استدلال درست نیست و معقول نیست که انشاء از منشأ تفکیک بشود و موضوع مفروض به وسیله لفظ تحقق خارجی پیدا کرده است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### قید تعقب قبول در مفهوم بیع ۹۱/۰۷/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

قید تعقب قبول در مفهوم بیع مرحوم سید برای اثبات اینکه در مفهوم بیع فقط تعقب قبول مشتری معتبر است و قیود دیگر شرعی و عرفی معتبر نیست، اینطور شاهد آورده است که اگر کسی انشاء بکند، ولی مشتری قبول نکند، در صورتی که از او بپرسند که شما چه کردید و او هم بگوید خانه ام را فروختم، خواهند گفت که دروغ می گوید، چون مشتری قبول نکرده است.

ص: ۶۵

و اگر هم بگوید که من فروختم، اما مشتری قبول نکرد، تناقض در کلام حاصل می شود. پس اگر قید تعقب داخل در موضوع له نباشد، نباید شخص محکوم به کذب شود و یا تناقض در کلام برای او حاصل گردد. این فرمایش ایشان بود راجع به اینکه این حکم به کذب و حصول تناقض دلیل بر این است که تعقب در مفهوم لفظ داخل است. اما این دلیل بر مدعای ایشان نیست، زیرا این دلیل اعم است و شیخ هم فرمود که در بسیاری از موارد قرینه وجود دارد که مراد از بیع، بیع مثمر است و قهراً لفظ به خصوص متعقب انصراف پیدا می کند. کذب تنها در جایی که لفظ وضع در یک معنی شده باشد، صدق نمی کند، بلکه اگر انصرافاً هم بالقرینه به تعدد دال و مدلول یک معنایی فهمیده شود، ولی واقع نشده باشد، کذب صادق خواهد بود، چه مطلبی از خود لفظ بما هو فهمیده شده باشد، یا بر اساس قرینه و به ضمیمه امر دیگری فهمیده شود. پرسش: ... پاسخ: اینکه ایشان فرمودند تناقض در کلام حاصل می شود، جوابش این است که اگر یک مولایی به عبد خود گفت که این شیء را به زید بفروش، او هم رفت و انشاء کرد، اما زید قبول نکرد، در این صورت اگر مولی بگوید که چرا نفروختی، عبد خواهد گفت که من فروختم، اما او قبول نکرد. در این جواب عبد هیچ تناقضی وجود ندارد. بله البته اگر انسان با قرینه مطلبی را بگوید، ظهور انصرافی پیدا می کند، مثلاً در این مثال انصراف پیدا می کند که بیع مفید بوده است، اما

ص: ۶۶

اگر بگویید فروختم و او قبول نکرد و این دو را با هم ذکر بکنند، تناقضی حاصل نخواهد شد. پس این فرمایش ایشان تمام نیست. پرسش: ... پاسخ: انسان می فهمد همان معنایی که در جاهای دیگر هست، در تمام لغت ها این جور است اصلاً معنا ندارد در تمام لغت ها تصادفاً اشتراک لفظی وجود داشته باشد، مثلاً اگر چند معنا دارد، چشم هم چند معنا داشته باشد، گز که در ترکی می گویند، آن هم چند معنا داشته باشد. اینها شاهد بر این است که اشتراک لفظی در کار نیست. پرسش: ... پاسخ: مجاز نیست آقا، من فروختم، او هم قبول نکرد. سید می گوید که لفظ وضع شده برای این معنی به شرط تعقب قبول مشتری و اگر شما بگویید فروختم و بعد بگویید مشتری قبول نکرد، نقیض آن را آورده اید، اما باید گفت که در اینجا تناقضی نیست. در بعضی از موارد وجداناً لفظ در همان معنای حقیقی خودش استعمال شده است، مانند اینکه من انشاء می کنم و می گویم که این شیء را به تو فروختم، اما طرف مقابل قبول نمی کند. من خیال می کردم که او قبول می کند و بر همین اساس قصد انشاء کردم، ولی خارجاً این بیع محقق نشد. حال که طرف مقابل نپذیرفته است، آیا اخبار من استعمال در مجاز بوده است؟! خوب وجداناً چه آن منصرف بشود و چه نشود، من لفظ را در همان معنایی که وضع شده است، استعمال کرده ام، نه اینکه من مرتکب مجازیت شده ام و لفظ در معنای دیگر استعمال شده است. پس معلوم شد که در هر دو صورت، چه طرف مقابل بپذیرد و چه نپذیرد، انسان

یک جور اراده می کند و صحت سلب ندارد، اما سید می خواهد در صورت عدم قبول طرف مقابل، ملتمز به مجاز شود، اما این گونه تعبيرات خلاف وجدان است. پس بنابراین همان مطلبی است که شیخ می فرماید که در موارد متعارف در اموری که انسان اخبار می کند و یک جمله مفیدی را می خواهد نقل بکند، خود همین جمله مفید بودن، قرینه بر این است که طرف مقابل قبول کرده است و بیع مثمر است، البته نه مثمر عند الشرع، تا ایشان نقض بکنند که باید تمام قیودی که شرع گفته اینجا درج بشود. مثمر یعنی اینکه مفید فایده باشد، مثلاً اگر دزد هم گفت این شیء را فروختم، مفید فایده باشد، یعنی طرف مقابل قبول کرده است، ولی ممکن است که عرف در اینجا غصب را اعتبار ملکیت نکند، اما ممکن است عرف مواردی را که متعلق خمس و امثال آن است را اعتبار ملکیت بکند، اما شرع این ملکیت را معتبر نداند. هر چند ممکن است که در صورتی که متکلم دزد باشد، بر اساس قانون دزدها، غصب دخالتی در ملکیت نداشته باشد، اما قبول مشتری دخالت داشته باشد. یا مثلاً اگر متعارف اشخاصی که خیلی مقید به جهات شرعی نیستند، اگر بگویند که خانه ام را فروختم، معنایش این نیست که خمس و زکات آن را محاسبه کرده و هیچ اشکال شرعی ندارد، ولی اگر فلان آیت الله گفت خانه ام را فروختم، مثمر عند الشرع بودن هم از کلام او استفاده می شود. پس اینکه ایشان نقض می کنند به اینکه پس بنابراین باید مثمر عند الشرع بودن باشد، ما می گوئیم که احیاناً مثمر عند الشرع بودن هم هست.

ولی آنچه که شیخ مدعی است، این است که مثمر و مفید فایده باشد، در بعضی از موارد مفید فایده بودن با امور شرعی است، بعضی مواقع هم با امور عرفی، بعضی جاها هم بر اساس مثلاً قوانین خود دزدهاست. دیگر در اینجا مطلب دیگری نداریم، البته یک جزئیاتی در اینجا وجود دارد که صدر و ذیلش با هم سازگار نیست که ما نمی خواهیم وارد در آنها بشویم. شهید اول و شهید ثانی در اینجا فرمایشاتی دارند، شهید ثانی در مسالک می فرمایند که بیع و امثال آن در معامله صحیح وضع شده اند. شهید اول در قواعد می فرمایند که بیع و امثال آن در معنای صحیح وضع شده است به استثناء حج. اما دلیل اینکه حج استثناء شده است، این است که حتی اگر حج فاسد باشد، اتمام آن واجب است، پس اوسع از صحیح و فاسد است. البته باید مراد شهید را هم بگوییم که مطلق فاسد مراد نیست، زیرا اگر کسی به احرام فاسد محرم شد، دیگر وجوب اتمام ندارد این فرمایش این دو بزرگوار بود، اما شیخ می فرماید که اگر این فرمایشات درست باشد، استدلال به عمومات در مشکوک بودن صحت یک معامله یا عقد، صحیح نخواهد بود. مثلاً استدلال به آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) در مشکوک بودن صحت یک بیع و یا استدلال به آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) در سایر معاملات درست نخواهد بود، در حالی که فقهاء و علماء حتی شهید ثانی و شهید اول، هم به این عمومات تمسک می کنند. پس اگر بگوییم که لفظ در مقابل صحیح وضع شده است، در شبهه مصداقی نمی توانیم به عام تمسک بکنیم، هیچ کس

قائل به این نشده است. این اشکال شیخ به مبنای این دو عالم جلیل القدر است، ولی ایشان بعد می فرمایند که می توانیم از این اشکال اینطور جواب بدهیم که درست است که لفظ برای صحیح وضع شده است، اما باید بدانیم که خطاب قرآن به عرف متعارف است. ما یک صحیح به اعتبار المتکلم داریم، یک صحیح به اعتبار عرف و یک صحیح هم به اعتبار شرع. چون خطاب قرآن با عرف است، نمی توانیم به صحیح به اعتبار شرع حمل بکنیم. پس قهراً مراد از (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) یعنی بیع صحیح عرفی که به اعتبار عرف بیع است. از لفظ «احل» هم معلوم می شود که اعتبار شرع با اعتبار عرف یکی است، البته اگر بعضی جاها مخالفت شرع ثابت شد، این عام را تخصیص می زند. و اگر شک کردیم که آیا این عام تخصیص خورده است یا نه، به اطلاق یا عموم تمسک می کنیم و حکم می کنیم به اطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ). یا این طور بگوییم و یا بگوییم که مراد از صحیح همان صحیح عند المتکلم است و شارع تمام مواردی را که در اعتبار متکلم صحیح شده را معتبر قرار داده است الا ما خرج و این مواردی که از تحت آن کلی خارج شده است، شکل استثناء پیدا کرده است. البته ایشان یک جا تعبیر می کند که «الحاصل من المصدر الذی یراد من بعث»، از بعث چه اراده می شود؟ از لفظ در استعمال چه چیزی اراده می شود؟ همان مراد است، حتی اگر طرف مقابل هم قبول نکرده باشد. مختار ایشان این بود که لفظ در همان معنایی که به وسیله انشاء حاصل می شود،

استعمال می شود و لو طرف مقابل قبول نکند. یک جا هم تعبیر فرموده اند که «المصدر...» فرق ما بین حاصل مصدر و مصدر همانطور که آقا جمال خونساری در حاشیه شرح لمعه هم دارد، فرق بین ایجاد و وجود است. مصدر و اسم مصدر یک شیء است منتها بالاعتبار فرق می کند. کار اسم مصدر است، کار کردن مصدر است. فروش اسم مصدر است، فروختن می شود مصدر. خود نفس فعل بدون اینکه جنبه اضافه به فاعل را انسان در نظر بگیرد، اسم مصدر است، اما فروختن که در آن اضافه به فاعل شدن هم در نظر گرفته شده با این تاء و نون یا گاهی دال و نون، مصدر می شود. ایجاد با وجود در خارج دو چیز نیست، ولی اگر اضافه به فاعل ملاحظه بشود، ایجاد است، ولی اگر خود نفس وجود در نظر گرفته بشود، اسم مصدر است. منتهی در کتب قوم می گویند که مصدر اصل کلام است و با اسم مصدر اتحاد دارد و فقط اختلاف اعتباری دارند، لذا شیخ یک مرتبه به معنای دقی تعبیر کرده است که «الحاصل من المصدر»، یک مرتبه هم به معنایی که یک نحوه تسامحی دارد، تعبیر به مصدر کرده است و مراد همان حاصل مصدر است که در تمام استعمالات بعث، چه اخباری باشد چه انشائی باشد، لفظ در معنای تملیک عین بعوض، چه قبول بکند، چه نکند، استعمال شده است. البته بنده به نظرم می آید که یک معنای ثالثی در کار هست که شیخ آن را در این اطلاقات فرموده است. بنده سابقاً خیال می کردم که آن معنای ثالث هم مال شیخ است، ولی حالا که مطالعه



کردم، دیدم که شیخ آن را ندارد. آن معنای ثالث این است که بگوییم متکلم وقتی که حرف می زند، اگر اعتبارات مختلف باشد و قرینه ای نباشد، معنایش این است که یک امر اعتباری به حساب خود من است. اگر دولت گفت کسی که مالک است، چنین وظیفه ای دارد، یعنی شخص مالک به اعتبار دولت است. اگر شارع مقدس احکامی را برای نکاح زن و شوهر بار کرد، ظاهرش این است که مراد زن و شوهر به اعتبار خود شرع است، نه زن و شوهری که اعتبارات دیگری را دارا هستند، یعنی همانی که متکلم زن و شوهر می داند. یا مثلاً وقتی که گفته می شود کسی که مالک است، باید به حج برود، یا فلان کار را بکند، در این موارد مقصود آن کسی است که به اعتبار متکلم مالک است. منتهی اگر شارع مقدس قانونی گذراند و گفت که ازدواج با مادر حرام است، یا اگر دخول به زنی شد، ازدواج با دختر او حرام است، یا جمع بین الاختین حرام است، در تمام این موارد ظهور در این است که آنهایی که به اعتبار من ولی است و چون خطاب با عرف است، باید بیان کند که اعتبار من غیر از اعتبار جاری شماست و اگر بیان نکرد، معنایش این است که اعتبار من با اعتبار شما متحد است و در هر جایی که اختلاف در اعتبار چیزی وجود داشته باشد، باید بیان بکند و بگوید که مثلاً فلان چیز را که شما مالک می دانید، من نمی دانم و اگر بعضی از قیود را ذکر کرد و بعضی را قید نکرد، انسان استظهار می کند که

قید دیگری معتبر نیست، حکمت اقتضاء می کند که متکلم قیود را نسبت به مخاطبین ذکر کند. بنابراین اگر اطلاقاتی مانند «اوفوا بالعقود» بیان شد، می فهمیم که عقود شرعی است، منتهی هر جایی که قید و شرطی بیان نشد، می فهمیم که عقود عرفی، عقود شرعی هم هست. مراد از عرف هم عرف متعارف است، زیرا خطاب به عرف متعارف است، نه به یک شخص معین. شیخ می خواهد بفرماید که مراد عرف است و مثلاً مراد از ازدواج، ازدواجی است که عرف آن را ازدواج می داند و قهراً اگر یک موردی را شرع ازدواج ندانست، حکم هم مترتب نشد، تخصیص برای این دلیل می شود، اما آنچه که ما عرض می کنیم تخصص است، یعنی آنجاهایی که شرع خودش رد کرده بود، قهراً استثنائی از «اوفوا بالعقود» نمی شود، یا مثلاً اگر کسی خواست زن بگیرد، نمی تواند مادرش را بگیرد، اگر در یک جایی قیودی راجع به صحت ازدواج از طرف شارع بیان شد، این آیه (حرمت امهاتکم) تخصیص نخواهد بود، بلکه مسئله تخصصاً خارج است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### تفسیر معاطات ۹۱/۰۷/۱۶

.Your browser does not support the audio tag

تفسیر معاطات بحث امروز ما در معاطاه است. شیخ در تفسیر معاطاه می فرمایند: معاطات همان طوری که جماعتی گفته اند «أن يعطى كل من ائتين عوضاً عما يأخذه من الآخر». البته باید یک معنای وسیعی برای کلمه «عوضاً» در نظر گرفت، چون به حسب رایج از آن چیزی که بایع می فروشد، تعبیر به معوض می شود و از آنچه که مشتری تحویل می دهد، تعبیر به عوض می گردد. این به حسب معمول بود، ولی به حسب بعضی از اطلاقات، معاوضه تعبیر می شود که هر یک در مقابل طرف

ص: ۷۳

دیگر این کار را انجام می دهد و در این عبارت از کلمه «عوضاً» معناه الاعم \_ که مطلق معاوضات را دارد \_ مراد است. والا اگر عوضاً را به معنای اعم نگیریم، با عبارت «كل من الشخصین» درست در نمی آید. مرحوم آخوند در حاشیه ای که بر این مطلب دارند، می فرمایند بحث در تفسیر معاطاه خیلی مهم نیست، زیرا این کلمه نه در آیه وارد شده و نه در روایت، البته بحث در تفسیر بیع مهم است، زیرا در آیات و روایات وارد شده است. اجماعی هم در معاطاه نیست تا بگوییم که مراد مجمعی از این لغت چه می باشد. بحث در معاطاه راجع به این است که بینیم که محل ابتلاء چیست، نه اینکه بینیم که مراد از این لفظ چه می باشد. بعد ایشان می فرماید که موارد محل ابتلاء فقط این نیست که هم ثمن و هم مثن با فعل تملیک بشود، بلکه در بعضی مواقع مثن یا ثمن به وسیله اخذ و اعطاء می شود، اما در طرف دیگر اصلاً اعطاء خارجی تحقق پیدا نمی کند. در اینگونه موارد هم معامله اش متعارفاً صحیح است و حکم معاطاه طرفینی را دارد، مثل اینکه کسی سلفاً چیزی را بفروشد و با فعل خود آن چیز را تحویل طرف بدهد که پولش بعداً به او برسد، یا اینکه شخص پولی را قبلاً بدهد که جنسی را سلفاً بخرد. در اینگونه موارد اعطاء از جانب یک نفر است و ایشان می فرماید که اگر ما معاطاه را صحیح بدانیم در اینگونه موارد ملکیت حاصل می گردد. بنابراین پرداخت پول، یا تحویل دادن جنس در آینده وفای به آن عقدی است که قبلاً

ص: ۷۴

واقع شده است. پس عقد قبلاً با همان یک اخذ و یک اعطاء حاصل می شود. گاهی اوقات هم هست که اصلاً هیچ اعطاء و اخذی در کار نیست و عقد با لفظ محقق شده است و طرفین بعداً با اعطاء و اخذ مثنی و ثمن، وفای به آن عقد می کنند. در نتیجه اگر اعطاء دوم اشکالی پیدا کرد، به اصل معامله اشکالی وارد نمی شود، مثل اینکه آن چیزی که باید به عنوان وفای به عقد داده شود، مستحقاً للغير بود، غصبی بود، مال دیگری بود که در این صورت شخص به خاطر اینکه وفا نکرده است، بدهکار می شود. این مطلبی است که ایشان فرموده اند و مطلب صحیح و درستی هم هست. پرسش: ... پاسخ: ایشان نمی خواهد ایراد بکند، بلکه ایشان می گوید که ما احتیاج به تفسیر معاطاه نداریم و باید در امور دیگری بحث بکنیم. مثلاً اگر طرفین با هم مقاولاتی داشتند و صحبت کردند و چانه زدند و بر یک قیمت مشخصی توافق کردند و هر دو هم راضی بودند، بدون اینکه انشاء و قبولی صورت بگیرد، همان در نقل و انتقال کفایت می کند. بعید نیست که این را بگوییم و در نتیجه بیع کلی خواهد بود و اگر حتی هیچ لفظی مانند بعث و اشتریت را هم نگوییم، با کلی ثمن در باب سلف، یا با مقاوله و امثال اینها مواردی که واقع می شود، باز بیع حاصل خواهد شد. دو مناقشه در فرمایش مرحوم آخوند در اینجا وارد است، یکی عبارت از این است که عرف مساعد بر این نیست که کشف رضایت طرفین کفایت در نقل و انتقال در معاوضات بکند. البته در

جواز تصرف در املاک اشخاص، علم به رضایت مالک کافی است، ولی راجع به نقل و انتقال ولو اینکه ما با قرائنی بفهمیم که طرفین راضی اند، بدون اینکه انشائی بکنیم، کفایت نمی کند، یعنی نفس رضای تنها کافی نیست. البته ممکن است کسی مطلبی بگوید \_ که آن هم قابل مناقشه است ولی نه به اندازه مطلب فوق \_ و آن این است که همین صحبت هایی که بین طرفین انجام می شود و توافقاتی که انجام می شود، به وسیله همین ها نقل و انتقال بشود، نه به وسیله رضا. با صرف رضایت نقل و انتقال حاصل نمی شود، ولی با مقاوله و مساومه نقل و انتقال حاصل می شود و در نتیجه بگوییم که نقل و انتقال متوقف بر انشاء نیست، بلکه با اخبار به موافقت هم نقل و انتقال انجام می شود. ولی وجداناً عرف متعارف نقل و انتقال با توافق را هم ملک نمی داند، البته اگر اخبار به توافق به قصد انشاء باشد، اشکالی ندارد، ولی صرف اینکه به عنوان اخبار به توافق طرفین اشاره بشود، چنین چیزی را عرف متعارف در حصول ملکیت کافی نمی داند. این یک عرض ما نسبت به فرمایش مرحوم آخوند بود، اما عرض دوم ما این است که در کلام مرحوم آخوند در جمله ای که فرمودند معامله کلی می شود و هر مصداق از مصادیقی که توافق کردند، کفایت می کند و تشخصی در کار نیست، این عبارت ایشان «یکون کلیاً» به نظر می رسد که یا سبق قلم باشد و یا غلط باشد و باید گفته می شد که ممکن است کلی باشد، «یمكن أن یکون کلیاً»، زیرا ممکن است در برخی موارد توافق بر یک ثمن

یا مثنی کللی باشد که قهراً معامله کللی می شود و ممکن است که معامله در دو چیز شخصی محقق شود، یا یکی کللی باشد و دیگر شخصی و لازم نیست که حتماً در کلیات باشد. این راجع به فرمایش مرحوم آخوند بود، اما شیخ در تفسیر معاطاه بعد از اینکه مطلبی را از جماعتی نقل می کنند، می فرمایند این معاطاه دو گونه متصور است، یکی عبارت از این است که اعطاء و اخذ به قصد تملیک باشد، یکی هم اینکه اعطاء و اخذ به قصد اباحه تصرف باشد. اما به نظر می رسد که معاطاه منحصر به این دو صورت نباشد، بلکه قسم سومش این است که از یک طرف اعطاء به قصد اباحه باشد و طرف دیگر که تحویل می گیرد به قصد ملکیت باشد، یا به عکس این صورت باشد. البته معاطاه انحصار به بیع ندارد، در ودیعه ممکن است، در عاریه ممکن است، در اجاره و امثال آن هم ممکن است که به صورت معاطاتی واقع بشود، منتهی آن معاطات مطمع نظر علماء است، نوعاً معاطاه در بیع مراد است. پرسش: ... پاسخ: صاحب جواهر فرموده که ما اقسام دیگری هم داریم، یکی عبارت از این است که فقط منظور نقل باشد، نه تملیک و نه اباحه. فقی بده و بستان است، فقط یک چیزی را بدهد و یک چیزی را بستاند، نه اباحه ای در کار است، نه تملیکی. دوم هم عبارت از اینکه قصد نقل ملکیت بکند، البته مراد از نقل ملکیت معاوضه است، اینکه شخص نقل می کند به قصد معاوضه. این دو صورتی بود که صاحب جواهر بیان کرده اند، ولی شیخ هر دو

را ردّ می کند. در اولی می فرماید که اگر بده بستانی انجام بشود، باید تحت یکی از عناوین خاصه ای که علماء عنوان کرده اند باشد، اگر قصد تملیک در مقابل عوض بشود، بیع است، اگر قصد تملیک شیء بدون عوض باشد، هبه است، اگر تملیک نباشد، امانت است، اگر هیچ گونه حق انتفاع نباشد، ودیعه است، اگر حق انتفاع باشد، ولی حق اتلاف نباشد، عاریه است، اگر تملیک منفعت با باقی ماندن عین باشد، اجاره است، اگر اباحه تمام تصرفات حتی الاتلاف التملک باشد، اباحه خواهد بود. اما بده بستانی که داخل هیچ یک از این عناوین نباشد، نداریم. این فرمایش شیخ بود، ولی وقتی به اصل عبارت جواهر مراجعه کنیم، یک معنایی متصور است که اصلاً به آن توجه نشده است و آن این است که اعطاء و اخذ گاهی فقط اعطاء و اخذ تکوینی است و نسبت به امور اعتباری هیچ نظری ندارد. مثلاً یک آدم قهاری آمده و بچه کسی را گروگان گرفته و می گوید که اگر فلان مقدار پول را ندهید، او را آزاد نمی کند. اگر یک پولی به این شخص بدهند تا بچه را آزاد بکند، چه عنوانی به این صادق خواهد بود؟! پرداخت این پول برای این است که شخص بچه اش را اخذ تکوینی بکند. یا اگر کسی ملک شخصی را غصب بکند و او هم یک پولی به غاصب بدهد تا از این غصب صرف نظر بکند، هیچ یک از این عناوین بر آن صدق نخواهد کرد. در اینجا هم ظاهر عبارت جواهر عبارت از این است که اصلاً هیچ یک از این امور اعتباری در کار نیست و فقط نقل

و اعطاء و اخذ تکوینی در کار است و این قسم که هیچ اعتباری در آن نیست، غیر از آن اقسامی شمرده شده در معاطاه است. پس یکی از اقسام معاطاه هم این است که اگر انسان هیچ قصدی از قصدها را نکرد و اعطاء کرد که مقدمه باشد برای تصاحب و حیازت، این صورت چه حکمی خواهد داشت؟ «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

## برخی از اقسام معاطاه ۹۱/۰۷/۱۷

Your browser does not support the audio tag.

برخی از اقسام معاطاه عرض کردیم که صاحب جواهر دو قسم از اقسام معاطاه ذکر کردند که شیخ انصاری منکر این دو قسم شدند. قسم اول عبارت از این بود که شخصی یک چیزی را به طرف مقابل بدهد، بدون اینکه قصد اباحه یا قصد تملیک کرده باشد و فقط همین مقدار است که شیء را تسلیم او بکند و در مقابلش هم یک چیزی تسلیم او بشود. در این قسم اعطائین و اخذین واقع شده و به نظر مرحوم صاحب جواهر یکی از اقسام معاطاه می باشد. شیخ انصاری می فرماید که ما یک چنین چیزی نداریم که داخل هیچ کدام از امور مذکوره در کتب فقهی و بیانات فقهاء نباشد. آقای خوئی هم همین بیان شیخ را پسندیده اند، منتهی قدری روشن تر بیان کرده اند. ولی ما عرض می کنیم که یکی از چیزهایی که قابل تصویر است و ما احتمال می دهیم که نظر صاحب جواهر هم همین باشد، این است که در اعطاء و اخذ هیچ گونه غرضی نسبت به ایجاد امر اعتباری نباشد و صرف تسلط خارجی طرفین بر آن دو چیز مقصود باشد، این طرف یک چیز را حیازت می کند، طرف مقابل هم چیز دیگر را حیازت می کند. مثلاً

ص: ۷۹

گاهی انسان به دزد چیزی می دهد تا آن شیئی که از او دزدیده شده را برگرداند و در این گونه موارد هیچ گونه جنبه اعتباری وجود ندارد. پرسش: ... در مثالی که زده شد، شخص پول را به دزد می دهد و تملیکش می کند ... پاسخ: این پول را به دزد تملیک نمی کند، می خواهد مالش را استنفاذ کند. نمی خواهد بگوید این پول مال تو باشد، بلکه در اختیارش می گذارد. هیچ کس بنای تملیک ندارد، استنفاذ شیء متوقف بر تملیک نیست، بلکه متوقف بر تسلیط است. چه شخص راضی باشد و چه نباشد، همین قدر که دزد تسلط بر آن پول پیدا کرد، کافی است. این قابل تصویر است، اما من دوباره به جواهر مراجعه کردم و دیدم که ایشان یک فرمایش دیگری دارد و آن این است که گاهی شخص چیزی را به طرف مقابل می دهد به قصد امر اعتباری، ولی امر اعتباری جامع بین الاباحه و التملیک است. معنای اباحه این است که عین شیء مال من باشد، اما شما اجازه انتفاع از آن را داشته باشید، این معنای اباحه است. تملیک هم این است که اصلاً عین منتقل بشود. گاهی هم شخص می گوید که این شیء در اختیار شما باشد، ولی تصور این خصوصیت نشده است که عین مال از ملک طرف خارج شده، یا اینکه فقط حق انتفاع به طرف مقابل داده شده است که این هم یک قسم از اقسام است. منتهی ایشان می فرماید که اگر چنین قسمی محقق شد و جامع بین الاباحه و التملیک اعتبار شد، بدون اینکه قسم خاصی تصور شده باشد، در این صورت اباحه واقع می شود، زیرا ملکیت احتیاج به

ص: ۸۰

قصد دارد و تا انسان قصد نکند، طرف مقابل مالک نمی شود. اما در اباحه لازم نیست انسان قصد بکند که اصل این شیء در ملک من باشد، ولی طرف مقابل حق انتفاع داشته باشد، همین که اجازه تسلط داده شده است، برای مباح بودن تصرف کفایت می کند. نظیر این مورد در عقد قابل تصور است، یک مرتبه انسان قصد عقد انقطاع می کند، یک مرتبه هم قصد عقد دائم می کند، یک مرتبه هم شخص قصد اصل نکاح را می کند، بدون اینکه یکی از اقسام آن را قصد کرده باشد، در این صورت خود به خود عقد دائم واقع می شود، چون عقد دائم احتیاج به قصد دوام ندارد، بخلاف عقد انقطاعی که احتیاج به تقید دارد و امثال این موارد که اگر انسان انشاء همیشگی نکند، خود به خود به صورت همیشگی واقع می شود. ایشان می فرمایند که همانطوری که اگر کسی انشاء اباحه بکند، اباحه صحیح است، اگر هم شخصی قصد اباحه نکرده باشد، منتهی به طرف مقابل تسلط کرده باشد و او را مجاز قرار داده باشد، همین جا هم اثر انشاء اباحه را خواهد داشت. پس در مباح شدن یک شیء اجازه در تصرف و تسلط کفایت می کند. دو قسم از اقسام معاطاه را شیخ در مکاسب ذکر کرده و ایشان هم دو قسم دیگر اضافه می کنند و عبارت ایشان این است: «ثالثها أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع، و لا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطى البقال مثلا شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه» [۱]. بعد می فرمایند که بعید نیست این هم مشروع باشد، چون اول فرمودند که یکی از چیزهایی که



من غیر خلاف مشروع است، این است که انسان اباحه فعلی بکند. در چنین صورتی که انسان یک چیزی را تسلیم خارجی بکند به منظور اینکه عین آن چیز مال خودش باشد و فقط طرف مقابل اجازه تصرف داشته باشد، اگر صریحاً چنین چیزی را قصد کرده باشد، اباحه واقع می شود من غیر تأمل و اشکال. بعد هم ایشان اضافه می فرمایند که بعید نیست بگوییم که اگر قصد اباحه هم نکرده باشد و فقط تسلیط کرده باشد و قصد کرده باشد که طرف مقابل مجاز در تصرف باشد، این هم مانند این است که قصد اباحه کرده باشد. بعد می فرمایند «و لعل القائل باشتراط الصیغه فی البیع...». یعنی همان کسی که صیغه را در بیع شرط می داند، در اباحه شرط نمی داند و بعید هم نیست که چنین چیزی کفایت بکند مثل آنجایی که خود اباحه قصد شده باشد و تصریح به آن شده باشد. «و لعل القائل باشتراط الصیغه فی البیع، یشرعه ایضاً علی وجه الإباحه التی هی کالأصل فیما یقصد به مطلق التسلیط»، خود به خود اباحه واقع می شود. «فغیرها محتاج إلی قصد آخر بخلافها، فإنه یکفی فیها قصد هذا التسلیط المطلق»، قصد تسلیط مطلق در اینجا کفایت می کند، اما در ملکیت احتیاج به قصد داریم. بعد می فرمایند که «و یمکن أن یکون هذا مراد الشیخ و غیره فی المثال الذی ذکره من إعطاء البقلی شیئا». و شاید مراد این کسانی که گفته اند اگر بقال مطلق قصد باشد، جواز تصرف می آورد، ملکیت نمی آورد، همین باشد، زیرا ملکیت احتیاج به قصد دارد، ولی جواز تصرف احتیاج به قصد ندارد. ایشان می فرماید که مراد از کلمات

اینها یا این است و مراد صورت اولی است. صورت اولی این بود که از اول شخص قصد اباحه دارد، نه قصد ملکیت. پس مراد احد الامرین است: «من إعطاء البقلى شيئاً أو يكون مرادهم الصورة الأولى و على كل حال، فالقول بمشروعيته عندهم ممكن». بعد ایشان می فرمایند که اگر کسی قائل به اشتراط صیغه نسبت به بیع باشد یا نباشد، در این مسئله فرقی ندارد. بعد می فرمایند که «بل لعل القائل بعدم شرطيه الصيغه يشعه أيضا كذلك أى على الإباحه، ضروره عدم إمكان جعله بيعاً»، بیع که نمی تواند باشد. «بعد فرض عدم قصد التسليط على جهة الملك»، در اینجا اصل تسليط را قصد کرده، صلاحیت برای اباحه دارد، ولی صلاحیت مالکیت طرف مقابل را ندارد. بعید نیست دیگران هم به همین قائل باشند و اختصاصی به شیخ و اتباع شیخ نداشته باشد. البته ما عرض می کردیم که ممکن است یک مورد دیگری هم باشد که شخص اصلاً قصد اعتبار نکرده باشد و فقط تسليط خارجی کرده باشد، بدون اینکه قصد اعتباری داشته باشد، ولی اگر از او پرسند که آیا شما حاضر هستید این شیء ملک طرف مقابل هم بشود یا نه، یا مباح باشد برای طرف مقابل یا نه، اگر ارتکازاً چنین چیزی موجود باشد ولو شخص چنین تصور خاصی نکرده باشد، در جواب این سؤال اگر بگویید که حاضریم ملک طرف مقابل بشود، یا مباح برای او باشد، بعید نیست که چنین رضایتی که عملاً هم تسليط کرده است، موجب حصول ملکیت و اباحه بشود. ما احتمال می دادیم که مراد ایشان عبارت از این باشد که اصلاً امر اعتباری مورد قصد نیست، ولی

بعد معلوم شد که ایشان هم امر اعتباری را مورد قصد می دانند، منتهی معنای جامع را اراده کرده است. البته عرض ما این است که اگر قصد اعتباری هم نباشد و تنها چنین ارتکازی که بیان شد، وجود داشته باشد، باز هم این یک معامله ای است و منشأ حصول اباحه یا ملکیت خواهد بود. پرسش: ... پاسخ: در برخی از موارد ولو شخص توجه به ملکیت یا اباحه ندارد، ولی اگر دلش را بشکافی همین مقصود او است. گاهی انسان توجه تفصیلی به این چیزها ندارد، ولی در ارتکازش این هست. ایشان قسم دیگری را بیان می کنند که تسلیط مطلق نیست، تملیک مطلق است که البته این تملیک مطلق عوض هم دارد و به نحو بیعی نیست، بلکه به نحو جامع ما بین معاوضه بیعی و اقسام دیگر معاوضه در تملیکات. شیخ می فرماید که اگر تملیک مطلق در مقابل عوض باشد، منحصر به بیع است و اینکه شما تصور جامع بفرمایید، درست نیست. چون فقهاء هیچ کدام قائل به این جامع نشده اند، ما این را مشروع نمی دانیم و می گوئیم که این بی خود است. این مورد مانند مسئله قبلی نیست که تسلیط قصد شده بود و جامع در آنجا برای اثبات اباحه کفایت می کرد. در اینجا تملیک انحاء مختلفی دارد، تملیک بیعی هست، تملیک صلحی هست، تملیک هبه معاوضه هست و... ایشان می فرمایند که با مطلق تملیک هیچ کدام از اینها حاصل نمی شود و باطل است. بعضی ها گفته اند که اگر جامع بود، هبه معاوضه می شود، ولی ایشان می فرمایند که دلیلی بر این مدعی نداریم. بعضی ها هم گفته اند که اگر قصد جامع کردیم، معامله مستقله می شود، ایشان می فرمایند که

فقهاء معاملات را در امور معدوده منحصر کرده اند و ما یک معامله مستقلى نداریم، پس ما این را باطل می دانیم. این فرمایش ایشان بود، شیخ هم می فرماید که تملیک به عوض فقط بیع است، ولی این اشکال به صاحب جواهر وارد نیست، زیرا عوض در مقابل مجانیت در هر سه مورد وجود دارد، هم در صلح، هم در هبه معوضه و هم در بیع، منتهی نحو تعویض با هم تفاوت دارد، در هبه معوضه طبق تحقیق عبارت از این است که دو التزام وجود دارد، یک التزام از اصل مالکیت، یک التزام هم از طرف مقابل که این التزام اولی ظرف نسبت به آن التزام دومی است. التزامین در کار است. به یک بیان دیگر هم گفته شده است که هبه معوضه تملیک شیء در مقابل تملیک طرف مقابل است نه در مقابل مملوک. اگر کسی به نحو هبه معوضه یک چیزی را تملیک کرد در مقابل پول، می شود بیع. یعنی به نفس همین تملیک کردن در مقابل عوض و قبول کردن طرف مقابل و انتقال پول، بیع محقق می شود، عقیده شیخ اینطور است. ولی اگر شخصی تملیک بکند در مقابل تملیک طرف مقابل، به این معنی که من این شیء را به شما تملیک می کند در مقابل اینکه شما کاری انجام بدهی که این کار عبارت است از تملیک. در چنین صورتی اگر شخص مقابل تملیک نکند، با انشاء من، این شیء ملک طرف مقابل نمی شود، بلکه باید خارجاً او هم تملیک بکند. در باب بیع با انشاء من، طرفین مالک عوضین می شوند، اما در هبه معوضه چون در مقابل این شیئی که هبه

می شود باید طرف مقابل هم تملیک بکند، اگر او تملیک نکرد، من مالک این شیء نمی شوم و خود به خود من مالک آن شیء نمی شوم. هبه معوضه این است. صاحب جواهر می فرماید که گاهی شخص قصد می کند که یک شیء عوض قرار بگیرد، یا به نحو صلح که تعبیر شیخ این است که نتیجه اش عبارت از عوض باشد، یا به نحو اینکه فعل عوض باشد، نه خود آن ذات شیء، یا خود ذات شیء عوض باشد، یا قصدی نکرده راجع به اینها. ایشان می فرماید که این هم یکی از چیزهایی است که قابل تصور است، ولی صحیح نیست، فاسد است. بعضی ها گفته اند که هبه معوضه واقع می شود، ولی ایشان می فرمایند که نیست، یا بعضی گفته اند که معاوضه مستقله است، ایشان می فرمایند که اینطور نیست. این مطلبی که ایشان می فرمایند، مطلب درستی است که قابل تصور است انسان وقتی اعطاء می کند، تصور این خصوصیات را نکند، منتهی بحث در این است که آیا چنین عقدی را باطل بدانیم یا ندانیم. پرسش: ... پاسخ: می گوید در اینجا بالأخره معاوضه ای شده است، و لو به التزام ثانوی نه با التزام اولی. صاحب جواهر همین را می گوید، می گوید قابل تصویر است، ولی باطل است. عبارتش را من می خوانم، درست هم هست، منتهی آیا باطل است یا باطل نیست؟ فقها این قسم را ذکر نکرده اند و همین که فقهاء ذکر نکرده اند، نمی توانیم بگوییم که چنین قسمی نمی شود و باطل است. گاهی انسان بعضی از صور را تصور نکرده است و ذکر هم نمی کند، اما اگر کسی یک صورتی را ذکر بکند و بعد هم بگوید که درست نیست، معلوم می شود که

وصل الیه من الشرع یک چیزی که مثلاً ده قسم معامله داریم و دیگر یازدهمی صحیح نمی باشد. خیلی بعید است که از شرع ما یک چنین دلیل حاصره ای داشته باشیم، یک چنین چیزی نداریم. فقهاء هم همین چیزهای عرفی را در نظر گرفته و حکمش را بیان کرده اند، لذا به نظر ما اگر چیزی اشکال عرفی نداشت و عرف مساعد بر آن بود ولو فقهاء ذکر نکرده باشند، محذوری در پذیرفتن آن نیست که یک چنین معامله ی مستقله ای وجود داشته باشد. پرسش: ... پاسخ: ظاهراً مراد از معامله مستقله این است که به عنوان معامله مستقل واقع می شود و ظاهرش این است که چون ملکیت هست، اگر یک آثاری روی مطلق ملکیت بار باشد، بار می شود، اما آثاری که بر ملکیت خاص باشد، بار نمی شود، چون معامله مستقله است. «رابعها أن یقصد الملک المطلق، و لا یریب فی فسادہ عند من اعتبر الصیغہ الخاصه فی ملک المعاوضه، لانتفاء المشروط حیث یبطل بانتهاء شرطه أما القائل بعدم اشتراطه فقد یقول بصحته و تنزیله علی البیع». این را من عرض نکردم. «بناء علی أنه الأصل فی نقل الأعیان، و لا یخرج عنه إلا بقصد غیره، كما صرح به بعض مشایخنا، لکن قد یناقش فی ثبوت الأصل المزبور بعدم الدلیل علیه». چه دلیلی داریم که یک چیزی که ایشان فرض کرده است، بیع باشد؟! حال آنکه ما نمی دانیم در مقابل این عین، فعل است، یا عین است، التزامین است، یا التزام واحد. اینها را نمی دانیم. «لکن قد یناقش فی ثبوت الأصل المزبور بعدم الدلیل علیه و مطلق النقل جنس مشترک بینه و بین الصلح و الهبه بعوض فلا یتشخص

إلا بقصده، و لذا لا يكفى فى صيغه البيع ملكتك و نحوها»، چون در همه اينها ملكت هست. «و قد يقول بصحته على أن يكون من الهبة المعوضه، و فيه أنها محتاجه إلى القصد أيضا، و أولى من ذلك دعوى كونها معاوضه مستقلة لا تدخل تحت اسم شىء من المعاوضات، لكن فيه أنه لا دليل عليه، بل ظاهر حصر الأصحاب النواقل فيما ذكره من الأمور المخصوصه خلافه، مضافاً إلى أصله عدمه»، نسبت به دوم. «اللهم إلا أن يستند فيه إلى السيره، و إن كان دون إثباتها على وجه تكون معتبره خرط القتاد» اگر سيره متصل به زمان معصوم (ع) را معتبر بدانيم، اين را نمى شود اثبات كرد. ولى حق عبارت از است كه با (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) مى توانيم بگوئيم كه در اين صورت يك معامله مستقلى است و با قصد جامع اثر ملكيت بار مى شود و لو آثار خاصه بار نيست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين»

### اقوال در معاطاه (حصول اباحه يا ملكيت؟) ۹۱/۰۷/۱۸

.Your browser does not support the audio tag

اقوال در معاطاه (حصول اباحه يا ملكيت؟) از عرايضى كه ذكر كرديم روشن شد كه وجوه قابل تصور در معاوضات، اختصاص به دو وجهى كه شيخ فرموده است، ندارد و دو وجه صاحب جواهر هم قابل تصور است. علاوه بر اينها وجوه ديگرى هم متصور است كه گاهى معاوضه به نحو تمليك است، مبادله مال بـمال، گاهى ممكن است به نحو اباحه باشد، ممكن هم هست كه يك طرفش اباحه و طرف ديگرش تمليك باشد. همانطور كه ديروز عرض كرديم، ممكن هم هست كه معاوضه اصلاً امر تكوينى صرف باشد و تشريعى و اعتبارى نباشد و لو ارتكازاً. در صورت هاى هم كه ذكر شد، ممكن است معاوضه

ص: ۸۸

بين يك شىء و شىء ديگر باشد و ممكن هم هست كه بين يك شىء و تمليك باشد، نه بين المالىن. اگر معاوضه بين المالىن باشد، وقتى طرف قبول كرد، اين انشاء موجب نقل و انتقال بين مالىن مى شود، ولى اگر معاوضه بين مال و تمليك باشد، نقل و انتقال بين مال و فعل خواهد بود و تا مادامى كه طرف مقابل تمليك نكند، آن عين خارجى به ملك بايع منتقل نمى شود و با قبول ايجاب، فعل طرف مقابل \_ كه تمليك است \_ ملك بايع مى شود و اينها هم گاهى به نحو التزام واحد است كه شخص اين را تمليك مى كند در مقابل يك شىء ديگرى به التزام واحد، گاهى هم به نحو التزامين است كه در يكي از اين التزام ها اصلاً عوضى ندارد و به التزام ديگر عوض پيدا مى كند. پس صور مختلف است و احكامش هم مختلف است و احكام همه فروض هم روشن است، ولى منحصر نيست به آن دو فرضى كه شيخ ذكر کرده است. راجع به معاطاه بين اصحاب اختلافاتى وجود دارد، هم بين اماميه و هم بين عامه كه هر دو معاطاه را عنوان کرده و در آن اختلاف دارند. آنچه كه مشهور ما بين اماميه است، اين است كه معاطاه مفيد اباحه تصرف است و بعد اگر يكي از دو عوض تلف شد، آن موقع ملكيت براى هر دو عوض مى آيد و قبل از تلف فقط اباحه تصرف براى طرفين وجود دارد. اين قول مشهور بين اماميه است، البته در كتاب ينابيع الاحكام كه نوشته مرحوم آقا سيد على قزوينى و بسيار كتاب خوبى است، اقوال قداما

ص: ۸۹

را در این مسئله نقل کرده است و مطلبی که استفاده می شود این است که بیشتر قدما قائل به غیر این قول شده اند. پس به مشهور نسبت داده شده است که با معاطاه ملکیت نمی آید، تنها اباحه تصرف حاصل می شود و بعد تلف احد العینین است که ملکیت حاصل می گردد. یک اشکال مهمی که به این مطلب وارد است، عبارت از این است که عقود تابع قصد است و قابل قبول نیست که شخص چیزی را قصد کرده باشد و شرع این قصد را معتبر نداند و چیز دیگری را اعتبار بکند. یک مرتبه اینطور است که شخص هیچ قصدی نکرده، مثل ارث و یک ملک به او منتقل می شود، ولی یک جایی که شخص قصد ملکیت کرده، ولی شارع چیز دیگر را بار بکند، این خیلی مستبعد است و قابل قبول نیست و به نظر می آید که خلاف ارتکاز عقلایی هم باشد. محقق کرکی و صاحب جواهر در صدد توجیه کلمات مشهور بر آمده اند. محقق کرکی می فرماید که اینهایی که گفته اند اباحه حاصل می شود، مرادشان از اباحه، اباحه مصطلح نیست که در مقابل ملک باشد، بلکه اباحه در مقابل لزوم است، یعنی طرفین بتوانند فسخس بکنند. پس مراد اباحه، اباحه بالمعنی الاعم است که با ملکیت هم بسازد و اینکه مشهور ملکیت را نفی کرده اند، معنایش این است که بیع بودن را نفی کرده اند، یعنی ملک لازم نیست، ملک جایز است، ملک متزلزل است و استقرار و لزومش بعد از تلف است. و با این بیان تخلف از قصد واقع نمی شود، زیرا وقتی شخص تملیک را انشاء می کند، لزوم جزء منشآت او نیست، بعضی



از عقود لازم است و بعضی هم جایز و هر کدام هم احکامی دارد که مرتب بر آن می شود. پس مقصود ملکیت طرف است و ملکیت طرف هم واقع می شود، منتهی شارع می گوید که اگر با لفظ بود، لازم است و اگر با فعل بود جایز است و این اختلاف حکمی بین لفظ و فعل است. محقق کرکی اینطور حمل کرده است. مرحوم محقق کرکی در رأس علمای درجه دو قرار دارد که بعدی ها همه تأثیر افکار او هستند و متوفای سال ۹۴۰ می باشند و نوعاً مطالبی که ایشان فرموده است، مورد بحث است و بر شهید ثانی و بعدی ها الی زماننا هذا، تأثیر گذاشته است. صاحب جواهر هم توجیه دیگری کرده و فرموده است که اباحه به همان معنای خودش است، منتهی مشهور قائل به اباحه در جایی شده اند که شخص قصد اباحه کرده باشد، نه قصد ملکیت. پس بنابراین تخلف از قصد وجود ندارد، چون چنین تخلفی در جایی است که شخص قصد ملکیت کرده باشد، اما اباحه حاصل شده باشد. شیخ انصاری کلمات قوم را نقل کرده و می فرمایند که بعید است مراد معنایی باشد که محقق کرکی بیان فرمودند مبنی بر اینکه اباحه به معنای ملک متزلزل باشد. بعد هم کلام بعض المعاصرین را \_ که صاحب جواهر است \_ نقل کرده و می فرمایند که حتی یک موردی که صلاحیت حمل بر فرمایش ایشان را داشته باشد، وجود ندارد. شاید مرحوم شیخ می خواهند بفرمایند که ممکن است در بعضی جاها کلام محقق کرکی را محتمل بدانیم، اما برای فرمایش صاحب جواهر حتی یک مورد هم نمی توانیم پیدا بکنیم. بعد ایشان نتیجه گیری

می کنند که اگر قائل به قول مشهور بشویم که با اینکه قصد تملیک شده، اباحه حاصل شده است، التزام به این قول اهون از این توجیهاتی است که این دو بزرگوار فرموده اند، زیرا از اینکه قائل به قول مشهور بشویم، فقه جدیدی لازم نمی آید. بعد هم ایشان برای موردی که خلاف قصد شده باشد، مثالی می زنند که اگر شخصی بخواهد چیزی را اهداء بکند، باید با لفظ انشاء کرده باشد و بگوید که اهداء کردم، اما اگر انشاء نکند، فقط اباحه حاصل می گردد، ولی ملکیت حاصل نمی شود. این مورد را چند نفر از بزرگان از جمله شیخ طوسی، ابن ادریس و علامه در تذکره گفته اند. اباحه هم در اینجا، اباحه ی غیر ملکی است، زیرا شیخ (طوسی) می فرماید که اگر شخصی وطی جاریه را هدیه داده باشد، اباحه کرده باشد، تا لفظ اهداء و امثال آن را نیاورد، وطی آن جاریه جایز نیست. اگر مراد از اباحه در این مورد اباحه تملیکی بود، در جواز وطی که لازم نیست حتماً ملک لازم باشد، ملک جایز هم جواز وطی می آورد. از این تعبیر ایشان استفاده می شود که مراد از اباحه، اباحه غیر ملکی است. این دیگر نص در این مطلب است و نمی شود آن توجیه محقق کرکی را در این عبارت جاری دانست. پس با وجود این نظائر، فقه جدیدی لازم نخواهد آمد و اینطور نیست که بگوییم با این قول مشهور یک چیز تازه در فقه پیدا شده است و هیچ سابقه ای برای چنین مواردی وجود ندارد. مرحوم آقای شهیدی به استدلال شیخ اشکال کرده که شما می گوید که شیخ طوسی قائل به اباحه شده، ولی

وطی را استثناء کرده و گفته که وطی جایز نیست، ولی شما دو کتاب دیگر را هم به عنوان استشهاد ذکر کردید، یکی سرائر حلی و دیگری تذکره علامه، اما به نظرم عبارات این دو کتاب عبارت از این است که اهداء واقع نمی شود، ولی اباحه حاصل می شود. این دو کتاب وطی را استثناء نکردند تا قرینه باشد که بگویید آن توجیهی که محقق کرکی در جای دیگر می فرماید در اینجا نمی توان آن توجیه را کرد. اشکال مرحوم شهیدی به شیخ این است که شما به چه اعتبار گفتید که سه تا از بزرگان قائل به این مطلب شده اند؟! فقط شیخ طوسی را ذکر می کردید. یک وقتی بنده کتاب مرحوم مروج را دیدم که بینم با این عبارت چه کار کرده است، دیدم که اصلاً ایشان توجیهی به اشکال مرحوم شهیدی نکرده است. مرحوم مروج گفته است که وجه استناد شیخ به این عبارات این استثناء است. اشکال مرحوم شهیدی این است که شیخ طوسی استثناء کرده است، آن دو بزرگوار که استثناء نکرده اند تا به کلماتشان استشهاد بشود. ولی باید بگوییم که در مطلب شیخ دقت نشده است، زیرا در عبارات قوم گفته اند که بیع نیست، مراد عبارت از این است که چون بیع امر لازم است، بالطبع بیع نیست، یعنی معامله لازم نیست، این منافات ندارد با اینکه ملک متزلزل باشد، البته این خلاف ظاهر است، اما نص در این مطلب نیست که بگوییم اصلاً نمی شود توجیه کرد. آن ملکی که بیع می آورد، نیست، ولی در باب هبه که اصلش ملک لازم است، مگر اینکه طرف ذی رحم باشد، اگر نفی ملکیت شد و

اباحه اثبات شد، مراد اباحه به معنای ملک جایز نیست. شیخ در استدلالش که اینها را آورده است، عمده عبارت از آن دو تاست و استثناء هم محکم تر می کند، آنهایی هم که استثناء نکردند، چون شأن هبه عبارت از ملکیت جایزه است و این را نفی کرده اند، پیدا است که همین معنی هم در آنجا حاصل نخواهد شد. این چیزی است که شیخ می خواهد بفرماید. اما مطلبی دیگر که هست اینکه اگر کسی به جواهر مراجعه بکند، می فهمد که مراد ایشان چیست. صاحب جواهر نمی خواهد بگوید که مورد نزاع عبارت از این است که اگر شخص قصد اباحه کرد، معاطاه المقصود به الاباحه بود، اختلاف باشد که آیا با این قصد اباحه ملکیت حاصل می شود، همانطور که محقق کرکی گفته است، یا شیخ مفید بفرماید که ملکیت لازم محقق می گردد. صاحب جواهر مدعی چنین چیزی نیست که اگر کسی در معاطاه قصد اباحه کرد، اقوال مختلفی باشد که آیا ملک لازم یا ملک جایز حاصل می گردد. نه صاحب جواهر و نه کس دیگری نمی تواند چنین چیزی را بگوید، حتی اصاغر طلبه هم چنین حرفی را نمی زنند که محل نزاع جایی باشد که شخص در معاطاه قصد اباحه کرده باشد و مشهور قائل به اباحه و برخی دیگر قائل به ملکیت شده باشند. صاحب جواهر می خواهد بگوید که در جایی که معاطاه مقصود به الملكیه واقع شده، مشهور قائل به بطلان شده اند. مشهور که قائل به اباحه شده اند در محل نزاع نیست، بلکه مطلب این است که انشاء اباحه لازم نیست حتماً با لفظ باشد، بلکه به وسیله فعل هم می شود انشاء اباحه کرد و بلاخلاف بین

القوم در انشاء اباحه لازم نیست که حتماً لفظ بکار برد، بلکه با انشاء فعلی هم اباحه حاصل می گردد. بنا بر فرمایش صاحب جواهر نظر مشهور این است که اگر قصد ملکیت شد، هیچ چیز واقع نمی شود، ولی اگر انشاء اباحه شد، با معاطاه اباحه واقع می شود. ظاهر عبارت شیخ این است که صاحب جواهر اینطور تصور کرده است که ایشان می گویند محل نزاع که اقوال مختلفی در آن است، جایی است که در معاطاه قصد اباحه شده باشد و در اینجا اقوالی مختلفی هست، پنج قول، شش قول و یک قول عبارت از این است که ملکیت حاصل می شود و امثال اینها. ظاهر کلام شیخ اینطور است که البته ممکن است که ما کلام شیخ را به گونه ای توجیه بکنیم و فردا عبارات قوم را می آوریم تا ببینیم که چه چیزی استفاده می شود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## اقوال در معاطاه ۹۱/۰۷/۲۲

Your browser does not support the audio tag

اقوال در معاطاه عرض شد که صاحب جواهر می فرمایند که مواردی که حکم به اباحه شده است، محل خلاف بین علماء نیست. اختلاف علماء در اینکه آیا معاطاه مفید صحت و لزم است یا فساد، در موردی است که قصد تملیک شده باشد، ولی اگر قصد تملیک نشده باشد و فقط قصد اباحه شده باشد، تشریفات خاصی لازم نیست و هم با لفظ و هم با فعل اباحه حاصل می گردد. این مورد محل اختلاف بین علماء نیست. ابتداءً از کلام صاحب جواهر اینطور به نظر می رسد که مرادشان این باشد که محل اختلاف جایی است که قصد اباحه شده باشد. شیخ این برداشت را از کلام صاحب جواهر کرده و خیال کرده است

ص: ۹۵

که ایشان محل اختلاف را موردی می دانند که قصد اباحه شده باشد که مشهور قائل به اباحه شده باشند و برخی هم مانند شیخ مفید قائل به لزوم. ظاهر عبارت شیخ این است که از کلام صاحب جواهر اینطور تلقی کرده و می فرمایند که ما عبارت قوم را نقل می کنیم تا معلوم بشود که حرف صاحب جواهر صحیح نیست. ولی مراد صاحب جواهر این چیزی نیست که شیخ برداشته کرده اند و با مراجعه به عبارات جواهر هم این مطلب روشن می شود، ولی ممکن است که شیخ چیز دیگری را بخواهند بفرمایند و لو بعضی از عبارشان با آن نمی سازد و آن این است که شیخ نمی خواهد به صاحب جواهر نسبت بدهد که محل اختلاف در مقصود به اباحه است، بلکه شیخ می خواهد بفرماید که علماء در همان جایی که قصد تملیک شده است، حکم به اباحه کرده اند، یعنی در همان جایی که قصد تملیک شده است، اختلاف وجود دارد، محقق کرکی یک چیزی می فرمایند، به شیخ مفید یک نسبتی داده شده است، علامه در تحریر یک بیانی دارد در نهاییه بیانی دیگر. در همین جایی که قصد تملیک است هم مشهور قائل به اباحه شده اند. صاحب جواهر هم می گویند که این حکم به اباحه در غیر محل خلاف است، ولی شیخ می خواهد اثبات بکند که این حکم در محل خلاف است که عبارت است از جایی که قصد تملیک شده باشد. آن وقت باید این مسئله را حل کرد که «ما قصد لم یقع». شیخ بعداً در رد صاحب جواهر عبارات قوم را نقل می کند، ولی ممکن است که صاحب جواهر ادعاء بکند که شبهه

ص: ۹۶

موضوعی است نه حکمی، زیرا یک وقت در مسائل حکمی، حکم به اباحه می شود، یعنی بگوییم که اگر قصد تملیک شد، اباحه حاصل می شود یا تملیک، یک وقت هم بحث در این است که این کاری را که مردم می کنند و به این صورت می فروشند، آیا قصدشان اباحه است، یا تملیک؟ ممکن است که صاحب جواهر چنین ادعایی بکند، ولی از استدلالاتی که با مخالفین کرده اند، می توان فهمید که نگاه به بحث موضوعی ندارند و فقط می خواهند که مسئله حکمی را اثبات بکنند. ایشان به دنبال این نیست که بگویند آیا آنچه در خارج محقق می شود، به قصد تملیک است یا به قصد اباحه. از ادله ای مانند اصاله الاستصحاب و عمومات و اجماع که ذکر کرده اند نمی توان موضوعات خارجی را اثبات کرد. خلاصه ادعای صاحب جواهر این است، ولی می شود بگوییم که شیخ می خواهد بفرماید که بحث در حکم مسئله ای است که قصد تملیک شده است. یعنی با فرض اینکه شخص قصد تملیک کرده است، حکم به اباحه کرده اند. کلام صاحب جواهر به هر فرضی که باشد، با این مطلب نمی سازد. این امر معقولی است که صاحب جواهر چنین چیزی گفته باشد و شیخ هم بخواهد آن را رد بکند، اما نوعاً آقایان گفته اند که شیخ در ظاهر کلامش بیان صاحب جواهر را اشتباه فهمیده است، ولی می توان به شیخ اینطور نسبت داد که ایشان می خواهد بفرماید که محل خلاف حکمی است، یعنی در صورتی که با معاطاه قصد تملیک شده باشد، مشهور قائل به اباحه و عده ای هم قائل به ملکیت شده اند. پرسش: ... پاسخ: صاحب جواهر می گوید که اینهایی که حکم به اباحه

کرده اند، در صورتی است که شخص قصد اباحه کرده باشد و اگر اختلافی با دیگران داشته باشند، در شبهه موضوعی مطلب است که موقوف خارجی چیست، اما شیخ می فرماید که مسئله موضوعی نیست. برخی از عبارات شیخ را می خوانیم، اما یک قدری مشکل است که با این مطلبی که عرض می کنم درست باشد. «لکن بعض المعاصرین لما استبعد هذا الوجه»، اشاره به قول محقق کرکی مبنی بر حصول اباحه ملک است. «التجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه و رجیح بقاء الإباحه»، یعنی صاحب جواهر فرموده است که محل نزاع در معاطاتی است که فقط قصد اباحه در آن باشد و قول مشهور را هم ترجیح داده است که در چنین جایی که قصد اباحه شده است، حکم به اباحه صحیح می باشد. محل نزاع در چنین صورتی است، نه در موردی که قصد ملکیت شده است، حکم به اباحه نکنیم. اگر قصد ملکیت کرده باشند، فاسد است، باطل است، همانطور که علامه در نهاییه الاحکام فرموده اند. «و رجیح فی کلامهم علی ظاهرها المقابل للملک، و نزل مورد حکم قدماء الأصحاب بالإباحه علی هذا الوجه، و طعن علی من جعل محلّ النزاع فی المعاطاه بقصد التملیک، قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخالیه عن الملک مع قصد الملک ممّا لا ینسب إلی أصاغر الطلبه، فضلاً عن أعظم الأصحاب و کبرائهم. و الإنصاف: أنّ ما ارتکبه المحقّق الثانی فی توجیه الإباحه بالملک المترزّل، بعید فی الغایه عن مساق کلمات الأصحاب، مثل: الشیخ فی المبسوط، و الخلاف، و الحلّی فی السرائر، و ابن زهره فی الغنیه، و الحلّبی فی الکافی، و العلامه فی التذکره و غیرها، بل

کلمات بعضهم صریحه فی عدم الملك كما ستعرف إلا أنّ جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التملیک أبعده منه، بل لا یکاد يوجد فی کلام أحد منهم ما یقبل الحمل علی هذا المعنی». ایشان می فرمایند که ما جایی پیدا نمی کنیم که حمل بر فرمایش ایشان بکنیم. باز می توانیم کلمات محقق کرکی را توجیه بکنیم، اما برای فرمایش ایشان که محلّ نزاع را جایی که قصد اباحه شده است بدانیم، محلّ توجیه و حملی وجود ندارد. «و لننقل أولاً کلمات جماعه ممن ظفرنا علی کلماتهم؛ لیظهر منه بعد تنزيل الإباحه علی الملك المترزل كما صنعه المحقق کرکی و أبعده جعل محلّ الکلام فی کلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطیان مجرد إباحه التصرفات دون التملیک، فنقول و بالله التوفیق قال فی الخلاف: إذا دفع قطعه إلی البقلی أو الشارب»، یعنی به سبزی فروش و سقاء چیزی داده بشود، «فقال: أعطنی بها بقلًا أو ماءً، فأعطاه، فإنه لا یكون بیعاً و كذلك سائر المحقّرات و إنّما یكون إباحه له، فیتصرف کلّ منهما فی ما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن یكون ملكه»، این قسمت عبارت را «ملك» هم می شود خواند، ولی شاید بعضی جهاتش با «ملكه» بسازد، «من دون أن یكون ملكه و فائده ذلك: أنّ البقلی إذا أراد أن یسترجع البقل أو أراد صاحب القطعه أن یسترجع قطعه كان لهما ذلك؛ لأنّ الملك لم یحصل لهما»، در این عبارت تصریح شده است که ملك برای او واقع نشده است، «و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفه: یكون بیعاً صحیحاً و إن لم یحصل الإیجاب و القبول. و قال ذلك فی المحقّرات، دون غیرها». این



هم حرف ابو حنیفه است. «دلینا: إن العقد حکم شرعی و لا- دلالة فی الشرع علی وجوده هنا، فیجب أن لا یثبت»، ملک واقع نمی شود زیرا که عقد حکم شرعی است و ما باید دلیلی برای اثباتش داشته باشیم و در شرع دلیلی بر آن نیست. البته از این عبارت پیدا است که وجود دلیل راجع به حکم مسئله است، نه راجع تعیین موضوع. «و أمّا الإباحة بذلک، فهو مجمع علیه لا یختلف العلماء فیها». شما می گوید که دلیلی بر وقوع ملک نداریم، سؤال این است که اباحه را با چه چیزی اثبات می کنید؟! این را با اجماع اثبات می کنیم. استدلال به اجماع در مسائل حکمی است، ولی موارد موضوعی ربطی به اجماع ندارد، پس معلوم می شود که بحث در مسئله حکمی است و موردی هم هست که قصد تملیک شده است والا اگر قصد اباحه شده باشد، احتیاجی به این استدلالات نخواهیم داشت، بلکه عدم قصد دلیل بر عدم ثبوتش خواهد بود. «و لا یخفی صراحة هذا الکلام فی عدم حصول الملك»، این عبارات راجع به عدم حصول ملک صریح است. «و فی أن محلّ الخلاف بینة و بین أبی حنیفه ما لو قصد البیع، لا- الإباحة المجزّده»، ابوحنیفه در محقرات قائل به این است که بیع واقع می شود، ولی ایشان می گوید که ما قبول نداریم و از همین عبارت استفاده می شود که محل خلاف جایی است که قصد ملکیت شده باشد، والا اگر قصد اباحه شده باشد، ابوحنیفه چنین حرفی را نمی زند و هیچ کس دیگری هم چنین ادعایی را نمی تواند بکند که یک چیزی با قصد اباحه ملک شخص دیگر بشود. «لا الإباحة

المجزّده كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية؛ حيث إنه بعد تفسير البيع ب: «مبادله مال بمال» قال: وینعقد بالإيجاب و القبول، و بالتعاطی، یعنی تملیک مال به مال به وسیله تعاطی و امثال اینها حاصل می شود. «و أيضاً، فتمسک به بأن العقد حکم شرعی، يدلّ علی عدم انتفاء قصد البیعیه، و إلّا لکان الأولى، بل المتعین: التعلیل به؛ إذ مع انتفاء حقیقه البیع لغه و عرفاً لا معنی للتمسک بتوقیفیه الأسباب الشرعیه، كما لا یخفی». شیخ در نقل اقوال ادله دیگر را هم بیان فرموده اند که ذکر آنها طول می کشد و از آنها استفاده می شود که در حکم این مسئله، امامیه اختلاف دارند که اگر کسی قصد بیع و ملکیت کرده باشد، آیا با معاطه ملکیت واقع می شود یا نه؟ مشهور گفته اند که ملکیت واقع نمی شود، بلکه اباحه واقع می شود. البته مشکلی در این قول پیش می آید که شیخ بعداً وارد در حل آن می شود. عمده عبارت از این است که اقوال در مسئله را با ادله عرض کنیم. در این مسئله شش قول ذکر شده است که در یکی از این اقوال شیخ تردید کرده است که آیا از اقوال مسئله بشماریم یا نه؟ یک قول \_ که به مفید نسبت داده شده است \_ این است که بگوییم معاطه عقد لازم است. وقتی شیخ مفید می خواهد شرایط بیع و امثال آن را بشمارد، تعبیری دارد که اطلاق آن اقتضاء می کند که بیع هم با لفظ منعقد بشود و هم با فعل و در هر دو صورت لازم است. ایشان می گوید «ینعقد البیع» با تراضی طرفین و مالکیت شخص و تقابض طرفین و

افتراق، یعنی جدا بشوند از مجلس. یعنی با اینها بیع لازم واقع می شود. چون افتراق را هم گفته است، کأنه لزوم هم با همین حاصل می شود. از اطلاق کلام ایشان اینطور برداشت شده است، ولی صاحب جواهر و عده ای دیگر منکر شده و گفته اند که از این عبارت شیخ مفید استفاده نمی شود که ایشان قائل به لزوم در معاطاه شده باشند. البته عبارت جواهر هم در رد این استفاده لزوم از عبارت مفید، یک قدری اجمال دارد. شاید ایشان می خواهد بگوید که بیع بمعناه الاعم اگر بخواهد لازم باشد، باید دارای این شرایط باشد و در مقام بیان شرایط صحت و لزوم است، آن وقت باید ببینیم که بیع بالمعنی الاعم با چه چیزی حاصل می شود. این مطلب را هم باید از خارج بفهمیم که آیا با معاطاه بیع حاصل می شود یا نه. اگر بخواهیم بگوییم که ایشان اینطور می خواهد بفرماید، قهراً اطلاقی نخواهد بود. یک برداشت دیگر این است که بگوییم بحث در انعقاد بیع نیست، بلکه همانطور که صاحب جواهر می فرماید، ظاهر عبارت «تراضیا بالبیع و تقابضا» این است که قبلاً رضایت و بیع حاصل شده است و بعداً طرفین به همدیگر مثنی و ثمن را تحویل می دهند و فاء بالعقد. منتهی شیخ مفید یک عقید ای دارد که دیگران به آن قائل نیستند و آن این است که ایشان بر خلاف دیگران در صحت و لزوم بیع، تقابض را لازم می دانند. ولی انصاف قضیه این است که لفظ «تراضیا بالبیع و تقابضا» اطلاق ندارد، چون نگفته است که «ثم تقابضا»، پس هم بیع انجام شده است و هم تقابض بوده است و مالک بودن اشخاص و

هم تفرقه از مجلس. حال اینکه این نقل و انتقال چگونه واقع شده است، با لفظ یا فعل، در این مورد اطلاق دارد. البته صاحب جواهر یک جمله ای دارد که شاید بتواند جلوی این اطلاق را بگیرد و آن این است که علت عدم ذکر اینکه انعقاد با چه چیزی حاصل می شود، وضوح مطلب است، همانطور که در نکاح و طلاق هم که به اتفاق کل لفظ در انعقاد آنها معتبر است هم بخاطر وضوح این مطلب، ذکر نشده است. پس عدم ذکر بخاطر وضوح مطلب است. ولی این استدلال ایشان هم محل اشکال است، زیرا در باب نکاح و امثال آن ذکر شده است که کل مسلمین می گویند که با فعل حاصل نمی شود، چه شیعه و چه سنی، همه قائل به این مطلب هستند و هیچ شبهه ای در مورد بحث نیست، ولی اینکه در معاطاه بیع حاصل می شود یا نه، مورد اختلاف است و نمی توانیم بگوییم که بخاطر وضوح مطلب ضرورت لفظ در انعقاد ذکر نشده است. پس با اطلاق لفظی یا مقامی می توانیم بگوییم که بجز آنچه که بیان شد، چیز دیگری در لزوم بیع معتبر نیست. این ظاهر عبارت شیخ و قول اول بود. قول دیگر فرمایش علامه در نهاییه الاحکام است که گفته این بیع فاسد است، منتهی کلمه اقوی تعبیر کرده است، نه اینکه به صورت بتی گفته باشد. ایشان پس از نقل اختلاف فرموده است که اقوی چنین است. البته گفته اند که علامه در کتب متأخره از این نظر عدول کرده است. ما به منتهی که به صورت قطعی بعد از نهاییه الاحکام و در سال ۶۸۸ نوشته است

و کتاب خلاصه که در سال ۶۹۳ نوشته است، مراجعه کردیم که هفت جزء است و جزء هفتمش که در دست نیست، کتاب البیع است. ایشان در سال ۷۰۵ از طهارت و صلاه فارغ شده است، منتهی و ارشاد قبل از ۷۰۰ نوشته شده است، قواعد قبل از ۷۰۰ نوشته شده است، تحریر قبل از ۷۰۰ نوشته شده است. یک قسمت هایی از مختلف قبل از منتهی است و مجموعاً روشن نیست که کدام یک از آنها مقدم است. به احتمال فی الجمله مظنون عبارت از این است که تذکره بعد از آنهاست که آن هم مسلم نیست، ولی جزء یازدهم تذکره که بیع و اینها نیست در سال ۷۱۵ نوشته شده است و بخش معاملاتش را نمی دانیم که در چه تاریخی نوشته شده است. احتمال دارد که بخش معاملات نهایی الاحکام در سال ۷۱۰ نوشته شده باشد، چون برادرزاده علامه حلی در سال ۷۱۰ نسخه برداری کرده و احتمال دارد که در همان سال از نوشتن کتاب فارغ شده باشد. علامه در سال ۷۰۳ شروع کرده به طهارت و صلاه و احتمال دارد که معاملات و امثال آن را قبل از ۷۱۰ نوشته باشد. خلاصه اینکه حتی تذکره هم قطعی نیست که بعد از نهایی باشد، البته ممکن است که انسان ظن به این داشته باشد که مباحث معاطات تذکره بعد از نهایی باشد. علی ای تقدیر ثابت نیست که ایشان متوجه اشتباه خودش شده باشد و از نظر قبلی اش برگشته باشد و این تعبیر، تعبیر درستی نیست و اصولاً هم معلوم نیست که کتاب های متأخر اشخاص از کتاب های متقدمشان قوی تر باشد. شنیدم بعضی از

آقایان گفته اند که ملحقات عروه مال مرحوم آقا سید محمد کاظم نیست، چون به قوت خود عروه نیست. جواب این مطلب هم این است که اولاً اهل البیت ادری بما فی البیت، مرحوم حاج آقا اسد پسر خود آقای مرحوم آقا سید محمد کاظم که آدم محترمی بوده است، این را به حساب پدرش آورده است. این نمی شود که بگوییم یک شخص مجهول چیزی نوشته است و به نام پدر او ثبت شده است. عادتاً و اصولاً قاعده اقتضاء می کند بر اینکه ملحقات عروه به قوت عروه نباشد، برای خاطر اینکه خود عروه را ایشان زمانی نوشته که از آقای آقا سید عبد العزیز نوه ایشان شنیدم می گفت جدّ ما مسائل مشروطه که پیش آمد، منزوی شد و از این انزواء استفاده کرد و مشغول نوشتن عروه شد. و از عبارات ایشان استفاده می شود که در در گرماگرم مشروطه ایشان مشغول نوشتن کتاب زکات بوده است. اما وقتی ایشان مشغول به نوشتن ملحقات عروه می شود، زمان ریاست ایشان بوده است و بعد از شکست مشروطه فوق العاده ایشان عظمت عجیبی پیدا کرد، حتی بعضی ها نقل کرده اند که عظمت ایشان فوق میرزای شیرازی بوده است. زمان مداخله انگلیسی ها بوده و سن ایشان هم بالا رفته بوده است، پس بر اساس حالت عادی ایشان نمی توانسته است مثل عروه بنویسد. خلاصه به نظر ما در بسیاری از موارد کتب متقدم اشخاص در سن متوسط بهتر از کتاب هایی است که در اواخر نوشته می شود پرسش: ... پاسخ: خود ما موقعی یک مسائل ریاضی را آنی فکر می کردیم، الان نمی توانیم. حافظه هم ضعیف می شود، هر چند ممکن است که انسان

یک تتبعاتی پیدا بکند ولی از نظر فکری قدرت سابق را ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## اقوال ششگانه در معاطاه ۹۱/۰۷/۲۳

Your browser does not support the audio tag

اقوال ششگانه در معاطاه در مسئله معاطاه شش قول ذکر شده است. قول اول \_ که به مفید نسبت داده شده \_ لزوم بود و صاحب جواهر ظهور عبارت مفید در لزوم را انکار کرده است، ولی نمی شود اطلاق کلام مفید در لزوم را انکار کرد، زیرا اطلاق کلام ایشان اقتضاء می کند که اگر کسی مالک باشد، رضایت باشد، کراهت نباشد، تقابض باشد، افتراق از مجلس عقد هم باشد، در این صورت عقد واقع می شود و فرقی نمی کند که انشاء به وسیله لفظ حاصل بشود یا فعل. قول دیگر در مقابل این قول بود که بگوئیم بیع فاسد است. این قول در نهاییه الاحکام علامه صریحاً ذکر شده است، منتهی گفته شده است که ایشان در کتب متأخره از این قول برگشته است. ما عرض کردیم که چیزی که به طور صریح دلالت بر این داشته باشد که ایشان در کتب متأخره از نظر نهاییه الاحکام برگشته باشد، پیدا نکردیم. بعید نیست که بگوئیم کتاب تذکره متأخر از نهاییه است که آن هم تأخرش قطعی نیست و در این کتاب هم ایشان بر خلاف نهاییه الاحکام قائل به اباحه شده اند. البته چند روز پیش کسی که با کامپیوتر بررسی کرده بود، گفت که علامه در مسائل مهنائیه حکم به جواز تصرف کرده اند، من گفتم که تنها حکم کردن در کتاب میزان نیست، بلکه باید تاریخ نوشته شدن کتاب هم مشخص باشد. من به ذریعه هم مراجعه کردم و آنجا هم تاریخی ذکر نشده بود،

ص: ۱۰۶

ولی یکی از رفقای بحث گفت که تاریخ ۷۱۷ و ۷۲۰ برای آن ذکر شده است. این کتاب یا رساله مجموعه مسائل مختلفی است که در ازمنه مختلفی واقع شده است و اولین تاریخ آن ۷۱۷ می باشد. البته من خودم این کتاب را ندارم و ایشان هم خودش ندیده بود، بلکه با واسطه نقل می کرد که علامه در مسائل مهنائیه قائل به جواز تصرف شده اند. اگر این نقل درست باشد، می توان گفت که علامه از نظر خود عدول کرده است. مسائل مهنائیه را هم چون من ندیده ام، نمی دانم که کتاب است یا رساله. اما اینکه تعبیر شده است که «فی کتبه المتأخره»، ظاهراً این تعبیر تسامح است. در هر صورت این قول دوم بود، اما اینکه این قول به فساد را منحصر به علامه در کتاب نهاییه الاحکام دانسته اند، درست نمی باشد، زیرا ابن براج در مذهب تصریح کرده است که بیع فاسد است، ابن حمزه در وسیله شرایط صحت را بیان کرده و یکی از شرایط را هم قول به ایجاب و قبول دانسته است، بعد هم ایشان در بیان اقسام بیع می فرماید که اگر بیعی یکی از شرایط صحت را نداشته باشد، بیع فاسد خواهد بود. پس از قدماء هم قبل علامه کسانی قائل به فساد بیع بوده اند و این قول به فساد، قول نادر نیست. یک قول هم عبارت از قول به ملک جایز است که محقق کرکی و من تأخر قائل به آن شده اند. یک قول هم عبارت از اباحه مطلق است که مشهور قائل به آن شده و مطلق تصرفات، حتی تصرفات متوقف بر ملک را مباح می دانند. یک قول هم این است

ص: ۱۰۷

که حکم به اباحه جمیع تصرفات غیر از تصرفات متوقف بر ملک بکنیم، مثل وطی، بیع، عتق و امثال آن که متوقف بر ملک می باشند. که این قول از شهید اول در قواعد یا حاشیه قواعد و شیخ در مبسوط در باب هدیه نقل شده است. یک قول دیگری که شیخ با تأمل ذکر کرده است این است که بگوییم اگر لفظی دال بر رضای شخص باشد، یا دال بر این باشد که شخص بنای بر معامله دارد، در این صورت بیع لازم است. از کلام مفید در قول اول اینطور استفاده می شد که چه لفظی در کار باشد یا نباشد، انشاء با لفظ باشد یا با فعل یا با کتابت و یا با هر چیز دیگری، بیع تحقق پیدا می کند، اما در این قول ششم اگر لفظی در کار باشد که دلالت بر رضایت شخص باشد، معاطاه صحیح است و در غیر اینصورت صحیح نمی باشد. این قول، قول بعضی از مشایخ شهید ثانی است، زیرا شهید ثانی می فرماید که بعضی از مشایخ ما با قول مفید موافقت کرده است، منتهی یک قیدی بر آن زده و آن این است که لفظی باشد که دال بر رضایت باشد. شیخ می فرماید که ارتباط این قول بعض المشایخ به معاطاه محل تأمل است. یک خلطی در عبارت مسالک وجود دارد که منشأ شده که شیخ چنین تأملی بفرمایند. البته بعضی از محشین عبارت شیخ را درست معنی نکرده اند، ولی اگر کسی به مسالک مراجعه کند، به شک می افتد که بحث راجع به عقد بیع است یا نه و متن مسالک و شرایع این است که «ولایکفی التقابض



من غير لفظٍ و إن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع» و ایشان در شرحش می فرماید «هذا هو المشهور بين الاصحاب بل كاد يكون اجماعاً غير ان ظاهر كلام المفيد رحمه الله يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما يدل على الرضا به من المتعاقدين، إذا عرفاه و تقابضاً»، بعد هم می فرماید که «و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك ايضاً، و لكن يشترط في الدال كونه لفظاً، و إطلاق كلام المفيد أعم منه». ظاهر این عبارت این است که شیخ مفید قائل به این است که انشاء بیع به وسیله فعل هم حاصل می شود، به وسیله تقابض هم انشاء حاصل می شود، منتهی شرط صحتش این است که رضایت مالک وجود داشته باشد، جهل وجود نداشته باشد. بعض از مشایخ معاصر هم که گفته شده مقصود سید حسن بن سید جعفر می باشد، قائل به این قول است، منتهی به شرط اینکه لفظ دال بر این رضایت باشد. در ذیل عبارت هم می فرماید که «و النصوص المطلقة من الكتاب و السنه الداله على حل البيع و انعقاده من غير تقييد بصيغه خاصه تدل على ذلك، فانا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين، غير ان الوقوف مع المشهور هو الأجد». ایشان در این عبارت بحث را به جای دیگری برده است، در این عبارت بحث در این نیست که انشاء با فعل هم درست است یا فقط با لفظ واقع می شود، بلکه بحث در این است انشائی که با لفظ باید باشد، آیا با لفظ خاصی واقع می شود، یا مطلق اللفظ کافی است؟ ایشان می گوید که مشهور قائل به لفظ

خاص شده اند، ولی اطلاقات و ادله اقتضاء می کند که لفظ خاصی معتبر نباشد و هر لفظی کفایت بکند. منتهی ایشان می فرمایند که بهتر است ما با مشهور همراهی بکنیم و قائل به لفظ خاص بشویم. این مطلب ایشان از صدر مطلب که راجع به واقع شدن انشاء با فعل است، جدا شده است و وارد در بحث دیگری شده که لفظی که برای انشاء بیع است، حتماً باید بع و اشتریت و امثال آن باشد، یا مجازات و امثال آن هم کفایت می کند؟ همین خطی که در اینجا رخ داده است منشأ این شده است که شیخ تأمل بکند که آیا قول بعض المشایخ راجع به بحث معاطاه است یا راجع به این است که در انشاء لفظی لفظ خاص را لازم بدانیم یا نه. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی ادله معاطاه ۹۱/۰۷/۲۴

.Your browser does not support the audio tag

بررسی ادله معاطاه دیشب من به مسائل مهنائیه مراجعه کردم، چهار تا مسائل مهنائیه هست، الاولی، الثانیه، الثالثه و الرابعه. سه تا از اینها را سید مهناء ابن سنان \_ که قاضی مدینه و شیعه بوده است \_ از علامه، یکی را هم از فخر المحققین سؤال کرده است. مهنائیه اول ۱۶۸ مسئله است، دوم ۳۹ مسئله، سوم ۲۸ مسئله و در چهارمی هم یک عده مسائلی است که از فخر المحققین سؤال شده است. در سؤال ۲۵ مهنائیه ثانیه راجع به معاطاه پرسیده شده است که مردم معمولاً در امور مختصر با معاطاه عمل می کنند، آیا این خلاف شرع و معصیت است؟ تکلیف را شما بفرمایید. ایشان در جواب این سؤال می فرمایند که اقوی این است که با معاطاه انتقالی

ص: ۱۱۰

صورت نمی پذیرد، اما تصرفات بر اساس اذن و رضایت جایز است و اگر کسی این را بکند، معصیتی نکرده است و مالک هم می تواند مراجعه بکند، زیرا اصل عبارت از این است که این شیء از ملکیت شخص خارج نشده باشد. این تعبیر ایشان است و از کلمه اقوی استفاده می شود که این طور نیست که عدم انتقال ملکیت، قطعی و مسلم باشد و استدلال به اصل هم شاهد بر این است که این مسئله جزء مسلمات نیست. بعضی از سابقین هم در استدلالاتی که کرده اند، تمسک به اصل کرده اند و همین هم شاهد بر این است که این مسئله قطعی نیست. خلاصه این طور نیست که گاهی به طور مسلم و یقین بیان می کنند که حتماً در ملک سابق باقی مانده است، بلکه احتمال دارد که انتقال صحیح باشد. منتهی چیزی که هست تاریخ این مسئله و اجوبه در دست نیست. سید مهناء قاضی مدینه بوده و این سؤالات را از علامه کرده است، حال معلوم نیست که در چند مرحله این سؤالات انجام شده است. سید مهناء بعداً در سال ۷۱۷ در حله با علامه ملاقات داشته است، ولی تاریخ سؤالات او معلوم نیست، ولی به نظر می رسد که این ملاقات هفت سال بعد از سؤالات بوده است و مظنون این است که اصل سؤالات در سال ۷۱۰ بوده است، ولی یک نکته ای که از آن غفلت شده، این است که سید مهناء در مهنائیه ثالثه از علامه استجازه کرده است و علامه هم در محرم ۷۲۰ اجازه داده است، در آنجا دارد که ایشان از علامه درخواست می کند که شما تاریخ ولادت فخر المحققین

ص: ۱۱۱

را بگویید و بعد درخواست اجازه کرده است، علامه هم ولادت دقیق فخر المحققین را گفته و بعد هم تألیفات خودش را به سید مهناز اجازه داده و گفته که فلان چیز چند جلد است، آن یکی چطور است، آن یکی چه جور است، در بیان کتاب نهاییه الاحکام هیچ اشاره ای به قسمتی که راجع به معاملات است نکرده و اشاره کرده است که قطعه ای از آن هنوز تمام نیست و انشاء الله امیدوارم که تمام بشود و این احتمال وجود دارد که معاملات را اصلاً ننوشته بوده و بعد از سال ۷۲۰ نوشته است. خلاصه اینکه ما نمی توانیم بگوییم که علامه متوجه اشتباه خود شده و از قول به فساد برگشته است و قبل از علامه هم ابن براج در مهذب و ابن حمزه در وسیله قائل به این قول بوده اند. حال بینیم که ادله در این مسئله چه چیزی را اقتضاء می کند. یک بحث راجع به این است که بینیم که آیا معامله معاطاتی صحیح است یا نه. شیخ می فرماید که بعید نیست که چنین معامله ای صحیح باشد، زیرا سیره مستمره بر این است که طرفین با معاطاه معامله ملکیت می کنند. ابتداء شیخ می فرماید که صحت معامله ی معاطاتی خالی از قوت نیست، «لا یخلو من قوه»، اما بعد از بحث هایی که در آیات و روایات می کند، می فرماید «اللهم الا ان یقال»، شیخ در سیره مناقشه کرده و می فرماید که ممکن است این سیره مثل همان سیره هایی باشد که عوام بر اساس مسامحاتی آن را انجام می دهند و خیلی تقید به شرع ندارند. پس وجود چنین سیره ای کفایت نمی کند و این سیره جزء سیره های مسامحی

عرف است. ایشان توضیح نمی دهد، ولی توضیحش این است که اگر سیره به زمان معصوم ۷ متصل باشد، می توان به آن استدلال کرد، ولی در این مسئله وقتی اشخاصی مانند شیخ طوسی و تابعین ایشان می گویند که در معاطاه ملکیت نیست، عوام هم که از پیغمبر و امام چنین حکمی را نشنیده اند، بلکه از علماء و مراجع دینی خود باید شنیده باشند، مراجع هم که می گویند با معاطاه ملکیت حاصل نمی شود، پس این سیره، سیره ای مردود است و قابل اعتناء نیست و سیره ی مسامحی است. البته یک مطلبی را می شود ادعا کرد و بعید هم نیست و ما در جاهای دیگر هم ندیدیم که کسی این مطلب را گفته باشد و آن این است که یکی از سیره هایی که متوقف به عدم الملک است و مشهور آن را جایز می دانند، عبارت از تملک است، باید یک شیء ملک شخص نباشد تا تملک آن محقق شود. آن مقداری که ما می توانیم بگوییم این است که سیره بر این است که افراد متدین وقتی می خرند و می فروشند، می گویند که طرف مقابل اباحه مطلق کرده است و شما هر کاری که می خواهید انجام بده، در نتیجه با قصد تملک همه انتفاعات، حتی مواردی که متوقف بر ملکیت است، حاصل می شود. مثلاً اگر شخص کنیزی را با معاطاه گرفته باشد، مباشرت مورد انتقال واقع نمی شود، کما اینکه در عتق و وصیت و امثال آن هم همینطور است. پس با قصد تملک همه اینها حاصل شده است، اما اینکه بخواهیم یک سیره ای را اثبات بکنیم که بدون قصد تملک، خود به خود این امور حاصل بشود، چنین سیره ی متصل به زمان

معصوم ۷ یقیناً اثبات نخواهد شد. پس حل مسئله معاطاه با قصد تملک است که از ناحیه مالک هم منعی نسبت به این تملک وجود ندارد. پرسش: ... پاسخ: تصریح کردند بر اینکه ملک نیست، ولی اباحه هست. بیع نیست، ولی اباحه هست. معنای اباحه روشن است. علامه می گوید که انتقالی در کار نیست، اقوی این است که منتقل نمی شود، ولی چون اذن در تصرف دارد، تصرفات جایز است. شخص هم می تواند برگردد، «لأنَّ الملك لم يحصل». استصحاب عدم ملکیت می کنند، شیخ طوسی استصحاب عدم ملکیت می کند، غنیه نفی ملکیت می کند. خلاصه اینکه این سیره، سیره تمامی نیست. یکی از ادله ای که به آن استدلال شده آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) است. این آیه می فرماید که بیع حلال قرار داده شده و در عرف، بدون تردید، بر معاطاه بیع صدق می کند، پس آیه بیع معاطاتی را در بر می گیرد. اما اینکه بعضی ها ادعای اجماع کرده اند که معاطاه بیع نیست، به این جهت است که بیع را بیعی دانسته اند که در مصطلح فقهاء تفسیر به ایجاب و قبول، یا انتقالی که مسبب از ایجاب و قبول است، شده است. اما اگر بیع را همانطور که شیخ بحثش را کرد، فعل بایع و به معنای تملیک انشائی بدانیم که همان معنای لغوی بیع است و در مقابل اشتراء است، در این صورت آیه در صدد تنفیذ این تملیک انشائی است و هر مقدار که از خارج قیودی ثابت شد، این تملیک انشائی را تخصیص می زنیم و به بقیه آن اخذ می کنیم. این بیان این مطلب است و اجماعات نمی تواند مقابل این استفاده از آیه را بگیرد، منتهی باید ببینیم

که آیه چگونه دلالت بر این مطلب می کند. و اما یک گونه دلالت آیه بر این مطلب عبارت از این است که بگوییم این آیه بالمطابقه دلالت بر این مطلب دارد و معنای مطابقی آیه این است که معامله صحیح است و مراد از حلیت در اینجا، حلیت وضعیه است به این معنی که این معاملات صحیح می باشد. این یک نوع دلالت آیه بود که شیخ در اینجا می فرماید فیه تأمل، ولی به نظر می رسد که بالاتر از تأمل می شود گفت، بلکه باید گفت که فیه منع، زیرا یک مرتبه بحث در جواز است که هم جواز تکلیفی داریم و هم جواز وضعی که وقتی گفته می شود «جواز صلاته»، یعنی «صح صلاته»، گاهی هم وقتی گفته می شود که فلان چیز جایز است، یعنی مانعی ندارد و حرام نیست، پس هم جواز وضعی داریم و هم جواز تکلیفی، ولی حلیت در مقابل حرمت است و بسیار بعید است که به حرمت های وضعی، حرمت گفته بشود. شما فرض کنید که اگر رجاء با آب مشکوک الاضافه و الاطلاق وضوء بگیرید و واقعاً مضاف بود، گفته نمی شود که شما کار حرام انجام داده اید، به باطل حرام گفته نمی شود. حلیت هم در مقابل حرمت است و این حلیت و حرمت راجع به امور تکلیفیه است، در امثال «حرمت علیکم نسائکم» و امثال آن هم مراد حرمت تکلیفیه است، یعنی شخص ممنوع است و نمی تواند هیچ کدام از تصرفات متناسب با او را انجام بدهد. لذا شیخ فرموده است که مدلول مطابقی مراد نیست. شیخ در ادامه بحث استدلال به آیه می فرماید که اینکه بگوییم حلیت به انشاء مربوط می شود، مثلاً

بگویم اگر من بعت و اشتریت گفتم، خلاف شرع کرده ام یا نه، این هم مورد توهم نیست، اما آنچه که به نظر می رسد این است که آیا انسان می توان به این بعت و اشتریت در خارج ترتیب اثر بدهد و تصرف بکند یا نه، مراد این است. پس بنابراین مراد از آیه این است که تصرفات جایز است و اگر تصرفات جایز شد، معنایش این است که هر گونه تصرفی جایز است، مثلاً اگر کنیزی را گرفته، می تواند با او مباشرت بکند و مانعی ندارد و اگر هم بخواهد که این شیئی را که با معاطاه گرفته را مبادله کند، آن هم مانعی ندارد و همه اینها استفاده می شود. البته شیخ بعداً به این مطلب اشکال می کند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### دلالت آیه «احل الله البيع» بر صحت بیع ۹۱/۰۷/۲۶

Your browser does not support the audio tag

دلالت آیه «احل الله البيع» بر صحت بیع بعضی ها گفته اند که آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) بالمطابقه نه بالالتزام دلالت بر صحت بیع می کند، ولی شیخ فرموده است که فیه تأمل. مرحوم آقای شیخ محمد حسین اصفهانی برای دلالت مطابقی این آیه بر صحت بیع تقریبی دارند که آقای خوبی آن را نپذیرفته است، البته کتاب ایشان پیش من نبود تا به آن نگاه بکنم. مرحوم اصفهانی می فرمایند که احلّ از حلول است و «احلّ الله البيع» به معنای «اقره و اثبته و لم يرفعه» می باشد، یعنی بیع را تثبیت کرده است و این تعبیر از امضای بیع است که معنایش صحت بیع می باشد. آقای خوبی تقریب ایشان را قبول نمی کنند و می فرمایند که «احل» در مقابل «حرمت» است و از «حلول» نیست، زیرا در آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ

ص: ۱۱۶

حَرَّمَ الرَّبَا) بیع در مقابل حرمت است و از ریشه حلول نیست، از حلّ است. حلّ به معنای باز کردن یک چیز بسته است و به معنای «اطلقه» است، یعنی رهایش کرده اند و مقابلش عبارت از این است که تحت بند قرار بگیرد و ممنوع باشد. پس مراد از احلّ در اینجا به معنای آزاد قرار گرفتن و تحت بند نبودن است که اگر در موضوعات خارجی و امور تکوینی بکار برده شود، به این معنی است که تکلیفاً جایز است و مانعی نیست، اما اگر در امور اعتباری مانند بیع و امثال آن بکار برده شود، به معنای صحت است و به تناسب حکم و موضوع اینها فرق می کند. مرحوم شیخ محمد حسین «احل» را از حلول می داند و به معنای «اقره و اثبته» می باشد، یعنی شارع بیع را امضاء کرده است و بر نداشته است، «لم يرفعه» و حرمت در مقابل عدم امضاء قرار می گیرد و اشکالی هم ندارد. ولی باید ریشه لغت حلیت را مورد بررسی قرار بدهیم، یا ببینیم که عرف آن را در چه معنایی استعمال می کند، مثلاً اینکه در فارسی کلمه حلال و حرام استعمال می شود، به چه معنی است. اگر «احل» را به معنای حلول بدانیم، به این معنی است که یک چیزی را در یک جایی قرار بدهند، اما اینکه یک چیزی که هست، برداشته نشود، آیا در این معنی هم استعمال می شود یا نه، معلوم نیست که در این معنی استعمال شده باشد. پس معلوم نیست که این عبارت «لم يرفعه» از کجا آمده است و بعد از فرض چنین، «لم يرفعه» را کنایه از صحت دانستن،

ص: ۱۱۷

از تکلفات است و عرف متعارف از کلمه «حلال» چنین معنایی نمی‌فهمد. ما باید استعمالات معمولی را بررسی بکنیم و ببینیم که لغت از کجا اشتقاق پیدا کرده است و نباید به دنبال آن باشیم که ریشه لغت را به طور دقیق پیاده بکنیم. و اما اینکه «احل» را به معنای آزاد گذاشتن بدانیم و حرمت را هم در مقابلش قرار بدهیم و بگوییم که حرمت گاهی در وضع استعمال می‌شود، مانند امور اعتباری و گاهی هم در تکلیف استعمال می‌شود، مانند امور تکوینی، این معنی هم متفاهم از عرف نمی‌باشد. باید ببینیم که در عرف متعارف اگر کاری حرام دانسته شد، به چه معنی است. متفاهم از تعبیر حرام عبارت از تکلیف است، یعنی انجام چنین کاری عقاب دارد و به معنای باطل بودن آن کار نیست. این طور نیست که اگر به کاری اطلاق حرام شد، بگوییم که مراد این است که آن کار باطل است و هیچ اشکالی شرعی ندارد، منتهی لغو است. به صرف لغو بودن یک کار نمی‌گویند که آن کار حرام است. بعضی‌ها هم در بیان مدلول مطابقی آیه این طور تقریب کرده‌اند که اضافه حلیت به امور اعتباری به معنای حلیت وضعیه است و حلیت وضعیه هم عبارت از نفوذ است، زیرا معنی ندارد که انشاء بیع حرام باشد، پس بنابراین یا باید چیزی را در تقدیر بگیریم که خلاف اصل است و یا باید حلیت وضعیه مراد باشد، نه حلیت تکلیفیه. حلیت وضعیه هم به معنای نفوذ است. ما عرض کردیم که آنچه که در برخی اوقات به معنای نفوذ استعمال می‌شود، جواز است، نه حلیت. حلیت همیشه مقابل



حرمت است و به معنای نفوذ نیست. حلیت یعنی اینکه خلاف شرع نیست، معصیت نیست، گناه نیست. پس اینکه بخواهیم بالمطابقه از این آیه صحت بیع را استفاده بکنیم، تمام نیست، ولی وجوه مختلفی را برای استفاده صحت می توان ذکر کرد. یکی از این وجوه که شیخ ذکر کرده و بعد به آن اشکال کرده و جواب داده است، این است که در آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) تقدیر وجود دارد، یعنی تصرفات متوقفه بر بیع مطلقاً همه اش حلال است، البته عتق و بیع را عرض نمی کنم، چون آنها امور وضعی هستند، بلکه تمام امور غیر وضعی و غیر اعتباری، یعنی امور حقیقی مثل وطی و امثال آن که شارع حلال قرار داده است. وطی هم بدون ملکیت نمی شود، بنابراین ملکیت استفاده می شود. شیخ اشکال می کند که امکان دارد بگوییم ملکیت بالالتزام آنما قبل از وطی حاصل بشود و این کفایت می کند، ولی مقصود ما این است که آیا از اول بیع ملکیت حاصل شده است یا نه. استصحاب می گوید که هنوز در ملک شخص اول باقی است. بعد ایشان می فرمایند که مگر اینکه بگوییم در متفاهم عرفی اگر گفتند که تمام تصرفات جایز است، عرف می فهمد که این معامله صحیح است. مرحوم آقای خوئی از مرحوم آقا شیخ محمد حسین، او هم از مرحوم آخوند در حاشیه اش تقریبی نقل می کند که آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) می گوید که همه تصرفات حلال است و تکلیفاً هم مانعی وجود ندارد و می گوییم که گناهی نکرده است. این جواز اختصاص به یک ساعت و دو ساعت بعد ندارد، همه بلکه تصرفات متوقف بر ملک حتی از موقع حصول

انشاء جایز است. از طرفی هم می دانیم که تصرف در ملک غیر جایز نیست مگر در مستثنیات تصرف در ملک غیر که ۲۲ صورت دارد و این مورد هم جزء آنها نیست. (مرحوم ابوی هم یک کتابی نوشته اند راجع به همین مستثنیات تصرف در ملک غیر) قهراً از جواز استفاده می کنیم که این شیء ملک خود شخص شده است و از مالک اول به او منتقل گردیده است. آقای خوبی این مطلب را رد کرده اند و من نفهمیدم که ایشان چه می خواهند بفرمایند. اما آنچه که به نظر من می آید، این است که درست است که مثلاً و طی جاریه بعد از بیع جایز است، ولی امکان حصول وطی به نحو علت و معلول که هیچ چیزی هم بین انشاء بیع و آن فاصله نشده باشد، عادتاً معقول نیست، بالاخره در همان آنات اول امکان این عمل برای شخص حاصل شده و برای او تحقق پیدا می کند. پس قهراً بالدقه ملازمه ندارد که همان لحظه به نحو علت و معلول ملکیت آمده باشد، چون اصلاً نمی شود که به مجرد حصول انشاء بیع به نحو علت و معلول همان تصرف حاصل بشود، بلکه یک آنائی تأخیر پیدا می کند. شیخ می خواهد بفرماید که اگر گفتند جایز است آنما، عرف متعارف می فهمد که از اول ملک شده و این جواز آمده است و این طور نیست که بگوییم تا موقع وطی که مثلاً یک دقیقه طول می کشد، ملک نبوده است و بعد ملک شده است. در تقریبی که مرحوم آقا شیخ محمد حسین از مرحوم آخوند نقل می کند، ملازمه عقلی استفاده می شود، اما شیخ می فرماید که عقلاً ملازمه

وجود ندارد، اما عرف می فهمد که این معامله از اول صحیح بوده است، نه اینکه تا یک دقیقه مثلاً صحیح نبوده و بعد صحیح شده است. عرف این را قبول ندارد و به همان نحو علت و معلول حکم به ملکیت می کند. این تقریبی است که شیخ خواسته است که قائل به آن بشود. پرسش: ... پاسخ: جوازش ملازم با ملکیت است، می گوید که جوازش اقتضاء می کند که از همان اول جایز باشد، منتهی عتق از امور وضعیه و امور اعتباری است و عتقش هم جایز است، بیعش هم جایز است، ولی عقلی نیست، بالاخره از اول یک تأخیر پیدا می کند. شیخ با تقدیر تصرفات و متفاهم عرفی مطلب را تمام کرده است، ولی ما الزامی نداریم که چنین تقدیری بگیریم و مانعی ندارد که بگوییم همین معامله تکلیفاً حلال است. چرا این آقایان حمل حلیت و حرمت بر انشاء را درست نمی دانند و این مطلب را مسلم دانسته اند، در حالی که علاوه بر حرمت تصرفات مترتب شده بر ربا، نفس چنین معامله ای هم که انسان خودش را یا طرف مقابل را مالک بر آن زیادی بداند، نفس چنین معامله ای هم خلاف شرع است. انسان یک چیزی را که شرعی نیست، بخواهد تشریح بکند، عقد القلب شرعی کردن به یک چیزی که جزء شرع نیست، حرام است، آقایان هم می گویند که تشریح حرام است. یا حتی اگر این را هم نگوییم، ولی امکان دارد که شارع در مورد خاصی بگوید که شما حق ندارید یک چنین حسابی بکنید و لو ترتیب خارجی نکرده باشید، عقد القلب کرده باشید که فلان چیز واجب است، مانعی ندارد

که در ربا گفته شود که شما حق ندارید طرف مقابل را نسبت به زیادی مالک فرض بکنید، حتی اگر ترتیب اثر خارجی هم نداده باشید، باز هم همین که طرف را مالک بدانید، این خلاف شرع است و چنین مطلبی هیچ محذوری ندارد، آن کسانی هم که می گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا)، قائل به حلیت بودند و طرف را مالک زیادی می دانستند. قرآن می گوید که این طور نیست، حساب بیع با ربا جداست، ربا حرام و بیع حلال است. آقایان هم این طور می گویند که غیر از اینکه لفظی باشد و امثال اینها، خود اینکه انسان به نحو عقد القلب مداخله در شرع بکند، این هم حرام است. پس در نتیجه اگر انسان در بیع عقد القلب به انتقال بکند، اشکالی ندارد، اما در ربا عقد القلب برای انتقال اشکال دارد، آن وقت لازمه اینکه در بیع عقد القلب به انتقال جایز است، این است که شیء منتقل شده است. با این تقریب می توانیم بگوییم که بالمطابقه از حکم تکلیفی صحت عمل استفاده می شود. پرسش:.... پاسخ: قرارداد عبارت از همان عقد القلب است، قرارداد بناگذاری است بر اینکه طرف مالک است. پرسش:.... پاسخ: خود بیع حلال است و خود نفس ربا حرام است. پرسش:.... پاسخ: من می خواهم می گویم در فتوی هم همین است که نفس اینکه انسان بخواهد طرف را مالک حساب بکند، غیر از ترتیب اثر خارجی دادن، خلاف شرع است. معامله ربوبی قطع نظر از ترتیب اثر خارجی، نفس همین معامله خلاف شرع است. پرسش:.... پاسخ: می گویم آیه را کاری ندارم، ایشان می گوید چه جور قابل تصویر می شود؟ می گویم همان طور که در ربا، معامله

ربوی بنفسه حرام است، در معامله غیر ربوی هم، نفس معامله حلال است و کاری به ترتیب اثر خارجی نداریم. پرسش:... پاسخ: آنها می گویند که ربا و بیع از باب واحد است، پس ربا را هم خلاف شرع ندانید و این معاملات، معاملات جایزی است. خود معامله، معامله جایزی است. البته از تفاهم عرفی استفاده می شود که گاهی نفس معامله بالاستقلال منظور طرفین است، گاهی هم مقدمیت نسبت به تصرفات خارجی دارد و خودش بما هوهو منظور طرفین نیست و مطلوب بالذات نیست، مطلوب مقدمی است. در مواردی که مطلوب مقدمی باشد، امر و نهی و تجویز و امثال آن هم جنبه مقدمی پیدا می کند و نتیجه هم تصرفات می شود و شاید هم شیخ که تعبیر به تصرفات می کند، به نحو مجاز در حذف نیست، بلکه می خواهد بگوید که چون مطلوب مقدمی است، قهراً اگر گفتند که این حلال است، به همان معنای مقدمی حلیت خواهد داشت. پرسش:... پاسخ: عرض ما عبارت از این است که اگر نفسی قائل بشویم، حلال و حرام قابل تصویر است و اگر هم قائل به مقدمی بودن باشیم، در هر دو صورت نتیجه صحت معامله خواهد بود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### دلالت آیه «احل الله البيع» بر صحت بیع ۹۱/۰۷/۲۹

.Your browser does not support the audio tag

دلالت آیه «احل الله البيع» بر صحت بیع از حاشیه مرحوم آخوند نقل شده است که از حلیت تکلیفیه تصرفات می توان استفاده کرد که ملکیت از اول انشاء عقد حاصل بوده است. آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) می گوید که شما مجاز هستید که هر تصرفی بکنید و این تحلیل از اول بیع وجود دارد. اطلاق قضیه اقتضاء می کند که تصرفات متوقف بر ملک هم

ص: ۱۲۳

از اول حصول انشاء جایز باشد مانند وطی و عتق و تملیک و... ایشان می گوید که موضوع جواز انجام این امور، ملک است و همین که انجام این امور جایز دانسته شده باشد، دلالت بر این می کند که از ابتداء انشاء ملکیت حاصل شده است. آقای خوبی بر این استدلال اشکالی کرده اند که به دلیل اندماج عبارت ایشان، من نفهمیدم ایشان چه می خواهد بگوید، اما اشکال قضیه این است که اگر این اطلاقات یا عمومات دلالت بکنند که همه تصرفات به استثنای تملک جایز است و تملک از تحت این اطلاقات خارج بود، ما می توانستیم این استفاده را بکنیم که چون عتق و وطی بدون تملک جایز است و امثال این تصرفات هم نیاز به ملکیت دارد، پس کشف می کنیم که عمومات می گوید که این تصرفات بلاواسطه هم جایز است و جواز انجام آنها نیازی به وساطت چیزی مانند تملک ندارد. در این صورت جواز تصرفات دلیل بر ثبوت ملکیت خواهد بود. اما اگر بگوییم که عمومات همه تصرفات را جایز می داند، حتی تملک را، در این صورت دلالت بر جواز اموری مانند عتق و بیع و امثال آن نخواهد داشت، زیرا بیع مقدماتی دارد مانند ایجاب و قبول و امثال آن که باید فراهم کرد. معنای جواز چنین تصرفاتی این نیست که حتی بدون واسطه هم بتوان آنها را انجام داد، بلکه ممکن است که جوازش مع الواسطه باشد و اگر کسی خواست یکی از این تصرفات را انجام دهد، اول باید تملک بکند و بعد آن تصرف را انجام بدهد. یعنی مثلاً وطی جاریه جایز است، اما اول باید تملک بکند، باید این تصرف

ص: ۱۲۴

را انجام بدهد. این عمومات دلالت بر جواز تصرف بلاواسطه نمی کند و اعم از مع الواسطه است. پس جواز شیء اگر اعم از مع الواسطه بود، دلالت بر این ندارد که قبلاً ملکیتی حاصل شده است، بلکه ممکن است که ملکیت حاصل نشده باشد و جواز وطی و عتق و بیع و امثال آن منوط به تملک است. این اشکال به تقریب مرحوم آخوند وارد است. البته ممکن است جواز تمام مصادیقش و دلالت بر اینکه جواز بی واسطه نمی کند اعم مع الواسطه است پس جواز شیء اعم از مع الواسطه دلالت نمی کند قبلاً ملکیتی قبلاً شده ممکن ملکیت حاصل نشده چون می توانسته تملک کند پس برایش امکان داشته وطی بکند تملک می کند وطی حاصل بشود پس جواز وطی جواز سایر چیزها بالتملک اثبات می شود آن وقت حالا اگر کسی تملک نکرد ماند تا آخر، ما دیگر کشف ملکیت نمی توانیم بکنیم ما می خواهیم بگوییم اگر تملک هم نکرد، ملکیتی هست این را دیگر نمی شود کشف کرد این اشکال به آن تقریب، تقریب مرحوم آخوند وارد است. البته ممکن است که از (احل الله) به گونه ای استفاده شود که غیر از بیان مرحوم آخوند باشد و آن این است که بگوییم تمام تصرفات جایز است و یکی از تصرفات هم عبارت از این است که مثلاً در باب زکات باید یک سال بماند تا متعلق زکات بشود و احکام زکات بر آن بار شود. لازمه این مطلب این است که ملکیت از اول آمده باشد که بعد از یک سال انسان چنین آثاری را مترتب بکند. در باب ارث هم از (احل الله البیع) استفاده می شود

که تمام تصرفات متوقف بر ملک جایز است. وراثت بعد از مرگ مورث می تواند تصرفات متوقف بر بیع را بار کرده و بگویند که مالک هستند. لازمه این مطلب هم این است که از اول ملکیت آمده باشد تا با ارث منتقل شده باشد. پس اگر مستقیماً هم (احل الله البیع) را به خود انشاء ننیم، از جواز چنین تصرفاتی، اناً کشف می شود که از اول مالک شده است، مثلاً در ارث پدر از اول مالک شده و بعداً با مرگ او این ملکیت منتقل شده است. پرسش: ... پاسخ: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) می گوید همه چیزهایی که به بیع صحیح بار است، شما الان می توانید بار کنید و هر تصرفی را می توانید بکنید، نه تنها خود مالک، بلکه اجنبی هم می تواند تصرفات متوقف بر بیع را صحیح بداند و بر مقتضای تصرف در آن تصرف بکند. آقای خوبی نوشته اند که بعضی ها گفته اند که معقول نیست آیه (احل الله البیع) تصرفات متوقف بر ملک را بگیرد، زیرا ملک موضوع جواز تصرفات است و حکم نمی تواند موضوع خودش را اثبات کند، موضوع باید اثبات بشود تا حکم بیاید و خود حکم نمی تواند موضوع خودش را اثبات بکند. این دور است و صحیح نمی باشد. پس مراد از آیه غیر از تصرفاتی است که متوقف بر ملک می باشد و اطلاق آیه تخصیص عقلی می خورد. این مطلب بیان شده است، اما به نظر می رسد که خلطی واقع شده است که بطلانش روشن است. البته واضح است که رتبه حکم متأخر از موضوع است و حکم نمی تواند علت ثبوت موضوع باشد و در این مطلب اشکالی وجود ندارد که یک عَرَض

نمی تواند معروض خودش را اثبات بکند، ثبوتاً حکم نمی تواند موضوع خودش را اثبات بکند، اثباتاً هم اگر در قضیه لفظیه یک موضوعی قرار داده شد، خود حکم همان قضیه لفظیه نمی تواند حکمش را اثبات بکند، مثلاً اگر گفته شد که «العالم یجب اکرامه»، از عبارت «یجب اکرامه» نمی توان موضوعش را که «العالم» است را اثبات کرد، یعنی محمول قضیه نمی تواند دلیل بر این باشد که مثلاً زید عالم است، خود این محمول نمی تواند عالم بودن کسی را اثبات بکند و باید از جای دیگر عالم بودن را اثبات کرد. ولی اگر در مقام ثبوت یک شیئی موضوع برای یک عَرَضی بود، ولی در مقام قضیه لفظیه آن موضوع ثبوتی اخذ نشده بود و علی وجه الاطلاق گفته شد که فلان عَرَض ثابت است، اطلاق ثبوت قضیه عَرَض اثبات می کند که معروضش موجود است. برهان اینی هم عبارت از این است که از معلول پی به علت برده شود، مثلاً اگر دود از جایی بلند بود، دلالت بر آتش می کند. در قضیه لفظیه هم اگر موضوع اخذ شده باشد، محمول قضیه نمی تواند موضوع را اثبات بکند و باید از خارج معلوم بشود، اما اگر در قضیه لفظیه موضوع اخذ نشده باشد، در این صورت از ثبوت محمول می توان موضوع را اثبات کرد. مثلاً اگر گفتند که همه کس احترامشان واجب است و از خارج هم برای ما ثابت شد که احترام غیر عالم واجب نیست، یا مثلاً گفته شد که تمام این جمعیتی که در این مسجد هستند، تقلیدشان جایز است، از طرفی هم برای ما ثابت شد که تقلید از غیر مجتهد جایز نمی باشد، در این



صورت از این قضیه به صورت اینی کشف می شود که کسانی که در مسجد هستند، مجتهدند. اما اگر گفته شد که مجتهد تقلیدش جایز است، نمی توان از این قضیه کشف کرد که افرادی که در این جلسه هستند، مجتهدند یا نه، زیرا در خود قضیه لفظیه موضوع اجتهاد اخذ شده است. در آیه (احل الله البیع) ملک در موضوع اخذ نشده است تا اثبات آن توسط محمول ممکن نباشد. البته این مسئله روشن بود، ولی چون ایشان عنوان کرده بود، ما هم به آن اشاره کردیم. پس خلاصه اینکه در (احل الله البیع) هم می توانیم تقدیر بگیریم، یا حلیت را انشاء بیع حمل کنیم و چون در نظر مردم بیع و سایر انشاءات جنبه مقدمی دارد، تحلیلی هم که در آیه وارد شده است، تحلیل مقدمی خواهد بود، یعنی تمام آثار مترتب بر آن می شود و ملکیت حاصل می گردد و از این طریق ما قهراً صحت بیع را اثبات می کنیم. یا بگوییم که شارع مقدس در این آیه اشاره به این دارد که نفس تملیک و تملک مجاز است و تملیک و تملک هم شرعاً حاصل می شد و از این مطلب صحت انشاء را کشف می کنیم. و استفاده می شود که بیعت شرعیه مطابق با بیعت عرفیه است، یعنی شارع بیع عرفی را امضاء کرده است. پرسش: ... «...الا فی ملک» حکومت دارد بر (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) پاسخ: اگر در یک جایی ثابت باشد که ملک نیست، حکومت دارد. (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) می خواهد بگوید شخص مالک همه چیز است، آن دلیل دیگر می گوید که یک چیزهایی تخصیص خورده است و ما در شبهات حکمیه اگر شک کردیم،

از عموم استفاده می کنیم که مخصصی در کار نیست. منتهی عرضی که ما داریم این است که ما گمان می کنیم که اصل شبهه راجع به یک موضوعی است که به هیچ بیانی نمی شود از این آیه استفاده کرد، زیرا اصلاً آیه اطلاق ندارد و در مقام بیان نیست. شأن نزول این آیه این بوده است که بعضی ها در ذهنشان این اشکال را داشتند که چطور است که اگر کسی یک چیزی را نسیه بفروشد، بخاطر تأخیر در زمان و کم شدن قدرت خرید، می تواند مقدار بیشتری از قیمت نقد از مشتری بگیرد و عرف و شرع هم این را امضاء کرده است و تفاوتی بین نقد و نسیه قائل شده است، اما اگر کسی بخواهد پولی را به کسی قرض بدهد، بابت کم شدن قدرت خریدش و تأخیر در باز پس گرفتن پولش نمی تواند زیاده بر پول خودش چیزی را از مقترض بگیرد؟ چه فرقی بین نقد و نسیه در بیع و بین قرض وجود دارد. این شبهه وجود داشته است و خداوندی که عالم به مغیبات و مصالح است می فرماید که این مطلب در بیع حلال و در قرض حرام است و شماها هم حق مداخله در اینها را ندارید. پس آیه در مقام دفع اشکال است نه در مقام اطلاق و بیان شرایط بیع که تمام قیود و شرایط بیع مورد اشاره قرار بگیرد. در اینجا حلال بودن بیع با شرایط مقرر شده اش مفروض است و قرآن در برابر نقضی که آنها به بیع کرده اند، می فرماید که نقض نکنید و این مداخله شما بی ربط است و لزومی ندارد که در اینجا بخواهد همه قیود

راجع به بیع را ذکر بکند. خلاصه به نظر می رسد که این آیه در مقام تفهیم و یاد دادن شرایط و قیود بیع صحیح نباشد. پرسش: اگر بیع بودن یک معامله ای ثابت باشد و در شرطیت یک شیء شک کنیم آیا می توانیم از (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) استفاده کنیم؟ پاسخ: نه نمی توانیم. (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) نمی گوید که هر چیزی که مردم اسم بیع بر آن گذاشتند، حلال است، بلکه آیه شریفه در مقام جواب دادن از این اشکال است که چرا بین بیع و ربا فرق گذاشته شده است. قرآن می فرماید که بین بیع و ربا فرق وجود دارد، اما این فرمایش قرآن به این معنی نیست که بیع شرایط ندارد، اگر مخاطب نمی دانست که آیا بیع جایز است یا نیست، اصل بیع تأسیسی بود. پس اگر بیع هزار شرط هم داشته باشد، اینجا در مقام بیان نیست که به آنها اشاره بشود، بلکه بحث در این است که این مساوات بین بیع و ربا، مساوات درستی نیست. البته اگر در مسئله ربا یک تفصیلی وجود داشته باشد، این آیه اطلاق دارد و اینکه در آیه شریفه بیان شده است که ربا حرام است، این در مقام بیان این مطلب است، اما نسبت به شرایط بیع چنین اطلاقی وجود ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### استدلال به برخی از آیات برای صحت معاطاه ۹۱/۰۷/۳۰

Your browser does not support the audio tag

استدلال به برخی از آیات برای صحت معاطاه شیخ انصاری استظهار کرده بود که متبادر عرفی از (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) صحت معامله است، ولی اشاره نفرموده بود که به چه بیان متبادر است، اما آقای خوبی اینطور تقریب می فرمایند که ما وقتی می گوییم که مراد از آیه

ص: ۱۳۰

این است که تصرفات مترتبه بر بیع حلال است، متفاهم این است که تصرفات مترتبه بر بیع به عنوان ملکیت که انشاء شده است مانعی ندارد و در نتیجه استفاده می شود که شارع این بیع را الزام و تصحیح کرده و شخص را مالک فرض کرده است. نتیجه این تقریب اینجاست که دیگر لازم نیست ما تصرفات متوقفه بر ملک را حساب بکنیم، بلکه هر تصرفی را که شارع بعد از این عقد بیع به عنوان ملکیت جایز دانست کفایت می کند، مثلاً شارع بگوید که اگر این خانه را خریدی، جایز است که به عنوان ملکیت در آن بنشینی. در اینجا نشستن از تصرفات متوقفه بر ملک نیست، ولی اگر به عنوان ملکیت تجویز شد، معلوم می شود که این معامله، معامله صحیحی بوده است. البته آقای خوبی تصریح نکرده است که بنا بر این تقریب دیگر احتیاجی نیست که جمیع التصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملک را در نظر بگیریم. این تقریب، تقریب خوبی است، ولی باید یک مطلب دیگر به آن اضافه شود که این تقریب در صورتی صحیح است که ما تشریح را جایز ندانیم و بگوییم که چون اینجا شارع گفته است که جایز است شما خودتان را مالک فرض کرده و تصرف بکنید، لازمه این تجویز \_ با وجود اینکه عقد القلب بر خلاف حکم واقعی عالماً جایز نیست \_ این است که ملکیت حاصل است و معامله هم صحیح می باشد. البته آقایان هم تشریح را حرام می دانند. البته آقای خوبی این قول را پذیرفته اند که خود معامله بما هوهو و قطع نظر از تصرف، احتمال نمی رود که حرام باشد و

ص: ۱۳۱

بر اساس همین مطلب قائل به تصرف در آیه شده اند. ولی احتیاجی به این تصرف \_ که تبعید مسافت است \_ نداریم، هر چند اگر قائل به تصرف با عنوان مالکیت شدیم، بعد از اینکه تشریح را حرام بدانیم، در این صورت هم این جواز تصرف کاشف از ملکیت خواهد بود و این تقریب هم درست می باشد. این بحث دیگر تمام است. آیه دیگری که برای صحت معاطاه به آن استدلال شده است آیه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) می باشد. آیه شریفه می فرماید که تمام معاملاتِی که تجاره عن تراض باشد، صحیح است و معاطاه هم تجاره عن تراض است، پس معاطاه هم معامله صحیح خواهد بود. آقای خوئی می فرمایند که تقریب به صحت را دو گونه می توانیم بیان کنیم، البته غیر ایشان هم به این مطلب اشاره فرموده اند، اما ایشان با تفصیل بیشتری بیان کرده اند. بیان اول این است که بگوییم آیه می فرماید که اموال مردم را نخورید و این معنایش این نیست که خانه مردم را در حلق تان نکنید، فرش ها را در حلق تان نکنید، بلکه این عبارت کنایه از تملک است و این کنایه، کنایه رایجی در بین مردم است، یعنی اموال مردم را تملک نکنید مگر اینکه تجاره عن تراض باشد، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ). یک مقدمه ای را هم ایشان بیان فرموده اند و آن این است که اگر جواز و حلیت به امور غیراعتباری حمل شود، عبارت از جواز تکلیفی و حلیت تکلیفی است و اگر به امور اعتباری حمل بشود، عرف جواز و حلیت وضعی و صحت را می فهمد. و چون تجارت یک

امر اعتباری است و نقل انتقال در آن به صورت تکوینی و خارجی نیست، بلکه یک نقل و انتقال اعتباری است، از جواز آن معنای صحت فهمیده می شود. پس معاطاه هم که یک نوع نقل و انتقال اعتباری است بر اساس بیان آیه شریفه صحیح خواهد بود. پس یک راه این شد که ما از راه تملک، صحت را استفاده نکنیم. راه دیگر این است که بگوییم معنای آیه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) این است که تصرفات باطل نکنید، مگر در تجاره عن تراض که تصرفات مترتبه بر این تجارت، تصرفات مجاز است. آن وقت ایشان قبلاً یک قیدی هم زدند که مراد از تصرف، تصرفات مالکانه است. پس از جواز تصرفات مالکانه لزوم و صحت معامله معاطاتی استفاده می شود. البته راجع به اینکه بین امور اعتباری و غیر اعتباری فرق وجود دارد، که جواز در امور اعتباری به معنای صحت و در امور غیر اعتباری به معنای جواز تکلیفی و عدم استحقاق العقوبه است، ایشان بیانی نمی فرمایند و فقط نفس مطلب را ذکر می کنند. حال باید بینیم که آیا این فرق گذاشتن صحیح است یا نه و آیا اگر جواز به امور اعتباری حمل بشود، عرف مساعد نیست که مراد از جواز، جواز تکلیفی باشد؟! اگر کسی در حال عده عالمأ عقد بکند، ازدواج با آن زن برایش حرام ابد می شود، آیا این عقوبت حساب نمی شود؟ اگر انسان کار ربوی انجام بدهد، آیه می فرماید که (فَأَذِنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ)، یعنی نفس عقد القلب کردن به اینکه طرف را مالک حساب بکند، بدون اینکه هیچ اثر خارجی بار بکند، نفس این

عقد القلب عقوبت دارد و عرف هم اباہ نمی کند کہ نفس این کار عقوبت داشته باشد. پس اینطور نیست کہ ما بگوییم اگر تحلیل و تحریم در امور اعتباری شد، بہ معنای صحت و بطلان است، التہ اگر خود جواز ظهور در یک از این امور داشت، ما حکم بہ آن می کنیم، اما اینطور نیست کہ بگوییم بین امور اعتباری و حقیقی فرق وجود دارد. خلاصہ ایشان برای این فرق بیانی فرمودند و بہ وضوحش اکتفاء کردند، اما چنین مطلبی برای ما واضح نیست. مرحوم آقای خمینی آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) خیلی مفصل بحث کرده اند، اما دیگران اصلاً وارد این بحث نشده اند، این مطلب را آقایان مراجعہ کنند، چون فردا می خواهم راجع بہ این آیه بحث بکنم. در آیه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) مرحوم آقای خمینی می فرمایند کہ مراد باطل عرفی و عقلایی است، نہ باطل شرعی. ہر حکمی روی موضوعی رفتہ باشد، ظاہرش عبارت از موضوع عقلایی و موضوع عرفی است، ولی محقق اردبیلی باطل در آیه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) را باطل شرعی گرفته است و تجارت در عبارت (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) را بہ معنای تجارت شرعیہ گرفته است. مرحوم آقای خمینی می فرمایند کہ اگر ما باطل را باطل شرعی و تجارت را تجارت شرعی بدانیم، دیگر نمی توانیم بہ این آیه استدلال بکنیم، زیرا اگر ما شک کردیم کہ یک چیزی را شارع بہ عنوان شرط اعتبار کرده است یا نہ، یا چیز دیگری را بہ عنوان مانعیت در نظر گرفته است یا نہ، در این صورت شک ما شبہہ مصداقی برای تجارہ عن تراض خواهد شد. البتہ اینکہ

ایشان فرمودند هر جایی که موضوعی برای حکمی قرار گرفته شد، عبارت از موضوع عقلایی است نه موضوع شرعی، این مطلب به نظر ما تمام نیست، بلکه ما خیال می کنیم که عکس این مطلب صحیح باشد و اگر شارع مقدس بگوید که اگر کسی فلان مقدار ملک داشته باشد، زکات بر او واجب است، یا خمس واجب است، یا باید فلان مقدار کفاره بپردازد، اگر کلمه ملک بیان شد، ظاهرش این نیست که مردم او را مالک می دانند و من مالک نمی دانم، بلکه ظاهر عرفی اش این است که مالکیت به اعتبار من است نه به اعتبار مردم. البته در بعضی جاها مانند آیه (احل الله البيع) ممکن است کسی بگوید که مراد بیع عرفی است، زیرا معنی ندارد که بیع شرعی مراد باشد و قرینه در این گونه موارد قائم بر این است که مراد اعتبار شارع نیست، ولی در جاهای دیگر اگر تعبیر به مالک یا ضامن یا وارث و امثال آن شد، مراد مالک و ضامن و وارثی است که شرع آن را صحیح می داند و کاری به عرف ندارد و احکامی هم که بیان شده است، مترتب بر امور به اعتبار شرع می باشد. قهراً اگر به این بیان قائل شویم ممکن است این مشکل پیش بیاید که تمسک به عام در شبهه مصداقی باشد. پرسش: ... آیا ملکیت شرعی و عرفی با هم فرق می کند؟ پاسخ: مالک بودن فرق می کند، شرع اصطلاح خاصی در ملکیت نیاورده است، ولی از نظر مصداقی متفاوت است، به این معنی که شرع یک کسی را مالک می داند، اما عرف او را مالک نمی داند. منتهی بحث عبارت از این

است که اگر مراد از تجاره عن تراض را تجارت مشروع بدانیم، دیگر معنی ندارد که بفرماید چنین تجارتی باطل نیست و موارد دیگر باطل است، زیرا بیان چنین چیزی توضیح واضح است و همین مطلب قرینه بر این است که مراد از تجارت در اینجا، تجارت عرفی است و شارع هم در اینجا چنین تجارتی را امضاء می فرماید. البته درستی یا نادرستی این مطلب جای تأمل دارد، زیرا گاهی انسان برای تأکید مطلب نمی خواهد استثناء را بگوید، مثل اینکه گاهی از موارد گفته می شود که شما باید حتماً این کار را بکنید، مگر قدرت نداشته باشید. در اینجا هم می خواهد بفرماید که غیر از مواردی که شرع جایز دانسته و تجاره عن تراض است، بقیه موارد اکل مال بالباطل است. البته ممکن است کسی بگوید که قهراً در مقام امضاء استثناء نیست، استثناء واضح است، مطلب برای مستثنی منه را می خواهد اثبات بکند و حکم بکند. قهراً از این ناحیه استدلال کردن به آیه مشکل خواهد بود. یکی از آیاتی که نه صاحب جواهر و نه شیخ به آن استدلال نکرده اند، آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) است، علت این استدلال نکردن هم این است که اینها گفته اند که عقد یک قرارداد لفظی است که انسان به وسیله لفظ یک قراری را ببندد و انشائاتی که با فعل محقق می شود را عقد نمی دانند و قهراً باب معاطاه هم که عبارت از انشاء عملی است، خارج از عقد خواهد بود. ولی آنچه که عرف متعارف می فهمد این است که عقد به معنای قرارداد نیست، بلکه قرارداد می توانند با نوشتن باشد، یا با یک عمل خارجی، یا با هر



چیز دیگری. عقد به معنای قرارداد و قرار بستن است و شامل قرار فعلی و امثال آن هم خواهد شد. در این آیه آقای خمینی خیلی مفصل بحث کرده است و آقایان حتماً مراجعه بکنند، ولی ما سابقاً عرض کردیم که از آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) آیا مراد این است که اگر بشر طاعی که «فی خسر إلا الذین آمنوا» با یک کسی قرار ببندد که با هم بروند و یک جنایتی را انجام بدهند، آیا قرآن می خواهد بفرماید که باید به چنین قراردادی هم پایبند بود؟! آیا همه قرارها، قرارهای درستی است؟ آیا اینطور است، یا اینکه بگوییم مراد از آیه این است که قرارداد یک امر تعبدی نیست، بلکه یک امر عقلایی فطری است و مراد عبارت از الزام ما هو المشروع است. اگر مشروعیت یک شیء ثابت شد، از این آیه می توان الزامش را استفاده نمود. پس مراد عقودی است که اصلش جایز است و با این آیه الزام آن ثابت می گردد. قهراً برای بحث لزوم معاطاه استدلال به این آیه و تمسک به آن خوب است، بعد از اینکه از صحت معامله فارغ شدیم، در معاملاتتی که انسان نمی داند که خیاری است، یا غیر خیاری، می توان به (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تمسک کرد، نه در جایی که بحث از اصل صحت باشد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی دلالت آیه «الا ان تکون تجاره عن تراضٍ» ۹۱/۰۸/۰۱

Your browser does not support the audio tag

بررسی دلالت آیه «الا ان تکون تجاره عن تراضٍ» دیروز عرض کردیم که محقق اردبیلی استظهار کرده است که از آیه تجاره عن تراضٍ معنای شرعی مراد است، بر خلاف نظر مرحوم آقای خمینی که فرموده اند معنای عرفی مراد است. ما هم

ص: ۱۳۷

عرض کردیم که اگر تجاره عن تراضٍ در صدد امضاء باشد، این امضاء قرینه بر این خواهد بود که معنای عرفی میزان است، ولی چون شک داریم که آیا امضاء آن استثناء است، یا برای این است که مستثنی منه را تا مرز استثناء بکشاند، به همین جهت دیگر نمی توانیم به این آیه استدلال کنیم. ولی بعد از خروج از این بحث چیزی به ذهنم آمد که لازم است امروز به آن پردازیم و آن این است که مرحوم آخوند در بحث صحیح و اعم برای صحیح بودن، به استعمال استدلال کرده و می فرماید که مثلاً از عبارت «الصلاه قربان کلی تقی»، فهمیده می شود که مراد صلاه صحیح است، نه صلاه فاسد. و چون «قربان کل تقی» بر طبیعت صلاه بدون قید بار شده است، معلوم می شود که «قربان کلی تقی» از نظر مصادیق با طبیعت صلاه مساوی است، در صورتی که اگر صلاه اعم بود، با «قربان کلی تقی» تساوی پیدا نمی کرد و چون از این عبارت استظهار تساوی می شود، قهراً معلوم می شود که مراد از صلاه، خصوص صحیح است. این استدلالی است که مرحوم آخوند می فرماید. مرحوم آقا ضیاء بر ایشان اشکال می کند که شما حق ندارید یک چنین استدلالی بکنید و استعمال را دلیل و کاشف از وضع بدانید، زیرا بر اساس مبنای شما استعمال اعم از حقیقت است، البته در صورتی که مراد از کلام متکلم را ندانیم، اصاله الحقیقه اقتضاء می کند که معنای حقیقی اراده شده باشد، اما اگر مراد را بدانیم، ولی ندانیم که استعمال به نحو حقیقت است یا مجاز، مبنای خود شما این است که استعمال

ص: ۱۳۸

اعم از حقیقت و مجاز است. سید مرتضی برای تعیین وضع به استعمال استدلال کرده است، ولی صاحب معالم در معالم می فرماید که استعمال اعم است و نمی توانیم با آن وضع را کشف بکنیم، زیرا استعمال اعم از حقیقت و مجاز است. مختار شما هم همین است، برخلاف شیخ که ایشان با استعمال کشف موضوع له می کند. این اشکال آقا ضیاء به مرحوم آخوند بود، اما عرض این اشکال آقا ضیاء وارد نیست، زیرا این بحثی که مرحوم آخوند با شیخ و صاحب معالم با سید مرتضی دارند، در جایی است که انسان شک بکند که آیا استعمال علی نحو الحقیقه است یا علی نحو المجاز، در اینجا ایشان می فرماید که اصاله الحقیقه جاری نیست. اصاله الحقیقه در جایی است که شک در مراد داشته باشند. در جایی که گفته شده است اکرم العلماء و ما نمی دانیم که زید عالم هم احترام دارد یا نه، در اینجا به اکرم العلماء تمسک می کنیم و می گوئیم که زید هم واجب الاحترام است. اما اگر گفته شد که اکرم العلماء و بعد هم گفته شد که لاتکرم زیداً، می دانیم که اکرم العلماء زید را نگرفته است، اگر زید عالم هم باشد، استثناء شده است، ولی نمی دانیم که زید عالم است و تخصیصاً خارج شده است، یا اصلاً عالم نیست و تخصیصاً خارج می باشد. آیا در چنین موردی می توانیم استفاده بکنیم که زید عالم نیست، اینجا که حکم مسئله روشن است، ولی در جاهای دیگر هم از او نفی علم بکنیم؟ مرحوم آخوند می فرمایند که نمی توانیم چنین چیزی را استفاده بکنیم. درست است که اینجا ایشان اینطور می فرمایند، اما یک

فرمایش دیگری هم ایشان دارند که استعمال بلا تأول و عنایه مساوق با حقیقت است. از چنین استعمالی ما کشف حقیقت می‌کنیم. مثلاً یک آبی که انسان می‌خواهد بخورد، به آن آب گفته می‌شود بدون هیچ گونه مجاز و ادعایی و همین استعمال بدون تأول کاشف از این است که علی نحو الحقیقه استعمال شده است، نه اینکه شک داشته باشیم و با اصل بخواهیم بنا بر چیزی بگذاریم، شک نمی‌کنیم، بلکه از این استعمال بدون تأول کشف می‌کنیم که علی نحو الحقیقه بوده است. مرحوم آخوند مکرر در کفایه به این مطلب اشاره کرده و در این مورد هم می‌فرماید که «الصلاه قربان کل تقی» مثل این نیست که به رجل شجاع، اسد گفته شود، زیرا در اینجا ادعا و مجاز وجود دارد، اما در عبارت «الصلاه قربان کلی تقی» هیچ گونه ادعایی در کار نیست و انسان بالفطره می‌بیند که این استعمال من غیر تأول و عنایه انجام شده است و لذا کشف می‌شود که در معنای حقیقی بکار رفته است. این ادعای مرحوم آخوند است و لذا اشکال آقا ضیاء بر ایشان وارد نمی‌باشد. این فرمایش ایشان بود، ولی من هم در مقابل فرمایش ایشان عرض می‌کردم که گاهی انسان استعمالاتی دارد که بلا اشکال هیچ عنایت و تأولی در آن نیست، ولی در معنای اعم بکار رفته است، مثل اینکه اگر شما یک قدری رعایت بعضی از جهات شیر را نکنید، فاسد می‌شود و مسمومیت می‌آورد، آیا وقتی شما می‌گویید که این شیر را بریز دور و شیر را در شیر فاسد بکار می‌برید، مانند استعمال اسد در رجل شجاع است؟! آیا صحت سلب در

این شیر وجود دارد یا ندارد؟! وجداناً می فهمیم که در اینجا هیچ تأولی و عنایتی در کار نیست. پرسش: ... پاسخ: صحیح یا فاسد بودن، بحث کلی است و اعتباری در کار نیست. آیا وقتی شما می گوید که این نماز فاسد است، مثل این است که یک شیء مباینی را بر یک مباینی حمل کردید؟! مثل این است که بگویند که اسد فرس است؟! اگر ما بگوییم که لفظ صلاه مثلاً در مقابل صحیح وضع شده است، وقتی که گفته می شود این نماز فاسد است، مثل این خواهد بود که بگوییم این اسد حمار است. انسان می فهمد که این طور نیست. یا وقتی که شما نماز را به صحیح و فاسد تقسیم می کنید، مثل این خواهد بود که بگویند مثلاً انسان یا فرس است یا ناطق. انسان می فهمد که این طور نیست. این تقسیم بدون هیچ گونه تأولی انجام می شود. و اما جواب فرمایش مرحوم آخوند که فرمودند استعمال صلاه در «الصلاه قربان کلی تقی» من غیر تأول در صحیح انجام شده، این است که ایشان ظاهراً در باب عام و خاص این مسئله را مطرح می کنند که آیا در شبهات مصداقیه می توان به عام تمسک کرد یا نه؟ در جواب به این سؤال می فرمایند که گاهی شبهه مصداقی دخولی است، یعنی اگر عقل، یا یک دلیل لئی مانند اجماع، یا شرع حکم به چیزی کرد، مانند اینکه لعن امامی جایز نیست، از طرف دیگر هم دلیل عامی داشتیم که لعن الله بنی امیه قاطبه، اگر ما شک بکنیم که مثلاً عمر بن عبدالعزیز امامی مذهب است یا نه، برای اینکه این عموم در این مورد تخصیص نخورد، ما

از این عموم کشف می‌کنیم که امامی مذهب نیست. یا مثلاً وقتی شارع می‌گوید که نماز واجب است، شارع که بی‌مصلحت حکم نمی‌کند، آن وقت اگر شک کردیم که فلان چیز مصلحت دارد یا ندارد، از عموم الصلاة واجبه کشف می‌کنیم که این ذی صلاح است. اگر ذی صلاح نباشد، شارع دستور به آن نمی‌دهد. این را کشف می‌کنیم. ایشان قائل به این است که در مصادیق مشکوک برای اینکه عام تخصیص نخورد، استفاده می‌کنیم که مصداق عام نباشد. ولی ایشان در این مسئله یک قیدی دارد که اگر عام از اموری باشد که با القاء لفظش تخصیص فهمیده شود و به گونه‌ای واضح باشد که از باب «حذف ما يعلم جایز» ذکر نشده باشد، در این صورت نمی‌توانیم از عموم کشف کنیم که تخصیص نخورده است. مثلاً اگر گفته شد که به جهاد بروید، حتماً باید حرکت کنید، خیلی واضح است که این امر متوجه کسانی که زمین‌گیر باشند، شل باشند، نخواهد شد. اما اینکه چرا این استثنائات قید نشده است، بدین جهت است که احتیاجی به ذکرش نبوده است و به منزله مذکور می‌باشد. این مطلب را خود مرحوم آخوند بیان کرده است که اگر استثناء از استثنائات لبی باشد که واضح است و احتیاجی به ذکر ندارد، در این موارد اگر شک در مصداقی داشته باشیم، نمی‌شود وضعیت مصداق خارجی را کشف کرد. اگر گفته شد که همه‌تان به جهاد بروید، و ما هم نمی‌دانیم که زید الان شل شده است یا نه، از این عام نمی‌توانیم شل بودن یا نبودن زید را کشف بکنیم. این فرمایش ایشان بود و عرض

ما هم این است که در «الصلاه قربان کلی تقی» اگر صلاه برای اعم هم وضع شده باشد، لازم نیست که قید بزند و بگوید که «الصلاه الصحیحه»، زیرا بعضی از احکام که بر یک موضوعی حمل شده و همراه آن آمده است، ما را از ذکر قید بی نیاز می کند. در اینجا صلاه و لو برای اعم وضع شده است، ولی از محمولی که بر موضوع وارد شده است، در نظر عرف واضح است که مقید به قید «الصحیحه» می باشد و به خاطر وضوح ذکر نشده است. پس بنابراین ما می گوئیم که الفاظ در مقابل اعم وضع شده است و یک مثالی هم که ایشان برای اثبات مدعای خود به آن استظهار کرده است، عبارت «الصلوه معراج المؤمن» است که اتفاقاً در این مثال صلاه مقید به قید مقبوله است، نه صحیحه، در حالی که ایشان موضوع له صلاه را صلاه مقبوله نمی داند، بلکه صلاه صحیحه می داند. ذکر نشدن این قیود به خاطر وضوح مطلب است که هر نمازی که نمی تواند معراج مؤمن باشد، معلوم است که اگر نماز مقبول باشد، معراج مؤمن است. بنابراین استعمالات من غیر تأول دلیل برای حقیقت است و این الفاظ هم گاهی من غیر تأول به فاسد اطلاق می شود و این دلیل بر این است که این الفاظ برای اعم وضع شده اند. اما اینکه ما دیروز گفتیم که حکم بر روی موضوعات شرعی می رود، یک اشتباهی از ما بود. البته اگر گفتند شخصی مالک چیزی است، به این معنی است که شرع او را مالک می داند و مراد از ملک در همه جا، ملک شرعی است، مگر اینکه قرینه ای

بر خلاف وجود داشته باشد، ولی ملک صحیح و فاسد نداریم، ملک یا موجود است، یا موجود نیست. آنچه که صحیح و فاسد دارد، امثال بیع و تجارت و ... است. اگر گفتیم که این شخص مال مردم را فروخته است، حقیقتاً فروخته است، البته خلاف شرع کرده است، اما فروخته و این اطلاق مانند اطلاق اسد بر رجل شجاع نیست. فروش اعم از این است که شارع این فروش را امضاء کرده باشد یا نکرده باشد، صحیح باشد یا نباشد، حتی عرف امضاء بکند یا نکند، در این موارد صحت سلب نداریم. پس در این موارد ظهور در شرعی بودن ندارد و تجارت اعم از صحیح و فاسد خواهد بود. این اولاً و اما دوم اینکه اگر مبنای اعمی را هم نپذیریم، ظاهر قیدی که در «تجاره عن تراض» بکار رفته این است که قید احترازی باشد، یعنی «تجاره عن کره» نباشد، قهراً این تجارتی که در اینجا استعمال شده است به معنای مُجاز ذکر نشده، فقط لازمه اش افتاده است و این قید «عن تراض» قید توضیحی نیست، ظاهر قید این است که قید احترازی است و وجود این قید شاهد بر این است که از تجاره معنای اعم اراده شده است و قهراً اگر تجاره عن تراض باشد، فرقی نمی کند که با قول باشد، با فعل باشد، با کتابت باشد، با اشاره باشد و همه اینها را در بر می گیرد و آن اشکالی که دیروز مطرح شد، وارد نخواهد بود. بنابراین آیه (أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) در مقام بیان است و می گوید اینها باطل است و صحیحش این است که انسان تجارتی

بکند که از روی رضایت باشد و آن وقت اکل مال به باطل نخواهد بود و اشکالی ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## استدلال به آیه «اوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۰۶

Your browser does not support the audio tag

استدلال به آیه «اوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه یکی از ادله ای که برای صحت معاطاه به آن استدلال شده است، آیه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) است. در جواهر و مکاسب راجع به استدلال به این آیه برای صحت معاطاه بحثی نشده است، اما در بعضی از کتاب های دیگر مورد بحث قرار گرفته است و آقای خمینی هم به طور مفصل راجع به آن بحث کرده است، ولی برخی از عبارات ایشان مندمج است و گاهی انسان تخیل می کند که تناقضی در کلمات ایشان وجود دارد، ولی با دقت معلوم می شود که تناقضی وجود ندارد. ایشان می فرماید که معانی مختلفی در لغت برای معنای عقد بیان شده است و استعاره در باب بیع و امثال آن بکار رفته و گفته می شود که «عَقْدَ الْبَيْعِ»، ولی معنای اولیه ی حقیقی و غیر استعاری عقد گره زدن است، در لغت عرف عقده به معنای گرده است. پس اصل معنای عقد در لغت عرب گره زدن است. در آیه کریمه هم می فرماید که (وَلَا تَغْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ) یا در یک آیه دیگری می فرماید (الَّذِي بَيَّعَهُ عَقْدَهُ النِّكَاحِ) عقده به معنای گره است. بعد ایشان در ادامه استدلال خود می فرمایند که گره همین تبادل ملکیت است، در اینجا گره زدن استعاره شده است برای تبادل اضافتین. بعد هم یک شاهدی می آورند که ابتداءً تصور می شود که این شاهد با مختار ایشان که بعد ذکر می کند، منافات دارد. ایشان کلام صاحب کشف را شاهد می آورند که عقد همان گره

ص: ۱۴۵

زدن و تبادل اضافتین است که استعاره از گره زدن است که تکوینیات وجود دارد. این معنای عقد بود، اما عهد و معاهده عبارت از تعهدی است که انسان یک چیزی را بر ذمه خودش قرار بدهد، قهراً معنای به ذمه گرفتن با معنای تبادل اضافتین \_ که عبارة اخرى از انشاء معاملی است \_ دو مفهوم متفاوت از هم هستند. البته در خارج گاهی با هم یکی هستند، اما اتحاد مفهومی ندارند و نسبت عموم و خصوص مطلق هم بین این دو برقرار نیست، بلکه دو مفهوم جدای از هم هستند و احیاناً در بعضی از موارد، دو دو وجود خارجی پیدا می کنند، هم انشاء موجود می شود و هم تعهد در ذمه حاصل می شود، ولی این به این معنی نیست که این دو به یک معنی باشند. این مطلبی است که ایشان بیان کرده اند و برای تأیید اینکه عقد عهد موثق نیست، بلکه به معنای تبادل اضافتین و استعاره از گره زدن است، به عبارت کشف اشاره کرده و می فرمایند که «و يؤیّده ما حکى عن الکشاف: والعقد العهد الموثق، شبه بعقد الحبل و نحوه». البته ایشان به قسمت دوم عبارت کشف استدلال کرده اند، نه قطعه اول آن و به همین جهت یک اندماجی در فرمایش ایشان هست، منتهی مراد روشن است. بعد ایشان می فرمایند که عقد با عهد دو معنای متفاوت از هم است و شاهد بر این سخن هم این است که عهد اصلاً معنای حقیقی اش ایجاد موضوع عقد اعتباری است نه اینکه معنای مجازی اش این باشد، وقتی گفته می شود که فلان کس تعهد کرده است، یعنی حقیقه به ذمه گرفته است و





خود ذمه عبارت از ایجاد یک امر اعتباری مانند ملکیت است. معنای حقیقی تعهد و معاهده عبارت از این است که انسان در ذمه خودش یک چیزی را قرار بدهد، اما معنای حقیقی عقد عبارت از گره زدن نخ و ریسمان است و معنای مجازی اش گره زدن اعتباری است. پس بنابراین معنای عقد، انشاء است و معنای عهد، تعهد و جعل در ذمه است. علاوه بر این اگر فرض هم کردیم که معنای هر دو یکی است، یکی معنای حقیقی و یکی هم معنای مجازی و اعتباری خواهد بود و شاهد بر معنای مجازی \_ که استعاره است \_ عبارت «شبه بعقد الحبل» کشاف می باشد. یعنی استعاره همان تشبیه است که معنایش مجازی است. ایشان این دو شاهد را برای مطلب بیان کرده اند، البته معلوم نیست که از عبارت کشاف وجه دوم ایشان مراد باشد که ادعای مجازیت می خواهند بکنند، زیرا گاهی لفظ بر اساس یک ریشه لغوی و به تناسب آن در یک معنای دیگری استعمال و جعل می شود و آن معنای حقیقی ثانوی به وجود می آید. در این عبارت هم نمی خواهد بگوید که اگر در معاملات گفته شد «عقد البیع»، مجاز است و خیلی روشن نیست که از کلام کشاف فرمایش ایشان استفاده بشود، بلکه ممکن است بگویند که معنی، معنای حقیقی است و بر اساس تشبیه این معنای حقیقی درست شده است. در لغت عرب بر خیلی از اشخاص اسم اسد گذاشته شده است، مثلاً فاطمه بنت الاسد، بنی اسد و امثال آن. در این موارد ابتدا به خاطر تشابه با شیر این اسم گذاشته شده است، این وجه تسمیه است، ولی

وقتی اسم گذاری شد، دیگر اطلاق اسد حقیقی خواهد بود، نه مجازی. خلاصه اینکه عقد عبارت از یک معنایی است غیر از معنای عهد موثق، البته در برخی موارد تصادم حاصل می شود، مثلاً در موردی که انشاء شده و تعهدی هم بر ذمه انسان قرار گرفته است. گاهی هم این دو از هم متفرق می باشند، پس عامین من وجه است. بعد ایشان از مجمع البیان و مجمع البحرین تعجب می کنند که اینها گفته اند عقد عهد موثق است و بعد هم نتیجه گیری کرده اند که «کل عهد عقد و لا عکس»، هر عهدهی عقد است و لا عکس. ایشان می فرمایند که عکس این را باید بگویند، زیرا عهد موثق اخص مطلق از اصل عهد است، عقد هم عهد موثق شد، پس باید گفته شود که کل عقدِ \_ که عبارت از عهد موثق است \_ هو عهد و لا عکس. این طور باید گفته شود، نه به آن نحوی که این آقایان گفته اند. البته نباید در این گونه موارد تعبیر به اشتباه کرد و نسبت عدم توجه داد، اینها سبق قلم است، یا قلم نساخ، یا قلم اصل قائلین، این روشن است، نه اینکه یک مطلب پیچیده ای باشد که این آقایان از آن غفلت کرده باشند. همه ما سبق قلم می کنیم و گاهی یک چیزی را با چیز دیگر جابجا می کنیم. بعد هم ایشان در ادامه نظیر همین اشتباه را از مرحوم آقا شیخ محمد حسین اصفهانی نقل می کنند که بعض اهل التحقیق فرموده است که عهد با عقد نسبت عموم و خصوص مطلق دارد و عقد اعم مطلق از عهد است، به همان شکلی که صاحب مجمع البیان و

مجمع البحرین فرمودند. البته مرحوم اصفهانی می فرماید که عهد آن طور که از آیه شریفه استفاده می شود، صرف قرار دادن یک چیز در ذمه نیست، بلکه به معنای مطلق جعل است، نه خصوص اینکه انسان در ذمه چیزی را قرار بدهد، زیرا در این دو آیه شریفه نمی توانیم به این معنی بگیریم، یکی آیه (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) و دیگری آیه (وَعَهْدُنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ أَن طَهَّرَا بَيْتِي لِلطَّائِفِينَ) عهد در این دو آیه به معنای جعل است. گاهی یک منصبی جعل می شود، مثلاً در آیه (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) یعنی آن جعل من \_ که منصب امامت و خلافت است \_ به ظالم نمی رسد. یا در آیه (وَعَهْدُنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ) یعنی ما جعل تکلیف کردیم و او مکلف است که این کارها را انجام بدهد. پس عهد به معنای مطلق جعل و قرار است. مرحوم آقا شیخ محمد حسین برای مختار خود به این آیات استشهاد کرده است، اما مرحوم خمینی می فرماید که این استشهاد درست نمی باشد. به نظر می رسد که آقا شیخ محمد حسین در اینکه عقد را اعم از عهد دانسته است، می خواهد بفرماید که عهد جعل یک امر اعتباری است، البته این کلمه اعتباری را ذکر نکرده است، ولی جعل امر اعتباری است. ایشان می خواهد بگوید که هم تکالیف اعتباری است، هم جعل منصب اعتباری است، منتهی مسئله ذمه در کار نیست. عقد هم عبارت از ارتباط یک شیء به یک شیء است و در مواردی هم که انسان یک امر اعتباری مانند یک منصبی را برای کسی قرار می دهد، ربط دادن این منصب به آن شخص است، یا در جایی که تکالیفی

جعل می شود، الزاماتی به شخص مکلف ارتباط داده می شود. ایشان عموم خصوص را به این شکل درست کرده است. منتهی اینکه این فرمایش درست است یا نه بحث دیگری است. مرحوم خمینی می فرمایند که این دو مورد که در آیه به آن اشاره شده نمی تواند دلیل بر عام بودن عقد از عهد باشد، عهد به حسب ظاهر مشترک بین معینین است، هم به معنای جعل در ذمه و هم به معنای وصیت کردن. عهد در آیه (وَعَهْدُنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ أَن طَهَّرَا بَيْتِي لِلطَّائِفِينَ) یعنی «أوصینا إلی ابراهیم». یا در آیه (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) یعنی «وصیتی بالامامه لا ینال الظالمین»، مراد عبارت از این معناست، در لغات هم همین جور معنی کرده اند. مرحوم آقا شیخ محمد حسین مثل اینکه گاهی تحت تأثیر آقا شیخ هادی تهرانی \_ که منکر اشتراک بوده است \_ می خواهند که همه معانی را به معنای واحد برگردانند، که البته در خیلی از موارد نمی شود این کار را انجام داد و عرف متعارف بالاتر تکاز می فهمد که مثلاً نمی توان بین شیری که شخص می خورد با شیر درنده قدر مشترکی در نظر گرفت. یا مثلاً در ترکی کلمه «اوزوم» در معانی مختلفی به کار می رود، یکی از این معانی یعنی انگور، معنای دیگر یعنی صورتم، یکی شناکردن، دیگری پاره کردن و... چگونه می توان ما بین اینها یک قدر مشترکی را در نظر گرفت؟! مرحوم آقا شیخ محمد حسین مثل اینکه مجبور شده است که برای این معانی متعدد یک معنای واحدی در نظر بگیرد که همه این معانی مصادیق آن معنای واحد باشند، مثلاً در آیه «عهدنا الی ابراهیم» به جای اینکه

بگوئیم «أوصینا إلی ابراهیم»، بگوئیم که «جعلنا الیه»، در حالی که جعل با الی متعدی نمی شود و اینکه بگوئیم «جعل الیه فلان» این خودش تکلف دارد. ولی در آیه (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) بعید نیست که همان معنای جعل در ذمه مورد نظر باشد، یعنی خداوند خیلی چیزها را عهده دار می شود و بر عهده خودش می گیرد که امور مردم را اداره کند، برای آنها پیغمبر بفرستد، وصیی بفرستد و امثال اینها. در اینجا هم بگوئیم که خداوند بر عهده گرفته است و بر اساس عدالتی که دارد، خودش را ملزم قرار داده و این مطلب را بر عهده گرفته است. در آیه «و عهدنا الی ابراهیم» که عهد با الی متعدی شده است، قاعده یک معنای دیگری برای عهد در نظر گرفته شده است و معنای عهد در اینجا غیر از عهد در جاهای دیگر است، اما در آیه (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) خیلی الزام نداریم این جوری معنا کنیم. مرحوم آقای شیخ محمد حسین جعل معنا کرده است و ما الزامی به این معنی نداریم. آقای خمینی هم به معنای وصیت معنا کرده که به این معنی هم الزامی نداریم و ما باید بر همان معنای ظاهری \_ که در ابتدا متبادر است \_ حمل کنیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### استدلال به آیه «أوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۰۷

Your browser does not support the audio tag.

استدلال به آیه «أوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه مطالبی که دیروز عرض شد، یک مقدار ناقصی داشت که من غفلت کردم عرض کنم. مرحوم آقای خمینی برای اختلاف معنای عقد و عهد شاهی آوردند که عهد وقتی در معاهدات و امثال آن استعمال می شود، در معنای حقیقی خود استعمال

ص: ۱۵۱

شده است، اما وقتی عقد در معاهدات استعمال می شود، در معنای مجازی به کار رفته است، پس بنابراین اختلاف معنی دارند و این شاهد غیر از آن شاهی است که قبلاً ذکر کرده بودند که در کشف حکم کرده است که عقد تشبیهی از عقد الحل است و چون شباهت به آن دارد، در معاهدات و امثال آن هم کلمه عقد استعمال شده است. ما عرض کردیم که از تعبیر کشف استفاده نمی شود که استعمال عقد در معاملات مجازی باشد، ایشان وجه تسمیه را این طور بیان کرده است که ریشه لغت یک معنایی بوده است و بعد این لغت در یک معنای خاصی استعمال شده و بعد هم در آن وضع گردیده و متبادر از آن شده است. مراد ایشان این است و مجازی بودن مراد نیست. و به عباره آخری، مبدأ امور اعتباری مثل ملکیت و امثال آن، امور تکوینی است، مثلاً مصداق اولی ملکیت مقوله جده است که یک امر تکوینی است و بعد از آن اعتبار شده است، مثلاً وقتی می گوئیم که زید مالک است، صحت سلب ندارد و حقیقه مالک است، نه مجازاً، منتهی امری اعتبار و فرض شده است. بنابراین کلام زمخشری دلالت بر این ندارد که استعمال عقد در محاورات، استعمالی مجازی باشد. این یک مطلب و اما عرض دیگر بنده این است که بر فرض اینکه این استعمال، مجاز باشد، باز هم رد بر این آقایانی که عقد را به عهد مؤکد تفسیر کرده اند، نخواهد بود، زیرا آنها نمی خواهند بگویند که عقد اصلاً معنای تکوینی خارجی ندارد. این آقایان وقتی که به اتحاد معنی اشاره می کنند، نمی خواهند معنای

ص: ۱۵۲

حقیقی را از اول بگویند، بلکه می خواهند به تفسیر (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اشاره بکنند. پس اگر شما از کلام کشف استظهار بکنید که استعمال عقد در معاهدات و معاهدات، استعمال مجازی است، با کلام این آقایان که قائل به اتحاد شده اند منافاتی نخواهد داشت و این آقایان در صدد بیان این مطلب هستند که مراد از (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) این است که به عهدتان عمل بکنید. پس با این بیان نمی توانیم حرف آنها را رد بکنیم. آقای نائینی راجع به اینکه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) شامل معاطاه نمی شوند و فقط عقود لفظیه را می گیرد، دو بیان دارند که ایشان هر دو بیان را نقل کرده و سپس رد کرده اند. یک از این دو بیان اصلاً برای ما مفهوم نیست، ولی بیان دیگر این طور نیست. در یک بیان ایشان می فرمایند که عقد عبارات از انشاء لفظی است، اما معاطاه انشاء قولی است و داخل در عقد نمی باشد، زیرا لغوین گفته اند که «العقد هو عهدٌ مشدد»، عقد یک معاهده ی محکم است و استحکام هم با الفاظ است و قهراً اگر بخواهیم که عقد مشدد بشود، باید لفظی باشد، نه فعلی. پس معاطاه خارج از عقد است. آقای خمینی می فرمایند اینکه شما می گوئید عقد وضع شده است برای عهد مؤکد و مشدد، مرادتان از این تأکید چیست؟ اگر تأکید کنایه از لازم بودن عقد است و مقصودتان این است که عقد عبارت از یک معاهده لازم الوفاء در مقابل جواز است، اگر مراد شما این است و می گوئید که در معاطاه چنین چیزی نیست، این دلیل شما عین مدعی است، زیرا بحث ما در همین مسئله است که آیا معاطاه داخل در

عقد است یا خارج از آن و این دلیل شما عین مدعی است. اگر هم مراد شما از تأکید، همان تأکید اصطلاحی باشد، در صورتی که مراد تأکید معنای سببی باشد، معقول نخواهد بود، زیرا نقل و انتقال ذی مراتب نیست تا تأکید در آن معنی پیدا بکند، زیرا نقل و انتقال مردد بین وجود و عدم است و مراتب تشکیکی ندارد، یک شیء یا منتقل می شود، یا منتقل نمی شود. اگر هم مراد از عقد معنای سببی باشد، در امثال «بعثت» تأکید معنی ندارد. البته در این صورت دو اشکال وارد خواهد بود، یکی اینکه اکثر عقود لفظیه هم از تحت این آیه خارج خواهد بود، زیرا در بسیاری از عقود لفظیه هم تأکید وجود ندارد، در ثانی اصل تأکید در یک امر لغوی است، زیرا چه تأکید بشود و چه نشود، سبب یک مفاد بیشتر ندارد. پس تأکید در عقد به معنای سببی هم صحیح نمی باشد. این فرمایش آقای خمینی بود، اما ما از طرف آقای نائینی می توانیم عرض کنیم که اگر تأکید را به معنای لزوم و عدم تأکید را به معنای جواز بدانیم، به این معنی که عقد مؤکد عقدی باشد که قابل فسخ نباشد و عقد غیر مؤکد عقد قابل فسخ باشد، لازم نمی آید که دلیل عین مدعی باشد، زیرا آقای نائینی در جای دیگر بالاجماع ادعا کرده است که عقود فعلی مانند معاطاه، جزء عقد لازم نیست، یعنی معامله لازم نیست. ایشان این مسئله را اجماعی دانسته و شیخ مفید و صاحب جواهر را هم از مخالف ندانسته است. چون این مطلب اجماعی است، از طرفی هم عقد وضع شده



است برای عهد مؤکد و تأکیدش هم به این است که لزوم پیدا بکند، در نتیجه از ابتداء معاطاه از تحت (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) خارج خواهد بود، چون اجماعاً تأکیدی در آن نیست، یعنی لزومی در کار نیست، پس بنابراین مراد از آیه همین عقد لفظی است. پرسش: ... تخصص می شود؟ پاسخ: بله تخصصاً خارج است. پرسش: ... اصلاً ایشان می گوید که تخصصاً خارج است و شامل معاطاه نمی شود. ایشان می خواهد بگوید که عقد در مقابل شیء مؤکد است، از خارج هم که ثابت شده است که لزوم ندارد، بنابراین استفاده می شود که مراد از این عقدی در اینجا استعمال شده است، عقود لازم است. اما تفسیر دوم آقای خمینی این بود که بینیم آیا مراد از تأکید، همان تأکید متعارف است، یا نه. در جاهای دیگر که مثلاً می گویند ضرب زید نفسه، کلمه نفسه برای تأکید است، یعنی اینجا چیزی که ظهور در یک معنایی داشته است، با تأکید تبدیل به صراحت می شود، یعنی در این مثال خود زید این کار را انجام داده است، نه اینکه به دیگری دستور داده باشد که این کار را انجام بدهد. آقای نائینی می فرمایند که یکی از خواص لفظ همین نوع تأکید است. خیلی های دیگر از جمله بسیاری از اهل سنت همین معنی را مورد بحث قرار داده و گفته اند که معاطاه نتیجه بیع ندارد، زیرا صریح در مقاصد نیست، انشاء فعلی غیر از انشاء لفظی است، زیرا در لفظ صراحت عرفیه وجود دارد، ولی فعل صراحت عرفی ندارد. در این مطلب مناقشه کرده و گفته اند که نمی توانیم با معاطاه بیع انجام دهیم، منتهی الامر ممکن است قائل به

اباحه در معاطاه شویم، ولی صریح در ملکیت نیست. بخلاف الفاضلی مانند بعت و اشتريت و امثال آن که کاملاً صریح در ملکیت می باشد. خلاصه اینکه ادعای ایشان این است که اگر انشاء لفظی بود، التزام مؤکدی است که تشکیک در آن خیلی ضعیف است، اما اگر انشاء با فعل شد مانند معاطاه، در این صورت التزامش تأکیدی نخواهد بود. البته به نظر می رسد که از این نظر ایشان می شود دفاع کرد. این یک بیان بود، اما بیان دیگری که ایشان می فرمایند این است که در انشاء لفظی دو چیز انشاء می شود، یکی از آنها بالمطابقه انشاء می شود که همان مبادله مال به مال و انتقال و تبدیل اضافتین است. لفظ بالمطابقه دلالت بر این معنی دارد. و اما معنای دیگری که انشاء لفظی بر آن دلالت دارد و دلالتش هم بالالتزام می باشد، این است که هر یک از متعاقبین نسبت به تبدیلی که انجام شده است، التزام داشته باشند. اما این دلالت التزامی در انشاء فعلی وجود ندارد، در فعل فقط یک دلالت مطابقی وجود دارد که آن هم تبدیل و انتقال است. معنای عقد هم این است که باید نسبت به مبادله ای که انجام شده است، باید التزام از جانب طرفین وجود داشته باشد، بنابراین چون در معاطاه فقط دلالت مطابقی وجود دارد، از تحت عقد خارج می باشد. این فرمایش ایشان است که مرحوم آقای خمینی هم آن را رد کرده اند، ولی من با قدری تفاوت و به شکل دیگری می خواهم نسبت به فرمایش ایشان عرضی داشته باشم و آن این است که اگر مراد از التزام، موافقت التزامیه و عقد القلب باشد

که در مباحث قطع در رسائل و امثال آن خوانده می شود، هیچ فرقی بین انشاء قولی و فعلی وجود ندارد و در هر دو این عقد القلب وجود دارد و زمانی که شخص انشائی می کند، چه قولی و چه فعلی، عقد القلب جزء لاینفک آن می باشد. و در ثانی شما می گوئید که دو در انشاء لفظی دو انشاء وجود دارد، یکی انشاء بالمطابقه و دیگری انشاء بالالتزام، در حالی که این طور نیست و دو انشاء نداریم، بلکه بین این دو معنی ملازمه وجود دارد، زیرا لازمه مبادله در انشائات این است که عقد القلب هم وجود داشته باشد. پس یک انشاء وجود دارد و عقد القلب هم لازمه آن است و فرقی هم میان اقسام مختلف انشاء در این مسئله وجود ندارد. اما اگر مراد از التزام تصمیم گرفتن بر انجام کاری مطابق قرارداد باشد، چنین التزامی هیچ گونه ملازمه ای با معنای معامله ندارد، تا بین انشاء قولی و فعلی قائل به فرق بشویم و در هیچ کدام از این دو انشاء چنین ملازمه ای وجود ندارد. علاوه بر این به چه دلیل می گوئید که صرف مبادله کردن عقد نیست و حتماً باید التزامی زاید بر اصل تبدیل وجود داشته باشد؟! و اینکه بگوئیم برای صدق عقد حتماً باید انسان تصمیم بگیرد که تا آخر به مبادله عمل بکند، دلیلی بر این مدعی نداریم. بر فرض هم اگر دلیلی داشته باشیم، نباید بین انشاء قولی و فعلی فرق قائل شویم. هر چند نه دلیلی داریم و نه فرق وجود دارد. این محصل این بیان آقای نائینی بود. آقای خمینی یک بحث اساسی در اصل مسئله دارند که

ما باید ابتداء معنای حقیقی عقد در لغت را مورد بررسی قرار بدهیم، سپس معنای استعاری که در معاملات به کار رفته را مورد رسیدگی قرار بدهیم و بینیم که وقتی گفته می شود عقد عبارت است از «هو العهد المشدد»، آیا در معنای لغوی عقد تشدید معتبر است نه. ایشان می فرمایند که تشدیدی معتبر نیست، زیرا مفاد اولیه عقد، همان گره زدن است. عُقده گره است. تأکیدی در گره نخواهیده است. عقد به معنای گره سفت نیست. پس معنای لغوی عقد چنین چیزی نیست. بعد هم ایشان شواهدی از استعمالات دیگر بر این مطلب آورده و می فرمایند که مؤید این معنی کلام ابن عباس و جماعتی از مفسرین در تفسیر (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) به «أوفوا بالعهد» است. این هم تأیید می کند که تشدید در عقد معتبر نیست. البته مناسب بود ایشان که منکر این است که عقد به معنای عهد باشد، این تفسیر را به عنوان تأیید هم نیاورد. پس در معنای لغوی عقد، تشدید معتبر نیست، اما در معنای استعاره ای اگر بخواهیم یک لغتی را که در معنای آن تشدید معتبر نیست، بخواهیم چنین لفظی را استعاره در یک امر اعتباری فرضی مشدد قرار بدهیم، خیلی امر غیر متعارفی است و در استعمالات هم خیلی مستبعد است. این فرمایش ایشان است، اما به نظر می رسد که گره برای محکم کاری است و در نفس گره یک نحوه استحکام خوابیده است، منتهی استحکام ذی مراتب است، گره سفت داریم، گره شل داریم و امثال آن. پس منافاتی ندارد که بگوییم گره قابل تشکیک است و سفت و سخت دارد. بنابراین ما نمی توانیم بگوییم که علی رغم

تصریح لغوین، در معنای اصلی عقد استحکام نخواهیده است. و اما فرمایش دوم ایشان که اگر یک قسم خاص از عقد اشتداد داشته باشد و ما لفظ مطلق را استعاره قرار بدهیم و یک قسم خاصش را اراده کنیم، سبک مجاز از مجاز می شود که آن هم غیر متعارف است، به نظر می رسد که اگر سبک مجاز از مجاز هم باشد، غیر متعارف نباشد. مثلاً وقتی گفته می شود که «الطواف بالبيت صلاه»، در اینجا طواف نماز فرض می شود، یعنی همان طوری که نماز قرب می آورد، طواف هم قرب می آورد. در اینجا درباره طواف ادعاء صلاه بودن می کنیم و مرادمان «ما یترب من الصلاه» است. مثلاً از نماز صحت و قرب و امثال آن مترقب است. بنابراین اگر ما بخواهیم یک شیئی را ادعاء کنیم که نماز است و مرادمان هم «ما یترب من الصلاه» باشد، غیر عرفی نخواهد بود که انسان استیحا ش بکند. در اینجا هم چیزی که از گره مترقب است، این است که محکم باشد، سفت باشد و اگر به یک چیزی گره بگویند و مقصودشان عبارت از محکم بودن باشد، اصلاً چیز غیر متعارفی نیست و اشکالی ندارد. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

### استدلال به آیه «أوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۰۸

Your browser does not support the audio tag

استدلال به آیه «أوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ایشان یک اعتراضاتی که محقق نراقی در عواید الایام به تمسک به آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) کرده اند را نقل می کنند، ولی این اعتراضات، اعتراضات محکمی نیست. من فقط مختصری از این قسمت هایی که اینجا هست را عرض می کنم. مرحوم نراقی می فرمایند که آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) در سوره مائده است و این سوره، آخرین سوره ای است که بر پیغمبر (صلی الله

ص: ۱۵۹

علیه و آله و سلم) نازل شده است. در نتیجه ایشان می فرمایند خیلی این احتمال وجود دارد که مراد از عقود در آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عبارت از آن عقدهایی باشد که قبلاً در آیه اش اسم برده شده است مانند بیع و بعضی چیزهای دیگر. الف و لام در اینجا برای عهد است، یعنی به آن عقود وفا کنید و تأکید ما سبق است، نه اینکه یک مطلب تأسیسی باشد. این فرمایش مرحوم نراقی است، اما دلیل محکمی برای فرمایش خودشان ندارند. آقای خمینی هم می فرمایند که الف و لام ظاهر در عموم است و برای رفع ید از آن محتاج قرینه هستیم و اینکه بگویید این سوره در آخر نازل شده است و مسبوق به احکام کثیره ای است، این صلاحیت قرینه بودن را ندارد و مانع از تمسک ما به عموم آیه نمی شود. حتی ممکن است بگوییم که چون این آیه در آخر زمان پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) نازل شده، خود همین دلیل بر عموم است و پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) چون می دانست که زمان رحلتش نزدیک است، برای اینکه مردم بعد از ایشان حیران نمانند، تکلیف تمام چیزها را روشن فرموده اند، چند تا از عقود را قبلاً بیان فرموده بودند، و دیگر مناسب نیست که لفظ مجمل به کار برده شود و باید لفظ مبین به کار برده شود. تعبیر ایشان این است که «مضافاً إلى إمكان أن یقال: إن کون المائده آخر ما نزلت مؤید للعموم و مؤکد له؛ لأن الوحي لما کان منقطعاً بعدها، فلا بد من تقنین قوانین کلیه، یرجع إليها البشر فی سائر الأدوار

ص: ۱۶۰

إلى آخر الأبد، فتزِيل آية مجمله لا يصحح الاتكال عليها في شيء من الموارد و الحوائج في آخر العهد و آخر الوصية، و التقنين لا- ينبغي احتمالها». بعد هم می فرمایند که این مطلب هم مبتنی بر این است که ما بگوییم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) واجبات و محرمات را هم می گیرد، پس بنابراین (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اشاره است، یعنی آن واجبات و عقود خاصه مذکوره واجب الاتباع است و باید شما به آنها عمل کنید. اگر این بود درست است و ممکن است بگوییم که آن اشکالی که گفته شد، بر آن وارد نمی شود، ولی ما بیان کردیم که مراد از عقد واجبات نیست. ایشان می فرماید که «مع أن ما ذكره مبنی علی أن جميع المحرمات و الواجبات التکلیفیة داخله فی مفهوم العقد و هو ضعيف». پس آیه به یک عده از عقودی که پیامبر(ص) بیان کرده است، اشاره دارد. ایشان می گویند که شما بر اساس مبنای خودتان که واجبات را داخل در عقود می گیرید، می گویند که تکلیف واجبات هم روشن شده است، ولی ما که این مبنا را ابطال کرده و گفتیم که عقود شامل واجبات نمی شود، نمی توان (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) را اشاره به موارد سابق دانست، واجباتی بیان شده است و این آیه هم اشاره به آنها ندارد تا الف و لام را برای عهد بدانیم. این فرمایش ایشان است. در اینجا من می خواهم که دو مطلب را عرض بکنم، یکی درباره این فرمایش ایشان که چون این سوره در آخر زمان پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نازل شده، نباید لفظ مجملی در کار باشد، عرض بنده این است که متکلمین گفته اند و حتی

خود آقایان همه گفته اند که ارجاع به اهل بیت علیهم السلام به خاطر همین است که مردم بعد از ایشان متحیر نمانند و بفهمند که وصی حضرت چه کسی است، مفسر کلمات پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم چه کسی است، اگر اجمالی در آیه ای از قرآن بود، چه کسی باید بیان بکند. پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) این کار را کرده است و اگر فرضاً در حجه الوداع بعضی از الفاظ مجمل باشد، چون اهل بیت (علیهم السلام) مرجع همه مجملات آیات قرآنند، ضروری به این مطلب نمی خورد. پس این طور نیست که ما استظهار کنیم که آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) مجمل نیست، به دلیل اینکه آخر العهد است، زیرا پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) تکلیف امت را با ارجاع به اهل بیت (علیهم السلام) و حدیث ثقلین و ادله و روایات مختلف تعیین کرده است. و اما اینکه ایشان می فرمایند آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) واجبات و امثال اینها را نمی گیرد و ناظر به آنها نیست، ایشان استدلالی برای این مطلب بیان نکرده اند. مرحوم آقا شیخ محمد حسین اصفهانی در معنای عهد استظهار کرده بود که مراد از عهد مطلق جعل و قرار است، یعنی واجبات و سایر قرارها چه قرار الهی و چه قرار مردمی، همه را می گیرد. ایشان آنجا فرمودند که مستند ایشان برای این مطلب دو آیه (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) و (وَعَهْدَنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ) است و عهد در این دو آیه به معنای وصیت است و مربوط به معنای عهد مورد بحث نیست. در آنجا اگر عهد و عقد را هم یکی بگیریم، ایشان استدلال

مرحوم اصفهانی را رد کرده اند، اما اینکه انسان قراردایی در عالم الست با خداوند بسته باشد، چنانچه بسیاری از مفسرین امثال بیضاوی و دیگران هم نوشته اند، و خداوند هم بگوید که باید به این قراردایی که بسته ای، التزام داشته باشد، چه دلیلی بر عدم وجود چنین قراردایی وجود دارد. ایشان دلیلی بر بطلان این مطلب ذکر نکرده اند. ایشان فرموده اند که عقد از «عَقْد الحبل» گرفته شده است به معنای گره زدن و امثال آن، اما دلیلی نداریم که بگوییم گره فقط در تبادل چیزی وجود دارد. اما راجع به قراردای که بین خدا و انسان در یک عالم دیگری واقع شده است، ایشان بیانی ندارند. خلاصه اینکه در فرمایش ایشان یک تأملی وجود دارد. پرسش: ... پاسخ: می گویند تمام قرآن یک دفعه نازل شده و بعداً هم آیه آیه نازل شده است. یک اشکال دیگری که به استدلال به آیه شده این است که گفته اند نمی شود به آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تمسک کرد، زیرا تخصیص اکثر پیش می آید. این اشکال این طور بیان شده است که سه احتمال در عقد وجود دارد، یکی اینکه عقد مباین با عهد باشد، یکی اینکه عهد باشد، یکی هم اینکه عقد قسمی از عهد باشد، به این معنی که عقد عهد مؤکد باشد. علی ای تقدیر اگر ما بخواهیم که آیه را به معنای عام بگیریم و الف و لام را عهدی نگیریم، اگر عقد را مباین با عهد بدانیم، تخصیص اکثر لازم می آید، زیرا همه عقود جائزه که بیشتر از عقود لازم هستند، از تحت آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) خارج خواهد شد، زیرا لزوم وفاء برای عقود لازمه مانند بیع و



اجاره و نکاح و امثال آن است، ولی در عقود جائزه که خیلی بیشتر است، لزومی وجود ندارد و در نتیجه تخصیص اکثر پیش می آید که مستهجن است. بلکه به یک معنی لازم می آید که همه بیع ها از تخصیص بخورد، تمام مصادیق بیع تخصیص بخورد، زیرا بیع مدتی خیاری است و وفاء به آن لازم نیست، خیار مجلس وجود دارد و بسیار نادر است که در بیع در مجلسی واقع نشود، مثلاً در بیابان و امثال آن محقق بشود و قهراً بنا بر تفسیر به عموم، اگر تمام بیع ها تخصیص بخورد، مورد بحث ما \_ که بیع است \_ هم از تحت حکم آیه خارج خواهد شد. و اما اگر عقد را به معنای عهد بدانیم، باز هم همین اشکال تخصیص اکثر پیش خواهد آمد، زیرا تعهدات معاملی در عقود جائزه لازم الوفاء نیست، پس تخصیص اکثر لازم می آید و اگر هم به معنای عقد مشدد بدانیم، لازم می آید که اکثر مستحبات از تحت این عام خارج بشود، زیرا در مستحبات تشدید در کار نیست و مستحباتی که از حدّ احصاء بیرون است، از تحت این عام خارج خواهد شد و تخصیص اکثر پیش خواهد آمد. مرحوم آقا شیخ محمد حسین، عهد را در آیه (وَعَهْدُنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ) به معنای جعلنا گرفته است و جعل و قرار مراد است و با توجه به این تفسیر لازم می آید که اکثر مستحبات از تحت این عام خارج بشود. ایشان می فرماید که همه این وجوه، وجوه ضعیفی است، زیرا اولاً چه کسی گفته است که تخصیص اکثر قبیح است. وقتی ما معالم می خواندیم این مثال را برای تخصیص

اکثر بیان می فرمودند که یک شخصی بگوید که این صد نفر را اکرام بکن، بعد بیاید شروع کند یکی یکی افراد را استثناء بکند تا اینکه فقط یک نفر باقی بماند. اگر کسی چنین کاری بکند، به او می خندند که از اول می گفتی به این یک نفر احترام بگذار و اکرام کن، این چه جور حرف زدنی است که بگویی به این صد نفر اکرام کن، بعد هم همه را جز یک نفر استثناء بکنی؟! در معالم این طور آمده است. ایشان می فرمایند که اگر باقی مانده بعد الاستثناء قلیل باشد، البته آن قبیح است مانند همین مثالی که صاحب معالم زده است، اما اگر باقی مانده زیاد باشد، ولی بالنسبه بما خرج کمتر باشد، این هیچ اشکالی ندارد. در ما نحن فیه هم عقود لازمه خیلی زیاد است، هر چند که کمتر از عقود جائزه است، اما این کمتر بودن هیچ قباحتی ندارد. دوم اینکه در اینجا دو چیز با هم خلط شده است و آن این است که (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) یک بحث در مصادیق عقد است، مثل عقدی که زید کرده، عقدی که عمرو کرده، عقدی که بکر کرده و... همه اینها مصادیق عقد است. یک بحث هم در اصناف عقد است که به شکل بیع باشد، به شکل اجاره باشد و... وقتی یک طبیعتی به نحو عام استغراقی است، افراد آن طبیعت را شامل می شود نه اصناف طبیعت را، قهراً اینکه اکثریت تخصیص خورده اصناف عقد است که عقود جائزه باشد، اما در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) مراد استیعاب افراد طبیعت عقود است و لذا و لو بیع و نکاح و اجاره کم اند، ولی افرادشان الی

ما شاء الله است و به قدری افراد این سه زیاد است که اگر با بقیه سنجیده شود، آن بقیه در مقابل اینها به حساب نخواهد آمد. مثلاً- طبیعت انسان اصناف مختلفی دارد، مانند افراد عاقل، افراد خُل، افراد دیوانه و... چند صنف وجود دارد، اما اگر از نظر افراد سنجیده شود، افراد صنف عاقل از جهت زیادی تعداد با افراد سایر صنف ها قابل مقایسه نیست. این اشتباه در اینجا شده است که تخصیص را تخصیص اصنافی گرفته اند، نه تخصیص افرادی. اگر بخواهیم تخصیص اصنافی بگیریم، باید قرینه وجود داشته باشد، والا باید به تخصیص افرادی حمل بکنیم. این فرمایش ایشان است. البته این قسمت اخیر فرمایش ایشان فی الجمله کاملاً مستدل است، اما آن فرمایش اولی که فرمودند اگر باقی مانده کثیر باشد، هر چند کمتر از ما خرج باشد، قبیح نیست، انسان می فهمد که این طور نیست، مثلاً اگر شما بگویید که تمام ایرانی ها سنی اند، مگر اکثرشان، من می گویم که این چه جور حرف زدنی است؟! در خارج هم که اقلیت سنی هستند. این بیان صحیح نمی باشد. نه تنها تخصیص اکثر صحیح نیست، بلکه تخصیص مساوی هم صحیح نیست. نه تنها تخصیص مساوی صحیح نیست، بلکه اگر یک مقدار هم مابقی بچربد، باز هم صحیح نیست، بلکه باید شردمه قلیله استثناء بشود. مثل عام استغراق عرفی که اگر یک دهم از جمعیت هم چنین نباشند، تجوزاً همه گفته می شود و بعد استثناء می شود. اما اگر کسی بگوید که همه این طور هستند، مگر ۴۵ درصد از مردم، این تعبیر درست نمی باشد. پس این فرمایش که اگر ما بقی کثیر باشند، هر چند کمتر از ما

خرج باشند، قیاحتی ندارد، این فرمایش درست نیست. پرسش:..... پاسخ: می گویم قانونگذار هم اگر یک چنین عبارتی به کار ببرد، به او می خندند. اگر کسی در قانون اساسی بنویسد که تمام مردم ایران موظفند، مگر اکثرشان، به این عبارت او می خندند. قرآن افصح کتب است، مسئله قانون و غیر قانون نداریم. پرسش:..... پاسخ: در مخصص منفصل هم همین است. می گویند همه چنین هستند، بعد می بینیم که اکثریت خارج است. شما می گویند این چه همه ای است؟ پرسش:.... مثلاً می گویند همه این کار را بکنند، غیر از زیر ۱۸ سال و در یک برهه ای زیر ۱۸ سال ها اکثریت پیدا می کنند، این چطور می شود؟ پاسخ: آن یک بحث دیگری است، الان بحث ما در حکم بالفعل است. بنده می گویم که اگر الان اکثریت با ۱۸ ساله ها باشد، چنین تعبیری صحیح نیست، فرقی هم بین قانون و غیر قانون وجود ندارد. پرسش:.... مثلاً وقتی آیه می فرماید (إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا) بعد هم استثناء می کند. در برخی جاهای دیگر هم همین طور است. پاسخ: بلا اشکال از (إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا) استفاده می شود که اقلیت دارد. اما اینکه ایشان نسبت به تخصیص اکثر در عقود جائزه و وجود خیار در اکثر مصادیق بیع جواب دادند، تبعید مسافت کرده اند، زیرا بر اساس مبنایی که خود ایشان در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اختیار کرده اند، اصلاً احتیاج به این جواب ندارد. ایشان در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می فرمایند که مراد از وفا عبارت از این است که مطابق مقتضای عقد عمل کنند، اما ناظر به این نیست که عقد را فسخ بکنند یا نکنند. بنابراین (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) همه عقود جائزه را می گیرد، زیرا عقود جائزه مادامی که

شخص فسخ نکرده، باید به ملکیت طرف مقابل ترتیب اثر بدهد و حق ندارد بدون اجازه او تصرف کند، مگر اینکه فسخش بکند که آن یک بحث دیگری است. عرض ما این است که شما که می‌گویید (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ناظر به عدم فسخ نیست، بلکه ناظر به این است که مادامی که موضوعش باقی است، ترتیب اثر بدهید، احتیاجی به این ندارید که برای اینکه تخصیص اکثر پیش نیاید، بفرماید مراد اصناف عقد نیست، بلکه مراد افراد عقد است، زیرا با این مبنای شما اکثریت خارج نمی‌شود، نه عقود جایزه خارج است، نه بیع‌های خیار. البته اگر عقد فسخ شد و موضوع عوض شد، آن یک بحث دیگری است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی اشکالات وارده بر استدلال به آیه «أوفوا بالعقود» ۹۱/۰۸/۰۹

Your browser does not support the audio tag

بررسی اشکالات وارده بر استدلال به آیه «أوفوا بالعقود» اشکال شده بود که با تخصیصاتی که به آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) زده می‌شود و یکی از این تخصیصات هم خیار مجلس است که تقریباً در همه عقود قریب به اتفاق وجود دارد، با این تخصیصات، لازم می‌آید که تخصیص اکثر بشود. جواب خوبی به این اشکال داده شده است که خروج خیار مجلس از تحت (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) به نحو تخصیص نیست، بلکه به نحو تقیید اطلاق است. وقتی کسی می‌گوید که من این را به شما فروختم، یا به شما تملیک کردم، اطلاق این کلام اقتضاء می‌کند که مبدأ ملکیت از زمان تحقق انشاء باشد. در خود کلام وضع نشده است که منشأ از زمان خطاب شروع شده باشد، بلکه سکوت و اطلاق اقتضاء می‌کند که مبدأ از زمان صدور انشاء باشد. اگر هم بگوییم که اطلاق در

ص: ۱۶۸

انشاء وجود ندارد، بلکه انشاء صراحت دارد در اینکه من شما را از اول صدور انشاء مالک قرار دادم، در این صورت هم عبارت (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالاطلاق می‌گوید که شما از اول ترتیب اثر بدهید و لفظ این عبارت دلالت بر این ندارد که باید از اول انشاء ترتیب اثر داد. پس (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالاطلاق می‌گوید که شما ترتیب اثر بدهید و ترتیب اثر ندادن، تقیید فی الجمله نسبت به این اطلاق است. و تخصیص اکثر در جایی که عام تخصیص بخورد، قباحه دارد، اما دلیلی برای قباحه تقیید اکثر در مطلق وجود ندارد، حتی ممکن است کسی با صورت متصل یا منفصل تقیید بزند تا جایی که بیشتر از یک فرد نماند، مثلاً مجتهد مصادیق زیادی دارد، اما با قید اعلم منحصر به یک نفر می‌شود، انسان مصادیق زیادی دارد، اما با قید معصوم منحصر می‌شود به یک مصادیق و یا وجود با قید واجب منحصر به خداوند می‌شود. در تقیید حتی کثرت افراد باقی مانده هم لازم نیست، بلکه اگر کثرت منحصر به یک فرد هم باشد، اشکالی ندارد، البته این خلاف ظاهر است، ولی خلاف ظاهری است که اگر شخص بخواهد با صراحت قیدی بزند، اشکالی ندارد. مثلاً گفته می‌شود که شما باید از مجتهد تقلید بکنید، ممکن است که ظاهر این عبارت این باشد که تقلید از هر مجتهدی کافی است، اما وقتی شرط اعلمیت بیان می‌شود، مجتهد منحصر به یک نفر می‌شود. یا امام باید عادل باشد، این اطلاق دارد، اما وقتی قید عصمت به دلیل دیگر ثابت می‌شود، این اطلاق مقید و منحصر به یک نفر می‌شود. پرسش:..... پاسخ: شیخ



هم می گوید وفا این است که به مقتضای انشاء منهای احکام شرعی عمل بشود. ایشان می گوید احکام شرعی داخلش نیست آن را خلط نکنید حالا من این را عرض می کنم. یک مطلبی را شیخ در خیارات عنوان کرده است که یکی از ادله لزوم، آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) است، به ایرادی به این استدلال وارد شده است که معنای آیه این است که شما به مقتضای عقد عمل کنید، بعضی از عقود لازم است، بعضی هم جایز است، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اقتضاء می کند که شما عقد لازم را لازم و عقد جایز را جایز بدانید و ترتیب اثر جواز بدهید. پس ما نمی توانیم از این آیه در موارد مشکوک که اثبات لزوم بکنیم. شیخ در جواب این اشکال می فرماید که معنای وفا این است که بر طبق خود عقد من حیث هو و قطع نظر از احکام مترتبه بر آن عمل بکنیم. باید بینیم که عقد من حیث هو چه مقتضیاتی دارد، انشاء چه چیزی را اقتضاء می کند و بعد بر اساس آن عمل بکنیم. (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می گوید که اگر شخص تملیک عین کرد، معامله ملکیت با او بکنید، اگر تملیک منافع کرد، معامله ملکیت منافع با او بکنید، اما اینکه شرع چه احکامی برای عقد بار کرده است، آن خلاف ظاهر وفا به عقد است. معنای آیه این است که شما اگر قرار بستید، طبق قراردتان عمل کنید و حکم شرع را در موضوع «أوفوا» نباید درج بکنید. مفاد خود عقد را حساب بکنید و با «أوفوا» تکلیف ما درباره عقود بیان می شود. شیخ می فرماید که اطلاق انشاء کسی که می گوید این مال تو باشد، این است که تو

را مالک قرار دادم و اگر بعداً هم فسخت بگویم، باز هم تو مالک هستی، نه تنها الان مالک هستی، این ملکیت ادامه دارد و لو اینکه من بعداً فسخت بگویم. مُنشأ در اینجا اطلاق دارد، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) هم کاری به احکام ندارد و خود مُنشأ را در نظر گرفته و می گوید که طبق عقد عمل کنید و اگر هم کسی بعد از فسخت آمد و بدون رضایت شخص، آن شیء را گرفت، خلاف شرع کرده است. پس واجب است که به اطلاق ملکیت مُنشأ ترتیب اثر داده شود و لازمه این حکم تکلیفی یک حکم وضعی است که وقتی تصرف در این عین خلاف شرع است، دلالت بر این دارد که عقد صحیح است که چنین خاصیتی در آن وجود دارد و فسخت و امثال آن نقشی ندارند. این مطلبی است که شیخ می فرمایند، ولی طبق تحقیق این فرمایش قابل مناقشه است، زیرا درست است که مراد از (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عبارت از این است که شما به آن قراری که با طرف مقابل دارید، ترتیب اثر بدهید و کار به احکام ندارد، ولی بحث در این است که وقتی کسی انشاء می کند، باید ببینیم که معنایش این است که مُنشأ من ابدی است یا نه. شخص می گوید که من شما را مالک قرار دادم، حال باید ببینیم که این ملکیت تا کی ادامه پیدا می کند و چه چیزی مُزیل این ملکیت است. انشاءات اصل ملکیت را ایجاد می کند و کاری به مُزیل ندارد. ملکیت تا مادامی که مُزیلی نیاید، باقی است. بنابراین اگر یک مُزیلی برای ملکیت قرار داده شد، تخصیص عام یا تقیید اطلاق



نیست، زیرا اطلاقی وجود ندارد، بلکه انشاء اصل ملکیت را اثبات می کند. مثلاً با عقد نکاح زن و شوهر بودن اثبات می شود، اما ادله طلاق که می گوید با طلاق این دو نفر از زن و شوهر بودن خارج می شوند، این ادله تخصیص ادله صحت نکاح نیست، زیرا ادله صحت نکاح نمی خواهد بگوید که شما دو نفر زن و شوهر هستید، حتی بعد از مرگ هم زن و شوهر هستید و این ازدواج همیشه باقی است. عقد نکاح می خواهد اصل نکاح را اثبات بکند، منتهی اصل نکاح اگر دائمی بود، خودش اقتضای بقاء دارد و باید یک مزیلی بیاید تا زایل شود و اصل نکاح ناظر به مزیل نیست. اخبارات دیگر هم همین طور است، مثلاً شارع می گوید که فلان چیز اگر با فلان چیز دیگر ملاقات کرد، نجس می شود، اما ناظر به این نیست که نجاست تا کی ادامه دارد و یا اینکه چه چیز نجاست را از بین می برد. البته طبعاً نجاست بقاء دارد، اما اگر ادله دیگری گفت که این نجاست با آب پاک می شود، تخصیص ادله نجاست اشیاء نخواهد بود. بنابراین اینکه شیخ می فرماید که اطلاق اقتضاء می کند که بعد از فسخت هم ملکیت باقی باشد، یک چنین اطلاقی در کار نیست. البته اگر بخواهیم با استصحاب بقاء ملکیت را ثابت بکنیم، آن بحث دیگری است و ما در صدد تمسک به ادله اجتهادی هستیم. پس بنابراین انشاء می گوید که ملکیت با انشاء محقق است، اما اینکه چه چیزی مزیل انشاء خواهد بود، این را باید به مراجعه به ادله دیگر دریابیم. پس اگر ما دلیلی پیدا کردیم مبنی بر اینکه فسخ جایز

است، این تقييد اطلاق يا تخصيص عام نمی شود. پس فرمایش شيخ تمام نيست و تمام عقود، چه عقود جائزه و چه عقود لازمه هيچ منافاتی با (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ندارد. البته ما می توانيم يك تفصيلی بدهيم که شايد ديگران به جهت وضوحش به آن اشاره نکرده اند و آن اين است که در خود معاملات گاهی نظر به صورت فسخ هست، در خیلی از معاملات شخص می گوید که من اين را به شما می فروشم و گاهی فرصت برای فسخ می دهند و گاهی هم فرصت نمی دهند و می گویند که اگر بعداً بياوری من قبول نمی کنم و جنس فروخته شده پس گرفته نمی شود، طرف مقابل هم قبول می کند. در اینجا خود قرار معاملی اقتضاء می کند که قرارداد لازم باشد، گاهی هم ممکن است که در خود قرار خوابیده باشد که اگر پسند نشد، برگردانده شود و يك مدتی هم برای پس گرفتن تعيين می کنند. (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) قهراً می خواهد بگويد که شما طبق قراردادها عمل کنید، حالا- گاهی در خود انشاء طرفين لزوم و عدم حق برگشتن را قرار می دهند. حال بايد بينيم که اين نوع قرارها نسبت به خياراتی مانند خيار مجلس و امثال آن تخصيص به حساب می آيد يا نه؟ اگر بگويم که بايد طبق قرار عمل بشود و اگر انشاء به نحو جعل خياری بود، بايد طبق آن عمل بشود و می توان برگشت، در اين صورت (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تخصيصی نخورده است، اگر هم قرار شد که خياری وجود نداشته باشد، خيار غبن و مجلس و امثال آن وجود نداشته باشد، چنين چیزی مُمضی است و خيارات ساقط می شود و باز هم طبق قرار عمل شده است و

تخصیصی در کار نیست. البته اگر بگوییم که خیار مجلس و بعضی دیگر از خیارات، حکمی از احکام شرع است، ممکن است بگوییم که تخصیص در کار هست، منتهی معمولاً آقایان اینها را حقی از حقوق می گویند، لذا با اسقاط ساقط می شوند. پس اگر خود طرفین عقد را محکم قرار دادند، شرعاً هم همین جور است و اگر هم چنین قراری نگذاشتند، جواز و لزوم ارتباطی به (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) پیدا نمی کند و باید از بنای عقلاء یا حکم شرع استفاده بشود. پرسش: ... پاسخ: انشاء که لزوم و جواز ندارد، مگر این موردی را که شخص خودش قرار گذاشته باشد و آنجا باید وفا کند، درست هم هست، تخصیص هم نخورده است. (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می گوید طبق قرار عمل بکنید، این تخصیص نیست، بلکه امضاء همان قرارداد است. اما راجع به کلمه عقد و وفاء، آنچه که ما از کلمه عقد می فهمیم، آنچنان که به تعبیر شیخ در صحیحہ عبد اللہ بن سنان که علی بن ابراهیم در تفسیرش نقل کرده است، مراد از (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) یعنی مطابق عهد و قراردادهایی که بستید، عمل کنید. ما سابقاً راجع به تفسیر علی بن ابراهیم می گفتیم که احتیاج دارد یک فحص درستی بشود و این چیزی را که مجمع البیان از تفسیر علی بن ابراهیم نقل می کند، ببینیم که با همین موجود مطابق است یا مطابق نیست؟ گفتیم که این احتیاج دارد یک مطابقه کامل بشود، چون نمی شود به این نسخه های موجود اعتماد کرد. البته بعضی ها با مجمع البیانی که قریب العهد هم هست، مطابقه کرده بودند و نتیجه گرفته بودند که همین تفسیر علی بن ابراهیم موجود، با مجمع البیان

اعلام الوری که مال طبرسی است، تفاوت جزئی دارد و این قرینه ای برای صحت اعتبار تفسیر علی بن ابراهیم در مواردی که سند آن را خود علی بن ابراهیم ذکر کرده است و این تطبیق اعتبار آن را اثبات می کند، و لو این تفسیر موجود تلفیقی از بیست و چند تفسیر است، ولی آن مقداری که با سند نقل کرده ابی عن ابن ابی عمیر عن عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله (علیه السلام)، اینها متبع است و لذا اینها را ما فعلاً صحیح می دانیم. باید به این اسناد توجه بشود، منتهی در خیلی جاها به این مسئله توجه نشده است و مواردی را که از تفاسیر دیگر نقل شده است، خیال کرده اند که از علی بن ابراهیم است. در صحیحہ عبد الله بن سنان عقد تفسیر به عهد شده است، معنای لغوی عقد هم بستن نخ یا ریسمان و امثال آن است. در خود عهد هم یک بستگی وجود دارد و وقتی از عهد تعبیر به بستن می کنند، برای این است که یک خرده قرار قابل ملاحظه باشد و این خلاف لغت هم نیست، برخی از لغویین موثق را هم اضافه کرده اند، گاهی هم به طور اطلاق گفته اند. کأن طبع عهد اقتضاء می کند که یک استحکامی داشته باشد، شاید این استحکام به اعتبار بنای عقلاء باشد که انسان وقتی چیزی را بر ذمه قرار می دهد، یک نحوه استحکامی هم دارد. خلاصه این چیزها خیلی منافاتی با هم ندارند. روایت هم که می گوید عقد عبارت از عهد است، عهد هم که چیزی را در ذمه قرار دادن است، قهراً متعلق به فعلی از افعال خواهد

بود و مفهوم عقد مقتضی این است که انسان یک فعلی از افعال را بر ذمه بگیرد. کلمه وفاء هم در بعضی از آیات مانند (أَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ) به معنای ایفاء و کامل قرار دادن است، منتهی کامل قرار دادن به تناسب موقعیت، مختلف می شود. در آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می فرماید که شما عهدتان را کامل قرار دهید و این کامل قرار دادن عهد، عبارت از این است که طبق عمل قرار دهید، اگر تعهد کردید، لقلقه لسان نباشد، عمل خارجی طبق آن محقق بشود. پس مراد از این آیه این است که شما به تعهداتتان عمل بکنید، بنابراین شخص در معاهدات معمولی طبق قراری که هست، اگر چیزی را در ملک دیگری قرار داده است، عهده دار می شود که دیگر بدون اجازه او تصرف در آن شیء نکند، البته ممکن است در بعضی جاهای دیگر عهده داری در کاری نباشد، ولی در متعارف موارد، عهده داری وجود دارد که شخص باید طبق آن عمل بکند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### اشکالات وارده بر استدلال به «اوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۱۰

Your browser does not support the audio tag

اشکالات وارده بر استدلال به «اوفوا بالعقود» برای صحت معاطاه عرض شد که طبق تفسیری که امام کرده در روایات صحیح، عقد عبارت از عهد است. البته می توان با توجه به اینکه طبق مشهور عهد و جوب وفا ندارد، گفت که مراد از عهد در اینجا عهد مؤکد و تعهد محکمی است که در مبادلات وجود دارد. (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می گوید که شما به تعهدتان عمل کنید. تعهد هم عبارت از این است که انسان در ذمه خودش جعل بکند که یک فعلی از افعال را انجام بدهد. اما اینکه ما بگوییم عقد عبارت از

ص: ۱۷۶

همان قرارداد اعتباری فیما بین طرفین است و مراد از عهد ملکیت است و متعلق عبارت از ملکیت باشد، این خلاف این روایت است. اینکه فرموده است که شما به عقد وفا کنید، یعنی به آنچه که در ذمه خودتان قرار داده اید عمل کنید، منتهی در انشاءات و عقدهایی که اشخاص می کنند به حسب متعارف یک التزام به فعلی از افعال وجود دارد که وقتی شخص انشاء ملکیت می کند، کأنه ملترم می شود که عملاً طرف مقابل را مالک حساب بکند، ولی خیلی ها عقد را به همان معنای قرارداد مبادله ای بین اشخاص و انشائی که می شود، گرفته اند. مرحوم آقای داماد هم به یک معنایی قائل بودند که به حسب ظاهر اوسع از این معنایی است که آقایان دیگر قائلند. در بحث فضولی که \_ بعداً خواهد آمد \_ خیلی ها خواسته اند صحت فضولی را این طور حل کنند که مراد از آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) این است که شما به عقدهایی که کرده اید، وفا کنید. مال انسان را شخص دیگری فروخته است، وقتی عقد او عقد من می شود که من این عقد را امضاء بکنم. اگر عقد فضولی را شخص امضاء کرد، از تاریخ امضاء، عقدی که شخص دیگری انجام داده است، با همان مشخصات به خود مالک اضافه پیدا می کند و فضولی صحیح است. خیلی ها این آیه را این طور معنی کرده اند. مرحوم آقای داماد به یک معنای وسیعی قائل بود، ایشان می فرمود که در آیه «عقودکم» گفته نشده است، یعنی هر عقدی که تحقق پیدا بکند، چه از ناحیه شما و چه از ناحیه دیگران، شما باید به آن ترتیب اثر بدهید و آیه در اینجا حکم به



صحت عقود می کند. همانطور که در (أَحْيَلُ اللَّهُ الْعَيْتِ) می فرماید که همه بیع ها صحیح است، چه بیع خودتان و چه بیع دیگران، در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) هم می فرماید که همه عقدها صحیح است، چه عقد خودتان و چه عقد دیگران. ایشان این طور می فرمودند و قائل به توسعه بودند، اما ما باید با مفاهیم عرفی روایت را در نظر بگیریم و ببینیم که عرف چطور می فهمد و آیا عرفاً این درست است که شخص دیگری ملکیت زید را قرار داده باشد و شما به آن وفا بکنید؟! اگر دلیلی داشتیم که وفا به معنای ترتیب اثر است، این درست بود، اما آن طور که ما می فهمیم وفا عبارت از این است که انسان وقتی تعهدی کرده است که کاری را انجام بدهد، وفا به آن بکند و انجامش بدهد. وقتی که گفته می شود «أوفوا بالنذور» معنایش این نیست که شما به نذر دیگران وفا کنید. (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و امثال آن مثل «أوفوا بالنذور» است. وفا از این است که وقتی انسان در ذمه خودش قرار داده است که یک کاری انجام بدهد، آن کار را تمامش بکند. متفاهم عرفی این طور نیست که دیگری نذر کرده باشد و من وظیفه داشته باشم به آن وفا بکنم، بلکه متفاهم از وفا این است که انسان وقتی تعهد کرده است که عملی را انجام بدهد، تعهدش را کامل بکند و کمالش هم با عمل به آن است. این چیزی است که ما می فهمیم. پرسشش: ... پاسخ: می گویم این معنای وفا نیست. شما مدعای مرحوم آقای داماد را این طور تفسیر می کنید که یعنی ترتیب اثر بده، ما می گوییم این وفا نیست. اگر

تعبیر به ترتیب اثر کرده بودند، ما می گفتیم معنایش این است که شما دیگری را مالک بدانید. می خواهیم ببینیم که آیا عرف و مردم عادی این طور تعبیر می کنند که شما به ملک دیگر، مالکیت و ملکیت را وفا کنید؟! این بحث ها فقط در طلبگی مطرح شده است، والا- در عرف معمولی چنین چیزی نیست و وفا به همان معنای عمل کردن به التزامی است که انسان در ذمه خودش قرار داده است. وفا به نذر هم همین طور است، «أوفوا بالنذور» به این معنی نیست که شما به نذرهای دیگران وفا کنید، کار به این ندارد، بلکه به این معنی است که اگر شما نذر کردید، به نذرتان عمل کنید. منتهی باید ببینیم که آیا می توانیم به آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) برای مورد بحث استدلال بکنیم یا نه. ما قبلاً هم عرض کردیم که استدلال به این آیه برای مورد بحث شبهه دارد و محل اشکال است، زیرا طبق این برداشت باید بگوییم که هر قراردادی که شما بستید، صحیح و لازم است، در حالی که بشر طاغی در میان قراردادها و تعهداتش، الی ما شاء الله موارد خلاف دارد. و عقیده ما این است که اگر الف و لام را استغراقی بگیریم، در استغراق عرفی باید اکثریت قریب به اتفاق مورد نظر باشد و نصف و کمی بیشتر از آن هم کفایت نمی کند، در استغراق عرفی فقط اگر یک شردمه قلیله خارج باشد، استغراق صدق می کند. آیا شما می توانید بگویید که ای مردم، تمام معاملات شما صحیح است، در حالی که این همه معاملات غرری وجود دارد، در همین ناوایی ها و جاهای دیگر در بسیاری از



موارد چیزهایی را که می‌خرند، نمی‌کشند و مقدارش را درست نمی‌دانند و کم و زیاد می‌شود و امثال آن... یا اینکه شرایط دیگری که در باب بیع هست مراعات نمی‌شود و این طور موارد خیلی شایع است. با این همه آیا (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می‌خواهد بگوید که اگر شما قراری با کسی بستید، آن را عملی بکنید؟! آیا (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عبارت از یک شیء تأسیسی است یا امضاء ما به العقلاء است؟ پرسش ... پاسخ: بله وجداناً هم همین جور است که مراد یک امر تأسیسی مثل نماز و روزه نیست، بلکه این یک مسئله عقلایی است و عبارت از این است که یک شیء جایزی را اگر با هم قرار گذاشتند، لزوم می‌آورد، اما اصل جواز این کار باید قبلاً ثابت بشود و بگوییم که این کار جایز است. اگر دو نفر با هم قرار گذاشتند که زن دیگری را تصاحب بکنند و زنا بکنند، چنین مواردی خروج موضوعی دارد، اگر دو نفر قرار بگذارند که اموال مردم را غصب بکنند، این خروج موضوعی دارد. (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می‌گوید که چیزهایی را که اشکال نداشت، اگر با هم توافق بر انجام آن کردید، به قرارتان عمل بکنید، بنای عقلاء هم بر الزام ما هو المشروع است. قهراً (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) در عقود صحیحه ای که می‌خواهیم بینیم که آیا لازم است یا جایز، به کار می‌آید، ولی در معاطاه که اصل صحتش مورد بحث است، استدلال به این آیه به نظر ما مشکل است. مراد از (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) یا عبارت از عقودی است که انسان با خدا بسته است که عبادت شیطان را نکنند و احکام الهی را

تغییر

ندهد، حلال را حلال و حرام را حرام بداند که در ادامه آیه هم اشاره به بدعت هایی است که یهودی ها گذاشته اند، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ...). الف و لام را با این معنی برای عهد می گیریم و آیه هم هیچ تخصیصی نمی خورد. یا اینکه مراد از عقود، اعم از عقود الهی و قراردادهایی باشد که مردم بین خود دارند، که در این صورت باید قائل به الزام ما هو المشروع بشویم، زیرا عقود الهی که همه اش مشروع است، اما قراردادهایی که در میان مردم است، برخی مشروع و برخی هم غیر مشروع است، منتهی همین قراردادهایی هم که مشروع است، «اوفوا بالعقود» حکم می کند که اگر قراردادی مشروع شد، لازم است که شما به آن وفا بکنید، منتهی در برخی از موارد لزوم استثناء خورده است. پرسش: ... پاسخ: ممکن است در بعضی از مصادیق جواز تخصیص وجود داشته باشد و در بعضی از مصادیق جواز تخصیص وجود نداشته باشد. اگر طرفین در عقود جایزه قرارشان بر این باشد که شیء فروخته شده پس گرفته نشود، در خود همین قرار، لزوم خوابیده است، گاهی هم فروشنده می گوید که اگر نپسندیدی، پس بیاور و امثال اینها. در جایی که خود شرع می گوید که شخص حق دارد که رجوع بکند، اما طرفین خودشان قرارداد محکم می بندند، به عقیده ما این مثل اسقاط حقوق است که موجب سقوط آن حق می شود. عقود لازم هم در اثر شرط جواز فسخ، جایز می شود. (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) هم می گوید هر طوری که شما قرار دادید، همان طور عمل کنید. با این معنی هیچ تخصیصی هم در آیه وجود ندارد، اما اگر احکام هم

مراد باشد، ممکن است بگوییم که شارع حکم به لزوم کرده است و اگر شما بخواهید قرار بر جواز بگذارید، تخصیص در آیه است، یا اینکه شارع در هبه حکم به جواز کرده است، ولی اگر شما قرار بر عدم مراجعه گذاشتید، تخصیص می شود. ممکن است بگوییم که در احکام چیزی که خلاف شرع است، شرطی که خلاف شرع است، تعهدی که خلاف شرع است، ممضی نیست و بنابراین تخصیص به (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می شود. مثلاً در باب هبه قرار گذاشتید که بر نگردد، شرع می گوید اگر هبه معوضه نباشد، شما حق برگشتن دارید، این طور موارد تخصیص می شود. یکی دیگر از آیات که به آن استدلال شده است، آیه قنطار است که اگر شما مهریه قرار دادید، هیچ مقدار از آن را نمی توانید از زن پس بگیرید. مرحوم آقای بروجردی به این آیه تمسک می کرد برای لزوم معاملات و قراردادهای و من برخورد نکردم به کسی که به این آیه استدلال کرده باشد، البته فحص نکردم، ولی در ذهنم نیست که کسی به این آیه استدلال کرده باشد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### استدلال به آیه قنطار و «الناس مسلطون علی اموالهم» بر صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۱۴

Your browser does not support the audio tag

استدلال به آیه قنطار و «الناس مسلطون علی اموالهم» بر صحت معاطاه یکی از آیاتی که به آن برای صحت، بلکه لزوم معاطاه استدلال شده است، آیه قنطار است. آقای بروجردی به این آیه استدلال می کردند و اما اینکه کسی دیگری هم به این آیه استدلال کرده است یا نه، من بررسی نکرده ام. آیه قنطار می فرماید: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۚ وَ

ص: ۱۸۲

كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) [۱] خداوند در این آیه شریفه می فرماید که اگر شما خواستید زنتان را به زن دیگری تبدیل کنید و برای آن زن مهریه ای که لا تعد و لا تحصی است، تعیین کرده بودید و حال قصد طلاق دادن او را دارید، حق ندارید که کوچک ترین مقداری از مهر او را کسر بکنید و به او ندهید، بعد می فرماید که این چقدر قبیح است که شما با آنها مباشرت کرده و قرار محکمی هم بسته باشید، مع ذلک بخواهید از مهریه آنها کسر بکنید چه عقل و وجدانی اجازه می دهد که انسان چنین کاری بکند. می فرماید (قَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ)، «أَفْضَى الی امرأته» را در لغت تفسیر به «باشرها» کرده اند که کنایه از جماع است. از مفاد آیه شریفه استفاده می شود که اگر کسی میثاق معاملی داشت، مثل اینکه کسی در نکاح قرار می بندد و مهر تعیین می کند، در این صورت شخص حق ندارد که از مهر چیزی را کسر بکند. بحث ما راجع به بیع است، اما این آیه راجع به نکاح است، منتهی سبک بیان آیه، سبک تعلیل است که می فرماید (وَ قَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) یعنی در این معاوضه ای که طرف مقابل عوضش را هم تحویل داده است که عبارت از مباشرت است \_ و به حسب متعارف عرف جزء اساس نکاح است \_ حق ندارید که از مهر کسر بکنید. از این نحوه تعلیلی که در این آیه واقع شده است، یک دلیل عام استفاده می شود که در همه معاوضات اعم از

ص: ۱۸۳

بیع و اجاره و... جریان دارد. از اینکه شخص حق کسر کردن از مهر را ندارد و مهر هم تابع اصل نکاح است، معلوم می شود که اصل نکاح صحیح و لازم است و لذا مهرش هم لازم است و کسر نمی شود. لسان آیه بالمطابقه می گوید که شما تکویناً منتفع شدید و اعتباراً هم مهر تعیین کردید و این امر اعتباری هم در خارج اجراء شده است. در اینجا البته قید ذکر شده است، ولی در خیلی مواقع قیود به حسب تفاهمات عرفی برای توطئه استفاده می شود. در اینجا مقصود این است که شما در هیچ کجا نباید غضب الهی را فراهم بکنید، نه اینکه فقط در این مصداق مورد اشاره از غضب الهی دوری بجوید. گاهی اوقات مصداق بیان می شود و در بیان علت حکم و در مقام تعلیل حکم، اصل کلی را بر مصداق عطف می کنند. اینجا هم به حسب تفاهمات عرفی چون عبارت میثاق غلیظ آورده شده است، مراد نماز و روزه و امثال آن نیست که فقط تعبد محض می باشند، بلکه یک چیزی است که عقلاء در آن حق دارند. اگر آیه (وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ) را به معنای مباشرت بگیریم، در اینجا مباشرت قید نیست که مخالفت با میثاق به قید اینکه اجرای خارجی هم شده باشد، حرام باشد و در نتیجه اختصاص به خصوص باب نکاح داشته باشد و نشود از باب نکاح تعدی کرد، بلکه فلسفه اش عبارت از این کلی است که اگر معاوضه ای شده باشد و عوض هم تسلیم شده باشد، اگر کسی بخواهد معوض را نگاه دارد و ندهد، یا کسر بکند، جایز نیست. این

استدلالی است که به این آیه شده است. و اما راجع به عبارت میثاق غلیظ، باید بگوییم که در روایات «غلیظ» به مباشرت تفسیر شده است. «غلیظ» لغهً با مباشرت یکی نیست و این تفسیر کنایه از این است که یک امر اعتباری با اجرای خارجی عرفاً استحکام پیدا کرده است. گاهی یک امر اعتباری فقط در عالم اعتبار و لفظ است، ولی اجرای خارجی محقق نمی شود. این تعهد به استحکام تعهدی که خارجاً هم اجرای خارجی پیدا کرده است، نمی باشد. لذا در روایات «میثاق» تفسیر به عقد شده و «غلیظ» هم تفسیر به مباشرت. پس غلیظ عبارت از مباشرت خارجی است. آنچه که به نظر می آید این است که خود این آیه این استدلال را تخطئه می کند، زیرا با توجه به اینکه در این روایت معتبر، میثاق غلیظ کنایه از مباشرت دانسته شده است و در آیه هم فرموده است که (وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ) که لغوین می گویند «افضاء» به معنای مباشرت است، استفاده می شود که این حکم مترتب بر ازدواج تنها نشده است، بلکه باید اجرای خارجی هم باشد تا این کسر کردن از مهریه مورد تعجب قرار بگیرد. مختار مورد بحث ما عبارت از این است که اگر عقد در هر جایی واقع شد، لازم الوفاء است و شخص نمی تواند از پرداخت مقداری از مال امتناع بکند. پیداست که مقصود از تأخذونه عبارت از اخذی است که دیگر ندهد، نه اینکه ما مثلاً معوض را گرو نگه داریم تا شخص مقابل عوض را تسلیم بکند. اگر انسان مطمئن باشد که در صورت تسلیم کردن معوض، طرف مقابل عوض را تسلیم

خواهد کرد، موظف است که معطل نکند و معوض را تسلیم بکند هر چند تسلیم عوض به طول بکشد. مثلاً در عقد اجاره اگر انسان کسی را اجیر کرد تا به مکه برود، تا آن شخص بخواهد عملش را تسلیم بکند، طول خواهد کشید تا به مکه برود و برگردد، ولی اگر شخص مطمئن است که شخص این کار را انجام می دهد، باید پول او را بدهد و نباید بگوید که تا این کار را انجام ندهی من پول تو را نمی دهم. البته در بعضی جاها در معاوضات دیدم که گفته اند تا طرف مقابل عوض را ندهد، شخص می تواند از دادن معوض امتناع بکند، اما این طور نیست و هر کدام از طرفین طبق تمکنی که دارند، موظف هستند که به وظیفه شان عمل بکنند، مگر اینکه اطمینان به عمل طرف مقابل نداشته باشند. بنابراین این آیه قرآن نمی خواهد بفرماید که نفس العقد مورد تعجب است، بلکه باید عقد محقق بشود، بعد از آن هم اجرای خارجی بشود تا مورد حکم شرعی قرار بگیرد. شخص با عقد نکاح مالک کل مهر می شود، نه اینکه بگوییم با عقد نکاح، مالک نصف المهر بشود و نصف دیگرش را با دخول مالک بشود \_ که این قول، قول نادری است \_ منتهی اگر طلاق قبل از دخول محقق شد، مهر تنصیف می شود و نصفش بر می گردد. فرض مسئله این است که طبق عبارت (وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ) دخول محقق شده است، پس تنصیفی در کار نیست. در اینجا قید هست و دخالت در حکم هم دارد و بدون این قید لازم نیست کل مهریه داده شود. اما

مورد

ص: ۱۸۶

بحث ما در این است که با نفس عقد الزام بیاید، منتهی هر کدام از طرفین که اطمینان به اتیان معاوضه نداشته باشند، امتناع از معاوضه بکند. پس بنابراین آیه اخص از مدعاست. پرسش: ... پاسخ: خیلی از عقدهایی که واقع می شود با معاطاه نیست، حتی عقدهای محکمی با قرارداد می بندند و مطلب را تمام می کنند و سپس برای اجرائش یک چیزی می دهند. ایشان می خواستند بفرمایند که با الغاء خصوصیت از آیه انسان می فهمد که در اقسام دیگر هم همین طور است. خلاصه اینکه مطلبی که استفاده می شود این است که نفس هر قراردادی چه به صورت کتبی و چه به صورت لفظی، گاهی با اجرای خارجی نفس قرار یک استحکامی پیدا می کند. انسان گاهی فقط صحبت می کند و دیگر انشائی در کار نیست، اگر انشاء به دنبال صحبت آمد، یک نحوه استحکامی در قرارداد حاصل می شود، استحکام ذی مراتب است. اما آنچه که از آیه استفاده می شود این است که میثاق همان عقد است و اگر بخواهد مؤکد باشد و آثار خارجی داشته باشد، زاید بر عقد و یک مرتبه ای بالاتر از آن است و تنها انشاء نیست. آقای بروجردی می خواستند که در نتیجه ی انشاء تنها بگیرند، اما بالفطره انسان درک می کند که این طور نیست و مراد تعهدی که تنها با انشاء استحکام پیدا کرده باشد، مراد از آیه نمی باشد. البته نمی توانیم از این آیه مفهوم بگیریم و بگوییم که مطلق میثاق ارزشمند نیست، زیرا مراد از تعجب در (كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ) این است که در این فرض که مباشرت انجام شده است، قباحت کسر مهریه بیشتر است، نه اینکه بگوییم در غیر این فرض اصلاً قباحتی

وجود ندارد و چنین مفهومی را نمی توانیم از آیه بگیریم. گاهی اوقات در آیات قرآن از وجه آیه غفلت می شود، مثلاً در آیه (لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً) [۲] با اینکه اگر یک درهم از ربا هم حرمت دارد و اگر کسی مرتکب آن بشود، حکم جنگ با خدا و رسولش را دارد، (فَأَذِنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ)، در عین حال آیه می گوید (لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً). این آیه در مقام مسئله گفتن نیست که بگویند ایها الناس من می خواهم یک مسئله ای به شما یاد بدهم که اگر ربا اضعاف مضاعف شد، حرام است. واعظی که بالای منبر می رود غیر از مسئله گو می باشد. کسی که در مقام مسئله گفتن است، اشیاء را با حد و حدود بیان می کند، چون قصد تعلیم دارد، اما واعظ از همان معلومات اشخاص استفاده می کند و امور جاری را نقد یا تشویق می کند. آیه (لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً) می خواهد بگوید که ای مردم! این چه کار غلطی است که شما انجام می دهید و این طور ربا می گیرید و تمام خانه ها را با این کار ویران می کنید؟! آیه در مقام تقییح است و برای تقییح ما وقع خارجی هر چه بیشتر در نظر گرفته بشود، مناسب تر است. در مقام تقییح باید خصوصیات را درج کرده و به مصادیق ضعیف اکتفاء نکرد. آیه هم می خواهد بگوید که اگر شما قرار بستید و تمتع هم بردید، قبیح است که بخواهید از مهریه کسر بکنید و این قانون درستی نیست. لذا از این گونه موارد نمی توان چنین مفهومی را برداشت کرد که اگر اجرای خارجی نشد، لزوم موافقت وجود ندارد. پس به این آیه



هم نمی توانیم برای صحت یا لزوم معاطاه استدلال بکنیم. پرسش: از یک جهت دیگر به استدلال به این آیه می توان اشکال کرد که آیه در مقام بیان فروع حکم است. پاسخ: آن هم بعید نیست، چون آیه در مقام گفتن مسئله نیست، اگر در مقام گفتن مسئله بود، همه اطلاقات گرفته می شد، ولی اگر در این مقام نبود، یک فرعی از فروع را می گیرد. خلاصه همان طور که آقای خمینی فرموده اند، این آیه حتی به درد استدلال برای نکاح هم نمی خورد، تا برسد به اینکه برای سایر معاوضات به آن استدلال کرد، زیرا آیه قسم خاصی را عنوان کرده است که در عقد نکاح اجرای خارجی هم شده باشد. خوب این بحث تمام شد. یکی از ادله ای که به آن به صحت معاطاه استدلال شده است «الناس مسلطون علی اموالهم» می باشد. این عبارت در کتب معروف معتبره ی ما وجود ندارد و فقط در دو جا در کتب ابتدایی وجود دارد، یکی در عوالی اللئالی ابن ابی جمهور احسائی است که ایشان در اوائل قرن دهم فوت کرده است و تا سنه ۹۰۹ زنده بوده است و شاید یک قدری بعد فوت کرده باشد. یکی هم در کتاب الشهاب فی الحکم والآداب تألیف شیخ یحیی بحرانی ذکر شده است. دو کتاب شهاب داریم، یکی شهاب الاخبار فی الحکم والامثال تألیف قاضی قضاعی که معاصر شیخ طوسی بوده و در سنه ۴۵۴ فوت کرده است و هزار حدیث نبوی را در آن گردآوری نموده است و خیلی کتاب معروفی است و شرح های زیادی بر آن نوشته شده است، یکی هم الشهاب فی الحکم والآداب نوشته شیخ یحیی بحرانی

است که شیعه است و عصر و فوتش درست روشن نیست، بعضی ها گفته اند که شاگرد شیخ حسین بن مفلح صیمری متوفی ۹۳۳ است که قهراً تقریباً در ردیف شاگردهای محقق کرکی و متأخر از ابن ابی جمهور خواهد بود، زیرا ابن ابی جمهور در اوایل قرن دهم بوده و ایشان در اواسط قرن دهم. این کتاب هم در یک مجموعه کوچکی با یک خط زیبایی چاپ شده است. شاید کسی بخواهد این طور استدلال بکند که مشهور به این عبارت از زمان قدیم عمل کرده اند و مورد استناد بوده است. پرسش: کتاب نهج الحق علامه حلی... پاسخ: در آنجا هم اگر باشد، از همین هاست. نهج الحق مسند نقل نمی کند. خلاصه اینکه همه اینها مرسل است و گمان می کنم در کتب فقهی استدلالی به عنوان کلام نبوی به این عبارت استدلال کرده باشند، مثل کلمات شیخ طوسی و اقدام از ایشان. پرسش: در خلاف شیخ طوسی هم هست و متقدمین فقهاء در کتاب های فقهی شان اگر مرسل نقل کرده باشند، اعتبارش از این قرن دهمی ها بهتر است. پاسخ: بله عرض کردم اگر یک چنین مراسیلی باشد که به عنوان کلام نبوی به آن استدلال کرده باشند. خلاصه این یکی اشکال سندی دارد و اگر کسی با این مطالب مطمئن بشود که از معصوم صادر شده است و ارسالش اشکالی وارد نمی کند، یک بحث دیگری راجع به دلالتش مطرح خواهد شد که شیخ انصاری به آن پرداخته است و بعضی ها خواسته اند که جواب بدهند و آقایان برای بررسی مطلب مراجعه بکنند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### استدلال به «الناس مسلطون علی اموالهم» بر صحت معاطاه و اشکالات شیخ و آخوند و ... ۹۱/۰۸/۱۵

Your browser does not support the audio tag.

استدلال به «الناس مسلطون علی اموالهم» بر صحت معاطاه و اشکالات

ص: ۱۹۰

شیخ و آخوند و ... یکی از ادله ای که برای صحت معاطاه به آن استدلال شده است، حدیث مرسل «الناس مسلطون علی اموالهم» می باشد. اگر ما عمل مشهور را صغریاً و کبریاً بپذیریم، از نظر سند اشکالی پیدا نمی شود، ولی در دلالت این روایت بحث مفصلی وجود خواهد داشت. ما اشکال شهید ثانی را قبول داریم که بسیاری از متأخرین تابع شیخ بوده اند و از خودشان نظر علی حده ای نداشته اند. ایشان می فرمایند که اگر این شهرت متقدم بر شیخ بود، و قبل از ایشان به «الناس مسلطون» تمسک کرده باشند، ما این شهرت را می پذیریم، ولی چنین چیزی ثابت نیست. حال بینیم که این روایت از نظر دلالت تمام است یا نه. شیخ اشکالی دارد، مرحوم آخوند هم یک اضافه ای بر اشکال ایشان دارند و مرحوم ایروانی هم اشکالاتی وارد نموده اند. مرحوم شیخ می فرمایند که «الناس مسلطون» دلالت بر این دارد که شخص اختیاردار مال خودش است و می تواند هر کاری با مال خود بکند، بفروشد، اجاره بدهد، هبه کند، عاریه به کسی بدهد و ... شخص بر مال خود مسلط است و تمام این تصرفات برای او جایز می باشد. اما اگر شک بکنیم که مثلاً هبه یا بیع با چه اسبابی محقق می شوند، این روایت دلالت بر آن معنی نمی کند. این مطلب اجماعی است که شخص حق بیع دارد، اما اینکه به چه وسیله ای می تواند مال خودش را منتقل بکند، اطلاق روایت چنین مواردی را شامل نمی شود. شیخ می فرمایند که اگر ما شک کردیم که یک نوعی از تصرفات برای مالک جایز است یا نه، مشروع است یا نیست، در چنین موردی می توانیم به



اطلاق روایت تمسک بکنیم و اطلاق روایت اقتضاء می کند که مالک حق انواع تصرفات را داشته باشد، اما روایت ناظر به اسباب تصرفات نیست و در نتیجه دلالت روایت بر مدعی تمام نمی باشد. ظاهر فرمایش آخوند این است که اصل فرمایش شیخ را قبول کرده است، منتهی نسبت به یک قسمت از فرمایش شیخ تعلیقه ای دارند. شیخ فرمود که اگر شک در اصل مشروعیت یک نوع از تصرف داشتیم، می توانیم به اطلاق روایت تمسک بکنیم، اما آخوند می فرمایند که اگر در اصل مشروعیت نوعی از تصرفات هم شک بکنیم، باز هم نمی توانیم به «الناس مسلطون» تمسک بکنیم. بعبارة اخیری مواردی در شریعت وجود دارد که قطع نظر از اسباب، اصل آنها ثابت است، مانند هبه و بیع و اعارة و اجاره و امثال آن، در این موارد گاهی شک می کنیم که آیا چنین تصرفاتی که اصلش در شریعت ثابت است، برای مالک هم چنین اختیاری در مالش وجود دارد یا نه. مرحوم آخوند می فرماید که در چنین مواردی از اطلاق «الناس مسلطون» استفاده می شود که چنین اختیاری برای مالک هم وجود دارد. اما اگر ما در اصل مشروعیت یک نوعی از تصرف شک داشته باشیم، مثلاً شک کنیم که آیا در شرع هبه صحیح است یا نه، یا اینکه اصلاً حق ولایت مشروع است یا نه، همچنان که شارع بیع ربوی را تشریح نکرده است، در چنین موردی ما نمی توانیم به اطلاق «الناس مسلطون» تمسک بکنیم. طبق اطلاق روایت ما می گوییم که همه اقسامی که اصلش ثابت است، مالک هم دارای آن اختیارات است و این طور نیست که یک دسته خاصی این اختیارات را داشته باشند

و مالک استثناء باشد. این هم فرمایش مرحوم آخوند بود. یک توضیحی هم در تقریرات مرحوم آقای اراکی بیان شده است. این تقریرات قریب به صد سال قبل نوشته شده است، زمانی که مرحوم آقا شیخ عبدالکریم در اراک بوده است. در این تقریرات مطالبی از مرحوم آقا سید محمد کاظم با عنوان «السید المحشی دام ظلّه» نقل شده است و از این عنوان پیداست که این تقریرات در زمان حیات مرحوم سید محمد کاظم نوشته شده است. (نود و هفت سال از فوت مرحوم سید می گذرد) ایشان در آنجا فرمایشی دارند که عین همان فرمایش را آقای خویی هم بیان کرده اند. ایشان می فرمایند که «الناس مسلطون» ناظر به مواردی که اصل مشروعیتشان ثابت نیست، نمی باشد، بلکه اطلاق این روایت شامل مواردی است که اصل مشروعیتشان ثابت شده است، اما نمی دانیم که آیا مالک هم چنین اختیاری دارد یا نه. هم آقای خویی و هم آقای حاج شیخ مثالی می زنند که اگر مثلاً شخص مالک عبد است، آیا می توانیم بگوییم که «الناس مسلطون» دلالت می کند که وطی این عبد هم برای مالک جایز است؟! این روایت ناظر به جایی است که اصل مشروعیتش ثابت باشد و شک کنیم که آیا مالک بما هو مالک چنین اختیاری دارد یا ندارد. یا اگر کسی مالک سگ گله و امثال آن بود، می توانیم با تمسک به اطلاق روایت بگوییم که شخص مالک می تواند گوشت سگ را بخورد؟! این روایت به این موارد ناظر نیست، بلکه شامل مواردی است که ذاتاً اشکالی ندارند و در اختیار مالک شک داریم. لذا بر همین اساس مرحوم آخوند می فرمایند که باید اصل

مشروعیتش ثابت بشود، آن وقت بگوییم که مالک هم چنین حقی را دارد. بنابراین اگر در جایی در اصل مشروعیت شک داشتیم که آیا چنین تصرفی جایز است یا نیست، نمی توانیم به اطلاق این روایت تمسک بکنیم. مسئله معاطاه هم که مورد بحث ماست، ربطی به مالک ندارد، بلکه بحث در این است که آیا معاطاه جزء اسباب انتقال است، یا نیست، خود معاطاه آیا مشروعیت دارد یا ندارد. اگر معاطاه را جزء انواع هم بدانیم، باز هم این روایت دلیل برای صحت آن نخواهد بود، زیرا در اصل مشروعیت آن شک داریم. این اشکالی است که ایشان به فرمایش شیخ کرده اند، البته اسمی نمی آورند. یک اشکالی هم مرحوم ایروانی می کند که اگر ما بگوییم «الناس مسلطون» انواع را می گیرد، گاهی اوقات ممکن است که تمام انواع تحت یک جنسی داخل شده باشد، مثلاً اکل، شرب، نقل و... و در این صورت این نوع بمعنی الاعم یا همان جنس، قدر متیقن خواهد بود و اثبات تصحیح مال نسبت به کلی نقل می باشد، ولی اقسام مختلف نقل، مانند بیع و اجاره و صلح و اعاره و... خلاف قدر متیقن خواهد بود. ایشان این مطلب را بیان کرده است و هیچ دلیلی هم برای فرمایش خود نیاورده است که این قدر متیقن از کجا فهمیده می شود؟ آیا عرف متعارف این طور می فهمد؟ اگر گفته شد که مالک نسبت به مالش اختیاردار است، از این استفاده نمی شود که حق فروش و اعاره و اباحه نداشته باشد، چون ما یک جامعی را فرض می کنیم و می گوییم که این قدر متیقن است و اقسام مختلف این جامع خلاف قدر متیقن

است. اگر چنین چیزی به عرف گفته شود، اصلاً به فکر جامع نمی افتد، بلکه برداشت عرف از اختیاردار بودن مالک این است که حق دارد مال خودش را بفروشد، ببخشد، اباحه کند، اعاره بدهد و... عرف این را می فهمد. اشکال دومی که ایشان می فرمایند این است که اگر حکم بر روی موضوعی رفت، اطلاقات ادله اقتضاء می کند که تا مادامی که موضوع محفوظ است، این حکم هم بر او ثابت است، اما اگر موضوعی از بین رفت، اطلاقات ادله شامل آن نخواهد شد. بنابراین شخص مالک تا مادامی که موضوع مالکیت برای او محفوظ است، تصرفاتش بجاست، اما در برخی از تصرفات موضوع از بین می رود و از اطلاقات استفاده نمی شود که اعدام موضوع هم جایز باشد. با حفظ موضوع مالک هر اختیاری بر مال خود دارد، اما مثلاً با نقلی که دیگران صورت می گیرد، موضوع ملکیت معدوم می شود و باید دید که آیا مالک می تواند اعدام موضوع بکند یا نه. جواز چنین تصرفی از اطلاقات استفاده نمی شود. این اشکال ایشان خیلی عجیب است، زیرا خود ایشان قبلاً می گوید که جایز است انسان در مال خودش اکل و شرب بکند. انسان با خوردن و آشامیدن مال خودش، موضوع را از بین می برد. اگر قرار باشد که با آن بیان تخیلی اطلاقات اعدام موضوع را نگیرد، پس اکل و شرب هم نباید جایز باشد، زیرا با اکل و شرب موضوع از بین می رود. اما اینکه گفته می شود باید موضوع محفوظ باشد، به این معنی است که موضوع باید قبل از بار شدن حکم محفوظ باشد. مثلاً اگر شما امر به قتل کفار شدید، موضوع قتل در

اینجا آدم زنده است و این طور نیست که بگوییم اُقتل این مورد را شامل نمی شود، زیرا با قتل موضوع از بین می رود. موضوع در اینجا عبارت از حی لولا القتل است و ادله اُقتل شامل موضوع لولا القتل است که عبارت از آدم زنده می باشد. شما در مال خودتان هر نوع تصرفی می توانید بکنید، مثلاً این شیء قبل از خورده شدن، مال من است و موضوع هم همین است و حکم هم بر آن حمل می شود. ایشان این طور به ادله سلطنت اشکال کرده است، اما این اشکال ها اشکال نیست. اشکال مرحوم آخوند یک اشکال اساسی است، اشکال مرحوم شیخ هم اشکال اساسی است، منتهی اشکال شیخ را مرحوم آقا سید محمد کاظم خواسته است که جواب بدهد. ایشان می فرماید که اطلاقات ادله می گوید انواع تصرفاتی را که در عرف متعارف باشد، برای شما مجاز است، یکی از تصرفات متعارف در عرف نقل و انتقال است که هم به صورت لفظی و هم به صورت معاطاتی برای شما مجاز خواهد بود. پس ادله مورد بحث را هم که معاطاه است را شامل می شود. این اولاً و در ثانی چه لزومی دارد که ما بگوییم فقط انواع تصرفات مراد است، (نوع منطقی که در مقابل صنف است) بلکه می توانیم بگوییم که مراد نوع بمعناه الاعم است که شامل صنف هم می باشد و یکی از اصناف معاملات هم معامله ی معاطاتی است که مجاز می باشد. این هم اشکال دوم بر مطلب بود، ولی فرمایش ایشان قابل مناقشه است، زیرا اگر گفتند که مثلاً زید سلطنت دارد که به عتبات برود و از طریق متعارف رفتن به عتبات ممنوع بود،



ولی او از راه غیر متعارف می تواند برود، باز هم سلطنت برای او صدق می کند. پس این طور نیست که فقط ناظر به راه متعارف باشد، بلکه متعارف و غیر متعارف را شامل می شود. در بعضی موارد که گفته می شود شخص سلطنت دارد، استفاده می شود که اگر به وسیله سبب غیر متعارف هم باشد، باز هم سلطنت صدق می کند، اما در بعضی جاهای دیگر اگر سلطنت اطلاق شود، چنین چیزی فهمیده نمی شود، مثلاً اگر یک قطعه موم را در اختیار کسی قرار دادند که هر جور می خواهد درستش بکند، به این معنی نیست که به هر سببی بخواهد این کار را بکند، مثلاً با یک فوت بخواهد یک نقش خیلی ممتازی بسازد یا فرض کنید انگشتش را تکان بدهد و یک نقش ممتازی ساخته بشود، در چنین مواردی به این اسباب غیر متعارف ناظر نیست. پس بنابراین اگر اصل یک چیزی ثابت بود، اما راجع به اینکه آیا هر چیزی را می توانیم علت برای ایجاد آن شیء اختیاری قرار بدهیم یا نه، اگر در این شک بکنیم، اطلاق شامل چنین مواردی نمی شود. اگر شک کنیم که معاطاه شرعاً جایز است و علیت برای نقل و انتقال پیدا می کند یا نه، این روایت از این جهت اطلاق ندارد. پرسش: ... پاسخ: عموم حمل بر موارد شرعی شده است و مراد عبارت از موضوعات شرعی می باشد، منتهی این یک بحث دیگری است که اگر حکمی بر موضوعی حمل شد و شارع هم ردعی از مصادیقش نکرد، ما می فهمیم که عرف و شرع یکی است، اما اگر شارع مثلاً راجع به ربا قائل به مالکیت نشد، تخصیص در ادله نیست.

مراد مالکیتی است که شارع معتبر می داند، منتهی اگر عرف کسی را مالک دانست و دلیل بر خلاف نبود، ما می گوئیم شرع هم او را مالک می داند، ولی اگر دلیل بر خلاف بود، تخصصاً خارج است، نه تخصیصاً. پرسش: مرحوم سید در اول بحث معاملات می گوید اصل در معاملات آن چیزی است که عرف می گوید ... پاسخ: من عرض می کنم این درست نیست. عموماً و همه ی چیزهایی که می گویند انسان نمی تواند در مال دیگری تصرف بکند، مراد مالی است که شرع آن را مال می داند، اما مالی که عرف آن را مال می داند، ولی شرع آن را مال نمی داند، احکام و عموماً به چنین مواردی ناظر نیست. پرسش: این قاعده معاملات سید را قبول ندارید؟ پاسخ: ما می گوئیم تا زمانی که بنای عقلاء از جانب شرع ردع نشده باشد، مُمضی است، اما اگر در جایی ردع شد، تخصیص دلیل نیست. اما اگر از اول بگوئیم آنچه را که عرف می گوید مراد است، قهراً اگر یک موضوعی از جانب شرع ردع شد، تخصیص برای این دلیل اجتهادی می شود، ولی ما می گوئیم که تخصیص نیست، هر وقت یک حکمی بر موضوعی بار شد و ردعی نشد، معلوم می شود که عرف و شرع یکی است، اما اگر شارع ردعی کرد، آن مصداق خاص تخصصاً خارج خواهد بود. خلاصه اینکه اگر گفتند فلان کس سلطنت دارد که به عتبات یا به مکه برود، معنایش این نیست که فقط از طریق عادی و متعارف چنین سلطنتی دارد و چنین چیزی در این عبارت نخواهید است. پرسش: ... پاسخ: یک بحث دیگری هم هست و آن عبارت از این است که اگر اصل

مشروعیت چیزی به وسیله یک سببی ثابت بشود و ادله ناظر به اسباب هم باشد، البته استفاده می شود که این استثناء نشده است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### اشکالات وارد بر استدلال به روایت «الناس مسلطون» برای صحت معاطه ۹۱/۰۸/۱۶

Your browser does not support the audio tag

اشکالات وارد بر استدلال به روایت «الناس مسلطون» برای صحت معاطه دیروز عرض شد که مرحوم آقای ایروانی می فرمایند که ادله سلطنت مادامی اثبات سلطنت می کند که موضوع محفوظ باشد و نسبت به تصرفاتی که موجب اعدام موضوع می شود، ناظر نمی باشد و اثبات سلطنت با فرض موضوع است. واجب مشروط حافظ شرط خودش نیست و در اینجا هم حکم مشروط به وجود موضوع است، لذا نمی توانیم این حکم را نسبت به مواردی که اعدام موضوع است جاری بدانیم. ما هم عرض کردیم که موضوع در این موارد مثلاً در جایی که گفته می شود شما باید کفار را بکشید، موضوع قتل در این مثال حی لولا-القتل است، بنابراین ادله قتل شامل شخص زنده قبل از قتل می شود. همین معنی راجع به تصرفات هم هست که وقتی گفته می شود شخص مالک حق تصرفات دارد، یعنی لولا التصرف آن موضوع وجود داشته باشد و لو بعد از تصرفاتی مانند اکل و شرب، موضوع از بین می رود. خود ایشان اکل و شرب را قبول کرده نموده و قبلاً ذکر کرده است و همه هم این مطلب را می فهمند که اگر گفته شد «الناس مسلطون علی اموالهم» به این معنی است که شخص می تواند غذایی که در ملکش است را بخورد. خلاصه ایشان می خواهد بفرماید که اگر خارجاً بگوییم شخص حق ندارد سلطنت را از خود بگیرد، این خلاف اطلاق دلیل نیست. البته اینکه کسی حق نداشته

ص: ۱۹۹

باشد که سلطنت را از خود بگیرد، گاهی امکان دارد، ولی این «الناس مسلطون» دلیل بر آن نیست، گاهی هم اصلاً گرفتن سلطنت محال است، مانند سلطنت خداوند نسبت به موجودات که در اینجا گرفتن این سلطنت محال است و نقص هم نیست، زیرا نقص در جایی است که کسری در فاعل باشد، اما اگر قابل صلاحیت وجودی نداشته باشد، نقصی نسبت به فاعل وجود نخواهد داشت. مثلاً نمی توانیم بگوییم خداوند می تواند اجتماع نقیضین هم بکند، زیرا اجتماع نقیضین اصلاً صلاحیت وجودی ندارد و اگر خداوند بخواهد سلطنتش نسبت به موجودات را \_ که لازمه ذاتی اوست \_ از خودش بگیرد، این نمی شود. پس در بعضی موارد گرفت سلطنت استحاله دارد و در بعضی جاها استحاله ندارد. ولی این دلیل «الناس مسلطون» ناظر به آن نیست و دلالت بر این ندارد که شخص بتواند اعدام موضوع بکند. ما عرض کردیم که اگر این طور باشد که ایشان می فرمایند، باید بگوییم که «الناس مسلطون» حتی بر اکل و شرب و بسیاری از موضوعات دیگر هم دلالت ندارد. در آیه شریفه هم می فرماید که (قُلْ فَمَنْ يَمْلِكُ مِنَ اللَّهِ شَيْئاً إِنْ أَرَادَ أَنْ يُهْلِكَ الْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَأُمَّهُ وَ مَنْ فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً) بعد هم می فرماید که (وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ) [۱] مثل اینکه یکی از شئون سلطنت همین معنای اعدام کردن است و کأن اختیارداری ملک و سماوات و ارض اقتضاء می کند که همه این چیزها را شامل بشود و خود همین مؤید این مطلب است که «الناس مسلطون» تمام سلطه ها حتی اعدام موضوع را هم شامل می شود. موضوع هم عبارت از یک شیء لولا هذا التصرف است



و این موضوع از بین نرفته است و محفوظ است. خلاصه اینکه حرفی در این نیست و این مطلب خیلی روشن است، حال چطور ایشان چنین بیانی کرده اند، نمی دانم! من از مرحوم آقای داماد شنیدم که می فرمود مرحوم آقا شیخ عبدالکریم از وجدان به برهان می رفت، یعنی اول فطریات اولیه خودش را حساب می کرد، بعد آن را مستدل می کرد، نه اینکه اول انسان به یک چیزهایی مانوس شده باشد و به خاطر آنها از فطریات اولیه اش رفع ید بکند و در آنها دست اندازی نماید. انسان اول باید خالی الذهن ادراکات اولیه را حساب بکند، بعد برهانی اش کند و مشکلات را هم یک طوری حل نماید. مرحوم آقاسید محمد کاظم هم اشکال به شیخ می کند که شیخ می فرماید اطلاقات ادله سلطنت، ناظر به اسباب نیست، اما ایشان می فرماید که ناظر به اسباب است، منتهی به اسباب متعارف. ایشان بیانی هم ندارند که چطور ناظر به اسباب متعارف است. من دیروز عرض کردم که اگر کسی یک مسئله تکوینی را بگوید که مثلاً زید می تواند به مکه برود، این اصلاً ناظر به این نیست که با چه سببی می تواند برود، ممکن است با اسباب متعارف نتواند برود، با اسباب غیر متعارف بتواند برود. و این بیان هیچ ظهوری راجع به اسباب ندارد، بلکه ناظر به اصل توان زید برای مکه رفتن است، اما نسبت به خصوصیات و اسباب رفتن، هیچ ظهوری ندارد. بنابراین وقتی گفته می شود که شخص می تواند در اموالش تصرف کند، ناظر به این نیست که چطور تصرفی داشته باشد، آیا می تواند با حرکت انگشت هم نقل و انتقالی بکند، یا نه؟ این مطلب باید از جای

دیگر معلوم بشود و این دلیل بر آن نیست. حتی در امور متعارف هم نمی تواند دلیل باشد، منتهی عرض کردیم که در متعارف ها اگر ردعی نشده باشد، به دلیل دیگر ثابت می شود که ممضای شرع است، نه به واسطه این الفاظ که دلیل اجتهادی هستند، که اگر به واسطه این دلیل اجتهادی باشد، اگر ردعی حاصل شود، تخصیص این ادله خواهد. بنابراین چون این ادله ناظر به این خصوصیات نیست، در صورت ردع شارع تخصصاً خارج است، نه تخصیصاً. آن وقت مرحوم سید نسبت به اشکال شیخ جوابی فرموده است مبنی بر اینکه لازم نیست نوع را نوع منطقی بدانیم که در مقابل صنف است، بلکه نوع را بمعنی الاعم بدانیم که شامل صنف هم می شود و یکی از اصناف بیع هم که بیع معاطاتی است، پس دلیل شامل این بیع هم بشود و اشکال شیخ هم پیش نمی آید. ولی خلطی در اینجا پیش آمده است و آن این است که نوع در اینجا در مقابل صنف نیست، بلکه اصناف بیع را هم می گیرد. شیخ می گوید «الناس مسلطون» شامل اصناف بیع هم هست، نه تنها بیع و اجاره و .. را شامل می شود، بلکه اصناف بیع مانند بیع نسیه و سلف و سایر اقسام بیع را هم در بر می گیرد، منتهی ناظر به اسباب نیست تا ایشان چنین استفاده ای از دلیل بفرمایند. ایشان منکر این نیست که عمومات شامل اصناف بشود و همان معنای وسیعی را که سید می فرماید را شیخ هم قائل به آن است، ولی شیخ می گوید که ناظر به اسباب نیست، ولی شخص نسبت به اقسام و اصناف مختلف بیع تسلط دارد.

پس این جواب فرمایش شیخ نیست. آقایان مصدر حدیث «الناس مسلطون» را که شیخ در خلاف از کتب عامه تعیین کرده است را بررسی بکنند که ظاهراً یکی از مصادر آن جلد ششم سنن کبرای بیهقی است و دیگری هم جلد سوم سنن دارقطنی. آقایان به این مصادر مراجعه کنند و ببینند که از چه طریقی نقل شده است. پرسش: اشتباه آدرس داده اند، مراجعه شده و اصلاً خود این حدیث نیست. پاسخ: یعنی هر دو کتاب را مراجعه کردید؟ پرسش: هر دو کتاب این حدیث را ندارد اصلاً در کتب قدمای اهل سنت نیست، متأخرین شان استدلال کرده اند. پاسخ: پس «لا یحل مال امرئ» یکی دیگر بود و شاید مثلاً پس و پیش شده است. آنجا که این جوری در پاورقی دارد. ما مکرر این مطلب را گفته ایم و شاید بعضی از ذائقه ها آن را نپسندند، اما عقیده ما این است که یک وجدانیاتی است که باید آن را پذیرفت که اشخاص چه شیعه، چه سنی، چه مسیحی و چه یهودی و چه لامذهب، اینها گاهی احتیاج به اشخاص راستگو و کتاب های قابل اعتماد دارند. در زمان سابق به شاه گزارش داده بودند که آقای خزعلی بالای منبر به شاه بد گفته است، شاه هم به آقای بروجردی پیغام داده بود که آیا این درست است که به صورت علنی بالای منبر به شاه ممکلت چنین حرف هایی زده شود؟ آقای بروجردی هم فرموده بود که این گزارشات معلوم نیست درست باشد و قرار شد که این مسئله مورد بررسی قرار بگیرد. از طرف آقای بروجردی آقای حاج آقا مجتبی و از طرف شاه هم رئیس دفترش

هیراد مأمور تحقیق شدند. آقای حاج آقا مجتبی خودش و بیت ایشان، بیت عبادت و تهجد مفصل بودند. خلاصه حاج آقا مجتبی خیلی به زحمت افتاده بود تا به نحوی گزارش داده شود که مشکل رفع بشود. خلاصه اینکه در کارها باید یک شخص درست و امینی را بگمارند تا بشود بر گزارشی که داده می شود، ترتیب اثر داد. آدم دروغگو را که نمی توانند رئیس دفتر کنند تا گزارشات خلاف بدهد. مثلاً اگر اهل صنعت بخواهند کاری بکنند، باید به یک شخصی یا کتابی مراجعه بکنند که مورد قبول باشد، راستگو باشد. اگر یک کسی در بین سنی ها، یا در بین مسیحی ها، یا در بین یهودی ها وثاقتش مورد اتفاق اهل آن مذهب بود و همه بر گفته های او ترتیب اثر دادند، به استثناء موارد مربوط به خود آن مذهب، زیرا هوای نفس موجب می شود که شخص در اشتباه بیافتد، در چنین صورتی باید به گفته های او ترتیب اثر داد. علمای ما هم خیلی از روات سنی را توثیق کرده اند، آنها هم با همه اهانت و فحاشی هایی که کرده اند، اما یک عده از ما را توثیق کرده اند. بنابراین به نظر می رسد که اگر یک کسی در بین ما مورد قبول بود، سنی ها و غیر سنی ها هم باید او را بپذیرند، اگر شخصی در بین سنی ها هم مورد اتفاق بود، ما باید بپذیریم، البته به جز مواردی که مربوط به مذهب خاص باشد. لذا باید مطلب را مورد بررسی قرار داد، زیرا خیلی از مطالب هست که در میان علمای سنی هم مورد اتفاق نیست، مثلاً بعضی از سنی ها در کفر ابوحنیفه کتاب نوشته اند و مطالبی از



این قبیل. باید بررسی کرد و اگر شخصی مورد اتفاق بود، در غیر مطالب خاص به مذهبش، در موارد دیگر می توان از او اخذ کرد. لذا ما باید بینیم که این اشخاصی که در سند روایت آمده است و لو در کتب ما عنوان نشده باشند، آیا در میان خود سنی ها مورد اتفاق هستند، یا نه، اگر مورد اتفاق بودند باید بپذیریم. لذا بعضی از روایت هایی که عامی است را باید اسنادش را بررسی کرد و اگر به اصلی از اصول ما صدمه ای نمی زند، باید پذیرفت. شیخ هم در عده روایتی را نقل می کند که اگر شما چیزی را در «ما روی عنا» پیدا نکردید، روایاتی را که سنی ها از علی علیه السلام نقل کرده اند را بپذیرید. پس اگر این روایت سندش پیدا شد و توانستیم از نظر سند اعتبارش را درست کنیم، خیلی بهتر می شود و شاید به درد جاهای دیگر هم بخورد. پرسش: یک بحثی را آقای نائینی مطرح کردند راجع به اینکه آیا شخص با معاطاه اباحه می تواند بکند یا نه، از ذیل این حدیث مثلاً آیا حق دارد اباحه کند به نحوی که اباحه تصرفات متوقفه بر بیع باشد؟ پاسخ: اطلاق این دلیل اباحه را هم می گیرد و همه جور اباحه را هم شامل می شود و هیچ فرقی بین آنها نیست، هم می تواند خودش بخورد، هم می تواند به دیگری تعارف بکند، زیرا مال خودش است و می تواند این استفاده ها را داشته باشد و هیچ فرقی نمی کند، منتهی مطلبی که هست این است که باید ذاتاً خود آن تصرف جایز باشد، در این صورت اشکالی وجود ندارد. پرسش: این روایت چیزی جز

اقتضای ملکیت نمی خواهد بگوید، کسی که مالک است، به طور طبیعی می تواند تصرفات مشروع را انجام بدهد و نیازی به این روایت نیست. پاسخ: خود این نتیجه مورد خلاف است. مثلاً یکی از مسائل که مطرح شده و من در خلاف دیدم این بود که آیا قرض دادن به کنیز جایز است یا نه؟ سنی ها می گویند که اگر کنیز از محارم نباشد، جایز نیست، شافعی می گوید که جایز نیست، شیخ به «الناس مسلطون» تمسک کرده و می گوید که جایز است، زیرا مال خودش است و می خواهد به هر کسی که دلش می خواهد قرض بدهد. یا اینکه روایت دارد که هبه برای زن بدون اذن جایز نیست، آقایان دیگر با تمسک به «الناس مسلطون» این مطلب را رد می کنند و می گویند که زن در اموالش استقلال دارد و نیازی ندارد که از کسی اجازه بگیرد و می تواند به هر کسی که خواست هبه کند. مسئله دیگر اینکه آیا هبه دادن برای زن جایز است یا نیست، آقایان دیگر رد می کنند پرسش: اگر روایت «الناس مسلطون» را هم نداشتیم، می توانستیم بگوییم که این اقتضای ملکیتش است که بتواند به کنیز قرض بدهد. پاسخ: گاهی یک چیزهایی هست که در اثر بیاناتی که در جای دیگر است، مورد شبهه قرار می گیرد که آیا چنین سلطنتی وجود دارد یا نه؟ گاهی جهاتی هست که مورد تردید قرار می گیرد، در این موارد با «الناس مسلطون» این شبهه و تردید برطرف می شود. پرسش: یعنی می فرمایید برای تمام مالک ها می خواهید اثبات کنید و اختصاصی به مالک های خاصی ندارد؟ پاسخ: بله مفید است، یعنی این جور نیست که توضیح واضحات باشد، چون همه

اینها مورد حرف بوده است. حالا یک عده شاید بیخود این حرف را می زنند، بالأخره این روایت این فایده را دارد که رفع اشتباه مشتبهین را بکند. پرسش: ... مراد از جایز جواز تکلیفی است یا جواز وضعی؟ پاسخ: همه اش را می گیرد، هم جواز تکلیفی و هم جواز وضعی را می گیرد. اگر یک چیزی به طور کلی مثلاً ممنوع بود مثلاً معاملات غرری ممنوع بود، این مالک و غیر مالک و دیگری، هیچ کس نمی تواند این کار را بکند. «الناس مسلطون» نمی خواهد بگوید معاملات غرری جایز است. یا مثلاً اگر ربا ممنوع است، این روایت نمی خواهد بگوید ربا حالا وضعاً معامله اش صحیح است، «الناس مسلطون» به اینها ناظر نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## استدلال به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ...» برای صحت معاطاه ۹۱/۰۸/۱۷

Your browser does not support the audio tag

استدلال به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ...» برای صحت معاطاه یکی از آیاتی که به آن استدلال شده است، آیه تجارت است. (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ). بحث هایی شده است که آیا این استثناء متصل است، یا منفصل است. ظاهراً این بحث ها در موضوع بحث ما دخالتی ندارد و شاید در وقت دیگری درباره آن بحث بکنیم. شیخ می فرماید که همان بحث هایی که ما در (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) داشتیم، در اینجا هم می آید و آن بیانی را که ما در (أَحَلَّ اللَّهُ) گفتیم، اینجا هم می آید. ایشان در (أَحَلَّ اللَّهُ) می فرمایند که مراد تصرفات مترتبه بر بیع است و اینجا هم عبارت از تصرفات مترتبه بر (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) است. مرحوم آقای ایروانی می فرمایند به این آیه دو جور می شود استدلال کرد. در این آیه بلاشک ظاهر تحت اللفظی لغوی مورد بحث ما نیست. اکل اینجا به معنای

ص: ۲۰۷

خوردن نیست که بگوییم اموالی مراد است که جزء مأكولات باشد. یقینی است که ظاهر لفظ مراد نیست، منتهی این آیه را دو جور می شود معنی کرد و استدلال به آن نمود، یکی عبارت از این است که بگوییم (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) کنایه از تصرفات مالکانه است، یعنی تصرفات باطل انجام ندهید و قهراً با این مقدمه که تصرفات باطل حرام است به استثنای (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) که در آنجا تصرفات اشکالی ندارد، از جواز تصرفات راجع به (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) حتی التصرفات الموقفه علی الملک، مالکیت طرفین کشف می شود. این چیزی است که آیه بالا التزام دلالت بر آن دارد و قهراً در این احتمال ان قلت و قلت و بحث هایی که شیخ فرموده است، پیش می آید که آیا از این تلازم استفاده می شود که شخص از اول مالک بوده تا قهراً عقد صحیح باشد، یا یک ملکیتی علی سبیل الاهمال می آید که قهراً دلیل اخص از مدعی می شود. یک احتمال دیگری که ایشان می فرماید اظهر از احتمال اول است، این است که مراد از اکل مال باطل، عبارت از این است که شخص به طرق باطله مالی را تملک بکند، مثلاً تملک با قمار، یا سرقت و یا زنا برای زن. آن وقت ایشان می فرماید که این تملک صحیح نیست، بلکه اگر (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) شد، تملک صحیح است و ملکیت شخص ثابت می شود و دیگر احتیاج به مقدمه ای ندارد و این اظهر از احتمال اول است و آن ان قلت و قلت ها هم پیش نمی آید. ایشان این طور می فرمایند، اما به نظر می رسد که این فرمایش ایشان که در احتمال دوم احتیاجی به مقدمه



نداریم، محل تأمل باشد، زیرا یک مرتبه مراد از تملک نکردن، این است که ترتیب اثر خارجی ندهیم که همان تقریب اول است، یعنی تصرفات خارجی نکنیم، یک معنای تملک هم این است که انسان در قلب، خودش را مالک بداند، یعنی آیه می فرماید اشکالی ندارد که شما به وسیله تجارت هایی که کرده اید، خودتان را مالک بدانید، آن چیزی را که دیگری به شما فروخته، یا دیگری از شما خریده، خودتان را در قلب مالک بدانید. چطور طبق فرمایش ایشان بگوییم که در احتمال دوم نیازی به مقدمه نداریم، در حالی که تملک فعلی از افعال قلب و مربوط به انسان است، اما ملکیت حکمی از احکام و نتیجه ای از نتایج است و این دو جدای از هم هستند. باید این ملازمه را ثابت بکنیم که جواز تملک قلبی نمی تواند بدون ملکیت باشد. و این مقدمه ای است که اثباتش دونه خرط القتاد است. قبلاً ما با استدلال به (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) مطلبی را عرض می کردیم و در حاشیه بعضی جاهای مکاسب هم نوشته ایم که الان می خواهیم از آن عدول بکنم و آن مطلب این بود که این آیه بدون تصرفات داللت بر ملکیت می کند، زیرا شارع اجازه می دهد که شخص خودش را به وسیله عقد در (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) یا به وسیله تجارت در (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) مالک قلبی بداند و چون تشریح حرام است، جواز تکلیفی این عمل کاشف از این است که اینجا تشریح محرم وجود ندارد، پس بنابراین نقل و انتقالی واقع شده است. مرحوم ایروانی این مقدمه را مسلم دانسته و در تصور دوم خیال کرده است که بدون مقدمه مطلب اثبات می شود.

در حالی که ما باید این مقدمه را بررسی و سپس ضمیمه بکنیم تا مطلب اثبات بشود. مرحوم آقای خمینی و مرحوم آقای داماد اصلاً منکر امکان تشریح بودند و می فرمودند که این معنی ندارد که غیر از قطع یک صفت قلبی برای انسان باشد. البته ما منکر نیستیم و مکرر عرض کرده ایم که مثلاً اگر کسی یوم الشک را به نیت رمضان روزه بگیرد، کار حرام انجام داده است، اما اگر به نیت شعبان بگیرد، حلال است. در اینجا یک انشاء قلبی وجود دارد و شارع همین را موضوع اثر قرار داده است. در بعضی جاهای دیگر هم مانند باب حج این موارد وجود دارد. اما به عنوان عام دلیلی نداریم که اگر انسان در قلب خود یک چیزی که واقعیت ندارد را انشاء بکند، محرم باشد، ما یک دلیل معنی به برای این مطلب سراغ نداریم. و اما افتراء که در قرآن گاهی ذکر شده است، اگر بگوییم که بنا گذاشتن در قلب هم یک نوع افتراء است و حرام، عرف چنین چیزی را نمی فهمد، مگر اینکه دلیلی بر این نوع تفسیر وارد شده باشد. اگر ما در باب تشریح حتی قائل به این بشویم که تشریح به معنای بنا گذاشتن قلبی و نه اظهار خارجی \_ که کذب علی الله و الرسول است \_ می باشد، اگر کبرای مسئله را انسان به شرع نسبت بدهد، مثلاً بگوید فلان حکم واجب است، با اینکه مستحب است، ادله تشریح اینجا را حرام دانسته است، ولی اگر کسی هیچ تصرفی در کبریات \_ که از شئون شرع است \_ نکند و فقط خودش را صغری برای کبری

قرار بدهد، مثل اینکه بگوید من خریدم و خودش را مالک بدانند، تشریح محرمی در کار نیست. (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) اشاره به این است که کارهایی که شما انجام می دهید، کارهای خلافی است، اعمال باطل است و شما از چیزها ممنوع اید. اگر (لَا تَأْكُلُوا) را این طور معنی کنیم که تملک جایز است، پس در نتیجه شرعی است و اگر شرعی نبود، باید تملک حرام می شد، چون تشریح حرام است و از جواز تملک استفاده می شود که شرعاً محقق است و با این مقدمات بخواهیم صحت معاطه را اثبات بکنیم، صحیح نیست و نمی توانیم با چنین مقدماتی مدعی را اثبات بکنیم. پرسش:.... پاسخ: من می گویم اولاً ما دلیل معتنی به بر اینکه تشریح علی وجه الاطلاق حرام باشد، نداریم، در بعضی جاها هم که دلیل داریم، مثل حج و روزه، در این موارد هم به این گونه است که صغریاً شخص بگوید الان اول ماه است و قهراً به قصد وجوب روزه را بجا بیاورد و تشریح در نتیجه و کبری نیست. در این موارد هم روایات خاص در باب صوم و امثال آن وارد شده است که اشکال دارد. پس اولاً این طور نیست که تشریح به طور کلی حتی اگر قلبی باشد، حرام باشد و ما دلیل معتنی به به نحو عام بر آن نداریم. در آیه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ) هم گفتیم که تملک، فعل قلبی است، به این معنی که شما خودتان را با قمار مالک ندانید، با زنا مالک ندانید. پرسش: آیا احتمال داده می شود که اگر شخص خودش را مالک عرفی قرار بدهد، این محرم باشد؟ پاسخ: من می گویم این طور نیست و مراد از

اکل اموال، ترتیب اثر خارجی دادن است و آن تملکی که ایشان استظهار می کنند و بعد هم ملازم قرار می دهد، این طور نیست و شارع نمی خواهد بگوید که تملک عرفی تان ممنوع است، ولی در مسئله (تَحَاوُزٌ عَنْ تَرَاضٍ) تملک عرفی تان صحیح است و اشکال ندارد و حرام نیست. پرسش: ... پاسخ: من می خواهم بگویم اینکه می گوید (لَا تَأْكُلُوا) عقیده ی ما این است که مراد تصرفات خارجی است. این مطلب پیدا است که (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) اشاره به چیزهای موجود است نه اینکه بخواهد مسئله یاد بدهد. می گوید که ای مردم! این کارهای باطل را انجام ندهید. پرسش: ... پاسخ: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) خطاب به علما نیست و کاری به علماء ندارد. این خطاب به مردم معمولی است و اشاره به این است که با قمار خودتان را مالک فرض نکنید و امثال آن. اگر مراد ترتیب اثر نباشد، دلیلی بر عیب بودن این کار نداریم، تشریح هم در کار نیست، مردم به عنوان شرع که انجام نمی دهند. خلاصه اینکه ایشان این احتمال را اظهر دانسته و فرموده است که با این احتمال دیگر آن إن قلت و قلت ها که در (أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) هست، در کار نخواهد بود. اما به نظر ما این تقریب درست نیست و صحیحش عبارت از این است که اکل مال بیاطل کردن عبارت از تصرفات خارجی است و گاهی هم یکی از تصرفات خارجی عبارت از این است که در ثبت یک طوری عمل بکند که به نام او تمام بشود و این اکل مال بیاطل است و این طور نیست که بگوییم فقط مراد تملک قلبی است، بلکه در خارج جهاتی



محقق می شود که شخص سلطه پیدا بکند و اینها همه جزء اکل مال بیاطل است، غضب اکل مال بیاطل است و سلطه هایی از این قبیل که شخص نتواند از ملک خودش استفاده بکند، همه ی اینها از مصادیق اکل مال بیاطل می باشد. اما ظاهر آیه خلاف این معنی است که بگویم مراد تملک قلبی می باشد. پرسش:.... (ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ) پاسخ: آن اشکال یک بحث دیگری است و آیه می گوید که ناراحت نباش، مؤمن اگر بخواهد ایمان داشته باشد باید بگوید که حق همین است، اما اگر شخصی در دل خودش فحش بدهد، پیدا است که خدا یا پیغمبر را قبول نکرده است. پرسش:.... پاسخ: آقا حرجاً می گوید که اگر انسان در دلش معترض باشد و قضاوت های پیغمبر(ص) را قبول نداشته باشد، چنین کسی به پیغمبر(ص) ایمان ندارد. این اشکال راجع به ایمان شخص است، ولی بحث ما در موارد خارجی است. پرسش: ما در فارسی هم داریم که گفته می شود فلان کس مال مردم خور است. پاسخ: یعنی تصرف خارجی می کند، نه اینکه در عقد القلبی مال مردم خور باشد. یعنی ترتیب اثر می دهد و مال مردم را به نام خودش ثبت می کند. پرسش: یعنی خودش را مالک می داند. پاسخ: بنده می گویم آن بنفسه اشکال ندارد و اشکال به خاطر ترتیب اثر دادنش است و صرف اینکه خودش را مالک بداند، موضوعیتی ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### مروری بر ادله صحت معاطاه ۹۱/۰۹/۱۱

Your browser does not support the audio tag

مروری بر ادله صحت معاطاه قسمت اعظم ادله ای که برای صحت معاطاه بیان شده است را ذکر کردیم، ولی چون فاصله افتاده است، امروز به نحو اجمال یک مقداری از مباحث

ص: ۲۱۳

گذشته را تکرار می کنیم. یکی از ادله ای که بیان شده است، آیه شریفه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) است که ما عرض کردیم که اگر شارع ابتداءً در مقام تعلیم این مطلب بود که ای مردم بدانید که بیع حلال است و در صدد گوشزد کردن علیت بیع بود، ممکن بود که بگوییم اطلاق این آیه اقتضاء می کند که همه اقسام مختلف بیع حلال باشد، ولی آیه در این مقام نیست، زیرا حلیت بیع با شرایط، مورد قبول بوده است و بیع چیزی که مال انسان بوده است را با شرایطی که عقلاء داشته اند، حلال می دانستند. بحث آیه در تسویه بین ربا و بیع می باشد به این گونه که بعضی می گفتند که وقتی بیع با شرایط خاص حلال است، ربا هم همین طور است. وقتی در بیع بین نقد و نسیه فرق وجود دارد، بین سلف و حال فرق وجود دارد که اگر بخواهند چیزی را حالی بخرند، گران تر است و قدرت خرید مطرح است، چه اشکالی دارد که همین فرق در باب قرض هم وجود داشته باشد؟! قرآن می فرماید که خیلی از چیزهایی هست که شما با درک های ابتدایی به مصالحش واقف نیستید و در مقابل بیان صریح خداوند متعال باید تسلیم باشید و این ادراکات بدوی ابتدایی معیار نیست، خداوند بیع را حلال کرده و ربا را حرام کرده است و بنابراین نمی شود تمسک به اطلاق کرد و قرآن در مقام ابطال تسویه بین بیع و رباست. پس به این آیه نمی شود استدلال کرد. و اما به عبارت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم به نظر می رسد که نتوان تمسک کرد، زیرا اولاً مراد از وفا این است

ص: ۲۱۴

که انسان تعهدی کرده باشد و بخواهد به تعهدش عمل بکند و این معنای وفا کردن است. مرحوم آقای داماد هم می فرمود که وفا به شیء به معنای ترتیب اثر دادن به آن شیء است. ایشان می فرمود که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به این معنی است که انسان باید هم به عقد خود و هم به عقد دیگران ترتیب اثر بدهد، نمی گوید «عقود کم»، بلکه مراد این است که باید تمام عقدهایی که در عالم واقع می شود را صحیح بدانید و ترتیب اثر بدهید. ایشان این طور معنی می کرد، اما مقصود از وفا عبارت از این است که انسان به تعهدی که کرده است عمل بکند و صحیحه عبدالله بن سنان هم مؤید همین معنی است که عقد را تفسیر به عهد نموده است و مراد از عهد هم همان تعهدی است که انسان می کند. حال بعد از اینکه مراد این شد، باید بینیم که مراد از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» امثال نماز و روزه و امور تعبدیه است که شرع آورده و انسان باید به عهد خودش وفا بکند، یا مراد عبارت از همان معنایی است که خود عقلاء هم قائل به آنند که انسان باید به تعهداتش وفادار باشد؟ از طرف دیگر باید بینیم که آیا اگر انسان هر تعهدی کرد، حتی اگر تعهد کند که جنایتی بکند، باز هم باید به آن وفا بکند؟ انسان که معصوم نیست، اکثریت بشر هم که «فی خسر» هستند. قرآن نمی خواهد چنین امر عجیبی را بگوید که شما اگر تعهد کردید که جنایتی را انجام بدهید، باید به آن وفا بکنید، بلکه قرآن می خواهد بگوید اگر نسبت به چیزی که ذاتاً صحیح

است، تعهدی شد، این تعهد مشروع است و شما ملزم اید که به آن عمل بکنید و در اینجا الزام به «ما هو المشروع» است. قهراً با این بیان نمی توانیم به این آیه برای صحت و مشروعیت معاطاه استدلال بکنیم، هر چند در بحث از لزوم معاطاه قابل طرح است. پرسش: جواز وضعی مراد است، یا جواز تکلیفی؟ پاسخ: این جواز، جواز تکلیفی است. وفا کنید، یعنی عمل بکنید و کأن مراد این است که اگر عقدی را تعهد کردید، زیر آن نزنید. و اما در عبارت «المؤمنون عند شروطهم» باید بررسی کنیم که آیا شرط عبارت از الزام یا التزامی است که در ضمن یک معامله ای و به تبع آن وجود دارد، یا می توانیم اصل معامله را هم از مصادیق شرط بدانیم. بعضی ها از عبارت قاموس این طور فهمیده اند که مراد از شرط الزام و التزامات ضمنیه است، نه خود اصل معامله. پس با توجه به این معنی نمی توانیم برای صحت اصل معاطاه به آن تمسک بکنیم، زیرا قاموس می گوید که «الشرط هو الالتزام و الالتزام فی البیع و نحوه». اما ما عرض کردیم که خود این آقایان هم ذکر کرده اند که لغوین دیگر این قید را ذکر نکرده اند و فقط این قید در کلام قاموس آمده است و در استعمالات روایتی و موارد مختلف دیگر هم من غیر تأول و بدون عنایت در معنای اعم و در موارد غیر ضمنی هم استعمال شده است. البته به نظر ما قاموس هم خلاف این مطلب را نمی خواهد بگوید، بلکه مراد ایشان هم از عبارت «فی البیع و نحوه» اشاره به الزام و التزامی است که در ماهیت

بیع خوابیده است، یعنی الزام و التزامی که «یتفق فی البیع و امثال ذلک». یک مرتبه انسان طرف مقابل ندارد و معامله ای وجود ندارد، بلکه انسان خودش تصمیمی می گیرد و خودش را ملزم به چیزی می کند، که به این موارد عقد اطلاق نمی شود، ولی اگر طرف مقابلی بود در بیع و اجاره و امثال آن، در این موارد الزام و التزامی وجود دارد که «ما به القوام» بیع و اجاره و سایر معاملات است و بر چنین موارد عقد اطلاق می شود. پس به این بیان، قاموس هم مطلبی بر خلاف نظر دیگران نگفته است و در جایی که طرف وجود دارد مانند بیع و امثال آن به آن اطلاق شرط می شود و می توانیم به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک بکنیم. پرسش: می خواهد مصداق شرط بدانند؟ پاسخ: بله، چون خود بیع شرطی از شروط است و تعهدی در مقابل طرف مقابل است و به آن عقد و شرط گفته می شود و در این صورت مفاد این عبارت عین مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می شود. در یک جلسه ای یک آقایی در این عبارت «المؤمنون عند شروطهم» که در بعضی جاها دارد که «الاشراطُ خالف کتاب الله» و یا محرم حلال یا محلل حرام باشد، ادعاء کرد که از شرط مخالف انصراف دارد، یک بزرگوار دیگری گفت که اگر چنین انصرافی وجود داشته باشد، باید استثناء بعد از آن را منقطع بدانیم و آن آقا نتوانست جواب این بزرگوار را بدهد، زیرا این استثناء متصل است و باید لفظ ما قبل آن اعم از مخالف باشد و اگر ادعاء انصراف از شرط مخالف بکنیم، باید استثناء را منقطع

بگیریم، نه متصل. من بعد از مدت ها مطلبی به ذهنم آمد و معلوم هم شد که آن شخص همان مطلب را می خواسته بگوید، منتهی نتوانست در آن جلسه بگوید و آن این است که معنای انصراف این است که خود لفظ به حسب وضع اوسع است، منتهی گاهی تناسب حکم و موضوع منشأ می شود که انسان از محمول موضوع را مضیق بکند با اینکه قیدی آورده نشده است و لفظ از نظر وضعی اعم است. مثلاً در آیه (فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) می فرماید که خداوند دستور داده است که شما روزه بگیرید و اگر کسی مریض بود یا در مسافرت بود، روزهای دیگری را بجای آن روزه بگیرد. در اینجا انسان می فهمد که مراد مرضی نیست که روزه گرفتن برایش خوب است و شاید حتی معالجه اش با روزه گرفتن باشد و این مطلب را با تناسب حکم و موضوع می فهمیم و قیدی هم آورده نشده است و احتیاجی هم به آوردن قید نبوده است. در عبارت «المؤمنون عند شروطهم» هم لفظ از نظر وضعی اعم است، منتهی انصراف پیدا می کند و گاهی برای اینکه مطلب مورد تأکید قرار بگیرد، به انصراف اکتفاء نمی شود و همان مطلبی که در حکم مذکور است، دوباره صریحاً از باب تأکید مورد اشاره قرار می گیرد. مثل اینکه گفته بشود آن مرض هایی که برای روزه گرفتن برای آن ضرر دارد مراد است، در حالی که اگر چنین چیزی هم گفته نمی شد، مطلب معلوم بود، اما این تصریح برای تأکید آورده می شود. پس خود لفظ از شرط مخالف انصراف دارد و عقیده ما هم همین

است و مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است که مؤمن بر الزام و التزاماتی که خلاف شرع نیست، می ایستد و از موارد خلاف شرع انصراف دارد و قهراً اگر ما نسبت به اصل مشروعیت یک شیء شک کردیم، نمی توانیم به «المؤمنون عند شروطهم» تمسک بکنیم، همانطور که در «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم همین طور است و در شبهه مصداقی نمی توانیم به عام تمسک بکنیم. در «الناس مسلطون علی اموالهم» هم عرض شد که اولاً برای این عبارت سندی حتی در کتب عامه هم پیدا نشد و اولین کسی که این روایت را نبوی نسبت داده است، شیخ در خلاف است و کس دیگری از عامه به عنوان نبوی به آن استدلال نکرده است، البته از شافعی نقل شده که می گوید مردم بر اموالشان مسلط اند، اما به عنوان کلام نبوی در جایی نقل نشده است. البته شیخ این طور تعبیر نکرده است که بالحديث روی عن النبي (صلى الله عليه و آله) «الناس مسلطون علی اموالهم» و شاید در برخی از کتب یا در عبارات شافعی این عبارت را دیده و حدس زده است که این مطلب نمی تواند بدون مدرک نبوی باشد و مسلم این طور حدس زده است و کتابش را هم با عجله نوشته است و خلاصه اینکه وضع این عبارت از جهت سند این طور است و اما از نظر دلالت هم شیخ انصاری اشکالی فرموده اند که معنای «الناس مسلطون» این است که انسان بر اموالش مسلط است و می تواند بفروشد، اجاره بدهد، امانت بدهد و امثال آن، اما اینکه به چه وسیله ای می تواند بفروشد، از این ناحیه اطلاق ندارد. ما هم عرض کردیم که «الناس مسلطون» معنایش این است

که شخص همه اقسام را می تواند انجام بدهد، اما اینکه به چه وسیله ای می تواند انجام بدهد، اطلاقات ناظر به اسباب نیست. و اما آیه قنطار که می فرماید (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِئْذَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَ بِبُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا □ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)، و مرحوم آقای بروجردی به آن تمسک می کرد، استدلال عبارت از این است که به حسب روایات استفاده می شود که معنای «افضی بعضکم الی بعض» — همان طور که در لغت هم همین طور است — این است که «جامع»، یعنی عقدی خارجاً بسته شده است و وقایعی هم واقع شده و اگر کسی در این صورت بخواهد از مهریه زن کسر بکند، جایز نیست. در روایت هم گفته شده است که میثاق همان عقد است، کلمه ای است که به وسیله آن عقد واقع می شود. پس معنای آیه این است که اگر عقد به وسیله عمل خارجی تأکد پیدا کرد، لازم است که به آن عمل بکنید و با معاطاه هم هر دو جهت، هم قرار و هم اجراء یک دفعه واقع می شود و آن وقت همین میثاق غلیظ که به معنای تعهد محکم است، حاصل می شود. گاهی انسان قراری می بندد، اما خارجاً کاری انجام نمی دهد که در این صورت آن قرار مستحکم نمی شود، اما با اجرای خارجی استحکام پیدا می کند. در معاطاه اجرای خارجی هم شده است که موجب استحکام قرار می شود. در آیه هم تعبیر شده است که اگر یک مهریه سنگین — که قنطار است — هم قرار دادید، نمی توانید کسر

بگذارید و کم و زیاد هم در اینجا مطرح نیست. پرسش: تقریری که فرمودید از درس آقای بروجردی بود یا از کتب می فرمایید؟ پاسخ: من در درس ایشان بودم، اما اینکه در چه درسی بود، الان یادم رفته است. این خلاصه استدلال ایشان بود و اگر بگوییم که چون در امامیه بین کم و زیاد فرقی نیست و با اجماع مرکب بگوییم که حکم برای تمام افراد ثابت است، اگر کسی با این تقریبات اطمینان پیدا نکند، این دلیل خوبی است، اما اگر چنین چیزی را کشف نکنیم و بتوان شق ثالثی ایجاد کرد و چنین اجماع مرکبی ثابت نشود، یا از آن طرف بگوییم که نمی توانیم آیه را کنایه از مطلق شیء خطیر و غیر خطیر گرفت و تردید در این مطلب بکنیم، نمی شود به این آیه برای صحت معاطاه استدلال نمود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## ادله صحت و لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۱۲

Your browser does not support the audio tag

ادله صحت و لزوم معاطاه یکی از ادله ای که برای صحت معاطاه به آن استدلال شده است، آیه شریفه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) است. ب دو قسمت این آیه ممکن است استدلال بشود، یکی اینکه گفته شود که در عبارت (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) مراد از باطل، همان باطلی است که عرف باطل می داند و بلا تردید اگر کسی با دیگری مبادله کرد و غیر از مسئله ی لفظ، سایر شرایطش درست بود و عقلاء هم این مبادله را صحیح دانستند، در چنین صورتی اگر فروشنده بدون فسخ بخواهد آن مبیع را ملک خودش بداند و ترتیب آثار ملکیت به آن بدهد، عرف چنین صورتی را اکل

ص: ۲۲۱

مال باطل می داند، زیرا با این مبیع را بعد از مبادله ملک دیگری می داند و فروشنده حق ندارد بدون فسخ آن را ملک خود به حساب بیاورد. قهراً از این نحوه استدلال صحت معامله استفاده می شود. این یک راه استدلال بود، اما عقیده ما این است که خطباتی که می شود، روی موضوعات واقعی می رود. اگر بحث در این باشد که چه چیزی از لفظ اراده شده است، واقعش همان چیزی است که خود مردم می فهمند و قهراً مُتَّبِع خود عرف است، زیرا معنای وضع آن چیزی است که به حسب استعمالات عرفی استفاده می شود، مگر اینکه خود شارع یک لغت دیگری وضع کرده باشد که آن بحث دیگری است. پس اگر بحث لفظی بود، بحث در مفهوم نیست، بحث در مصداق کلمه است که ببینیم چه مواردی مصداق این لفظ است، نه اینکه چه چیز از لفظ اراده شده است. معلوم است که از لفظ، باطل اراده شده است، منتهی بحث در مصادیق باطل است و در مصادیق هم خود شرع و واقع میزان است. در مستعمل فیه موضوع له و امثال آن واقع همان چیزی است که عرف می فهمد، ولی اگر بحث در موضوع له کلام نباشد، دیگر به عرف کاری نداریم. اگر دلیلی داشتیم که عرف اشتباه نکرده است، قهراً واقع با آن مُدْرَك عرفی یکی است، اما اگر شارع آمد و گفت که بعضی چیزها را من باطل می دانم که شما باطل نمی دانید، مانند قمار و ربا و امثال آن و بعضی چیزها را شما باطل می دانید که من باطل نمی دانم، مثلاً مانند حق المازّه را، در این موارد حکم روی موضوع واقعی رفته است. شاهد





این مطلب هم این است که (تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) ابراء از تخصیص دارد، زیرا به کارهای ناجور و نادرست باطل گفته می شود و در این آیه هم می فرماید که مرتکب کارهای نادرست نشوید، نه اینکه بگوییم باطل عرفی مراد است و شارع می گوید که من در بعضی جاها \_ که باطل عرفی است \_ اجازه می دهم که شما مرتکب آن باطل عرفی بشوید یا بالعکس. پس ظاهر عبارت از این است که مراد باطل واقعی است و معیار همان است، منتهی اگر اشتباه عرف در تشخیص مصادیق ثابت نشد، عرف مُتَّبِع خواهد بود و اگر اشتباهش ثابت شد، ولی شرع این اشتباه در مصادیق را به ما اعلام نکرد، در این صورت هم با این قرینه، حکم روی همان باطل عرفی می رود. پس چون (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) آبی از تخصیص است، قهراً مراد باطل واقعی خواهد بود. حال اگر ما دلیل سیره و امثال آن را نپذیرفتیم و اشکال در آنها کردیم و فقط ما بودیم و (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) و شک کردیم که آیا این مبادله شرعاً باطل است یا نه، با توجه به اینکه موضوع روی باطل واقعی رفته است، نمی توانیم تمسک به این عام بکنیم، زیر تمسک به عام در شبهه مصداقی خواهد بود. یک بحث دیگر هم عبارت از این است که گاهی یک کبرایی به مخاطبین ابلاغ می شود، در حالی که مخاطبین علم به آن دارند و این تعلیم کبری برای اثبات صغری است. مثلاً گفته می شود که شما کارهای نادرست را انجام ندهید، این مطلب را همه می دانند که نباید کارهای نادرست را انجام بدهند،

اما غرض از بیان این کبری این است که بگوید کار شما نادرست و باطل است. در ذیل آیه (فَلَا زُفَتْ وَلَا فُسُوقٌ وَلَا جِدَالٌ فِي الْحَيْجِ) گفته شده است که مراد از فسوق عبارت از کذب است و استشهاد به آیه (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) شده است که مراد از فاسق در اینجا دروغگو می باشد و آیه می فرماید که اگر یک دروغگویی برای شما خبری آورد، شما بی تحقیق نپذیرید. مخاطبان این آیه می دانستند که نباید بدون تحقیق حرف دروغگو را بپذیرند، اما آیه در مقام افهام این است که این شخص دروغگو است. یا اینکه در بعضی از مواقع گفته می شود که آقا از یک آدم بی سواد و بی تقوی تقلید نکنید، این مسئله را همه می دانند که شرط تقلید تقوی و علمیت است، اما در اینجا برای اثبات اینکه این تقلیدی که شماها می کنید فاقد شرط است و برای تعیین صغری اینطور تعبیر شده است. در بسیاری از موارد یک کبرایی گفته می شود، اما چون کبری معلوم است، مراد اثبات صغری می باشد. آنوقت بر همین اساس ممکن است که ما به (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) اینطور استدلال بکنیم که آیه می فرماید که کأن کارهای جاری شما کارهای باطلی است و این کارهای باطل را ترک کنید و اکل مال بباطل و به طریق نادرست نکنید، مگر اینکه (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) باشد که در چنین موردی باطل نیست و کاری درست است. به این صورت ما می توانیم به ذیل آیه تمسک کنیم که چه صحیحی باشیم و چه اعمی، در هر دو صورت شما مجازید که تجارت کنید و به اعمالتان ترتیب اثر بدهید و

ممنوع نیستید. مرحوم سید محمد کاظم در اینجا حاشیه ای دارند و این استدلال را قبول نمی کنند. ایشان می فرمایند که (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) شبیه «لا صلاه الا بطهور» یا «لا صلاه الا بفاتحه الكتاب» می باشد و مراد اثبات شرطیت است و در مقام بیان این مطلب است که شرط معامله این است که تجارت از روی رضایت باشد و از عدم این شرط، عدم معامله استفاده می شود، اما از وجودش، وجود معامله استفاده نمی شود که مورد بحث ماست. پس نمی توانیم برای صحت معاطه به اطلاق این آیه تمسک بکنیم و هر جا که مفاد دلیل در مقام اثبات شرطیت باشد، نمی شود اطلاق گیری کرد و صحت را اثبات نمود و ممکن است که شرایط دیگری هم در صحت معامله شرط باشد که در جای دیگر به آن اشاره شده باشد، مثل اینکه معامله باید لفظی باشد، نه فعلی و امثال آن. ایشان این اشکال را کرده است، اما بالوجدان روشن است که متفاهم عرفی در امثال «لا صلاه الا - بفاتحه الكتاب» از اول این است که دلیل در مقام بیان شرطیت یا جزئیت است، ولی در (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) می خواهد بگوید که ای مردم این چه کارهای باطلی است که شما انجام می دهید؟! این کارهای غلط و نادرست را انجام ندهید، مگر اینکه (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) باشد که در این صورت مشکلی وجود ندارد. آیه می خواهد به نحو موجب جزئیة بگوید که اگر (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) شد، فردی از افراد آن برای شما مجاز است. یا اینکه از اول می خواهد که صغرای مطلب را بیان کرده و بگوید که امور جاری شما

از نظر صفروی اموری نادرست است و درست این است که (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) باشد و این صورت اشکال ندارد و بقیه موارد اشکال دارد. کسی که در مقام این است که مصادیق درست را از نادرست معین بکند، اگر بگوید که (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) درست و بقیه نادرست است، استفاده می شود که اجازه داده است که (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) صحیح باشد و هیچ شرط و قیدی هم ندارد. این استدلال خوب است. و اما راجع به سیره متشرعه عرض کردیم که سیره متشرعه هم تمام نیست، زیرا دلیلی برای حجیت سیره متشرعه بما هو — چه آنهایی که مقید به جهات شرعیه اند و چه متعارف اشخاصی که خیلی پای بند به جهات شرعی نیستند — نداریم، مگر اینکه این سیره متصل به زمان معصوم باشد و ردعی هم از آن نشده باشد. علاوه بر اینکه سیره متشرعه را هم نمی توانیم ادعاء بکنیم، زیرا از زمان شیخ طوسی تا زمان محقق کرکی، فقهاء حکم به اباحه کرده اند و ممکن است در خیلی جاها متدینین از اول قصد تملک بکنند و اشکالی در آن نیست، ولی بحث در جایی است که به هر دلیلی بنا را بر تملک نگذاشته باشند و باید دید که آیا سیره متدینین در این مورد هم شخص را مالک می داند یا نه؟ متدینی که جاهل به مسئله نباشد که دلیل نیست و متدینی هم که عالم به مسئله باشد، باید مرجع تقلیدش بگوید که مسئله چیست. در این صورتی که از ابتداء به هر دلیلی قصد تملک نشده است، اگر به نفس القاء شیء، شخص را مالک بدانند، بر اساس بی بند و باری

است. سیره متشرعه مانند سیره عقلاء حکم اقتضائی نیست که قابل ردع باشد. اگر سیره متشرعه عوام و خواص تا زمان معصوم ثابت شد، چنین سیره ای از اجماع بالاتر است و دلیل قطعی بر مسئله است، ولی چنین سیره ای در این مسئله وجود ندارد. پرسش: یک چنین جایی که قصد تملک بشود، نادر است. پاسخ: ما می گوییم نادر نیست و خیلی هم شایع است، زیرا متدینین عالم چون خیلی از احتیاجاتشان با تملک رفع می شود، زود قصد تملک می کنند. خلاصه اینکه به سیره متشرعه نمی توانیم تمسک بکنیم، اما به سیره عقلاء که قبل از زمان پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) تمام مردم لفظ را شرط نمی دانستند و یکی از داد و ستدهای متعارف و طبیعی همین بود که شخص به پول احتیاج داشت و دیگری هم به جنس و این پول را به او می داد و او هم در مقابل جنس را به او تحویل می داد و تمام عقلاء اینطور معامله می کردند و اگر از این سیره ردعی از ناحیه شارع نشده باشد، استفاده می شود که شرع هم موافق آن است. حال اینکه «إنما یحلل الحرام و یحرم الحلال» این آیا ردع است یا نیست، این بحثش بعداً خواهد آمد. خلاصه اینکه چنین سیره ای وجود دارد و رادع معتبری هم در کار نیست و یک چنین مطلب مهم و اساسی که محل ابتلاء است، باید یک دلیل محکم و حسابی آن را ردع بکند و با «إنما یحلل الحرام» و امثال آن نمی توانیم این سیره را ردع بکنیم. اجماعی هم بر بطلان معاطاه قبل از زمان شیخ طوسی ثابت نیست و

به شیخ مفید هم قول به لزوم نسبت داده شده است، از طرف دیگر هم ردع معتنی بهی هم بر بنای عقلاء وجود ندارد، آن دلیلی هم که به آن استناد شده است، اگر ذاتاً صحیح باشد، یک دلیل برای ردع چنین بنای عقلانی کفایت نمی کند و باید حتماً چند دلیل وجود داشته باشد که «لو کان لبان». در چنین اموری که مهم است، باید ادله زیادی در کلمات معصومین (علیهم السلام) وجود داشته باشد. پرسش: ... پاسخ: ما می دانیم عموم عقلاء قائل به صحت این معامله هستند و اگر شرع سکوت کرد و هیچ ردعی وارد نشد، معلوم می شود که این سیره را امضاء کرده است و از سکوت شرع موافقتش استفاده می شود و قهراً عمل متشرعه هم با سایر عقلاء یکی خواهد بود. پرسش: ... پاسخ: ما می گوئیم همان زمان سیره عقلاء بوده و شارع هم ردع نکرده است، نه اینکه از اول موافقت متشرعه را احراز کردیم و بعد می گوئیم پس بنابراین شارع هم قبول کرده است. پرسش: ... پاسخ: می گوئیم اگر شارع ردع کرده بود، متشرعه این کار را نمی کردند. اگر گفته شود که به چه دلیل می گوئید که شارع نهی نکرده است، می گوئیم که لو کان لبان، هیچ دلیل معتنی بهی نیست و از همین معلوم می شود که شارع ردع نکرده است. از عدم ردع شارع عمل متشرعه را کشف می کنیم پرسش: آیا اقوال علماء دلالت بر این ندارد که یک دلیل محکمی در دسترس آنها بوده است؟ پاسخ: نه، ادله شان را ذکر کرده و حرفهایشان را گفته اند و در میان ادله آنها دلیل محکمی وجود ندارد و همه ادله شان مخدوش است. اگر

دلیلی ذکر نکرده بودند، ممکن بود این احتمال را بدهیم، ولی با ذکر ادله این احتمال وجود ندارد. تا اینجا بحث در صحت معاطاه بود، حال ببینیم که آیا معاطاه لازم است یا نه. شیخ می فرماید که مقتضای استحباب این است که لازم باشد. بعد از اینکه ما معامله را صحیح دانستیم شک می کنیم که اگر مالک اول معامله را فسخ کرد، با فسخ او معامله منفسخ می شود، یا نه، استحباب اقتضاء می کند که معامله منفسخ نشود و ملکیت طرف مقابل باقی باشد و این معنای لزوم است. در اینجا یک اشکالی شده است که ما دو گونه ملکیت داریم، یک ملکیت جایز است و یک ملکیت لازم. در اینجا که ما شک در لزوم و جواز معامله داریم، منشأ این شک عبارت از این است که نمی دانیم ملکیت در معاطاه لازم است یا جایز. وقتی که امر مردد بین این دو شد، با «فسخ» قهراً اگر ملکیت جایز حادث شده بود، از بین می رود و اما ملکیت لازم هم که در اصل حدوثش شک داریم که آیا چنین ملکیتی حاصل شده است یا نه که با اصل این لزوم را نفی می کنیم و در نتیجه بعد از فسخ طرف مقابل دیگر مالک نیست، چون ملکیت جایز که قطعاً بالوجدان نیست و ملکیت لازم هم با اصل منتفی شده است. بعضی ها از این هم بالا-تر گفته اند که نه تنها این استصحاب جاری نیست، بلکه استحباب علقه مالک اصلی را جاری می کنیم، به این معنی که مالک اصلی یک علقه ای داشته است و با این معاطاتی که صورت گرفته است بعضی از مراتب علقه از دستش



رفته است و شک می کنیم که آیا این علقه به کلی از بین رفته است یا نه می تواند تصرف بکند و آن مال را به ملک خودش برگرداند و ممکن است که بتوانیم استصحاب اصل بقای ملکیت را بکنیم. البته شیخ در اینجا می فرماید که ما در اینجا که عقد متزلزل و عقد مستقر که دو فرد از یک طبیعت اند و یک فردش قطعی الزوال و یک فردش مشکوک الحدوث است و با اصل نفی می شود، استصحاب کلی را جاری می دانیم. ولو افرادش محکوم به عدم شده باشند، ولی ما با استصحاب قدر مشترک، استصحاب را جاری می دانیم و مانعی از جریان آن وجود ندارد. در فرائد به بعضی از اشکالات دیگر هم در این مسئله جواب داده شده است که آقایان آنجا را ملاحظه بفرمایند. مرحوم آقا سید محمد کاظم هم تعلیقه ای به کلام شیخ دارد که آن را هم ملاحظه کنید تا ببینید که حق با کدامیک از اینهاست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی دلیل استصحاب برای اثبات لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۱۳

Your browser does not support the audio tag

بررسی دلیل استصحاب برای اثبات لزوم معاطاه بعد از ثبوت صحت، برای لزوم معاملات ادله ای اقامه شده است و یکی از دلیل هایی که شیخ اقامه فرموده، استصحاب حالت سابقه است. قبلاً این شیء ملک بوده است، الان نمی دانیم که آن ملکیت باقی است یا نه، در اینجا استصحاب می کنیم. البته این استصحاب مبتنی بر مبنای مشهور است که در شبهات حکمیه استصحاب را جاری می دانند، ولی طبق نظریه مرحوم آقای خوئی و عرضی که ما هم داشتیم \_ ولو از نظر دلیل نظر ما با ایشان یکی نبود \_ استصحاب در شبهات حکمیه جاری نیست، بنابراین

ص: ۲۳۰

استصحاب دلیل نخواهد بود. بحثی که الان می شود، طبق نظریه مشهور است که در جریان استصحاب فرقی بین شبهات حکمیه و موضوعیه نمی گذارند. در اینجا هم شبهه حکمیه است که نمی دانیم حکم کلی شرعی در باب معاطاه لزوم است یا جواز. اشکالی که به این استصحاب شده این است که ما دو عقد داریم: عقد لازم و عقد جایز، و نمی دانیم که مورد بحث ما آیا مصداق برای عقد لازم است، یا مصداق برای عقد جایز. این مسئله مثل این است که طبیعت انسان دو فرد دارد: یکی زید و دیگری عمرو، و ما نمی دانیم که آیا زید در منزل بوده است، یا عمرو، این مسئله مشکوک است. اگر زید در منزل بوده، الان خارج شده است، ولی اگر عمرو در منزل بوده، خارج نشده است. حال در اینجا آیا ما می توانیم بگوییم که کلی انسان یا در ضمن زید و یا در ضمن عمرو وجود پیدا کرده است و الان هم حکم به بقای انسان می کنیم؟ شیخ می فرماید که کلی انسان را استصحاب می کنیم. این انسانی را که مردد بین قطعی البقاء و قطعی الارتفاع است و قهراً شک می کنیم که این طبیعت باقی است یا نه، استصحاب می کنیم. عقیده شیخ این است و بعد ایشان در اصول می فرماید که دو توهم در اینجا وجود دارد، در ما نحن فیه هم می فرمایند که بعضی گفته اند که ما دو عقد داریم: عقد لازم و عقد جایز. یقیناً بعد از فسخ عقد جایزی در کار نیست و نمی دانیم که آیا عقد لازم هست یا نه و استصحاب کلی در اینجا، استصحاب کلی قسم ثانی است و

ص: ۲۳۱

جاری نمی باشد. مستشکل می گوید که استصحاب کلی قسم ثانی جاری نیست، اما شیخ در اصول می فرماید که جاری است و دو وجه بیان شده برای عدم جریان این استصحاب را ذکر کرده و جواب داده است. پرسش: ... پاسخ: فرقی نمی کند، بحث در کلی محقق در ضمن این فرد یا آن فرد، این نوع یا آن نوع، این صنف یا آن صنف است. همه ی اینها داخل در بحث استصحاب کلی قسم ثانی است. پرسش: ... عقد جایز و لازم است یا ملک جایز و لازم؟ پاسخ: فرقی نمی کند، عقدش به هم نخورده و ملکش باقی است، هر دو را می شود جاری کرد. شیخ به دو مطلب اشاره دارد که هر دو جای بحث است، یکی عبارت از بحث صغروی است که آیا اینجا استصحاب کلی است یا استصحاب شخص مشکوک؟ دیگری هم عبارت از بحث کبروی است که آیا استصحاب کلی قسم ثانی \_ که از اقسام استصحاب است \_ جاری است یا نه؟ شیخ هم در بحث کبروی قائل به جریان استصحاب کلی قسم ثانی است و هم صغروياً می گوید که این مورد اصلاً جزء صغریات استصحاب کلی قسم ثانی نیست تا ما شبهه در آن بکنیم که جاری می شود یا نه. این استصحاب، استصحاب فرد است، نه کلی مردد بین الشخصین. راجع به جریان استصحاب کلی قسم ثانی دو اشکال شده است که شیخ هر دو را در رسائل جواب می دهد، یکی عبارت از این است که کلی در اینجا مردد بین یک شیئی است که قطعاً از بین رفته و یک شیئی که مشکوک الحدوث است و با اصل نفی می شود، در

نتیجه یک از دو طرف شبهه وجداناً از بین رفته است و طرف دیگر هم به حکم شرع، بر این اساس هر دو مصداق منتفی است و کلی هم به تبع آن منتفی می شود. این اشکالی است که وارد شده است و شیخ هم در جواب آن می فرماید که نفی مصادیق کلی، مانع از این نیست که خود کلی را استصحاب بکنیم. با نفی مصادیق آثار خاصه ای که بر مصادیق بار می شد، منتفی می شود، اما این مسئله منافاتی با این ندارد که اثر مترتب بر کلی بار بشود، ولو انسان علم داشته باشد که یکی از استصحاب ها درست نیست، یا استصحاب عدم افراد درست نیست، یا استصحاب بقاء کلی، زیرا اگر نفی افراد شد، بالملازمه طبیعت هم نفی می شود. و این به این جهت است که در بحث اصل مثبت گفته شد که مانعی ندارد دو شیء به حسب حکم واقعی متلازم با هم باشند، ولی به حسب حکم ظاهری بین المتلازمین تفکیک بشود. پس در نتیجه نفی افراد با ترتب آثار بر جامع منافاتی ندارد. مثلاً ما نذر می کنیم که اگر زید در این شهر حیات داشت، فلان کار را انجام بدهیم، عمرو هم اگر حیات داشت، یک اثر دیگری بر آن بار باشد، برای کلی انسان هم یک اثر دیگری مترتب باشد. در این صورت اگر زید قبلاً در این شهر نبوده و نمی دانیم که آمده است یا نه، و با استصحاب آن را نفی می کنیم، بودن عمرو را هم نفی می کنیم، ولی ممکن است که بر اصل جامع انسان آثاری را مترتب بدانیم و منافاتی بین اینها وجود ندارد. شیخ مثالی دیگر

هم می زند که مثلاً یک موجودی صد سال و موجود دیگری یک سال عمر می کند، بعد از یک سال نمی دانیم که آیا بقاء هست یا نه. این مثال برای شک در مقتضی است و شیخ می فرماید که در این بحثی که در استصحاب می شود، فرقی بین شک در مقتضی و رافع وجود ندارد. اگر نمی دانیم موجود در خانه فلان موجود است که اقتضاء صد سال عمر می کند، یا موجود دیگری است که یک سال عمر می کند، بعد از یک سال ما استصحاب می کنیم ولو شک در مقتضی باشد. البته شیخ شک در مقتضی را حجت نمی داند، ولی می فرماید که علی المشهور فرقی بین شک در مقتضی و مانع وجود ندارد. شک در مانع هم مثل اینکه یک بللی از انسان خارج شده باشد و مردد بین بول و منی باشد، حالت سابقه هم که محدث به حدث اصغر بوده یا محدث به حدث اکبر، حالت سابقه ای هم در کار نیست، قهراً وقتی انسان نمی داند که محدث به حدث اصغر شده یا اکبر، اگر وضو بگیرد، شک می کند که آیا آن حدثی که قبلاً به آن محدث شده، به وسیله وضو رفع شده است یا نه؟ اگر حدث اصغر بوده، با وضو رفع می شود و اگر حدث اکبر بوده، باقی است و با وضو رفع نمی شود. اینجا تردد بین مقطوع الارتفاع و مقطوع البقاء است و ایشان می فرماید که ما بقاء کلی حدث را استصحاب می کنیم و در نتیجه با وضوی تنها نمی تواند نماز بخواند، زیرا به حسب استصحاب محدث است، ولی دخول در مسجد \_ که از احکام خاصه حدث اکبر است \_ برای او

جایز است، زیرا یقین به صدور حدث اکبر ندارد. شک در اینجا شک در مانع است. شیخ بر اساس مبنای خودشان می فرمایند مانعی ندارد که ما با اصل به کلی بقای حدث قائل بشویم و از طرف دیگر هم قائل شویم که جنابتی در کار نیست. البته این مثال هایی که ایشان زده است، شبهه موضوعی است، ولی بحث ما در شبهه حکمیه بود. در اینجا یک بحث کلی وجود دارد که آیا در باب تعارض دو اصل، فقط مخالفت قطعیه عملیه مانع از جریان اصلین است، یا علم به مخالفت هم مانع از جریان اصلین می شود. مثلاً دو اناء داریم که علم به طهارت هر دو داشتیم و بعد یقین پیدا می کنیم که یک از آن دو نجس شده است و نمی دانیم که کدام یک بوده است، در اینجا اگر بخواهیم استصحاب بقاء طهارت هر دو اناء را بکنیم، مخالفت قطعیه عملیه لازم می آید و در بین متأخرین اختلافی در عدم جریان این اصل وجود ندارد. گاهی هم دو علم به نجاست هر دو اناء داشته ایم، ولی می دانیم که بعداً یکی از این دو ظرف را شسته اند، منتهی نمی دانیم که کدام یک از این دو اناء شسته شده است، در اینجا اختلاف وجود دارد که آیا می توانیم نسبت به هر دو مورد بقاء نجاست را استصحاب بکنیم و در نتیجه اگر دست ما به یکی از انائین تر خورد، محکوم به نجاست باشد، چون ملاقی شبهه نیست که بگوییم ملاقی شبهه محصوره محکوم به نجاست نیست، بلکه ملاقی مستصحاب النجاسه است، آیا می توانیم چنین استصحابی بکنیم یا نه؟ این مسئله مورد اختلاف است. مرحوم آقای

آقا سید ابوالحسن اصفهانی در حاشیه عروه \_ شاید در وسیله هم باشد \_ و آقای خوئی می فرمایند که اگر مخالفت عملیه نباشد، مخالفت علمی مضر نیست. آقای نائینی می فرمایند که اگر مخالفت علمیه هم باشد، عقلاً اشکال دارد که دو اصل جریان پیدا بکند. شیخ انصاری هم که در اینجا هر دو استصحاب را جاری می داند، مبنایش با آقای آقا سید ابوالحسن و آقای خوئی یکی است. آقای نائینی به ایشان اشکال کرده است که در بین کلمات شما بین صدر و ذیل تناقض وجود دارد. جواب این اشکال این است که خود شیخ می گوید که اگر کسی با مایع مردد بین البول و الماء غفلتاً وضو گرفت، (حالا اینکه غفلتاً چطور است، بحثش بماند) اینجا هم استصحاب طهارت بدن دارد و هم استصحاب عدم ارتفاع حدث، بدنش قبلاً پاک بوده و نمی داند که الان نجس شده است یا نه، استصحاب کرده و می گوید که من طاهرم، از طرف دیگر قبلاً محدث بوده و وضو نداشته است، حال نمی داند که آن مایع آب بوده که وضوی صحیح گرفته باشد، یا بول بوده که وضویش صحیح نباشد، در اینجا با استصحاب حدث قبلی می گوید که من محدث هستم. ایشان می فرماید که هر دو استصحاب جاری است، در حالی که قطعاً شخص می داند که یکی از این دو که هم پاک باشد و هم محدث، خلاف واقع است و درست نیست. اگر بول بوده و وضویش صحیح نیست، باید بدن نجس باشد و اگر بدن به پاکی باقی باشد، حدث هم رفع شده است. شیخ در اینجا هر دو را جاری می کند و می فرماید که اگر

در علم اجمالی بر اساس تناقض صدر و ذیل گفتیم جاری نیست، بدین جهت بود که اگر شارع می گوید نسبت به هر فردی از اینها حالت سابقه را اجراء کن، انقضه بیقین آخر، آن واحد لابعین را هم باقی بدار. این در جایی است که واحد لابعین منشأ اثر شرعی باشد، در این صورت تناقض صدر و ذیل لازم می آید، اما در موردی که مثل ما نحن فیه آن واحد معلوم اجمالی، بین نجاست این بدن و بقای حدث مردد است، واحد لابعین منشأ حکم شرعی نیست. البته اگر نذری شده بود، منشأ بود، اما معمولاً. موضوع اثر نیست، لذا هر دو جاری می شود. خلاصه اینکه مطلب مبتنی بر این است که ما مخالفت عملیه را مضر بدانیم نه مخالفت علمیه را. پس یک اشکال این بود که این کلی، مردد بین یک فردی است که وجداناً از بین رفته است و یک فردی که به حسب حکم شرع محکوم به عدم است و کلی هم از این دو خارج نیست. شیخ در جواب این اشکال فرمود که این مطلب مانع از این نیست که شما اثر کلی را بر آن بار بکنید، مثلاً اثر محدثیت را بار بکنید و علم به خلاف هم مضر در اجرای این استصحاب نیست. توهم دیگر عبارت از این است که ما نمی توانیم هر دو استصحاب را جاری کنیم، زیرا این دو اصل سببی و مسببی هستند. بعد از اینکه وضو گرفته شد، شخص شک می کند که آیا الان محدث است یا محدث نیست، منشأ این شک در این است که شک داریم که آیا محدث به حدث اکبر

بوده است یا محدث به حدث اصغر. اگر اصل آمد و حدث اکبر را نفی کرد، شخص می تواند وارد مسجد هم بشود و با وجود این اصل سببی، دیگر جایی برای اصل مسببی نیست. شیخ در جواب این اشکال می فرماید که اینجا اصل سببی و مسببی نیست، زیرا اصل سببی و مسببی عبارت از این است که اگر اصلی به مفاد کان ناقصه اثبات کرد که حدیثی که حادث شده است، حدث اصغر است، ارتفاعش هم به وسیله وضو ثابت می شود، زیرا اگر ما بخواهیم بگوییم که حدث مرتفع شده است، باید اثبات بکنیم که این حدث اصغر است و حدث اصغر با وضو مرتفع می شود. اما نتیجه ی عدم حدوث حدث اکبر، این نمی شود که بگوییم به وسیله وضو حدث من رفع شده است، ارتفاع ثابت نمی شود. نبود حدث اکبر اقتضاء می کند که بتوانی وارد مسجد بشوی، زیرا جنب نیستی و می توانی وارد مسجد بشوی، اما این حدث موجود در من عبارت از حدث اصغر است و باید به وسیله وضو رفع شده باشد. پس بنابراین ارتفاع طبیعت مسبب از این است که حادث مقطوع الارتفاع باشد که مفاد کان ناقصه است، نه مفاد لیس تامه که اثر عدم جنابت، جواز دخول در مسجد باشد. پس بنابراین نه حکومتی در کار است و نه سبب و مسببیتی. این فرمایش شیخ بود، اما مرحوم آقای سید محمد کاظم در اینجا اشکالی دارند که آقایان مراجعه کنند تا ببینند اشکال وارد است یا نه. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی دو اشکال وارد شده بر استصحاب کلی لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۱۴

.Your browser does not support the audio tag

بررسی دو اشکال وارد شده بر استصحاب کلی لزوم معاطاه در موردی که بللی

ص: ۲۳۸

خارج شده و شخص نمی داند که بول است یا منی، شیخ فرمود که بعد از وضو گرفتن بقاء حدث را استصحاب می کنیم و در نتیجه مس کتابت قرآن جایز نیست و با چنین وضویی تا غسل نشود، نمی توان نماز خواند، ولی ورود در مسجد اشکالی ندارد. به این مطلب اشکال شده است که منشأ و سبب شك در بقاء حدث عبارت از شك در این است که آیا شخص جنب شده است \_ تا قهراً وضو فایده نداشته باشد \_ یا نه، در اینجا استصحاب عدم جنابت می کنیم و حدث نفی می شود، پس بنابراین هم مس کتابت قرآن جایز است و هم قرآن خواندن، زیرا شخص جنب نیست تا بعد از وضو جنابت باقی باشد. شیخ در جواب به این مطلب می فرماید که اصل سببی اصلی است که اثبات بکند که آن حالتی که بر شخص حادث شده است، حدث اصغر است که به وسیله وضو رفع می شود و ما چنین اصلی که بخواهد حدث اصغر را اثبات بکند، نداریم و اما اصلی که عدم حدوث حدث اکبر را اثبات بکند، به درد نمی خورد، با این اصل می توان وارد مسجد شد، اما انعدام و ارتفاع طبیعت مستند به این است که با مفاد کان ناقصه اثبات بکنیم که این حالت موجود قبلی حدث اصغر بوده است که با وضو رفع بشود. مرحوم سید در حاشیه می فرمایند آنچه که موضوع اثر برای ماست، این است که شخص بعد از وضو محدث باشد یا نباشد، اگر محدث بود، مس کتابت قرآن و نماز و امثال آن جایز نیست و اگر محدث نبود، جایز است، اثر مترتب بر

ص: ۲۳۹



صفت رافعیت نیست که بگوییم شخص موقعی می تواند دست به قرآن بزند یا نماز بخواند که عدم الحداث اثبات بشود، این قید خارجاً دخالت ندارد، ولو اگر الان محدث نباشد، حالت سابقه اش حدث است. پس اثر شرعی مترتب بر نبود حدث بعد از وضو است، نه به نبود خاص که قبلش هم محدث بوده تا شما بگویید که این نبود خاص مسبب از این است که ما وقع عبارت از حدث اصغر باشد، به اصل نبود متوقف است و وقتی هم که جنب نبود، دیگر الان طبیعت وجود ندارد. پس بنابراین با اصل عدم جنابت نتیجه گیری می کنیم که شخص الان محدث نیست، نمی خواهیم بگوییم که محدث خاص نیست، محدث نیست و همین محدث نبودن برای نماز خواندن و مس کتابت قرآن کفایت می کند. البته در ما نحن فیه اگر محدث نباشد، عدمی است که قبلش هم وجود بوده است، ولی آن دخالت در موضوع حکم ندارد. موضوع حکم به وسیله اصل عدم جنابت ثابت می شود و مشکل رفع می شود. بعد سید می فرماید که ما می توانیم آن استصحاب کلی را جاری نکنیم و یک استصحابی را جاری نکنیم که دیگر آن مشکل وجود نداشته باشد و آن این است که وقتی یک حیوانی در اتاق بوده و ما نمی دانیم که چه حیوانی است، دیر می میرد یا عمرش کوتاه است و زود می میرد، در اینجا ما می گوییم که همان حیوانی که یک ساعت پیش موجود بود و حرکت می کرد، الان نمی دانیم که حیات آن حیوان باقی است یا باقی نیست، شخص آن حیوان را ابقاء کرده کرده و می گوییم که الان وجود دارد. با این استصحاب دیگر

آن اشکال استصحاب کلی پیش نمی آید تا گفته شود که کلی مسبب از یک شیء است که اصل حاکم دارد. با این استصحاب دیگر اصل حاکم وجود نخواهد داشت و ما همان فردی را که در قَصیر و طولش تردید داریم را استصحاب می کنیم. در اینجا یک فردی وجود دارد که ما شک داریم عمرش طولانی است یا نه، استصحاب بقاء آن را می کنیم و هیچ اشکالی وجود ندارد. در این صورت قهراً همان شخص حدث باقی است و احکام حدث بار می شود. این فرمایش مرحوم آقا سید محمد کاظم است، ولی عرض ما در اینجا این است که مرحوم شیخ در این مسئله دو وجه توهّم ذکر کرده است. توهّم اول این بود که بگوییم ذاتاً استصحاب قدر مشترک جاری نیست، زیرا این امر مشترک دایر بین مقطوع الزوال و مشکوک الحدوثی است که محکوم به عدم است، مشترک هم چیزی غیر از اینها نیست، پس یک فردش قطعاً زایل شده و فرد دیگرش هم با اصل نفی می شود. بعضی ها این طور توهّم کرده اند و مرحوم سید به این توهّم اشکال نمی کند، اشکال ایشان به توهّم دوم است که گفته شده یک اصل سببی داریم که حاکم بر اصل مسببی است. سید نسبت به توهّم اول اشکالی نکرده است و ما می گوییم که شما وقتی به مطلب اول اشکالی نکرده اید و آن را قبول کرده اید، دیگر جوابتان به توهّم دوم درست نمی باشد. وجهش عبارت از این است که وقتی شیخ می فرماید استصحاب کلی را جاری می کنیم، با اینکه یک فردش قطعی الانتفاء و فرد دیگرش هم محکوم به عدم است، علتش این است که عدم

طبیعت، مرکب از عدم افراد نیست، به این معنی که عدم انسان از عدم زید و عدم بکر و عدم خالد ترکیب نشده است، مفهوماً جدا هستند و لازمه عدم افراد عدم طبیعت است و این هم مثبت است و درست نیست. پس در نتیجه وقتی این طور شد، با نفی افراد نمی توانیم طبیعت را منتفی بدانیم. پس ایشان با این جوابی که به توهم دوم داده اند، نمی توانند مشکل اول را حل بکنند. و اما آن مطلبی که ایشان فرمودند بجای استصحاب کلی، استصحاب فرد را جاری می کنیم، ظاهراً به نظر ایشان اگر ما قائل به استصحاب فرد مردد شدیم، دیگر محدثیت اثبات شده و مسئله تمام است، اما استصحاب عدم حدث اکبر هر چند حکومت بر استصحاب فرد مردد ندارد، ولی معارض با آن است که ایشان نمی خواهد قائل به معارضه بشود. بحث دیگر این است که آیا آثار کلی بر استصحاب فرد مردد بار می شود یا نه؟ مثلاً اگر من نذر کردم در صورتی که انسانی در خانه باشد، من صدقه بدهم، یک ساعت پیش از این بوده، اما الان نمی دانم که خارج شده است یا نه، در اینجا استصحاب کلی جاری و درست است، طبیعت انسان قبلاً بوده است و الان هم آن طبیعت را استصحاب می کنم و صدقه هم لازم است، اما اگر مثلاً شخص زید را استصحاب بکنم، آیا اثری که برای نفس الطبیعه است، برای خصوص زید هم خواهد بود؟ آیا با استصحاب بقای زید می توانیم اثر مترتب بر طبیعت، نه اثر مترتب بر زید را بار بکنیم؟ مشکل است که این مطلب را بگوییم. پس اینکه ایشان فرمود استصحاب

فرد مردد بی اشکال است، اولاً- اثر برای جامع است نه فرد موجود خارجی و در ثانی اگر بتوانیم اثر جامع را هم بار کنیم، باز استصحاب فرد مردد با استصحاب فرد طویل معارض می شود که ایشان نمی خواهد قائل به معارضه بشود. پرسشش: ... پاسخ: اتحاد فایده ندارد، مفهوماً باید یکی باشد و اتحاد خارجی حکم او را اثبات نمی کند. اشکالی که ما به شیخ می توانیم عرض کنیم مطلب دیگری است که ما باید در این مسئله قائل به تفصیل شده و بگوییم که در بعضی از موارد استصحاب قدر مشترک جاری است و در بعضی از موارد جاری نیست، در یک جا اصل حاکم داریم و در جای دیگر اصل حاکم نداریم. یک مرتبه از قبیل فیل و پشه و زید و عمرو است که نمی دانیم زید در خانه بوده یا عمرو که در این موارد با نفی افراد، طبیعت نفی نمی شود زیرا مثبت است، اگر خارجاً بدانیم که افراد انسان یک میلیون است و یک میلیون نفر را نفی بکنیم، نمی توانیم اثر وجود انسان را نفی بکنیم. ولی اگر خود شرع انحصار طبیعت در موارد متعدد را جعل کرده و گفته باشد که مثلاً ما دو حدث بیشتر نداریم، انحصار به جعل شارع باشد، نه حکم تکوینی خارجی، در اینجا می گوید که اگر هیچ کدام از افراد نبود، طبیعت هم در کار نیست. بر این اساس در موردی مانند حدث که موجباتش به جعل شرع است، نه به وجود تکوینی خارجی، اگر دو فردش به جعل شرع از بین رفته باشد، یا یک فردش به جعل شرع و فرد دیگرش به تکوین از بین

رفته باشند، مثلاً یکی بالوجدان و دیگری بالاصل از بین رفته باشد، از انتفاء این دو فرد، انتفاء طبیعت حاصل می شود و ما با منتفی شدن افراد نمی توانیم آثار جامع را بار بکنیم. معنای انحصار شرع این است که خود شرع می گوید اگر این افراد نبودند، طبیعت در کار نیست، خود شرع می گوید نه وجداناً. پرسش: ... پاسخ: حصر عبارت از این است که شارع می گوید اگر هیچ کدام از آنها نشد، شما مشکلی برای نماز ندارید، مبطلات نماز چند چیز است، به حکم شرع منحصر است، انحصار از آن استفاده می شود. پس به نظر می رسد که اولاً چون جعلی است، ما می توانیم بگوییم که با نفی این دو فرد، طبیعت نفی می شود، و در ثانی اگر هم بگوییم که طبیعت نفی نمی شود، یک مطلبی مرحوم آخوند در اصل مثبت دارد که در رسائل به آن اشاره نشده است و آن این است که اگر در اصل مثبت گفته می شود که ممکن است حکم دو شیء متلازم خارجی جدا از هم باشد، در جایی است که تلازم در وجود واقعی دو شیء باشد، اما اگر وجود ظاهری اش تلازم نداشت، تلازم واقعی کفایت نمی کند. بعضی ملازمات هم اعم از واقع و ظاهر است، مثلاً در صورتی که قائل به وجوب مقدمه واجب بشویم، عقل حکم می کند که مقدمه واجب واقعی، واجب واقعی باشد و مقدمه واجب ظاهری هم واجب ظاهری باشد. در بعضی چیزها هم عقلاً ملازمه ای وجود ندارد، اما عرف ملازم می بیند و می گوید که هم وجود واقعی این دو شیء ملازم است و هم وجود تنزیلی و وجود ظاهری شان ملازم است، مثل فوقیت و تحتیت

که لازمه فوقیت یک شیء به دیگری، تحتیت آن شیء به این شیء است، هم به حسب وجود واقعی و هم به حسب وجود تنزیلی و ظاهری. اما اینکه در مسئله ای ما بخواهیم بگوییم که فلان شخص نه محدث به حدت اصغر است و نه محدث به حدت اکبر، ولی محدث است، عرف نمی تواند چنین چیزی را تصور بکند. اینکه ما بگوییم فلان شیء فوق فلان شیء است، اما آن یکی تحت این نیست، عرف چنین چیزی را نمی فهمد که بگوییم شخص محدث است، اما نه به حدت اصغر و نه به حدت اکبر، این دو با هم جمع نمی شوند. پس می توانیم بگوییم که تلازم به حسب ظاهری وجود دارد. پرسش: ... بین تکوین و تشریح فرق وجود ندارد؟ پاسخ: بین تکوین و تشریح فرق است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## بررسی تنجز علم اجمالی ۹۱/۰۹/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

بررسی تنجز علم اجمالی شیخ در مسئله ی خروج مایع مردد بین بول و منی قید زده بود که حالت سابقه معلوم نباشد، ولی بعداً خود ایشان حالت سابقه «عدم جنابت» را استصحاب می کند! به نظر می رسد که مراد ایشان این باشد که هیچ کدام از حدت اصغر و حدت اکبر حالت سابقه نداشته باشند و شخص قبلاً پاک باشد تا در نتیجه نتوان به استصحاب یکی از این دو را اثبات کرد، نه اینکه بگوییم به طور مطلق حالت سابقه وجود نداشته باشد. مقصود این است که حالت سابقه، طهارت باشد، نه حدت اصغر یا حدت اکبر، زیرا اگر قبلاً حدت اصغر بوده، با خروج بللی که مردد بین بول و منی است، شخص نمی داند که آیا حالت سابقه به حدت

ص: ۲۴۵

اکبر تبدیل شده است یا همان حالت سابقه باقی است که استصحاب اقتضاء می کند که همان حالت سابقه باقی باشد، اگر هم حالت سابقه قبلی حدت اکبر باشد، بعد از خروج مایع مردد هیچ تغییری پیدا نخواهد کرد و هما حدت اکبر باقی است. مقصود شیخ این است، اما یک قدری در تعبیر قصور شده است. عمده بحث در این است که اگر شخص قبل از اینکه وضو بگیرد، بللی از او خارج شد که مردد بین بول و منی است و قبلاً طهارت مطلق داشته است، باید ببینیم که در اینجا تکلیف چیست؟ از کلام شیخ استفاده می شود که یک امر یقینی داریم و یک امر مشکوک و اصل را جاری می کنیم. اصل محدث بودن یقینی است و تردیدی در آن نیست، ولی شک در صدور حدت اکبر است که با استصحاب عدم می گوییم که حدت اکبری صادر نشده است و شخص می تواند وارد مسجد بشود، ولی چون اصل محدث بودن یقینی است و نمی دانیم که رافع این حدت وضوء است یا غسل، مقتضای قاعده اشتغال و استصحاب این است که نباید به یکی از این دو اکتفاء بشود. پس این ظاهر کلام شیخ است که با اصل عدم حدوث جنابت دخول در مسجد جایز است، ولی چون اصل جامع مسلم است و نمی دانیم که رافع آن وضوء یا غسل است، اگر کسی بخواهد مثلاً مس کتابت قرآن بکند \_ که قبلاً قطعاً حرام بوده \_ یا اینکه بخواهد نماز بخواند \_ که قطعاً قبلاً جایز نبوده \_ اگر شخص بخواهد آن حالت سابقه مرتفع بشود، باید هم وضوء بگیرد و هم غسل بکند.

ص: ۲۴۶

این اصل فرمایش شیخ بود، اما یک اشکالی در اینجا به نظر می‌رسد و آن عبارت از این است که اصل عدم جنابت قبلاً هم معارض است، زیرا ما علم اجمالی داریم که یا «صل مع الوضوء» و یا در طرف مقابلش «صل مع الغسل و لا تدخل المسجد بلاغسل»، به این معنی که اگر محدث به حدث اکبر باشد، «صل مع الغسل و لا تدخل المسجد» و اگر محدث به حدث اصغر باشد، «صل مع الوضوء» می‌باشد. مقتضای علم اجمالی این است که هر دو عملی بشود و اشکال در این است که چرا شیخ اصل براءت یا استصحاب عدم را نسبت به عدم جنابت جاری می‌کند؟ اگر در هر دو طرف جاری بشود و بعد از تعارض، تساقط شد، هم برای دخول مسجد باید غسل بکند و هم برای مس کتابت قرآن غسل بکند و وضوء بگیرد. بعضی از کسانی که قائل به عدم تنجیز علم اجمالی هستند، به دو روایت استدلال کرده‌اند، یک روایت «کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال حتی تعرف أنه حرام بعینه» است و دیگری هم روایت «کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه» می‌باشد، دو تعبیر وجود دارد. استدلال کنندگان می‌گویند که بر اساس این دو روایت اگر حرام معین نباشد، ارتکاب آن جایز است و بنابراین علم اجمالی منجز نیست و مانند شبهه بدوی موجب فعلیت نیست. در حکم واقعی و ظاهری با فعلیت و شأنیت جمع می‌کردیم، در اطراف علم اجمالی هم با فعلیت و شأنیت جمع می‌کنیم. شیخ می‌فرماید که این دو روایت با هم

فرق دارند و روایت «کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال حتی تعرف انه حرام بعینه»، دلالت بر عدم تنجیز علم اجمالی ندارد، زیرا «بعینه» برای تأکید است و موارد علم اجمالی را خارج نمی‌کند. اگر مثلاً شما می‌دانید که فلان شخص مرجع تقلید شماست، اما اگر او را ببینید، شخص او را تشخیص نمی‌دهید، صحیح است که بگویید: زید بعینه مرجع تقلید من است و لو زید را نمی‌شناسم و نمی‌توانم او را بین افراد تعیین بکنم. مراد از این روایت هم این است که شخص حرام بودن را بداند، مثلاً بداند که انا زید غصبی و حرام است، ولی نمی‌داند که کدام یک از این دو انا، انا زید است. چنین شخصی می‌تواند بگوید که من می‌دانم انا زید بعینه حرام است، ولی اینکه کدام یک انا زید است، این را نمی‌دانم. پس «بعینه» در مقام تأکید است، مثل اینکه بگویم زید بعینه این کار را کرد ولو اگر زید را ببینم، نتوانم او را تشخیص بدهم. پس «بعینه» در اطراف علم اجمالی حرمت معلوم است، مثلاً می‌دانیم که انا حرام است، غصبی است و لو انا زید را تشخیص نمی‌دهیم که کدام است. در اینجا «بعینه» صدق می‌کند. پس استفاده از این روایت برای عدم تنجیز علم اجمالی درست نمی‌باشد. اما روایت دوم که می‌فرماید «حتی تعرف الحرام منه بعینه»، به این معنی است که خود حرام را مشخصاً تشخیص بدهید، نه اینکه بدانید حرام چیست. در باب علم اجمالی ما حرام را بعینه تشخیص ندادیم و می‌دانیم که یکی از این دو حرام است، ولی نمی‌دانیم که کدام یک



بعینه حرام است. بنابراین چون خود حرام را بعینه نمی شناسیم، در نتیجه «لک حلال» است و می توانیم مرتکب بشویم، شیخ ظهور این روایت را قبول دارد، منتهی می فرماید که خلاف اجماع است و ما رفع ید می کنیم. مرحوم آقای داماد می فرماید که غیر از اجماع، این روایت را به وسیله روایات خاصه ای که در مسئله هست، توجیه می کنیم، زیرا روایات متعددی داریم مثل «یهریقهما و یتیمم» که هر دو را باید دور بریزد، یا در جایی که دو حیوان وجود دارد که معلوم نیست کدامشان میته است، می فرماید که «یرمیهما الی الکلاب»، یا اگر دو لباس بود که علم به نجاست یکی از آنها داشتیم، می فرماید باید با هر دو نماز خوانده شود، یکی با این لباس، یکی با آن لباس، یا اگر قبله مشتبه شد، باید چند نماز خوانده شود و از این موارد قاعده تنجیز علم را استفاده می کنیم. بنابراین اگر حدیثی ظاهر در این بود که علم تفصیلی در فعلیت معتبر است و احکام در علم اجمالی فعلیت ندارد، این روایات می گوید که در علم اجمالی هم فعلیت دارد و لازم است که رعایت بشود. اشکالی که به نظر ما می رسد این است که اگر بخواهیم با روایات خاصه آن روایت را تخصیص بزنیم و بگوییم که فعلیت فقط در علم تفصیلی نیست و بعضی چیزهای دیگر هم ملحق به علم تفصیلی می شوند و قهراً بگوییم که مراد از «بعینه» علم اجمالی در خارج از محل ابتلاء یا کثیر در کثیر باشد، مثل اینکه انسان علم داشته باشد که در شهر بعضی گوشت ها میته است، یا شبهه غیر محصوره باشد، این صورت ها

خارج می شود، اما نمی توانیم از موارد مذکور در روایات اصطیاد قاعده بکنیم، زیرا تمام روایات در مواردی است که مخالفت با خطاب واحد است، شارع یک خطاب شرعی دارد که ما نسبت به مصداق آن شک می کنیم، مثلاً یک خطاب شرعی «اجتنب عن النجس» داریم که ما در مصداق آن شک می کنیم، یا یک خطاب «اجتنب عن الميته» داریم که ما در مصداقش شک می کنیم، یا نسبت به مصداق خطاب «صل الى القبلة» یا خطاب «صل مع طهاره اللباس» شک داریم. ولی در مواردی که مخالفت با خطاب متعدد است و طرف علم اجمالی ما یک خطاب نیست و مصداقش مشکوک بین الخطابین است، مثلاً علم اجمالی به خطاب «صل مع الطهاره» و خطاب «صدق» داریم، در این موارد ما نمی توانیم از موارد مذکور در روایات اصطیاد قاعده بکنیم. همه ی این موارد محل بحث و تردید بین علماء است و غیر از آن مواردی است که علم اجمالی در خطاب واحد است و در روایات خاصه به آن اشاره شده است. پس تخصیصی که با روایات خاصه در علم تفصیلی زده می شود را نمی توان به صورت کلی در نظر گرفت و گفت که علم اجمالی در تمام موارد منجز است. مرحوم آقای داماد نتیجه گیری کلی می کند، ولی به نظر ما این نتیجه گیری اشکال دارد. حال اگر بگوییم که بعد از ملاحظه روایات خاصه یک مورد خاصی از علم اجمالی فعلیت دارد و بقیه فعلی نیست، در مسئله مورد بحث هم که خطاب مردد بین «صل مع الوضوء» و «صل مع الغسل» بود، چون خطاب واحد است، از باب علم اجمالی باید احتیاط کنیم و نباید

مخالفت بشود. اما اگر خطاب مردد بین «صل مع الوضوء» و «لا تدخل المسجد بلا غسل» بود، چون تردد بین خطابین مختلفین است، حتی حکمین مختلفین است، (چون در خطابین مختلفین هم بعضی ها قائل به تفصیل شده اند که هر دو وجودی باشد یا عدمی) اینجا یکی وجودی است و یکی عدمی، یکی وجوبی است و دیگری تحریمی، اینجا دیگر به طریق اولی نمی شود الغاء خصوصیت کرد و طبق قاعده می گوئیم که اشکالی ندارد که وارد مسجد بشود تمسکاً به صحیحه عبدالله بن سنان، اما راجع به نماز و امثال آن باید جمع بین الطهارتین کرد. این اشکالی بود که به نظر ما رسیده بود، ولی این اشکال جواب دارد و در نتیجه علم اجمالی لازم المراهه است و به فرمایش شیخ در استصحاب عدم جنابت، اشکال وارد می شود و در نتیجه نمی شود این استصحاب عدم جنابت را جاری بکنیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## تنجیز یا ترخیص در علم اجمالی ۹۱/۰۹/۱۸

.Your browser does not support the audio tag

تنجیز یا ترخیص در علم اجمالی ما بحث اصول نداریم، اما بعضی از آقایان درخواست کردند که به برخی از مبانی اصول اشاره شود و بی مناسبت هم نیست و به بحث های ما هم ارتباط دارد. یکی از این مباحث کلی، بحث در علم اجمالی است که ما یک مقداری به آن اشاره می کنیم. ابتداءً باید بررسی بکنیم که اگر علم اجمالی به تکلیف یا غیر تکلیف پیدا بشود، آیا اصول در اطراف آن جاری می شود یا نه؟ آیا اصولی که بر خلاف معلوم بالاجمال است، جاری می شود یا نه؟ شیخ عنوان کرده ممکن است کسی بگوید از دلیل «کل شیء لک حلال حتی تعلم أنه حرام» استفاده می کنیم

ص: ۲۵۱

که اطراف علم اجمالی مرخص فیه است و ارتکابش اشکالی ندارد، زیرا هر کدام از اطراف علم اجمالی مشکوک است و دلیل «کل شیء لک حلال...» می گوید که اگر حالت سابقه داشته باشد، استصحاب جایز است و مطابق حالت سابقه دو اناء قبلاً پاک بوده و بعد یکی از این دو نجس شده است، استصحاب حالت سابقه می گوید که طهارتش باقی است و ارتکابش اشکالی ندارد و اجتناب لازم نیست، اما شیخ می فرماید که با تمسک به این اطلاق، تعارض صدر و ذیل پیش می آید، زیرا ما از دلیل همانطور که استفاده می کنیم هر مشکوکی مادامی که مشکوک است، مرخص فیه است، این استفاده را هم می کنیم که انسان باید طبق معلوم عمل بکند و معلوم منجز است، قهراً تعارض صد و ذیل پیش می آید، پس به وسیله ادله مرخصه نمی توانیم ترخیص را اثبات بکنیم. پرسش: ... صدر و ذیل روایت؟ پاسخ: بله، اگر اطلاق این روایت بخواهد شامل موارد علم اجمالی بشود، تناقض در صدر و ذیل پیش می آید، زیرا «حتی تعلم» اقتضاء می کند که علم \_ اجمالی و غیر اجمالی \_ تنجیز آور باشد، صدر روایت هم می فرماید که «کل شیء لک حلال»، چه شبهه بدوی باشد و چه مقرون به علم اجمالی، در هر دو صورت «لک حلال» اثبات ترخیص می کند و اگر هم قائل به ترخیص بشویم و هم قائل به تنجیز، تناقض یا تضاد پیش می آید. در درر و فواید الاصول آقای نائینی و آقای شیخ عبدالکریم می فرمایند که تناقضی در کار نیست، زیرا غایت اصلی که جاری می کنیم، تا جایی است علم پیدا بکنید، وقتی دو اناء وجود دارد، یکی در

ص: ۲۵۲

سمت راست و دیگری در سمت چپ و شما شک می کنید که اناء سمت راست نجس است یا نه، روایت می فرماید که «لک حلال حتی تعلم أنه حرام»، اما وقتی که مشکوک تبدیل به معلوم بشود، دیگر چنین اصلی نداریم. در باب علم اجمالی، مشکوک شما معلوم نشده است، معلوم شما یک شیء است، مشکوک هم یک شیء دیگری است، پس علم شما غایت برای آن ترخیص نیست. اگر مراد از «کل شیء حلال» این بود که مثلاً این اناء سمت راست برای شما حلال است، تا زمانی که بدانید جامع احدهما عبارت از حرام است، در این صورت می توانستیم بگوییم که غایت حاصل شده است، اما مراد این چنین نیست، ضمیر به همانی که شک در آن دارید بر می گردد و جامع مشکوک نیست. ظهور کلام در این است که غایت عبارت از اینکه بگوییم این شیء یا عدلش معلوم باشد، نیست، تا تناقضی حاصل شود. این اشکال به شیخ شده است که چرا شما می گوید تناقض وجود دارد، ولی مرحوم آقای داماد این اشکال را رد کرده و فرموده است که به کلام شیخ توجه نشده است، اگر شیخ می خواست بگوید که غایت حاصل شده است، دیگر تناقض صدر و ذیل لازم نمی آمد، از اول می گویند که یک شیء مغیا به یک غایتی است و وقتی آن غایت حاصل شد، آن شیء دیگر نیست و در اینجا تناقضی حاصل نمی شود. شیخ در شمول اطراف علم اجمالی ادعای تناقض می کند. بنده یک عرضی دارم که همانطور که در باب ملکیت انسان وقتی یک چیزی را به دیگری می فروشد، گاهی به صورت کلی می فروشد، گاهی احدهما

را می فروشد و می گوید که یکی از این دو صبره را فروختم، و همه ی این موارد صحیح است و ادله یی شامل آنها می شود، همینطور هم در باب قاعده حلّ یا استصحاب هم ممکن است مستصحب ما یا آن چه که محکوم به حلّیت است، عنوان تفصیلی داشته باشد و ممکن هم هست که عنوان اجمالی داشته باشد. مثلاً انا زید قبلاً پاک بود و شرب آب از آن حلال بود، بعداً این انا مردد بین الانائین شد و شک کردیم که آیا نجس شده است یا نه، و احتمال می دهیم که یکی از این دو انا لا علی التعین نجس شده باشد، شما می گوید که استصحاب بقاء طهارت یا استصحاب بقاء حلّ را جاری می کنیم، منتهی روی کلی جاری می کنیم و مانعی هم وجود ندارد و آثار آن را هم بار می کنیم. پس ادله عمومات می گوید که اگر یک شیء به عنوان مشکوک بود و الان معلوم شد، دیگر نمی توانیم آن اصلی را که قبل از علم جاری می کردیم، جاری بکنیم، این ادله حلّ یا ادله استصحاب این مورد را هم می گیرد. حال اگر یک شیء قبلاً به عنوان احدهما المشکوک حلال بوده و بعداً به عنوان احدهما مقطوع شده، شما می گوید که غایت «کل شیء لک حلال» این مورد را می گیرد، یا استصحاب «بل انقض بیقین مثله» این مورد را می گیرد، آیا از این استفاده نمی شود که اگر از اول مثلاً نجس و حرام بوده، باید انسان از آن اجتناب کند، همانطور که وقتی انا زید پاک بوده و بعد شک می کنیم، شما می گوید که مشکوک حکم حلّیت یا حکم طهارت دارد یا

مطابق حالت سابقه است، بعد که تبدیل به علم شد، مرتفع است. پس بنابراین ما استفاده می کنیم که اگر انسان علم به یک شیء داشته است، چه به عنوان تفصیلی و چه به عنوان اجمالی که قبلاً مشکوک بوده و بعد تبدیل به علم شده، یا عنوان اجمالی که از اول معلوم بوده است، از این تعبیر با تفاهم عرفی استفاده می شود که این علم منجز است و مرخص فیه نیست. پس اگر این علم را منجز بدانیم، در اطراف علم اجمالی دو اطلاق مستفاد خواهد بود، یکی عبارت از اینکه همه معلومات منجز است، خواه معلوم بالتفصیل باشد، یا معلوم بالاجمال، یکی هم این است که هر مشکوکی مرخص فیه است، چه شبهه بدوی باشد و چه مقرون بالاجمالی. پس در جایی که دو اناء وجود دارد و لا علی التعمین می دانیم که یکی نجس است، ادله مرخصه حکم به ترخیص می کند و ادله منجزه هم حکم به تنجیز و در نتیجه تعارض صدر و ذیل پیش می آید. شیخ در این مطلبی که ادعای تناقض می کند، می فرماید که اگر آن واحد لابعین موضوع اثر باشد، تناقض لازم می آید، اما اگر واحد لابعین موضوع اثر نباشد، در باب استصحاب دارد که اجرای استصحاب نسبت به هر کدام از این دو بلامانع است. ممکن هم هست که راجع به اصول غیر استصحاب هم قائل به همین مطلب بشویم. مثلاً در باب استصحاب می فرماید اگر کسی غفلتاً از مایع مردد بین البول و الماء وضو گرفت، اینجا ما دو تا استصحاب داریم، یکی عبارت از استصحاب بقاء طهارت مواضع وضو است که قبلاً پاک بوده و نمی دانیم به وسیله

این وضو نجس شده یا نه، در اینجا استصحاب جاری می‌کنیم، استصحاب دیگر هم اینکه قبلاً شخص محدث بوده و وضو نداشته است، حال نمی‌داند آیا این وضو صحیح است تا حدش رفع شده باشد یا نه، شیخ می‌فرماید ما هر دو استصحاب را جاری می‌کنیم، با اینکه علم داریم یکی از اینها خلاف واقع است، اگر آن مایع بول باشد، طهارت قطعاً واقع نشده است و اگر ماء باشد، حدث ادامه پیدا نکرده است، ولی شیخ می‌گوید که ما هر دو استصحاب را جاری می‌کنیم، زیرا آن واحد لابعین - که ما می‌دانیم یکی از اینها در حالت سابقه به هم خورده است - موضوع یک حکم شرعی نیست تا بگوییم «انقض» این را گرفته است و با لا تنقضی که نسبت به طرفین جاری می‌کنیم، تعارض بشود. اما اگر واحد لابعین موضوع اثر شرعی بود، مثل اینکه اگر یکی از دو اناء نجس بود و «انقض» می‌گوید که شما بنا را بر این بگذار که یکی از این دو نجس است و این مطلب منجز است، اثر هم دارد، قهراً تناقض صدر و ذیل لازم می‌آید. اما در خیلی از موارد مانند توضوء با آب مردد بین البول والماء، واحد لابعین موضوع اثر نیست و تناقض صدر و ذیل لازم نمی‌آید. پس خلاصه تا اینجا گفتیم که به جهت تناقض صدر و ذیل، ادله مرخصه این مورد علم اجمالی را اثباتاً نمی‌گیرد و دلیلی نداریم تا به آن تمسک بکنیم. بعد شیخ می‌فرماید که ممکن است کسی بگوید در بعضی از روایات غایت چیزی ذکر شده که آن اطلاق گیری دیگر تناقض صدر و ذیل

حاصل نمی شود. در بعضی از روایات آمده است که «کل شیء لک حلال حتی تعلم أنه حرام بعینه» یا «بشخصه»، یعنی تمام چیزها حلال است، مگر اینکه انسان علم تفصیلی به حرمتش داشته باشد، بنابراین هر شیئی که قبلاً مشکوک بوده و بعد معلوم بالتفصیل شد، شارع می گوید که دیگری ترخیصی در آن نیست، اما هر مشکوکی که بعداً معلوم بالاجمال شد، ترخیص هم در جای خودش هست، پس تا وقتی که انا زید معلوم بالتفصیل نشده است، محکوم به طهارت و حلیت است. پس با بودن این «بعینه» هیچ تناقضی بین صدر و ذیل حاصل نمی شود. اما شیخ می فرماید که از این روایت استفاده نمی شود که اطراف علم اجمالی خارج است، زیرا عبارت «بعینه» نمی خواهد بگوید که هر چیزی حلال است تا شما بعینه بدانید که آن چیز حرام است، ایشان می گوید اشاره به این دارد که مثلاً می گوییم زید بشخصه فلان نامه را امضاء کرد و این به این معنی نیست که من زید را بشخصه می شناسم. شما اگر زید را در بین دو یا ده نفر شناسید، ولی برایتان ثابت شده باشد که زید فلان اقدام را انجام داده است، می توانید بگویید که من یقین دارم که زید فلان اقدام را انجام داده است، ولی اینکه زید کدامیک از این اشخاص است را نمی دانید. معنای «حتی تعلم انه حرام بعینه» عبارت از این است که بدانید آن کار بشخصه حرام است، نه اینکه آن ملاقی که به شیء چسبیده و اثر در آن گذاشته است، حرام است. این بعینه در مقام تأکید است، برای اینکه اگر یک خلاف ظاهری محتمل شد،



آن خلاف ظاهر از بین برود و تبدیل به صراحت بشود. اما یک روایت دیگری وجود دارد که شیخ آن را قبول می کند و آن این است که «کل شیء لک حلال حتی تعرف حرام منه بعینه»، می گوید همه چیز حلال است تا خود حرام را بشخصه شناسید، نه حرام بودن یک چیزی را، خود حرام را بشخصه شناسید. می گوید در اطراف علم اجمالی من حرام را بشخصه نشناختم، بنابراین غایت حاصل نشده است و ما حکم به حلیت می کنیم، تناقض صدر و ذیلی هم در کار نیست و از اول اطلاق اقتضای ترخیص می کند. مقتضای این حدیث \_ که شیخ هم قبول دارد \_ این است که ما بگوییم در اطراف علم اجمالی، چون حرام بشخصه معلوم نیست، شارع اجازه و ترخیص در ارتکابش داده است. مرحوم آقای داماد به این مطلب جواب می دهد که چون ما روایات خاصه ای داریم مانند «یهریقهما و یتیمم» یا در دو لباسی که یکی از آن دو نجس است، وارد شده است که «یرمیهما الی الکلاب»، یا در جایی که قبله مشتبه است، می فرماید که احتیاط بکنند و... از مجموع این روایات خاصه می فهمیم که اگر جمع عرفی نتوانستیم بکنیم، باید از ظاهر آن روایت رفع ید بکنیم. البته این مطلب را هم من عرض بکنم که مورد روایت شبهه تحریمیه است و شبهه وجوبیه، یا شیء بین الخطابین، یا بین وجوب و حرمت را شامل نمی شود. «کل شیء فیه حلال و حرام» فقط منحصر به شبهه تحریمی است، ولی ما می توانیم به وسیله این روایت، ترخیص در تمام موارد را با اولویت استفاده بکنیم. شما اگر بگویید که در

یک خطاب اگر علم تفصیلی نداشتید، علم اجمالی منجز نیست، به طریق اولی در جایی که امر مردد بین الخطابین است، منجز نخواهد بود. یا اگر گفتیم که در شبهه تحریمیه \_ که اخباریها احتیاط را لازم می دانند \_ ترخیص شد، در شبهه وجوبیه \_ که اخباری ها هم احتیاط را لازم نمی دانند \_ به طریق اولی ترخیص خواهد بود. البته یک نکته ای هم هست که اگر انسان بخواهد در امور واجب احتیاط بکند، غالباً حرجی می شود، اما احتیاط بین چند اناء مشکلی ندارد، لذا اخباری ها در شبهه تحریمیه حکم به احتیاط می کنند اما در شبهه وجوبیه مورد اتفاق است که احتیاط لازم نیست. حال اگر در شبهه تحریمیه در صورت علم اجمالی بنا بر اجرای براءت شد، به طریق اولی در علم اجمالی در شبهه وجوبیه براءت جاری خواهد بود. منتهی مرحوم آقای داماد می فرمودند که ما باید با روایات خاصه در این روایت تصرف کنیم و بگوییم که این روایت شبهه معلوم بالاجمال و شبهه محصوره را شامل نمی شد و به قرینه روایات خاصه به موارد دیگر اشاره دارد. البته در اینجا اشکال و جوابی وجود دارد که فردا انشاء الله به آن اشاره خواهیم کرد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ادامه بررسی احکام علم اجمالی ۹۱/۰۹/۱۹

.Your browser does not support the audio tag

ادامه بررسی احکام علم اجمالی بحث ما در این بود که روایت عبد الله بن سنان \_ که صحیح هم هست \_ نسبت به معلوم بالاجمال ترخیص داده و فرموده است که «کل شیء فیہ حلال و حرام و هو لک حلال حتی تعرف الحلال منه بعینه». در موارد علم اجمالی چه محصوره و چه غیر محصوره حرام بعینه

ص: ۲۵۹

تشخیص داده نشده است، بنابراین اقتضاء می کند که شخص در غیر موارد علم تفصیلی مرخص باشد. در مقابل این روایت، روایات کثیری وجود دارد که از آنها استفاده می شود در موارد متعددی از شبهات محصوره حکم به تنجیز شده است، مثل اینکه در جایی که دو اناء داریم و یکی از آنها نجس است، فرموده است که «یهریقهما و یتیمم»، یا در جایی که دو حیوان هست که یکی از آن دو میته است، می فرماید: «یرمیهما الی الکلاب»، یا در جایی که دو لباس داریم و یکی از آن دو نجس است، می گوید باید در هر دو نماز بخواند، در قبله هم همین طور است. پس بنابراین از این روایات استفاده می شود که در موارد محصور تنجیز وجود دارد. البته آن روایت عبدالله بن سنان ولو در شبهه تحریمیه بود، ولی به طریق اولویت شبهه وجوبیه را هم شامل می شود، زیرا شبهه تحریمیه بدوی محل اختلاف بین اصولی و اخباری است، اما جریان براءت در شبهه وجوبیه مورد اتفاق است. دین اسلام، دین سهله سمحه است و اجتناب در محرمات نوعاً مشکل ندارد، اما اگر شخص بخواهد بین اطراف متعدد عمل ایجابی، همه را بجا بیاورد، مثل اینکه دو حج بجا بیاورد یا دو روزه بگیرد و یا چند عمل وجوبی را بجا بیاورد، نوعاً مشکل است، لذا بین شبهه تحریمیه و وجوبیه از جهت مشکل احتیاط، تفاوت وجود دارد. بنابراین اگر شبهه تحریمیه براءت جاری شده است، به طریق اولی در شبهه وجوبیه براءت جاری خواهد بود. اگر هم امر دایر بین وجوب و حرمت شد، دیگر اولی از این دو خواهد بود. پس روایت

ص: ۲۶۰

عبدالله بن سنان حکم به ترخیص مطلق کرده است و در مقابلش این روایات خاصه هم حکم به تنجیز می کنند، منتهی این روایاتی که تنجیز را اثبات می کند، راجع به مخالفت خطاب واحد است، مثلاً در جایی که دو اناء وجود دارد که یکی از آنها نجس است، یک خطاب واحد شرعی وجود دارد و آن «اجتنب عن النجس» یا «وَالرُّجْزَ فَاهْتَجِرْ» می باشد. در نتیجه وقتی از روایات فهمیدیم که در جایی تنجیز هست که مخالفت با یک خطاب واحد تفصیلی باشد، قهراً نمی توانیم از این روایات استفاده کلی بکنیم و بگوییم که به دلیل روایات خاص در تمام شبهات محصوره باید احتیاط بکنیم. روایت عبدالله بن سنان عموم ترخیص را اثبات می کند، مواردی هم که با دلیل منفصل استثناء شده است، مربوط به خطاب واحد است که تنجیز را اثبات می کند و در غیر مواردی که خطاب واحد است، باید حکم به ترخیص و براءت بکنیم. پس این نتیجه کلی را که مشهور از این روایات خاصه استفاده می کنند را نمی توانیم اخذ بکنیم و به نظرم مرحوم آقای داماد هم می خواست که چنین نتیجه گیری کلی بکند. خلاصه اینکه باید به روایت عبدالله بن سنان اخذ بکنیم و در غیر مورد روایت عبدالله بن سنان، در شبهه وجوبه براءتی بشویم، در شبهات مردد بین وجوب و تحریم هم براءتی بشویم، فقط در شبهه محصوره احتیاطی بشویم. پس نمی توانیم به طور کلی از روایات خاصه تنجز را استفاده بکنیم، اما یک موردی هست که محل اشکال است و آن اینکه فرض کنید علم اجمالی داریم که یا دعای عند رؤیه الهلال واجب است، یا شرب

تتن حرام است، حال شخص نه دعای عند رؤیه الهلال را می خواهد بخواند و نه شرب تتن را ترک بکند. از روایت عبدالله بن سنان ترخیص را استفاده می کنیم، روایات خاصه هم تنجیز را اثبات می کنند، این مورد را نمی گیرد. این اشکال هست، ولی ما ظاهراً در باب صوم عرض کردیم که گاهی در باب صوم روایاتی وارد شده است که مثلاً «لا یضر الصائم إذا اجتنب أربع خصال»، اکل، شرب، جماع و ارتماس. از طرفی هم می بینیم مواردی دیگری هم هست که موجب بطلان صوم است و اقللاً حرام است و این با تعبیر «لا یضر» چطور جمع می شود؟ یک راه جمع این است که بگوییم مفهوم حصر تخصیص خورده است، یعنی می گوید که غیر از اینها «لا یضر» الا- فلان مورد، الا- فلان مورد و... این یک راه جمع است، اما عرفاً خیلی بعید است که چهار چیز را استثناء بکنند و بعد مستثنای ما ده چیز باشد. این خیلی غیر عرفی است. اما به راه های دیگری هم جمع شده است، یکی اینکه تصرف در مستثنی بکنیم، مثلاً اگر گفتند که فقط امضاء چهار نفر متبع است و از دلیل دیگر اثبات شد که امضاء منشی یکی از چهار نفر هم کفایت می کند، در این صورت می توانیم با تصرف در مستثنی بگوییم که یا باید زید امضاء بکند، یا کسی که بمنزله زید است و این شخص هم عبارت از اوست. یا مثلاً اگر روایتی وارد شده بود که فقط پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) استثناء شده اگر روایت دیگری امیر المؤمنین (علیه السلام) را هم استثناء کرد، با تصرف در

مستثنی می‌گوییم که امیرالمؤمنین (علیه السلام) نفس پیغمبر است، خود مستثنی توسعه پیدا می‌کند، تصرف در مستثنی پیدا می‌شود. گاهی هم برای جمع تصرف در مقسم می‌شود و مقسم را طوری قرار می‌دهیم که مستثنیاتش کم می‌شود و قهراً آن فردی که خارج از مقسم می‌شود و از جای دیگر حکمی برایش ثابت می‌شود، منافاتی پیدا نمی‌کند. مثلاً در باب حج کلمات فقهاء خیلی مختلف است، بعضی گفته‌اند مواقیت را پنج تاست، بعضی گفته‌اند هفت تاست، بعضی هم گفته‌اند ده تاست، اما منافاتی بین این اختلاف اقوال نیست، هم پنج درست است، هم هفت درست است، هم ده درست است، در موارد مختلف مقسم را مختلف گرفته‌اند، مواقیت رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) «ما وقته رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم)» برای مرد مختار مثلاً پنج تاست، مواقیتی که اعم از مرد و بچه است، اضافه می‌شود، مواقیتی که برای مختار و مضطر هست اضافه می‌شود، پس قهراً به اعتبارات مختلف و به اختلاف مقسم، اقسام مختلف می‌شود. این هم یک راه جمع بود، پس در عبارت «لا- یضر الصائم إذا اجتنب أربع خصال» ما می‌گوییم که موارد متعارف در نظر گرفته شده است، یعنی چیزهایی که صائم به حسب متعارف به آنها مبتلاست، اکل و شرب و وقاع و ارتماس است. موارد دیگری هم که از محرّمات است، یا کراهت در خارج ثابت شده است، مانند غیبت کردن، شهر خواندن و امثال آن که محل ابتلاء است، ضرری به روزه نمی‌زند، هر چند مرتکب حرام یا مکروه شده باشد. اما موارد غیر متعارف مانند احتقان و کذب علی

الله و الرسول و قی کردن، اینها از مقسم خارج است. این جمع کردن اقوی از جمع تخصیصی است، زیرا به نظر می آید که جمع تخصیصی غیر عرفی است. در روایت صحیحہ عبد الله بن سنان که قرار شد انحصار را تخصیص بزینم و انحصار را برداریم، این کار خیلی خلاف ظاهر است، ولی اگر ما بگوییم که مقسم در روایت نظر به موارد متعارف دارد که یا شبهه غیر محصوره است، یا به عنوان علم تفصیلی است یا مثل آن روایت است که می گوید «من أجل مكان واحد يجعل فيه الميتة حرم في الارض جميعا». شبهه راوی این بوده است که در این مکان میتة و مذکی مختلط با هم وجود دارد که حضرت فرمود آنچه که در برابر توست، اگر می دانی که حرام است، نخور و اگر نمی دانی، این علم اجمالی است و به درد نمی خورد. پس موارد متعارف عبارت از این است که یا به نحو غیر محصور است یا معین. بنابراین اولاً ظهور در این معنی دارد، اگر هم ظهور نداشته باشد و تردید کردیم که آیا به نحو تخصیص مخالفت خطاب واحد را خارج کرده است، یا اینکه مراد شبهه غیر محصوره و خارج از محل ابتلاء و کثیر در کثیر بوده است، در این صورت که شک داریم به نحو تخصیصی باشد، یا مقسم را خاص بگیریم، ظواهر ادله در این صورت فعلی بودن است و به وسیله دلیل حاکم می گوئیم که از فعلیت افتاده است، اما اگر دلیل حاکم اجمال پیدا کرد، بر اساس مبنای مشهور در مخصص منفصل مردد بین اقل و اکثر می شود به عام تمسک کرد

و اجمال به عام سرایت نمی کند، اما نظر ما این است که در قوانین کلیه ای که ملاک اقتضائی در آنها وجود دارد، منتهی شارع می بیند که اگر بخواهد سخت بگیرد، مشکل در جای دیگر پیدا می شود، بر اساس تراحیم، ترخیص را جعل می کند، اما در جایی که انسان نمی داند که آیا اینجا تراحمی هست که جای ترخیص باشد و از فعلیت می افتد یا نه، بنای عقلاء عبارت از این است که اخذ به حکم اقتضائی می کنند و طبق اول عمل می کنند و شخص باید احتیاط علی نحو الکی انجام بدهد و فقط شبهات غیر محصوره، خارج از محل ابتلاء و کثیر در کثیر خارج است. این عرض ماست. حال بحث در این است که ملکیت لازمه است، یا جایزه. اشکال کرده اند که این قدر مشترک، امر کلی است که مردد بین فرد مقطوع الارتفاع و شیء محکوم به عدم به حکم شرع است. بنابراین باید در اینجا استصحاب قدر مشترک را جاری بکنیم، تا اثبات بکنیم که ملکیت بعد از «فسخت» طرف مقابل هم کافی است. شیخ در اینجا جواب داده است که با نفی افراد، یکی بالوجدان، یکی هم بالاصل، ما نمی توانیم طبیعت را نفی کنیم، زیرا اصل در این صورت مثبت است، پس با نفی افراد، آثار خاصه افراد منفی می شود و اگر مایعی از انسان خارج شد که مردد بین حدث اصغر و اکبر بود، حالت سابقه هم نداشتیم، بقای حدث را استصحاب می کنیم، نتیجه استصحاب بقای کلی حدث این است که آثاری که بر کلی حدث بار است، مثل نماز نخواندن، مس کتابت قرآن و امثال آن بار می شود، از طرف

دیگر اثری هم که برای حدث اکبر است مانند ورود در مسجد الحرام و امثال آن را هم نفی می‌کنیم. شیخ می‌فرماید که استصحاب سببی و مسببی در کار نیست و هم حدث را استصحاب می‌کنیم و هم عدم فرد طویل را. پس بر اساس فرمایش ایشان استصحاب بقای قدر مشترک اشکالی ندارد، منتهی ایشان در ادامه یک «فتأمل» دارد، که دو وجه به نظر من می‌آید که یکی اشکالی است که مرحوم آخوند به استصحاب قدر مشترک کرده است و یکی هم وجهی است که ما عرض می‌کنیم. یکی عبارت از این است که مبنای شیخ این است که در شک در مقتضی اصل جاری نیست. شک در اقتضاء در جایی است که احکام اقتضائی است، احکام شأنی است که در اثر تراحم با یک چیز دیگری، فعلیت پیدا نمی‌کند، مثلاً دروغ حرمت اقتضائی دارد، ولی در اثر پیدا شدن یک امر اهم، حرمت برداشته می‌شود و امثال این موارد. رافع هم در جایی است که مقتضی موجود است، ولی در اثر اصطکاک بین آن رافع و آن مرفوع، چون رافع قوی تر است، مقتضی به فعلیت نمی‌افتد. حال باید دید که شک در لزوم و جواز ملکیت، آیا شک در مقتضی است یا شک در رافع. در جایی که ما نمی‌دانیم که ملکیت لازم است یا جایز، اگر جایز باشد، تراحم ملاکات پیش نمی‌آید که بگوییم یک ملاک اقوایی بوده است که آن ملاک مطلوب شرع، زمین خورده است و در نتیجه انسان باید از معاملات جایزه ممنوع باشد، زیرا در این معاملات تراحم بین الملائکین است و انسان نباید خودش را در مورد



تزام قرار بدهد، مثل اینکه من خودم را در جایی قرار بدهم که مجبور بشوم دروغ بگویم، یا غیبت بکنم، یا وضویم تبدیل به تیمم بشود و امثال این موارد که جایز نیست انسان خودش را در این موارد قرار بدهد. پس در اینجا ما اصلاً نمی دانیم ملک جایز است یا لازم؟ اصلاً مقتضی بقاء در اینجا هست یا نه؟ نه اینکه بگوییم مقتضی هست، اما نمی دانیم که امر اهم آمده و این ملاک و مقتضی را رفع کرده است یا نه؟ بر این اساس ممکن است ما بگوییم که چون شک در مقتضی است، خود شیخ اشکال می کند که شک در اینجا، شک در مانع نیست تا استصحاب در آن جاری بشود، اما بر مبنای مشهور اشکالی وجود ندارد و این فتأمل بر اساس مبنای شیخ است که اشکال وارد می شود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### جریان استصحاب در شک در مقتضی و شک در رافع ۹۱/۰۹/۲۱

Your browser does not support the audio tag

جریان استصحاب در شک در مقتضی و شک در رافع بحث در این بود که اگر ما در جایز یا لازم بودن ملکیت یا عقد شک بکنیم و در نتیجه بعد از فسخ، در ارتفاع یا بقاء آن عقد و ملکیت شک داشته باشیم، باید دید که آیا این شک در مقتضی است، یا در رافع. شیخ شک در مقتضی را جاری نمی داند و در اینجا استصحاب بقاء قدر مشترک کرده است و بعد هم عبارت فتأمل را بکار برده است. این فتأمل را می توانیم حمل بر این بکنیم که بر اساس مبنای شیخ \_ که جریان استصحاب در شک در مقتضی را جایز نمی داند \_ اینجا نمی توانیم استصحاب را جاری بکنیم، زیرا شک

ص: ۲۶۷

در اینجا شک در مقتضی است که مرحوم آخوند هم همین اشکال را ایراد کرده است. گاهی مقتضی در امور تکوینی و موضوعات خارجی است که مثلاً وقتی گفته می شود فلان چیز مقتضی است، یا فلان چیز مانع است، معنایش عبارت از این است که آی شیء یا بنفسه، یا به وسیله بعضی از عوارض اقتضاء بقاء دارد که اگر یک نیرویی بخواهد آن را رفع بکند، باید اقوای از آن باشد، مثلاً برای برداشتن یک سنگ از روی زمین باید نیرویی اقوای از اقتضاء آن سنگ فشار بر آن وارد بکند یا سنگ از زمین برداشته شود، پس اقتضاء بقاء در سنگ هست و رافع باید اقوی از این اقتضاء باشد. یا وقتی یک چراغ روشن است، بقاء این روشنایی تا وقتی است که نفت وجود داشته باشد، اما تا وقتی این چراغ روشن است که یک عامل قوی تر مانند باد خاموشش نکند، اما اگر نفت تمام بشود، اقتضائش تمام می شود و دیگر احتیاجی به باد و فوت کردن نخواهد بود. پس یک وقت اقتضاء در موضوعات تکوینی است که یا خودش بنفسه یا به وسیله اتصالاتی تا یک حدودی ادامه دارد و بعد خود به خود تمام می شود و اگر شک در روشن بودن چراغ کردیم در اثر اینکه آیا نفت آن تمام شده است یا نه، این شک، شک در مقتضی است، اما اگر منشأ شک در روشن بودن چراغ بودن یا نبودن نفت نباشد، بلکه می دانیم که نفت موجود است، اما نمی دانیم که بادی آمده است تا چراغ را روشن بکند یا نه، در اینجا شک ما در رافع است نه

ص: ۲۶۸

در مقتضی. در امور اعتباری هم مصالحی وجود دارد که ایجاب می کند شارع یک موضوعی از موضوعات، یا حکمی از احکام را جعل کند، البته بجز مواردی مثل حرمت ظلم که علت تامه در آن هست، در باقی موارد مصالحی وجود دارد که به نحو الزام یا غیر الزام جعل شارع را اقتضاء می کند، مثل اینکه شارع مقدس برای ترویج علم، اکرام عالم را جعل بکند، از طرفی هم فسق مورد تحذیر است و باید مقنن در اکرام فاسق بررسی بکند که مصلحت کدام یک از این دو عنوان اقوی از دیگری است، آیا مصلحت ترویج علم، یا مفسده احترام گذاشتن به فاسق. گاهی جعل قانون به نحو الزام است، گاهی به نحو کراهت و گاهی هم به نحو استحباب. شارع مقدس هم به طور کلی امور خارجی اعتباری را بررسی و بر اساس آن قانون وضع کرده است و مفسده احترام به فسق را مهمتر از مصلحت ترویج عالم دانسته و گفته است: «اکرم العلماء ولا تکرم الفساق منهم» و این مطلب از نظر قانون ثابت می شود. حال در یک موردی که عادل بودن شخص محرز است، شک می کنیم که فسقی عارض شده است تا حکم قبلی از فعلیت بیافتد یا نه، این شک در رافع است، گاهی شک در این است که کدام یک از مصلحت و مفسده می چربد که در این صورت شک در رافعیه الموجود است به این معنی که مثلاً آیا فسق ذاتاً مانع است یا نه، اما اگر شک در این بود که زید مثلاً فسق دارد یا نه، شک در وجود الرافع است. پس در مواردی که شک در

مقتضی است، مثل اینکه نمی دانیم آیا علم عالم باقی است یا نه، بر اساس مبنای شیخ و محقق خوانساری استصحاب جاری نیست، اما در صورتی که شک ما در رافع باشد، مثل اینکه شک در این بود که آیا فسق مانع از اکرام است یا نه که شک در رافعیت الموجود است، در اینجا استصحاب جاری می شود. اگر شک در وجود الرافع هم بود، باز هم استصحاب جاری می باشد. حال در مسئله مورد بحث ما نمی دانیم که ملکیتی که شارع در باب معاطاه جعل کرده است، آیا لازم است یا جایز. شک ما در این مسئله، شک در مقتضی است و اینطور نیست که با فسخ معامله بگوییم تراحمی بین مصلحت بقای ملکیت و مصلحت فسخ به وجود آمده باشد، مسئله تراحم و اهم و مهم در کار نیست. در این مواردی که مسائل حکمی است، اگر تراحمی باشد، خلاف شرع است که انسان بخواهد معامله را فسخ بکند، زیرا مصلحت در این است که این ملکیت باقی باشد و انسان با فراهم کردن این مزاحم \_ که فسخ باشد \_ جلوی مصلحت را می گیرد و آن را از فعلیت می اندازد و نمی گذارد که تأثیر بکند. انسان نباید خودش را در مورد تراحم قرار بدهد. مثلاً اگر انسان در بعضی جاها قرار بگیرد، او را می کشند، یا مجبور می شود نمازش را ترک بکند، در این موارد جایز نیست که به چنین مکانهایی برود. انسان حق ندارد خودش را تحت موضوع تراحم قرار بدهد، زیرا در این صورت یک مصلحتی را اختیاراً از دست می دهند و این کار جایز نیست. ولی مسئله فسخ و امثال آن از قبیل

تراحم نیست، زیرا با فسخ مصلحتی فوت نمی شود، مصلحت ملزمه ای از بین نمی رود، پس شک در مقتضی است و بر اساس مبنای شیخ باید بگوییم که استصحاب جاری نمی شود و فتأمل هم اشاره به همین مطلب است. این یک وجه در فتأمل بود، اما وجه دیگر در فتأمل ممکن است این باشد که بگوییم فتأمل اشاره به دفع اشکال مذکور است، یعنی به ما اشکال نکنید که استصحاب بقای قدر مشترک با مبنای شما جور در نمی آید، زیرا شک در اینجا، شک در مقتضی است، چون شک در اینجا، شک در رافع است و میزان در شک در مقتضی و رافع، تراحم بین ملاکات نیست، میزان عبارت از این است که اگر آنچه که شبهه رافعی دارد، نباشد، احتیاج به یک عامل دیگری داشته باشیم که شیء را ابقاء بکند، اینجا شک در مقتضی است، اما اگر آنچه که شبهه رافعی دارد، کنار برود، احتیاجی به عامل دیگری نداشته باشیم، اینجا شک در رافع است. استصحاب بقای طهارت منصوص و مورد اتفاق است، در حالی که وقتی حدثی از شخص سر بزند، تراحم بین ملاکات است و بلااشکال شیخ در اینجا استصحاب را جاری می داند، منصوص روایات هم هست. علت این استصحاب این است که من اگر وضو نگیرم، احتیاجی به عامل دیگری برای ابقاء ندارم، طهارت در صورتی که حدثی صادر نشود، خود به خود باقی می ماند و شک در اینجا، شک در رافع است. پس معیار عبارت از این است که اگر حدثی نباشد، آیا آن حالت سابقه خود به خود دوام پیدا می کند یا نه. در مسئله مورد بحث اگر شخص

مقابل فسخت را نگوید، آیا یک عاملی می خواهیم که این ملکیت را ابقاء بکند؟ احتیاجی به عامل ندارد، خود به خود باقی می ماند، پس در نتیجه شک در اینجا، شک در مقتضی نیست، شک در رافع است. بنابراین ممکن است که فتأمل شیخ اشاره به این باشد که شما به ما اشکال نکنید که بر اساس مبنای شما این استصحاب جاری نمی شود، زیرا این اشکال \_ که مرحوم آخوند هم آن را ایراد کرده است \_ جواب دارد. این هم یک وجه برای فتأمل، اما وجه دیگری که می شود به آن اشاره کرد این است که مسئله ملکیت مردد بین جایز و لازم با حدث اصغر و اکبری که شیخ در رسائل مثال زده است، فرق دارد. شیخ در رسائل می فرماید ما هم جامع حدث را استصحاب می کنیم و در نتیجه بعد از وضو گرفتن هنوز هم محدث است و مس کتابت قرآن ممنوع است، نماز خواندن هم درست نمی باشد، ولی دخول مسجد که از آثار خاصه حدث اکبر است، مانع ندارد وارد مسجد بشود، علم به اینکه یکی از اینها خلاف واقع هست هم اشکالی ندارد، چون قطع به مخالفت قطعیه عملیه در اینجا نیست. پس هر دو استصحاب جاری می شود. ایشان در رسائل این مطلب را می فرمایند، ولی ما در باب ملکیت مردد بین جایز و لازم می گوئیم شخص مشتری قبلاً مالک نبوده است، آن ساعت اول که ملکیتی نداشته، در ساعت دوم که شیء را می خرد، یک ملکیتی حاصل می شود که مردد بین لازم و جایز است، منتهی به نحو لیس تامه، نه لیس ناقصه. ما نمی توانیم به نحو لیس ناقصه بگوئیم

که این چیزی که هست، قبلاً- لازم نبوده است، الان هم لازم نیست، یا بگوییم که قبلاً جایز نبوده است، الان هم جایز نیست، این صحیح نیست. استصحاب عدم ازلی هم که عرفی نیست و ما درست نمی دانیم، ولی به نحو لیس تامه می توانیم بگوییم که قبلاً ملکیت لازمه ای وجود نداشته است، نمی دانیم که آیا بعداً وجود پیدا کرده است، یا نه، نتیجه این است که در حالت ثالثه اگر دلیلی ملکیت موجود را اثبات بکند، نتیجه لزوم حاصل خواهد شد، اما اگر به نحو لیس تامه گفتیم که چنین ملکیتی حاصل نشده است، چنین عقده ای که لزوم آور باشد، حاصل نشده است، معنایش عبارت از این است که در فسخت اگر کسی گفت شخص مالک نیست، عدم مالکیت را با فسخت به وسیله استصحاب عدم تحقق ملکیت لازم به نحو لیس تامه نتیجه می دهد و تعارضی هم در کار نخواهد بود که ما بگوییم ملکیت جایزه هم حادث و مسبوق به عدم است، زیرا اصل نسبت به ملکیت جایز جاری نمی شود، چون ثمر ندارد یا قطعی است اگر اصلش نقل کند و نقل قطعی را نمی شود نفی کرد. پس اصلی که جاری بشود به نحو لیس تامه این است که بگوییم ملکیت لازمه ای نبود و در نتیجه در ساعت ثالثه شخص مالک نیست، از آن طرف استصحاب قدر مشترک اقتضاء می کند در حالت ثالثه شخص مالک باشد، تعارض بین استصحاب قدر مشترک با استصحاب عدم تحقق ملکیت لازمه به نحو لیس تامه پیش می آید. پس این مسئله با مسئله جنابت و امثال آن فرق دارد، زیرا در مسئله جنابت، مانعی ندارد که ما هم استصحاب

نفی جنابت را بکنیم و بگوییم که شخص می تواند وارد مسجد بشود، ولی موارد دیگر مثل مس کتابت قرآن و امثال آن جایز نیست، ولی در این مسئله یکی می گوید که شما در حالت ثالثه مالک اید، اما استصحاب قدر مشترک می گوید شما در حالت ثالثه مالک نیستید، این دو با هم جمع نمی شود. ممکن است که فتأمل شیخ اشاره به جواب این اشکال باشد که هم می توان به صورت حلی و هم به صورت نقضی به آن جواب داد. البته حلی اش روی مبنای شیخ هست \_ که مبنای درستی هم هست \_ نه روی مبنای مرحوم آخوند و بعضی های دیگر. جواب نقضی اش این است که همه شما استصحاب بقای طهارت را \_ که منصوص روایات است \_ جایز می دانید، مورد روایت است، اختلافی هم در آن نیست، نص است. مثلاً ما الان نمی دانیم طهارت تا ساعت چند ادامه پیدا کرده است، یا کسی وضو گرفته است، اما نمی دانیم که وضویش تا فلان ساعت باقی مانده است یا نه. در این مسئله می گوییم که طهارت مستمره تا ساعت فلان، مسبوق به عدم بوده است و چنین طهارتی نبوده است، نمی دانم آن طهارت مستمره تا دو ساعت بعداً حاصل شده است، یا تا یک ساعت بعد حاصل شده است، من می گویم طهارت مستمره تا دو ساعت منفی است، پس در ساعت دوم من متطهر نیستم. از آن طرف هم استصحاب بقای طهارت موجود را استصحاب می کنیم تا ساعت دوم. پس اینجا هم باید بگوییم که تعارض وجود دارد، در حالی که منصوص روایات است! اما حلش هم همان مطلبی است که شیخ در بحث اصل سببی و

مسببی می فرمایند که تقدم اصل سببی و مسببی یک مفهومی عرفی است. اگر شك انسان مسبب از يك شیء بود و به تعبد شرعی سبب اثبات شد، آن شك مسببی مرتفع می شود. خیلی جاها که مرحوم آخوند به شیخ اشکال کرده، وارد نیست و مبنای شیخ درست است. مثلاً ایشان استصحاب تعلیقی را حاکم بر استصحاب تنجیزی می داند. مثلاً شارع می گوید «العنب اذا غلی ینجس»، نمی دانیم در غیر حالت عنبی این وصف، این نجاست هست یا نه، شك می کنیم. اگر استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم، ما می گوئیم شارع می گوید که شما آن چیزی را یقین دارید ادامه بدهید، ما یقین داریم که در حال عنیبت اگر غلیان پیدا می کرد، نجس می شد، شارع می گوید که شما بنا بگذار که در حال زبیبیت هم اگر غلیان پیدا کرد، آن نجس بشود، قبلاً غلیان پیدا نکرده بود، پاک هم بود، ولی حال که غلیان پیدا کرده، شارع هم می فرمایند که شما بنا بگذار که اگر غلیان پیدا کرد، این را نجس بدان و اختصاص به حالت عنبی ندارد. آن وقت شك ما در اینکه قبلاً این پاک بوده و نجس نبوده، رد می شود، چون منشأ شك ما در اینکه الان نمی دانیم پاک است یا نجس، این است که آیا این غلیان فقط در حال عنیبت مطهر است یا این ذات در هر حالی چه عنب باشد چه زبیب، باز مطهریت هست. شارع اگر بگوید که اختصاص به آنها ندارد، آن استصحاب تنجیزی رفع می شود و لو ترتب ارتفاع امر تنجیزی بر آن تعلیق ترتب شرعی نیست. همان عرفی را که شیخ به آن استدلال کرده بر



تقدم اصل سببی بر مسببی، در همین جا هم همین را می فهمد. مثلاً ما شک داریم که آیا طهارت مستمره الان وجود پیدا کرده است یا نه، منشأ چنین طهارت مستمری عبارت از این است که به مفاد کان ناقصه آیا تا ساعت ثالثه ادامه دارد یا نه. اگر شارع مقدس فرموده است که ادامه دارد، آن شک ما با لیس تامه رفع می شود، پس دیگر سببیت و مسببیت است، اینکه با لیس تامه ای می گویم ملکیت لازمه وجود پیدا نکرده، منشأ عبارت از این است که این موجود خارجی را نمی دانیم ادامه پیدا کرده یا نه، اگر شارع بفرماید این موجود خارجی که از شما صادر شده است، ادامه پیدا کرده، آن وقت شک ما در اینکه لیس تامه بود یا نه، کنار می رود. پس ممکن است که فتأمل شیخ اشاره باشد به اشکال تعارض بین الاصلین و جواب آن اشکال مبنی بر اینکه اشکال وارد نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی دلیل استصحاب بر لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۲۲

Your browser does not support the audio tag

بررسی دلیل استصحاب بر لزوم معاطاه شیخ فرمود که یکی از ادله لزوم معاطاه استصحاب ملکیت قبل از فسخ است، به این معنی که ملکیت متیقنه قبل از فسخ را استصحاب می کنیم. بعد هم فرمودند که این اشکال نشود که این استصحاب کلی قسم ثانی است، چون ملکیت مردد بین مقطوع البقاء و مقطوع الزوال است، زیرا اولاً- و کبرویاً می شود گفت که استصحاب کلی قسم ثانی اشکالی ندارد و ثانیاً و صغرویاً تردد موضوع بین لزوم و جواز، آن را کلی نمی کند، زیرا موضوع مردد بین این است که این شخص طول عمر دارد یا قاصر است. بعد

ص: ۲۷۶

ایشان می فرمایند که اگر موضوع در اینجا بخواهد کلی باشد، باید بگویم منشأ ما در عقود جایزه با منشأ ما در عقود لازمه تفاوت دارد، با اینکه منشأ یکی است و اختلاف در اینکه با فسخ طرف مقابل، دوام پیدا بکند یا از بین برود، منشأ این اختلاف، اختلاف اسباب است که در یک مسبب واحد اگر سبب یک چیزی بود، این شیء طول پیدا می کند و اگر سبب چیز دیگری بود، طول پیدا نمی کند. مثل اینکه بگویم انسان اگر وضو را در یک زمانی یا در یک مکانی و یا با یک آبی بگیرد، وضوی او طول می کشد و بیشتر می ماند و اگر مثلاً در سرما یا با آب سرد اگر وضو بگیرد، وضویش زود از بین می رود. حال گاهی به صورت اختیاری یا غیر اختیاری ممکن است یک شیء واحد با اختلاف اسباب ادامه پیدا بکند، یا ادامه پیدا نکند، مثلاً اگر شخص به هنگام مباشرت «بسم الله» بگوید، بچه سالم به وجود بیاید، اما اگر در بعضی از شرایطی که مباشرت کراهت دارد، خطر مجنون شدن بچه وجود داشته باشد، گاهی خصوصیات یک شیء واحد، به اختلاف اسباب تفاوت پیدا می کند، با اینکه یک شیء واحد است. اگر انسان صدقه بدهد، ممکن است اولادی که به وجود می آید، طویل العمر باشد، اگر صدقه ندهد، این طور نشود. این تفاوت ها منشأ نمی شود که بگویم مسبب ما دو فرد است. بعد ایشان می فرمایند که چون وجدان انسان کاشف است که لفظ «ملکت» چه در امور جایزه و چه در امور غیر جایزه، یک جور استعمال می شود و مستعمل فیه و منشأ واحد است، منتهی شارع

ص: ۲۷۷

یکجا حکم به جواز و یکجا حکم به لزوم کرده است و اگر شارع هم نباشد، ممکن است که عقلاء در یک جایی حکم به لزوم مُنشأ و در یک جا حکم به جواز مُنشأ کرده باشند و این طور نیست که بگوییم لفظ در مقابل یکی از این دو وضع شده است و استعمالش در دیگری مجاز می باشد، بلکه اختلاف در احکام به سبب تفاوت در اسباب است. این مطلبی است که کاملاً روشن است، بعد ایشان یک فرد دیگری را مثال می زنند که خیلی روشن تر است و آن این است که کسی نمی تواند ادعاء بکند که انشاء ملکیت در باب هبه با انشاء ملکیت در باب بیع متفاوت است و اگر هم یک کسی فرضاً چنین ادعایی بکند \_ که درست هم نیست \_ در بعضی موارد به هیچ وجه نمی شود چنین ادعایی کرد، مثل اینکه شرع مقدس گفته است که هبه به ذی رحم لازم و به غیر ذی رحم جایز است، در حالی که وجداناً هیچ تفاوتی بین انشاء هبه به ذی رحم و غیر ذی رحم وجود ندارد، یا اگر کسی هنگام هبه کردن نمی دانست که طرف مقابل ذی رحم اوست و بعد فهمید، باز هم این هبه لازم خواهد بود و این طور نیست که بگوییم دو گونه انشاء داریم. پس بنابراین مُنشأ ما واحد است و به اختلاف اسباب، طول و قصر پیدا می کند. بعد شیخ قبل از اینکه استدلال به شخصی بودن بکند، می فرماید که شخصی بودن نیازی به دلیل و استدلال ندارد و برای جریان استصحاب احتمال شخصی بودن کفایت می کند، همین که ما نمی دانیم کلی است یا

شخصی، برای جریان استصحاب کفایت می کند، زیرا اگر شک داشته باشیم که بین لازم و جایز، یک خصوصیتی به یکی از این دو منضم شده است که به دیگری نشده، اصل اقتضاء می کند که منشأ واحد باشد، زیرا آن زیاده حالت سابقه عدمی دارد، قبلاً نه ملکیتی بوده است و نه زیادتی، بعداً ملکیت به صورت یقینی حاصل شده است و نسبت به آن زیاده \_ که مسبوق به عدم است \_ استصحاب عدم جاری می کنیم. پس شیخ می فرماید: اولاً اگر شک بکنیم که خصوصیتی در مسبب هست یا نیست، با استصحاب می گوئیم که خصوصیتی در کار نیست و در نتیجه مسبب جایز و لازم، با استصحاب هر دو یکی خواهد بود. بعد هم می فرمایند علاوه بر این، اگر گفته شد که در این شک جای استصحاب نیست، می گوئیم که این منشأ و مسبب ما با این زیاده وجود خارجی پیدا می کند، حال باید دید که این زیاده ای که در منشأ وجود پیدا می کند، آیا به جعل خود شخصی است که مثلاً می بخشد که در لازم چیزی را اضافه می کند که در جایز این طور نیست؟ (ولو اینکه بگوئیم در نیت چنین چیزی را اضافه کرده باشد). آیا این خصوصیت را جاعل جعل می کند؟ یا این که بگوئیم شارع جعل می کند و می گوید که تو انشاء ملکیت بکن، من هم یک خصوصیتی در منشأ تو جعل می کنم و می گویم که با این خصوصیات و یکی از این دو صورت واقع می شود. اگر بگوئیم به جعل جاعل است، پس بنابراین ما باید بین سه صورت فرق بگذاریم و بگوئیم که اگر جاعل قصد دارد که عقدش عقد

جایز باشد، این دیگر بعد از فسخ ادامه پیدا نمی کند، اگر جاعل قصد می کند که عقدش لازم باشد، بعد از فسخ هم ادامه پیدا می کند، اگر هم بلا قصد برای هیچ کدام باشد، یک بحث دیگری است که باید دید احتیاج به استصحاب دارد یا یک حکم دیگری دارد. باید چنین تفصیلی بدهیم، در حالی که وجداناً این طور نیست. البته شیخ در اینجا یک تعبیر دارد که یک قدری خالی از مسامحه نیست، ایشان می فرماید قصد رجوع، قصد عدم الرجوع و بلا قصد، اما تعبیر صحیح تر این است که بگوییم قصد جواز رجوع، قصد عدم جواز رجوع و عدم القصد، نه اینکه بگوییم قصد خود رجوع، زیرا مراد جواز رجوع است، نه رجوع خارجی طرف مقابل. بهتر بود این طور تعبیر بشود، اما مراد روشن است که قصد رجوع یعنی اینکه رجوعش مجاز باشد یا مجاز نباشد. پس اگر به جعل خود همان جاعلی باشد که ایجاد عقد می کند، باید بین این موارد ثلاثة فرق باشد، با اینکه مسلم است که هیچ فرقی وجود ندارد و این حکم شرعی در همه ثابت است. اگر هم بگوییم که شرع مختلف قرار داده است و به جعل شارع یک خصوصیت هایی در مسبب پیدا شده است، یک اشکالی متوجه خواهد شد و آن این است که این مطلب شما بر خلاف «أوفوا بالعقود» است، زیرا بحثی در باب عقود هست که بعداً می آید و شیخ هم تصریح به آن کرده است که شخص در انشائاتی که می خواهد بکند و یک چیزی را بفروشد، گاهی یک چیز کلی را می فروشد، یک خروار گندم می فروشد، گاهی هم کلی فی المعین می فروشد، می گوید

یک صاعی از صُبره موجود را فروختم، هر کدام از اینها شرعاً مطابق قصد خودش واقع می شود. «أوفوا بالعقود» می گوید هر جور شما قصد کردید، باید طبق آن ترتیب اثر بدهید، اگر کلی قصد کردید، کلی است، اگر یک شخص معین را قصد کردید، همان ملک طرف می شود، صاع یا صبره ملک طرف می شود، صاع های دیگر نه، ولی صاع محدود به این صبره کذایی و به نظر می رسد کلی فی المعین هم جزئی اضافی باشد، زیرا کلیات مختلف است، یک کلی دایره اش وسیع تر است، یک کلی دایره اش مضیق است و بالأخره «أوفوا بالعقود» می خواهد بگوید شما هر طور قرار گذاشتید، همان گونه واقع می شود. اما اگر من قرار گذاشتم که یک خروار گندم به زید بفروشم، شارع بگوید که طرف مقابل مالک این خروار گندمی که در مقابل توست، می شود، این خلاف «أوفوا بالعقود» است، زیرا من این را قصد نکرده بودم، بلکه من یک کلی را قصد کرده بودم که از هر جا خواستم مقدور باشد، ولی اگر شارع بگوید این خروار گندم مشخص ملک طرف مقابل باشد، این خلاف «أوفوا بالعقود» است. آن وقت اگر ما بگوییم که لفظ ملکیتی که از جانب موجب انشاء می شود کلی باشد، ولی شارع فرد و یا صنف آن را مشخص می کند، این خلاف «أوفوا بالعقود» است و ما باید بگوییم که عقودی که اجراء می شود، دائماً تخصیص می خورد، زیرا شخص اصل ملکیت را انشاء می کند، ولی شرع مقدس همیشه یک صنف یا فرد خاصی را الزام می کند و این خلاف «أوفوا بالعقود» است و کسی هم قائل به این نیست که همیشه «أوفوا بالعقود» از این

ناحیه مبتلا به تخصیص بر خلاف قاعده باشد. پس بنابراین این مطلب شاهد بر این است که شارع مسبب را مختلف نکرده است، بلکه شارع می گوید که شما قصد کرده بودید طرف مالک بشود، طرف هم مالک شده است، منتهی من می گویم چون سبب چنین بوده است، این مقصود شما ادامه پیدا می کند، اگر سبب چیز دیگر باشد، مقصود شما ادامه پیدا نمی کند. پس بنابراین منشأ ما نه به جعل شارع است، نه به جعل جاعل و خصوصیتی زاید بر اصل ملکیت ندارد. این فرمایش شیخ است، ولی مرحوم آخوند یک فرمایشی دارد که من نفهمیدم ایشان چه می فرمایند. ایشان می فرمایند که اگر عقد جایز و لازم مثل عقد خیاری و غیر خیاری باشد \_ که در عقد خیاری شخص اختیار فسخ معامله را دارد بخلاف عقد غیر خیاری \_ حق با شیخ است که منشأ ما شیء واحدی است، کلی نیست و شخصی است. آن وقت این شخصی مثل زیدی خواهد بود که ۵۰ ساله باشد بمیرد، یا ۶۰ ساله باشد، یک زید است، دو زید نیست، مثل آن خواهد بود. ولی اگر این را نگوئیم، کما اینکه شیخ انصاری هم این را نمی فرماید که در عقد جایز، شخص اختیار فسخ عقد را داشته باشد و با گفتن فسخ در باب هبه مثلاً قهراً ملکیت طرف از بین برود، این طور نیست، بلکه با ردّ خارجی از ملکیت طرف بیرون می آید و طرف مقابل باید عملاً آن چیزی را که قبض کرده و مالک شده است، بعداً ردّ بکند تا دوباره به ملک طرف اول برگردد و با فسخ گفتن این نتیجه حاصل نمی شود، پس

اگر مانند عقد خیاری و غیر خیاری ندانستیم، تردد ما در جواز و لزوم عقد، به نحو کلی خواهد بود و در نتیجه اختلاف در مسبب خواهد بود، نه اسباب ملکیت و الا گزاف خواهد بود و حکیم هم کار گزاف انجام نمی دهد. این فرمایش آخوند بود و ما نفهمیدیم که مقصود ایشان چه است، عرض ما این است که شما می گوئید که چون گزاف از حکیم سر نمی زند، بنابراین مسبب ها باید مختلف باشد، چه فرق می کند که مزیل کلمه فسخت باشد، یا مزیل ردّ باشد، علاوه بر این در عقد خیاری هم گاهی فسخ با لفظ محقق می شود، گاهی هم برگرداندن شیء به قصد ردّ و این طور نیست که بین ردّ خارجی و اعم از ردّ خارجی و لفظی فرق بگذاریم و بگوییم که در یکی از این دو باید اختلاف مسبب داشته باشیم و الا لازم می آید که حکیم – العیاذ باللّٰه – کار گزاف کرده باشد. چه فرقی ما بین این دو هست؟ ما نمی فهمیم. حلّ این مطلب این است که منشأ شخص، شیء واحد است و شارع مقدس هم مصالحی دیده است که اگر سبب این مسبب فلان چیز باشد، صلاح این است که همین امر واحد مجاز به بهم خوردن نباشد، به هر شکلی چه فسخ العقد باشد مطلقاً یا خصوص ردّ باشد. مثلاً در یک شخص طول عمر و کوتاهی عمر بر اساس اسباب مختلفی مانند صدقه دادن یا ندادن، صله رحم کردن یا نکردن، برایش حاصل می شود و مسبب هم واحد است و اختلاف در اسباب موجب اختلاف در مسبب نمی شود. خلاصه این مطلبی است که ایشان به

آن اشاره کرده اند که ما مقصود ایشان را نفهمیدیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## بررسی دلیل استصحاب بر لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۲۵

Your browser does not support the audio tag.

بررسی دلیل استصحاب بر لزوم معاطاه راجع به اینکه ملکیت لازمه و ملکیت جایزه دو شیء است یا یک شیء، بحث هایی شده است. مرحوم آخوند هم بیانی دارد که ما مقصود ایشان را نفهمیدیم. ایشان می فرماید که اگر حکم مختلف شد، موضوعش هم مختلف می شود، زیرا باید یک خصوصیتی در موضوع باشد که منشأ آن حکم بشود. بعد هم ایشان می فرماید اگر ما جواز و لزوم را مثل جواز فسخ و عدم جواز فسخ در عقد خیاری و غیر خیاری بدانیم، که موضوع حکم عبارت از عقد خواهد بود، به این معنی که گاهی عقد جایز الفسخ است و گاهی جایز الفسخ نیست، اینجا بلا اشکال موضوع متعدد است و دو صنف عقد وجود دارد و به وسیله عقد یا به هر نحو دیگری یک ملکیتی حاصل می شود که امر واحدی است و اگر بخواهیم استصحاب بکنیم، استصحاب شخصی است. اما اگر موضوع جواز و لزوم را ملک خارجی بدانیم، به این معنی که گاهی می توان ملکیت را به هم زد و گاهی نمی توان چنین کاری کرد، در این صورت قهراً ملکیت باید متعدد باشد و اگر بگوییم که موضوع جواز و لزوم عبارت از ملکیت است و هیچ خصوصیتی در آن نسبت به این دو حکم وجود ندارد، جزاف لازم می آید که از حکیم سر نمی زند. این ظاهر عبارت ایشان است و ما نمی فهمیم که مقصود ایشان از این عبارت چیست، زیرا بحث در این است که آیا موضوع مردد بین الفردین و الشخصین است، یا

ص: ۲۸۴

مردد بین الحالین من شخص واحد؟ اگر ما قائل شدیم که موضوع واحد است، یک خصوصیت و یک حالتی در آن وجود دارد که لازم یا جایز می شود و همین وجود دو حالت برای تعدد حکم کفایت می کند. مثلاً وقتی ما می گوییم که زید اگر عادل باشد، وجوب اکرام دارد و اگر عادل نباشد، وجوب اکرام ندارد، در اینجا دو حکم متعدد وجود دارد و لزومی ندارد که حتماً دو فرد مانند زید و عمرو موضوع این دو حکم باشد، بلکه امکان دارد که یک فرد به حسب حالتی حکمی داشته باشد و به حسب حالت دیگری حکم دیگری داشته باشد. این فرمایش مرحوم آخوند بود. پرسش: ... پاسخ: منشأ واحد است و تفاوت به جهت اختلاف در اسباب است، مثلاً اگر سبب عقد معاطاه بود، عقد جایز خواهد بود، ولی اگر سببش لفظ باشد، لازم می شود و در نتیجه آن شیء واحد به جهت خصوصیت های مختلف، اختلاف حکم پیدا می کند. شیخ این مطلب را ادعا می کند، ولی مرحوم سید می فرماید که اگر ما ملکیت لازمه و جایزه را یک فرد و یک حقیقت بدانیم، چند اشکال به این فرمایش شیخ وارد خواهد بود. اولاً عرف جواز و لزوم را دو چیز می داند که در اولی می گوید به هم زدن عقد جایز و در دومی جایز نمی باشد. در جواب این اشکال باید گفت که شیخ در صدد انکار این عرف نیست، بلکه شیخ می فرماید که چه عرفی باشد و چه شرعی، یک واحدی است که دو حالت دارد، یک حقیقتی انشاء شده است، منتهی با اختلاف اسباب، اختلاف پیدا می کند، عرفاً هم یکی لازم و

ص: ۲۸۵



دیگری جایز است، شرعاً هم همینطور است، شیخ می فرماید که منشأ تعدد، اسباب است و خود مسبب واحد است و به واسطه سبب، مسبب طول و قصر پیدا می کند، مثلاً وقتی کسی در مباشرت بسم الله بگوید، شخص با یک خصوصیتی متولد می شود، ممکن است که طول عمر پیدا بکند و بعضی از آثار دیگر را داشته باشد و اگر جهات سفارش شده در مباشرت مراعات نشود، ممکن است که قصر عمر پیدا شود و منشأ این تعدد، اختلاف در اسباب است. مطلب دیگر این است که خیلی ها خیال کرده اند که مراد از اختلاف الحقیقه آن چیزی است که در منطق و فلسفه به آن اشاره شده است که اختلاف در نوع و جنس است. مراد از اختلاف در اینجا این نیست که به حسب واقع دو فرد مختلف باشند، مثل زید و عمرو، بلکه یک واقعیت وجود دارد که به اختلاف اسباب در حکمشان اختلاف پیدا شده است، مثل زید که گاهی عادل است و گاهی فاسق. پس با این بیان نمی توان این نقض را وارد دانست که اگر دو حقیقت نباشد، باز هم دو فرد از یک حقیقت است که همان اشکال استصحاب کلی وارد خواهد بود و فرقی نیست که دو حقیقت مختلف، نوعین باشند، یا از قبیل زید و عمرو، زیرا مراد شیخ از تعدد، اختلافی است از اسباب حاصل شده باشد. سید برای اثبات مختار خودش می گوید که ما در اینجا دو حقیقت داریم و اگر این طور نباشد، در حدث هم که شما مثال برای استصحاب کلی قسم ثانی می زنید، می توانیم بگوییم که حدث اکبر و حدث اصغر هم یک

حقیقت است و اختلافش به اختلاف اسباب است، مثلاً با جنب شدن یکی از این دو حاصل می شود و با نوم دیگری حاصل می شود. این نقض ایشان وارد نیست، زیرا با قطع نظر از دوام و عدم دوام، بین حدث اصغر و اکبر اختلاف وجود دارد، با حدث اکبر نمی توان وارد مسجد شد، اما با حدث اصغر می تواند وارد مسجد بشود، رافع هر کدام هم متفاوت از دیگری است، پس این دو حدث دو حقیقت متفاوت از هم هستند. اما در ملکیت، شیخ می فرماید که تفاوتی بین اقسام ملکیت چه لازم و چه جایز وجود ندارد و ملکیت، شیء واحدی است که هیچ خصوصیتی در خود آن نیست. راجع به مرحله سوم هم که شیخ می فرماید اگر هم شک بکنیم که منشأ ما واحد است یا کلی، باز هم استصحاب جاری خواهد بود ولو استصحاب کلی را جاری ندانیم، ایشان باز اشکال می کنند که مستصحب شما محرز نیست و باید مستصحب شما شخصی باشد تا بتوانید آن را استصحاب بکنید، شما که نمی دانید مستصحبان شخصی است یا کلی، چطور استصحاب می کنید؟ برای این اشکال هم ما دو جواب عرض کردیم که یکی از این جواب ها اشکال دارد. برای جریان استصحاب در جایی که ما شک در شخصی بودن یا کلی بودن داشتیم، دو تقریب وجود دارد، یکی بیانی است که مرحوم آقای خوئی فرموده است و بیان درستی هم هست که علت جاری نبودن استصحاب کلی قسم ثانی عبارت از این است که استصحاب کلی مسبب از استصحاب فرد طویل است، شک در بقاء کلی حدث است که نمی دانیم آیا باقی است یا نه، منشأش

هم این است که آیا جنابت حادث شده است یا نه، در اینجا به وسیله اصل سبب می‌گوییم که جنابت حادث نشده است، پس بنابراین این جامع نفی می‌شود. این اشکالی است که به جریان استصحاب کلی قسم ثانی وارد شده است و شیخ هم جواب داده است که سببیت و مسببیت در کار نیست و هر دو استصحاب را جاری می‌کنیم، هم عدم جنابت را و هم محدث بودن را. پس اگر ما اشکال در جریان استصحاب کلی قسم ثانی را مسئله سببیت و مسببیت بدانیم و بگوییم که با وجود دلیل حاکم جایی برای محکوم نخواهد بود، همان طور که مخصص در دلیل مخصص تصرف می‌کند، آن اشکال در مورد بحث وارد نخواهد بود، زیرا شک داریم که آیا این استصحاب قدر مشترک از آن قبیل است که دلیل حاکمی بر آن وجود دارد، یا دلیل حاکمی در مقابل آن نیست، اصل عدم معارض است و به این استصحاب قدر مشترک اخذ می‌کنیم. پس بر اساس این مبنی ما می‌توانیم استصحاب را جاری بکنیم. پرسش: ... پاسخ: نمی‌دانیم آیا جامع ملکیت بین جواز و لزوم است یا ملکیت یک شخصی است مردد بین الحالین است، بالأخره نمی‌دانیم که آیا دلیل حاکمی بر این اصل هست یا نه؟ پرسش: ... پاسخ: نمی‌دانیم آن خصوصیت لزوم و جواز، خصوصیت جواز فردین است، یا حالتین از یک فرد است. اگر فردین باشد دلیل حاکم داریم و اصل سببی و مسببی خواهد بود، اگر هم حالتین باشد، دلیل حاکم نداریم، شک در حاکم می‌کنیم و به همان استصحابی که هست اخذ می‌کنیم. اما اگر بگوییم ذاتاً استصحاب جاری

نیست، همان طور که مرحوم ایروانی گفته بود و بعضی های دیگر هم قبول کرده بودند که ذاتاً جاری نیست، زیرا اتحاد قدر متیقن و مشکوک محقق نیست، چون متیقن ما جامع است و مشکوک ما هم فرد طویل است. اگر این اشکال وارد باشد، استصحاب اصلاً جاری نخواهد بود، زیرا تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود و ادله استصحاب شامل آن نخواهد شد. منتهی ما عرض کردیم که استصحاب را شخصی می کنیم به این صورت که وقتی نمی دانیم آنچه با انشاء محقق می شود، جایز است یا لازم و دو شیء ایجاد می شود یا یک شیء، در این صورت وجود یک شیء قطعی است و وجود شیء دیگر مشکوک است و با استصحاب عدم، وجود ضمیمه ملکیت را نفی می کنیم، در نتیجه اصل ملکیت قطعی است و وجود ضمیمه ملکیت \_ که سبب جایز بودن است \_ مشکوک است و با استصحاب عدم، این ضمیمه را نفی می کنیم. شخصی بودن هم عبارت از این است که یک منشأ داشته باشیم، منتهی شارع به وسیله اختلاف اسباب، حکم های مختلفی برای آن قائل شده باشد. پس ما شخصی بودن را به وسیله استصحابی که یک قسمتش بالوجدان و قسمت دیگرش به اصل است، اثبات می کنیم و دیگر آن اشکال استصحاب کلی وارد نخواهد بود. این تقریبی بود که ما برای فرمایش شیخ عرض کردیم، اما اشکال قضیه این است که اگر ما در تفاوت بین جایز و لازم بگوییم که تفاوت به نحو ترکیب است و مرکب از جزئین است که یکی بالوجدان و آن امر عدمی هم بالاصل حاصل درست می شود، مطلب همین چیزی خواهد بود

که ما عرض کردیم، اما اگر ندانیم آنچه که مجعول به وسیله انشاء است، مقید است، یا به نحو یک وجود مستقل، به این معنی که ملکیتی که حاصل می شود، متصف به یک صفتی است، یا به غیر از ملکیت، یک موجود دیگری هم حاصل شده است، در این صورت که احتمال می دهیم یک خصوصیت خاصه ای در ملکیت وجود داشته باشد، اگر بخواهیم با اصل وجود این صفت و خصوصیت را نفی بکنیم، استصحاب عدم ازلی خواهد بود که عرفی نیست و ما جاری نمی دانیم، زیرا قبل از انشاء، به نحو لیس ناقصه ملکیت دارای فلان خصوصیت نبود و بعد از وجود انشاء هم نمی توانیم عدم آن را استصحاب بکنیم، شاید بنفس وجودش دارای این خصوصیت باشد. بنابراین از این ناحیه اشکال وارد است و تقریب صحیح همان تقریبی است که آقای خویی فرمود است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### دلیل استصحاب برای اثبات لزوم معاطاه ۹۱/۰۹/۲۶

.Your browser does not support the audio tag

دلیل استصحاب برای اثبات لزوم معاطاه در جایی که شک داریم که موضوع اثر کلی است تا استصحاب جاری نباشد، یا شخصی است تا استصحاب جاری باشد، شیخ حکم به جریان استصحاب کرده است. عرض کردیم که آقای خویی می فرمایند بعضی از آن اشکالاتی که در استصحاب کلی قسم ثانی ایراد شده و به آنها جواب هم داده شده است، اینجا وارد نخواهد بود و در نتیجه استصحاب جاری می شود. یکی از اشکالاتی که در جریان استصحاب کلی قسم ثانی وارد شده بود، این بود که استصحاب کلی مسبب از وجود آن فردی است که انسان شک در حدوثش در عالم بقاء دارد و نمی داند که حادث شده است یا نه

ص: ۲۹۰

و در نتیجه نمی داند که الان کلی موجود است یا نیست. قهراً استصحاب کلی محکوم به استصحاب عدم آن فرد مشکوک الوجود خواهد بود. مثلاً وقتی حادثی که مردد بین الصغیر و الکبیر است، از انسان سر بزند و بعد هم وضوء بگیرد، احتمال می دهد که الان محدث باشد، منشأ این احتمال هم این است که آیا آن حادثی که از او سر زده است، حادث اکبر بوده است یا حادث اصغر. اگر ما بگوییم که حادث اکبر از او سر زده است، این اصل سببی است و بر استصحاب بقاء کلی حادث حکومت پیدا می کند. این اشکالی است که وارد شده است و شیخ هم جواب داد که این کلی مسبب از این است که آن موجود آیا حادث اکبر است یا اصغر، اصلی هم که بخواهد این موجود را تعیین بکند، نداریم که بگوید این موجود یک وقتی حادث اکبر نبوده یا بوده، بودن و نبودنش هیچ کدام حالت سابقه ندارد، البته بنابر اینکه استصحاب عدم ازلی را صحیح ندانیم که حق هم همین است. پس بنابراین چون اصلی نداریم که تعیین بکند این موجود چه حالتی دارد، حادث اکبر است یا نه، سبب برای شک ثانی ما نخواهد بود تا حکومت بر آن پیدا بکند. پس بنابراین ما هم استصحاب کلی را و هم استصحاب آن جنابتی را که حاصل نشده را جاری می کنیم و هیچ منافاتی بین این دو وجود ندارد. این فرمایش شیخ است، آقای خویی هم می فرمایند که اگر مشکل استصحاب کلی قسم ثانی عبارت از حکومت اصل سببی بر اصل مسببی باشد، ولی ما شک داشته باشیم که

ص: ۲۹۱

مستصحب ما یک شیئی است که محکوم به یک اصل خارجی دیگری است، یا شخصی است و اصل حاکمی وجود ندارد، در این صورت می‌گوییم همان طور که مخصص باید ثابت بشود، حاکم هم باید ثابت بشود و تا وقتی که حاکمی بر آن ثابت نشده است، به این اصل اخذ می‌کنیم و اصل عدم حکومت است. یکی از رفقای جلسه یک سؤالی کرد که من قدری آن را توضیح می‌دهم. آقایان یک بحثی در اصول دارند و در کفایه هم به آن پرداخته شده است و آن این است که در بحث تمسک به عام اگر مخصص مردد بین اقل و اکثر بود، آیا می‌شود در آن مقداری که قطعی نیست، تمسک به عام کرد؟ شارع می‌گوید که «اکرم العلماء»، یک دلیل دیگر هم می‌گوید «لا تکرّم الفساق» و این مخصص که عبارت از فساق است، مردد بین همه گنهکاران و مرتکبین کبائر است، مردد بین اقل و اکثر است. ایشان در اینجا می‌فرمایند که اگر «لا تکرّم الفساق» متصل به عام باشد، مثل اینکه گفته شده باشد «اکرم العلماء الا الفساق منهم»، در اینجا نسبت به مرتکبین صغائر نمی‌شود به این عام تمسک کرد، زیرا مجمل است، ولی اگر دلیل مخصص منفصل بود، در اینجا قدر متیقن مرتکبین کبائر است که خارج از تحت عام می‌باشد، ولی نسبت به مرتکبین صغائر تمسک به عام می‌کنیم. این مختار مرحوم آخوند است. ولی در شبهات مصداقیه مثل اینکه گفته شده است «اکرم العلماء» و دلیل دیگری هم گفته که «لا تکرّم الفساق» و ما نمی‌دانیم که فلان کس آیا غیبت می‌کند یا نمی‌کند، یا برخی از

سایر خلاف شرع ها را انجام می دهد یا نه. در اینجا شبهه مفهومی نیست که ندانیم مقصود از فاسق چیست، بلکه شبهه مصداقی است، مثل اینکه یک مرتبه نمی دانیم ریش تراشی معصیت صغیره است، یا نه، اما یک مرتبه در مفهوم شبهه نداریم، بلکه نمی دانیم که آیا این شخص ریشش را می تراشد یا نه که شبهه ی ما در اینجا شبهه ی مصداقی است. آقایان می گویند که در شبهه مصداقی، چه مخصص متصل باشد و چه منفصل، نمی شود تمسک به عام کرد، ولی اگر شبهه مفهومی باشد، مثل اینکه معنای فاسق روشن نباشد، بین متصل و منفصل فرق گذاشته شده است که در متصل نمی شود تمسک به عام کرد، ولی در منفصل می توان تمسک به عام کرد. این یک نظریه ای است که مرحوم آخوند دارند، ولی عقیده ما این است که در شبهه مفهومی هم بین متصل و منفصل هیچ فرقی وجود ندارد، چون لفظ نسبت به اراده جدیه \_ که ملاک است \_ اجمال پیدا می کند. چرا مخصص را متصل بیاوریم و چه با فاصله و منفصل، در هر دو صورت لفظ نسبت به اراده جدی اینکه آیا مرتکبین صغائر از نظر مولا - ممنوع الا - کرام هستند یا نه، اجمال پیدا می کند و نمی شود به عام تمسک کرد. البته در بعضی موارد بر اساس مبانی دیگری مانند قانون مقتضی و مانع، می توان تمسک به عام داشت که آن حساب دیگری دارد. پس هیچ فرقی بین متصل و منفصل وجود ندارد، زیرا بالوجدان شما می بینید که اگر مثلاً سید در کتاب عروه بحث نجاسات را مطرح کرده و بعد هم مسئله مستثنیات نجاسات را متذکر شده است که «یستثنی من

مانعیه الدم...» بعد یک ورقی از این مباحث گم بشود یا جدا شده باشد و شما بخواهید استثنائات نجاست را بیان کنید، در مراجعه به مباحث ایشان برای یافتن جواب مسئله، بین مطالبی که متصل آورده شده است و آن ورقی که جدا شده هیچ تفاوتی قائل نخواهید بود و اگر سؤالی برای شما پیش بیاید، در مراجع به متصل و منفصل هیچ فرقی نخواهید گذاشت. عقیده ما هم همین است که بین متصل و منفصل هیچ فرقی وجود ندارد. حال بنا بر اینکه مانند آخوند و سایر آقایان بعد از ایشان قائل به فرق بشویم، با توجه به اینکه آقایان هم نوعاً در درس هایی که می خوانند، تسلیم اساتید و بزرگان هستند و فعلاً هم نظر جاری بعد از کفایه همین قول به فرق است، در جایی که نمی دانیم آیا استصحاب ملکیت محکوم به یک اصل سببی حاکم است، یا نه، با توجه به اینکه ادله «لا تنقض» یک عمومی دارد که اصل سببی و مسببی \_ ولو حالت سابقه داشته باشد \_ با دلیل منفصل از تحت این عموم خارج شده است. حال در مسئله استصحاب ملکیت، نمی دانیم که این مورد از مصادیق تخصیص است یا نه. اینجا مخصص منفصل شبهه مصداقی است، شبهه مصداقی که در مقابل شبهه مفهومی است. ما دو قسم مصداقی داریم که گاهی در بعضی از کلمات خلط شده است، بعضی ها مصداقی موضوعی را در مقابل حکمی حساب می کنند، نه در مقابل مفهومی. این شبهه مصداقی که در مقابل مفهومی است، گاهی شبهه حکمیه است، گاهی هم شبهه موضوعیه است، مثلاً وقتی می گوئیم که اکرم العلماء و لا تکرم



الفساق منهم، یا لفظ فساق اصلاً اجمالی ندارد و مراد از آن روشن است که مرتکبین کبائر یا همه گنهکاران هستند، ولی ما نمی دانیم که ریش تراشی گناه است، یا گناه نیست. شخصی ریشش را می تراشد، اما نمی دانیم که او مرتکب گناهی می شود یا نه، این شبهه، شبهه مفهومی مخصص نیست، بلکه شبهه مصداقیه حکمیه است، شک داریم که این شخصی که ریشش را تراشیده است، آیا داخل در مستثنی است، یا جزء علماء و تحت عام است. رفع این شبهه به وسیله بیان شارع است که یک حکم کلی را بیان نکند تا این شبهه برطرف بشود، مثلاً حکم کلی ریش تراشی را بیان نکند، تا روشن بشود که داخل مخصص است یا نه. یک مرتبه هم می دانیم که ریش تراشی گناه است، اما نمی دانیم که فلان شخص ریشش را می تراشد یا نه، یا نمی دانیم زید غیبت می کند یا نه، منشأ شک ما در وجوب اکرام زید این است که آیا او غیبت می کند یا نه، اینجا شبهه ی ما شبهه ی مصداقیه موضوعیه خواهد بود و هیچ ربطی به شارع ندارد، البته گاهی شک در مراتب و استثنائات غیبت است که در این صورت شبهه، شبهه حکمیه خواهد بود. از مرحوم آقای خوانساری به واسطه ی کسی که نقل می کرد، شنیدم که عقیده ایشان این بوده است همانطور که ما در شبهه مفهومی به عام تمسک می کنیم، در شبهه مصداقیه حکمیه هم به عام تمسک می کنیم و آن هم مانند شبهه مفهومی است. البته شاید بشود در بیان فرق بین شبهه مصداقیه و مفهومیه این طور گفت که وقتی لفظ ظهور در عموم پیدا می کند، وظیفه مقنن این است که

تمام چیزهایی که از تحت عام خارج است را بیان بکند و الا باید به همان دلیل اولی اخذ کرد. اگر شبهه مصداقیه موضوعیه باشد، تحقیقش بر عهده خود مکلفین است، رفع شبهه موضوعیه وظیفه شارع نیست، ولی در شبهه حکمیه باید خود مقنن روشن بکند و مربوط به اشخاص نیست، چه اشتباه از ناحیه اشتباه در مفهوم مخصص باشد و یا اینکه مصداق مخصص مشتبه باشد. حال ما اگر در اینجا حکم هر دو را واحد دانستیم کما اینکه مرحوم آقای خوانساری هم به همین معنی قائل شده است، در مسئله مورد بحث هم می‌گوییم که آن ملکیت مجعولی که به واسطه‌ی معاطاه جعل می‌شود، چه ملکیتی است؟ آیا کلی است و محکوم به یک ملکیت دیگر، یا شخصی است و غیر محکوم؟ اگر این مبنی را پذیرفتیم، قهراً می‌توانیم بگوییم که چون نمی‌دانیم که مستصحب کلی است یا شخصی، اصل عدم ثبوت دلیل حاکم است و ما حکم به جریان استصحاب می‌کنیم. یک بحث دیگری هم در فرمایشات شیخ است که وقتی شما می‌گویید در معاطاه یک ملکیتی انشاء می‌شود، آیا این ملکیت یک خصوصیتی زاید بر اصل ملکیت دارد که نتیجه‌اش جواز باشد، یا چنین خصوصیت زایدی وجود ندارد؟ عقیده شیخ این است که هیچ خصوصیتی وجود ندارد و فقط خود ملکیت انشاء می‌شود، اختلاف در لزوم و جواز مربوط به سبب است و مسبب یک واحد شخصی است. ایشان می‌فرماید اولاً وجداناً شما می‌بینید که در انشاء ملکیت یک چیز انشاء می‌شود و نه دو چیز، مثلاً هبه به ذی رحم و غیر ذی رحم مُنشأ یکی است و متعدد نیست

و این مطلب وجدانی است. بعد هم ایشان یک صورت برهانی ذکر می کنند که این خصوصیتی که مورد ادعاء است، آیا به جعل مستعمل حاصل شده است، یا شارع آن را جعل کرده است؟ اگر بگویید که خود مستعمل جعل می کند، پس باید بین موارد لازم و جایز در قصد شخص تفاوتی وجود داشته باشد، در حالی که وجداناً هیچ کس به چنین چیزی قائل نشده است، پس مربوط به جعل مستعمل نیست. اگر هم بگویید که شارع این جعل را انجام داده است، باید «أوفوا بالعقود» را تخصیص بزنیم، زیرا شارع در این آیه می فرماید که شما باید به همان تعهدی که کرده ای عمل بکنی، در حالی که طبق مدعی باید بگوییم که اگر شما مثلاً یک کالای کلی را تعهد کرده باشی، شارع چیز دیگری را جعل می کند و این تخصیص «أوفوا بالعقود» است، اخذ به «أوفوا بالعقود» نیست. اخذ به «أوفوا بالعقود» این است که هر طور شما قصد کردید، همانطور باشد، نه اینکه شارع ملکیت را با یک خصوصیت خاصی جعل بکند، در حالی که شخص به گونه ی دیگری متعهد شده است. این فرمایش شیخ است، ولی عرض ما این است که ممکن است اینجا اشکال بشود در بیع و امثال آن کلی یک اثر دارد، شخصی هم اثر دیگری دارد که در نتیجه جعل شارع با «أوفوا بالعقود» منافات خواهد داشت، ولی در ما نحن فیه باید دید که آیا ملکیت حاصل می شود و جواز و لزوم از احکام سبب است، یا ملکیت با یک خصوصیتی حاصل می شود و جواز و لزوم از احکام سبب است؟ اثر خارجی اش یکی است،

این طور نیست که بگوییم اگر منشأ آن کلی است، منشأ این شخصی، اختلاف پیدا بکند، اثر هر دو یکی است، بر همین اساس اگر کسی ترتیب اثر ملکیت بدهد، حال چه اینکه بگوید سابقاً ملک بود، الان هم هست و ترتیب اثر بدهد و اخذ به حالت سابقه بکند، چه ملکیت کلی باشد و شرع با یک خصوصیتی آن را اعتبار کرده باشد که نتیجه اش جواز و لزوم بشود، یا شخصی باشد، هیچ فرقی نمی کند، به خلاف مسئله بیع و امثال آن که بین کلی و شخصی تفاوتی وجود دارد. البته ممکن است مدعی بشویم که شخص شارع خصوصیت را به خود مسبب اضافه می کند و مسیبی را که استعمال کرده است، نتیجه اش عبارت از لزوم و جواز است و چون تفاوتی بین این دو جهت وجود ندارد، اشکالی ندارد و خلاف «أوفوا بالعقود» هم نیست، مگر اینکه اینطور جواب بدهیم که همین اختلافی که راجع به اصل داریم و از آن بحث می کنیم که اگر مسبب دو تا بشود یا واحد باشد، در اجرای اصول تعارض می کند. یکی از اینها محکوم می شود، یکی از اینها محکوم نمی شود، خود این فایده است. پس بنابراین ممکن است بگوییم خلاف «أوفوا بالعقود» شده، مگر این را بگوییم. دیگر مطلب تمام است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### استدلال به «الناس مسلطون» بر لزوم معاطه ۹۱/۰۹/۲۷

Your browser does not support the audio tag.

استدلال به «الناس مسلطون» بر لزوم معاطه یکی از ادله ای که برای لزوم معاطه به آن استدلال شده است، نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» است. البته این عبارت به عنوان حدیث نبوی در کتب عامه یافت نشده است و فقط شیخ طوسی با عبارت «از او صلی

ص: ۲۹۸

الله علیه و آله و سلم» تعبیر کرده است، شافعی هم به عنوان حدیث این روایت را نقل نکرده است و کأن به صورت یک قاعده ای که از ادله مستفاد است، به آن اشاره نموده است. البته شیخ تعبیر به نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» کرده است. به این نبوی این طور استدلال شده است که وقتی بنا شد معاطه را مفید ملکیت بدانیم، بعد از معاطه مشتری مالک عین شده است و اگر کسی بخواهد در آن عین بدون رضایت مشتری تصرف بکند، بر خلاف «الناس مسلطون» عمل کرده است و تصرفش نافذ نیست. به این استدلال اشکال شده است که تمسک به «الناس مسلطون»، تمسک به عام در شبهه مصداقیه می باشد، زیرا مورد بحث عبارت از این است که کسی می گوید من این معامله را فسخ کردم و می خواهد که بدون رضایت مشتری در عین تصرف بکند و شما برای نافذ بودن این فسخ به «الناس مسلطون» تمسک می کنید. یا اشکال کرده اند که عدم جواز تصرف شخص در این مال بعد از فسخ، فرع بر این است که مال در ملک مشتری باقی مانده باشد، اما اگر فسخ مؤثر واقع شده باشد و آن مال را به ملک فاسخ برگردانده باشد، در این صورت شخص در ملک خودش تصرف می کند، نه در ملک مشتری، تا شما بگویید که بی اجازه صحیح نیست. پس در نتیجه ما نمی توانیم به این حدیث استدلال بکنیم. شیخ در جواب این اشکال می فرماید که بحث ما در این نیست که بعد از فسخ بخواهیم به واسطه این روایت عدم جواز تصرف در عین بدون اجازه مشتری را ثابت بکنیم، بلکه



می‌گوییم که شخص نمی‌تواند بدون اجازه مشتری با فسخ کردن، عین را از ملک مشتری خارج و به ملکیت خودش درآورد، این کار صحیح نیست و این چنین حقی برای شخص وجود ندارد و در نتیجه معامله لزوم پیدا می‌کند. مراد از لزوم هم همین است که مالک اولی نتواند عین را به ملکیت خودش برگرداند. در اینجا مرحوم ایروانی اشکال ایراد نموده است که آقای خوبی هم اشکال ایشان را پسندیده است. ایشان می‌فرماید که همانطور که بعد از فسخ نمی‌توانیم به این روایت استدلال بکنیم، قبل از فسخ هم نمی‌توانیم استدلال بکنیم و این استدلال محل اشکال است، زیرا «الناس مسلطون» می‌خواهد بگوید که مادامی که شیء مال مشتری است، شما حق تصرف در آن را ندارید و ما نمی‌دانیم که در حین فسخ، آیا این شیء از مالیتش خارج می‌شود یا نمی‌شود. حکمی که روی موضوع رفته است، ظهور در این دارد که عنوانی که برای موضوع اخذ شده است، حدوثاً و بقاءً دخالت در حکم دارد، البته ممکن است در بعضی از موارد، عنوان مشیر به موضوع باشد و در حکم دخالت نداشته باشد و در بعضی جاها هم ممکن است حدوثِ عنوان دخالت در حکم داشته باشد. ولی در این مسئله اینطور نیست و اگر یک چیزی آن‌ما ملک یک کسی بود، اینطور نیست که الی آخر العمر نیاز باشد که اشخاص از او استجازه بکنند و تصرفات دیگران جایز نباشد و حدوث تنها کفایت نمی‌کند، بلکه هم حدوث و هم بقاء در عنوان دخالت دارد و ما الان نمی‌دانیم که با فسخ عنوان ملکیت زایل شده است، یا نه.

پس در نتیجه تمسک به روایت صحیح نمی باشد. آقای خوئی هم این اشکال را پسندیده است، ولی عرض ما این است که باید انسان به وجدانیات مراجعه بکند و ببیند که وجداناً چه چیزی فهمیده می شود. اگر یک شیئی از ملکیت شخصی \_ قطع نظر از چیزی که می خواهد مزیل باشد \_ خارج شده باشد، از دلیل «الناس مسلطون» استفاده نمی شود که بعداً هم مالک حقی در آن شیء داشته باشد، بلکه مشتری حق دارد، ولی اگر لولا الفسخ این شیء ملک مشتری باشد و ما بخواهیم به وسیله فسخ، بدون رضایت مشتری، آن را از ملک او خارج کنیم، از دلیل «الناس مسلطون» استفاده می شود که چیزی که لولا الفسخ مال شخص است، کسی حق فسخ ندارد. این کلمات و مشابهاتش ظهور در این ندارد که حتی بعد الفسخ هم آن شیء مال شخص باشد. مثلاً مراد از عبارت «من اتلف مال الغير فهو له ضامن»، این نیست که یک شیء حتی در حین تلف هم مال غیر باشد، زیرا تلف به معنای انعدام موضوع است و شخص نمی تواند بر اساس اعتبار عقلائی مالک معدوم باشد. پس طبق متفاهم عرفی از این عبارت، اگر یک چیزی لولا الاتلاف مال غیر بود، اتلافش ضمان می آورد، نه اینکه بگوییم آن چیزی که حتی حین الاتلاف مال شخص بود، زیرا در حین اتلاف و انعدام ملکیتی در کار نیست. یا در جای دیگر تعبیر روایت این است که «لاعتق الا فی ملک»، یعنی شرط صحت عتق این است که لولا العتق آن چیز ملک شخص است و بعد هم در زمان عتق این ملکیت زایل می شود، زیرا

علت و معلول در آن واحد واقع می شوند. پس در نتیجه از شؤون مالیت این است که قبل از هبه یا فروش و امثال آن، انسان مالک شیء باشد. پرسش: ... پاسخ: این دیگر جای بحث نیست که در اینجا یقیناً مشتری مالک شده است و الان با فسخ می خواهیم شیء را از ملکیت او خارج کنیم. لولا الفسخ این شیء ملک مشتری است. دیگر در این مطلب جای تأمل وجود ندارد. پرسش: ... پاسخ: می گویم لولا- الفسخ مالک است، حین الفسخ دیگر مالک نیست. اگر این شیء لولا الفسخ از ملکیت مشتری خارج شده باشد، دیگر مشتری کاره ای نخواهد بود و حقی نخواهد داشت. فرض در این مسئله این است که این شیء لولا الفسخ ملک خود مشتری است، شما می گوید که حق فسخ وجود دارد، ولی ما می گوئیم که اگر احکام مالکیت را بیان کردند، متفاهم عرفی این است که عنوان مالکیت لولا این تصرفی که می خواهیم بگوئیم، منطبق باشد و این کفایت می کند. یک آقای می گفت که در این میدان شهرداری دیدم یک کسی خیار می فروشد و تبلیغ خیار خودش را می کرد و می گفت: خیار دارم، ارزان می دهم، اختیار دارم، مال خودم است. این شخص به مال خودش تمسک می کند و برای بالفطره می فهمد که مقتضای مال بودن این است که انسان حق داشته باشد که آن را از ملک خودش اخراج بکند و لازم نیست که بعد از اخراج هم مال او باشد. این شخص می گوید که چون این مال لولا الاخراج ملک من است، می خواهم ارزان بفروشم. آیه قرآن هم تعبیر می کند که (فَمَنْ يَمْلِكُ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا إِنْ أَرَادَ



أَنْ يُهْلِكَ الْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَ أُمَّهُ وَ مَنْ فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا وَ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ وَ مَا بَيْنَهُمَا يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) مقتضای اینکه خداوند اختیاردار تمام موجودات و تمام ملک سماوات و ارض است، این است که می تواند همه اینها را نابود بکند و مراد این نیست که در همان حالی که نابود می کند هم ملک خدا باشد، زیرا ملک خداوند به معدوم تعلق نمی گیرد، پس مراد این است که آن چیزی که لولا-المعدوم ملک خداوند است و مقتضای ملکیت، مسلط بودن و سلطنت مطلقه این است که بتواند همه را اعدام بکند. این متفاهم عرفی است و اگر شما از محیط مدرسه کنار بروید و از هر عرفی بپرسید، می بینید که کسی شک در این مطلب نخواهد داشت، البته گاهی اوقات در اثر مغالطه فطرت اولی انسان از دست می رود. شیخ هم مطابق با ذوق فطری ابتدایی فرموده است که اگر انسان بخواهد بدون اجازه مالک چیزی را از ملک او خارج بکند، خلاف سلطنت است و درست نمی باشد، البته اگر حتی یک لحظه قبل از فسخ از ملک مشتری خارج شده باشد، دیگر مشتری کاره ای نخواهد بود و این چیزی است که از عرف فهمیده می شود. پرسش: ... پاسخ: «الناس مسلطون» عبارت از این است که شخص سلطه بر مال خود دارد و می تواند از تصرف دیگران در مالش جلوگیری بکند. پرسش: ... پاسخ: بله، مسلطم که او را خنثی کنم و بتوانم جلوی او را بگیرم. فسخ تکوینی که اشکال ندارد، اگر هزار بار هم فسخت بگویند، انسان مسلط بر مال خودش

است و فسخت اثری ندارد. پرسش: ... پاسخ: «الناس مسلطون» می گوید که فسخت مؤثر نیست، می گوید که ای مردم، مشتری اختیاردار است و باید ببینیم که او اجازه می دهد یا نه، اگر او اجازه داد، من شارع هم می گویم نفوذ پیدا می کند، ولی اگر او اجازه نداد، فسخت نفوذ ندارد. پرسش: ... پاسخ: «الناس مسلطون» جلوی همه اینها را می گیرد و می گوید که بی اجازه او خروج از ملک نمی شود. می گویم از متفاهم عرفی استفاده می شود که موضوع عبارت از مالک لولا هذه الامور است، این عنوان حتی بعد از فسخت هم موجود است و به طور قطع از بین نرفته است. بعد شیخ می فرمایند که از «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه» هم می توانیم بر مسئله لزوم استدلال بکنیم و همان توهمی که در دلیل قبلی مطرح شد، اینجا هم مطرح می شود که گفته شود وقتی شخص می خواهد فسخت را بگوید، ممکن است اینطور تصور بکند که من در مال خودم تصرف می کنم و این مشکلی ندارد و در نتیجه نمی شود به «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه» تمسک کرد، زیرا شبهه مصداقی خود عام است و ما نمی دانیم که این مال، مال مشتری است، یا مال این کسی است که فسخت را می گوید. همان بیانی که در «الناس مسلطون» گفتیم، همین جا هم می آید که موضوع ما عبارت از این است که این مشتری که اگر فسخت گفته نمی شد، مال او بود، بدون رضایت این مشتری \_ که عنوان ملکیت بر او منطبق است \_ تصرف در این مال حلال نیست و این عبارة اخرای لزوم است. البته

شیخ از «لا یحل» استفاده کرده است که فسخ و تملک جایز نیست، در حالی که ایشان می فرمود که مشکل است ادله را شامل حلیت و حرمت وضعی بدانیم و سؤال این است که چطور ایشان در اینجا اینطور تمسک کرده است! جواب این سؤال این است که ایشان در «أَحْلَى اللَّهِ الْبَيْع» هم فرمود که عرف از این آیه صحت بیع را می فهمد، در اینجا هم از «لا- یحل» استفاده بطلان می توانیم بکنیم، حال باید ببینیم که بیان ایشان در آنجا چگونه بوده است. یک بیان این است که اگر انسان به قصد مالکیت فسخت را بگوید، عبارت «لا یحل» می گوید که شما در این صورت خلاف شرع کرده اید. فسخت که ذاتاً خلاف شرع نیست، اما اگر کسی فسخت را به عنوان تشریح بگوید و قصدش این باشد که این فسخت مؤثر در ملکیتش باشد، شارع می گوید که این گفتن به عنوان تشریح خلاف شرع است و این تشریح وقتی است که شخص با فسخت مالک نشده باشد و از این مطلب بطلان را استفاده می کنیم و اشکالی هم وارد نخواهد بود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی ادله سلطنت و روایت «لا یحل مال امرئ...» ۹۱/۰۹/۲۸

Your browser does not support the audio tag

بررسی ادله سلطنت و روایت «لا یحل مال امرئ...» بحث در این است که آیا ادله سلطنت شامل مواردی که انسان بخواهد سلطنت را از خودش سلب بکند هم می شود، یا با فرض محفوظ بودن مالکیت، شامل تصرفات دیگر می شود؟ آیا ادله سلطنت می خواهد بگوید که شما همه تصرفات را می توانید انجام بدهید، اما ناظر به حفظ یا سلب عنوان مالکیت نیست و در نتیجه، این ادله ناظر به مواردی که شخص بخواهد مالش

ص: ۳۰۵

را هبه بکند، یا بفروشد، نخواهد بود؟ پس این ادله نسبت به ابقاء و اخراج ملکیت ناظر نخواهد بود و این مطلب باید از جای دیگر استفاده بشود. مرحوم آقای ایروانی و مرحوم آقای خویی قائل به این مطلب هستند که ادله سلطنت ناظر به ابقاء و اخراج ملکیت نمی باشد. مرحوم آقای ایروانی هم شاهدهی برای اثبات مختار خودشان می آورند مبنی بر اینکه احکامی که بر عناوینی حمل می شوند، نسبت به حفظ آن عنوان اطلاق ندارد و دلیل سلطنت هم نسبت به عنوان خودش چنین اطلاقی ندارد. ایشان می فرمایند که بر اساس ادله قیومیت، شخص بر اولاد خودش سلطنت دارد و نسبت به کارهای او قیومیت دارد، موضوع این سلطنت هم عبارت از صغیر است، حال اگر شخص صغیر کبیر شد و این پدر نتوانست عنوان صغارت او را حفظ بکند، این تخصیص در ادله قیومیت و سلطنت است؟ و وجداناً انسان نمی فهمد که این مورد تخصیص بر ادله سلطنت باشد، چون ادله سلطنت می گوید «مادام کونه صغیراً»، یعنی تا زمانی که این فرزند صغیر است، شما بر او سلطنت دارید. ایشان این مطلب را شاهد می آورند، ولی ما می گوییم که اگر در مسئله قیومیت اینطور است، به این جهت است که ظاهر ادله قیومیت عبارت از این است که شخص بر تصرفاتی که نسبت به صغیر قدرت دارد، قیم است و اختیار چنین تصرفاتی با اوست و لازم است که بعضی از تصرفاتی که مصلحت است را انجام بدهد و ادله قیومیت از ابتداء شامل مواردی که شخص قدرت بر آن ندارد، نمی شود. نکته دیگر این است که باید ببینیم آیا این مسئله همین

ص: ۳۰۶

قدر واضح است که ایشان به آن استشهاد کرده است، یا نه؟ مثلاً ولی صغیر می بیند که مصلحت صغیر در این است که دیرتر بالغ شود، به جهت مریضی یا جهات دیگر و کاری می کند که اِمناء دیرتر حاصل شود، آیا ادله سلطنت ولی بر صغیر شامل این مورد نمی شود؟! اگر دلیل گفت که ولی تا مادامی که فرزندش صغیر است، می تواند هر کاری را که صلاح دانست، انجام بدهد، در صورتی که صلاح صغیر در این باشد که دیرتر بالغ بشود، برای ولی صغیر جایز، یا واجب است که این کار را انجام بدهد. سؤال ما این است که آیا این مطلبی واضح است که اطلاقات ادله قیمومت ناظر به اصل عنوان نیست، که ایشان برای اثبات فرمایش خودشان به آن تمسک می کنند؟! شاید حتی بگوییم که متفاهم عرفی این است که ولی می تواند هر کاری را که به صلاح صغیر باشد، حتی ابقاء صغارت را انجام بدهد. و این حکم هم تا زمانی است که فرزند از صغارت خارج نشده باشد و اگر از صغارت خارج شد، دیگر اطلاقات ادله شامل آن نخواهد بود. پس استشهاد به این مطلب واضح البطلان است. اجمالاً هم عرض کردیم که اگر مالکی مال خودش را تلف کرد، شما بالارتکاز می گوئید که مالک در حالی که مالک بود، مال خودش را تلف کرد و این عبارت هم صحیح است، با اینکه در حین تلف دیگر مالکیتی وجود ندارد، عرفاً هم این اطلاق صحیح است، اما اگر به واسطه یک عامل دیگری ملکیت از او سلب شده باشد، دیگر نمی توانیم بگوییم مالک در زمانی که مالک بود، ملک

خودش را تلف کرد، عرف بین این دو فرق می گذارد، در یکی از این دو می گوید که مالک هنگامی که مالک بود، مال خودش را فروخت یا به دیگری هبه کرد، اما در مورد دیگر اگر یک لحظه قبل به علت دیگری مال از ملکیت او خارج شده باشد، دیگر نمی تواند هبه بکند یا بفروشد. عرف بین این دو مورد فرق قائل می شود. پرسش: ... پاسخ: اگر دلیل گفت که مادامی که شخص مالک است، می تواند هر کاری را انجام بدهد، همین تسامحات عرفی کفایت می کند. میزان برای تسامح، امور عرفی است، نه امور عقلی مدرسه ای. البته در بعضی موارد، گاهی تناسب حکم و موضوع یا برهان عقلی دلالت می کند که عنوان حتی بعد از تصرف هم باید محفوظ باشد تا حکم بیاید، یا یک چیزی که قبلاً عنوان نداشته است و بعداً عنوان پیدا می کند، داخل در حکم باشد. مثلاً وقتی می گوئیم که خطاب به عاجز صحیح نیست و خطاب باید نسبت به شخص قادر باشد، اگر یک کسی لولا الخطاب عاجز باشد، ولی اگر به او خطاب بکنیم، قدرت پیدا می کند، در این صورت می گوئید که خطاب به چنین کسی جایز است و اشکالی ندارد. یا گاهی شخصی که فلج است، به معصوم متوسل می شود و معصوم برای شفای او می گوید: پا شو، در حالی که قبل از این خطاب نیرو و قدرتی ندارد، ولی با همین پا شو نیرویی در پای او ایجاد می شود. اما اگر عکس این مطلب بود و شخصی که قادر است، با خطاب «پا شو» عاجز می شود، در این صورت خطاب صحیح نمی باشد. در این موارد بعضی از

قرائن عقلی وجود دارد که مقصود این است که عمل و لو به وسیله خطاب از استحاله بیرون بیاید، کفایت در صحت خطاب می کند، اما اگر عملی به وسیله خطاب استحاله پیدا بکند، داشتن قدرت قبلی برای صحت خطاب کافی نیست. در بعضی جاها هم ممکن است که انسان به تناسب حکم و موضوع بفهمد که خود شخص در حال اجراء باید فلان صفت را داشته باشد. مثلاً وقتی گفته می شود که در فلان فتوی به مجتهدین مراجعه کنید، گاهی قبل از این خطاب، شخص مجتهد نبوده است، ولی نفس این خطاب در او مؤثر واقع شده و او را مجتهد می کند، اگر انسان در فتوی به چنین کسی مراجعه بکند، اشکالی ندارد و درست است، زیرا می فهمد که در هنگام یادگیری مسئله، از یک آدم با سواد یاد می گیرد. در مقابل اگر یک شخصی باسواد بود و با این خطاب اجتهاد او گرفته شد، دیگر نمی توانیم به او مراجعه بکنیم. پس گاهی یک شخص بی سواد در هنگام خطاب، با سعی و تلاش به درجه اجتهاد می رسد و مراجعه به او صحیح خواهد بود، اما بر عکس یک شخص مجتهد در هنگام خطاب، در اثر غرور و عدم توجه اجتهادش زایل می شود و مراجعه به او صحیح نخواهد بود، زیرا تناسب حکم و موضوع این است که انسان در ظرف عمل به چیزی که به واقع نزدیکتر است، اخذ می کند. پس اختیاراتی که مالک دارد و می تواند مالش را ببخشد یا بفروشد، همه این اختیاراتی که آقای خوئی می فرمایند را ما از خارج فهمیدیم و خود اینها دلیل بر آن نمی باشد. اما درباره «لا یحل

مال امرئ مسلم إلا- عن طیب نفسہ» شیخ می فرمایند که ما به این عبارت تمسک می کنیم برای اینکه اگر مشتری به وسیله معاطاه مالک شد، شخص دیگری نمی تواند تصرف در آن مال بکند، یا مالک قبلی فسخ بکند، مگر با طیب نفس او. اگر دلیلی حکم کرد که بدون طیب نفس هم می شود تصرف در مال او کرد، تخصیص برای این ادله خواهد بود، مثلاً اگر گفتند که از شئون حاکم این است که می تواند این معامله را فسخ بکند، تخصیص در این ادله خواهد بود و الا- اقتضای قاعده عبارت از این است که تنها چیزی که منشأ برای صحت تصرف است، رضایت شخص است. بعد شیخ می فرماید همان اشکالی که در ادله سلطنت ایراد شده بود، اینجا هم جریان دارد که اول باید برای مشتری مالکیت را اثبات بکنیم، تا بعد بگوییم که بدون رضایت او کسی حق تصرف ندارد و همین مطلب مورد بحث است که آیا مشتری مالک است، یا مالک نیست. پس نمی توانیم به این ادله تمسک بکنیم، زیرا شبهه مصداقی عام می باشد. شیخ جواب داد که ما نمی خواهیم بگوییم بعد از فسخ تصرفاتی که شخص بدون رضایت مشتری می خواهد بکند، جایز است یا جایز نیست، تا با دلیل «الناس مسلطون» ثابت بکنیم که جایز نیست، ما می گوییم که وقتی این شخص می خواهد فسخ بکند، مشتری مالک است و مال بعد الفسخ از ملکیت او خارج می شود و این شخصی که می خواهد فسخ بکند، می خواهد بدون رضایت مالک آن مال را تملک بکند و این حق را ندارد. شیخ می فرمایند در اینجا هم «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن

طیب نفسه» همین اشکال می آید که بعد از فسخ ما نمی دانیم که آیا تصرف در مال غیر است، یا در مال خود فاسخ است؟ شیخ می فرماید جواب این اشکال همان چیزی است که در باب سلطنت به آن اشاره شد که شما نمی توانید تا مادامی که مشتری مالک است، کاری بکنید که از ملکیت او خارج بشود. شیخ می فرماید که این ادله تملک را شامل می شود و می گوید که تملک بدون رضای طرف جایز نیست و معنای حرمت تملک چیزی جز فساد نیست. این استدلال شیخ است. مرحوم ایروانی می فرمایند که چند اشکال به این مطلب وارد است، یکی اینکه ظاهر ادله حلیت در مقابل حرمت، عبارت از تکلیف است نه وضع و تملک جنبه وضعی دارد. اشکال دوم اینکه مشابه این مطلب روایت دیگری هست که می گوید «لا یحل لاحد أن یتصرف فی ملک غیره»، آنچه که حرام و ممنوع قرار گرفته است، تصرف است نه تملک. اینکه من در دلم ملکیت را برای خودم انشاء بکنم، تصرف نیست و حتی اگر لفظاً هم انشاء ملکیت بکنم و با فسخ آن شیء را مال خودم قرار بدهم، اینها تصرف نیست. سوم هم عبارت از اینکه «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه» تصرفات و امور غیر اعتباری مانند اکل و شرب و امثال اینها را بلا اشکال می گیرد، در نتیجه ما نمی توانیم جمع ما بین وضع و تکلیف بکنیم و بگوییم که هم حرمت تکلیفی استفاده می شود و هم حرمت وضعی، و چون حرمت تکلیفی قدر متیقین و یقینی است، پس بنابراین حرمت وضعی \_ که عبارت از تملک است \_ از



این دلیل خارج است. این فرمایش مرحوم ایروانی بود. آقای خوبی هم از اول می فرمایند که حلیت در مقابل حرمت، یعنی یک چیزی را رها نکنند و حرمت یعنی مانع از آن بشوند و جلوی آن را بگیرند و این به حسب موضوعات عرفاً مختلف است. اگر حرمت به امور اعتباری خورد مثل بیع و امثال آن، یعنی این امر اعتباری عرفاً فاسد است، اگر حرمت به امور غیر اعتباری خورد، معنایش عبارت از حرمت تکلیفی است، نه حرمت وضعی. پس بین اعتباری و غیر اعتباری فرق وجود دارد، اگر حرمت به امور اعتباری خورد، بطلان است و اگر به امور غیر اعتباری خورد، عبارت از تحریم تکلیف است، حرمت تکلیفی است. در «لا- یحل مال امرئ» مراد از مال ذات مال است، ولو مالیت از امور اعتباری است، ولی ذات مال مثل خانه و امثال آن، مادامی که مالکیت برای مالک وجود دارد، من بی اذن جایز نیست تصرف بکنم و اینها ناظر به امور تکلیفی است مثل اینکه بگوییم اکل این شیء بدون اجازه جایز نیست. پس طبق فرمایش آقای خوبی این روایت به امور اعتباری مثل تملک و امثال آن ناظر نیست. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

### استدلال به روایت «لا یحل...» و روایت «لا تأکلوا اموالکم...» ۹۱/۰۹/۲۹

.Your browser does not support the audio tag

استدلال به روایت «لا یحل...» و روایت «لا تأکلوا اموالکم...» عرض کردیم که مرحوم آقای ایروانی سه اشکال به استدلال شیخ به «لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه» کرده است. شیخ با استدلال به این آیه فرموده بود که فسخ مالک اصلی نسبت به مالی که به مشتری فروخته است، نافذ نمی باشد. مرحوم ایروانی می فرماید اشکال اول این است که استدلال

ص: ۳۱۲

به روایت مبتنی بر این است که حلیت در اینجا حلیت وضعی باشد، ولی روایت ظهور در حلیت تکلیفی دارد. اشکال دوم این است که اگر فرضاً یک چنین مطلبی را هم نگوییم، اما یک چیزی اقتضاء می کند که ما حلیت را حلیت تکلیفی بگیریم، چون مشابه این روایت در یک تعبیر دیگر هم وارد شده است که «لا یحل لاحد ان یتصرف فی ملک غیره» و این اقتضاء می کند که حرمت را حرمت تکلیفی بگیریم، زیرا فسخ و تملک تصرف نیست و کسی که می خواهد فسخ بکند، در دلش انشاء می کند که فلان چیز برای او باشد و این تصرف به حساب نمی آید، تصرف بر اکل و شرب و امثال آن اطلاق می شود و قهراً روایت مربوط به حرمت تکلیفی بوده و راجع به حرمت وضعی و بطلان فسخ و تملک نخواهد بود. اشکال سوم هم این است که بدون شک «لا یحل» شامل امور تکلیفی می شود و قدر متیقن از حلیت و حرمت، حلیت و حرمت تکلیفی است و جامعی هم که شامل تکلیفی و وضعی باشد، در کار نیست، پس در نتیجه نمی شود نسبت به حلیت وضعی استدلال کرد. پرسش: ... پاسخ: استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد، یا جایز نیست، یا اگر هم جایز باشد، بنا نیست که در غیر معما و شعر و امثال آن استعمال بشود. قبلاً هم ذکر کردیم که مرحوم آقای خوبی به بیان دیگری می فرمایند حلیت در لغت به معنای ارسال و در مقابلش، حرمت به معنای منع است و اگر درباره امور اعتباری به کار گرفته شود، معنایش بطلان است. در بیع هم که عبارت

ص: ۳۱۳

از تملیک و تملک است و از امور اعتباری است، مراد از حرمت بیع، بطلان و بی اثر بودن آن است. و اما اگر حرمت به امور غیر اعتباری مانند اکل و شرب و امثال آن متوجه شد، به معنای حرمت تکلیفی است. در آیه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، حرمت بیع به معنای صحت است، اما در «لا یحل مال امرئ مسلم» که مراد از مال، خانه و فرش و زمین و چیزهای خوردنی و غیر خوردنی است، ذوات مال از امور اعتباری نیست و لو مالیت از امور اعتباری است، در نتیجه مراد از حرمت، حرمت تکلیفی است و از روایت استفاده می شود که تصرفاتی مانند خوردن و سکونت و امثال آن جایز نیست، مگر با طیب نفس مالک آن. بنابراین این روایت ناظر به تملک و صحت و بطلان فسخ نمی باشد. این هم فرمایش آقای خوئی بود، اما به نظر ما اگر حرمت و حرمت به فعل بخورد، حرمتی که در مقابل حرمت است، ظهور در تکلیف دارد. مثلاً- وضوء گرفتن با آب غصبی حرام است، یعنی شخص خلاف شرع کرده است، اما کسی نگفته است که وضوء گرفتن با آب مضاف حرام است، بلکه این وضوء باطل است و بر چنین وضوئی بطلان اطلاق می شود. پس در موارد بطلان، حرمت گفته نمی شود، مگر اینکه تشریح باشد که خود تشریح حرام است و الا اگر کسی بدون توجه بخوهد با آب مضاف وضوء بگیرد، کار حرامی انجام نداده است، بلکه مرتکب یک کار لغو و بیهوده شده است. پس بنابراین اگر بجای باطل، حرام گفته شود، خلاف ظاهر است و باید از همان تعبیر باطل

و غیر صحیح استفاده بشود. راجع به افعال اینطور است، ولی راجع به ذوات مثل مال \_ که در این روایت آمده است \_ ظهور در حرمت تکلیفی تمام نیست. برخی شواهد بر خلاف این فرمایش آقای خوئی است که قائل به تفصیل شده و در امور اعتباری حرمت را ظاهر در بطلان و در امور غیر اعتباری ظاهر در حرمت تکلیفی دانسته اند، مثلاً آیا از «حرمت علیکم المیتة» استفاده نمی شود که اکل میتة حرام است؟! میتة بودن یک چیزی است که باید شارع اعتبار کند، آنچه که وجداناً دیده می شود این است که سر حیوان بریده شده است و امثال اینها، ولی باید میتة را شرع اعتبار بکند، تا آن احکام را داشته باشد. پرسش: ... پاسخ: شبیه مال نیست، شارع باید خود صفت میتة بودن را اعتبار کند. حال اگر این هم نباشد، ربا که یک معامله خاصه است، قرض است، ایشان که بیع را امری اعتبار می داند، آیا وقتی که گفته می شود ربا حرام است، از آن استفاده نمی شود که خلاف شرع است؟! حتماً باید حمل بر بطلان معامله ربوی بکنیم؟! در حالی که ربا هم خلاف شرع است و هم معامله به این صورت باطل است. ایشان برای فرمایش خودشان برهانی بیان نفرموده اند. پرسش: ... پاسخ: اگر گفته شود که ربا حرام است، چه چیزی فهمیده می شود؟ اگر یک منبری بالای منبر بگوید که آقایان قرض ربوی کار حرامی است، اینطور می فهمند که این کار گناه و خلاف شرع است. ایشان برای فرمایش خودشان دلیل نیاورده اند و باید ببینیم که بالفطره چه چیزی فهمیده می شود. اما راجع به مطلبی که ایشان می فرمایند

اگر حلیت و حرمت متوجه به مال و امثال آن شد، عبارت از حرمت تکلیفی است، با بررسی اطلاقات آیات و روایات مانند (حُرْمَتُ عَلَیْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...) (النساء، ۲۳) و (حُرْمَتُ عَلَیْكُمْ الْمَیْتَةُ...) (المائدة، ۳) اینطور فهمیده می شود که حرمت به معنای محروم شدن است و این حرمان شیء به حسب موضوعات مختلف متفاوت می شود. مثلاً در در «حرمان الزوجه من العقار»، مقصود از محرومیت زوجه از زمین و عقار این است که او از امور ارث نمی برد و مراد عبارت از امور وضعی است به این معنی که اینها ملک او نمی شود و نمی تواند استفاده ملکی بکند. یا مثلاً در آیه (حُرْمَتُ عَلَیْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...) مقصود عبارت از این است که شخص نمی تواند با مادرش ازدواج بکند و از این کار محروم است و حرمت ازدواج امری وضعی است. پرسش:.... پاسخ: این ازدواج باطل است و حکم وضعی استفاده می شود، یعنی نه تنها خلاف شرع است، شاید هم خلاف شرع نباشد، یعنی اصلاً جاری کردن چنین عقدی، امری لغو و بی ربط و بی اثر باشد. خلاصه اینکه این فرمایش ایشان تمام نیست. علاوه بر این اگر هم فرض کنیم که «لا یحل» مربوط به تکلیف است، اما اینطور استفاده می شود که شخص نمی تواند بدون طیب نفس او این مال را به نام خودش ثبت نماید و تملک قانونی بکند و این کار خلاف شرع است و همین کاشف از این است که فسخ او نافذ نبوده است که این خلاف شرع است. پس ما می توانیم از همین حکم تکلیفی بطلان و لغویت فسخ را استفاده بکنیم. پرسش:.... پاسخ: اگر هم بگوییم که بدون رضایت طرف

تصرفات خارجی مانند اکل و شرب و امثال آن حرام است، با گفتن فسخت این تصرفات جایز نخواهد بود. پس بنابراین این مطلبی که مرحوم آقای ایروانی فرمودند که حلیت در مقابل حرمت، ظهور در تکلیف دارد، صحیح نمی باشد، در جایی که حلیت و حرمت متوجه فعلی از افعال باشد، ظهور در تکلیف دارد، اما اگر متوجه اموال باشد، باید انسان با نظر به تناسب در یابد که مراد چیست. پرسش: ... پاسخ: ما می گوییم اعم است، هم وضع استفاده می شود و هم تکلیف. البته اگر بگوییم که ظهور در تکلیف دارد، باز هم دلالت بر بطلان خواهد داشت. اما آن مطلب دیگری که ایشان به توجه به قرینیت یک روایت دیگر می فرمایند مراد تصرف است، در جواب ایشان باید بگوییم که اولاً چنین قرینیتی وجود ندارد، اینکه در یک روایت آمده است «لا- يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه» و در روایت دیگر هم آمده که «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره»، دلیل نمی شود که با این روایت بخواهیم آن روایت را تفسیر بکنیم، ثانیاً عرض کردیم که اگر هم مراد تصرف باشد، باز هم نافذ نبودن فسخت استفاده می شود. و اما مطلب دیگری که ایشان فرمودند این بود که نمی توانیم جامعی را در اینجا فرض بکنیم، اما عرض ما این است که جامع در اینجا وجود دارد و آن حرمان است، هم داخل نشدن در ملک حرمان است و هم عدم جواز تصرف حرمان است، هر دو هم حرمانی اعتباری هستند. گاهی حرمان تکوینی است مانند (حَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ...) (القصص، ۱۲) که در اینجا مراد نیست، ولی گاهی حرمان اعتباری است.

پس از این ناحیه نمی توانیم در استدلال به روایت اشکال بکنیم. پس بنابراین استدلال به روایت «لا یحلّ» اشکالی و محذوری ندارد. پرسش: ... بحث سندی «لا یحلّ» چگونه است؟ ... پاسخ: فرصت نشد که مراجعه کنم، اما به عمل اصحاب استدلال می کنند، زیرا این روایت در عوالی اللئالی است \_ که سندش تمام نیست \_ و باید با عمل مشهور و امثال آن جبران بشود. یکی دیگر از آیاتی که به آن استدلال شده است، آیه (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) است. این آیه به حسب ظهور ابتدایی که به نظر انسان می رسد، استثنای منقطع است، به این معنی که شما اکل مال باطل نکنید، مگر تجاره عن تراض. اکل مال باطل از اموری است که اباء از تخصیص دارد، «یأبی عن التخصیص». اینطور نیست که بگوییم در بعضی موارد اکل مال باطل جایز می باشد. مراد از باطل هم ظهور در باطل واقعی دارد، نه باطل به نظر عرف. باطل واقعی هم قابل تخصیص نیست، قهراً وقتی قابل تخصیص نشد، ظاهر آیه این خواهد بود که شما اکل مال باطل نکنید و مجاز به این کار نیستید، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) که آن دیگر اکل مال باطل نیست و شما مجاز به آن هستید. استثنای منقطع در آیات قرآن خیلی زیاد است. مرحوم آقای شعرانی هم می فرمایند که در آیات زیادی استثنائات منقطع آمده است. البته من یادم رفته است که این مطلب ایشان را در کجا دیده ام، اما ظاهراً یک چیزی را ایشان معنی کرده و فرموده بودند که این استثناء منقطع است و آیات قرآن

پر از استثنائات منقطع است. برای استثناء منقطع مثال می زنند به «ما جائتی القوم إلا- حماراً»، متفاهم عرفی از این جمله این است که از قوم هیچ کس نیامد و تنها یک الاغ آمد. از این عبارت استفاده می شود که «الا» در اینجا به معنای فقط است که انحصار را می فهماند. انحصار در فعل منفی، نه موضوع فعل منفی، چون منقطع است و اگر متصل بود داخل در آن موضوع منفی بود و اخراج حکمی داشت. پس معنی اینطور است که قوم نیامدند و فقط یک الاغی آمد، نه اینکه امکان داشته باشد اشخاص دیگری غیر از قوم، یا حیوان دیگری آمده باشند. از این عبارت استفاده می شود که «جائی» منحصر در الاغ است و هیچ موجود دیگری غیر از الاغ نیامده است، در نتیجه استثنائات منقطع برگشت به دو قضیه می کند، یک قضیه بدون استثناء و یک قضیه با استثناء. قضیه اول این است که «ما جائتی القوم»، هیچ استثنائی هم وجود ندارد، اما قضیه دوم این است که «ما جائتی موجوداً او حیواناً الا الحمار»، این قضیه دوم، یک قضیه استثنائی متصل است. بنابراین از این آیه اینطور استفاده می شود که شما اکل مال بباطل نکنید و فقط آنچه که جایز است «تجاره عن تراض» است. بنابراین ما از این استثناء منقطع انحصار جواز و مجوز در «تجاره عن تراض» را استفاده می کنیم و ما با این انحصاری که در تمام استثنائات منقطع وجود دارد، می توانیم مطلوب خودمان را اثبات بکنیم. پس استفاد از آیه این است که آن چیزی اکل مال بباطل نیست، یعنی جایز است و «لا تأکلوا» متوجه آن نیست

که به وسیله «تجاره عن تراض» باشد، پس فسخت و امثال آن بدون رضایت فایده ندارد. پرسش:.... پاسخ: بجز «تجاره عن تراض» راه دیگری نیست. از این آیه قرآن بالأخره انحصار استفاده می شود و با فسخت و امثال آن اگر طرف راضی نباشد، کار درست نمی شود. البته یک مرتبه اقاله می کنند و طرف هم راضی به این فسخت می شود که در این صورت اشکالی ندارد. یک مرتبه هم به «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» اینطور تمسک می کنیم که اگر شما بخواهید مال و ملک طرف را بدون رضایتش برگردانید و ملک خودتان قرار بدهید، این عرفاً مصداق اکل مال بباطل است و جایز نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## استدلال به دو قسمت آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ۹۱/۱۰/۰۲

Your browser does not support the audio tag.

استدلال به دو قسمت آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» می توانیم برای لزوم معاطاه استفاده بکنیم، یک قسمت عبارت از جمله استثنائیه متصلی است که در استثناء منقطع وجود دارد. قبلاً عرض کردیم که استثناء منقطع از دو قضیه تشکیل شده است، یکی عبارت از استثناء متصل است، مثلاً در مثال «ما جائنی القوم الا حماراً»، استثناء متصل آن عبارت از «ما جاء متنفس \_ مثلاً \_ الا حمار» و یکی هم عبارت از «ما جائنی القوم» می باشد. شیخ از استثناء متصل موجود در استثناء منقطع، استفاده کرده است، یعنی فقط اکلی جایز است که «تجاره عن تراض» باشد. اما قسمت دیگری که شیخ به آن استدلال کرده است، جمله «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» قطع نظر از استثناء می باشد. توضیح این استدلال

ص: ۳۲۰

محتاج یک توضیحی است که من عرض می کنم. با وجوه مختلفی می توان استدلال شیخ را تمام کرد. مرحوم آخوند در کفایه می فرماید که یک اراده ی استعمالی داریم و یک اراده ی جدی، یا در جای دیگری تعبیر می کند که یک اراده ی انشائی داریم و یک اراده ی حقیقی، مثلاً در «اکرم العلماء» شارع برای ترویج علم دستور می دهد که باید به عالم احترام گذاشته بشود، از طرف دیگر ما می دانیم که مولا اهداف دیگری هم دارد که اگر ما مثلاً به زید \_ که یکی از مصادیق عالم است \_ احترام بگذاریم، آن هدف \_ که یا مهم تر و یا مساوی با این هدف است \_ از بین می رود. قهراً در اینجا «اکرم العلماء» در مورد زید تخصیص می خورد، زیرا اکرام نسبت به او مستلزم از بین رفتن یک هدف مهم تر یا مساوی با هدف اکرام علماء است. مرحوم آخوند در اینجا تعبیر می کنند که «اکرم العلماء» از نظر استعمال لفظی تمام علماء حتی الفساق را هم شامل می شود، ولی اراده ی جدی نسبت به فساق وجود ندارد، زیرا با اکرام عالم فاسق یک هدف مهم تر یا مساوی از بین می رود. نسبت به فساق گاهی وجوب اکرام از بین می رود و گاهی هم حتی وجوب اکرام تبدیل به حرمت می شود، پس قهراً اراده ی جدی نسبت علماء غیر فساق تعلق گرفته است و لو لفظ در معنای اعم خودش \_ که برای آن وضع شده است \_ استعمال شده است. بنابراین اراده ی استعمالی در اینجا عام است، ولی اراده ی جدی شامل عالم غیر فاسق می باشد. مطلب دیگر عبارت از این است که خطباتی که به عرف می شود، به قرینه ی





اینکه خطاب کننده حکیم است، اگر مولا در مصادیقی که حکم بر روی آن می رود، بیانی نداشته باشد، حکم بر مصادیقی که عرف آن را مصداق برای عنوان می داند، بار خواهد شد. مثلاً در خطاب «اکرم العلماء» اگر خود مولا نفرموده باشد که «إِنَّمَا الْعِلْمُ ثَلَاثَةٌ آيَةٌ مُحْكَمَةٌ أَوْ فَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ أَوْ سُنَّةٌ قَائِمَةٌ»، موضوع همان چیزی خواهد بود که مردم علم را بر آن تطبیق می کنند. پرسش: مردم تطبیق می کنند یا می فهمند؟ مصداقاً است یا مفهوماً؟ پاسخ: یعنی مراد از عالم کسانی هستند که مردم آنها را عالم می دانند، مانند فیزیکدان و شیمی دان و امثال آنها که مردم اینها را دانشمند حساب می کنند. پس وقتی گفته می شود «اکرم العلماء» به حسب لفظ و استعمال همه اینها را شامل می شود. بنابراین بر اساس این دو مقدمه چون خطاب «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» با عرف است، باید ببینیم که عرف باطل را بر چه چیزی منطبق می کند. مثلاً وقتی گفته می شود خون نجس است، مراد خون عرفی است، یا در «أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، مراد بیع عرفی است. مراد از «لَا تَأْكُلُوا» هم باطل عرفی است و در نتیجه اگر شارع اموری را که عرفاً باطل است، مانند اکل المازّه و امثال آن، جایز بداند، بالاراده الاستعمالیه حکم کلی بیان شده است و عمومیت دارد، اما بالاراده الجدیّه مواردی که شارع اجازه داده است، از تحت عموم خارج خواهد شد. حال اگر شك بکنیم که آیا باطل عرفی با باطل شرعی مساوی است یا نه، در صورتی که دلیلی نداشته باشیم، باید بگوییم که اراده ی استعمالی و اراده ی جدی مطابق هم هستند، اما بعد از خطاب

«اکرم العلماء»، اگر دلیل داشتیم که مثلاً زید و عمرو و بکر وجوب اکرام ندارند و در این موارد اراده ی جدی بر خلاف اراده ی استعمالی بود، آنها را خارج می کنیم و اگر در بقیه ی موارد شک کردیم، به اطلاق خطاب اخذ می کنیم و می گوئیم که مراد از «اکرم العلماء»، عالم عرفی است. شیخ می فرماید که وقتی یک چیزی را عرف باطل می داند، اما شارع نسبت به آن اجازه داده است، مانند اکل مازه، این مورد بر خلاف اراده ی استعمال و مطابق با اراده ی جدی بوده و از عموم خارج خواهد بود و راجع به معاطاه هم که عرف فسخ آن را باطل می داند و شک داریم که شرع اجازه داده است یا نه، به عموم «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» اخذ کرده و می گوئیم که اراده ی استعمالی با اراده ی جدیه صد در صد تطابق دارد. این یک نوع بیانی است که شیخ می فرماید و قهراً در اینجا تمسک به دلیل اجتهادی است، مانند همه عموماتی که انسان در تخصیص زائد بر تخصیص ثابت شک می کند و اخذ به آن دلیل می کند. حال باید دید که اخذ به تطابق اراده ی جدی و اراده ی استعمالی آیا به عنوان اماره و کاشف است، یا اصلی از اصول عقلائییه است که عقلاء اصاله التطابق را جاری می کنند و اگر این اصل را جاری نکنند، سنگ روی سنگ بند نمی شود و باید یک به یک پرسند که آیا زید احترام دارد؟ عمرو احترام دارد؟ و باید نسبت به تمام جمعیت جهان پرسند که حکم شامل آنها می شود یا نه. پرسش: ... پاسخ: شیخ بر اساس این مبنی معاطاه را لازم می داند و

وقتی که این عقد با توافق طرفین واقع شده و هیچ شرطی هم برای فسخ نشده است، معاطاه لازم است و مالک قبلی نمی تواند آن را به هم بزند. این یک تقریب از مراد شیخ است که کآن موضوع اراده ی استعمالی، باطل عرفی است و اگر شرع بر مورد خاصی اجازه داد مانند اکل مازّه، این مورد از باطل واقعی خارج می شود. پس صدرش راجع به اراده ی استعمالی است که می گوید باطل عرفاً و ذیلش راجع به باطل واقعی است که اراده ی جدی روی آن رفته است. تقریب دیگر عبارت از این است که مراد از باطل، باطل واقعی است که عقیده ی ما هم همین است که خطابات روی باطل واقعی رفته است، منتهی در تعیین مصادیق باطل واقعی، عرف مُتَّبِع است. البته اگر شارع مورد خاصی را تخطئه کرد و گفت که این موردی را که شما باطل می دانید، من باطل نمی دانم و اجازه می دهم، این مورد تخصصاً خارج می شود، نه تخصیصاً، چون مراد از باطل در «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» باطل عرفی نیست، تا بگویید که اکل المازّه مثلاً باطل عرفی است و اگر شارع اجازه بدهد، تخصیص می خورد، بلکه مراد باطل واقعی است و چون خطاب متوجه به عرف است، در تعیین مصداق نظر عرف مُتَّبِع است و قهراً در جایی که شارع تخطئه می کند، می گوید که شما در این مورد اشتباه می کنید و این مورد مصداق برای موضوعی که من می گویم نیست، پس تخصصاً خارج است نه تخصیصاً. چون در اینجا مراد باطل عرفی است، قابل تخصیص نیست و آبی از تخصیص است والا اگر باطل عرفی باشد، ابای از

تخصیص ندارد، زیرا عرف در خیلی جاها اشتباه می کند. شیخ در اینجا هم می فرماید که حکم روی باطل رفته است و عرف فسخ در معاطاه را باطل می داند و ما هم دلیلی برای خروج نداریم و با توجه به اینکه خطاب با عرف معمول است و نظر عرف در تعیین مصادیق مُتَّبِع است، مگر اینکه شارع تخطئه بکند، در اینجا عرف معاطاه را صحیح می داند و اگر مالک اصلی بخواهد بدون اجازه مشتری تصرف در مال بکند، عرف این تصرف را اکل مال بیاطل می داند و قهراً از «لا تأکلوا» استفاده می شود که این تصرف جایز نیست و معامله لازم است. یک وجه دیگر عبارت از این است که بگوییم بر اساس مسئله مقتضی و مانع از «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» می فهمیم که اکل مال بیاطل اقتضاء ممنوع است. مثلاً در مثال «اکرم العلماء» ممکن است که استفاده بکنیم که غرض ترویج علم است و قهراً در همه افراد عالم اقتضاء اکرام وجود دارد، منتهی از طرف دیگر بعضی از مصادیق عالم، مصداق برای فاسق هم می باشند و ترویج فاسق هم بر خلاف غرض مولی است، در اینجا اهم و مهم را حساب می کنند و این حکم در فاسق گاهی فعلی می شود و گاهی فعلی نمی شود. پس در «اکرم العلماء» مقتضی برای تمام افراد علماء هست، ولی در بعضی از مصادیق که عنوان فاسق بر آنها منطبق است، با کسر و انکسار سنجیده می شود که آیا مصلحت احترام عالم می چربد یا نه، اگر این مصلحت بچربد، قهراً استثنائی هم در آن مصداق نخواهد بود، اما اگر نچربد، قهراً استثناء واقع خواهد شد. از «لا

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» هم همین طور استفاده می شود که اکل مال بیاطل خلاف غرض مولاست، منتهی ممکن است که در بعضی از مصادیق یک غرض دیگری وجود داشته باشد که اهم از این غرض باشد و در اثر آن این غرض به فعلیت نرسد، مثل اینکه شارع یک مصلحتی را در «اکل ماره» می بیند و بر اساس آن می گوید که به مقداری که ضرورت دارد من اجازه می دهم که شما اکل مال بیاطل بکنید، در عین حالی که اقتضای تحریم وجود دارد و شارع نمی خواهد مال مردم خورده بشود، اما وقتی می بیند که یک مفسده ی دیگری وجود دارد و مشکل اعصابی پیدا می کنند و از موارد حرجی است، این مفسده با آن مصلحت مزاحم می کند و مانع از فعلیت آن اقتضاء می شود. اما در این مسئله که مقتضی و ملاک موجود است و نمی دانیم که آیا مزاحمی هم وجود دارد یا نه، تا مادامی که احراز عنوان مزاحم نشود، بنای عقلاء بر این است که باید بر طبق مقتضی عمل بکنیم. مثلاً غیبت حرام است، اما در بعضی از موارد، بر اساس مصلحت اهم، جایز می باشد، اما در مواردی که نمی دانیم آیا این مصلحت اهم وجود دارد تا مانع از فعلیت حرمت غیبت بشود یا نه، غیبت کردن جایز نمی باشد. یا مثلاً دروغ مفسده دارد و حرام است، اما در بعضی موارد مصلحت اهم یا مساوی مانع از فعلیت حرمت دروغ می شود، ولی در مواردی که نمی دانیم آن مصلحت مزاحم وجود دارد یا نه، باید اخذ به اقتضاء بکنیم. شیخ در اینجا بر اساس قانون مقتضی و مانع می فرماید که اکل مال بیاطل مقتضی

تحریم است، ولی گاهی اکل ماره و امثال آن مانع از فعلیت این اقتضاء می شوند و هر جا که شک در فعلیت اقتضاء داشتیم، باید بر اساس فعلیت مقتضی عمل بکنیم. پس راجع به معاطاه هم اگر ما در فعلیت اقتضاء شک بکنیم، باید بر اساس قانون مقتضی و مانع حکم به صحت و لزوم معاطاه بکنیم. پرسش: طبق تقریب سوم مراد از باطل، باطل شرعی است یا باطل عرفی؟ پاسخ: مراد باطل عرفی است. پرسش: ... پاسخ: مراد از باطل، باطل عرفی می باشد، اما تقریبش مختلف است، یک مرتبه ما به اصاله العموم تمسک می کنیم، یک مرتبه به قاعده مقتضی و مانع. پرسش: قاعده مقتضی و مانع را شیخ قبول دارند؟ پاسخ: شیخ بالاتر از این را قبول دارد، ما هم قبول داریم، مثلاً در طهارت وقتی شک می کنیم که کریت هست یا نیست، شیخ قاعده مقتضی و مانع را پیاده می کند با اینکه راجع به ملاکات نیست، اما راجع به ملاکات مثل دروغ و امثال آن که باید عنوان ثانوی مزاحم ثابت بشود، بنای عقلاء بر جریان این قاعده است. اگر هم ما قاعده مقتضی و مانع را قبول نکردیم، واضح است که این مقتضی وقتی به فعلیت نمی رسد که شارع اذن داده باشد و با این اذن از عنوان باطل خارج می شود و عرف هم متوجه این نکته است که اگر مالک حقیقی اجازه بدهد، اجازه ندادن مالک صوری اشکالی ندارد. حال در جایی که نمی دانیم مالک الملوک اجازه داده است یا نه، استصحاب عدم اذن را جاری می کنیم، یعنی قبل از فسخت، تصرف مالک اصلی در این ملک فروخته شده به طور

قطعی جایز نیست، حال بعد از فسخت، شک داریم که آیا جواز تصرف برای او حاصل شده است و شارع اذن به تصرف داده است یا نه، استصحاب عدم اذن را جاری می کنیم و این استصحاب هم با چیزی معارض نیست، غیر از استصحابات کلی مسئله که آقای خوبی می فرمایند. پرسش: استصحاب عدم مانع برای اثبات تأثیر مقتضی؟ پاسخ: بله، ما می گوییم قبلاً مجاز نبوده است، اما اگر مالک الملوک اجازه بدهد، اشکالی ندارد، حال ما نمی دانیم که شرع مقدس اجازه داده است یا نه، استصحاب عدم اذن را جاری می کنیم، پس بنابراین تصرف بدون اجازه باطل است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ایراد محشین به بیان شیخ در استدلال به «لاتأكلوا...» ۹۱/۱۰/۰۳

.Your browser does not support the audio tag

ایراد محشین به بیان شیخ در استدلال به «لاتأكلوا...» یک مقداری از عرائض دیروز را با یک اضافاتی تکرار می کنیم. این عبارت را از مکاسب \_ که محشین به آن ایراد کرده اند \_ می خوانم، تا ملاحظه کنیم که دفاع ما درست است یا نه. ایشان راجع به آیه (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) می فرمایند «و يمكن التمسك أيضاً بالجمله المستثنى منها؛ حيث إنَّ أكل المال و نقله عن مالکة بغير رضا المالک، أكل و تصرف بالباطل عرفاً. نعم، بعد إذن المالک الحقيقي و هو الشارع و حکمه بالتسلط علی فسخ المعامله من دون رضا المالک يخرج عن البطلان؛ و لذا كان أكل المارّه من الثمره الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالک الحقيقي». مرحوم شیخ در صدر این مطلب به احتمالی باطل را اکل و تصرف عرفی باطل قرار داده است که مرحوم سید هم در حاشیه همین را اختیار کرده است، اما بعد در ذیل می فرماید که

ص: ۳۲۸

«بعد إذن المالک الحقيقي ... المالک يخرج عن البطلان» که ممکن است الف و لام در این کلمه «البطلان» اشاره به همان بطلانی باشد که قبلاً گفته شد که بطلان عرفی است و احتمال دیگر این است که اشاره به آن معهود نباشد، بلکه به معنای بطلان واقعی باشد، نه بطلان عرفی، چون بین بطلان عرفی و بطلان واقعی تفاوت وجود دارد و ممکن است عرف یک چیزی را باطل و بی جا بداند، ولی شرع بی جا نداند. پس هر دو احتمال وجود دارد. اگر موضوع قبلی را بطلان عرفی قرار بدهیم، معنایش عبارت از این است که انشاء حکم (لا- تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)، که انشاء تحریم است، روی باطل عرفی رفته است، ولی آن چیزی که اراده جدی و حقیقی متوجه آن است، عبارت از آن چیزی است که شارع هم اذن به آن نداده باشد، والا اگر شارع اذن بدهد، دیگر حقیقتاً باطل نخواهد بود. در تمسک به عموم هم قانون عبارت از این است که اراده استعمالی و انشائی منشأ است، نه اراده جدی، بعد هم یک عده ای \_ مانند فساق \_ را با تخصیص خارج می کنند، نه اینکه از اول در «کل عالم يجب اکرامه» فقط عادل اراده شده باشد و خروج فساق، خروج تخصیصی باشد، بلکه از اول انشاء حکم بر روی عموم رفته است، اما اراده ی حقیقی متوجه عالم غیر فاسق است. نتیجه این تفاوت بین منشأ و اراده حقیقی عبارت از این است که ما هر جایی که یقین به تخالف بین این دو داشتیم، مورد یقینی خارج می شود، اما اگر مشکوک بود، باید اخذ به معنای منشأ

ص: ۳۲۹



که استعمال شده است، بکنیم، یا به عنوان اماریت و کاشف بودن و یا به عنوان اصل عقلائی برای نظم امور. مثلاً می دانیم که زید به وسیله دلیل خارج شده است، اما نمی دانیم که عمرو هم خارج شده است یا نه، در اینجا چون منشأ اعم است و زید و عمرو و همه را می گیرد، به عموم «اکرم العلماء» تمسک می کنیم، اما اگر بگوییم که منشأ مطابق با اراده ی جدی است، شبهه مصداقی می شود، زیرا ما نمی دانیم که عمرو خارج شده است یا نه، پس بنابراین نمی دانیم که «اکرم العلماء» این مورد را گرفته است یا نه. هیچکس اینطور مشی نمی کند! پس شیخ بنا بر این احتمال که ذیل راجع به خروج از باطل حقیقی است و در صدر هم حکم روی باطل انشائی رفته است و با توجه به اینکه فسخ معاطه باطل انشائی است \_ که عبارت از باطل عرفی است \_ در صورت شک در اراده ی جدی، خواسته است که بر اساس قانون عقلائی اخذ به اراده ی انشائی بکنیم. منتهی یک شبهه ای در اینجا هست که اراده ی جدی متوجه باطل عرفی است که اذنی هم از ناحیه شارع به آن داده نشده باشد، اما آن صورتی که شارع اذن داده است، تخصیصاً از حکم انشاء عام خارج شده است، اما این اذن شارع اجمال مفهومی دارد. اما باید بگوییم که اذن یک معنای روشنی دارد و مثل فسق نیست که ندانیم آیا مراد از آن مرتکبین کبائرنند یا مرتکبین صغائر. اذن و اجازه یک مفهوم عرفی است و شرع تصرفی در آن نکرده است. پس بنا بر این احتمال عام ما عبارت از

این است که همه باطل‌های عرفی ممنوع است، مگر مواردی که اذن شرعی داده شده باشد و اگر شک کردیم که اذن شرعی در موردی هست یا نیست، دوران امر بین اقل و اکثر خواهد شد و در شبهه مصداقی اگر دوران بین اقل و اکثر شد، خیلی‌ها گفته‌اند که نمی‌توانیم به عام تمسک بکنیم. حال باید ببینیم که آیا در شبهه خروج مورد اذن – که عنوانش شبهه مصداقی مخصص است – نمی‌شود به عام تمسک کرد، یا اینکه می‌شود به عام تمسک کرد و لو اینکه در شبهه مصداقی فی الجمله قائل به این باشیم که نمی‌شود تمسک به عام کرد. به دو بیان می‌شود به عام تمسک بکنیم، یکی عبارت از همان چیزی است که قبلاً عرض کردیم که آقای خوانساری می‌فرماید اگر شبهه مصداقی موضوعی باشد، نمی‌شود به عام تمسک کرد، چون وظیفه شارع تعیین مصادیق نیست که بگوید کدام مورد تحت اراده جدی هست و کدام یک نیست، اما اگر شبهه مصداقی حکمی باشد، مثل اینکه بدانیم گنهکارها از تحت «اکرم العلماء» خارج شده است، اما از نظر مصداق نمی‌دانیم که آیا ریش تراشی گناه است یا نه. اینجا شبهه مصداقی مخصص مفهومی نیست که انسان در مفهومش گیر کرده باشد، اما شبهه مصداقی حکمی است که وظیفه شارع است این حکم را برای انسان تعیین بکند. و اگر شارع این حکم را بیان نکرد، ما به عموم همان کلی قبلی مطابق با اراده‌ی استعمالی و انشائی می‌کنیم و اینکه در لزوم عقد لفظ معتبر است یا نه و اینکه معاطاه لزوم دارد یا نه، یک مسئله کلی است و باید شارع

آن را بیان بکند و شبهه در اینجا شبهه مصداقیه حکمیه است، پس در صورت شک می توانیم به عام تمسک بکنیم. وجه دیگر مطلبی است که مرحوم آخوند در کفایه فرموده است که اگر یک شیئی به حکم عقل از تحت عام خارج شده باشد، نه به دلیل نقلی، هر جا که شک کردیم، در شبهه مصداقی به خود آن عام تمسک می کنیم. مثلاً در خیلی از عمومات، مواردی که مصلحت در عمل کردن به آن نیست، به حکم عقل از تحت عام خارج می شوند، مثلاً به حکم عقل در برخی موارد روشن است که احترام به علماء به هدف مولی ضرر می رساند و ما اگر در موردی شک کردیم که آیا عقل به خروج این فرد حکم می کند یا نه، با (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می گوئیم که در این مورد مشکوک شما باید حکم به ذی صلاح بودن بکنید و الا تمام عمومات یک مخصص عقلی این جوری دارد و چون احکام شارع دائر مدار مصالح و مفاسد است، همه عام ها، بعضی از افرادشان خلاف مصلحت شده و خارج می شود و شما در هیچ عامی نمی توانید تمسک به آن بکنید، زیرا همه جا مخصص عقلی مردد بین اقل و اکثر وجود دارد. پس مرحوم آخوند می فرمایند که می شود در اینجا تمسک به عام کرد، زیرا به حکم عقل مالک الملوک اجازه داده است و این باطل نیست، بنابراین می توانیم به عام تمسک بکنیم. این عرض ما بنا بر این بود که مراد از عبارت اول، بطلان عرفی باشد و مراد از ذیل عبارت هم بطلان حقیقی و واقعی، اما اگر گفتیم که الف و لام در

ذیل عبارت اشاره به همان صدر کلام است، معنی اینطور خواهد شد اگر مالک حقیقی اجازه بدهد، خود عرف هم باطل نمی داند، نه اینکه باطل بداند و شرع آن را تخطئه کرده باشد. با این احتمال شبهه قوی تر می شود، زیرا درست است که موضوع عبارت از باطل عرفی است، ولی باطل عرفی \_ که انشاء روی آن رفته است \_ نسبت به این مورد که آیا شارع به فسخ معاطه اذن داده است یا نه، مشکوک می شود که آیا این مورد هم باطل عرفی است، یا نه و در اینجا تمسک به عام در شبهه مصداقی خود عام است. دیروز در جواب این شبهه عرض کردیم که این معنای ارتکازی عرف است که همه عرف حتی کمونیست ها هم قائل به این هستند که اگر مالک حقیقی اجازه بدهد و لو مالک خارجی اجازه نداده باشد، این مورد باطل و ظلم نخواهد بود، منتهی این حکم عمومی یک حکم تعلیقی و ارتکازی است. عرف می گوید که اگر مالک حقیقی اجازه داده باشد، ما حرفی نداریم، منتهی عرف متوجه این مسئله ارتکازی نیست تا یک شیئی را مطابق ارتکازی پیاده بکند، یا غفلتاً یا جهلاً به اینکه یک چنین حکمی از مولا صادر شده است و یا اصلاً منکر خداست. عرف می گوید که وقتی مالک اصلی و مشتری با هم توافق کردند و هیچ شرطی هم قرار ندادند، مالک حق ندارد دوباره این مال را از مشتری بگیرد و این کار درست نیست. عرف این را می گوید بدون اینکه به آن امر تعلیقی ارتکازی توجهی داشته باشد. پس با این بیان اینجا شبهه مصداقی عام نخواهد بود،

چون معیار عبارت از آن معنای تطبیقی است که در خارج اجرا می شود و می شود به (لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) تمسک کرد. عرض دیگری هم دیروز عرض کردیم این بود که ممکن است ما اینجا برای بطلان به عنوان دلیل اجتهادی تمسک نکنیم. آن بیانی که ما قبلاً عنوان کردیم، دلیل اجتهادی بود، ولی بگوییم که ممکن است شیخ نخواهد به دلیل اجتهادی تمسک بکند، ولی چون (لا تَأْكُلُوا) جنبه دلیل اجتهادی داشت که از (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) به اصاله العموم استفاده می کرد، ضمناً هم این قسمت را اضافه کرده است و یک وجه دیگری را اینجا نظر دارد که تبعاً ذکر می کند و آن این است که عموماً همیشه ظهور در اقتضاء حکم نسبت به آن موضوع عام دارند. همه قوانینی که گذرانده می شود، بر اساس یک مصالحی است که کشور احتیاج به آن دارد، مثلاً برای حفظ کشور نیاز به نظامی داریم، داخله، خارجه و... پیرمردهای فرتوت و بچه ها را که برای نظامی بودند نمی برند، بلکه یک سالی را تعیین می کنند مثل سن ۱۸ تا ۲۰ سال که مشمول گرفته می شود، از طرف دیگر یک عده هم مشغول تحصیل هستند، محصل علوم دینی یا غیر دینی و اگر اینها بخواهند دو سال برای انجام نظام بروند، به کلی از درشان عقب می مانند، یک مفسده ای برای این عده وجود دارد که موجب می شود آن قانون کلی را استثناء بزنند. این استثناء از باب تراحم ملاکات است، ملاک مصلحت کلی را در نظر می گیرند، ملاک مفسده را که در برخی از موارد وجود دارد را هم در نظر می گیرند و گاهی مفسده

بر مصلحت می چربد یا مساوی است و در نتیجه نسبت به آن قانون کلی الزام نمی کنند. پس ظواهر اطلاق و عمومات قوانین غیر از قضایای شخصی و خارجیه است. در قضایای خارجیه ممکن است که مورد استثناء اصلاً اقتضاء نداشته باشد، مثلاً ۲۰ نفر اینجا هستند که همه شان مجتهدند، اما یکی از اینها مجتهد نیست، یا همه شان عادل هستند، اما یکی از اینها عادل نیست. اینطور نیست که بگوییم از تمام این ۲۰ نفر می توانید تقلید بکنید به استثناء یک نفر، زیرا آن یک نفر اصلاً مجتهد نیست و مقتضی در او وجود ندارد. در قوانین کلیه به فرد فرد رسیدگی نمی کنند، بلکه یک ملاکی را \_ که ملاک اقتضائی است \_ برای عام در نظر می گیرند و نسبت به مزاحم هم ملاحظه می کنند. آن وقت قانون هم عبارت از این است که در مسئله مقتضی و مانع در باب ملاکات عندالشک به مقتضی عمل می کنند. یک مطلب دیگری که باید توضیح بدهم این است که در قاعده مقتضی و مانع، یک موضوعش تقریباً مسلم است که عرفی نیست و عرف به آن عمل نمی کند و آن در جایی است که مثلاً زید سرما خورده است و اگر معالجه نکند، می میرد، در اینجا سرما خوردن مقتضی است و معالجه جلوی آن را می گیرد، حال ما نمی دانیم که معالجه کرده است یا نه، آیا باید اینجا طبق قانون حکم بکنیم که زید مرده است؟ در این موارد تراحم ملاکات نیست، عنوان اولی و ثانوی است. اینکه ما می گوییم عمل می شود به مقتضی و مانع، راجع به تراحم ملاکات است. در عمومات ملاک هست موارد خاص هم

ظاهر است که به مناط تزاحم خارج شده است و اخذ به این قانون می‌کنیم. مرحوم سید قائل به این مطلب است. پرسش: ... پاسخ: شیخ در باب طهارت قائل به این مطلب است و در بحث کریت تصریح به آن کرده است. پرسش: ... پاسخ: عرض می‌کنم مقتضی و مانع در باب ملاکات را قبول دارند که اگر دروغ حرام است، عنوان ثانوی پیدا بشود، دروغ را حلال می‌کند. یا اگر غیبت حرام است، با عنوان ثانوی حلال می‌شود. آن مقتضی و مانع که مربوط به باب ملاکات نیست، همان مثال‌هایی که من می‌زدم را شیخ قبول ندارد. سید هم در عروه یک مطلبی دارد که جنبه معمایی برای طلبه‌هایی مبتدی داشت که ما گاهی سؤال می‌کردیم که اگر کسی لباس یا بدنش خونی است و نمی‌داند که اقل از درهم است یا به قدر اقل نیست و شک می‌کند که آیا این مانع از نماز است یا نیست، ایشان می‌گویند که این معفو نیست. در جای دیگر شخص می‌داند که اقل از درهم است، ولی نمی‌داند که از دماء ثلاثه است \_ که اقل و غیر اقلش فرقی ندارد \_ یا از دماء ثلاثه نیست. در اینجا ایشان می‌فرماید که اشکال ندارد. حال سؤال این است که وقتی هر دو شک در مانع است، چطور در یکی از اینها ایشان می‌فرماید که باید احتیاطاً اجتناب بکند، اما در دیگری اجتناب لازم نیست، چه فرقی بین این دو وجود دارد؟ فرقی همین مطلبی است که ما عرض کردیم، ما یک عامی داریم مبنی بر اینکه خون مانع از نماز است، اما بطور استثناء بیان

شده است که خون اقل از درهم مانع نیست، حال ما شک می کنیم که این مورد داخل استثناء است یا نه، بر اساس قانون مقتضی و مانع که عموماً مقتضی است و موارد خاص در قوانین استثناء است، اخذ به عموم می کنیم و می گوئیم که جایز نیست، ولی در ادله عفو گفته اند که اگر اقل از درهم باشد، مصلحت اجازه نسبت به اقل از درهم، نسبت به مصلحت کلی مانعیت خون می چربد و لذا این مورد استثناء شده است، اما این استثناء هم یک استثنائی دارد که درست است که مصلحت اقل می چربد، اما خصوص دماء ثلاثه هم یک مفسده ای دارد که بر این عفو می چربد. در اینجا عموم عفو اقتضاء می کند که انسان عند الشک در وجود مزاحم نسبت به این عموم عفو، تمسک به عام بکند و در نتیجه نماز خواندن اشکالی ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

**مروری بر ادله لزوم معاطاه ۹۱/۱۰/۰۴**

Your browser does not support the audio tag

مروری بر ادله لزوم معاطاه در این مسئله ی (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) یک بحثی هست که از بحثهای عام است و من مقداری از آن را تکرار می کنم و آن این است که آقایان می گویند و از حواشی مرحوم آقا سید محمد کاظم و بعضی های دیگر هم استفاده می شود که خطباتی که مردم با عرف دارند، موضوع خطاب همان شیء بمصادیقہ العرفیه می باشد. وقتی خطاب (لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم) به مردم می شود و موضوعش اکل مال بباطل است، مراد از باطل، باطل عرفی است، چون خطاب با عرف است. یا مثلاً در قضیه ی «لاتنقض الیقین بالشک»، اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه در صدق نقض معتبر است و اتحاد عرفی کفایت می کند

ص: ۳۳۷

و نیازی به اتحاد عقلی نیست. دیروز هم بحث کردیم که بنا بر اینکه موضوع باطل عرفی باشد، باید دید که آیا فرمایش شیخ در تمسک به این دلیل تمام است یا نه. در یکی دو روز گذشته با این بحث پرداخته شد، اما به نظر ما یک شق دیگری هم وجود دارد و آن این است که بگوئیم موضوع همان امر واقعی است، نه آن چیزی که عرف تشخیص می دهد، منتهی نظریه عرف طریق برای آن موضوعی واقعی است، نه اینکه از اول موضوع عبارت از باطل عرفی باشد. پس بنابراین موضوع عبارت از باطل حقیقی و واقعی است و در صورتی که عرف چیزی را باطل بداند و ما نمی دانیم که آیا حقیقتاً هم باطل است یا نه، چون شرع نظریه عرف را رد نکرده است، معلوم می شود که باطل شرعی - که همان باطل واقعی است - با همین چیزی که عرف تشخیص می دهد، یکی است. در نتیجه تفاوت بین این دو نظریه که موضوع ثبوتاً باطل عرفی باشد، یا ثبوتاً باطل حقیقی باشد ولی طریق مختلف باشد، این خواهد بود که اگر شارع در یک موردی تخطئه کرد و گفت که این مورد باطل نیست، بنا بر تصور اول تخصیص دلیل خواهد بود، زیرا موضوع ما باطل عرفی است و در عین باطل عرفی بودن، حکم بر روی آن نرفته است و این تخصیص دلیل است. اما بنا بر این که موضوع، موضوع حقیقی باشد و نظریه هم عرف طریق به این موضوع حقیقی باشد، اگر شرع موردی را تخطئه کرد، آن مورد تخصصاً خارج خواهد بود، نه تخصیصاً. آن وقت می توان گفت چیزهایی که عرف





باطل حساب می کند، اگر شرع بیان نکرد، اثباتاً هم به نظر می رسد که با آن از نظر مصداق یکی است. این هم یک تقریبی است که بشود به (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) اخذ بکنیم. مطلب دیگر این است که بگوییم شبهه مصداقی است و نمی توانیم به (لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) اخذ بکنیم به این معنی که احتمال دارد مالک حقیقی در همین مورد اجازه داده باشد. دیروز عرض کردیم که بر اساس قاعده مقتضی و مانع راجع به ملاکات، اخذ به مقتضی می شود. یک بیان دیگر هم عبارت از این است که بگوییم قبل از فسخ شارع اذن نداده بود که مالک اصلی مال را بردارد، حال بعد از فسخ شک می کنیم که آیا اذن شارع- که مالک حقیقی است- در کار هست یا نه، در این صورت عدم اذن را استصحاب می کنیم. یک بیان دیگری هم هست که احتیاجی به استصحاب ندارد و آن این است که یکی از بناهای عقلاء - که ردع هم نشده است- این است که اگر کسی مالک شد، برای تصرف در مال او، احتمال رضایت کفایت نمی کند و احراز رضایت لازم است. شاید ما قائل به جریان استصحاب نباشیم و یا در اثر توارد حالتین نتوانیم استصحاب را جاری بکنیم، مثل اینکه ندانیم حالت رضا متأخر است، یا حالت کراهت، مع ذلک بر حسب بنای عقلاء احتمال رضایت مالک کفایت نمی کند، بلکه احراز رضایت شرط در تصرف است، بنای همه ی عقلا ی دنیا بر این است که احتمال رضایت را کافی نمی دانند و باید رضایت مالک احراز بشود. بنابراین اگر ما ندانیم که مالک حقیقی راضی به

این مطلب است و اجازه تصرف می دهد یا نه، باید رضایت او را احراز بکنیم و در صورتی که احراز نشد، این تصرف جایز نخواهد بود. این بخشی از تصوراتی است که می شود به آیه (لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) برای لزوم معاطاه استدلال بشود. بعد شیخ می فرماید یک ادله دیگری هم در کار هست، از جمله با (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و «المؤمنون عند شروطهم» می شود بر لزوم معاطاه استدلال بکنیم. البته ما راجع به صحت اشکال می کردیم و می گفتیم که اول باید صحت احراز بشود، بعد راجع به لزوم استدلال بکنیم. شیخ در اینجا می خواهد به این دو دلیل برای لزوم استدلال بکند. البته استدلال به این دو دلیل مبنی بر این مطلب است که بنای متعاملین در معامله بر این باشد که بدون اجازه طرف مقابل برنگردانند، بنای طرفین بر لزوم باشد، مالک اصلی می فروشد در حالی که شرطی هم نکرده است، در این صورت اگر بخواهد بدون اجازه طرف مقابل، آن مال را برگرداند یا تصرفات دیگری بکند، بر خلاف بنای متعاملین است. لذا شیخ می فرماید که در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) یا «المؤمنون عند شروطهم» شرط به معنای الزام و التزام است و موارد ابتدایی را هم می گیرد و اختصاص به امور ضمنی ندارد، منتهی قرار طرفین و بنای عقلاء بر لزوم است و اگر متعاملین بخواهند بر خلاف متعارف چیزی را در نظر بگیرند، باید شرط بکنند والا بنای معمول اشخاص بر این است که تصرف باید با اجازه طرف مقابل باشد. شیخ انصاری بعد از بیان این ادله می فرماید که اگر ما بودیم و این ادله، قائل به لزوم معاطاه می شدیم، ولی

ظاهراً مسئله اجماعی است و هیچ مخالفی در مسئله عدم لزوم در کار نیست، لذا ما باید بخاطر اجماع از این لزوم دست برداریم. این فرمایش شیخ است، منتهی در مقابل فرمایش ایشان، دو عبارت از دو نفر از بزرگان هست که از آنها استفاده می شود که عدم لزوم اجماعی نیست، یکی عبارتی است که مفید در مقنعه تعبیر فرموده اند و از اطلاق آن استفاده می شود که معاطاه لازم است، کأن ایشان می خواهد بفرماید که با چه خصوصیتی بیع لازم می شود و اموری را ذکر می کنند که مجموعه ی این امور در معاطاه هم هست، بنابراین معاطاه هم لازم می شود. صاحب جواهر و شیخ انصاری هر دو می فرمایند که مراد از این عبارتها بیان شرایط بیع است و شرایط خارج از مفهوم است، مثلاً وضو یکی از شرایط نماز است که خارج از مفهوم نماز است، ظاهر این است که اگر آن شرایط ذکر شده موجود شد، بیع لازم می شود، اما انشاء با لفظ، ما به القوام است و اگر این ما به القوام وجود پیدا کرد، با آن شرایط لازم می شود. اما در باب معاطاه اصل مطلب موجود نیست و اگر شرایط هم موجود باشد، دلیل بر وجود خود شیء نیست و وجود او را باید از جای دیگر اثبات بکنیم. پس شاید آن شرایط مذکوره در باب معاطاه وجود داشته باشد، اما اصلش که عبارت از ایجاب و قبول لفظی است، وجود نداشته باشد و قهراً از آن شرایط نمی توانیم لزوم معاطاه را اثبات بکنیم. پرسش: ما به القوام عقد است؟ پاسخ: اگر بخواهد عقد باشد، ما به القوامش این است، منتهی این عقد

اگر بخواهد صحیح و لازم باشد، شرایطی دارد. می گوید آن اصلاً عقد نیست، عقد همین قرارداد لفظی یا کتبی است. صاحب جواهر یک مطلبی هم اضافه کرده و می فرمایند که علت اینکه شیخ مفید ما به القوام عقد را ذکر نکرده است، وضوح مطلب است، شرایط عقد واضح نیست، اما ما به القوام عقد واضح است. ایشان می فرمایند که شاهد این مطلب این است که یکی از مطالب اجماعی، بلکه ضروری این است که نکاح و طلاق معاطاتی صحیح نیست. اجماع بر این است که نمی شود انسان دست یک زنی را بگیرد- ولو با دستکش- و در دست یک مردی قرار بدهد و این دو زن و شوهر بشوند، یا دست زن را بگیرد و به قصد اینکه او را از زینتش خارج بکند، از خانه بیرونش بکند و طلاق حاصل بشود، اجماعی است که این نکاح و طلاق معاطاتی صحیح نمی باشد و شرطش عبارت از این است که بالفظ واقع شود، اما بخاطر وضوح این مطلب به آن اشاره نکرده اند. این فرمایشی بود که مرحوم صاحب جواهر اضافه فرموده اند. حال عبارت شیخ مفید را بخوانیم که در مقنعه می فرماید: «ینعقد البیع علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبايع له»، یعنی اگر بخواهیم بیعی که مطلوب است، واقع بشود، شرایطی دارد، یکی از شرایط تراضی طرفین است، یکی دیگر هم اینکه این دو نفری که اجرای عقد می کنند، حق تملیک و تملک داشته باشند، «فیما یملکان التبايع له». یکی دیگر از شرایط این است که بیع غرری نباشد، یعنی خصوصیت مبیع و مثن تعیین بشود، «إذا عرفاه جميعاً». شرط دیگر هم این است که «و

تراضیا بالبیع»، مراد از این عبارت یا این است که طرفین بعد از تمام شدن بیع، منصرف نشوند، یا تکرار برای «تراض بین الاثنین» است. شرط دیگر هم این است که «و تقابضا»، یعنی قبض و اقباض شده باشد. «و افتراقا بالأبدان»، و به وسیله ابدان، افتراق شده باشد و از مجلس خارج بشوند. از این عبارات استفاده می شود که اگر بخواهیم بیع صحیح و لازم داشته باشیم، باید این خصوصیات را داشته باشد. و تعبیر شیخ هم این است که «و یقوی إرادة بیان شروط صحه العقد الواقع بین اثنین و تأثیره فی اللزوم و كأنه لذلك حکى کاشف الرموز عن المفید و الشیخ رحمهما الله أنه لا بد فی البیع عندهما من لفظ مخصوص»، گفته است که اینها راجع به شرایط است و در جاهای دیگر هم تصریح شده است و به مفید و شیخ هم نسبت داده شده است که لفظ مخصوص هم می خواهد، چون برخی از خصوصیات الفاظ هم بیان شده است که معتبر می باشد. اما دیگران می گویند که این بیان شیخ مفید اشاره به سرتاسر بیع است، چه شرایطش که خارج است و چه جهات داخلی، همه را در نظر گرفته است و در معاطاه هم همه ی اینها موجود است، تقابض هست، افتراق بالأبدان هست، مالکیت طرفین بر مبیع و ثمن هست، کراهتی هم وجود ندارد، در نتیجه برای اثبات لزوم معاطاه به اطلاق تمسک کرده اند. یک چیزی هم به نظر من می آید که ببینیم مفعول «تقابضا» چه چیزی است، تقابضا یعنی تقابضا و الثمن. اگر مراد از مفعول، ذات مبیع باشد، یعنی یکی پول را و یکی هم فرشی

را که مثلاً می خرد، تقابض کرده باشند، می شود به اطلاق این جمله بگوییم که مورد معاطاه را هم شامل می شود، اما اگر مفعول عبارت از مبیع به وصف مبیع بودن باشد، شامل معاطاه نخواهد شد، چون در معاطاه رتبه قبض متقدم بر عنوان مبیع بودن است و صفت مبیعیت معمول خود قبض است، چون انشاء با فعل محقق می شود و اگر مراد تقابض المبیع به وصف مبیعیت باشد، قهراً شامل جایی خواهد شد که عقد لفظی باشد و با صیغه عقد انجام شده باشد و بعد از آن تقابض محقق بشود، اما در معاطاه اول تقابض انجام می شود، بعد عنوان مبیعیت حاصل می گردد. پس بنابراین چون از این ناحیه اجمال وجود دارد که چه چیزی مفعول تقابض است، لذا به این عبارت نمی توانیم تمسک بکنیم. پرسش: ... پاسخ: ایشان شرط صحت را می خواهد بگوید، همانطور که به شیخ طوسی هم نسبت داده شده است که باید زمان خیار بگذرد تا مالکیت حاصل بشود، ایشان هم می خواهد بفرماید که اگر قبض نشده است، مالکیت حاصل نمی شود، در این مطلبی هم که گفته شده است «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»، شاید مقصود عبارت از این باشد که اگر قبض نشده باشد، مشتری مالک نشده است، نه اینکه بگوییم مشتری مالک شده و انفساخ پیدا می کند، این مطلب را هم در مبیع می توان گفت و هم در ثمن. نظر شیخ مفید هم عبارت از این است که صحت خود عقد متوقف بر این امور است، منتهی شمول کلمه «تقابضا» نسبت به معاطاه محل شبهه است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی دلیل اجماع در لزوم معاطاه ۹۱/۱۰/۰۵

.Your browser does not support the audio tag

ص: ۳۴۴

بررسی دلیل اجماع در لزوم معاطاه شیخ می فرماید که بر عدم لزوم معاطاه دعوی اجماع شده است و عبارت هایی که در این باره وارد شده، صریح می باشد، اگر هم نسبت به عدم ملکیت صریح نبوده و ظهور در آن داشته باشد، ولی نسبت به عدم لزوم صریح می باشد. در عبارت غنیه آمده است، محقق کرکی هم می فرمایند که بر نفی لزوم معاطاه اجماع وجود دارد، بعد هم خود ایشان می فرمایند، اما علامه حلی در سه کتاب تذکره، مختلف و تحریر تعابیری دارند که از آنها استظهار می شود که مسئله اجماعی نیست. ایشان در تذکره می فرماید که اشهر عدم لزوم است، در مختلف تعبیر می فرمایند که اکثر عدم لزوم است و در تحریر هم می گویند که اقوی عدم لزوم است. از این تعابیر استفاده می شود که در مقابل این نظر یک مقدار معتابهی مخالف وجود دارد والا در فروضی که شذوذ داشته باشد، تعبیر به مشهور می کنند که در مقابل آن شاذ قرار می گیرد، اما از تعبیر اکثر و اشهر و اقوی در مقابل قول مهجور و شاذ استفاده نمی شود. این تعابیر علامه حلی است، اما ایشان (شیخ) می فرمایند که ولو تحقق اجماع قطعی نیست، اما تحقق اجماع بر عدم لزوم قویاً مظنون است. اما سؤال این است که چطور ایشان با این تعابیری که از علامه در سه کتابش نقل کرده است، این فرمایش را دارند؟ این دو تا با هم چطور جمع می شود؟ به نظر ما چند وجه برای این سؤال می شود بیان کرد، یک وجه عبارت از این است که هیچ یک از علماء قدیماً و حدیثاً، به غیر از شیخ مفید کسی

ص: ۳۴۵

را مخالف عدم لزوم ذکر نکرده اند و علامه متفرد در این مطلب است. کسانی همچون شهید و امثال ایشان که خیلی در تتبع مسائل فقهی ید طولایی دارند هم چیزی در این باب ذکر نکرده اند. ایشان هم بر همین اساس می فرمایند که تحقق اجماع بر عدم لزوم قویاً مظنون است، ظهور کلام علامه هم چون تفرد در این مطلب دارد، حمل بر خلاف ظاهر می شود. وجه دیگر هم این است که بگوییم ممکن است یک مطلبی را همه علماء بگویند و یک کسی هم \_ که چندان مورد عنایت نیست \_ یک حرفی در مقابل اینها بزند که در این صورت از موارد شذوذ خواهد بود و در نتیجه تعبیر به اشهر و اکثر جایی نخواهد داشت، اما گاهی هر چند که کمیت مخالف زیاد نیست، اما کیفیت بالایی دارد، مثل اینکه قول کسی مثل شیخ مفید در طرف مقابل باشد و در تعبیر قرآن هم داریم که (إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً)، شیخ مفید در رأس فقهای ماست و نظریه ایشان حساب علی حده ای دارد و به تنهایی بارز است. علاوه بر این دو وجه، یک مطلبی را من در حاشیه نوشته بودم که ظاهراً اشهر در تذکره، همان اکثری است که در مختلف بیان شده است. علامه در مختلف در مقابل نظر اکثر، فتوای شیخ مفید را نقل کرده و به کس دیگری اشاره نمی فرمایند، پس اکثر و اشهر هر دو در مقابل نظر شیخ مفید است. اقوایی هم که در تحریر ذکر شده است، در مقابل فتوای شیخ مفید است. چند صفحه قبل در مکاسب هم می فرماید که الاقوی در مقابل قول شیخ مفید



و عامه ای است که قائل به لزوم هستند، در اینجا هم مراد از اقوی نظر امامیه است و از امامیه هم فقط شیخ مفید را ذکر کرده است، لذا بر این اساس ایشان می فرمایند که مضمون قویاً عبارت از تحقق اجماع است و مخالفت یک نفر مضر به اجماع نیست. این یک بحث صغروی است، اما ایشان یک بحث کبروی هم می کنند که بر فرض اگر اجماعی بودن مسئله را قطعی و درست بدانیم، همانطور که در غنیه تعبیر شده است و محقق کرکی هم فرموده اند، ولی این اجماع به درد نمی خورد، زیرا اکثر علماء قائل به عدم ملکیت بودند و بر اساس این مبنی قائل به عدم لزوم شده اند، حال اگر ما این مبنی را قبول نکردیم و گفتیم که ملکیت درست است، چطور می توانیم به ادعای اجماعی که مبتنی بر عدم ملکیت است، اعتناء بکنیم و این اجماع را کافی بدانیم؟ اگر اجماع مبتنی بر شیء باطل نباشد، نفس الاجماع حجت خواهد بود، ولی در اینجا مبتنی بر یک مبنایی است که ما آن را باطل می دانیم، پس نمی شود این اجماع را کاشف از قول معصوم بدانیم و به آن اعتناء کنیم. بعد می فرمایند که ممکن است اینطور تقریب بکنیم که نتیجه اجماع این است که ما دو قول در مسئله داریم، یکی اینکه ملکیتی در کار نیست \_ که اکثریت قائل به این هستند \_ و یکی هم عبارت از این است که ملکیت در کار هست، اما لازم نیست. اگر ما بخواهیم قائل به ملکیت لازم بشویم، احداث قول ثالث می شود و این درست نیست. بحث ما عبارت از این است

که شما اول اجماع را ردّ کردید و فرمودید که اگر اجماعی هم بر عدم لزوم باشد، به درد نمی خورد، زیرا مبنای مدعیان اجماع را قبول نداشتید، اما بعداً اتفاق بر عدم را از دو قول انتزاع می کنید، اینجایی که حتی کلمه اجماعی هم در کار نیست، از این دو قول انتزاع اجماع می کنید و می فرمایید که حجت است، در حالی که این انتزاع بر اساس دو مبنایی است که ما هیچ کدامش را قبول نداریم. اگر آن اجماع اشکال داشته باشد، به طریق اولی این اشکال خواهد داشت. جای سؤال دارد که چگونه ایشان اول آنطور فرموده است و بعد اینطور؟ یک چیزی به نظر رسید که این مشکل را حلّ می کند و آن این است که آن تقریب اول راجع به مسلک متأخرین است که حجیت اجماع را بر اساس کشف از قول معصوم می دانند و اگر مجمعی تعداد معتنی بهی بودند که بر اساس مبنایی فتوی دادند که آن مبنا در نظر ما مردود بود، این اتفاق بین اشخاص، کاشف از این نخواهد بود که روایتی از امام علیه السلام وارد شده است که مثلاً «لا لزوم فی المعاطاه»، زیرا این انتزاعات بر اساس یک مبنایی است که در نظر ما فاسد است و لذا کاشف از قول معصوم نخواهد بود، پس بر اساس مبنای متأخرین این اجماع درست نیست. اما بر اساس مبنای قدماء \_ که اجماع را از باب قاعده لطف حجت می دانند \_ در ما نحن فیه یک قول وجود ملکیت بدون لزوم است، یک قول هم این است که معاطاه اصلاً ملکیتی نمی آورد. در اینجا اگر ما بگوییم که

هر دو اشتباه است و بخواهیم قائل به شق ثالثی بشویم، خلاف قاعده لطف است که قدماء قائل به آن بودند و معنایش این خواهد بود که همه جمعیت اشتباه کرده و به خطا رفته اند. پس این هم درست نیست، ولو نمی توانیم کشف کنیم که امام مثلاً یک چنین جمله ای گفته است که «المعاطاه غیر لازمه»، ولی به نحو اجمال می توانیم بر مبنای قاعده ی لطف بگوییم که یکی از این دو حرف درست است، یا امام فرموده است که معاطاه ملکیت نمی آورد، یا فرموده که معاطاه ملکیت جایزه می آورد، احدهما درست است و هر دو خطا نیست. پس ایشان بر اساس مبنای متأخرین می فرمایند که کشف درست نیست و بر اساس مبنای قدماء به اجماع مرکب استدلال کرده و قول ثالث را نفی می کنند، در نتیجه این اختلاف بر اساس اختلاف دو مبنی می باشد. مرحوم آقا سید محمد کاظم هم در اینجا به ایشان حمله کرده و می فرماید که شما اکل از قفا می کنید! اما آنچه که به نظر ما می آید، این است که ایشان می خواهد بر اساس دو مسلک مسئله را حل بکند. پرسش: ... پاسخ: ایشان می گوید که اگر ما مبنای متأخرین را بگیریم، اجماع به درد نمی خورد و نمی توانیم کشف از قول معصوم بکنیم که حضرت فرموده باشد «لا لزوم فی المعاطاه»، اما اگر مثل قدماء شدیم، همین اجماع مرکب کافی است و قاعده لطف اقتضاء می کند که یکی از این دو حرف درست باشد، یا امام فرموده است که شخص مالک نمی شود، یا فرموده است که مالک می شود، اما ملکش جایز است. آقای آقا سید رضی شیرازی \_ که نوه میرزای

شیرازی است \_ با واسطه از ایشان نقل می کرد که یک روز وقتی میرزای شیرازی روز چهارشنبه مطلب شیخ را رد می کند، بعد از تعطیلات و در روز شنبه قرار می شود که بحث دیگری را شروع بکند، اما وقتی شنبه می آید، می گوید که مطلب همانی است که شیخ گفته است و ما نمی توانیم از مطلب ایشان عدول بکنیم! رابطه شما با شیخ به واسطه ی کتاب های ایشان است، اما ما خود شیخ را دیده ایم و شیخ کسی نیست که ما براحتی بتوانیم فرمایش ایشان را رد بکنیم. خلاصه اینطور نیست که شیخ اینطور دو جمله را پشت سر هم بیان بکند و مقصودش در هر کدام به یک نحوی باشد، بلکه یک نکته ای در بیان ایشان وجود دارد. ایشان می فرمایند که «المظنون قویاً تحقّق الاجماع» البته مراد این است که «قویاً تحقّق الاجماع»، نه «تحقّق الاجماع الکاشف» که یک لفظی در کار باشد، یا اجماعی که حجت باشد. ایشان خیلی به دنبال این نیستند که خود اجماع حجت باشد، یا حجت نباشد، بلکه به دنبال این هستند که یک چیز ظن آوری را تهیه بکنند و بعد هم با ضمیمه ی امور دیگری، آن ظن را اطمینانی بکنند، یا اگر بگوییم که شیخ انسدادی است، بر اساس انسداد مطلب را تمام بکنند. البته در ابتداء عقیده ی ما این بود که شیخ انسدادی است، ولی بعضی از آقایان یک عبارتی از شیخ در بحث انسداد آوردند که نتیجه اش انفتاحی بودن ایشان است، عبارات شیخ با هم متناقض است، تدریجاً به فکر ایشان مطلبی می آمده است، تقریر می کرده است و بعد از آن مطلب بر می گشته است، اینطور نیست که

این مطالب یکدفعه به ذهن ایشان آمده باشد، بلکه تدریجاً آمده است. بر همین اساس یک وقتی نظرشان انسدادی شده و بعد یک مقدار بحث کرده و انفتاحی شده است، خیلی روشن نیست که مختار ایشان چیست. حال در اینجا نمی دانیم که با «مظنون قویاً» می خواهد بفرماید که یک اجماع معتبری در کار هست، یا با انسداد مطلب تمام است، یا اینکه این مطلب با برخی از روایات متعدده ضمیمه شده و یک مطلبی استخراج شده است. پرسش: ... پاسخ: آن یک چیزی را که ما دیده بودیم و به آن تمسک می کردیم، مطلبی بود که ایشان در ابتدای بحث انسداد مطرح می فرمایند که مقدمه اولی این است که ما بگوییم آیا آن مقداری که در فقه به طور قطع ثابت شده است و آن مقداری که ظنون خاصه بر آن داریم، اگر این دو را با هم جمع بکنیم، می توانیم معظم فقه را حل بکنیم و به دست بیاوریم؟ یکی از مقدمات انسداد این است که اگر این دو را با هم جمع بکنیم، معظم فقه به دست نمی آید و اگر به دست بیاید، مقدمه اول انسداد خراب می شود. این مقدمه ی اولی در انسداد است. بعد ایشان می فرماید که همه حرف ها و عمده ی مطالب راجع به این مقدمه است، حتی بعضی ها گفته اند که انسداد یک مقدمه بیشتر نمی خواهد، خود شیخ هم می فرماید که اگر این مقدمه درست بشود، تقریباً انسداد تکمیل شده است و چیزهای دیگرش مهم نیست و باید در این مقدمه خیلی دقت کرد. ایشان این مطالب را می گوید و در ادامه هیچ حرفی نمی زند. ادله حجیت خبر واحد را در اینجا

می گوید و می فرماید که همه ی حرف دائر مدار این است که چقدر حجت به دست ما می دهد، آیا به قدری حجت به ما می دهد که مشکل فقه حل بشود و اختلال نظام پیش نیاید، خروج از دین نشود؟ آقایان دیگر مثل صاحب کفایه و امثال ایشان در ادامه همین بحث می فرمایند که روایات مشکل فقه را حل می کند، اما ایشان هیچ حرفی نمی زند! مرحوم شیخ در بحث خبر واحد هم می گوید که آنچه از ادله، بنای عقلاء و روایات می فهمیم، این است که خبر واحد اطمینانی حجت است و بیشتر از این را نمی توانیم اثبات بکنیم. سؤال این است که انسان چه جور اطمینان پیدا بکند؟ مثلاً الان ما اطمینان داریم که این سقف پایین نمی آید، آیا این اطمینان مورد نظر است؟ مرحوم شیخ در این بحث هیچ صحبتی نمی کنند، یا ایشان منکر افتتاح است، یا اینکه اقلأ در این مسئله تردید دارد و برایش روشن نیست. بعد از مدتی هم ایشان می فرمایند که یک خبری که اطمینان پذیر و واجد شرایط صحت باشد، «فی زماننا هذا فی غایه الندره». خوب بحث این است که آیا چیزی که فی غایه الندره است، می تواند معظم فقه را حل کند؟! شیخ چون نمی خواسته است که وارد جنجال و بحث بشود، نخواسته است اسم ببرد. زمانی که مرحوم آقای حجت مهر نان به طلبه ها می داد، یک آقای به ایشان معترض بود و می گفت که من اسم نمی برم، حال می خواهد به من نان بدهد، یا ندهد. این مطلب منحصر به ایشان بود و اگر اسم هم نمی برد، معلوم بود که مقصود ایشان است. شیخ هم در اینجا اسم نبرده

است، ولی از عبارت های ایشان مطلب استفاده می شود، ولی در یک جای دیگر ایشان ادعای انفتاح می کند و می گوید که اطمینان هست. خلاصه اینکه انسان در مختار ایشان دچار سردرگمی می شود. پرسش: مطلبی که مربوط به انفتاح است در کجا بیان شده است؟ پاسخ: آن مطلب در یک جای دیگر است، آنجا هم همین مطلب را می گوید که اطمینان هست و باید اینها را به چیزهای دیگر ضمیمه کنیم تا اطمینان حاصل بشود، بله اگر ما این اخبار را با اجماعات منقوله با شهرت با اولویت ظنیه ضمیمه بکنیم، از مجموع اینها اطمینان حاصل می شود. در مقدمه اولی فقط مسئله را می گوید که با خبر واحد باید بینیم چه طور است، اما در جاهای دیگر ضمائیم دیگر را هم به خبر واحد ضمیمه کرده و می گوید با مجموع اینها اطمینان حاصل می شود. خلاصه یک نحوه تهافتی ما بین این مطالب ایشان هست که در مقدمه اولی اسمی از غیر خبر واحد برده نشده، اما در جاهای دیگر بحث ضمائیم مطرح می شود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### دلالت اجماع، قواعد و روایات بر لزوم یا جواز معاطاه؟ ۹۱/۱۰/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

دلالت اجماع، قواعد و روایات بر لزوم یا جواز معاطاه؟ شیخ انصاری بعد از بحث هایی که راجع به اجماع کردند، می فرمایند که ولو اجماع قطعی نیست، ولی ظن بسیار قوی بر تحقق اجماع هست. البته مراد ایشان از این اجماع، اجماعی نیست که کاشف از وجود نصی در این مسئله باشد، چون خود ایشان قبلاً فرمودند که چنین چیزی وجود ندارد و بعید هم هست که مختار شیخ در حجیت اجماع مسلک لطفی باشد که سابقاً بعضی ها قائل به آن بودند، قهراً مراد از این

ص: ۳۵۳

اجماعی که محقق است، صرف اتفافی است که کأن مخالفی در مسئله وجود نداشته باشد، یا اگر مخالفی هست، نادر باشد. ایشان به ظن قوی یک چنین چیزی را می خواهد اثبات بکند. البته چنین چیزی بنفسه حجت نیست و باید بعضی از جهات دیگر هم به آن ضمیمه بشود، تا مجموع موارد به اعتبار حجیت برسد. بعد ایشان می فرماید که ظن قوی به تحقق اجماع داریم و از اخبار هم استفاده می شود که معامله ی معاطاتی لزوم ندارد. البته ایشان در اینجا اخبار را ذکر نکرده است، ولی بعداً روایاتی را در این باب عنوان می فرماید و ما هم این بحث را می گذاریم برای بعد. بعد ایشان یک مطلبی را ادعا می کنند که نقیض فرمایشی است که قبلاً داشتند، فرمایش قبلی ایشان این بود که طبق آیه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) اگر مالک اصلی بخواهد معامله ی معاطاتی را فسخ بکند، عرف این را اکل مال باطل می داند و قهراً چنین کاری مجاز نیست. این فرمایش قبلی ایشان است، اما بعد یک بیانی دارند که عکس فرمایش قبلی ایشان است. ایشان می فرمایند که از روایات استفاده می شود که بین بازاری ها و تجار مرسوم یا غالباً این طور بوده است که به صرف عمل خارجی و بده بستان معاطاتی اکتفاء نمی کردند و برای محکم کاری معاملات خودشان را با لفظ انجام می دادند، البته در موارد جزئی که دستفروش ها، یا بقال و عطار محله می فروشند، معاطاه شیوع دارد، اما بنای عقلاء بر لزوم آن نیست و اگر مشتری مال را پس ندهد، به او می گویند که چرا پس نمی دهی در حالی که هنوز صیغه خوانده نشده است؟! خلاصه اینکه به

ص: ۳۵۴

نظر می‌رسد که این فرمایش ایشان با فرمایش قبلی شان منافات دارد، مگر اینکه بین این دو فرمایش ایشان اینطور جمع بکنیم که حرف اولشان بر اساس سیره ی عقلاء منهای سیره ی متشرعه ای است که از شرع اخذ می‌کنند و بر اساس طبع عقلای عالم، معاطاه لازم نیست، اما فرمایش دومشان بر حسب مبنای متشرعه می‌باشد که بر اساس شرع، ارتکاز ذهنی بر عدم لزوم معاطاه است. پرسش: ... پاسخ: در خیلی جاها بعضی از امور مثل شرط مقارن شیء است، مثل اینکه اگر بعد از معامله، مشتری تصرف در مال نکرده باشد و به حد تلف هم نرسیده باشد، اگر مالک اصلی بخواهد بدون رضایت مشتری مال را برگرداند، ممکن است خیار برای او باشد، اما اگر مدتی بگذرد، بنای متعارف بر لزوم معامله است. پرسش: ... پاسخ: عرض کردم که عبارت شیخ مفید که می‌فرماید: «تقابضاً»، محتمل الوجهین است و به نظر ما احتمال اقوی در تقابض این است که بگوییم آن چیزی را که خریدند، تقابض کنند، اما اینکه بگوییم خرید با تقابض انجام بشود، ظهور در چنین معنایی ندارد. حال اصل بحث در این است که ما قائل به لزوم بشویم، یا جواز؟ بر اساس عمومات و طبق قواعد باید معامله را لازم بدانیم، فقط مشکل شیخ اجماع بود و به نظر می‌رسد که این مسئله نباید مشکل باشد، زیرا این مسئله قبل از شیخ طوسی اصلاً عنوان نشده است، مسئله ی به این مهمی را قبل از شیخ طوسی کسی عنوان نکرده است، سید مرتضی عنوان نکرده، شیخ مفید عنوان نکرده است، صدوق، پدر صدوق، ابن جنید، ابن عقیل، جعفری و سایر فقهای که در



فقه نظرشان نقل می شود، هیچکدام به این مسئله نپرداخته اند، خلاصه اینکه قبل از شیخ طوسی این مسئله مطرح نشده است و ما یک اجماعی که متصل به زمان ائمه (عقل) باشد و ناظر به لزوم یا عدم لزوم معاطاه باشد، نداریم، پس باید طبق قاعده ای که از آیات استفاده می شود اخذ به لزوم بکنیم. بحث دیگری که در اینجا هست، راجع به روایتی است که دو گونه از آن استفاده شده است، یکی اینکه تحلیل امور باید با لفظ باشد، یعنی اگر بخواهیم یک چیزی را که بالذات حلال نیست، حلالش بکنیم، باید با لفظ این کار را بکنیم، یکی هم عبارت از این است که معاطاه لازم نیست. در این روایت وارد شده است که شخصی از حضرت سؤال می کند که یک کسی می گوید فلان ثوب را از مالکش بخر و من فلان مقدار ریح به تو می دهم، آیا من می توانم قبول بکنم، یا اشکال دارد؟ حضرت می فرمایند که اگر او مختار در قبول و عدم قبول است، اشکالی ندارد، اما اگر یک طوری باشد که اختیاری در کار نباشد و حتماً به حسب انشاء ملک او خواهد شد، درست نیست. بعد شیخ می فرماید که بدون توجه به صدر روایت که یک چنین پیشنهادی مطرح شده است، جهات مختلفی را که در روایت محتمل است را ذکر می کنیم، یکی از این وجود عبارت از این است که بگوییم تحلیل و تحریم منحصر به لفظ است و بدون لفظ هیچ حرامی حلال نمی شود و هیچ حلالی حرام نمی شود. در نتیجه با توجه به اینکه معاطاه لفظ نیست، فایده ای نخواهد داشت. شاید هم مراد از این لفظ،

انشاء با لفظ باشد که می فرماید «انما یحلل» و اگر لفظ در کار بود، اما انشاء با فعل بود، باز هم فایده ای نخواهد داشت. پس انشاء باید تحلیلاً و تحریماً با لفظ باشد. این یک معنی که بر اساس آن روایت مربوط به بحث معاطاه خواهد بود و در نتیجه معاطاه اثر تحلیل و تحریمی نخواهد داشت. یک معنی هم عبارت از این است که اگر بخواهیم ببینیم یک چیزی حلال است یا حرام، باید نحوه ی لفظ را بررسی بکنیم که چه جور لفظی است، زیرا وقتی می خواهند یک مطلبی را اداء بکنند، گاهی بالمطابقه اداء می کنند، گاهی بالالتزام و گاهی هم بالکنایه. حال اگر بخواهیم حلیت و حرمت چیزی را بدانیم، باید ببینیم که با چه نوع لفظی معنی اداء شده است، یک مرتبه گفته می شود که فلان کسی سخی است، گاهی هم گفته می شود که کثیرالرماد است، مفاد هر دو یکی است، ولی در نحوه دلالت مطابقی و کنایی با هم فرق دارند. با توجه به این معنی، روایت می فرماید که اگر یک مطلب به دو نحوه اداء بشود که مضامینش بالمطابقه تحت اللفظی با هم تفاوت داشته باشد و یکی عبارة اخراى دیگری باشد، ممکن است یکی از این دو تعبیر محلل باشد، اما با عوض شدن تعبیر در عبارت دیگری حکمش هم عوض بشود، مثلاً شیخ در باب نکاح می فرماید کسی که می خواهد متعه بکند، با تعابیر مختلفی می تواند تعبیر بکند، مثلاً بگوید آجرتک نفسی بکذا، یا ملکتک نفسی بکذا، یا متعتک نفس بکذا و از همه ی اینها یک مطلب استفاده می شود، اما از نظر اختلاف تعبیر به حسب مطابقی یا

التزامی بودن، حکم هم متفاوت می شود. البته الفاظ مرادف در اینجا مراد نیست، بلکه متن ها یکی است، منتهی نحوه بیان متفاوت است. یک معنی هم عبارت از این است که بگوییم مراد از «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» این است که کلام بوجوده محلل است و بعدمه محرم است، یا بالعکس. یا اینکه بگوییم کلام در محلّش محلل است و در غیر محلّش محرم است. این معنی که بگوییم کلام بوجودش و عدمش مؤثر در تحلیل و تحریم است، به ذهنم می رسد که مرحوم فیض در وافی اینطور معنی کرده باشند. یک معنای دیگر هم عبارت از این است که بگوییم مراد از این روایت این است که اگر هنوز انشاء معامله ای نشده و به نحو مقابله است، اشکالی ندارد و «إن شاء اخذ و إن شاء ترك»، آن طرف ممکن است اخذ کند، ممکن هم هست که اخذ نکند، هیچ معامله ای واقع نشده و به نحو مقابله است، اما اگر انشاء معامله شده باشد، دیگر صحیح نیست. شیخ این دو معنای اخیر را انتخاب کرده و راجع به معنای اولی که بیان شد می فرماید که اگر بگوییم صرفاً فقط لفظ نقش در تحلیل و تحریم دارد، تخصیص اکثر خواهد بود و چه بسیار است محرماتی که به وسیله فعلی از افعال زن حرام می شود، مانند شیردادن، زنا کردن که به سبب این کارها بعضی از امور حرمت ابدی پیدا می کند و خلاصه اینکه منشأ بسیاری از تحلیل ها و تحریم ها ممکن است امور غیر لفظی باشد. پرسش: ... پاسخ: ایشان می فرماید که تعبیر «انما يحلل انما يحرم» یک تعبیر کلی است و اگر بخواهیم

با اینجا تطبیق بکنیم، اشکال دارد و با مورد تطبیق نمی کند، مورد می گوید که «إن شاء ترک و إن شاء اخذ»، اگر مختار در قبول و عدم قبول باشد، اشکال ندارد، اما اگر نباشد اشکال دارد. این چه ربطی به این مطلب دارد که اگر انشاء با لفظ باشد، مؤثر و در غیر اینصورت مؤثر نیست؟! درباره معنای دیگر هم که گفته شد اختلاف در تعبیر می تواند تأثیر در حکم داشته باشد، ایشان می فرماید که صدر روایت می گوید که اختلاف در تعبیر وجود ندارد، بلکه حکم مسئله اصلاً تفاوت دارد و در یکی از اینها، قطع نظر از حکم شرع، ذاتاً باید به قرارداد اخذ بشود و در یکی از اینها چنین چیزی نیست. پس دو معنای اول مقصود نیست و مراد دو معنای اخیر است. البته بنده غیر از این مطالبی که آقایان فرموده اند، یک عرضی دارم که در صدر روایت می فرماید که شخصی پیش من می آید و می گوید که فلان ثوب را برای من بخر و من مقداری به تو سود می دهم، از این بیان پیداست که فرض مسئله این است که شخص دستور داده است که تو برو و این لباس را بخر و وقتی که مالک شدی، به من بفروش و در این فروش من یک مقدار بیش از آن مقداری که خریدی به تو می دهم. مراد این است. حال در چنین فرضی دو احتمال وجود دارد که یک احتمالش شاید اظهر باشد و حضرت می فرمایند که اگر این احتمال مراد باشد، اشکال ندارد و در غیر این احتمال اشکال هست. گاهی یک ملکیت هایی وجود دارد که شخص در رتبه متقدم

مالک می شود، اما بعد از ملک او خارج می شود، مثل اینکه پدر کسی را به او بفروشند که ملکیت آنّا ما هست، اما از ملکیت او خارج می شود. یا اینکه در آیه می فرماید (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ...)، وقتی شخص مالک شد، به نفس ملکیت یک پنجمش از ملک او خارج می شود، درکنز، غوص و حتی در ارباح مکاسب اینطور است. پرسش: به عین تعلق می گیرد؟ پاسخ: بله به عین تعلق می گیرد و یک پنجمش از ملک او خارج می شود و دیگر ملکش نیست. ظاهر خود عبارت (فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ) هم یعنی خمس العین، که آقای خوئی هم قائل به این است، ما هم قائلیم. حضرت در اینجا می فرماید که اگر به شکلی است که شخص می خرد و بعد هم به قیمت بیشتر می فروشد و ممکن است شما قبول بکنید و ممکن هم هست که قبول نکنید، در این صورت اشکالی ندارد، ولی اگر آن ثوب را بخرد و به نفس خرید، به قیمت گران تر منتقل به شخص درخواست کننده بشود، بدون اینکه عقد دیگری واقع بشود، این صورت باطل است و ملکیت برای شخصی که خریده حاصل می شود و اگر بخواهد از ملکیت او خارج بشود، باید با یک عامل دیگری این انتقال حاصل بشود. من احتمال می دهم که این دو صورت با «اربحک کذا» کاملاً تطبیق بکند که همین سؤالی را که شخص کرده، دو گونه است و در هر دو صورت هم مسئله ی ربح مطرح است و سایر تفسیرهایی که شده است با این دو صورت سازگار نیست و فقط در یک محتمل مسئله ی ربح در کار

است و در مقابله ربی در کار نیست. پرسش: ... پاسخ: اگر به نفس خرید من، با یک ریج زائد به ملک دیگری منتقل بشود، جایز نیست، اما اگر بخرم و بعد هم به دیگری بفروشم، اشکالی ندارد، چون فروش یک عقد جدیدی است و باید توافق بر آن بشود، اما نفس الانتقال را حضرت می فرمایند که صحیح نیست. پرسش: ... پاسخ: روایت می فرماید که دو صورت وجود دارد و ما می گوئیم که این دو صورت با تفسیر آقایان وجود ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی دلالت روایت «انما يحلل الكلام...» بر بطلان معاطاه ۹۱/۱۰/۰۹

Your browser does not support the audio tag

بررسی دلالت روایت «انما يحلل الكلام...» بر بطلان معاطاه درباره حدیث «انما يحلل الكلام» یک سؤالی به نظر می رسد و آن این است که چه شبهه ای برای سائل پیدا شده است که این سؤال را از حضرت پرسیده است؟ حضرت هم از او سؤال کرده است که آیا طرف مجبور به برداشتن ثوب نیست؟ بعد هم او جواب داده است که طرف مجبور به برداشتن ثوب نیست. مشکل در این است که وقتی یک کسی می رود و چیزی را می خرد، چه اشکالی دارد اگر بخواهد به قیمت زیادتر آن چیز را به کسی بفروشد؟! این چه شبهه ای است که شخص از حضرت سؤال کرده است؟ مگر اشکال دارد که کسی تقاضایی بکند و طرف دیگر جنسی را بخرد و با توافق طرفین به قیمت زیادتر به شخص متقاضی بفروشد؟ حضرت سؤال فرموده است که «أليس إن شاء اخذ و إن شاء ترك»، او هم عرض می کند که بله، حضرت هم می فرمایند که اشکالی ندارد. باید ببینیم که آیا در سنی ها کسی اشکال می کرده است، یا شبهه ی

ص: ۳۶۱

دیگری بوده است که این سؤال پرسیده شده است. ما که از این ناحیه معنای حدیث را خوب نفهمیدیم. پرسش: ... پاسخ: می گوید ملزم نیست، الان یک کسی چیزی را خریده و می تواند به دیگری بفروشد، حال چه آن طرف قبول بکند یا قبول نکند. فرض مسئله هم همین است که چیزی را خریده است و می خواهد با توافق طرف یک قدری گران تر به او بفروشد. در این مسئله کسی اشکالی نکرده است تا شبهه ای پیش بیاید و شخص از امام سؤال بکند. پرسش: ... پاسخ: اینجا هیچ کس اشکال نکرده است، هیچ یک از سنی ها هم قائل به اشکال در این مسئله نیستند. پرسش: ... پاسخ: مورد سؤال در جایی است که الزامی وجود ندارد و شخص در قبول یا عدم قبول آزاد است. ما نمی دانیم که چه شبهه ای در کار بوده است که این سؤال را کرده است، در حالی که همه معاملات همین طور است که شخص یک چیزی را می خرد و یک قدری گران تر به دیگری می فروشد. البته یک احتمال وجود دارد \_ که بعید است \_ و آن این است که شخص می خواسته بداند که آیا فقط در این صورتی که سؤال و جواب شده است، جایز است، یا جواز اوسع از این مورد است، به این معنی که هم در صورت الزام جایز است و هم در صورت غیر الزام و از بیان حضرت استفاده می شود که فقط در صورتی که الزام نباشد، جایز است. شبهه هم در این مطلب بوده است که موضوع جواز آیا توسعه دارد یا مضیق به مورد غیر الزام است. می توانیم حدیث را اینطور معنی

ص: ۳۶۲

بکنیم، اما به هر حال من معنای حدیث را به صورت روشن نفهمیدم. مرحوم مجلسی در مرآة العقول یک معنای دیگری بیان فرموده است که یک مرتبه شخص می گوید که «اشتر هذا الثوب و اربحک کذا و کذا» و امر به اشتراء می کند، (کلمه «لی» که در این مکاسب بیان شده است، زیادی است) در این امر به اشتراء دو صورت متصور است، یک صورت این است که شخص را وکیل در اشتراء می کند و صورت دیگر هم این است که می گوید تو برو و برای خودت بخر و بعد هم بزیاده به من بفروش. اگر مراد صورت دوم باشد \_ که ایشان هم می فرمایند همین مراد است \_ اشکالی ندارد و حضرت هم می فرمایند که «لا بأس»، اما اگر صورت اول مراد باشد \_ که شخص را توکیل برای اشتراء می کند \_ تا وکیل عزل نشده و ابلاغ عزل به او نشده است، موکل حق ندارد آن چیزی را که او تهیه می کند را ردّ بکند و ملزم است که آن را بپذیرد. بعد ایشان می فرمایند که اگر به نحو توکیل باشد، دیگر ربیحی در کار نیست، «إن شاء اخذ و إن شاء ترک»، در نتیجه اگر بخواهد ربیحی بردارد، صحیح نیست و اما اگر توکیل نباشد و شخص را امر به اشتراء کرده باشد، در این صورت اگر خریدار برای خود ربیحی بردارد، اشکالی ندارد. مرحوم مجلسی اینطور معنی کرده است، اما فرمایش ایشان از یک جهت برای ما روشن نیست و اگر بخواهیم روایت را با معنایی که ایشان کرده است، تطبیق بکنیم، یک قدری مشکل است و جهت اشکال این است

که یک مرتبه مراد از «اربحک کذا» ربح اصطلاحی است که انسان یک چیزی را بخرد و بعد بخواهد با فروختن آن ربح و سودی به دست بیاورد، یک مرتبه هم مراد از ربح عبارت از این باشد که شخص بگوید من تو را وکیل می کنم که یک چیزی را برای من بخری و در مقابل این کاری که انجام می دهی، یک حق الوکاله ای هم برای تو تعیین می کنم. اگر صورت مسئله اینطور باشد، چه اشکالی پیش خواهد آمد؟! اگر مراد از «اربحک کذا» عبارت از این باشد که در مقابل زحمتی که کشیدی، یک چیزی هم به تو می دهم، اشکالی پیدا نمی شود که حضرت در روایت بخواهد آن را نفی بکند. اگر هم ربح را به معنای حقیقی اش بدانیم که انسان چیزی را بخرد و به قیمت زیادتر بفروشد \_ که در فرض وکالت تصور چنین ربحتی وجود ندارد \_ شبهه ای پیش نمی آید تا حضرت بخواهد آن را نفی بکند. پس اینطور نیست که با اطلاق لفظ ربح به حق الوکاله مرتکب خلاف شرعی شده باشیم تا حضرت آن را نفی بفرمایند، اگر هم مراد از ربح معنای حقیقی آن باشد، در صورت وکالت چنین ربحتی قابل تصور نیست، تا حضرت بفرمایند که این صورتش باطل و آن صورتش صحیح است. این صورت اصلاً قابل تصور نیست تا ربح را تحریم بکنیم. خلاصه اینکه این فرمایش مرحوم مجلسی را ما نفهمیدیم. یک فرمایشی هم مرحوم فیض کرده که یکی از دو وجهی است که شیخ پسندیده است و آن این است که مراد از «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» عبارت از این است که فعل و



ترک یک شیء موضوع حلیت و حرمت قرار بگیرد، مثل اینکه اگر یک کسی بخواهد در مال انسان تصرف بکند، فعل اباحه موجب جواز تصرف در مال اوست، اما اگر اباحه نکرده باشد، جواز تصرف نیست. پس فعل یک شیء موجب جواز و عدم فعل موجب حرمت است. بعد هم ایشان می فرمایند که در اینجا فعل و ترک میزان برای تحلیل و تحریم است. شیخ هم این فرمایش ایشان را پذیرفته است. البته این درست است که در همه ی اجازه ها، فعل و ترکش موضوع جواز و حرمت است، یک چیزی که احتیاج به اجازه گرفتن از مالکش داشته باشد، فعل و ترک دخالت دارد، ولی این غیر از لفظی است که در اینجا به کار برده می شود. مثلاً وقتی گفته می شود که زهر کشنده است، اگر بخواهیم دوباره زهر را موضوع قرار بدهیم و با در نظر گرفتن عدم موضوع بگوییم زهر کشنده نیست، صحیح نمی باشد، زیرا نمی توانیم موضوع را ذکر بکنیم و حکم را بر عدم آن بار بکنیم، موضوع ممکن است که ماهیت باشد، ممکن هم هست که خصوص وجود خارجی شیء باشد، اما نمی توانیم موضوع را ذکر بکنیم و محمول را به اعتبار عدم موضوع بر آن حمل بکنیم. چطور می توانیم بگوییم حرف زدن فلان اثر را دارد و مقصودمان این باشد که حرف زدن فلان اثر را دارد؟! در اینجا هم اگر گفته شده بود که «انما یحلل و یحرم الکلام» و شما می گفتید که کلام بوجود و عدمه تحلیل و تحریم دارد، این فرمایش درست بود، اما الکلام تکرار شده است و کلام هم محلل است و هم محرم. وقتی

هم گفته می شود که کلام محرم است، نمی توانیم بگوییم که مقصود این است که عدم کلام محرم است. خلاصه اینکه فیض این مطلب را فرموده است و جای تعجب است که شیخ هم این فرمایش ایشان را پسندیده است و به نظر می رسد که این مطالب تمام نباشد. اما نکته در این است که آیا سؤال سائل صلاحیت این دو قسم را دارد یا ندارد؟ سؤال عبارت از این است که شخص می گوید یک چیزی را بخر، من هم یک سودی بیشتر از آنچه خریدی به تو می دهم. این مفروض قابل انطباق بر دو وجه نمی باشد و لفظ باید قابل برای هر دو باشد و در فرض سؤال که شخص می گوید برو و این چیز را بخر، این قابلیت وجود ندارد که بیعی باشد که یک صورتش باطل و صورت دیگرش صحیح باشد. لذا مراد از روایت این است که شخص می گوید تو برو و این شیء را بخر و گاهی با نفس همان خریدن، در رتبه متقدمه خود شخص مالک می شود و در رتبه متأخر همین ملکیت منشأ خروج از ملکیت باشد و با یک مقدار زیادتی داخل در ملکیت آن شخص متقاضی بشود که حضرت این قسم را می فرمایند که باطل است، اما صورت دوم این است که شخص آن شیء را بخرد و انتقالی هم به متقاضی صورت نپذیرد، بلکه بعد از این آن شیء را خرید، با توافق فیما بین با یک مقدار زیادتی، منتقل به متقاضی بشود که این صورت صحیح می باشد. به نظر ما اینطور می شود روایت را معنی بکنیم. پرسش: ... پاسخ: بیع بمن ینعتق علیه هم همینطور

است، در آیه (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ) هم همینطور است که وقتی شخص مالک می شود، به نفس ملکیت یک پنجمش از تحت ملکیت او خارج می شود. در این روایت هم حضرت می فرمایند که اگر شخص ملزم باشد که بپذیرد، درست نیست، اما اگر مستقلاً یک عقد جدیدی واقع بشود، اشکالی ندارد. علی ای تقدیر نمی توانیم از این روایت نتیجه بگیریم که معاطاه باطل است، زیرا معاطاه ارتباطی به مورد روایت ندارد، چون مورد روایت بین صورتی که شخص مجبور باشد یا نباشد، فرق می گذارد و این ربطی به لفظ ندارد و اینطور قرار بستن به هر وسیله ای که باشد، صحیح نیست. در بیع معاطاه مفاد قرار یکی است، منتهی به وسیله ی لفظ نیست، اما در مورد این روایت دو سنخ مفاد وجود دارد و ربطی به این ندارد که وسیله ی انشاء با هم تفاوت داشته باشد، بلکه در مفاد روایت دو گونه منشأ داریم. پس اینکه به این روایت استدلال به بطلان معاطاه شده است درست نیست و شیخ حرّ هم در حاشیه ای با تعبیر «منه» از ایشان نقل شده است، این روایت را دلیل بر بطلان معاطاه دانسته است و این استدلال ایشان درست نیست. البته این را عرض بکنم که مراد از کلام یک معنایی در مقابل فعل است، نه در مقابل کتابت. آقای خوئی خیلی این مسئله را دنبال کرده است که اگر کلام باشد، مسلم کتابت هم کفایت می کند و خود کلام به معنای عرفی یک معنایی اوسع است، وقتی در کتابها «قال، اقول» گفته می شود، همه اینها با کتابت است، قرآن کلام الله است، این استعمالات

مجاز نیست، کلام یک معنای وسیعی است که البته به فعل خارجی و امثال اینها مثل معاطاه کلام گفته نمی شود، ولی به کتابت ها کلام گفته می شود. در تعبیر «انما يحلل الكلام» مراد نفی کتابت نیست، حتی در لفظ هم همینطور است، مثلاً وقتی ابن مالک می گوید که «کلامنا لفظ مفید کاستقم»، مراد تلفظ خارجی نیست که از صدایی از دهان بیرون بیاید و در نوشته جات هم شما می بینید که نقل می کنند که فلان مطلب بلفظه، نه نقل به معنی اینطور است. کلام و لفظ به معنای چیزی است که دلالتش کامل باشد، نه مثل فعل و امثال آن که در دلالت همراه با قرائن خارجی باشد. اما اینکه شیخ و برخی دیگر انحصار را از این روایت استفاده کرده اند، شاید مراد از این الف و لام، الف و لام عهد باشد، نه اینکه بگوییم در عالم، محلل منحصر در لفظ است، حتی اگر لفظ را هم بمعنای الاعم بگیریم که شامل کتابت هم بشود. در بسیاری از موارد فعل خارجی محلل می باشد، کما اینکه خیلی از افعال، نکاح را حرام می کند و بعضی از چیزها هم حلال می کند و این انحصار اگر به طور کلی باشد، اشکال دارد، ولی ممکن است که الف و لام در «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» الف و لام عهد باشد، یعنی کلام به یک صورت موجب تحلیل و به یک صورت موجب تحریم می شود. و ما می توانیم به گونه ای معنی بکنیم که تخصیص اکثر هم پیش نیاید. در نتیجه این مورد روایت قابل تطبیق به بحث معاطاه نیست، زیرا در مورد روایت منشأ دو گونه است که در

یک مورد باطل و در مورد دیگرش صحیح است. منشأ در باب معاطاه و غیر معاطاه \_ که انشاء با لفظ است \_ یکی است، منتهی فقط وسیله ی انشاء متفاوت است. پس بنابراین این روایت شاهد بر بطلان معاطاه نیست، اما ظاهر کلام شیخ حر در حاشیه این است که معاطاه نه حلیت می آورد و نه اباحه. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بیان معنای روایت «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام» ۹۱/۱۰/۱۰

.Your browser does not support the audio tag

بیان معنای روایت «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام» شیخ انصاری می فرمایند که ممکن است از این قسمت روایت که «انما یحرم الکلام» استفاده بکنیم که محرم منحصر در کلام است و فقط کلام است که می تواند چنین نقشی داشته باشد و در نتیجه ایجاب بیع حتماً باید با کلام باشد و قبل از اینکه شخص مالک بشود، حق ندارد و بعد که مالک شد، به وسیله ی کلام ایجاب بیع می کند و با غیر کلام نمی شود. این فرمایش ایشان است و بعد هم در ادامه می فرمایند که یک اشکالی در این استدلال هست و آن این است که بگوییم ایجاب بیع، هم با فعل می شود و هم با کلام و لفظ و سؤال این است که چرا شارع ایجاب را منحصر به کلام کرده است؟ شیخ می فرماید که وجه این انحصار این است که چون قبل از اینکه شیء به دست شخص بیاید، نمی شود معاطاه را تصور کرد، مثلاً آن ثوبی را که می خواسته بخرد، در دکان طرف و پیش مغازه دار است و اگر خارجاً بخواهد ایجاب بیعی بشود، ایجاب بیع معاطاتی متصور نیست و ایجاب در اینجا فقط در دائره ی لفظی است، فلذا در مورد بحث ایجاب منحصر

ص: ۳۶۹

در کلام خواهد بود. بعد هم ایشان فتأمل آورده است که اشاره به این است که ممکن است آن ثوبی که می خواسته بخرد، در دست همان راوی که سؤال می کند، باشد، ولو آن ثوب مال خودش نباشد که در روایت هم می فرماید که «اشتر هذا الثوب» که شاید اشاره به ثوبی باشد که مال مغازه دار است و امانه یا اجاره در دست این شخصی است که از او می خواهند آن را بخرد. در این صورت قابل تصور است که الان همین شخصی که ثوب مغازه دار در دست اوست، معامله ی معاطاتی با دیگری بکند. پس مراد از فتأمل این است که معاطاه در اینجا قابل تصور است. منتهی باید بینیم که منهای این جهتی که ندرتاً اتفاق می افتد، چگونه باید روایت را معنی بکنیم. در تقریرات مرحوم آقای حاج شیخ عبدالکریم در بیان محلل و محرم می فرماید که گاهی انسان می خواهد یک چیزی برایش حلال بشود، مثلاً می خواهد تمتع برایش حلال بشود و این منحصرأً به وسیله ی لفظ حلال می شود، یک مرتبه هم می خواهد که تمتع حرام بشود و می خواهد طلاق بدهد، اینجا هم وسیله ی لفظ تحریم می کند، پس مقتضای حصر عبارت از این است که منحصرأً طلاق و نکاحی که محرم و محلل است، فقط با کلام واقع می شود. یک مرتبه هم نظر هم به تحلیل است و هم به تحریم، مثلاً در باب بیع شخص می خواهد که آن جنسی که پیش طرف است، برای او حلال بشود و جنسی که پیش خود اوست، برایش حرام بشود که اینجا هم تحلیل و تحریم به وسیله ی کلام واقع می شود. این بیان با صورت هایی که ذکر شد،

ص: ۳۷۰

منطبق است، اما بحث روایت در جایی است که شخص می خواهد مال دیگری را بفروشد، حال باید بینیم که مقصود از کلام محلل و کلام محرم این است که اگر بخواهیم مال دیگری را با کلام بفروشیم، خلاف شرع است، اما اگر به صورت معاطاتی بفروشیم جایز است؟! این حلال است و آن یکی حرام؟! این مطلب درست نیست و فروش مال دیگری، قبل از اینکه ملک خود انسان بشود، چه با لفظ و چه با فعل، کار حرامی است. مراد از تحریم در اینجا هم تحریم وضعی است، یعنی کلام باطل است و اگر انسان بخواهد انشاء با کلام بکند، باطل است و اسم این را تحریم گذاشته اند، زیرا ترتیب اثر دادن به آن حرام است. این بطلان هم اختصاصی به این ندارد که انشاء با لفظ باشد، بلکه انشاء بای نحو کان، باطل خواهد بود. این حصر در اینجا، حصر اضافی است و در مقابل فعل نیست، بلکه می فرماید که این «بعث و اشتریت» قبل از خریدن مال، باطل است، اما «بعث و اشتریت» بعد از خرید ملک صحیح است. حصر در اینجا نسبت به کلام دیگر و در مقایسه با آن است، نه اینکه بخواهد انشاء را منحصر در لفظ بکند. پس بنابراین این روایت هیچ ارتباطی به بحث معاطاه ندارد. شیخ در ادامه روایات دیگری برای تأیید عدم لزوم معاطاه بیان فرموده است که مؤید بودن این روایات برای مدعای ایشان ضعیف می باشد، خود شیخ هم این روایات را به عنوان استدلال بیان نمی فرماید، بلکه به عنوان تأیید می آورد. با توجه به ضعف استناد به این روایات، احتیاجی به بحث ندارد

و بحث تنبیهات معاطاه را که شامل بحث های مهم و مشکلی است، بعد از تعطیلات انشاء ... مباحثه خواهیم کرد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## بررسی صور مختلف معاطاه ۹۱/۱۰/۲۶

Your browser does not support the audio tag

بررسی صور مختلف معاطاه مختار ما این بود که معاطاه عقدی است که هم ملکیت می آورد و هم لزوم دارد و مثل بیع بالصیغه است. البته این مسئله بعد از شیخ مطرح شده است و عبارت شیخ مفید در این باره مجمل است و سید مرتضی و دیگران هم متعرض آن نشده اند، اما طبق قواعد معاطاه با بیع بالصیغه مشترک در صحت و لزوم است. شیخ در بحث تنبیهات مطالبی را بیان فرموده است که برای مباحث دیگر مفید است و باید به آنها پردازیم. شیخ سه بحث را عنوان کرده است. بحث اول در این است که طرفین معاطات را به قصد اباحه انجام داده اند و تعاطی به قصد اباحه بوده است، که صاحب جواهر هم می فرماید این بحثی که آقایان گفته اند که اباحه حاصل می شود، در همین مورد است. یک صورت هم این است که شخص قصد تملیک و مبادله ی ملک را دارد، منتهی شرعاً لازم نیست. در اینجا ملکیت هست، ولی لزوم ندارد که مختار شیخ تقریباً همین است. یک صورت دیگر هم عبارت از این است که شخص به قصد مبادله ملک اعطاء و اخذ کرده است، اما ملکیتی حاصل نمی شود و فقط اباحه حاصل می شود. این سه صورت هر یک باید جداگانه مورد بحث قرار بگیرد که آیا شرایطی که راجع به بیع وجود دارد، نسبت به این سه مورد هم جاری می شود یا نه. بحث اول در جایی است که

ص: ۳۷۲

اعطاء به قصد اباحه انجام شود و البته از ادله ای که راجع به شرایط بیع است، نمی توانیم در این مورد استفاده بکنیم، زیرا هم عرفاً و هم شرعاً قصد تملیک و مبادله ی ملک در بیع معتبر است و جایی که قصد اباحه باشد، عرفاً و شرعاً حکم بیع را ندارد. پس به ادله ی بیع نمی توانیم مراجعه بکنیم و باید به سراغ ادله ی اباحه برویم تا ببینیم که چه استفاده ای از آنها می شود. شیخ راجع به این صورت می فرماید که مناسب است که از «الناس مسلطون» برای مشروعیت این مورد استفاده بشود. البته یک اشکال بدوی به نظر اشخاص می آید و عده ای هم این اشکال را کرده اند که چطور است شیخ انصاری در اثبات سببیت معاطاه استدلال به «الناس مسلطون» را نپذیرفتند، اما در اینجا خود ایشان برای تصحیح معاطاه اباحه ای از این دلیل استفاده می کنند؟! من احتمال می دهم که شیخ نمی خواهد بفرماید که با این دلیل مشروعیت سببیت معاطاه را استفاده بکنیم، زیرا این مطلب اجماعی است که برای اباحه یک شیء نیازی به لفظ نداریم و همین قدر که مثلاً شخص یک چیزی را در اختیار مهمان بگذارد که او بخورد، کفایت می کند و از نظر سببیت معاطاه مانند عقد لفظی است، منتهی شیخ نظر به این دارد که برای جواز انواع تصرفات به «الناس مسلطون» تمسک بفرمایند، مثل اینکه اباحه معوضه باشد، بی عوض باشد، اباحه امر مجهول باشد یا اباحه ی امر معلوم باشد، اباحه ربوی باشد، غیر ربوی باشد. مفروض ایشان این است که معاطاه و عمل در اباحه با لفظ یکسان است، منتهی بحث در این است که آیا همه ی اقسام اباحه

ص: ۳۷۳

جایز است، ربوی اش هم جایز است، اگر مالی که اباحه می شود، مجهول باشد، باز هم جایز است یا نه؟ ایشان می فرماید که برای جواز اقسام اباحه، به اطلاق «الناس مسلطون» تمسک می کنیم. آقای خوئی و قبل از ایشان مرحوم آخوند در حاشیه به این مطلب اشاره فرموده و اشکالی را مطرح کرده اند که ما نمی توانیم از «الناس مسلطون» جواز کلی را استفاده بکنیم، زیرا معنای این عبارت این است که یک شیئی که ذاتاً ممنوعیتی ندارد، اگر ملک شخص شد، آن شخص مالک اختیار مطلق دارد و لازم نیست که از رئیس، فامیل، فقیه یا اشخاص دیگر در تصرفاتش اجازه بگیرد. آقای خوئی اینطور مثال می زنند که اگر شخص یک حیوانی را تملک کرده باشد و نداند که این حیوان حلال گوشت است، یا حرام گوشت، نمی تواند به «الناس مسلطون» برای حلیت و جواز خوردنش تمسک بکند. یا اگر شک بکنیم که فلان قسمت از ذبیحه حرام است یا نه، نمی توانیم برای حلیت آن به «الناس مسلطون» تمسک بکنیم. این موارد تخصیص این ادله نیست، بلکه مراد از «الناس مسلطون» جواز تصرفاتی است که ذاتاً جایز است و ممنوعیتی ندارد. پس بنابراین اگر شک بکنیم که ربای اباحه ای جایز است، یا نه و یا اینکه شک بکنیم اباحه ی مجهول جایز است یا نه، در این موارد نمی توانیم تمسک به «الناس مسلطون» بکنیم، زیرا اصل مشروعیت آن ثابت نیست. این فرمایش مرحوم آخوند است و درست هم هست. یک فرض دیگر عبارت از این است که شخص قصد ملکیت می کند و شرع هم به نحو ملک جایز آن را امضاء کرده است. ایشان در اینجا می فرمایند



که اطلاعات ادله ای که راجع به بیع و شرایط آن است، شامل اینجا هم می شود، زیرا بر اساس این مبنا تملیکی که به وسیله ی فعل انجام می شود، هم عرفاً بیع است و هم شرعاً صحیح شده است و احکام روی اصل بیع رفته است، نه بیع لازم. اگر احکام بر بیع لازم هم بار شده باشد، یک بیان دیگری است که بعداً عرض می کنیم و خیلی بحث مهمی ندارد. آنچه که قابل ملاحظه است، این است که اگر ما قائل به نظر مشهور قدمات \_ که قائل به این بودند که معاطاه ملکیت نمی آورد و لو طرفین قصد ملکیت و مبادله ملک کرده باشند \_ باشیم، آیا ادله شرایط بیع شامل اینجا هم می شود یا نه؟ قول صحیح در مسئله این است که چه معاطاه را باطل بدانیم و چه صحیح، کسی که قصد مبادله ی ملک می کند و مال دیگری را هم بر می دارد، اینجا بیع صحت سلب ندارد و عقیده ما هم این است که الفاظ برای اعم از صحیح و فاسد وضع شده است و عرف بدون اینکه بالفطره سلب بکند، می گوید که فلان کس اموالش را فروخته است و مانند اطلاق اسد بر رجل شجاع نمی باشد. در این مورد انسان می فهمد که تشبیه در کار است، اما در معاطاه اینطور نیست و همان انشائی که شخص انجام می دهد و طرف مقابل هم قبول می کند، به حسب وضع و مستعمل لفظی خرید و فروش می باشد. منتهی ادله ای که شرایط بیع را ذکر می کنند، شرایط تسمیه را بیان نمی کنند که بر اسم بیع حمل بشود و لو بیع فاسد باشد، بلکه آن ادله یا

شرایط صحت و یا شرایط لزوم است. پس روایات ناظر به شرایط تسمیه نیست. حال باید بررسی بکنیم که شرایط صحت در معاطاتی که اباحه در آن حاصل می شود، نه ملکیت، می آید یا نه. مرحوم آقای خوئی در اینجا بحثی دارند که کامل ترش را مرحوم آخوند در حاشیه بیان فرموده اند. ایشان می فرمایند که ظاهر «اوفوا بالعقود» عبارت از این است که هر قراری که بین طرفین بسته شده است، مورد امضاء شارع می باشد، منتهی اطلاق «اوفوا بالعقود» اقتضاء می کند که از همان وقتی که انشاء می شود، شارع ملکیت و مبادله را امضاء کرده باشد، ولی خارجاً ثابت می شود که شارع بعضی از بیع ها را امضاء نکرده است، مثل بیع صرف و سلم، زیرا شارع ملکیت را به مجرد عقد نمی داند، بلکه باید قبض و اقباضی هم محقق بشود، تا ملکیت حاصل بشود. پس اطلاق وجود ندارد و «اوفوا بالعقود» شامل بعد از قبض می شود. همین معنی را هم راجع به معاطاه می گوئیم که تا تصرف یا تلف احد الطرفین نباشد، ملکیت حاصل نمی شود. شیخ در مسئله «الامر السابع» که راجع به تنبیهات معاطاه است، تصریح به این مطلب کرده است که امضاء شارع بعداً منفصلاً می آید و از اول امضاء نکرده است و بعد از امضاء هم هر شرطی که بیع اقتضاء می کند، برای معاطاه هم خواهد بود. این قسمت را آقای خوئی و مرحوم آخوند مورد اشاره قرار داده اند، اما مرحوم آخوند اضافه بر این می فرمایند که ما دو گونه می توانیم تصور بکنیم، یکی اینکه بگوئیم تصرفی که بعداً حاصل می شود، منفصلاً منشأ اثر می شود و به مجرد انشاء اثر وجود ندارد. در این

صورت احکام بیع از زمان تصرف بار خواهد شد. اما اگر بگوییم که خود تصرف منشأ حصول ملکیت شده است، نه اینکه ملکیت از عقد حاصل شده باشد و با تصرف این اثر ظاهر شده باشد، در این احتمال دیگر ارتباطی به بیع پیدا نمی کند و این اثر برای بیع عرفی نخواهد بود و به نظر ما هم شرع و عرف هیچ فرق ندارند و شرع حقیقت شرعیه ندارد. پس چون این ملکیت مستند به بیع نیست و تصرف منشأ تحقق آن است، دیگر ارتباطی به بیع نخواهد داشت. مرحوم آخوند به این مطلب اشاره فرموده اند و این مبتنی بر این است که بگوییم خود «أوفوا بالعقود» شامل اینجا هم می شود. البته مبنای مرحوم آخوند در کفایه در اینکه تمسک به عام بکنیم یا استصحاب، این است که از اطلاقش صرف نظر کرده و به عموم افرادی اخذ می کنیم. این بحث مربوط به بعد از تصرف بود، اما راجع به قبل از تصرف ایشان می فرمایند که در اینجا هم شرایط بیع هست، با اینکه هنوز شرع بیع را امضاء نکرده است، هم آقای خوئی و هم مرحوم آخوند می فرمایند که مقتضای قاعده این نیست که اگر عقد واقع شده ولی مورد امضاء قرار نگرفته، اباحه حاصل بشود، زیرا قصد طرفین قصد اباحه نکرده اند، بلکه قصد ملکیت کرده اند. پس بنابراین طبق قاعده یا باید ملکیت حاصل بشود، یا هیچ چیز حاصل نشود و کالعدم باشد، منتهی چون اجماع در مسئله وجود دارد و سابقین هم اتفاق بر حصول اباحه داشته اند و اجماع دلیل لئی است، باید بگوییم که قدر متیقن حصول اباحه است و مورد اجماع

در جایی است که همه شرایط بیع حاصل باشد، یعنی ربوی نباشد، مجهول نباشد و تمام آن شرایطی که در بیع هست در اینجا هم وجود داشته باشد. پس شرایط بیع هم در حال اباحه و هم در حالی که بعداً ملکیت حاصل می شود، علی کل تقدیر باید این شرایط وجود داشته باشد. منتهی عمده ی این بحث عبارت از این است که معنای قول کسانی که قائل به اباحه شده اند، این است که شارع بر خلاف نظر مردم که قصد اباحه ندارند، حکم به اباحه می کند؟! آیا شارع علیرغم اینکه قصد افراد ملکیت است و قصد اباحه ندارند، اینطور حکم به اباحه می کند؟! این بسیار بعید است و به نظر می رسد که مراد از اباحه، اباحه شرعیه نیست، بلکه اباحه مالکیه است و قائلین به اباحه می خواهند بگویند که اشخاص به حسب معمول به نحو تعدد مطلوب هم قصد ملکیت دارند و اگر هم ملک نباشد، نظر به جواز تصرفات به نحو اباحه دارند و شارع آن ملکیت را امضاء نکرده است، اما اباحه ی مالکی مورد امضاء او قرار گرفته است و اگر اباحه ی مالکی باشد، آن شرایطی که راجع به بیع است، در اینجا نمی آید. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

### جریان شرایط صحت بیع در معاطاه ۹۱/۱۰/۲۷

.Your browser does not support the audio tag

جریان شرایط صحت بیع در معاطاه مختار شیخ این شد که همه ی شرایطی که در بیع صحیح هست، در معاطاه هم در نظر گرفته می شود، حتی معاطاتی که به عقیده مشهور مفید اباحه باشد. ایشان در این باره دو بیان دارند، یک بیان همین مطلب است که موضوع در خطابات، بیع عرفی است و معاطاه هم ولو مفید اباحه باشد،

ص: ۳۷۸

عرفاً بیع است، پس شرایطی که در بیع ذکر شده است، در باب معاطاه هم خواهد آمد. درست در نقطه ی مقابل این مطلب، ایشان بیان دیگری دارند مبنی بر اینکه نباید تردید کرد که وقتی تعبیر می شود «الیعان بالخیار»، لفظ بیع نصاً و فتوی انصراف به بیع لازم متعارف دارد. پس بنابراین در عین حالی که ایشان می فرمایند «لا ینبغی للمتأمل» که بیع منصرف به بیع لازم متعارف است، خود ایشان بیع را به بیع عرفی تعبیر می کنند که شامل معاطاه هم می شود، چه مفید ملکیت باشد و چه مفید اباحه و این مطلب در نقطه ی مقابل فرمایش اول ایشان است! در آنجا می فرمایند که اگر ملکیت هم باشد، ادله شرایط شامل معاطاه نمی شود، اما در اینجا می فرمایند که اگر معاطاه مفید اباحه هم باشد، باز هم شرایط بیع شامل آن خواهد شد! در این دو فرمایش ایشان یک نوع تهافت ظاهری وجود دارد، اما به نظر می رسد که مقصود شیخ این باشد که ابتداءً بیع منصرف به بیع های متعارف که عقدی از عقود لازم است و در مقابل هبه و سایر عقود جایز قرار دارد، است، لذا از نظر انصراف آنچه که ابتداءً به ذهن انسان می رسد، بیع متعارف و لازم است، اما این انصراف، انصراف بدوی است، نه انصراف مستقر، زیرا در انصراف مستقر دیگر چنین قیودی وجود ندارد، مثلاً اگر کلمه عالم به کار برده شود، در انتقال ابتدایی آدم های باسواد حسابی به نظر انسان می رسد، اما بعد از قدری تأمل و توجه نهایی انسان ملتفت می شود که عالم مراتبی دارد و عین اختلاف مراتب به همه ی اینها عالم اطلاق می شود و

ص: ۳۷۹

باید به آنها احترام گذاشت. پس خلاصه مختار شیخ این است که در انصراف بدوی بیع متعارف و لازم به نظر می رسد، اما بعد از تأمل و توجه در می یابیم که حکم روی مطلق بیع هایی که عرف بیع می داند رفته است. پس یک بیان شیخ این شد که چون موضوع عبارت از بیع عرفی است و شارع هم با عرف مخاطبه می کند، روایات هم در همان محیط مردم عادی صادر شده است، نه برای یک عده افراد خاص، بنابراین همه ی شرایطی که در بیع صحیح جاری است، در باب معاطاه هم \_ که بیع عرفی است \_ جاری می باشد. بیان دیگر شیخ هم این بود که در باب معاطاه قصد مبادله ی ملکی شده است، اما شارع آن را امضاء نکرده، ولی اباحه ی تصرف را امضاء کرده است و این بر خلاف قاعده است، ولی به وسیله ی اجماع ثابت شده است که اباحه ای در کار است. اجماع هم دلیل لثمی است و باید به قدر متیقن اخذ بشود که در اینجا عبارت از این است که تمام شرایطی که در بیع بالصیغه وجود دارد، در بیع فعلی هم باید باشد تا بر خلاف قاعده اباحه ثابت بشود. اما عرض ما نسبت به فرمایش ایشان \_ که بیع را بیع عرفی دانستند \_ این است که ما بالاتر از این را می گوییم که اصلاً شرع حقیقت شرعیه در باب بیع ندارد. البته شرایط صحت عندالعرف با عندالشرع متفاوت است، اما لفظ بیع برای اعم از صحیح و فاسد وضع شده است و شرع هم هیچ اصطلاحی در این باب ندارد. اگر هم فرض کنیم که بیع شرعی

و عرفی متفاوت از هم باشند \_ چنانچه از ظاهر کلام شیخ اینطور استفاده می شود \_ باید موضوع شرعی را اختیار بکنیم. مثلاً اگر شرع کسی را مالک نداند، اما عرف او را مالک بداند، با نبود قرینه، اعتبار شرع معتبر خواهد بود و متفاهم در این موارد این است که هر قانونگذاری اگر اعتبار خاصی راجع به موضوعی کرد و بعد احکامی روی آن امر اعتباری رفت، در صورت نبود قرینه، مراد اعتبار خود اوست، نه اعتبار عرف معمول. پس ما اگر بگوییم که بیع هم مانند ملکیت از امور اعتباری است و شارع یک چیزهایی را بیع می داند که عرف آنها را بیع نمی داند، یا بالعکس، باید موضوع را بیع شرعی بگیریم، نه بیع عرفی. پس از این جهت ما این فرمایش ایشان را نمی توانیم تصدیق بکنیم که موضوع بیع عرفی باشد. اگر هم بپذیریم که موضوع بیع عرفی است، بحث دیگر این خواهد بود که شرایطی که در شرع تعیین شده است، شرایط تحقق بیع عرفی نیست، بلکه شرایط امضاء شرع است. اگر معامله ای که انجام شده است، بخواهد ممضی از جانب شرع باشد، باید واجد این شرایط باشد. پس شرایطی که شرع تعیین کرده است، مثل اینکه عقد نباید ربوی یا مجهول باشد، شرایط امضاء کردن شارع است، اما معاطاتی که حاصل آن اباحه شده است، مورد امضاء شارع قرار نگرفته است و از اول خارج است، پس ادله ی شرایط شامل اینجا نخواهد شد و بعید هم هست که بگوییم این ادله قائم بر این شده است که بیع عرفی فی الجمله اثر داشته باشد، به این معنی که بگوییم چون بالأخره

اباحه یک مقدار اثر دارد و در مقابل عدم یک شیء است، شارع می گوید که اگر اباحه بخواهد واقع بشود، باید چنین شرایطی داشته باشد. با این فرض می توانیم شرایط را شامل اینجا هم بدانیم، ولی آنی لنا یا ثبات ذلک؟! و اما وجه دومی که ایشان فرمودند که چون اباحه بر خلاف قاعده است، بنابراین باید به قدر متیقن اکتفاء بشود و قدر متیقن هم در صورتی است که شرایط بیع بالصیغه در اینجا ملاحظه شده باشد، عرض ما در این باره این است که خیلی بعید است که شارع مقدس بر خلاف نظر طرفین و با وحدت مطلوب بگوید که اینجا اباحه حاصل بشود. و اگر ما به چنین چیزی ملتزم بشویم، باید همه ادله و روایاتی که می گوید بدون رضایت مردم تصرف در اموالشان حلال نیست را تخصیص بزنیم، مثل روایت «لا یحل مال امرء الا عن طیب نفسه» و امثال آن. پس چنین چیزی خیلی بعید است و به نظر می رسد که اباحه در اینجا اباحه مالکی باشد به این معنی که متعارف اشخاص می گویند که طرف مقابل از اول مالک نمی شود، اما مختار مطلق است و می تواند تملک بکند و هر تصرفی را انجام بدهد. اگر هم اباحه را اباحه مالکی بدانیم، باید ببینیم که شرایطی که در ملکیت و بیع و امثال آن شرط شده است، در اباحه ی مالکی هم می آید یا نه. در اینجا که علی الفرض اباحه مالکی به صورت ضمنی است، اما در جایی که نصاً و ابتداءً شخص تصرفات را برای طرف مقابل اباحه می کند، آقای خوئی می فرماید که بر اساس اطلاقات در چنین جایی شرایط

معتبر نیست، ولی ایشان نمی فرمایند که بر اساس چه اطلاقاتی معتبر نیست! اما مرحوم آخوند در حاشیه به اطلاقات «لا یحل مال امرء الا عن طیب نفس»، و «لا یحل لأحد ان یتصرف فی ملک غیره الا بإذنه» تمسک می فرمایند. حال باید دید که آیا این اطلاقات تمام است و می توانیم به آنها تمسک کنیم یا نه. به نظرم می رسد که مرحوم سید در ذیل آیه «تجاره عن تراض» در باب فضولی یا جای دیگر می فرمایند که این اطلاقات مانند «لا صلاه الا بطهور» شرط لازم هستند که نماز بدون طهارت نمی شود، نه شرط کافی و ممکن است که نماز مثلاً ده شرط دیگر هم داشته باشد و عبارت در اینجا در مقام بیان این یک شرط است و اطلاقی در این عبارت وجود ندارد که بشود به آن تمسک کرد. پس اگر در جایی اطلاق موضوع حکم ما باشد و منشأ اثر باشد، نمی توانیم به امثال «لا- صلاه الا- بطهور» تمسک بکنیم. در عبارت «لا یحل مال امرء الا عن طیب نفس» می خواهد بگوید که بدون رضایت نمی شود مال مردم را بخورید، غضب کنید، و امثال اینها و فقط طیب نفس کفایت می کند، نه اینکه این روایت ناظر به این باشد که اگر ربوی هم شد، اشکالی ندارد، اگر مجهول هم بود، اشکالی ندارد و امثال اینها. پس اینطور نیست که بگوییم اگر رضایت حاصل شد، هیچ شرط دیگری وجود ندارد. این اشکال ایشان است و فی الجمله به نظر می رسد که این اشکال وارد باشد. مثلاً اشخاصی از غیر مجتهد تقلید می کنند و ما به آنها می گوییم که تقلید از افراد جایز نیست، مگر



اینکه مجتهد باشد، ما در این مثال نظر به این نداریم که مثلاً عدالت و جهات دیگر در تقلید معتبر نیست. این بیان در مقابل عقد سلبی قضیه است و فی الجمله در این موارد فقط شرطیت استفاده می شود، نه شرط کافی بودن که بتوانیم به اطلاق تمسک بکنیم. ولی به نظر ما در مثل «تجاره عن تراض» ممکن است که بگوییم شرط کافی استفاده می شود به این معنی که اگر شخص اکتفاء به یک شرط بکند، مثل اینکه بگوید در تقلید اجتهاد شرط است، بیان این شرط قیود دیگر را نفی نمی کند و ممکن است که قیود دیگری هم معتبر باشد، اما در جایی که شخص در کنار اجتهاد یک قید دیگری هم مثل عدالت بیان می کند، ظاهر این تعبیر بر اساس متعارف عرفی این است که در مقام عقد اثباتی می خواهد اهمال قضیه را از بین ببرد و اطلاق قضیه می خواهد بگوید که اجتهاد تنها کافی نیست و عدالت هم در تقلید شرط است. در مثل «تجاره عن تراض» هم می فرماید که اولاً خوردن مال دیگران باید به نقل و انتقال باشد و ثانیاً رضایت هم باید داشته باشند، پس آیه در مقام بیان بیع صحیح است و ممکن است که ما چنین استظهاری را بکنیم. پس همانطور که مرحوم سید هم شبهه کردند، تمسک به اطلاق «لا یحل مال امرء الا عن طیب نفسه» یا «لا یحل لأحد ان یتصرف فلان» مشکل است و نمی توانیم به اطلاق اینها تمسک بکنیم. اما آن چیزی که می توانیم به آن تمسک بکنیم، سیره ی عقلاء است که وقتی اباحه حاصل شد، اباحه قید و شرطی ندارد و

عقلاء آن را جایز می دانند و اگر در نظر شرع مطهر اباحه شرایطی داشته باشد، باید بیان بکند و اگر بیان نکند، بر اساس یک سیره ی دیگر عقلائی، باید به سیره ی غیر مردوعه ی عقلاء تمسک بکنیم. منتهی بعضی امور بستگی به مراجعه به ادله شان دارند، مثلاً باید دید که ادله حرمت ربا تا چهقدر دلالت دارد و آیا شامل معاملات مثل اباحه و امثال آن هم می شود یا نه؟ ممکن است که بگوییم ادله ربا مطلق معاوضات را شامل می شود، همانطور که شیخ هم همین را اختیار کرده است و از ادله ربا هم استفاده می شود که تنها در بیع نیست و این ادله بنای عقلاء را ردع می کند. پس بنابراین آن شرایطی که عقلاء در باب اباحه معتبر نمی دانند و شرع هم ردع نکرده است یا ردع شارع ثابت نشده است را ما هم نباید معتبر بدانیم و باید اخذ به بنای عقلاء بکنیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### جریان خیارات بیع در باب معاطاه ۹۱/۱۰/۳۰

Your browser does not support the audio tag

جریان خیارات بیع در باب معاطاه بحث دیگری که باید به آن پردازیم این است که آیا خیاراتی که در بیع هست، در باب معاطاه هم جاری است یا نه. مرحوم شیخ در مکاسب می فرمایند که «و أمّا حکم جریان الخيار فیها قبل اللزوم، فیمكن نفیه علی المشهور؛ لأنها جائزة عندهم فلا- معنی للخیار». مرحوم آقای خوئی و مرحوم آخوند بر اساس همین عبارت بحث کرده اند، ولی در این عبارت اختلاف نسخه وجود دارد و صحیحش عبارت از نسخه ای است که به جای «لأنها جائزة» تعبیر «لأنها اباحه عندهم» آورده شده است. آقای خوئی چون این نسخه را ندیده اند، فرموده اند که

ص: ۳۸۵

کأن اشتباهی از مصنف سر زده است، زیرا بعداً بحث می شود که جواز منافاتی با ثبوت خیار ندارد و ممکن است یک عقد جایز باشد، مع ذلک خیار هم باشد. در نسخه ی چاپ کنگره ی شیخ انصاری هم در متن تعبیر به «لأنها اباحه» شده و در حاشیه هم «لأنها جائزة» آورده شده است. ایشان تعبیر می فرمایند که در صورتی که شارع حکم به ملکیت و بیع نکرده، بلکه حکم به اباحه کرده باشد، خیار و فسخ معنی ندارد، زیرا عقدی واقع نشده است تا اینکه بخواهد فسخ بشود. مرحوم آخوند در حاشیه می فرمایند که اگر ما قائل بشویم که در معاطاه بعد از ملزّمات، احکام بیع بار می شود، مانعی ندارد که بگوییم قبل از ملزّمات هم فسخ صحیح باشد، زیرا معاطاه یک بیع عرفی است که اثرش بعد از ملزّمات ظاهر می شود. در بیع صرف و سلم هم به مجرد عقد، ملکیت و تبادل حاصل نمی شود، بلکه ملکیت بعد از قبض حاصل می شود، با این حال قبل از قبض می توانیم بیع را فسخ بکنیم. نتیجه ی فسخ هم عبارت از این است که اگر بعداً قبضی حاصل بشود، مُملّک نخواهد بود و آثار بیع بار نخواهد شد. پس فرمایش مرحوم آخوند این است که اگر بعد از ملزّمات، «اوفوا بالعقود» شامل معاطاه می شود، می توانیم بگوییم که قبل از ملزّمات هم فسخ و خیار صحیح می باشد، ولی اگر بگوییم که بعد از ملزّمات، خود تصرف و تلف، الزام آور است، نه اینکه اثر آن عقد ثابت قبلی منفصلاً ظاهر بشود، دیگر فسخ معنی نخواهد داشت. مرحوم شیخ در تنبیه سابق به همین مطلب اشاره می فرمایند که بعد از

ص: ۳۸۶

ملزمات اثر عقد ظاهر می شود، منتهی در آنجا اسمی از خیار نبرده است، ولی مرحوم آخوند از همان مطلب استفاده کرده و خیار را اثبات فرموده اند. این بحث در صورتی بود که ما قائل به حصول اباحه بشویم، اما اگر ما قائل شدیم که معاطاه مفید ملکیت است، ایشان می فرمایند که «فیمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً؛ بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم»، یعنی بر اساس این مبنی ممکن است بتوانیم در باب معاطاه خیار را به طور مطلق اثبات کنیم، بنابر اینکه «صيرورتها بيعاً بعد اللزوم». به این عبارت «صيرورتها بيعاً بعد اللزوم» همه محشیین اینطور اشکال کرده اند که «قبل اللزوم» هم «على القول بالملكیه» بیع هست و چرا ایشان اینطور تعبیر فرموده اند که بعد از لزوم بیع می شود؟ قبل از لزوم هم بیع هست، منتهی لازم نیست. مرحوم آخوند و بعضی از محشیین اینطور تعبیر فرموده اند. آقای خوبی هم فرموده اند که این «سهو القلم» از مصنف است. ولی به نظر می رسد که این تعبیر سهو القلم نباشد و اشکالی هم بر آن وارد نباشد، زیرا عبارت «بیعاً بعد اللزوم» در عین حالی که جنبه احترازی دارد، مفهوم هم دارد و به دو گونه می توانیم مفهوم گیری بکنیم، یکی عبارت از این است که از «بعد اللزوم» مفهوم گیری بکنیم که معنی اینطور خواهد بود که قبل از لزوم بیع نبود و بعد از لزوم بیع می شود. اگر اینطور مفهوم گیری بشود، آن اشکال وارد خواهد بود که قبل از لزوم هم بیع هست، اما لازم نیست. اما احتمال دیگر \_ که مراد شیخ هم همین است \_ این است که مفهوم را از کلمه بیع بگیریم.

اگر ما قائل به مبنای شهید اول بشویم که قبل از لزوم یک معاوضه ، بعد از لزوم هم یک معاوضه ی دیگری وجود دارد، در این صورت نمی توانیم احکام بیع را بار بکنیم، چون فرض این است که بعد اللزوم یک معاوضه ی مستقلی است و ربطی به بیع ندارد، اما اگر بگوییم که بعد از لزوم «بیع لازمه» حاصل می شود، نه «معاوضه لازمه»، قهراً احکام بیع بار خواهد شد. پس مراد شیخ این است که مفهوم از کلمه بیع گرفته می شود، نه از کلمه لزوم تا شما بگویید که قبل و بعد لزوم در بیع بودن فرقی ندارد. به نظر ما اینطور است و کلمات شیخ صریح در این مطلب است و لزومی ندارد که ما حمل بر سهو القلم بکنیم. این یک بیان بود، اما یک طور دیگر هم می شود معنی کرد که همانطوری که شیخ قبلاً- تعبیر می کند که در نص و فتوی بیع و لو انصرافاً ظاهر در بیع لازم است، در اینجا هم مراد از تعبیر «بیعاً بعد اللزوم» معنای انصرافی بیع است که عبارت از بیع لازم است. یعنی وقتی ملزومات بیع آمد، بیع به معنای انصرافی - که بیع لازم است - تحقق پیدا می کند و قبل از ملزومات این معنای انصرافی تحقق پیدا نکرده است. اگر هم بخواهیم مفهوم بگیریم، باید بگوییم که ظهور بالانصراف را قبل از ملزومات، نفی و بعد از آن اثبات می کند. پس شیخ می فرمایند که اگر ما قائل بشویم که بعد از ملزومات هم بیع است، نه معاوضه - که شهید اول قائل به آن شده است - می توانیم اثبات خیار بکنیم و نتیجه

بعداً ظاهر می شود، مانند بیع صرف و سلم که قبل از قبض هنوز ملکیت حاصل نشده و بعد حاصل می شود و لو الان ثمره ندارد، ولی برای جعل حکم، اثباتاً و نفیاً لازم نیست که همان وقت ثمره داشته باشد و اگر بعداً ثمره داشته باشد، کافی است، مانند وصیت کردن که اثر وصیت بعد از موت ظاهر می شود، حال در چنین صورتی که اثرش بعداً ظاهر می شود، شما می توانید قبل از موت وصیت را فسخ کرده و کالعدمش بکنید. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## جریان خیارات در معاطاه ۹۱/۱۱/۰۲

.Your browser does not support the audio tag

جریان خیارات در معاطاه بحث راجع به این بود که آیا خیارات در معاطاه هم جاری است یا نه. البته اگر کسی معاطاه را مانند بیع عقدی لازم بداند، تمام احکام بیع در آن جاری خواهد بود و ما هم همین نظر را اختیار کردیم. اما بحث راجع به فتوای مشهور است که در معاطاه قائل به اباحه بودند، یا آنچه که بعد از محقق کرکی شهرت پیدا کرده است که معاطاه مفید ملکیت متزلزل و ملک جایز است. باید ببینیم که آیا با این دو مبنا هم خیارات در معاطاه جاری می شود یا نه. اشکالی که در ملک متزلزل وجود دارد این است که چیزی که خودش بالذات قابل به هم خوردن است و رفع ملکیت در آن جایز است، جعل خیار مجلس، عیب، غبن و سایر خیارها لغو خواهد بود. بعد آقای خوبی این مطلب را مفصل مورد بحث قرار داده و می فرمایند که خیارات مطلقاً جاری است و این اشکال هم وارد نیست. بعد ایشان در ادامه توضیح می دهند که یک جواز حقی

ص: ۳۸۹

داریم و یک جواز حکمی. در مکاسب و کتاب های دیگر هم خیلی راجع به این مطلب بحث شده است که وقتی یک اختیاری برای کسی وجود دارد، آیا به عنوان حق این اختیار برای شخص وجود دارد، یا به عنوان اینکه یک حکمی از احکام شرع می باشد. تفاوت بین این دو هم در این است که اگر حق باشد، شخص حق اسقاط دارد، اما اگر حکمی از احکام شرع باشد، دیگر حق اسقاط نخواهد داشت. مثلاً هبه عقدی جایز است، اما جوازش جواز حکمی است، نه جواز حقی و شخص نمی تواند جواز ردّ قبل از تصرفات را اسقاط بکند، زیرا این جواز حکمی از احکام شارع است و باید شارع این حکم را اسقاط بکند. پس ما دو قسم جواز داریم و لزوم هم در مقابل جواز است، بر دو قسم است، یک قسم آن لزوم حقی است و قسم دیگرش لزوم حکمی، به این معنی که گاهی طرفین می توانند لزوم را از بین ببرند، گاهی هم چنین حقی برای آنها وجود ندارد و فقط شارع می تواند چنین کاری بکند. مثلاً بیع لازم است، ولی طرفین می توانند با توافق هم این لزوم را از بین ببرند و ابقاء این لزوم تحت اختیار خود آنهاست. ولی در باب نکاح اینطور نیست که زن و شوهر بتوانند هر وقت بخواهند با توافق یکدیگر نکاح را فسخ بکنند و دیگر نکاحی در بین نباشد. البته طلاق یک امر دیگری است که شوهر می تواند زنش را طلاق بدهد، ولی اینطور نیست که طرفین بتوانند با توافق یکدیگر قرار نکاح را کالعدم بدانند. لزوم در اینجا لزوم حکمی است، نه

ص: ۳۹۰

حقی. پس خلاصه اینکه لزوم و جواز حقی و حکمی داریم. آقای خوئی می فرمایند که این جواز در معاطاه ممکن است که حقی باشد و ممکن هم هست که حکمی باشد. بنابر اینکه حقی باشد، باز هم ممکن است که متعلق در جواز «تراذ عینین» باشد، یعنی کسی که می گوید معاطاه جایز است، معنایش این است که طرفین می توانند عین را رد کنند. ممکن هم هست در این صورتی که جواز حقی است، متعلق جواز عبارت از عقد باشد، به این معنی که بشود طرفین بتوانند این قرار را به هم بزنند. اگر متعلق جواز عبارت از «تراذ عینین» باشد، در جایی که احد العینین یا هر دو تلف شده باشند، دیگر نمی توانند رد بکنند، زیرا «تراذ» مقصور نیست، اما اگر متعلق عبارت از عقد باشد، در اعتبار عقلاء به هم زدن عقد حتی بعد از تلف احد العینین یا هر دو عین متصور است. ایشان بر اساس همه فروض متصوره بحث کرده و می فرمایند که بنا بر اینکه جواز حقی باشد و متعلق جواز هم فسخ العقد باشد، می توانیم بگوییم که در معاطاه هم اختیارات جاری است، زیرا ممکن است شارع هر دو اختیار را جعل کرده باشد، هم خیار ذاتی و هم خیار عرضی که با اسقاط یکی از این دو دیگری باقی باشد و همین مقدار برای خروج از لغویت کفایت می کند. پس در این فرض که اختیارات متعدد قابل اسقاط وجود دارد، اشکالی وارد نخواهد بود اگر هم متعلق جواز را «تراذ عینین» بدانیم، به طریق اولی مشکل حل خواهد شد، زیرا موضوع مجعول در اختیارات، فسخ العقد است و

موضوع

در جواز معاطاه «تراذ عینین» است و این دو موضوع متفاوت از هم هستند، بنابراین هیچ گونه توهم لغویت در کار نیست. البته این فرمایش ایشان احتیاج به یک توضیحی دارد و آن این است که تفاوت موضوعات برای حل مشکل کفایت نمی کند، زیرا جعل خیار به این معنی است که شخص می تواند در تمام صور عقد را فسخ بکند، جواز در معاطاه هم به این معنی خواهد بود که در یک صورت خاص \_ که صورت تراذ است \_ بتواند فسخ بکند، پس بنابراین اشکال لغویت رفع نمی شود. اینکه یک شخص یک اختیارات مطلق داشته باشد و بعد هم به او یک اختیارات محدودی از جانب شارع جعل بشود، لغویت از بین نمی رود و لو اینکه موضوع متفاوت باشد. پس در یک مورد فسخ اطلاق است و در مورد دیگر فسخ در تراذ است. پس با اختلاف موضوع مشکل حل نمی شود، بلکه باید اینطور بگوییم که وجود یکی از این دو ما از دیگری بی نیاز نمی کند، زیرا در آنجایی که خیار ذاتی وجود دارد، اختیار مطلق نیست، زیرا متعلق به تراذ است و تراذ هم محدود است، اما اختیاراتی که عرضی است، اختیارات مطلقه است و قهراً جریان اختیارات مطلقه لغویت پیدا می کند. پس جریان خیار ذاتی محدود به زمانی است که عینین موجود باشند، ولی خیار عرضی محدودیتی ندارد، لذا با وجود این خیار ذاتی، می توان آن خیار عرضی را جعل کرد. منتهی ایشان این توضیح را در فرمایششان نیاورده اند و این توضیح باید ضمیمه فرمایش ایشان بشود والا صرف اختلاف دو موضوع کفایت نمی کند. پس بنابراین اگر ما قائل بشویم که جواز در

معاطاه جواز حقی است، اشکالی وارد نخواهد بود، چه متعلق جواز فسخ العقد باشد و چه تراذ باشد. اما اگر جواز را جواز حکمی بدانیم، شخص نمی تواند از جانب خود این جواز را اسقاط بکند، زیرا حکمی از احکام شارع است و در این صورت هم متعلق جواز عبارت از عقد است که در نتیجه شبهه لغویت پیش می آید که وقتی چنین جوازی وجود دارد، دیگر جعل خیار مجلس و خیارات دیگر چه ثمره ای دارد؟ ایشان می فرمایند که در این صورت هم اشکال لغویت وارد نیست، زیرا اگر مسئله جواز حکمی در معاطاه الی الابد بود و هیچ وقت از بین نمی رفت، جای این اشکال بود، اما وقتی که با تحقق ملزماتی مانند تلف و تصرف جواز ذاتی معاطاه از بین می رود، جعل جواز عرضی اشکالی پیدا نمی کند، چون نسبت این دو عامین من وجه می شود و ممکن است در یک جایی جواز معاطاتی باشد، ولی آن جوازهای عرضی نباشد مثل جایی که خیارات را اسقاط بکنند که جواز ذاتی حکمی معاطاتی در جای خودش باقی است ولو جوازهای عرضی بخاطر اسقاط وجود نداشته باشد. ممکن هم هست که در یک جایی خیارات باشد، مانند خیار مجلس و امثال آن، ولی یکی از ملزمات معاطاه \_ مانند تلف \_ محقق بشود و در نتیجه جواز ذاتی معاطاتی وجود نداشته باشد. پس بنابراین چون نسبت بین این دو عامین من وجه است، جعل هر دو لغو نخواهد بود. البته در تقریرات فرمایش آقای خوبی در این مطلب \_ که نسبت بین این دو عامین من وجه است \_ یک تسامحی اتفاق افتاده است و مثالی که



ایشان زده اند این است که مجلس منقرض شده است و ملزومات معاطاتی هم محقق شده است که در این مثال نه جواز ذاتی وجود دارد و نه جواز عرضی و در این تعبیر تسامح وجود دارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### جریان خیارات مختلف در معاطاه ۹۱/۱۱/۰۳

Your browser does not support the audio tag

جریان خیارات مختلف در معاطاه بحث دیگری که باید به آن پردازیم این است که آیا همه خیارات در معاطاه جاری می شود، یا باید قائل به تفصیل بشویم؟ آقای خوئی می فرمایند که خیاراتی که مربوط به بیع است، در اینجا جاری نمی شود. ایشان به وضوح مطلب اکتفاء کرده و دلیلی برای فرمایش خودشان نیاورده اند. مثلاً اشکالی که برای جریان خیار مجلس آورده اند، روایت «البیعان بالخیار ما لم یفترقا و اذا افترقا لزم البیع» می باشد که طبق این روایت اگر افتراق پیدا کردند، بیع لازم می شود و از این تعبیر معلوم می شود که خیار مجلس شامل معاطاه نمی شود، زیرا لزوم معاطاه ارتباطی به افتراق ندارد، بلکه لزوم در اینجا با حصول یکی از ملزومات معاطاه محقق می شود. این اشکالی است که به شمول خیار مجلس نسبت به معاطاه شده است، اما ممکن است که در جواب این اشکال بگوییم که این فرمایش ایشان در صورتی است که شخص خیارات دیگری مانند خیار غبن و عیب و حیوان نداشته باشد، در حالی که انسان وجداناً می فهمد که خیار مجلس در تمام موارد هست و خیار مانع از خیار دیگر نیست. قهراً مراد از «إذا افترقا لزم البیع» این می شود که دیگر خیار مجلسی در کار نیست، اما این مطلب منافاتی با لزوم از ناحیه دیگر و جریان خیارات دیگر ندارد. بنابراین به

ص: ۳۹۴

نظر می رسد که خیار مجلس در معاطاه هم جاری باشد. بحث دیگر این است که اگر ما طبق مشهور در معاطاه قائل به اباحه شدیم، خیارات جاری خواهد شد یا نه؟ ایشان می فرمایند که در اینجا متعلق خیار و جواز، دوگونه قابل تصور است، یکی اینکه متعلق را «رد العین» بدانیم و مراد از «ردّ العین» هم در اینجا ردّ اعتباری است، نه تکوینی که به معنای اعمال خیار است، تصور دیگر هم این است که متعلق را «فسخ العقد» بدانیم. ایشان می فرمایند که اگر متعلق در اینجا «ردّ العین» باشد، خیارات در معاطاه جاری نخواهد بود، زیرا شیء در اینجا بنا بر قول مشهور داخل در ملک طرف مقابل نشده است که بخواهیم آن را ردّ بکنیم و معقول نیست که خیار به این معنی را بر معاطاه تطبق بکنیم. ایشان می فرمایند که چون بنا بر قول مشهور در معاطاه نقل و انتقالی واقع نشده و طرف مقابل مالک نشده است و فقط جواز تصرف دارد، خیارات بنا بر این مبنا جاری نمی باشد. اما اگر متعلق را «ملک فسخ العقد» بدانیم، چون عقد خاصیتی دارد که در اثر آن حتی در باب معاطاه- صلاحیت برای نقل و انتقال پیدا می شود، (مثل اینکه وقتی یکی از ملزومات معاطاه حاصل بشود، قهراً فعلیت پیدا می کند) و همین قابلیت داشتن کفایت در جریان خیار می کند، بنابراین با این تصور می توانیم بگوییم که خیارات در معاطاه جاری است و در جریان خیار تأثیر بالفعل معتبر نیست، همانطور که در بیع صرف و سلم قبل از قبض هم اعمال خیار صحیح است. و اگر در معاطاه خیار جاری بشود، حتی اگر بعداً

ص: ۳۹۵



بها الاباحه فلا يجرى فيها شيء من الخيارات لعدم المقتضى له لا ثبوتاً و لا اثباتاً اما ثبوتاً فلأن الخيار ملك فسخ العقد و ليست هذه المعاطاه عقداً. ايشان می فرمایند معاطاتی که «مقصود به الاباحه» باشد، عقد نیست، ولی ما نمی فهمیم که چرا ايشان این معاطاه را عقد نمی دانند؟! عقد عبارت از قرارداد است و در اینجا هم قرارداد به صورت اباحه معوضه است. ايشان می فرمایند که این صورت از معاطاه عقد نیست، بنابراین خيار در آن جریان ندارد. اگر ما عقد را قرارداد لفظی بدانیم، خيار که عبارت از «ملك فسخ العقد» است - در تمام اقسام مختلف معاطاه جاری نخواهد بود، حتی اقسامی که خود آقای خوئی قائل به جریان خيار در آنها شده اند. اما اگر عقد را اعم از انشاء لفظی و انشاء معاملی بدانیم، چرا بگوییم که در این صورت معاطاه عقد و قرارداد نیست؟! مگر قرارداد فقط باید تملیکی باشد و قرارداد اباحه معوضه قرارداد نیست؟! «لأن الخيار انما يجعل فيما يقول ثبوتاً توصیه لذي الخيار و يكون انتفاعه كلفه عليه و لا كلفه في هذه المعاطاه بعد عدم كونها عقداً لازماً فلا معنى لجعل الخيار في هذا شرعاً و لا يجعل المتعاطين». ايشان می فرماید که خيار عبارت از نوعی توسعه دادن و برداشتن کلفتی است که وجود دارد و وقتی الزامی وجود ندارد، کلفتی در کار نیست تا با جعل خيار ازاله کلفت بشود. بحث ما این است که چرا اباحه معوضه را لازم ندانیم؟! درست است که طرف مقابل مالک نشده است، ولی می توانیم بگوییم که حق انتفاع دارد و این قرارداد لازم است و حق به هم زدن

آن را ندارند. پس برای این تقریبی که ایشان فرمودند، وجهی به نظر ما نمی رسد و بنابراین خیارات در باب معاطاه در تمام فروض آن جاری است، چه «مقصود به الملیکه» باشد، چه «مقصود به الاباحه» باشد، چه قائل به لزوم آن بشویم و چه قائل به عدم لزوم. معاطاه در فرض اباحه بیع نیست، اما در بقیه ی فروض بیع است، حتی ما عرض کردیم که در کلمه ی بیع حقیقت شرعیه ای در کار نیست و بر بیع های باطل هم اطلاق بیع می شود و اصطلاح خاصی در کار نیست. حتی در موردی که شخص مالی را غصب کرده و فروخته است، صحت سلب ندارد و نمی توانیم بگوییم که فروخته است، بلکه غاصب مال مردم را فروخته است، اما بیعش باطل است. در اباحه هم اگر انشاء به نحو معاوضی کردند که طرفین مالک انتفاع باشند، این لازم هم هست، ولی اگر انشاء نکردند، لزوم ندارد. البته این بحث در اباحه ی معاوضی است، نه در اباحه ی مجانی. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### لزوم اعطاء طرفینی در معاطاه (تنبیه دوم) ۹۱/۱۱/۰۴

Your browser does not support the audio tag.

لزوم اعطاء طرفینی در معاطاه (تنبیه دوم) دومین تنبیه از تنبیهات باب معاطاه بنابر فرمایش شیخ این است که متیقن در معاطاه این است که اعطاء طرفینی باشد و اگر اعطاء و اخذ از یک طرف باشد، معاطاه صدق نمی کند. بعد ایشان از شهید اول در دروس نقل می فرمایند که اگر با اعطاء و اخذ بیع حاصل بشود، در صدق معاطاه و جاری شدن احکام آن کفایت می کند. شیخ می فرمایند که اگر ما قائل به این مطلب بشویم که معاطاه موجب تملیک است، می شود بر فرمایش ایشان اینطور استدلال کرد که

ص: ۳۹۸

شخص با اعطاء قصد تملیک و با اخذ قصد قبول می کند و بیع حاصل می شود، چه لازم و چه جایز. اما اگر ما معاطاه را طبق مشهور بین سابقین، مفید اباحه بدانیم، چون قصد متعاملین تملیک بوده است و حصول اباحه بر خلاف قاعده است، باید به قدر متیقن اکتفاء کرده و بگوییم که در جایی که دو اعطاء وجود دارد، شارع مقدس بر خلاف مقصود متعاملین تعبداً حکم به اباحه کرده است، ولی مشکل است که در جایی که یک اعطاء و اخذ وجود دارد، قائل به اباحه بشویم. بعد ایشان در اینجا تعبیر می کنند که مگر اینکه بگوییم سیره در این مورد هم قائم بر جواز تصرف می باشد، «إلّا أن یدعی قیام السیره علیها، کقیامها علی المعاطاه الحقیقیه». این فرمایش ایشان است، ولی به نظر می رسد که این ادعاء، بر اساس مبنای خود شیخ، ادعای ضعیفی باشد، زیرا ایشان اباحه را اباحه ی شرعیه می داند و خود ایشان قائل به این بودند که مقتضای سیره عبارت از ملکیت است و اباحه بر خلاف سیره است و شرع مقدس تعبداً و بر خلاف سیره، قائل به اباحه شرعیه شده است. حال چطور ایشان در اینجا ادعای سیره بر اباحه می کنند؟! نمی توانیم هم بگوییم که دو سیره داریم، سیره ی جدید و قدیم نداریم، بلکه سیره از قدیم الی زماننا هذا قائم بر ملکیت بوده است. البته می توانیم یک سیره را به این نحو تعدد مطلوب بدانیم، به این معنی که کأنّ متعاملین دو مطلوب دارند، یکی عبارت از تبادل ملکی است و اگر تبادل نباشد، باز هم رضایت بر اباحه دارند و شارع هم ملکیت را



امضاء نکرده، ولی اباحه را امضاء کرده است. پس اگر اباحه را اباحه مالکی بدانیم، نه اباحه شرعی، در این صورت می توانیم ادعاء بکنیم که دو سیره داریم، یک سیره مردوعه (سیره بر ملکیت) و یکی هم سیره غیر مردوعه (سیره بر اباحه). اینطور می شود بیان کرد، اما فرمایش شیخ اینطور نیست. پرسشش: ... پاسخ: شارع ملکیت را ردع کرده است، اما اباحه تقدیری و تعدد مطلوبی را ردع نکرده است و می شود قائل به این مطلب بشویم، اما مختار شیخ این نیست. بعد ایشان می فرمایند که بعضی بالاتر از این را گفته و قائل شده اند که لزومی به اعطاء و امثال آن نیست و اگر متعلقات ملک هم ایصال بشود، در باب معاطاه کفایت می کند. بعد هم ایشان تعبیر می فرمایند که وصول هم کفایت می کند مثل اینکه با احد العوضین را به طرف مقابل منتقل بکند و هر دو هم راضی باشند. بعضی ها هم گفته اند که اگر حتی در صندوقی هم بگذارد و به طرف مقابل ایصال بکند، کفایت می کند. ظاهراً شیخ تمایل به این نظر دارند که اگر رضایت طرفین باشد، ولو فعلی از طرفین صادر نشده باشد، کفایت در بار شدن احکام معاطاه می کند. پرسش: این نظر بر اساس مبنای خودشان است که ملکیت می آورد، یا بر اساس مبنای مشهور؟ پاسخ: ایشان به طور کلی بیان کرده اند، ولی به نظر می رسد که علم به رضایت در حصول اباحه کفایت می کند، اما برای حصول ملکیت، صرف علم به رضایت و وصول کفایت نمی کند، بلکه نیاز به انشاء دارد. در هیچ بابی از ابواب معاوضات، علم به رضایت کفایت نمی کند، ولی ظاهر کلام شیخ عبارت

از این است که بر اساس هر دو مبنا علم به رضایت کفایت می‌کند و صحیح می‌باشد، زیرا تفصیل قائل نشده است. عبارت ایشان این است که «و ربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثل من غير صدق إعطاء أصلاً، فضلاً عن التعاطي، كما تعارف أخذ الماء مع غيبه السقاء و وضع الفلّس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقّرات كالخضروات و نحوها، و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الأجره في كوز صاحب الحمام مع غيبته. فالمعيار في المعاطاه و وصول العوضين، أو أحدهما مع الرضا بالتصرّف». یک فرمایش ایشان عبارت از این است که اگر یک چیزی را در یک جایی گذاشتند و گفتند که در آن پول بریزید، یا یک حسابی باز کردند و گفتند در این حساب پول بریزید، اگر در آن پول ریخته شد، صدق اعطاء می‌کند. بحث دیگر این است که آیا صرف وصول بدون اینکه انشائی باشد، کفایت در ملکیت می‌کند یا نه؟ ما قبلاً هم عرض کردیم که عقلاء در این صورت شخص را مالک نمی‌دانند. البته شیخ در بحث فضولی هم فرمودند که علم به رضا مورد را از فضولی بودن خارج می‌کند و وجهی هم برای این مطلب ذکر کردند، اما ما عرض کردیم که اینطور نیست که علم به رضایت کفایت بکند، مثلاً اگر شوهر مناسبی برای یک زن پیدا بشود، با رضایت تنها و بدون انشاء، زوجیت حاصل نمی‌شود و هیچ کجا علم به رضایت کفایت در این گونه موارد نمی‌کند. البته در جواز تصرفات اینطور نیست و علم به

رضایت مالک کافی می باشد. مرحوم آقای خوئی از مرحوم آقای نائینی نقل می کنند که اگر معاطاه یک طرفی باشد، دیگر نمی تواند بیع باشد، زیرا بیع مبادله مال بمال است و چون مبادله از باب مفاعله است، باید دو تبدیل وجود داشته باشد و قهراً معاطاه یک طرفی نمی تواند بیع باشد. آقای خوئی می فرمایند که اولاً اگر یک طرفی هم باشد، چون تبدیل از دو طرف دو نفر سر زده است، نه اینکه یک نفر تبدیل کرده باشد و دیگر نقشی نداشته باشد، مبادله به عنوان بیع در اینجا صدق می کند و بعد هم ایشان می فرمایند که معاطاتی که آقایان بحث کرده اند، اکثریت قریب به اتفاق مواردش عبارت از این است که معاوضه به وسیله ی یک انشاء واقع می شود، نه با انشائین. وقتی شخص چیزی را می خرد یا می فروشد، یکی اعطاء و دیگری اخذ می کند و با همین اعطاء و اخذ در اعتبار عقلاء طرف مقابل مالک می شود، منتهی وقتی بعداً می خواهد پول آن شیء را بدهد، از باب وفا به عقد است، چون بدهکار شده است، بعداً بدهی خودش را پرداخت می کند. و خیلی نادر است که با دو اعطاء و اخذ بیعت حاصل شده باشد. همین فرمایش آقای خوئی صحیح است که در باب معاطاه و لو لفظش اعطاء طرفین است، اما در حکم معاطاه دو اعطاء معتبر نیست و همان یک اعطاء و اخذ کفایت می کند. متعارف سیره هم بر همین معنی قائم است. بعد ایشان می فرمایند که در عقد، لفظ غیر معتبر هم مانند فعل است، «إنه لو قلنا إن اللفظ غیر المعتمر فی العقد کالفعل فی انعقاد المعاطاه أمکن خلو المعاطاه



من الإعطاء و الإیصال رأساً»، یعنی در جایی که اعطاء و اخذی واقع نشده و معامله با صحبت و مقابله انجام شده است، ولی چون با الفاظ کنایی و امثال آن \_ که الفاظ غیر معتبر در عقد است \_ انجام شده است، ممکن است بگوییم که این انشاء کنایی مانند فعل است و احکام معاطه در اینجا هم جاری خواهد بود. بعد شیخ می فرمایند که بعید نیست که اگر ما قائل به ملکیت شدیم، بگوییم این از موارد بیع است و لو با الفاظ کنایی محقق شده است، ولی اگر قائل به اباحه شدیم، همان اشکالی که در باب اعطاء یک طرفی وجود داشت که اقتضای قواعد این بود که اباحه واقع نشود و چون حصول اباحه خلاف قاعده است، پس باید به قدر متیقن \_ که اعطاء طرفین است \_ اکتفاء بکنیم، همان اشکال اینجا هم وارد خواهد بود. و باید با سیره مطلب را حل بکنیم. بلکه اشکالی که در اینجا وجود دارد، اشکل از اشکال قبلی است. این فرمایش ایشان است و بیان نکردند که اشکل بودنش چگونه است، اما شاید مقصود ایشان این باشد که ممکن است ما در باب فعل قائل به سیره بشویم، ولی اثبات سیره در الفاظ کنایی و غیر معتبر به روشنی سیره در فعل نیست، لذا اینجا اشکل از مورد سابق است. پرسش: ... پاسخ: مراد از الفاظ معتبر در عقد، یعنی الفاظی که مورد قبول همه است ولی بعضی از الفاظ محل اشکال است و اعتبار ندارد، مثل الفاظ کنایی و امثال آن که می گویند در خیلی از عقود این کنایات به درد نمی خورد. اگر

یک بیع بخواهد لازم باشد، باید در آن الفاظ صریح بکار برده شود، اما ایشان می فرمایند که در ملکیت غیر لازم و یا اباحه این الفاظ مانند فعل است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## تمییز بایع و مشتری در معاطاه ۹۱/۱۱/۰۷

Your browser does not support the audio tag

تمییز بایع و مشتری در معاطاه بحث راجع به تمییز بین بایع و مشتری است. در غیر معاطاه عرف به طور روشن می داند که چه کسی بایع و چه کسی مشتری است، اما در باب معاطاه که اعطاء و اخذی وجود دارد، شیخ راجع به اینکه کدام یک بایع و کدام یک مشتری است، می فرماید آن کسی که ایجاب و تملیک می کند، بایع و کسی که قبول و تملک می کند، مشتری است. منتهی باید در معاطاه بینیم که کدام یک موجب و کدام یک قابل است. مرحوم ایروانی به این فرمایش شیخ اینطور اشکال می کنند که ایجاب و قبول از احکام بایع و مشتری است و ما باید قبلاً بایع و مشتری را معین بکنیم و بعد بگوییم که ایجاب از اختصاصات بایع و قبول از اختصاصات مشتری است. شیخ قبلاً این مطلب را بیان نکرده است و لذا این اشکال به شیخ وارد است. البته می توانیم بگوییم که ایجاب از اختصاصات بایع نیست، نه از احکام خاصه است و نه موضوعاً مدخلی دارد. عرفاً اگر کسی بگوید که من این چیز را از شما به فلان قیمت خریدم، طرف مقابل هم موافقت و قبول بکند، آن کسی که اول ایجاب کرده است، مشتری و کسی که قبول کرده، بایع است و عرفاً چنین اطلاقی بر این دو صحیح است. پس ایجاب و قبول نه از احکام

ص: ۴۰۴

بایع و مشتری است و نه اصل ما به القوام و مفسر بیع و شراء عبارت از ایجاب و قبول است. شیخ در تمییز بایع از مشتری در معاطاه \_ که لفظی در کار نیست \_ می فرماید که کسی که مالک قیمت اشیاء (مانند پول) است، مشتری و کسی که مالک جنس است، بایع است، «فان صاحب الثمن هو مشتری ما لم یصرح بخلاف». در اینجا هم مرحوم ایروانی یک اشکالی بر شیخ وارد می کنند (ایشان خیلی زیاد اشکال می کنند و به نظر ما اشکال زیاد کردن خیلی لطفی ندارد) مبنی بر اینکه در بیع صرف هر دو طرف باید مشتری باشند، چون هر دو مالک ثمن هستند. این اشکال ایشان بر شیخ وارد نیست، زیرا فرمایش شیخ در معاطاتی است که یک طرفش جنس و یک طرفش ثمن باشد. عبارت ایشان این است که «مع کون أحد العوضین ممّا تعارف جعله ثمناً کالدراهم و الدنانیر و الفلوس المسکوکة واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو مشتری». اما در جایی که هر دو جنس باشند، شیخ می فرماید که باید بینیم قصد طرفین در معامله چگونه می باشد، اگر قصد یکی از طرفین این باشد که جنسی را که مالک است ارزش گذاری بکند و بدل از پول قرار بدهد، باز هم این مالک مشتری و طرف مقابلش بایع خواهد بود. و اما اگر هیچ کدام قصد بدلیت از پول نکردند و تمییز بین طرفین نبود و هر دو جنس یا هر دو پول بودند، یا هر دو قصد بدلیت کرده باشند، مسئله مشکل خواهد بود و شیخ در اینجا می فرماید که چهار وجه وجود دارد. یک وجه این است

ص: ۴۰۵

که بگوئیم بالا اعتبارین عنوان بایع و مشتری بر هر دو صادق است، چون تعریف بیع «مبادله مال بمال» است و هر دو مبادله‌ی مال به مال می‌کنند. تعریف مشتری هم این است که «یترک شیئاً لیاخذ شیئاً»، یعنی مشتری کسی است که پول را می‌دهد تا یک چیزی را بگیرد و این عنوان هم بر هر دو منطبق است. این یک وجهی است که عرفاً عنوان بایع و مشتری بر هر دو صادق است، اما در روایات معمولاً بایع و مشتری در مقابل هم ذکر شده است و مراد از بایع کسی است که اختصاصاً عنوان بیع بر او منطبق است و مشتری هم کسی است که اختصاصاً عنوان مالکیت پول و قیمت بر او انطباق دارد. قهراً در جایی که امتیاز خارجی ندارند، آن احکامی که روی بایع و مشتری رفته است، در آنجا نمی‌آید، اما اگر مثلاً شخصی نذر کرده باشد که فلان چیز را نفروشد یا نخرد، چون انصراف تفاوت نسبت به نذر شخص وجود ندارد، هر کدام از طرفین شیء را به دیگری تملیک بکند، حث نذر شده است، چون هم به عنوان بیع قابل انطباق است و هم به عنوان اشتراء و نذر هر دو را شامل می‌شود. این وجه اولی است که شیخ ادعاء فرموده است، اما مرحوم ایروانی در اینجا اشکالی می‌کنند که وارد هم هست و آن این است که لازمه چنین وجهی عبارت از این است که تمام معاملات هم بیع باشد و هم شراء، زیرا شیخ قبلاً فرمود که در طرفی که ثمن و پول است، عنوان شراء و در طرفی که جنس است، عنوان بیع

صادق است و این تفصیل را بیان کرد، بعد ایشان وجهی را که مورد شبهه بیان می فرمایند، وجه مشترک است و نباید ما تقسیم بکنیم و بگوییم که در یک قسم بایع و مشتری روشن و در یک قسم مورد بحث است. این اشکال بر ایشان وارد است و ما نمی توانیم بین این دو صورت تفکیک قائل بشویم. یک وجه دیگری هم که بیان فرموده اند، عبارت از این است که ما بگوییم بایع آن کسی است که اول اعطاء می کند و کسی هم که اخذ می کند، مشتری است، موجب بایع و قابل مشتری است و چون بیع با اعطاء و اخذ حاصل می شود، بنابراین بایع همان معطی اولاً و مشتری هم آخذ اولاً است، بعد هم به عنوان وفا اعطاء می کند که این با مشتری بودنش منافاتی ندارد. وجه سوم هم این است که بگوییم این مورد از موارد مصالحه است، چون طرفین معامله نسبت به موضوع تسالمی کرده اند و مصالحه هم اختصاص به تعبیر با کلمه «صالحه» ندارد و اگر در جایی سازش به حمل شایع هم باشد، مصالحه صدق می کند. شیخ می فرماید که فقهاء این موردی را که نفس صلح ذکر نشده است، ولی تسالم به حمل شایع در آن هست را مصالحه دانسته اند. پس بنابراین لزومی ندارد که حتماً صلح به حمل اولی و مفهوم صلح در مصالحه بکار رفته باشد. قسم دیگر هم این است که بگوییم مصالحه ای در کار نیست، بلکه معاوضه ی مستقله است. این احتمالات چهارگانه بود و قهراً بعضی از احکام خاصه بیع و شراء در برخی از این احتمالات جاری نخواهد بود، مثلاً در معاوضه ی مستقله اصل

صحت معامله جاری است و ادله ی عامه مانند «أوفوا بالعقود» و «تجاره عن تراض» و «المؤمنون عند شروطهم» و امثال آن شامل معاملات مستقله هم می شود، ولی احکام خاصه بیع و شراء مانند احکامی که در بیع حیوان وجود دارد و امثال آن در این احتمالات جاری نخواهد بود. شیخ می فرماید که در این احتمالات چهارگانه، بعید نیست که بگوییم احتمال دوم (بایع بودن معطی اول و مشتری بودن آخذ اول) خالی از قوت نیست، چون عرف و لغت مؤید این است که همان شخص اولی که اعطاء کرده است، بایع و شخص اولی که اخذ کرده است، مشتری باشد. البته روشن است که با اعطاء و اخذ معامله تمام شده است، اما اینکه بگوییم به صرف جلو افتادن یکی از طرفین، (در حالی که در هیچ طرف ثمن و پول نباشد، یا هر دو پول و ثمن باشند) عنوان بایع بر او صدق نکند، شیخ دلیل محکمی برای این مطلب ذکر فرموده اند. مرحوم آقای ایروانی برای تعیین بایع و مشتری در اینجا معیاری بیان فرموده اند که مختار آقای خوئی هم عیناً مطابق فرمایش ایشان است. ایشان می فرمایند که معیار برای تعیین بایع و مشتری این است که بایع وقتی چیزی را می خواهد به دیگری بفروشد، از خصوصیت مال صرف نظر می کند و می خواهد با فروختن مال خودش، یک شیء ارزش داری به دست بیاورد، اما مشتری به عکس بایع، به دنبال خصوصیت آن چیزی است که می خواهد بخرد، مثلاً وقتی شخص یک کتابی را در مقابل یک زمینی می فروشد، اگر فقط نظرش به مالیت زمین باشد و هیچ خصوصیتی از آن در نظرش نباشد، عنوان

بایع بر او انطباق خواهد داشت و در طرف مقابل هم مشتری به دنبال به دست آوردن آن کتاب است و خصوصیت آن کتاب را مورد نظر دارد و تنها جنبه مالیت کتاب منظور نظر او نمی باشد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## تمییز بایع و مشتری در معاطاه ۹۱/۱۱/۰۸

Your browser does not support the audio tag

تمییز بایع و مشتری در معاطاه آقای ایروانی و آقای خویی فرمودند که معیار در تمییز بایع از مشتری این است که مشتری به خصوص مبیع نظر دارد، ولی بایع نظر به مالیت آن دارد، ولی به نظر ما اینطور نیست، حتی اگر مالیت را بر خلاف ظاهر تفسیر بکنیم و بگوییم که مراد از مالیت یعنی اینکه اصل پول را به دست بیاورد، نه به این معنی که ارزشی را که از دست داده است، با آنچه به دست می آورد، جبران بشود. چون ممکن است که شخص یک چیزی را ارزان تر از آن قیمتی که به دستش می آید، بفروشد. بحث در این است که آیا ما به القوام بیع و شراء به این است که حتماً ارزش ثمن در نظر گرفته بشود و بعد معامله انجام بشود؟! مثلاً کسی که اهل علم است و به کتابی احتیاج دارد و یک عباپی هم دارد که به آن احتیاج ندارد، اگر چنین کسی بگوید که من این عبا را به آن کتابی که در دست شماست می فروشم، غلط یا مجاز استعمال شده است و عرفیت ندارد؟! در حالی که چنین بیعی وجداناً صحیح است و لازم نیست که آن چیزی را که می گیرد، ارزش گذاری بکند و بعد لفظ را استعمال بکند. وجداناً چنین چیزی را در نظر نمی گیرد و قیمت

ص: ۴۰۹

را در نظر نمی گیرد و می گوید که من این عبا را در مقابل آن کتاب فروختم. همانگونه که در انشاء با لفظ اینطور است، در معاطاه هم بایع یک شیئی را بعوضِ اخراج می کند و مشتری هم آن شیء را بعوضِ در ملکش ادخال می کند، یا بگوییم که بایع یک شیء را بعوضِ تملیک می کند و مشتری هم آن شیء را بعوضِ تملک می کند. میزان این است. البته وقتی تملیک بعوض باشد، تملک بعوض هم بالملازمه هست و طرفین با هم تلازم دارند، ولی آنچه که مستقیماً از کلمه بالمطابقه اراده می شود، در بیع عبارت از تملیک بعوض است و در اشتراء هم تملک بعوض است. بایع یک چیزی را از ملک خودش بعوضِ اخراج و مشتری هم در ملک خودش داخل می کند بعوض. پس لزومی ندارد که حتماً عوض از قبیل اثمان باشد، یا در هنگام بیع و شراء بدلیت از اثمان در نظر گرفته بشود. انساناً وجداناً این مطلب را می فهمد و آنچه که شیخ در تقویم اثمان فرموده و آقای خویی هم قبول کرده است، به نظر ما تمام نیست و وجداناً اینطور نمی فهمیم. شیخ در جایی که هر دو از اثمان بود، یا هر دو جنس بود و مشخصه بیع و شراء در آن نبود، چهار احتمال بیان فرمودند و این احتمال را اختیار کردند که آن کسی که جلوتر می دهد، بایع باشد و آن کسی که اخذ می کند هم مشتری باشد. آقای خویی هم می فرمایند که قوام در بیع و شراء به زودتر اعطاء کردن یا اخذ کردن نیست. انسان می بیند که در معاملاتی که انجام می شود مثل نان خریدن،

ص: ۴۱۰

گاهی اول پول داده می شود و بعد نان خریده می شود و گاهی هم نان را می خرد و بعد پول را می دهد و هر دو جورش هست و در تمام معاملات یک چنین چیزی رایج است که اول ثمن را بدهند و بعد شیء را بخرند، یا اول مثن داده شود و بعد پول پرداخت بشود. هر دو قسمش وجود دارد و این مطلبی که شیخ فرموده است، نمی تواند معیار برای تمیز بائع از مشتری باشد. یکی از احتمالاتی که شیخ ذکر کرده بود، این بود که بگوییم مصالحه است. یکی هم این بود که بگوییم معاوضه ی مستقله است. راجع به مصالحه آقای خوئی اشکالی می کنند که مراد از مصالح چیست؟ اگر مراد از مصالحه توافق بالمعنی الاعم باشد، این توافق در بیع هم هست در شراء هم هست، در حالی که ما می خواهیم معنایی را ذکر کنیم که نه بیع باشد و نه شراء، بلکه مصالحه باشد. پس مصالحه به این معنی در مقابل بیع و شراء نخواهد بود. اما یکی از احتمالاتی که به عنوان مقابله می توان ذکر کرد این است که بگوییم اگر انشاء مصالحه شده باشد و مفهوم صلح به حمل اولی در نظر گرفته شده باشد، این صلح خواهد بود، اما اگر به حمل شایع مصالحه شده باشد، به این معنی قطعاً صلح نیست و ما در این اموری که هر دو طرف جنس است یا هر دو طرف پول است، مفهوم مصالحه در نظر گرفته نمی شود تا این احتمال وجود داشته باشد. آقای خوئی این اشکال را فرموده اند، اما شیخ در بیان این وجه می فرمایند که فقهاء صلح را منحصر

به جایی که مفهوم صلح انشاء شده باشد، نکرده اند. شیخ می خواهد به یک معنایی قائل بشود که عرفاً غیر از بیع و شراء و در مقابل آنها باشد. همین که گفته می شود: «لک ما عندک و لی ما عندی» مقابل بیع و شراء و یک تسالم خاص است و شاید مراد شیخ از این تسالم خاص عبارت از این باشد که یک گذشت احتمالی در نظر گرفته بشود، به این معنی که اگر یکی از طرفین متضرر شد، کالعدم به حساب بیاید. این یک احتمال است و احتمال دیگر هم این است که بگوییم مراد مصالحه ای است که در مقابل معاوضه مستقله باشد، ولی اقوی همان معنی است که مراد یک معامله ی مستقلی باشد، اما آنچه که به نظر می رسد این است که اگر کم و زیاد در نظر گرفته شده باشد و معامله کنند، می گوییم که مصالحه است، اما اگر در نظر گرفته نشده باشد، می گوییم که معاوضه ی مستقله است. پرسش: احتمال اول چرا درست نیست؟ پاسخ: احتمال اول این است هم بیع باشد هم شراء و وجداناً انسان نمی تواند به یک شخص بگوید هم فروخته و هم خریده است. مثلاً اگر کسی گندمی را در مقابل حیوان بفروشد، نمی گوید که گندم را فروختم و حیوان خریدم. یک مطلبی را هم بنده عرض بکنم که ممکن است مبیع از اثمان باشد و عوضی را هم که در مقابلش قرار می گیرد، جنس باشد. مثل اینکه شخصی یک مقدار پول دارد که نو است یا تبرک است و می گوید که این پولها را می فروشم در مقابل آن زمینی که در دست توست. پس چیزی که بیع



تملیک بعوض و شراء تملک به عوض است. پرسش: ... پاسخ: گاهی هیچکدام از طرفین اصالت ندارند، مثل اینکه هر دو تملیک بعوض باشند، مانند تاخ زدن که با یکدیگر مبادله انجام می دهند و اینطور نیست که یکی ایجاب بکند و دیگری هم قبول بکند و این تاخ زدن یک معاوضه و معامله ی جدیدی است که داخل هیچکدام از اینها نیست. پرسش: ... پاسخ: اگر عنایت به این باشد که اگر یکی از طرفین ضرر کرد، صرف نظر بشود، صلح است، اما اگر چنین اعتنائی در کار نباشد، معامله ی جدید است. پرسش: معاوضه مستقله را چطوری تصحیح می فرمایید؟ پاسخ: عرف متعارف کافی است و اشکالی وجود ندارد. پرسش: ... پاسخ: معاملاتی که عرف صحیح می داند، از جهت «تجاره عن تراض» هم اشکالی ندارد. پرسش: ... پاسخ: عرض کردم که اگر عرف یک چیزی را صحیح بداند و ردع هم نشده باشد، کافی است. در آنجایی هم که شرع ردع کرده است، تخصیص در ادله نیست. پس بنابراین یک چیزی که بنای عقلاست و شرع هم ردع نکرده است، ممضی است و احتیاج به دلیل دیگری ندارد. ما غالباً عقیدمان این است که «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» مشرع نیستند و اگر بنای عقلاء بر امری بود و شرع هم ردعی نکرد، نیازی به دلیل دیگر نداریم. پرسش: هبه معاوضه نیست؟ پاسخ: اینجا پیدا است که هبه ی معاوضه نیست، زیرا شخص نمی گوید که من بخشیدم و هیچ عرف متعارفی این را بخشش نمی داند. عرفاً باید انسان وجدانیات را حساب بکند و در اینجا یا از قبیل تاخ زدن است که معامله ی مستقله است، یا عبارت این است که یک گذشتی

در کار است و لو گذشت احتمالی که مصالحه خواهد بود. پرسش: آیا می شود اینطور بگوییم که گاهی اوقات بیع در مقابل شراء به کار برده می شود و گاهی اوقات تبایع تعبیر می کنیم و تبایع یک مفهومی هست که در مقابل شراء نیست و مفهوم تبایع در اینجا صدق می کند؟ پاسخ: مراد از «المتبایعان» عبارت از بایع و مشتری است و مراد این نیست که دو بایع باشد. اجمالاً آنچه در مفهوم بیع خوابیده است، اخراج یک شیء و تملیک به عوض است و اشتراء هم تملک بعوض می باشد. پس تقدیم و تأخیر معیار در بایع و مشتری بودن نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### صور متعدد در معاطاه بر حسب قصد متعاطین ۹۱/۱۱/۰۹

.Your browser does not support the audio tag

صور متعدد در معاطاه بر حسب قصد متعاطین شیخ می فرماید که در معاطاه بر حسب قصد متعاطین صور متعددی قابل تصویر است. یک مرتبه شخص با معاطاه قصد تملیک مالش را به دیگری در مقابل عوض می کند و طرف مقابل هم قبول می کند که در این صورت با همین اعطاء و اخذ اول، ملکیت و نقل و انتقال حاصل می شود و طرف مقابل در مقابل اخذی که کرده است، ملتزم به پرداخت ثمن است که بعداً با پرداخت ثمن به آن التزام وفا می کند. حال اگر طرف مقابل قبل از پرداخت ثمن \_ که اعطاء دوم است \_ از دنیا برود، این عین جزء ترکه ی او قرار می گیرد و نسبت به ثمن هم بدهکار شده و باید این بدهی از ترکه ی او به فروشنده پرداخت بشود. پس صورت اول در معاطاه این شد که بین نقل و انتقال و مبادله بین دو عین خارجی محقق

ص: ۴۱۴

می شود، اما صورت دیگر در معاطاه عبارت از این است که شخص با اعطاء، قصد تملیک در مقابل تملیک بکند، به این معنی که اگر شخص تملیک بکند، تا زمانی که طرف مقابل تملیک نکرده است، معامله تحقق پیدا نمی کند. تحقق معامله عبارت از این است که در برابر تملیک این شخص، طرف مقابل هم تملیک بکند و این صورت مانند صورت اول مبادله بین ملکین نیست که با همان تملیک اول و قبول طرف مقابل معامله حاصل بشود. این فرمایش شیخ است، ولی ما نمی دانیم که این صورت چه معامله ای است. آیا می توانیم این صورت را هبه ی معوضه بدانیم؟ در قسم اول اینطور تصور شد که «تملیک شیء بعوض» باشد و با همان اعطاء و اخذ اول بیع حاصل شده و مطلب می شود. در قسم دوم هم تملیک به صورت مجانی واقع نشده است، بلکه تملیک در مقابل عوض \_ که فعلی از افعال است \_ قصد شده است، به عبارت دیگر گاهی تملیک در برابر یک عینی محقق می شود و گاهی در برابر یک منفعتی و گاهی هم تملیک در برابر فعلی از افعال واقع می شود و قهراً وقتی طرف مقابل قبول بکند، مبادله محقق شده است و مختار ما هم این بود که در باب ثمن بیع، اصح اقوال عبارت از این است که ثمن می تواند حتی فعلی از افعال باشد، نفس تملیک هم یک فعلی از افعال است و شخص می تواند یک چیزی را تملیک بکند و عوضش را انجام یک فعلی از افعال \_ که عبارت از تملیک است \_ قرار بدهد و اگر طرف مقابل قبول کرد، با همین

ص: ۴۱۵

اعطاء و اخذ معامله محقق شده و بايع مالک فعل (تمليک) می شود و عقد هم تمام است و طرف مقابل هم بايد تمليک بکند. مثلاً اگر شخصی چیزی را بفروشد در برابر اینکه طرف مقابل برای او کار بنایی انجام بدهد، معامله صحيح است و در مورد بحث ما هم تمليک، فعلی از افعال است و می تواند عوض قرار بگیرد. پرسش: پس در اینجا تمليک قصدي می شود، نه تمليک قلبی. پاسخ: همانطوری که در صورت اول عوض متعلق التملیک است، در صورت دوم هم عوض نفس التملیک است و شیخ اصلاً این صورت را تصور نکرده است که عوض فعل باشد یا عین. پرسش: در مورد اول که شیخ می فرماید تمليک عین بعوض، وقتی طرف مقابل قبول می کند، آیا مفاد این قبول این نیست که من عوض را به تو تمليک می کنم و آیا صورت اول و دومی یکی نیست؟ پاسخ: خیر، این دو صورت یکی نیست، در اولی با نفس اعطاء و اخذ مبادله انجام می شود و ایشان می فرمایند که با نفس قبول، طرفین مالک می شوند و لازم نیست که بعداً تمليک خارجی محقق بشود. حال اگر طبق این صورت قصد تمليک در مقابل تمليک باشد، می شود به شکل جعله آن را به تصویر کشید. در جعله شخص انشاء ملکیت می کند و این انشاء مشروط به فعل دیگری است، مثلاً شخص می گوید که من این پول را به تو می دهم به شرط اینکه چنین کاری را انجام بدهی و اگر فعلی حاصل نشد، برای هیچ کدام از طرفین ملکیتی حاصل نمی شود.

در عقد اجاره شخص تعهد می کند که در مقابل مالی، عملی را انجام بدهد و با عقد اجاره، ملکیت برای طرفین حاصل می شود، یکی مالک عمل و دیگری هم مالک اجرت می شود. در جعاله به نفس عقد هیچ کدام از طرفین ملکیتی ندارند و عمل شخص سبب حصول ملکیت می شود و قبل از اینکه طرف مقابل کاری انجام بدهد، هیچ کدام از طرفین مالک نیستند. پس در ما نحن فیه قابل تصویر است که بگوییم اصلاً ملکیتی قبلاً وجود ندارد و اگر این انشاء با لفظ واقع بشود، اشکالی وجود ندارد و به نحو جعاله خواهد بود، اما اگر با اعطاء چنین صورتی واقع بشود که اگر شخص آن فعل را انجام داد، ملکیت حاصل شود، ممکن است که بگوییم این صورت مانند جعاله است که تا طرف مقابل تملیک نکرده است، ملکیت حاصل نمی شود. شیخ صورت اول را شبیه معاوضه و قسم دوم را که تملیک در مقابل تملیک است، شبیه به هبه ی معاوضه دانسته است و بعد هم فرموده است که شبیه هبه ی معاوضه هم نیست، زیرا در هبه ی معاوضه با قبول کردن طرف مقابل ولو بعداً تعویض نکند، ملکیت حاصل می شود و ولو واجب است که بعداً او هم تملیک بکند، ولی همین که شخص به نحو شرط عوض هبه کرد و طرف مقابل هم قبول کرد، عین ملک او می شود و لو اینکه طرف مقابل خلاف شرع بکند و به این شرط وفا نکرده و عوض را به مالک اول ندهد. ولی در این صورت که تملیک در مقابل تملیک است، تا طرف مقابل تملیک نکند، ملکیت برای او حاصل نمی شود

و لذا ایشان می فرمایند که نمی توانیم این صورت را شبیه هبه ی معوضه بدانیم و حکم آن را بر این صورت بار بکنیم، چون در هبه ی معوضه «التزام فی التزام» است، به این معنی که دو التزام داریم: یک التزامی که با همان اعطاء و اخذ حاصل می شود و یک التزامی که باید طرف مقابل به آن عمل بکند و اگر وفا نکند، خلاف شرع کرده است. پس بنابراین در هبه ی معوضه چون به نحو شرط است، ملکیت حاصل می شود، ولی در مسئله تملیک در مقابل تملیک اینطور نیست. پس ایشان می فرمایند که این صورت هبه ی معوضه نیست، اما می توانیم آن را به صورت مصالحه و امثال آن تصویر بکنیم. این فرمایش ایشان است، اما به نظر می رسد که در این موارد به نحو جعاله باشد و در جعاله هم مادامی که طرف مقابل فعل را انجام نداده باشد، چیزی حاصل نمی شود. پرسش: در موارد معمولی بیع مگر هر دو طرف تملیک نمی کنند؟ پاسخ: در بیع فعلی انجام نمی دهد، بلکه قبول می کند. پرسش: بجای اینکه بگوید قبلت، قبول خودش را با فعل افاده می کند. پاسخ: شخص می گوید که من این فعل را انجام می دهم در مقابل این فعلی که تو باید انجام بدهی و اگر طرف مقابل فعل را انجام ندهد، مبادله حاصل نمی شود. پرسش: تملیک در مقابل تملیک به نحو شرط متأخر و شرط مقارن اینطور قابل تصویر است که شخص بگوید اگر شما تملیک بکنید، از همین حالا این شیء ملک شما بشود. پاسخ: ممکن است شرط متأخر یا امر دیگری باشد، اما هر کدام از اینها که باشد، اگر به نحو جعاله باشد،

در صورتی که طرف مقابل فعل را انجام ندهد، مالک نمی شود و فرقی ندارد که به نحو شرط متأخر باشد، یا به نحو شرط مقارن. اگر به نحو جعاله باشد \_ که مختار ما همین است \_ و طرف مقابل فعل را انجام نداد، بنا بر تفریعی هم که ایشان فرموده که یکی از طرفین بمیرد، هیچ چیزی حاصل نشده است، ولی اگر فعل انجام شده باشد، ممکن است بگوییم که از اول مبادله حاصل شده است و ممکن هم هست که بعداً مقارناً للعمل حاصل شده باشد. پرسش: آیا در بیع می شود بین ملکیت و انشاء فاصله بشود، همانطور که در نکاح موقت می فرمودید که بین حلیت و انشاء فاصله باشد، مثل اینکه شخص بگوید این شیء را به تو می فروشم و الان انشاء بکند، ولی طرف مقابل در آینده مالک بشود؟ پاسخ: اشکالی ندارد، ولی علی ای تقدیر ظرف مملوک بعد است، مثل اموری که سلف هستند که شخص الان می فروشد و همین تملیک است، منتهی ظرف مملوک در آینده است و در آینده باید شیء را به خریدار تحویل بدهد. پرسش: مثل بیع معلق نمی شود؟ پاسخ: نه، تعلیق نیست، منجز است و باید مقدمه اش را فراهم بکند. مشروط نیست، بلکه متأخر است مانند سلف. خلاصه این دو قسمی بود که ایشان ذکر کرده است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### تصویر اقسام معاطاه ۹۱/۱۱/۱۴

.Your browser does not support the audio tag

تصویر اقسام معاطاه شیخ برای معاطاه بر اساس نیت اقسام زیادی ذکر کرده است. قسم اول عبارت از این بود که معاطاه به قصد تملیک به عوض واقع بشود که طرف مقابل شیء اعطاء شده را با اخذ قبول

ص: ۴۱۹

بکند و با همین اعطاء و اخذ معامله تحقق پیدا می کند و اعطاء دومی که بعداً واقع می شود، از باب وفا به آن چیزی است که اخذ به آن ملتزم شده است و الا اصل معامله تمام شده است. یک قسم دیگر این است تملیک مالی به تملیک مالی باشد و شیخ در اینجا می فرماید که تا طرف مقابل تملیک نکند و هر دو اعطاء حاصل نشود، معامله محقق نخواهد شد. در این قسم مقابله بین تملیکین است نه بین ملکین. در قسم اول مبادله بین ملکین بود و با همان اعطاء و اخذ اول معامله محقق می شد، ولی در اینجا باید دو اعطاء و اخذ حاصل بشود، تا معامله تحقق پیدا بکند. البته تعبیر شیخ در اینجا خالی از مسامحه نیست، زیرا ممکن است که اعطاء و اخذ اول، اعطاء و اخذ معاطاتی باشد، ولی تملیک دومی که عوض قرار گرفته است، لفظی باشد. تملیک در مقابل تملیک قرار گرفته است و اعطاء و اخذ اول هم با معاطاه است، ولی امکان دارد که تملیک دیگری که عوض قرار گرفته شده است، با لفظ تملیک بشود و لازم نیست که این تملیک دوم هم حتماً با فعل باشد. پس لازم نیست که بگوییم در قسم دوم حتماً باید اعطائین و اخذین باشد، بلکه ممکن است که یک اعطاء و اخذ باشد و تملیک دوم هم لفظی باشد. البته این مطلب مهمی نیست، اما شیخ می فرمایند که باید دو اعطاء وجود داشته باشد. مگر اینکه بگوییم در مقابل تملیک اول، تملیک دوم هم اعطائی قرار گرفته باشد و شخص بگوید که من این شیء را

ص: ۴۲۰

اعطاء می کنم در مقابل اینکه طرف مقابل هم تملیک اعطائی داشته باشد. شیخ تعبیر می کند که گاهی شخص تملیک می کند مالی را به مالی، به این صورت که مال دوم در مقابل مال اول و متعلق التملیک واقع می شود، نه در مقابل تملیک. فرض دیگر هم این است که «تملیک ماله بتملیک» باشد. همانطوری که در فرض اول مقابله بین متعلق التملیکین بود، در اینجا هم که «تملیک ماله بتملیک آخر» است، سیاق اقتضاء می کند که تملیک در مقابل تملیک باشد و ایشان اصلاً به این مطلب اشاره نکرده است. پرسش: اگر معاطاه در مقابل اعطاء باشد و طرف مقابل هم اعطاء نکند، چرا معاطاه محقق نمی شود در حالی که در بیع اگر طرف مقابل اعطاء نکند، بیع محقق می شود؟ پاسخ: بحث در همین است که تملیک در مقابل متعلق قرار بگیرد یا در مقابل خود فعل که اگر فعل دوم نیاید، تملیک اول فایده نداشته باشد. اما اگر ردّ و بدل بین متعلق باشد، با قبول طرف مقابل ردّ و بدل حاصل می شود. پرسش: اگر ردّ و بدل نکرد، چرا معاطاه محقق نشده؟ پاسخ: ما می گوییم که مقابله بین مال و فعل واقع شده است و همین که طرف مقابل این معامله را قبول بکند، به نفس این قبول کردن، یکی مالک عین و دیگری هم مالک فعل شده و این معامله ی معاطاتی حاصل می شود. اما اگر بگوییم که تقابل بین فعلین است \_ کما اینکه شیخ هم اینطور فرض کرده است \_ این تقابل صور مختلفی خواهد داشت، گاهی اینطور است که شخص قرار می گذارد که خیاط لباس او را بدوزد و در

مقابلش او هم کار بنایی برای او انجام بدهد. در اینجا فعلی در مقابل فعلی قرار گرفته است و طرف مقابل هم قبول کرده است. در این صورت اگر یکی از طرفین فعل را انجام داد، صحیح است، منتهی طرف مقابل نسبت به انجام فعل خودش مدیون است. یکی از صور تقابل بین فعلین هم این است که تملیک مشروط به این باشد که طرف مقابل هم تملیک بکند که در این صورت اگر شخص تملیک کرد، اما طرف مقابل تملیک نکرد، چون شرط حاصل نشده است، ملکیت برای این شخص هم حاصل نمی شود. پرسش: اینجا مال در مقابل فعل است، ولی شما فعل در مقابل فعل را تصویر می فرمایید. پاسخ: از صورت فعل در مقابل فعل گذشتیم. ما می گوئیم که مطابق تصویر شیخ \_ که تملیک مشروط به فعل طرف مقابل باشد \_ تا تملیک از جانب طرف مقابل حاصل نشود، شخص مالک نمی شود، همانطور که در جعاله هم همینطور است و شیء به شرط عمل، تملیک می شود. گاهی با نفس عقد طرفین مالک می شوند، یکی مالک عمل و دیگری مالک اجرت که این اجاره است. یک مرتبه هم عقد به نحو جعاله است و با نفس عقد هیچ کس مالک نیست و یک امر شرطی جعل شده است که اگر طرف مقابل یک عملی را انجام بدهد، مالک پول می شود. در جعاله اگر طرف مقابل هم این امر تعلیقی را پذیرفته باشد، تا مادامی که فعل را انجام نداده است، فایده ندارد و مالک نمی شود. قضیه شرطیه تا مادامی که شرطش حاصل نشود، فایده ندارد. در باب معاطاه چنین شکلی بسیار نادر است



که شخص اعطاء مشروط بکند و بگوید که تا تو تملیک نکرده ای، این مال در نزد تو به صورت امانت باشد تا ببینیم که تکلیفش چه می شود. این تصویر شیخ یک تصویر بسیار نادر است. فرض نادر ایشان عبارت از این است که این صورت جعاله باشد که یک این شیء مشروط به تملیک طرف مقابل ملک او بشود و تا مادامی که طرف مقابل تملیک نکرده باشد، این شیء هم ملک او نشود. خلاصه اینکه این قسم اخیر داخل در بحث جعاله است. آن فرضی را هم که یک طرف عین و طرف دیگر فعل است، بیع می باشد و اشکالی ندارد که بیع اینطور واقع بشود. پرسش: این مورد چه فرقی با اجاره دارد؟ پاسخ: فرقی عبارت از این است که در اجاره تملیک منفعت است و بیع نیست. اگر در یک طرف تملیک عین باشد و در طرف مقابل عمل باشد، بیع است، اما اگر در یک طرف منفعت باشد، اجاره است. پرسش: ... پاسخ: خود تملیک فعلی از افعال است و گاهی شخص مالک نفس تملیک می شود. اگر کسی نذر بکند که چیزی را تملیک بکند، نسبت به نفس تملیک مدیون می شود و خود فعل قابل دین بودن می باشد. پرسش: ... پاسخ: اگر انسان عینی را در مقابل فعل تملیک بکند، بیع است، ولی اگر فعل را تملیک بکند در مقابل عین، اجاره است. پرسش: ... پاسخ: می گویم اگر یک طرف عین باشد و یک طرف عمل، دو صورت دارد، اگر معوض عبارت از عین باشد و عوض عمل باشد، بیع است. اما اگر معوض عبارت از عمل باشد و عوض عبارت از عین

باشد، این اجاره است. پرسش: ... پاسخ: لازمه بیع این نیست که در طرف مقابلش اشتراء هم باشد، همین که انسان چیزی را بفروشد در مقابل اینکه طرف مقابل فلان کار را انجام بدهد، صحیح است و لازم نیست که در مقابلش اشتراء هم باشد. این بحث دیگر تمام است. بعد شیخ می فرماید که دو قسم دیگر هم داریم: یکی اینکه شخص مال خودش را اباحه بکند به عوض و یکی هم اینکه اباحه بکند در مقابل اباحه. در قسم اول اباحه در مقابل تملیک قرار دارد و این معامله ترکیبی خواهد بود، اما در قسم دوم طرفینش اباحه است و شخص مال خودش را اباحه می کند در مقابل اباحه طرف دیگر. این دو قسم با دو قسمی که ایشان در ابتداء بیان فرمودند، چهار قسم شد و قسم پنجم هم عبارت از این است که «تملیک باباحه» باشد، یعنی شخص تملیک می کند در مقابل اباحه از طرف مقابل و طرف مقابل هم این تملیک به اباحه را قبول می کند. در سوم اباحه در مقابل تملیک بود و در این قسم تملیک در مقابل اباحه است و هر دو حکم واحدی دارند. شیخ می فرماید که در این دو قسمی که ذکر کردیم، یک اشکال اختصاصی وارد است که در دو قسم اول وارد نیست و آن اشکال عبارت از این است که آیا معامله ای که مرکب از اباحه و ملکیت باشد، صحیح است یا صحیح نیست؟ و اما در قسمی که اباحه در مقابل اباحه قرار دارد، اشکال این است که آیا اباحه ی جمیع تصرفات صحیح است یا نه؟ شخص اباحه ی جمیع تصرفات می کند در مقابل

اینکه طرف مقابل هم اباحه ی جمیع تصرفات را بکند و یکی از تصرفات هم تصرفات متوقف بر ملک است. اشکال این مطلب این است که شخص مالک حق تشریح ندارد و فقط در حدی که خداوند به او اجازه داده است، می تواند در مال خودش به طرف مقابل اجازه بدهد. در «الناس مسلطون» هم قبلاً گفتیم که اگر شارع چیزی را جایز نداند، شخص نمی تواند اجازه بدهد که چنین تصرفی در ملک او بشود و اختیار در دست خود شارع است، نه در دست مالک، پس چطور شارع چیزی را امضاء بکند که در اختیار مالک نیست و لذا نمی توانیم بگوییم که تصرفات متوقف بر ملک هم صحیح می باشد. بعد ایشان می فرمایند که به بعضی از انحاء می توانیم این مطلب را تصویر بکنیم که بحث در این موضوع بحث مفصلی است و بعداً باید به آن پردازیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## احکام صور مختلف در معاطاه ۹۱/۱۱/۱۵

Your browser does not support the audio tag

احکام صور مختلف در معاطاه فرمودند که اگر مالک مال خودش را بخواهد اباحه ی مطلقه بکند حتی در تصرفات متوقف بر ملک، طبق قاعده صحیح نمی باشد مگر در دو صورت که مورد بحث ما از هر دو صورت خارج است. یک صورت این است که شخص بگوید: «أبحت مالی أن تبیع لنفسک» و مقصودش این باشد که طرف مقابل مال را قرض بردارد و تملک بکند و بعد هم با آن برای خود چیزی بخرد و این صورت صحیح می باشد، زیرا شخص مال را با مال خودش خریده است، نه با مال دیگری، هر چند قبلاً مال دیگری بوده است. صورت دوم هم این است که مراد از «أبحت

ص: ۴۲۵

مالی أن تبیع لنفسک» این باشد که شخص این مال را برای مالک بفروشد و بعد ثمن آن را تملک بکند. این دو صورت صحیح و خالی از اشکال است، زیرا بیع با مال دیگری واقع نشده است و در یک صورتش برای خود شخص و در صورت دیگر هم برای مالک اول واقع شده است و بعداً شخص ثمن را تملک کرده است. البته یک فرض سوم هم هست که عبارت از این است که «أبحت أن تبیع مالی لنفسک» کنایه از تملیک باشد، یعنی ذکر لازم و اراده ی ملزوم شده است و مراد عبارت از این است که با این لفظ می خواهد انشاء تملیک بکند و به جای «ملکنک» این عبارت را ذکر کرده است و آن بیع خارجی هم قبول این انشاء به حساب می آید. مثل اینکه شخص از ابتداء بگوید: «ملکنک» و طرف مقابل هم به حساب اینکه این شیء ملک اوست، می رود و یک چیزی می خرد و این قبول آن ملک به حساب می آید. ایشان می فرمایند که این صورت هم صحیح می باشد. البته اینکه ایشان در این قسم سوم حکم به تصحیح کرده اند، در صورتی است که شخص به قصد قبول بیع خارجی را انجام بدهد که در این صورت اشکال و مانعی ندارد که با این فروش، هم قبول و خروج از ملک شخص واقع بشود. کأنه باللفظ «بعت» در رتبه ی متقدم ملکیت برای شخص حاصل می شود و در رتبه ی بعدی خروج از ملکیت محقق می شود و با بیع آن شیء ملک دیگری می شود و ثمن به ملک این شخص در می آید. این در صورتی است که شخص

ص: ۴۲۶

به این مطلب توجه داشته باشد و به حساب قبول این بیع را انجام داده باشد، اما اگر توجه به این مطلب نداشته باشد، یا یادش رفته باشد، یا یا اینکه شخص بخواهد مستقلاً این کار را بکند، اینجا مشکل است که بگوییم این قبول، هم انشاء قبول است و هم انشاء بیع. پس شاید مقصود شیخ هم همین باشد که اگر کسی «أبحت لك مالی» را به قصد انشاء تملیک گفته باشد و طرف مقابل هم به قصد قبول، بیع را انجام داده باشد، اشکالی در این صورت نخواهد بود. این مقصود شیخ است ولو اینکه تصریح به این جمله نکرده است. پرسش: اگر بخواهد ملک طرف بشود، قاعداً باید صیغه اش صریح باشد و صیغه ی کنایی و امثال آن قبول نیست، مگر اینکه معامله مستقل باشد. پاسخ: مراد از «أبحت» عبارت از «ملکت» است. عبارت «أبحت لك أن تبیع لنفسك» می تواند کنایه از تملیک باشد و مانعی هم ندارد که معامله ی مستقله باشد. پس ایشان فرمودند که در این صور اشکالی وجود ندارد، بعد هم می فرمایند که علامه در تذکره بیان کرده است که اگر کسی بگوید: «أعتق عبدك عنی»، این عبارت استدعاء تملیک است، چون یکی از شرایط عتق این است که شخص مالک باشد و این عبارت کنایه از استدعاء تملیک است و اگر طرف مقابل هم اعتناق خارجی بکند، جواب این استدعاء خواهد بود. از عباراتی که علامه در باب بیع ذکر کرده است، معلوم می شود که تملیک بعوض مراد است و وقتی شخص می گوید: «أعتق عبدك عنی»، به این معنی است که این عتق را انجام بده و ثمن المثلش را

از ما بگیر. وقتی هم که شخص عتق می کند، این بیع، بیع ضمنی خواهد بود، منتهی اشکالی که علامه متعرض آن شده اند، عبارت از این است که این مورد شرایط خاصه ی بیع را \_ که قبلاً ذکر شده است \_ ندارد. ایشان می فرمایند که این شرایط خاصه در بیع مستقل وجود دارد که اگر کسی بخواهد بیع بکند، آن شرایط خاصه و صیغ خاصه معتبر است، اما اگر بیع ضمنی باشد که بیع بالملازمه در ضمن یک فعل دیگری حاصل می شود، وجود آن شرائط خاصه اجماعاً معتبر نیست. علامه در اوائل کتاب البیع تذکره چاپ جدید صفحه ۱۰ ج ۱۰ به این مطلب اشاره فرموده است. پس بنابراین ولو در این صورت ایجاب و قبول وجود ندارد، ولی اشکالی ندارد که با انشاء لفظ «اعتقت» هم شخص را مالک بکند و هم با عتق آن بنده را آزاد بکند. علامه این ادعاء را کرده و می فرمایند که در ما نحن فیه اگر کسی با «أبحت لك أن تبیع مالی لنفسك» اراده ی انشاء تملیک بکند، برای قبول آن شرایط و خصوصیات در اینجا معتبر نیست. شیخ می فرمایند که این فرض مورد بحث ما نیست، زیرا فرض مسئله ی ما در جایی است که از «أبحت لك» از اول اراده ی اباحه کرده باشد، نه انشاء تملیک، طرف مقابل هم نمی خواهد با بیع ضمنی قبول و تملک بکند. آن فرض وکالت و امثال آن هم که شخص وکیل برای فروش باشد، یا فرض دیگری که شخص به صورت قرض بردارد و تملک بکند، این فروض غیر از فرض مسئله ی ماست. پس بنابراین فرض مسئله ی ما غیر از این صورتی

است که قابل تصویر است و حکم به صحت آنها شده است. پس با این راه نمی توانیم تصرفات متوقف بر ملک را در اینجا تصحیح کنیم. یک صورت دیگر هم این است که مالک اباحه کرده است و نه بالوکاله و نه بالکنایه، به هیچکدام از این راهها، تملیکی در کار نیست. شرع تملیک می کند و شخص را مالک قرار می دهد و او هم با این شیء چیزی را می خرد. بعد ایشان می فرمایند که تملیک مالی نیست، ولی شرع \_ که اختیار هر چیزی در دست اوست \_ فرموده است که اگر تو گفتی «ابحت» و لو خودت هم قصد تملیک نکرده باشی، قبل از انجام بیع توسط طرف مقابل، یک ملکیتی برای او حاصل می شود و یا اینکه بعد از بیع شارع می گوید که من ثمن را از ملکم صاحبش خارج می کنم و در ملک تو قرار می دهم. این فرمایش ایشان اشکال عقلی ندارد، زیرا شارع مقدس می تواند بر اشخاص حکم بکند که مال آنها از ملکشان خارج و در ملک دیگری قرار بگیرد، چه اراده کرده باشند و چه اراده نکرده باشند، اما بحث در این است که برای اثبات اینکه شرع چنین حکمی صادر کرده است، نیاز به یک دلیل خاصی داریم که این معنی را اثبات بکند. باید بینیم که در جایی که شخص می گوید: «أبحت لك في جميع التصرفات حتى التصرف المتوقفه على الملك»، چه دلیل اثباتی برای این مطلب وجود دارد که بدون رضایت مالک، ملکیتی برای طرف مقابل حاصل بشود و قهراً بیع او هم بیع حقیقی باشد. اگر بخواهیم به «الناس مسلطون علی اموالهم» استدلال بکنیم و بگوییم

که انسان مسلط بر مال خودش است و هر کاری که بخواهد می تواند در آن انجام بدهد که یکی از تصرفات هم اباحه مطلقه است حتی اباحه تصرفات متوقف بر ملک، در مقابل چنین استدلالی ما قبلاً هم از مرحوم آخوند نقل کردیم و شیخ هم می فرماید که «الناس مسلطون» مشرع نیست، بلکه «الناس مسلطون» می خواهد بگوید: چیزی که شرعاً جایز است، محدودیتی نسبت به آن برای مالک وجود ندارد و لازم نیست دیگر اجازه ای بگیرد. اگر یک چیزی ذاتاً جایز باشد، مالک مجاز است که آن را انجام بدهد. اما اگر ما شک در این کردیم که شرعاً منتقل شده است، یا منتقل نشده است، در این صورت «الناس مسلطون» نمی خواهد بگوید که شرعاً بدون اجازه مالک و خود به خود منتقل شده است و با «ابحت» چنین مطلبی حاصل شده است. لسان «الناس مسلطون» این مطلب را شامل نمی شود. البته علامه یک مطلبی در کتاب هایش دارد مبنی بر اینکه اگر شیئی با بیع از مال زید خارج بشود، ولی ثمن به ملک عمرو داخل بشود، چنین چیزی در مبادلات صحیح و معقول نیست. بیع به معنای مبادله است و معنای مبادله این است که اگر یک چیزی از یک جا خارج شد، بدل آن هم باید همان جا جایگزین بشود، اما این نمی شود که یک چیزی از کیسه ی زید خارج بشود و در مقابلش یک چیزی در کیسه ی عمرو داخل بشود، زیرا حقیقت بیع مبادله است و چنین چیزی بدل نیست، لذا در بیع نمی شود از ملک یکی مثنی خارج بشود و ثمن داخل در ملک دیگری بشود. علامه این مطلب را در

جاهای مختلف ذکر کرده است و شیخ انصاری هم این مطلب را قبول فرموده است. بعد شیخ می فرماید که مشهور بین امامیه، بلکه از صاحب جواهر نقل «لاخلاف» شده است که اگر کسی بگوید: «اشتر بمالی لنفسك»، این عبارت در سه صورت جایز است والا- اینکه از کیسه این شخص چیزی خارج و در کیسه ی دیگری چیزی داخل بشود، جایز نیست. و اما یکی از آن صورت ها عبارت از این است که مراد این باشد که تو مال من را قرض بردار تا ملک خودت بشود و بعد با آن چیزی بخر تا مال خودت باشد. صورت دیگر هم این است که با مال من برای من چیزی بخر، ولی آن چیزی که خریدی قرض بردار تا مال خودت باشد. صورت سوم هم این است که قرض ذمه ای باشد، یعنی شخص شیئی را به صورت ذمه ای بخرد (جایز است که انسان یک چیزی را که عین خارجی نیست، در ذمه خودش بخرد) و نسبت به فروشنده بدهکار شده و بعد هم ادعای دین کرده و مال او را تملک بکند. در این سه صورت صحیح است و در غیر این موارد صحیح نیست. بنابراین در ما نحن فیه، فرض مسئله عبارت از این است هیچ تملکی در کار نیست و می خواهیم بگوییم که ملکیت قهری توسط شرع مقدس حاصل شده است. برای اثبات چنین ملکیتی اگر یک روایت خاصی باشد، اشکالی نخواهد بود، اما با «الناس مسلطون» و امثال آن نمی توانیم چنین حکمی را ثابت بکنیم. البته در اینجا یک بحث مفصلی وجود دارد و به نظر ما یک تصور دیگری هم در مسئله وجود



دارد که شیخ اصلاً آن را ذکر نکرده است و اجمالش را بنده عرض می‌کنم و بقیه اش را بعداً انشاء الله بیان می‌کنم. اجمال مطلب عبارت از این است که وقتی گفته شود «ابحت لک..» و همه تصرفات اباحه می‌شود، می‌گوییم که شخص طبق قواعد تصرفات متوقف بر ملک را در حالی که ملکش نیست، نمی‌تواند انجام بدهد، اما می‌تواند تصرفات غیر متوقف بر ملک را انجام بدهد و اشکالی ندارد. یکی از تصرفاتی که متوقف بر عدم الملك است، نفس التملك است. انسان نمی‌تواند ملک خودش را تملك بکند، بلکه باید ملک دیگری را تملك بکند و این تصرفی است که متوقف بر عدم الملك است و در صورتی این تصور را می‌توانیم انجام بدهیم که مالک نباشیم. اگر دلیل اطلاق داشت \_ که در فرض مسئله هم اطلاق وجود دارد \_ و شامل تمام تصرفات حتی التملك شد، شخص ابتداء تملك می‌کند و بعد تمام تصرفات متوقف بر ملک برای او جایز می‌شود. پرسش:.... پاسخ: من می‌گویم چون اجازه ی او مطلق است، شخص می‌تواند از این اجازه استفاده کند و تملك بکند. در اکثر موارد معاطاه هم تملك می‌کنند. اگر هم ملک شخص نباشد، چون اجازه ی تملك دارد، تملك می‌کند. پرسش: پاسخ: اگر بدون اجازه بخوایم مال اشخاص را تملك بکنم، جایز نیست، اما اگر اجازه باشد، تملك جایز است، مانند مباحات که شما آنها را تملك می‌کنید و کسی به شما تمليك نمی‌کند. همانطور که بر اساس بنای عقلاء انسان می‌تواند مباحات را تملك بکند، در جایی هم که شخص اجازه داده باشد، بر اساس بنای عقلاء تملك جایز است. پرسش:.... پاسخ:

با تصرف هم می شود انسان تملک بکند و اشکالی ندارد. بر اساس بنای عقلاء همانطور که انسان به قصد مالکیت مباح را بر می دارد، در اینجا هم چون اجازه برای تملک وجود دارد، می تواند با تصرف تملک بکند. اگر هم شما به یک کسی بگویید که این شیء در اختیار شما باشد و هر کاری که خواستید با آن بکنید، او هم می تواند بگوید که من این شیء را تملک می کنم و تملک یک امر عقلایی و جایزی است. پرسش: آیا این یک نوع هبه است؟ پاسخ: نه، در هبه شیء با نفس هبه منتقل می شود و طرف مقابل هم قبول می کند، اما در اینجا همه تصرفات ممکن است و شخص می تواند تملک بکند یا نکند. تصرفی که جایز نیست، فروش به دیگری است، نه تملک کردن. پرسش: متعارف بیع های فاسد مانند بیع غرری را می شود این جوری درست کرد! پاسخ: اگر طرف راضی به تملک باشد، حتی بعد الفاسد اشکالی ندارد و آن معاوضه هم جایز است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### صور مختلف معاطاه ۹۱/۱۱/۱۶

Your browser does not support the audio tag

صور مختلف معاطاه شیخ فرمود که با اباحه کردن، دو گونه می توانیم تصرفات متوقف بر ملک را تصحیح بکنیم و هر دو صورت را هم بیان کردند که یکی عبارت از این بود که با توکیل شخص را وکیل بکند که آن مال را به خودش تملیک کرده و بعد هم برای خودش بفروشد، یا اینکه برای موکل خود بفروشد و ثمن را با وکالت از مالک به خودش تملیک بکند و در نتیجه این ثمن مال خودش قرار بگیرد. یا اینکه بگوییم «أبحت لك» کنایه از از

ص: ۴۳۳

تملیک است و فروش هم قبول تملیک می باشد، منتهی در این قبول دو انشاء طولی وجود دارد، یکی انشاء تملیک است که مال را ملک خودش می کند و یکی هم خروج از ملک او با فروش و دخول ثمن در ملک او می باشد. خلاصه اینکه هر سه تصویری که در مسئله وجود دارد، مربوط به خود مالک است. یک قسم دیگر هم این است که قبل از اینکه شخص بفروشد، شرع \_ که مالک الملوک است \_ حکم بکند به ملکیت این شخصی که قصد فروش دارد. و قهراً قبل از فروش این مال، مال زید بوده است و حال که عمرو می خواهد این مال زید را بفروشد، به حکم شرع قبل از فروش، ملک عمرو شده است، یا اینکه در حین فروش قبل از اینکه انتقال حاصل بشود، با همین انشاء «بعث» ملکیت برای خودش حاصل و بعد از آن از ملکش به طرف آن مشتری که می خواهد بخرد، خارج می شود. اینکه شرع با ادله خاصه ثابت شده چنین حکمی بکند و قبل از انشاء حکم به ملکیت بکند، اشکالی ندارد، زیرا مالک الملوک است و می گوید که با انشاء تو اول ملکیت برای خودش حاصل می شود و بعد هم از ملک او به طرف مشتری خارج بشود. پرسش: ... پاسخ: ایشان می فرماید که اگر دلیلی قائم شد، این مطلب هیچ منافاتی با «لا بیع الا فی ملک» ندارد، زیرا این شخص مالک شده است و بعد بیع کرده، یا مالک ثمن شده است و در هر صورت بالاخره ثمن به نفع اوست. مرحوم آقای ایروانی در اینجا بحث مفصلی دارد و یک اشکالی می کند که

ص: ۴۳۴

ما اشکال ایشان را نمی فهمیم. بنده عبارت ایشان را می خوانم تا شما ببینید که چه اشکالی به شیخ کرده است. ما که از اشکال ایشان سر در نیاوردیم. ایشان مدعی است که همان بیع ضمنی که در «أعتق عبدک عنی» وجود دارد، در مورد بحث ما هم هست، پس چطور شما بین این دو مورد قائل به تفکیک شده اید. البته بر خلاف اشکال ایشان، شیخ قائل به تفکیک نشده است و آنچه که ایشان قائل به تفکیک شده است، غیر از مورد محل بحث ماست. ایشان در اشکال به شیخ می فرماید که همان معنایی را که شیخ تصور کرده و آقایان دیگر هم در «أعتق عبدک عنی» قائل به بیع ضمنی و ملکیت ضمیمه هستند، اینجا در مورد بحث ما هم درست است. ایشان می فرماید که: «فکما أن أعتق عبدی عنک متضمّن للتّملیک بعبارہ الإذن فی العتق کذلک أبحث لک عتق عبدی و وطی جاریتی و بیع داری و وقف حتمّیّامی تملیک بعبارہ الإذن فی التصرف و مثله لفظ عام اندرج فیہ کل المذکورات فما وجه الإشکال فی هذه و عدم الإشکال فی أعتق عبدی عنک بل بالنّسبه إلی إباحه العتق فی المقام و مثال الإذن فی العتق واحد لا یختلفان». این اشکال ایشان به شیخ است، اما شیخ در «أبحث لک مالی» و امثال آن می فرماید که چون جمله لفظی است، ممکن است کنایه از تملیک باشد، یا توکیل باشد و همه این تصورات وجود دارد، اما در بیع معاطاتی که شخص عملی را انجام می دهد، یک مرتبه با اعطاء قصد تملیک می کند، یک مرتبه هم قاصد تملیک نیست، بلکه قاصد اباحه است. ما می گوییم

که اگر شخص قصد اباحه بکند، فایده ندارد. مستشکل می فرماید که «أبحت» با «أعتق» یکی است، شیخ هم می فرماید که این دو یکی است و حتی این مثال «أبحت مالک لک أن تبع لنفسی» را خود شیخ زده است. شیخ می فرماید که در این مثال چند صورت قابل تصویر است، چون هم می توانیم لفظ را کنایه از تملیک بدانیم و هم توکیل باشد، ولی در مورد فرض ما \_ که اعطاء خارجی است \_ یک مرتبه قصد تملیک وجود دارد و یک مرتبه هم قصد اباحه هست و ایشان می فرماید که در این مورد، «أبحت» لفظی جاری است. عبارت شیخ این است که در برخی از تعابیر مانند «وَسَيِّئِلِ الْقَرْيَةِ...» و امثال آن بر اساس دلالت اقتضاء مقصود این است که از اهل قریه بپرس. دلالت اقتضاء عبارت از این است که مقصود شخص یک چیزی است که برای فهم آن باید یک چیزی را در تقدیر بگیریم. گاهی این دلالت به قرینه ی عقلی است و گاهی هم به قرینه ی شرع، «فمَثَلُوا لِلْعَقْلِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى وَ سَيِّئِلِ الْقَرْيَةِ وَ لِلشَّرْعِ بِهَذَا الْمَثَالِ» \_ که مراد مثال «أعتق عبدك عنی» می باشد \_ «و من المعلوم بحکم الفرض أن المقصود فیما نحن فیهِ لیس إلّا مجرد الإباحه». ما فرض کردیم که مقصود از اعطاء خارجی اباحه است. ایشان به شیخ اشکال کرده است که چه فرقی بین «أبحت» و «أعتق» وجود دارد و هر دو یکی است. ما که نفهمیدیم مراد ایشان از این اشکال چیست! یک مطالبی در فرمایشات شیخ وجود دارد که در فهم عبارت خیلی مندمج است و معنی برای ما خوب روشن

نیست. خیلی از آقایان دیگر هم وقتی عبارت برایشان حل نمی شود، مطلب را به عنوان اشکال بر شیخ عنوان می کنند، در حالی که بهتر این است که انسان تا جایی که می تواند این مطالب را به نحوی توجیه بکند. شیخ می فرماید در جایی که کسی مال خود را برای طرف مقابل اباحه مطلقه کرد و گفت که شما مجازید هر تصرفی در این مال بکنید، حتی بیع کنید، عتق کنید، وطی کنید و با تصریح لفظی یا فعل معاطاتی به مخاطب فهماند که تمام این تصرفات برای او جایز است، باید اجازه شرع هم باشد و اگر شارع اجازه ندهد، صحیح نیست. این فرمایش شیخ است. آن وقت بحث ما این است که شارع با «الناس مسلطون» اذن به اباحه جمیع تصرفات را امضاء کرده است و این انشاء رضا را مملک حساب کرده است، زیرا «الناس مسلطون» می گوید که مردم مسلط بر اموال خودشان هستند و می توانند هر کاری که می خواهند راجع به مالشان انجام بدهند. شیخ می فرماید که این استدلال درست نیست، زیرا درست است که «الناس مسلطون» اذن مطلق است، ولی امضاء شرع مطلق نیست، چون آنچه که ما از ادله فهمیده ایم این است که شارع اینطور نیست که مطلق تصرفات حتی تصرف خلاف شرع یا ایذاء یا ظلم را امضاء بکند. «الناس مسلطون» نمی خواهد بگوید که شما هر تصرفی حتی حرام ذاتی را می توانید انجام بدهید، حال یا به دلیل اجماع یا به دلیل انصراف. مراد از «الناس مسلطون علی اموالهم» عبارت از این است که چیزی که ذاتاً جایز است، دیگر لازم نیست که مالک از رئیس قوم یا حاکم

شرع هم برای تصرف در اموالش اجازه بگیرد. پس اگر مراد اینطور باشد که شیخ می فرماید، اگر یک تصرفی به عنوان اولی حرام بود، با «الناس مسلطون» نمی توانیم آن را جایز بدانیم. حال اگر کسی بخواهد مال دیگری را قبل از اینکه مالک بشود، برای خودش بفروشد و ثمنش را برای خودش بردارد، عقلاً و شرعاً چنین کاری جایز نیست و نمی توانیم با «الناس مسلطون» چنین تصرفی را تصحیح بکنیم. پس بنابراین ما نمی توانیم امضاء را درست بکنیم و آن ادله ی عدم جواز در جای خودش هست و مشکل بیع فضولی حل نمی شود. این تعبیر شیخ است، منتهی بعد ایشان می فرماید که ادله ای که تصرف غیر مالک را تحریم کرده است، حاکم بر دلیل «الناس مسلطون» است. منتهی باید ببینیم که این حاکم بودن به چه نحوی است. اگر که بالاجماع یا بالانصراف مراد از «الناس مسلطون» یعنی چیزی که جواز ذاتی دارد و در این موارد احتیاج به اجازه کسی نیست، ادله ی تحریم وارد بر «الناس مسلطون» خواهد بود، زیرا موضوع این دلیل عبارت از تصرفی است که حلال ذاتی باشد و با آمدن ادله ی تحریم موضوعی برای «الناس مسلطون» باقی نمی ماند. پس با این فرض، ادله ی تحریم وارد است نه حاکم. اگر هم بگوییم که به عنوان تخصیص موارد محرم خارج شده است، باز هم حکومت نخواهد بود. البته ممکن هم هست که مراد از حاکم این باشد که یک چیزی بر دیگری تقدم داشته باشد و حاکم مصطلح در لسان شیخ مراد نباشد به این معنی که این دو با هم متعارضان هستند و یکی قوی است و دیگری ضعیف و این

ضعیف در مقابل قوی محکوم است. در ذهنم هست که این کلمه حکومت و محکوم در اعتقادات صدوق هم هست و به معنای تسلط بکار برده شده است. در ریاض هم این عبارت آمده است و معلوم نیست که مقصود آنها از کلمه حکومت معنایی باشد که در مصطلح در لسان شیخ است و حاکم به معنای قوی تر است که در مقابلش محکوم قرار دارد که مغلوب حاکم است. پس اگر ما حاکم را به این معنی بگیریم، با عنوان تخصیص هم منافاتی ندارد و ظهور ادله ی تحریم از ظهور «الناس مسلطون» قوی تر است و قهراً به ظهور اولی اخذ می کنیم و محرمات ذاتی به عنوان مالکیت از فعلیت می افتد و نظیر این مطلب در «أوفوا بالعقود» و «أوفوا بالنذور» هم هست که در مقابل این ادله، ادله ی دیگری مانند «لا عتق الا فی ملک» و «لا بیع الا فی ملک» و امثال اینها ظهور قوی تری دارد و ادله ی قبلی را شکست می دهد و «أوفوا بالنذور» نمی تواند در برابر این ادله مقاومت بکند. پس ممکن است که مراد از حاکم، عبارت از حکومت اصطلاحی نباشد و به معنای مقدم باشد. اشکال این تقریب که بگوییم یکی از دو دلیل قوی تر است و لذا تخصیص را به دلیل ضعیف تر می زنیم، این است که از بیان شیخ پیداست که دوران امر بین احد التخصیصین نیست که بگوییم یکی از دو تخصیص اهون از دیگری است، بلکه ایشان در ذیل مطلب بیانی دارند که با ورود یا با حکومت اصطلاحی می سازد و این خیلی خلاف ظاهر است که بگوییم برای اعدام موضوعی کلمه حکومت ذکر شده باشد. بنده در

اینجا یک احتمالی می‌دهم و در توضیح این احتمال باید بگویم که گاهی وقتی انسان دو دلیل را ملاحظه می‌کند، یک دلیل موضوعی دارد که بالا‌اراده الاستعمالیه است و دلیل دیگر یک شیء را از مصداق این موضوع اخراج می‌کند، مثلاً عقاب بلایان و حجت قبیح است، یک دلیلی هم خبر واحد را حجت قرار می‌دهد. در اینجا یکی از مصادیقی که اگر این دلیل دوم نبود، مصداق برای لایان بود، همین خبر واحد است که با دلیل دوم از مصداق بودن خارج می‌شود. ولی گاهی ممکن است که یک لفظ کلی استعمال شده باشد، ولی اگر بالفاهم العرفی این دو دلیل را با هم بررسی کنند، یکی از این دو قرینه بر این خواهد بود که اراده‌ی جدی فلان قسم خاص است. قهراً در اینجا دلیل یک شیء را از اراده‌ی جدیه خارج می‌کند. در این صورت ممکن است که بگوییم حکومت است. مثلاً در جایی که شک داریم که بر اساس دلیل «اکرم العلما» آیا اکرام فلان شخص هم واجب است یا نه و نمی‌دانیم که اراده‌ی جدی بر روی او هم رفته است یا نه، بر اساس اصل عقلائی باید او را احترام بکنیم، اما اگر یک شیئی قرینه شد بر تعیین مراد جدی حاکم خواهد بود و اگر قرینه باشد که مصداقی را از اراده‌ی استعمالی خارج بکند، وارد خواهد بود. علی‌ای تقدیر به نظر ما مراد شیخ این است و اگر غیر از این باشد ما چیز دیگری نمی‌فهمیم. پرسش: یعنی می‌فرمایید که حاکم مفسر است؟ پاسخ: بله مفسر است و مراد جدی را بیان و تفسیر می‌کند



که با مبنای خود ایشان هم مخالف نباشد که حکومت را به معنای تفسیر ذکر کرده است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### جمع بین ادله ی تحریم تصرفات غیر مالک و دلیل «الناس مسلطون» ۹۱/۱۱/۱۷

Your browser does not support the audio tag

جمع بین ادله ی تحریم تصرفات غیر مالک و دلیل «الناس مسلطون» شیخ فرمودند که ادله ای تحریم تصرفات غیر مالک، حاکم بر دلیل «الناس مسلطون» می باشد. ما هم عرض کردیم که حکومت به معنای لغوی \_ که از قدیم هم استعمال شده است \_ به معنای غلبه کردن و فائق بودن در برابر طرف مقابل است. این معنی هم در تخصیص می آید که در صورتی است که یک طرف قوی تر باشد و بنای عقلاء در تقدیم است و هم در حکومت و ورود می آید. این معنای حکومت بالمعنی الاعم است. اما چون در اینجا ایشان منکر تخصیص هستند، اگر حکومت به آن معنایی که عرض کردیم، نباشد، حکومت در اینجا به معنای لغوی کلی خواهد بود و مصداق حکومت در اینجا منطبق بر ورود خواهد بود. این خلاصه ی مطلب دیروز بود. بعد ایشان می فرمایند که بین این دو دلیل، اگر جمعی که بعداً ذکر می کنیم را در نظر نگیریم و تهافتی وجود داشته باشند، (هر چند که ما قبلاً گفتیم تهافتی وجود ندارد، زیرا «الناس مسلطون» مُشَرَّع نیست و نمی خواهد محرم ذاتی را حلال بکند) هیچ منافاتی وجود نخواهد داشت و این ادله یا حاکم یا وارد بر «الناس مسلطون» خواهد بود. حال اگر این مطلب را نگفتیم و قائل به این شدیم که «الناس مسلطون» به حسب عمومش مُشَرَّع هم هست، چون می خواهد بگوید که یک شیء اگر بذاته هم حرام باشد، یکی از عناوین طاریه و مصححه این

ص: ۴۴۱

است که ملک شخصی باشد و در این صورت با اجازه مالک جواز تصرفات حاصل می شود، همانطور که حاکم در برخی موارد با حق حکومتی چیزی را که ذاتاً حرام است را به عنوان ثانوی می تواند تحلیل بکند، در اینجا هم بگوییم که مالک همین حق را داشته باشد. اگر چنین چیزی را بگوییم \_ که ما به چنین چیزی قائل نیستیم \_ قطع نظر از جمعی که بعداً ذکر خواهیم کرد \_ این دو با هم یک نحوه تعارضی خواهند داشت، یک دلیل می گوید که مالک اختیار مطلق دارد و می تواند حتی تصرفات متوقف بر ملک را هم اجازه بدهد و در نتیجه اجازه مالک نسبت به حکم شرعی عنوان ثانوی پیدا می کند و آن حکم حرمت اقتضائی فعلیت پیدا نمی کند و دلیل توقف هم بر عمومش باقی است و در نتیجه می توانیم بگوییم با توجه به اینکه باید احد التخصیصین در اینجا باشد، ولو عموم دلیل اول اقتضاء می کند که مُشَرَّع هم باشد، ولی برای حفظ دلیل توقف، بگوییم که این عموم مراد نیست. البته می توانیم یک احتمال ثالثی را هم بدهیم که هیچ کدام از این دو عموم تخصیص نخورده باشند و هر دو بر عموم خود باقی باشند، به این صورت که شارع بنا بر اینکه مالک اصلی است، حکم ملکیت را برای مباح له صادر بکند و قهراً آن دو عام هیچ کدام زمین نخورده است، موضوع عموماتی که تصرف را متوقف بر ملک می داند، حاصل شده است و آن دلیلی هم که می گوید تصرفات مطلقاً جایز است، تخصصاً خارج است و تخصیصی نخورده است. نظیر این مطلب را شیخ در بحث



«احل الله البيع» می فرماید و مختار ایشان این است که ابتداءً تصرفات متوقف بر ملک را خداوند حلال کرده است. ایشان از یک طرف می فرمایند که تصرفات متوقف بر ملک تماماً حلال شده است مانند عتق و بیع و وطی جاریه و ... از طرف دیگر هم این تصرفات بدون ملک جایز نیست و جمع بین این دو اینگونه است که بگوییم هیچ کدام تخصیص نخورده است و هنگامی که شخص یک شیء را به دیگری تملیک می کند، قدر متیقنش این است که آنما قبل از اینکه به دیگری انتقال پیدا بکند، ملک خود شخص بشود و بعد به دیگری منتقل بشود. ایشان اینطور بین این دو دلیل جمع می کند که هیچ کدام هم تخصیص نخورد. در اینجا هم اگر بنا شد که هر دو دلیل بر عموم خود باقی باشند و تخصیص نخورند، یک راهش عبارت از این است که بگوییم شارع مقدس می تواند حکم بکند که آنما ملکیتی حاصل بشود. این فرمایشی است که شیخ دارند و بعد هم تعبیر به «فتأمل» می فرمایند. مرحوم والد ما از یکی از آقایان نقل می کرد که فتأمل در جایی گفته می شود که یک حرف محکم و اساسی در کار نباشد و مباحث جزئی وجود داشته باشد که به اساس مطلب صدمه نمی زند و در مطالب اساسی چنین تعبیری نمی کنند و مناسب هم نیست که با چنین تعابیری به آن اشاره بشود و لذا در این فتأمل ها جای فکر اساسی وجود ندارد، اگر هم به مطلب اساسی اشاره بشود، ثبوتش خیلی مورد تأمل است و واضح نمی باشد. ایشان فرمودند که اگر بین این ادله جمع نکنیم، باید

مرتکب احد التخصیصین بشویم، یا این دلیل مخصص آن دلیل بشود و یا آن دلیل مخصص این دلیل بشود و گاهی هم یک تخصیص بیشتر نیست و آن در جایی است که بگوییم بر اساس ادله توقف بر ملک مانند «لا بیع إلا فی ملک» عقلاً نمی شود مبادله حاصل بشود، کما اینکه شیخ از علامه نقل کرده است و مختار خود ایشان هم همین است، به این معنی که نمی شود یک چیزی از جیب کسی خارج بشود و بدل آن داخل در جیب دیگری بشود، چنین چیزی عقلاً اشکال دارد و چنین بیعی صحیح نیست که شیئی از ملک مالک خارج بشود و بدل آن داخل در ملک مباح له بشود. اگر طبق فرمایش ایشان اشکال عقلی وجود داشته باشد، پس به حکم عقل «لا بیع الا فی ملک» تخصیص نخورده است و قاعدتاً تخصیص متوجه دلیل «الناس مسلطون» خواهد بود. ممکن هم هست که بین این دو دلیل جمع بکنیم و هیچ کدام هم تخصیص نخورد، پس در نتیجه در بعضی موارد هر دو صلاحیت مخصصیت دارند و در بعضی جاها هم یکی صلاحیت مخصصیت را دارد و «فتأمل» شاید اشاره به این باشد که اصل تخصیص مراد است، نه تردد تخصیص بین الشیئین. البته بعید است که ایشان یک مطلبی را بیان کنند و بعد هم بخواهند با «فتأمل» آن را خرابش بکنند. ولی ممکن است که این تأمل اشاره به این باشد که این جمع کردن با ملکیت قهری، خودش یک نوع جمع است و اگر بگوییم که شارع مقدس مثلاً با «احل» فرموده است که تصرفاتان جایز است و از طرف دیگر هم

فرموده است که این کارها بدون ملک نمی شود، از این تعابیر استفاده می شود که شارع طرف مقابل را مالک حساب کرده و بر همین اساس فرموده است که این تصرفات جایز است. این خودش یک جمع عرفی است و کبرویاً هم اگر درست باشد، ولی باید بینیم که آیا این ملکیت قهریه با «الناس مسلطون» جور در می آید یا نه؟ آیا می توانیم بگوییم در عین حالی که شخص مالک است، ولی چه اجازه بدهد و چه اجازه ندهد، طرف مقابل مالک بشود؟ «الناس مسلطون» می گوید که هر چند مالک الملوک اختیار مطلق دارد، اما خود مالک الملوک می گوید که من از این اختیار مطلق خودم در هر کاری استفاده نمی کنم و اگر طرف مالک شد، من می گویم که سلطنت او باید مراعات بشود و این چه سلطنتی است که بدون رضایت مالک، ملکش را از ملکیت او خارج بکنند؟! و این نوع جمع کردن نوعی تخصیص در ادله ی سلطنت است، در حالی که اگر ما قائل به ملکیت قهریه شدیم، به این جهت بود که تخصیصی در کار نباشد و با این بیان این ملکیت قهریه تخصیص در ادله سلطنت خواهد بود. یا اینکه بگوییم این اشکال وارد نیست و اگر شارع مقدس مستقیماً حکمی کرده باشد و قائل به ملکیتی شده باشد، با دلیل «الناس مسلطون» منافاتی ندارد، زیرا مواردی داریم مثل اینکه شما زحمت می کشید و مالی را به دست می آورید و شارع بعد از سال می گوید که یک پنجمش مال ارباب خمس است، یا زحمت می کشید و مالی را به دست می آورید و شارع حکم می کند که یک دهم یا یک بیستمش

مثلاً زکات باشد. شارع در اینجا از اختیار مطلقش استفاده می کند، بدون اینکه کسی اجازه بدهد. قهراً در اینجا شارع یک مقداری از مال شخص را از ملکش خارج و به ملک دیگری در می آورد و این مطلب هیچ منافاتی هم با «الناس مسلطون» ندارد و تخصیص «الناس مسلطون» هم نیست. پس خلاصه یک چنین تأملاتی در مسئله هست و خیلی این مسئله صاف و روشن نیست، ولی اساس مطلب همان است که شیخ از اول فرمود که ادله «الناس مسلطون» عمومیت ندارد و بر اساس انصراف عرف متعارف، از آن مُشَرَّعیتی در مقابل شرع فهمیده نمی شود، بلکه این مقدار به نظر می رسد که در اموری که جواز ذاتی دارد، شخص مستقل در تصرفات است. پرسش: اینکه در ارباب خمس و زکات فرمودید منافات با «الناس مسلطون» ندارد، حال اگر شارع مثلاً به بچه بگوید که تو محجوری و در مال خودت نباید تصرف کنی، شارع سلطه را گرفته است و «الناس مسلطون» به هم می خورد. پاسخ: اشکال ندارد. منافاتی ندارد، زیرا این در مقابل اشخاص دیگر است، نه در مقابل خداوند و در خمس و زکات هم چنین منافاتی وجود ندارد. پرسش: خمس و زکات از اول داخل در ملکش نمی شود؟ پاسخ: «قهراً علیه» از ملک شخص خمس و زکات خارج می شود. بر اساس آیه (وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ ...) شخص مالک است و بعد هم از ملکش خارج می شود. شارع می گوید که اگر شما مالک شرعی شدید، این مقدار از ملک شما خارج می شود. این ملکیت شخص رتبه متقدم است و بعد خارج می شود. یک مطلب دیگر هم هست که شیخ در جاهای

دیگر هم دارد که مقتضای بیع \_ که مبادله و معاوضه است \_ عبارت از این است که بدل به جای مبدل برود، به این معنی که از همان جایی که مبدل خارج شده است، بدل در همانجا داخل بشود و از جهت عقلی چنین است. این فرمایش ایشان است، اما واقعاً مطلب اینطور است که اگر یک کسی برای بچه اش یک چیزی از مغازه دار بخرد و یک پولی بدهد و یک لباسی برای بچه اش بخرد، آیا عرف اباء می کند که این پول از جیب شخص خارج بشود و این شیء داخل در ملک بچه بشود؟! در مبادله همین مقدار که انسان یک محبوبی را از دست بدهد و محبوب دیگری جایگزین آن بشود، کفایت می کند و عرف متعارف از چنین معامله ای تأبیبی نمی کند. البته در اینجا هم به یک معنی برگشت به خود شخص می کند، چون محبوب شخص حاصل می شود، ولی این معقول نیست که اگر یک شیء از کیسه ی من خارج شد، حتماً باید بدل آن هم داخل در کیسه ی من بشود. پرسش: مثلاً در همین معامله ای که مثال فرمودید، عرف اختیارات را برای همین پدر می داند و می گوید اگر می خواهی پس بدهی، به پدرت بگو بیاید. پاسخ: اختیارات منافات ندارد و آن یک بحث دیگری است. کاری با اختیارات نداریم، حرف ما این است که شخص مالک می شود، در حالی که ایشان می فرماید محال است که چیزی از کیسه ی من خارج بشود و دیگری مالک بشود و چنین مبادله ای صحیح نیست. اما بنده می گویم که چون هر دو محبوب من است، هم پولی که از کیسه ی من خارج شده و هم

آن چیزی که به ملک دیگری در آمده و هیچ مانع عقلی از چنین معامله ای وجود ندارد. پرسش: عرفی هم می دانید؟ پاسخ: عرفی هم هست. خیلی ها هستند که می روند و پولی می دهند تا کسی دیگری مالک بشود و اشکالی هم ندارد. پرسش:... اگر شخصی پولی می دهد تا جنسی به بچه اش بدهند، اگر از فروشنده بپرسند که به چه کسی فروختی، می گوید به پدرش فروختم نه به پسر. پاسخ: باشد. من می گویم لازم نیست داخل در ملک پدر بشود و همین که داخل در محبوب او بشود، کافی است. پرسش:... پاسخ: لازم نیست داخل در ملک مالک بشود، بنای عقلاء هم همین است و عقلاء هم همین کار را می کنند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### جمع بین ادله سلطنت و ادله توقف تصرفات بر ملک ۹۱/۱۱/۱۸

Your browser does not support the audio tag

جمع بین ادله سلطنت و ادله توقف تصرفات بر ملک یک بحثی که ما باید راجع به فرمایش شیخ داشته باشیم این است که ایشان بحث را برده است بین «الناس مسلطون» و ادله اشتراط ملکیت در تصرفات، در حالی که اصلاً ثابت نشده است که «الناس مسلطون» در کتب عامه یا خاصه حدیثی از احادیث باشد، فقط شیخ طوسی از کلام شافعی خیال کرده است که این عبارت روایت است و الا در هیچ جای دیگر سابقه ای ندارد و بهتر این بود که بحث بین اطلاق روایت «لا یحل مال امرء مسلم الا بإذن مالک» یا «لا یحل مال امرء الا عن طیب نفس» و ادله توقف تصرفات بر ملک واقع می شد. پرسش: ... پاسخ: به عموم استثناء «الا باذن مالک» تمسک می شود، چنانچه در مشابهاش هم این مطلب را گفته اند. البته معلوم نیست که چنین اطلاق و

ص: ۴۴۸

عمومی وجود داشته باشد و متفاهم عرفی عبارت از این است که در تصرف در اموال مردم اذن معتبر است و بدون اذن اشخاص نمی شود در اموال آنها تصرف کرد، اما اینطور نیست که با اذن هر تصرفی جایز باشد، مثلاً اگر انسان مالک سگی شد، این دلیل نمی خواهد اذن به خوردن گوشتش بدهد. یا اگر کسی مالک عبد بود، اینطور نیست که بگوییم با عبارت «باذن مالک» خوردن گوشتش هم جایز می شود. این دلیل در مقام بیان این مطلب نیست. خلاصه اینکه بهتر بود که این دلیل عنوان می شد. پرسش: ... البته کافی است که همین مقدار فهمیده بشود که هر کاری که مالک می تواند انجام بدهد، شما هم می توانید انجام بدهید، ولی آن کارهایی که خود مالک هم نمی تواند انجام بدهد، مورد بحث نیست. پاسخ: عرض بنده این است که برخی خیال کرده اند که این دلیل از ناحیه ی مستثنی در مقام اطلاق است به این معنی که اذن مالک محلل همه ی مشکلات است. این دلیل در این مقام نیست که محرمات ذاتی هم با اذن مالک حلال بشود، بلکه در مقام بیان این مطلب است که شما حق ندارید بدون اذن مالک در اموال او تصرف بکنید. پرسش: چنین چیزی دیگر طرف دعوی با ادله تصرفات متوقف بر ملک نخواهد بود. پاسخ: ممکن است کسی بگوید که لفظ در مقام بیان است و می خواهد بگوید که با اذن مالک مشکل حل می شود، اما وجه انصراف از چنین اطلاقی عبارت از این است که متفاهم عرفی این است که در مواردی که خود مالک حق تصرف ندارد، با اذن مالک دیگران هم نمی توانند چنین

ص: ۴۴۹



تصرفی داشته باشند، لذا از ابتداء دلیل مضیق می شود. به همین جهت است که مرحوم شیخ و آخوند می فرمایند این دلیل اطلاق ندارد و مشرّع نیست و ما هم به معنای ورود معنی کردیم. پرسش: ... پاسخ: بنده می گویم که اصلاً «الناس مسلطون» به عنوان خبر ثابت نشده است، اما هر چند «لایحل مال امرء مسلم الا یاذن مالک» مشرّع نیست، ولی به عنوان حدیث می توان درباره ی آن بحث کرد. عرض ما هم این بود که در این روایت بالارتکاز العرفی استثناء اطلاق ندارد و معنای روایت عبارت از این است که آنچه برای خود مالک حلال است، اذن او برای دیگران هم تحلیل می کند، اما اطلاقی در روایت وجود ندارد و با همین قرائن جلوی اطلاق گرفته می شود. پرسش: آیا بهتر نیست که «تجاره عن تراض» در اینجا مورد بحث قرار بگیرد؟ پاسخ: درباره ی «تجاره عن تراض» هم اشکال شده است که نمی تواند مشرّع باشد. بحث دیگری که ما قبلاً به آن اشاره کردیم، اشاره به حکومت در اعتقادات صدوق بود. مرحوم شیخ صدوق در اعتقادات اینطور تعبیر می کنند: «اعتقادنا فی الحدیث المفسّر أنّه یحکم علی المجمل، بقول الصادق علیه السّلام» یا «كما قال الصادق علیه السّلام». این تعبیر ایشان در اعتقادات است و در چهار جای من لایحضر الفقیه هم بدون انتساب به پیغمبر و امام این مطلب را ذکر می کند. در سه جا اینطور تعبیر شده است که «حدیث المفسر یحکم علی المجمل» در یک جا هم تعبیر به «حدیث مفصل» با صاد و لام شده است. یحکم در همه موارد بیان شده به معنای یقدم است، یعنی تقدیم پیدا می کند یا موجب

تصرف در دیگری می شود. وقتی حدیثی مجمل باشد، قابل استناد نیست، اما وقتی حدیث دیگری معنای آن را ذکر بکند، در آن تصرف کرده و قابل استنادش می کند. مراد از حکومت در تعبیر ایشان این است، نه اصطلاحی که شیخ در رسائل بیان فرموده است که خود لفظ تام الدلاله است، اما دلیل دیگر با تفسیرش معنی را عوض می کند. پس شیخ می فرماید که اگر کسی مالش را برای دیگری اباحه بکند و نیت اباحه ی جمیع تصرفات را هم کرده باشد، باز هم تمام تصرفات حلال نمی شود. منتهی ایشان فرمودند در چند صورت ممکن است که این تحلیل و اباحه کردن منشأ جواز تصرفات متوقف بر ملک بشود: یکی در صورتی که شخص با «أبحت» به یکی از دو نحو توکیل بکند و دیگری هم صورتی است که «أبحت» کنایه از تملیک باشد و انشاء در اینجا انشاء تملیک باشد و صورت دیگر هم اینکه بگوییم شارع مالکیت را اثبات کرده و حکم به تملیک کرده باشد. با اباحه در این صورتها ممکن است که قائل به جواز تصرفات متوقف بر ملک باشیم، اما اباحه ی معاطاتی صلاحیت هیچکدام از این صور را ندارد. بعد هم ایشان یک صورت دیگری را تصویر می کنند که آن دیگر ربطی به انشاء اباحه و «أبحت» گفتن ندارد و آن این است که گاهی قبل از اینکه ملکیتی به حسب ظاهر برای شخص حاصل بشود، تصرفات متوقف بر ملک حلال می شود بدون اینکه کلمه «أبحت» و امثال آن بکار برده شده باشد. این هم قسم ثالثی است که ارتباطی به بحث ما ندارد و عبارت از این است که شخص

واهب ملکش را به غیر ذی رحم هبه می کند که حق رجوع هم دارد. بعد این شخص واهب همان چیزی را که هبه کرده است را به دیگری می فروشد، یا عبدی را که هبه کرده، عتق می کند. آقایان هم گفته اند که این بیع یا عتق صحیح است. در اینجا شخص واهب در چیز که هبه کرده و دیگری هم مالک شده است، می خواهد با بیع یا عتق تصرف مالکانه بکند. ایشان می فرماید که این قسم از مورد بحث ما جداست و ربطی به بحث ما ندارد و طبق قاعده می شود اینطور درستش کرد که شخص واهب با همان قصد فروش یا عتق از هبه ی خود رجوع کرده و آن شیء را از ملک طرف مقابل خارج و در ملک خودش داخل کرده است و در تصرف در ملک خود می کند. سبب الملک در این مورد رجوع است، اما در ما نحن فیه سبب الملک برای طرف مقابل حاصل نشده است تا بگوییم که تمام تصرفات جایز است، زیرا طرف مقابل مالک نیست، بلکه مباح له است و هیچ سببی برای ملکیت او وجود ندارد. پس بنابراین این مسئله منطبق بر مورد بحث ما نیست، منتهی کلمات شیخ خیلی مندمج است، زیرا تعبیر ایشان این است که در بیع یا عتق واهب قبل از انشاء بیع یا عتق، واهب با رجوع مالک شده است و در ملک خودش تصرف می کند. ایشان می فرمایند که «ملک حقیقی» نه «ملک تقدیری». در جاهای دیگر ایشان تعبیر به «ملک تقدیری آنما» می کنند که برای تقدیر دو معنی وجود دارد: یکی اینکه تقدیر به معنای فرض باشد که فرض کنیم مالک آنما مالک،

معنای دیگر هم اینکه تقدیر را به معنای اندازه گیری بدانیم، به این معنی که ملک فرضی نیست و واقعیت دارد، منتهی ما اندازه ی ملک را عملاً با استصحاب برای یک لحظه در نظر می گیریم که همین برای حل مشکل کفایت می کند. عبارتهای قبل یا تعبیری که بعداً می فرمایند به اینکه « ملک قهری للناظر » ظاهرش عبارت از این است که ملکیت واقعی است، نه ملکیت فرضی، ولی شیخ در اینجا بین فروش و عتق واهب با فروض دیگر فرق گذاشته و می فرمایند که در اینجا قبلاً شخص مالک حقیقی شده و بعد بیع و عتق می کند، منتهی در فروض دیگری که ایشان تصور کرده اند، ملک مقدّر آنّما بعد الانشاء و معلول انشاء است. یک ملکیت آنّما برای خودش حاصل شده و در آن بعد خروج از ملک محقق می شود. در هر دو صورت ملکیت حقیقی است، اما اینکه ایشان تعبیر حقیقی را به صورت واهب اختصاص دادند، یک مقدار به نظر می رسد که ایشان می فرمایند که ملکهای تقدیری ملک حقیقی نیست. اشکالی که به نظر می آید این است که این چطور جمع کردن بین ادله است که برای تخصیص نخوردن ادله فرض بکنیم که ملکیت حاصل شده است؟! اصولاً فرض مشکل را حل نمی کند و الا ما هم می توانیم فرض بکنیم که اذن مالک تصرفات غیر متوقف بر ملک را شامل نشده است، یا مثلاً فرض کنیم که مباح له مالک شده است و تصرفات متوقف بر ملک برای او جایز است، یا فرض بکنیم که اذن مبیح تصرفات متوقف بر ملک را شامل نشده است. خلاصه اینکه با فرض کردن نمی توانیم جمع بین ادله بکنیم.

البته اگر خود دلیل لسانی ناظر به یک نحوه حکومت باشد و بخواهد تنزیل بکند، می توانیم با لفظ حاکم، حکومت درست بکنیم. خلاصه اینکه عبارتهای شیخ در اینجا خیلی مندمج است، منتهی من احتمال می دهم که مراد شیخ از ملک حقیقی، ملکی باشد که صلاحیت استقرار داشته باشد و آن ملکی که آناماست و صلاحیت استقرار ندارد، کآن در مقابل ملک حقیقی است. به عبارت دیگر ملک حقیقی ملکی است که اگر به آن دست نزنید، می ماند. مثلاً در جایی که شخص واهب رجوع می کند، صلاحیت استقرار وجود دارد، اما در جایی که عتق کرده و از ملکش خارج شده، ملکیت آنما حاصل شده است و صلاحیت استقرار ندارد، مانند بیع من ینعتق علیه و امثال آن. این تعبیر شیخ بود و ما خیلی خوب عبارات ایشان را نمی فهمیم. بحث دیگری که هست راجع به اباحه در مقابل ملک است که ایشان می فرمایند: این مورد از معاوضات متعارف خارج است، چون خروج ملک در مقابل ملک نیست، بلکه خروج ملک در مقابل اباحه ی تصرف است و ادله ی «تجاره عن تراض» و ادله بیع این مورد را نمی گیرد. می توانیم بگوییم که این نوع معامله صحیح نیست، یا بگوییم که اشکالی ندارد و این مورد از اقسام مصالحه به حساب می آید، مانند تعبیر «لک ما لک و لی ما عندی» که فقهاء آن را در مصالحه کافی می دانند و لازم نیست در مصالحه لفظ صالحت و صلح و اینها به کار ببریم، یا مثلاً بگوییم که این یک عقد و قرارداد جدیدی است و ادله «المؤمنین عند شروطهم» و «الناس مسلطون» و امثال این کلیات می تواند این

را تصحیح بکند. شیخ این احتمالات را بیان فرموده اند، اما از ذیل کلام که تعبیر به «الاقوی والصحہ ایضاً» فرموده اند، معلوم می شود که در اباحه بعوض هم ایشان قائل به صحت است. حق هم همین است که خود این مورد یک معامله ای است و نه بیع است و نه صلح، زیرا بنای صلح بر گذشت است که اگر یک چیزی کم و زیاد شد، در نظر گرفته نشود، اما در این مسئله هیچ گذشتی مطرح نیست. پس بنابراین این مورد یک عقد جدیدی است و برای اثبات صحتش عمومات کفایت می کند. البته به نظر ما عموماتی مثل «المؤمنین عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» مصحح نیست، بلکه ملزم ما هو المشروع است و صحیح بودن باید از جای دیگر اثبات بشود. پرسش: آیا «تجاره عن تراض» را می توانیم دلیل بدانیم؟ پاسخ: «تجاره عن تراض» دلیل نیست، منتهی ما بنای عقلاء را کافی می دانیم و همین که عقلاء اباحه بعوض را صحیح می دانند و ردعی هم نشده است، کفایت در صحت می کند. پرسش: آیا سیره عقلاء اتصال به معصوم دارد؟ پاسخ: این مسئله فطری است که گاهی قرارداد اشخاص به نحو تملیک است و گاهی هم به نحو اباحه و این مطلبی نیست که یک دفعه تولید شده باشد. پرسش: ... پاسخ: امروزه این مسئله متعارف است که مثلاً در وسایل تفریحی پول را به طرف مقابل تملیک می کنند و اجازه اباحه می گیرند. بحث دیگر این است که آیا این نوع معامله لازم است یا جایز؟ شیخ در اینجا وجوهی ذکر کرده و احتمال لزوم را تقویت کرده است و حق هم همین است، زیرا سایر وجوه، وجوه

محکمی نیست. در مسئله اباحه در مقابل اباحه هم همینطور است، منتهی در آنجا صریحاً لزوم استفاده نمی شود، ولی در اینجا لزوم اقوی است و به نظر ما هم لزوم اقوی است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## معاطاه در غیر بیع ۹۱/۱۱/۲۳

.Your browser does not support the audio tag

معاطاه در غیر بیع پنجمین تنبیهی که شیخ در معاطاه ذکر کرده است، این مطلب است که آیا معاطاه در غیر بیع هم جاری است، یا نه؟ اگر معاطاه در غیر بیع جاری نباشد، به این معنی است که معاطاه در غیر بیع، عقد فاسدی است و هیچ اثری ندارد و اما اگر جاری باشد، همان اقوالی که در باب بیع معاطاتی هست، مانند جواز و لزوم و اباحه و سایر تفاسیل، در اینجا هم خواهد بود. اصل بحث در این است که آیا معاطاه در غیر بیع کالعدم است و باید حتماً انشاء در آنها با لفظ باشد، یا غیر بیع هم مانند بیع است و انشاء معاطاتی کفایت می کند؟ پس اصل مطلب ما راجع به موجه جزئی و سالبه کلیه است، به این معنی که آیا بعضی از غیر بیع ها به صورت فی الجمله ملحق به بیع می شوند، یا نه. بعد از این هم که این الحاق حاصل شد، بعد باید ببینیم که چه اموری به بیع ملحق می شوند و در مورد آنها بحث بکنیم. مختار ما در بیع لزوم است و اگر در امور دیگر دلیلی قائم بر اعتبار لفظ نباشد، قاعده اقتضاء می کند که معاطاه اختصاصی به بیع نداشته باشد و در همه جا جاری باشد. البته اگر معاطاه در بیع را با اجماع اثبات بکنیم، معاطاه در غیر بیع اجماعی

ص: ۴۵۶

نخواهد بود و اگر هم دلیل بیع معاطاتی را سیره بدانیم، باز هم ممکن است که بگوییم سیره بر معاطاه در غیر بیع قائم نیست. ابتداء شیخ مطلبی را از جامع المقاصد محقق ثانی نقل می فرمایند که از کلام برخی استفاده می شود که معاطاه در اجاره و هبه هم جاری است. بعد هم صاحب جامع المقاصد وجه این مطلب را که چطور معاطاه در اجاره و هبه جاری است را ذکر می فرمایند. مرحوم محقق ثانی می فرمایند که اگر کسی به شخصی امر کرد که فلان عمل را انجام بده و او هم اجیر برای انجام آن عمل شد، شخص مستحق اجرت است عملش هم درست است و کأن از نظر اصحاب، هم جواز عمل و هم استحقاق اجرت مسلم است و اگر این اجاره فاسد بود، نه کار کردن و نه استحقاق اجرت هیچ کدام، نباید جایز بود. پس بنابراین چون کأن از کلمات اصحاب اینطور استفاده می شود که شخص مستحق اجرت است و عملش هم جایز است و خلاف شرع نیست، معاطاه در اجاره هم صحیح می باشد. در باب هبه هم می بینیم که اگر موهوب له، موهوب را اتلاف کند، مثل غذا یا میوه ای که به شخص هبه شده و او هم آن را خورده است، ظاهر کلمات اصحاب این است که این اتلاف جایز و صحیح است و اگر این هبه فاسد بود، نباید اتلافش صحیح باشد، بلکه نباید مطلق تصرف در آن صحیح باشد، چون انسان در فرض علم به فساد، حق تصرف در عین مأخوذه را ندارد. این فرمایشی است که محقق ثانی از بعضی نقل کرده و وجهی هم برای آن ذکر

ص: ۴۵۷

نموده و فرموده است که این وجه خیلی خوب است. شیخ می فرماید که اول باید معنای صحت اجاره و معاطاه را بیان کنیم، بعد بررسی کنیم که آیا در اینجا هم اجاره صحیح است یا نه. ایشان می فرماید که اجاره ی صحیح عبارت از این است که وقتی شخصی برای انجام عملی اجیر می شود، آن اجیر منفعتش را به طرف مقابل تملیک می کند در مقابل اجرت. مستأجر مالک عمل در ذمه اجیر و اجیر هم مالک اجرت است و اگر ما بگوییم که در این مورد اجاره معاطاتی صحیح واقع شده است، باید بگوییم که ملکیت برای طرفین حاصل شده است. این معنای صحت اجاره است. ایشان می فرمایند که من به کسی برخورد نکرده ام که در اجاره معاطاتی قائل به مالک شدن مستأجر نسبت به منعفت و مالک شدن اجیر نسبت به اجرت باشد. این فرمایش ایشان است، اما مرحوم سید و مرحوم ایروانی به این فرمایش ایشان اشکال کرده اند که این چه اشکالی است که شما به محقق کرکی فرموده اید؟! محقق کرکی می گوید که بیع و غیر بیع حکم واحد دارند، ولی شما می گوید که من در غیر بیع تصریحی ندیده ام، در حالی که در خود بیع هم تصریحی به بیع معاطاتی نشده است و این چه اشکال و اختصاصی است که شما در الحاق غیر بیع به بیع کرده اید؟! شما چنین تصریحی را ندیده اید، محقق کرکی هم چنین چیزی را ندیده است، منتهی محقق می گوید که و لو چنین تصریحی نباشد، اقتضای قواعد این است که اینطور باشد و لازمه جواز عبارت از ملکیت است. پس این اشکال کردن شما بر محقق کرکی در



الحاق غیر بیع به بیع درست نیست. مرحوم آقای شهیدی عبارت شیخ را طوری معنی کرده است که قهراً این اشکال بر شیخ وارد نشود. ایشان می فرماید که مقصود شیخ این است که وقتی محقق به بعضی نسبت داده است که اجاره و هبه هم مثل بیع است، شیخ به چنین قولی دست نیافته و مصرّحی بر این مطلب پیدا نکرده است و این چه مطلبی است که محقق کرکی گفته است؟! البته اشکال بر شیخ با این توجیه دفع نمی شود، زیرا اگر محقق کرکی یک صفحه از یک کتاب معروف مانند دروس شهید اول یا حتی از شهید در کتاب هایش نقل کرده بود، شیخ می توانست بگوید که همه ی کتب شهید اول در اختیار ماست و ما چنین مطلبی را نیافتیم، ولی محقق ثانی این نظر را به یک عالم مشهوری نسبت نداده است، تا شیخ چنین فرمایشی بفرماید. هر چند خود شیخ هم خیلی اهل تتبع زیاد نبوده است و نوعاً مطالبشان را با واسطه نقل می فرمایند. کلمه ی بعضهم محقق کرکی هم ظهور در این مطلب دارد که قائل به این قول از جزء مشاهیر درجه اول نبوده است، پس بنابراین با چنین توجیهی نمی توانیم از شیخ دفع اشکال بکنیم. البته شهیدی ناظر به اشکال ایروانی نیست، زیرا ایروانی سناً کوچک تر از مرحوم شهیدی است، بلکه نظر ایشان به اشکال مرحوم سید است و می خواهد که جواب ایشان را بدهد. اما مطلب دیگر این است که اشکال مرحوم سید و مرحوم ایروانی به شیخ وارد نیست و فرمایش شیخ درست است، زیرا حتی بر اساس مبنای محقق کرکی بین بیع و اجاره فرق است

و در باب بیع همه تصریح کرده اند که بیع معاطاتی مفید اباحه است و حتی محقق کرکی می فرمایند که مراد از اباحه ملک متزلزل است و در اینجا بیع حاصل شده است و معنی ندارد که وقتی بیع معاطاتی واقع می شود، تملیک نباشد، پس اباحه در اینجا بالمعنی الاخص نیست که در مقابل ملکیت باشد، بلکه اباحه در اینجا با ملکیت هم جمع می شود. این فرمایش آقایان و از جمله محقق کرکی در باب بیع معاطاتی است، اما ما در هیچ جا چنین عبارتی نداریم که «الاجاره المعاطاتیه تفید الاباحه» یا «يجوز العمل فی الاجاره المعاطاتیه». چنین عبارتی نداریم که بگوییم اجاره معاطاتی عبارت از تملیک عمل است، منتهی آنچه در این باب گفته شده است، طبق آنچه که محقق ثانی نقل کرده، این است که اگر کسی به شخصی امر کرد که کاری را در مقابل عوض انجام بدهد، از کلمات اصحاب استفاده می شود که هم کار درست است و هم شخص اجیر استحقاق اجرت را دارد. از کجای این جمله استفاده می شود که مراد اجاره ی معاطاتی است؟! یکی از صور اجاره ی معاطاتی این است که بعد از توافق بر سر قیمت، شخص به قصد انشاء کلید را به دست مستأجر می دهد و با همین تملیک و تملک حاصل می شود و مستأجر مالک منفعت و مؤجر هم مالک عوض می شود. یکی دیگر از صور اجاره ی معاطاتی هم این است که شخص بخواهد مالک عمل بشود و قبل از عمل سلطنت و قدرت به شیء تعلق نمی گیرد و باید قبل از عمل یک فعلی را با صحبت کردن تصور بکنیم، مانند در اختیار قرار دادن

پارچه برای دوخت لباس و این صورت هم قابل تصور است. اما اینکه امر به عمل شده باشد بما هو و بدون هیچ ضمیمه ای، بیشتر شبیه به جعله است تا اجاره، مثل اینکه به کسی گفته شود که این کار را بجا بیاور در مقابل این پول. پس فرمایش شیخ این است که من کسی را پیدا نکردم که با این شکل و بدون قیودات بخواهد چنین استفاده ای از این امر بکند و آن را به عنوان اجاره ی معاطاتی به حساب بیاورد. محقق کرکی در بیع معاطاتی فرمودند که اباحه در مقابل تملیک نیست و مقصود از اباحه ملک متزلزل است، اما اینجا چنین تصریحی نشده است، نه از جانب معاریف و نه غیر معاریف. پس اشکال شیخ این است که با این عبارت شما نمی توانید بگویید که مشهور قائل به چنین چیزی هستند و بعد هم از بیع به غیر بیع تعدی بکنید. پرسش: ممکن است که محقق کرکی به اطلاق آن کلمات استناد کرده باشد، کأنه وقتی امر شخص می کند اعم از این است که قبلاً صحبت شده باشد، نشده باشد. پاسخ: نه نمی شود به چنین اطلاقی استناد کرد، زیرا متعارف مواردی که گفته می شود: بلند شو و این کار را انجام بده، جعله است و خلاصه اینکه نمی شود به این مطلب استدلال کرد و شیخ هم می فرمایند که تصریحی به این مطلب پیدا نکردم. سیره هم در اینجا ثابت نیست. بعد شیخ می فرماید: اما اینکه شما گفتید اگر اجاره فاسد باشد، «لم یجز له العمل» و نتیجه اش این است که جایز نیست عمل بکند، ما می گوئیم که ممکن است کسی بگوید که

در عین حالی که اجاره فاسد است، عمل کردن بر اساس رضای طرف مقابل اشکالی ندارد. این فرمایش شیخ است، اما محقق کرکی می تواند بگوید که در عقد فاسد هم اگر گفته شده است که تصرفات در مقبوض جایز نیست، مقصود در جایی است که کاشف از رضایت طرف مقابل، فقط همان عقدی باشد که آن عقد هم باطل است و در نتیجه این بطلان عقد کاشف از عدم رضایت خواهد بود و در اجاره معاطاتی هم محقق کرکی فرض کرده است که شخص عالم به فساد و متوجه فساد است و با علم به آن این عمل را انجام می دهد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### جریان معاطاه در اجاره و هبه (بررسی فرمایش محقق ثانی) ۹۱/۱۱/۲۴

.Your browser does not support the audio tag

جریان معاطاه در اجاره و هبه (بررسی فرمایش محقق ثانی) محقق ثانی از بعضی ها نقل کرده است که معاطاه در اجاره و هبه هم جاری است. البته مراد از جریان معاطاه در اینجا این است که به گونه ای باشد که تصرف جایز باشد. بر اساس آنچه که اشخاص در بیع معاطاتی قائل به آن هستند، در اینجا هم قائل به آن خواهند بود، مثلاً کسی که در بیع معاطاتی قائل به لزوم باشد، در اینجا هم قائل به لزوم است، یا اگر قائل به ملکیت جایزه باشد، در اینجا هم همین طور و یا اگر در آنجا قائل به اباحه بود، در اینجا هم قائل به اباحه خواهد بود. البته ما نفهمیدیم که مراد محقق ثانی از این بعض چه کسی است، هر چند بعضی از آقایان حاضر در جلسه گفتند که در هدی الطالب نوشته است که مراد علامه در تذکره است. بنده به هدی

ص: ۴۶۲

الطالب مراجعه کردم و دیدیم که ایشان به صورت مفصل عبارات تذکره را نقل کرده است. محقق ثانی هم تعبیر به «یقتضی» کرده است، به این معنی که عبارت ایشان صریح در این مطلب نبوده است، بلکه ظهور در این معنی داشته است. بعد در هدی الطالب می فرماید که ما کلمات علامه را نقل می کنیم تا شما بدانید که مطلب همین طور است و علامه به صورت صریح به این مطلب نپرداخته است، بلکه کلام ایشان ظهور در این معنی دارد و تعبیر به «یقتضی» صحیح می باشد. البته ما به فرمایش علامه مراجعه کردیم و دیدیم که فرمایش علامه درست در نقطه ی مقابل این ادعاء قرار دارد و عبارت علامه صریحاً بر خلاف این مطلب می باشد. علامه راجع به هبه تصریح می کند که حتماً باید با لفظ باشد و با غیر لفظ درست نیست. صاحب هدی الطالب بین هبه و هدیه خلط کرده است، زیرا علامه صریحاً قائل است که معاطاه در هدیه جاری است و ملکیت هم می آورد، اما در هبه به صورت صریح بیان کرده است که هبه بدون لفظ فایده ندارد، بخلاف هدیه که به عنوان کرامت به طرف مقابل اهداء می کردند و پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم هم قبول می فرموده است. ایشان می فرماید: امکان دارد که بگوییم در چیزهای کم اگر هدیه واقع بشود، قبول است، اما بعد می فرمایند که تحقیق این است که کم و زیاد ندارد و در هر دو همین طور است. پرسش: تفاوت هدیه و هبه چی هست؟ پاسخ: در هدیه شخص یک چیزی را کرامتاً به طرف مقابل اهداء می کند، اما در خیلی از موارد

ص: ۴۶۳

مثل پولی که انسان به فقیر می دهد، اینطور نیست. پرسش: یعنی هبه اعم است؟ پاسخ: هبه ای که در اینجا اراده شده است در مقابل هدیه است که عنوان کرامت در آن ملاحظه نشده است، بخلاف هبه ها که به عنوان احترام پرداخت نمی شود. و شاید هم بتوان گفت که در هدیه ارسال معتبر است، به این معنی که اگر انسان در یک جایی نشسته باشد و به دیگری چیزی را ببخشد، این بخشش هدیه نیست، بلکه هبه است. اهداء در جایی صدق می کند که شخص یک چیزی را احتراماً به طرف مقابل ارسال کرده باشد. خلاصه اینکه در فقه هم بین این دو فرق می گذارند و علامه هم بین این دو فرق گذاشته است. این بحث راجع به هبه بود، اما راجع به اجاره کلامی که از علامه نقل شده است، موردی است که تعیین عوض نشده باشد، مثل اینکه شخص لباسی را به طرف مقابل می دهد که بدوزد یا بشورد و نفیاً و اثباتاً عوضی هم تعیین نمی کند. در اینجا چند صورت وجود دارد، یک صورتی در جایی است که مرسوم نیست برای این عمل پولی دریافت بشود، مثل اینکه بگوید: این عبا را به من بده که شخص بعد از دادن عبا نمی تواند برای این عمل مطالبه ی پول بکند. اما در صورتی که گرفتن پول برای انجام آن عمل مرسوم بود، گاهی شخص عادت دارد که اجیر بگیرد که چون در اینجا تعیین عوض نشده است، باید اجره المثل عمل را بدهد، اما اگر عادت برای گرفتن اجیر نداشته است، ولی برای چنین عملی مرسوم باشد که یک پولی بدهند، در این صورت عامل

حق مطالبه دارد. عبارت علامه صریح در این است که تعیین عوض نشده است لا اثباتاً و لا نفیاً، اما مطلبی که محقق کرکی می فرمایند در جایی است که عوض تعیین باشد به این تعبیر که «بعوض معین» و این دو مورد هیچ ربطی به هم ندارند. علاوه بر این اگر ما به تذکره هم مراجعه نمی کردیم، باز هم روشن بود که هیچ وقت از علامه، محقق، شهید اول، شیخ و امثال ایشان در بیان اقوالشان تعبیر به «بعضی ها چنین گفته اند» نمی کنند. در اینجا هم که محقق ثانی در حال شرح کتاب قواعد علامه است، اینکه قول ایشان را بدون اشاره به اسم یا حتی بدون تعبیر به اینکه «مصنف اینطور گفته است» بیان بکند، اصلاً چنین چیزی مرسوم نیست. اگر یک مطلبی را شهید اول در لمعه فرموده باشد و شهید ثانی بخواهد مطلبی را از شهید اول نقل کند، اینطور تعبیر می کند که مصنف در دروس چنین گفته است یا مصنف در بعضی از تحقیقاتش چنین گفته است، اما اینکه که گفته شود: بعضی ها این چنین گفته اند، این اصلاً مرسوم نیست. قطعی است که اگر علامه در تذکره هم این مطلب را گفته باشد، نظر محقق ثانی به کس دیگری است. پس خلاصه اینکه اشکالات شیخ بر محقق ثانی در این مطلبی که پسندیده و قبول کرده است، فی الجمله وارد است. یکی از این اشکالات عبارت از این است که در هیچ جایی ندیده ایم که کسی تصریح به این مطلب بکند که در چنین موردی ملکیت عمل و اجرت \_ که ما به القوام اجاره به آن است \_ حاصل شده باشد. و

آن عبارتی هم که به عنوان شاهد برای این مطلب بیان شد، ظاهر کالصریحش عبارت از این است که نفس اینکه شخصی به شخص دیگر بگوید: پا شو و این کار را بکن و یک چنین پولی به تو می دهم و آن شخص هم آن کار را بکند و استحقاق اجرت معین را پیدا نکند، ظاهر چنین چیزی عبارت از جعاله است و این مطلبی که مسلّم بین فقهاء است، مربوط به جعاله است، نه اجاره. شیخ می فرماید که من کسی را پیدا نکردم که تصریح کرده باشد که این مورد مربوط به اجاره است. مطلب دوم این است که محقق ثانی می فرماید که اگر معاطاه در اجاره جریان پیدا نکند، لازمه اش این است که عمل اجیر خلاف شرع باشد. شیخ در جواب این مطلب می فرماید که این هم درست نیست، زیرا اگر اجاره فاسد باشد، دلیل بر این نخواهد بود که عمل هم خلاف شرع باشد، منتهی چیزی که هست شخص استحقاق اجرت را ندارد، ولی اگر بخواهد آن عمل را انجام بدهد، خلاف شرع نخواهد بود. بنای فقهاء هم این نیست که این عمل را حرام بدانند. شیخ می فرماید ملازمه ای بین فاسد بودن اجاره و خلاف شرع بودن عمل وجود ندارد، زیرا در اینجا دو صورت وجود دارد که یک صورتش اصلاً حرام نیست. (البته شیخ اینطور تعبیر نمی کند، بلکه با تعبیر «لا سیما» می فرماید که یک صورت نسبت به صورت دیگر اولویت دارد) شیخ می فرماید که اگر شخص مأمور هیچ تصرفی در ملک آمر نکرد، مطلب خیلی روشن است، اما اگر هم تصرف کرد، باز هم این ملازمه ای که بیان شد، درست

نیست. در جایی که اصلی تصرفی نباشد، به طور مطلق اشکالی در مسئله نیست و عمل اجیر جایز است و تفصیلی هم در این مسئله وجود ندارد و فوقش این است که استحقاق اجرت در کار نخواهد بود و هیچ خلاف شرعی هم نکرده است و فقهاء هم جایز دانسته اند، مانند اینکه شخص مأمور به کندن یک زمین مباح برای بنای یک استخر یا پل باشد. اما در صورتی که شخص مأمور تصرفی در ملک دیگری می کند، باز دو صورت دارد که در بعضی از صور خلاف شرع است و در بعضی دیگر خلاف شرع نیست به نحو تعدد مطلوب که شخص در عین حالی هم که عقد باطل است، راضی به تصرف است و حرفی در تصرف ندارد که در این صورت خلاف شرعی انجام نشده است. پس اینکه محقق ثانی فساد عقد را با عدم جواز عمل ملازم دانسته است، صحیح نمی باشد، زیرا روشن شد که در برخی از صور ملازم با جواز و عدم حرمت است. بعد هم محقق کرکی فرموده است که این شخص مأمور استحقاق اجرت پیدا می کند. شیخ می فرماید که استحقاق اجرت هم متوقف بر صحت عمل نیست و در صورتی که عمل جایز باشد و خلاف شرع نباشد، در عین حالی که عقد هم باطل است، اگر عامل قصد تبرع نداشته باشد، استحقاق اجرت را دارد. آن یکی امر کرده که این کار را انجام بده و امر او منشأ شده است که این کار را انجام بدهد، هر چند این امر الزام آور نیست، اما چون او راضی است و فرض هم این است که شخص جواز تصرف



دارد، در اینجا عامل استحقاق اجرت دارد، منتهی باید اجره المثل داده شود، نه اجره المسمی. البته ممکن است که بگوییم این قسمت فرمایش شیخ و اشکال ایشان وارد نیست، زیرا ظاهر کلام محقق کرکی این است که شخص عامل مستحق اجره المسمی می شود و این مسئله با آنچه علامه در تذکره فرموده است، فرق دارد، زیرا علامه در تذکره می فرماید در جایی که هیچ عوضی تعیین نشده باشد، شخص مستحق اجره المثل خواهد بود، اما در اینجا عوض معین شده است و بنابراین عامل مستحق اجره المسمی خواهد بود، نه اجره المثل. پس اولاً این مطلب شیخ که علی القول بالفساد، مستحق اجرت است، تمام نیست و دوم اینکه علی القول بالفساد معلوم نیست که شخص مستحق اجره المثل باشد، زیرا اگر یک عوضی تعیین بشود و شخص آن کار را انجام بدهد، خود آمر هیچ وقت راضی به این نخواهد بود که مثلاً دو برابر آنچه تعیین شده و طرف هم به آن راضی بوده است را بپردازد. عامل هم وقتی عمل را انجام می دهد، قصدش این است که همان چیزی را که تعیین شده است را بگیرد. پس بنابراین اگر هم قائل به استحقاق اجرت شدیم، باید اقل الامرین بین اجره المثل و اجره المسمی را در نظر بگیریم. پرسش:.... پاسخ: من می گویم که شخص راضی به این نیست که طرف مقابل در ملک او عملی انجام بدهد و اجرتی بیشتر از آنچه تعیین شده است را بگیرد و در این صورت عامل مالک هیچ چیزی نمی شود و مالک به چنین چیزی راضی نیست و از وجود اجره المثل عدمش لازم می آید.

اگر شرع گفته باشد که باید به عامل اجره المثل داده شود، در حالی که آنچه تعیین شده است، کمتر از اجره المثل است، شخص هیچ گاه به چنین عملی راضی نیست و با عدم رضایت هم باطل می شود و در نتیجه با آمدن اجره المثل به گردن شخص، هیچ اجرتی در کار نخواهد بود. پس می توانیم به شیخ عرض کنیم که در این مورد باید اقل الامرین حساب بشود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## جریان معاطاه در هبه و رهن ۹۱/۱۱/۲۵

Your browser does not support the audio tag.

جریان معاطاه در هبه و رهن دیروز تقریب محقق ثانی برای جریان معاطاه در اجاره بیان شد و اما بیان ایشان نسبت به جریان معاطاه در هبه عبارت از این است که از کلمات اصحاب اینطور استفاده می شود که اگر هبه ای به صورت معاطاتی واقع شد، موهوبٌ له حق اتلاف موهوب را دارد، مثلاً اگر غذا یا میوه ای به کسی هبه کردند، شخص می تواند آن را بخورد یا تلف بکند و اگر معاطاه در هبه جاری نبود، چنین کاری جایز نبود و خلاف شرع بود. حال که این مطلب مورد قبول اصحاب است، کاشف از این است که معاطاه در هبه هم جاری است. این فرمایش محقق ثانی است، اما شیخ می فرماید که جواز اتلاف اعم از مقصود محقق ثانی است، زیرا اگر مشرب ما در باب بیع معاطاتی مانند مشهور اباحه تصرفات و عدم حرمت تصرف بود، می توانستیم بگوییم که اباحه منحصر به بیع معاطاتی نیست و چون در اینجا تصرف و اتلاف جواز است، از این جواز مطابق مسلک مشهور جریان اباحه در غیر بیع هم ثابت می شود. اما بر اساس مسلک محقق که بیع معاطاتی

ص: ۴۶۹

را مفید ملکیت می داند، نمی توانیم چنین استدلالی بکنیم. این اشکالی است که شیخ به ایشان کرده است، اما برخی از محشین به شیخ اشکال کرده اند که این اشکال شما به محقق کرکی یک اشکال مبنایی است و این یک بحث دیگری است که بگویید اباحه دلیل بر ملکیت نیست، نه در باب بیع و نه در جای دیگر، ولی وقتی محقق می گوید که فقهاء کلمه اباحه به کار برده اند، اما ما از اباحه کشف ملکیت می کنیم، زیرا وقتی شخص قصد تملیک و انشاء تملیک کرده است، نمی شود بگوییم که چیز دیگری واقع شده است و لذا اباحه را بالمعنی الاعم می گیریم، نه در مقابل ملکیت. فقهاء همه گفته اند که در هبه معاطاتی جواز تصرف و جواز اتلاف وجود دارد و از این جواز تصرف، ملکیت و صحت در این هبه را کشف می کنیم. این اشکالی است که برخی از محشین به شیخ کرده اند، اما به این اشکال می توانیم اینطور جواب بدهیم که در بیع — که جنبه ی معاوضی دارد — می توانیم بگوییم که اگر چیزی قصد بشود و بخواهد چیز دیگری واقع شود، خلاف قواعد است، ولی در باب هبه معاوضه ای در کار نیست، بلکه تملیک به طرف مقابل است و ممکن است در اینجا با اذن فحوی بگوییم که اگر کسی راضی بود که شیئی از ملک او خارج شده و به ملک دیگری داخل شود، به طریق اولی راضی به این خواهد بود که از ملکش خارج نشود، ولی طرف مقابل بتواند تصرف در آن شیء بکند. در اینجا یک اذن فحوی در کار است. اگر در بیع بگوییم که عرف نمی پذیرد قصد

ص: ۴۷۰

معاوضه ی بیعی شده باشد، اما معاوضه ی اباحه ای واقع بشود، اما در اینجا جواز تصرف اهون از تملیک است و ملازمه ای بین این دو وجود ندارد که از وجود جواز تصرف کشف ملکیت و صحت هبه را بکنیم. پس ظاهراً اشکال شیخ به محقق کرکی وارد است. پرسش: ... پاسخ: ظاهرش هبه غیر معوضه است. پرسش: در هبه غیر معوضه خیلی وقت ها شخص می خواهد اصلاً از ملک خودش خارج کرده باشد برای فرار از خمس و امثال آن، نه اینکه جواز تصرف به طرف بدهد. پاسخ: آن موارد خیلی نادر است و معمولاً به امر متعارف استدلال می کنند و متعارف در باب هبه این است که می خواهند شخص مالک بشود. شیخ در اینجا یک جمله ای دارد که قدری مندمج است. ایشان ابتداء می فرماید: «توقف الملك فی الهبه علی الايجاب و القبول کان أن یکون متفقاً علیه كما یظهر من المسالك»، به این معنی که لفظ در هبه معتبر است و هبه ی معاطاتی صحیح نیست و اگر ما اتلاف را صحیح دانستیم، ولی ملازم با ملکیت ندانستیم، جواز مطلق تصرفات دیگر هم به طریق اولی ملازم با ملکیت نخواهد بود و از لفظ «کاد أن یکون متفقاً» هم اینطور استفاده می شود که این مسئله نزدیک به این است که اتفاقی باشد، ولی ایشان بعد از این تعبیر، بیان می فرمایند که «ولکن الاظهر بناءً علی جریان المعاطاه فی البیع، جریانها فی غیره من الاجاره والهبه لكون الفعل مفیداً للتملیک فیهما». ایشان اول ادعای اتفاق بر عدم حصول ملکیت در هبه ی معاطاتی می فرمایند، کما اینکه فرمایش شهید ثانی ظهور در این مطلب دارد و علامه هم در تذکره عدم حصول

هبه بدون لفظ را مفروغ عنه گرفته است و تعبیر به «بین المسلمین» کرده است، اما در هدیه \_ که مقابل هبه ی متعارف است \_ ایشان بیان می کند که مسئله اختلافی است و خود ایشان هم صحت و ملکیت هدیه معاطاتی را اختیار می فرماید، مرحوم شیخ بعد از ادعای اتفاق بر عدم حصول ملکیت در هبه ی معاطاتی، با عبارت «لکن الاظهر» می فرماید که اظهر این است که معاطه همانطور که در بیع جاری است، در اجاره و هبه هم جاری است، زیرا فعل در این دو هم مفید ملکیت است. از این اختلاف در تعبیر ایشان بر می آید که ایشان قول به عدم حصول ملکیت در هبه ی معاطاتی را به نحو اجماع مسلمی نمی داند که نشود با آن مخالفت کرد. محقق ثانی یک مطلبی را به اصحاب نسبت داده بود که اصحاب قائل به جریان معاطه در هبه هستند، ولی شیخ می خواهد با این عبارت بفرماید که این نسبت به اصحاب صحیح نیست، زیرا شهید ثانی تعبیر به «کان أن یبلغ الاتفاق» فرموده است بر عدم جریان معاطه در هبه و ظاهر بیان علامه در تذکره هم این است که توافق بین مسلمین این است که معاطه در هبه جاری نیست. پس بنابراین شهرتی بین اصحاب در کار نیست. شیخ نخست ادعای محقق کرکی مبنی بر اتفاق اصحاب در جریان معاطه در هبه را ردّ می کند و بعد هم چون مسئله جزء مسلمات نیست، می فرماید که قواعد اقتضاء می کند که هبه ی معاطاتی صحیح باشد و حکم به صحت می فرماید. پس شیخ اصل مختار محقق کرکی را می پذیرند، اما دلیل ایشان برای اثبات صحت هبه ی معاطاتی را

صحیح نمی دانند. یک بحث دیگر راجع به رهن است که بینیم در رهن هم معاطاه جاری می شود یا نه؟ ایشان می فرماید که ظاهر تذکره عبارت از این است که فصلی بین بیع و غیر بیع نیست، چون در باب رهن تعبیر فرموده است که این مطلب از آن استفاده می شود. ایشان فرموده است که آن خلافی که در باب معاطاه هست، همان خلاف در باب رهن هم هست. بعد هم به اشکال جامع المقاصد اشاره می فرمایند. فرمایش شیخ در اینجا خالی از مسامحه نیست، زیرا ابتداء تعبیر فرموده است که «ظاهر المحکی عن التذکره عدم القول بالفصل بین البیع و غیره» و فرموده است که «بین البیع و الرهن»، یعنی همه ی قراردادهای چه با لفظ و چه با فعل جاری است و فرقی بین آنها وجود ندارد. بعد ایشان در استدلال به این مطلب فرموده است که آن اختلافی که در باب بیع هست، در اینجا هم هست. در این تعبیر یک قدری مسامحه وجود دارد و بهتر این بود که اینطور تعبیر می کردند، «عدم الفصل بین البیع و الرهن». محق ثانی عبارت تذکره را نقل کرده و بعد در آن اینطور مناقشه می کند که ملازمه ای بین قائل شدن به قولی در بیع معاطاتی و رهن معاطاتی وجود ندارد و اینطور نیست که هر کس در بیع معاطاتی قائل به قولی شد، در رهن هم قائل به همان باشد. در حالی که از عبارت تذکره اینطور استفاده می شود که همان اقوال متعدد و اختلافاتی که در بیع معاطاتی هست، در رهن هم جاری است، نه اینکه هر کس به قولی در بیع قائل شد، مثل لزوم

یا جواز یا اباحه، حتماً در رهن هم باید به آن قائل باشد. محقق ثانی از عبارت اینطور فهمیده و بعد هم می گوید که ملازمه ای وجود ندارد، چون دلیل در باب بیع اجماع است، زیرا کأن قاعده اقتضاء می کند که احکام حمل بر عقود بشود و عقود را هم می گویند که از الفاظ است، منتهی در باب بیع اجماع بر صحت معاطه داریم، ولی در باب رهن چنین اجماعی در کار نیست و لذا ما قائل به صحت معاطه در رهن نمی شویم. این حرف ایشان است که در بیع دلیل داریم که اجماع است، اما در رهن عدم الدلیل است. اما شیخ در بیان مناقشه در جریان معاطه در رهن، قائل به دلیل العدم شده و این طور بیان می فرمایند که آن معنایی که در باب معاطه بیعی هست، نمی تواند در معاطه رهنی هم جاری باشد، زیرا معاطه بیعی یا مفید اباحه است، یا جواز و یا لزوم (که محقق کرکی به کلمه لزوم اشاره نکرده است، اما ایشان بعداً اضافه می فرمایند) و هیچ کدام از این اقوال در رهن معنی ندارد. اما اباحه که ربطی به رهن ندارد، زیرا معنای وثیقه گذاشتن این نیست که شخص مرتهن جواز تصرف داشته باشد و خلاصه اینکه اباحه در رهن قابل تصور نیست، اما جواز هم با وثیقه هماهنگی ندارد، زیرا اگر راهن بتواند فسخ بکند، دیگر این رهن وثیقه ای نخواهد بود، قول به لزوم هم که اتفاق خلاف آن است. پس بنابراین نتیجه این است که رهن معاطاتی باطل و کالعدم است، چون اگر بخواهد لازم باشد، باید با لفظ واقع بشود. «و آخر دعوانا أن الحمد

.Your browser does not support the audio tag

جریان معاطاه در رهن و وقف شیخ فرمود که محقق کرکی معاطاه در اجاره، هبه و قرض را جایز و معاطاه در رهن را محل اشکال می‌داند و نکته اش را هم اینطور ذکر کرده اند که جایز دانستن معاطاه در رهن با ماهیت رهن سازگار نیست، زیرا اگر رهن بخواهد فوراً فسخ بکند، اطمینانی برای مرتهن وجود نخواهد داشت. و اگر هم بگوییم که رهن معاطاتی لازم است، بر خلاف مطلب مورد اتفاق فقهاء خواهد بود که شرط تحقق عقود لازمه را لفظ می‌دانند. ظاهراً شیخ می‌فرماید که هر چند این مطلب اجماعی است که لزوم عقود لازمه با لفظ محقق می‌شود، اما این کلی قابل استثناء است و خود آقایان هم راجع به برخی از موارد احکامی را ذکر کرده اند که از آنها معلوم می‌شود که این قاعده کلی یک استثنائی هم دارد مانند اجاره و هبه و قرض و امثال آن، ولی این استثناء در باب رهن واقع نشده است. پس بنابراین معاطاه در رهن صحیح نمی‌باشد. پرسش:.... پاسخ: ایشان می‌گویند که در عقود لازمه لفظ معتبر است و اگر لفظ نباشد، عقد فاسد است و مثل جاهای دیگر ملکیت حاصل نمی‌شود، نه اینکه بگوییم ملکیت حاصل می‌شود، منتهی لازم نیست. شیخ این را بیان کرده است، ولی در اینجا قائل به این تفرقه شده است. بعد ایشان می‌فرمایند که پس بنابراین در رهن ما باید بگوییم که معاطاه رهنی صحیح نیست و رهن، کلا رهن است، البته اگر کسی مبالغاتی نداشته باشد که با آنچه مشهور به آن قائل شده اند و بلکه اجماعی هم هست که برای لزوم عقود

ص: ۴۷۵

لازمه لفظ لازم است، در چنین صورتی که مبالغات به مخالفت با این شهرت کذایی و ادعای اجماع نداشته باشد، به خودش اجازه مخالفت می‌دهد و یا اینکه کلمات ایشان را حمل بر «لازم من الطرفين» می‌کند به این معنی که در صورتی که هر دو طرف عقد بخواهد لازم باشد، حتماً باید لفظ بکار برده شود، اما در مواردی مثل رهن که لزومش از طرف رهن است و لزوم از طرف مرتهن لازم نیست، احتیاجی به لفظ نداریم. اگر کسی اینطور بگوید، آن وقت می‌تواند بگوید که رهن معاطاتی هم بر اساس اطلاقاتی که وجود دارد، لازم است، بر خلاف معاوضات معاطاتی که بخاطر اجماعی که در آن هست، لزوم ندارد، اما در رهن چنین اجماعی وجود ندارد تا ما حکم به عدم صحت رهن معاطاتی نکنیم. پس بنابراین ممکن است که در رهن معاطاتی قائل به لزوم شده و در معاوضات قائل به لزوم نشویم و قائل به اباحه یا ملک جایز بشویم. شیخ در اینجا می‌فرماید که اگر کسی مبالغاتی نسبت به مخالفت با شهرت، بلکه اجماع نداشته باشد، تمسک به اطلاق ادله رهن کرده و می‌گوید که رهن معاطاتی هم لازم است. کلمه «من لایبالی کذا» طعن به چنین اشخاصی است و لذا مرحوم آخوند برای اینکه این طعن وارد نشود، می‌گوید که اشخاصی هم که اهل مبالغات هستند به همین مطلب قائل هستند. شما چرا این حرف را به لایبالی نسبت می‌دهید؟! از این فرمایش شیخ بنده این مطلب را استفاده می‌کنم که شیخ در مکاسب قائل به انسداد است، زیرا اگر شیخ انسداد را قبول نداشته باشد، هیچ وقت





به شهرتی که در اصول آن را خیلی محکم رد کرده و از ظنون خاصه نشمرده است، استناد نمی کرد و کسی را که با این شهرت مخالفت بکند را «لابالی» خطاب نمی کرد. پس بنابراین از این مطلب استفاده می شود که شیخ در اصول یا قائل به انسداد است و یا اینکه حالت روشنی ندارد، چون در اصول عبارت های مختلفی دارد و از بعضی جاها انسداد و از برخی دیگر هم انفتاح استفاده می شود، ولی در مکاسب ایشان انسداد را اختیار نموده و حکم به آن کرده است. حال عبارت شیخ را بیان و معنی می کنیم: «نعم، من لا یبالی مخالفه ما هو المشهور، بل المتفق علیه بینهم، من توقّف العقود اللازمه علی اللفظ، أو حمل تلك العقود علی اللازمه من الطرفين، فلا یشمل الرهن و لذا جوّز بعضهم الإیجاب بلفظ الأمر ک «خذه»، و الجملة الخبریه». شاهد بر اینکه مراد از عقود لازمی که لفظ خاص در آنها معتبر است، عقودی است که لازم الطرفین باشد این است که این عقود حتماً باید با لفظ خاص ماضی و امثال آن واقع بشود و جمله ی خبریه و امر در آن کفایت نمی کند. شهید اول هم قائل شده است که در رهن و امثال آن رهن می تواند به صیغه ی «خذه» یا به جمله ی خبریه «هذا رهن لك» اکتفاء بکند. پس این مطلب قرینه بر این است که مراد از لازم، لازم الطرفین است که لزومش متوقف بر لفظ است، نه مواردی مثل رهن. بنابراین طبق فرمایش شیخ اگر کسی اصلاً مبالغت در مخالفت شهرت ندارد، یا اگر هم اهل مبالغت است، اما لزوم را بر لازم الطرفین حمل می کند، می تواند

قائل به این شود که معاطاه در رهن مفید لزوم است، «أمكن أن يقول بإفاده المعاطاه في الرهن اللزوم؛ لإطلاق بعض أدله الرهن، و لم يقم هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات». در اینجا اجماعی همچون اجماعی که در معاوضات هست، واقع نشده است. شیخ می فرماید که در معاوضات معاطاتی اجماع بر عدم لزوم واقع شده است، ولی در باب رهن چنین اجماعی قائم نشده است، البته اگر کسی عقود لازم را حمل بر لازم الطرفین کرده باشد، می تواند بگوید که در اینجا برخلاف معاوضات، اجماعی وجود ندارد و لذا در باب معاطاه رهنی ما حکم به لزوم می کنیم، ولی ایشان دو قسم را بیان فرمودند که قسم اول کسانی هستند که مبالاقت ندارند و قسم دیگر هم کسانی اند که لزوم را حمل بر لزوم الطرفین می کنند. کأن طبق تعبیر شیخ هر کدام از این دو قسم می توانند به ذیل عبارت ایشان قائل بشوند. حال باید ببینیم که چطور می توانیم این عبارت ذیل ایشان را بر هر دو قسم منطبق بدانیم. یک احتمال این است که کلمه ی «أو» مُصَحَّف از «و» باشد یعنی کسی که از مخالفت مشهور و حمل این عقود بر لازم من الطرفین باکی ندارد و لو ظواهر کلمات اینها اطلاق است، ولی حمل بر مورد خاص کرده و از استثنائات فی الجملة ای که هست، اینطور تفسیر می کند. پس یک احتمال این است که «أ» زاید باشد و معنای فرمایش شیخ این باشد که شخصی بخواهد با کلمات قوم \_ علی رغم اطلاق کلماتشان \_ مخالفت کرده و آن را حمل بر خلاف ظاهر و مورد خاص بکند. اگر چنین احتمالی داده

شود، معنی درست خواهد بود، اما بحث عبارت از این است که اگر ما «أو» را درست بدانیم کما اینکه در نسخ مختلف هم همینطور آمده است، چطور باید این عبارت ایشان را معنی بکنیم؟ ممکن است که اینطور معنی بکنیم که شخص نمی خواهد بگوید که مراد مجمعین از لزوم، لازم من الطرفين است، الفاظ اطلاق دارد و یک چنین قیدی در کلمات نیست، ولی کلمات قوم به منزله ی یک روایت متواتر و یک آیه ی قرآن است، به این معنی که این اجماع کاشف از این است که امام این مطلب کلی را فرموده است، اما این مطلب کلی و عام قابل تخصیص است و اگر در یک مورد خاص دلیلی قائم بر تخصیص شد، این مطلب کلی و عام تخصیص می خورد. در اینجا هم چنین شخصی می تواند بگوید که اطلاقات ادله رهن اقوی از این مطلب کلی و عام است و لذا شهید اول هم با آن درجه از فقهاش حکم فرموده است که «خذه» و امثال آن برای رهن کفایت می کند. پس این شخص می تواند بگوید که فقهاء به یک مطلب کلی که متأخذ از کلام معصوم (ع) است، اشاره فرموده اند، ولی ما در اجاره و هبه و امثال آن تخصیص می زنیم، در معاوضات هم \_ بخصوص در بیع و امثال آن \_ اجماعات علماء قائم بر عدم لزوم است، اما در رهن چون دلیل بخصوص وجود ندارد، اطلاقی کلمات علماء را با اطلاق روایات رهن می سنجمیم و ممکن است که کسی بگوید ما اطلاق روایات رهن را بر اطلاق کلمات \_ که کاشف از روایت است \_ مقدم می دانیم. پس اگر «أو» هم

باشد، می توانیم اینطور معنی بکنیم. مطلب دیگر اینکه اگر الف را در «أو» زائد بدانیم، باید حمل را مصدر دانسته و عطف بر مخالفه بدانیم و اما اگر الف را زائد ندانیم، باید «حَمَلٌ» بخوانیم و عطف بر «لا یبالی» بدانیم به این معنی که اصلاً شخص قائل به حمل نشود و بگوید که اطلاق است و باید به وسیله ی ادله دیگر بینیم که مراد کلمات قوم چیست، یا اینکه بگوید مراد از لزوم، لازم من الطرفین است. پس مختار شیخ بر اساس انسدادی بودن یا هر دلیل دیگر این است که به اطلاق ادله لزوم عمل نمی کند و می گوید که اگر کسی در فقه کج سلیقه باشد، قهراً خواهد گفت که اشکالی ندارد که ما رهن را لازم بدانیم! پرسش: اگر شک کنیم که اجماع شامل عقد لازم من الطرفین است یا نه، قدر متیقن این است که «کل عقد لازم یحتاج الی اللفظ». پاسخ: آن قدر متیقن در جایی است که اجمال وجود داشته باشد، منتهی یک مقدارش متیقن و بقیه مشکوک باشد که مرحوم آخوند هم می گوید: قدر متیقن در مقام مخاطب است که اصلاً اطلاق ندارد. و یکی از مقدمات اطلاق هم نبودن قدر متیقن در مقام مخاطب است. پس بنابراین مختار شیخ این است که با تمسک به عبائر قوم در رهن معاطاه نیست. «و لأجل ما ذکرنا فی الرهن یمنع من جریان المعاطاه فی الوقف بأن یکتفی فیہ بالإقباض؛ لأنّ القول فیہ باللزوم منافٍ لما اشتهر بینهم من توقّف اللزوم علی اللفظ». در اینجا هم ایشان می فرماید که «اشتهر بینهم» یعنی برای ردّ کردن لزوم همین اشتهار را کافی

می داند. «لما اشتهر بينهم من توقّف لزوم علی اللفظ و الجواز غیر معروف فی الوقف من الشارع». یعنی اینطور نیست که شخص یک چیزی را وقف بکند و بعد بخواهد آن را به هم بزند و یک چنین چیزی از جانب شارع معروف نیست، پس بنابراین در اینجا هم چون ما می گوییم که وقف باید لازم باشد و لزوم هم منافات با اشتهار دارد، در نتیجه باید حکم به بطلان معاطاه در وقف بکنیم. ایشان بعد تعبیر به «فتأمل» دارد که عبارت از این است که همانطور که قبلاً هم گفتیم اطلاعات مسئله توقف عقود لازمه در لزوم بر لفظ، یک مطلقاتی است که قابل تخصیص است و اینطور نیست که هیچ مصداقی برای تخصیص نداشته باشد و لذا در اجاره و هبه و امثال آن این اطلاعات تخصیص خورده است و می توانیم بگوییم که در وقف هم تخصیص خورده است و گاهی اوقات شخصی پل می سازد و یا کارهای دیگر انجام می دهد که اکثر قریب به اتفاقشان معاطاتی است و سیره اینطور شده است و می توانیم بگوییم که توقف لزوم در عقود لازمه \_ که یک مسئله کلی است \_ در باب وقف تخصیص خورده است همانطور که در باب اجاره و امثال آن هم تخصیص خورده است. پس ما نمی توانیم بگوییم که وقف معاطاتی باطل است. البته بعداً ایشان می فرماید که «نعم، احتمال الاکتفاء بغیر اللفظ فی باب وقف المساجد من الذکری تبعاً للشیخ رحمه الله». شیخ و ذکری هم این مطلب را گفته اند، منتهی راجع به وقف مساجد در حالی که اختصاصی به وقف مساجد نیست و در بسیاری از موارد دیگر

مانند ساختن پل و امثال آن هم سیره بر این مطلب جاری است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## ملزومات معاطاه «تلف عینین» ۹۱/۱۱/۲۹

Your browser does not support the audio tag

ملزومات معاطاه «تلف عینین» دیروز عرض کردیم که شیخ برای کلام محقق کرکی \_ که معاطاه در اجاره، هبه و قرض را جایز، اما در رهن محل اشکال می داند \_ چنین وجهی ذکر کرده است که قواعد عامه مانند «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» اقتضاء می کند که همه عقود طبق قواعد لازم باشد، منتهی بر اساس اجماع از لزوم در بیع معاطاتی رفع ید می کنیم، در باب اجاره هم رفع ید می کنیم، در باب رهن هم رفع ید می کنیم و هر سه در این جهت با هم مشترکند که باید ادله عامه تخصیص زده شود، اما یک فرقی بین اینها وجود دارد که در باب بیع، اجاره، هبه و قرض تخصیص به این شکل است که لزوم برداشته می شود، ولی صحت در جای خودش هست، یا اگر قائل به اباحه شدیم، اباحه در جای خودش هست، ولی در رهن رفع ید از لزوم مساوق با بطلان رهن است، زیرا در رهن \_ که به معنای وثوق است \_ قائل به شدن به جواز یا اباحه با ماهیت رهن منافات دارد و اینجا تخصیص به نحو بطلان عمل خواهد شد، برخلاف موارد قبلی که تخصیص به صورت نفی لزوم همراه با اثبات صحت بود. شیخ این تقریب را فرموده و پسندیده است. شیخ راجع به جریان معاطاه در وقف هم می فرماید که ممکن است در وقف هم قائل به عدم جریان معاطاه بشویم و بعد هم تعبیر به «فتأمل» فرموده اند. البته بعضی از

ص: ۴۸۲

محشین گفته اند که شیخ در مقام ردّ بر محقق ثانی است و مراد از عبارت «من لایبالی» هم محقق ثانی است و شیخ با این عبارت می خواهد به محقق ثانی طعنه بزند و بگوید که همه ی اینها لازم است، هم اجاره لازم است و هم موارد دیگر. این مطلبی است که بعضی از محشین گفته اند، منتهی این مطلب با فرمایش شیخ \_ که در بیع قائل به لزوم نمی باشد \_ سازگار نیست و برخلاف نص کلمات شیخ می باشد. بحث بعدی راجع به ملزومات معاطاه است که ببینیم بعد از اینکه در معاطاه قائل به ملکیت جایز یا اباحه شدیم، با چه اموری معاطاه لازم می شود. پرسش: نظر شما در بحث قبلی لزوم مطلق است؟ پاسخ: بله ما لازم می دانیم. شیخ در بیع معاطاتی قائل به لزوم نشد و مشهور بین سابقین قول به اباحه و از زمان محقق کرکی به بعد قول به ملکیت جایزه است. در صورتی که قائل به ملکیت جایزه یا اباحه ی معوضه باشیم، می شود معامله را به هم زد، ولی تحقق بعضی از امور مانع از بهم خوردن معاطاه خواهد شد که در امر سادس به این موارد پرداخته می شود که باید ببینیم قواعد چه چیزی را اقتضاء می کند. ایشان می فرماید که ما اگر قائل به ملکیت در معاطاه شدیم، قواعد لزوم را اقتضاء می کند به شرطی که دلیل دیگری مانند اجماع در کار نباشد، زیرا اگر کسی قائل به ملکیت شد، بر اساس استصحاب، عمومات و ادله ی گذشته، باید قائل به لزوم هم باشد. پرسش: شما با توجه به همین جمله ی شیخ می فرمایید که شیخ قائل به لزوم نیست؟

ص: ۴۸۳

پاسخ: شیخ در بحث بیع فرمود که می شود اطمینان پیدا بکنیم که لزومی در کار نیست. در موارد دیگر هم بحث در این بود که آیا به همان نحوی که معاطاه در بیع جاری است، در این موارد هم جاری است یا نه. پرسش: شیخ در اینجا می فرماید که اصل در ملکیت لزوم است. پاسخ: ایشان می گوید اگر اجماعی در کار نباشد، ما در تمام موارد قائل به لزوم هستیم، منتهی مختار ایشان این است که قویاً اجماعی هست که نمی توانیم بر خلاف آن حرف بزنیم، ولی اصل اقتضاء می کند که ما قائل به لزوم باشیم. اگر کسی به خودش جرأت بدهد و بگوید که چنین اجماعی در اینجا وجود ندارد و یا انسداد را تمام نداند، می تواند با این نظر شیخ مخالفت بکند. ما قبلاً هم عرض کردیم که شیخ انسدادی است و اگر کسی انسداد را تمام نداند و بگوید که ما قطع به ثبوت اجماع نداریم، زیرا از شیخ مفید و برخی دیگر نظری بر خلاف این نظر نقل شده است، در این صورت می تواند بگوید که مقتضای اصل عبارت از لزوم است. البته شیخ با توجه به اینکه انسدادی بوده است، این اجماع را پذیرفته است. پس بنابراین اگر کسی قائل به ملکیت شود، باید ملکیت را مطابق با اصل لازم بداند، اما اگر کسی قائل به اباحه شد، مقتضای اصل این است که لازم نباشد، چون معنای اباحه این است که شیء از ملکیت آن مالک اول خارج نشده است، منتهی طرف مقابل جواز تصرف در آن چیز را دارد. شارع این مقدار ترتیب اثر داده است و ملکیت را

امضاء نکرده است. در چنین صورتی هم اگر شخص بخواهد از این اباحه برگردد، مقتضای قاعده این است که بتواند، زیرا «الناس مسلطون» اقتضاء می کند که همه چیز در اختیار شخص باشد، هم اباحه و هم رفع اباحه و هم تملیک. پس مقتضای قاعده در اباحه عدم لزوم است. یک بحثی که در اینجا هست این است که بنا بر قول به اباحه که ایشان فرمودند مقتضای اصل عدم لزوم است، شاید کسی اشکال بکند که در اینجا استصحاب اقتضاء می کند که اباحه بعد از فسخ بر حال خود باقی باشد، زیرا قبل از رجوع اباحه بوده است و بعد از اراده ی رجوع شک می کنیم که آیا این اباحه از بین رفته است یا نه، که مقتضای استصحاب در اینجا عبارت از این خواهد بود که این اراده رجوع مفید نباشد و اباحه به حال خود باقی باشد. شیخ در جواب این اشکال می فرماید که این اصل محکوم به قاعده ی سلطنت اشخاص در مال خودشان است، چون بنا بر یک فرض این حکومت خیلی روشن است و بنا بر فرض دیگر هم باز می توانیم این حکومت را درست بکنیم. اگر ما فرض را بر این بگیریم که اباحه در اینجا اباحه ی مالکی است به این معنی که بگوییم در اینجا تعدد مطلوب است و شخص در درجه ی اول معاوضه ی تملیکی را اراده کرده است که شارع آن را امضاء ننموده است و در درجه ی دوم هم معاوضه ی اباحه اراده شده است که شارع آن را مجاز دانسته است که در این فرض تعدد مطلوب است که یک مطلوب غیر ممضی و مطلوب دیگر ممضی از



ناحیه ی شارع است. این یک فرض بود، اما فرض دیگر این است که بگوییم به نحو تعدد مطلوب نیست، بلکه وحدت مطلوب است و یک انشاء بیشتر در اینجا نیست و آن هم مورد امضاء شارع واقع نشده است و شارع اباحه ی شرعی کرده است. بنا بر فرض اول \_ که اباحه ی مالکی بود \_ حکومت ادله ی سلطنت خیلی روشن است، به این صورت که مالک به نحو تعدد مطلوب اباحه کرده است و حال ما شک می کنیم که آیا بعد از اباحه سلطنت مالک گرفته شده است، یا باز هم این سلطنت وجود دارد. پس شک ما در ادامه ی اباحه بعد از اراده ی رجوع مسبب از این است که آیا سلطنت مالک دوام دارد یا نه؟ شارع هم می گوید که مالک قبلاً سلطنت داشته است و سلطنتش زایل نشده است، بنابراین اگر مالک اراده ی رجوع بکند، جواز تصرف مباح له زایل می شود. این بر فرض این بود که اباحه را اباحه ی مالکی بدانیم. اما در صورتی که اباحه را اباحه ی شرعی دانستیم، باز هم اباحه ی شرعی از فروع سلطنت مالک خواهد بود و اگر مالک اباحه ی تملیکی نکرده بود، اباحه ی شرعی شارع هم در کار نبود و شارع مطلوب مالک را کالعدم فرض نمی کند. و لو مالک در اینجا یک انشاء بیشتر نکرده است، ولی شارع بر اساس انشاء مالک، اباحه ی شرع را جعل کرده است. بر این اساس در صورتی که مالک اراده ی رجوع بکند، نمی دانیم که آیا آن ارزشی که شارع برای سلطنت مالک قائل شده و اباحه ی شرعی را جعل کرده است، هنوز هم آن ارزش را قائل است یا نه؟ که

اینجا هم حکومت اصل سببی و مسببی خواهد بود. البته در این فرض دوم مطلب یک قدری مخفی تر است. خلاصه اینکه ایشان می فرمایند که با قاعده ی سلطنت باید بگوییم که در صورت قول به اباحه هم مالک حق رجوع دارد. حال بحث ما در ملزومات معاطاه است که ایشان می فرمایند اگر تلف عوضین شد، بنا بر قول به اباحه باید معامله لازم بشود، زیرا این شیء تا وقت تلف، ملک مالک اصلی بوده است و از ملک او خارج نشده است و دلیلی بر اینکه هنگام خروج ذمه طرف مشغول به مثل یا قیمت شده و ضامن بشود، وجود ندارد. پس بنابراین ما دلیلی بر اینکه «اباحه» را ک «لااباحه» بدانیم به این معنی که بگوییم کأن اصلاً مباح نبوده و بدون اینکه مباح باشد در دست طرف تلف شده است و در نتیجه ضامن است، یک چنین جواز رجوعی نداریم و شیخ می فرماید که دلیلی بر مطلب وجود ندارد تا اثبات ضامن بکنیم. پس بنا بر اباحه ما دلیلی بر ضامن نداریم، اما اگر قائل به ملکیت شدیم، ممکن است کسی بگوید که قبلاً شخص مالک بوده است و حق فسخ هم داشته است، الان نمی دانیم که بعد از تلف عینین آیا آن حق فسخ عقد بجاست که تملیک را کالعدم حساب بکند و در نتیجه بگوید که در دست شخص یک چیزی بوده است که از طرف مالکش در عالم اعتبار هیچ گونه انشائی نسبت به آن نشده است و وقتی در دست شخص تلف بشود، قهراً ضامن می آید. ممکن است کسی بر اساس استصحاب اینطور بگوید که قبلاً شخص حق فسخ داشته است و

الان هم آن را استصحاب می کنیم. ایشان می فرمایند که در اینجا حالت سابقه نداریم، زیرا آنچه که بر خلاف ادله برای ما ثابت شده است، جواز تراذ عینین است و لو اینکه تراذ اعتباری باشد، نه تراذ تکوینی و در نتیجه در جایی که خود عین موجود است، شخص حق دارد که تراذ بکند و قهراً حالت سابقه \_ که جواز تراذ است \_ قبل از تلف موجود است و می توانیم استصحاب بکنیم، اما بعد از تلف و معدوم شدن عین موضوع تراذ از بین می رود و جایی برای استصحاب وجود ندارد. این نظیر هبه است که در عقود جایزه ای مانند هبه و امثال آن بعد از تلف شدن عین دیگر موضوعی برای تراذ نمی ماند و لذا اگر در هبه عین تلف شد، دیگر شخص نمی تواند از هبه رجوع بکند. ایشان در اینجا یک تعبیری دارند که یک قدری فهم مراد ایشان مشکل است. ایشان می فرمایند که در مسئله ی معاطاه \_ که مورد بحث ماست \_ رجوع خیلی از مضیق تر از رجوعی است که در باب هبه گفته می شود، زیرا در باب هبه گاهی یک رجوعی جایز است که در اینجا محلی برای آن رجوع نیست. ایشان می گویند رجوع در باب هبه گاهی اطلاق پیدا می کند و در مواردی حق رجوع وجود دارد که در مشابه همین مورد در معاطاه چنین حقی وجود ندارد. بحث ما در این است که در چه مواردی است که در هبه حق رجوع هست، ولی در مشابه آن در معاطاه چنین حقی وجود ندارد؟ اگر هبه معوضه باشد که شخص حق رجوع ندارد و اگر هم هبه غیر معوضه

باشد که دو چیز نداریم تا بگوییم در هبه حق رجوع هست، ولی در معاطاتی که مشابه به آن است چنین حقی وجود ندارد. در هبه غیر معوضه اگر عین تلف بشود، موجود دیگری باقی نیست تا بگوییم که به تالف مراجعه نمی شود، اما به باقی می تواند مراجعه بکند. ما برای این عبارت ایشان \_ که عبارت مندمجی است \_ دو تصور کرده ایم که هر دو خلاف ظاهر است، یکی عبارت از این است که بگوییم مراد هبه ی معوضه ی اصطلاحی نیست که لازم است، بلکه مراد هبه ای است که شخص چیزی را هدیه می دهد و طرف مقابل هم به عنوان پاداش چیزی را به او هدیه می کند و در اینجا هبه معوضه ی لازمه نیست که در این صورت یکی از این دو هبه تلف شده و دیگری باقی است و شخص می تواند به آنچه که باقی مانده است رجوع بکند. تصور دیگر هم عبارت از این است که بگوییم شخص دو چیز هبه می کند که یکی از آنها تلف و دیگری باقی است و این هبه غیر لازم است و شخص می تواند به آن چیزی که باقی است، رجوع بکند، ولی در باب تراژ در معاطاه اینطور نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ملزمات معاطاه «تلف عینین» ۹۱/۱۱/۳۰

.Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «تلف عینین» دیروز عرض کردیم که شیخ می فرماید: اگر در معاطاه قائل به اباحه شدیم، مقتضای اصل عدم لزوم است و شخص مالک می تواند اباحه را از بین ببرد و بعد هم می فرماید که لو سلّم اینکه چنین استصحابی جریان داشته باشد، محکوم به اصل دیگری است که سلطنت مالک اصلی را اثبات می کند. یک مطلبی

ص: ۴۸۹

را که مناسب بود دیروز توضیح داده بشود، این است که تعبیر به «لو سلّم» ظاهر در این است که ایشان ذاتاً جریان استصحاب اباحه با قطع نظر از محکوم بودن به اصل دیگر را قبول ندارند و این استصحاب را جاری نمی دانند. علت این مطلب هم این است که ایشان بر خلاف مرحوم آخوند، استصحاب را در شک در مقتضی حجت نمی داند و قهراً در اینجا ایشان می فرماید که شک در اباحه، شک در مقتضی است و ما در شک در مقتضی استصحاب را جاری نمی دانیم. البته در صورتی شک در مقتضی است که اباحه را اباحه ی شرعی بدانیم، نه اباحه ی مالکی، زیرا در اباحه ی شرعی نمی دانیم که شارع تا چه زمانی اباحه را جعل کرده است و حتی در صورتی که مالک اصلی \_ که بالفعل هم مالک است \_ بخواهد اباحه را برگرداند، باز هم شارع در چنین جایی اباحه را جعل کرده است یا نه؟ پس در این صورت که اباحه را اباحه ی شرعی بدانیم، شک در مقتضی خواهد بود، اما اگر اباحه را اباحه ی مالکی بدانیم به این معنی که شخص کأن دو انشاء کرده است که علی فرض نبود ملکیت، انشاء اباحه می شود. همانطور که در معاملات معمولی مانند بیع و شراء اگر مالک طرف مقابل را مالک کرد و محدودیت زمانی هم مانند ملکیت منافع در اجاره برای ملکیت طرف مقابل قرار نداد، طبعاً این ملکیت خود به خود باقی است و در صورت شک، استصحاب ملکیت حتی بر اساس مبنای شیخ هم جاری می شود. پس اگر ما قائل به این شدیم که شخص به نحو تعدد مطلوب

ص: ۴۹۰

دو انشاء انجام داده است که شارع یکی را امضاء کرده و دیگری را امضاء نکرده است، در اینجا اباحه، اباحه ی مالکی خواهد بود و اگر در این اباحه شک داشته باشیم، شک در رافع خواهد بود، نه مقتضی. بنابراین مراد از عبارت «لو سلم» این است که شیخ قائل به اباحه ی مالکی نیست و اباحه را در اینجا اباحه ی شرعی می داند که قهراً شک در اینجا، شک در مقتضی خواهد بود که بر اساس مبنای شیخ، استصحاب در شک مقتضی جریان ندارد. مطلب دیگری که باید توضیح داده بشود، این است که ایشان فرمودند که اگر هم استصحاب ذاتاً جاری باشد، محکوم به اصلی خواهد بود که سلطنت را برای مالک اثبات می کند و ما این اصل را به سه صورت می توانیم بیان بکنیم که یکی عبارت از این است که بگوییم مراد از اصل همان استصحاب است که قبل از اباحه مسلط بر مال خود بوده است و حال بعد از اباحه نمی دانیم که آیا این سلطه از بین رفته است یا نه که بقای سلطه را استصحاب می کنیم. این یک صورت بود و اما صورت دوم این است که مراد از اصل اطلاق ادله ای باشد که سلطنت را اثبات می کند مانند دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» که شیخ هم آن را قبول دارد، نه اینکه اصل را به معنای استصحاب بدانیم. این اطلاق می گوید تا مادامی که این شیء مال شماست، اختیار مال خودتان را دارید و به هر عرفی هم این مطلب را بگویید، همین را می فهمد. پس بنابراین دلیل اجتهادی \_ که اطلاق «الناس مسلطون» است \_ قائم بر ثبوت

استمرار این استطاعت نسبت به مالک است. منتهی بحث دیگری که در اینجا هست، این است که بینیم آیا این اطلاقات یا حتی عموماً اماره است، یا اصلی از اصول معتبر؟ اگر اماره باشد، حکومت این اصل سلطنت بر استصحاب اباحه، حکومت اماره بر اصل خواهد بود به این معنی که از یک طرف می‌خواهیم استصحاب اباحه را جاری بکنیم و از طرف دیگر هم این اطلاقات \_ که قاعده‌ی سلطنت است \_ وجود دارد که حاکم بر اصل استصحاب است. یک نظر دیگر هم وجود دارد \_ که بعید هم نیست همین نظر صحیح باشد \_ و آن این است که معلوم نیست این اطلاقات یا عموماً اماره باشد، زیرا «ما من عام الا وقد خصّ» و کدام اطلاقی است که تقیید نخورده باشد مگر آنهایی که از جنبه‌ی عقلی اباء از تقیید و تخصیص داشته باشد؟! مع ذلک اگر در جایی شک کنیم که اطلاق تقیید خورده است یا عموم تخصیص خورده است یا نه، بنای عقلاء بر اخذ به اطلاق و عموم است، زیرا اگر اینطور نباشد، هیچ سنگی روی سنگ بند نمی‌شود و هیچ کس نمی‌تواند قانونی بگذراند و مردم سرگردان می‌شوند و در پیاده کردن قانون همه به مشکل بر می‌خورند و بلاشکال بنای عقلاء در اخذ به اطلاق و عموم است. و ما هم نمی‌توانیم چنین ادعایی بکنیم که با دلیل معتبر تمام قیود و مخصصات به نحو ظنّ و اکثریت قریب به اتفاق برای ما ثابت شده باشد و بنای عقلاء قائم بر این نیست که چنین چیزی برای ما ثابت شده باشد و اگر به اطلاقات

و عموماً اخذ نشود، لغویت پیش می‌آید و مردم نمی‌توانند قوانین را اجراء بکنند. پس اخذ به اطلاقات و عموماً اصلی از اصول عقلایی است و بر اساس بنای عقلاء همانطور که برخی از اصول بر برخی از اصول حاکم است، مانند قاعده فراغ و تجاوز که بر استصحاب حاکم است، در اینجا هم بنای عقلاء می‌گوید که با اطلاقات معامله‌ی شک نکن و اگر برای شک قوانینی وضع کردیم، در اطلاقات و عموماً آن قوانین را جاری نکن. پس بر اساس این بنای عقلاء اگر در مقابل استصحاب اطلاق یا عمومی قرار گرفت، حاکم بر استصحاب خواهد بود و اینجا حکومت یک اصل بر اصل دیگر خواهد بود. علی‌ای تقدیر شیخ حکم کرده است که اصل سلطنت بر استصحاب بقای اباحه حکومت دارد. پرسش: ملزمت در فرض اباحه یعنی چه؟ پاسخ: یعنی شخص نتواند اباحه را به هم بزند. پرسش: یعنی کماکان در دستش اباحه باقی بماند؟ پاسخ: اگر اباحه لازم نباشد، شخص می‌تواند فسخ بکند و قرار اباحه را کالعدم بکند. پرسش: آیا این بر خلاف اقتضای مالکیت مال نیست که یک نفر مالکیت داشته باشد، ولی دیگری بخواهد تصرف کند؟ پاسخ: به نظر ما اینکه مرحوم شیخ قائل به حکومت شده است، محل اشکال است، زیرا درست است که شخص نسبت به مال خودش سلطنت دارد و حدوداً و بقاءً هم این سلطنت ثابت است و «الناس مسلطون» نمی‌خواهد بگوید که فقط آن‌ما این سلطنت ثابت است، اما با وجود این اصل، اصل دیگری هم می‌گوید که «اوفوا بالعقود» یا «المؤمنون عند شروطهم» و اینها مقدم بر مسئله‌ی سلطنت مالک

است. «اوفوا بالعقود» می گوید که وقتی شما قرار گذاشتید و چیزی را به دیگران تملیک کردید، یا بر اساس «المؤمنون عند شروطهم» ملتزم به این شدید که طرف مقابل مالک باشد، اگر بخواهید بر خلاف این قرار یا التزام عمل نکنید، خلاف آن تعهدی است که شما قبلاً کرده اید. فرض مسئله این است، منتهی شارع ملکیت را امضاء نکرده و اباحه را امضاء کرده است که اباحه ی مالکی می شود، نه اباحه ی تعبدی شرعی و بنابراین وقتی شما چنین تعهدی کردید که طرف مقابل مالک باشد و حال بخواهید از این تعهد برگردید، خلاف عقد است و به عبارت دیگر شما ملتزم به این شدید که طرف مقابل مالک باشد و هر چند شارع این تملیک را امضاء نکرده است، اما آن تعهد دیگری که کردید مبنی بر اینکه تا آخر این شیء مباح برای طرف مقابل باشد و حال بخواهید از این التزام خود برگردید، بر اساس «المؤمنون عند شروطهم» این کار جایز نیست و شرط شامل این مورد هم می شود. پرسش:.... پاسخ: عرض بنده این است که اینجا به منزله ی دو قرار است، به این معنی که شخص به طرف مقابل می گوید: تو در این تصرف بکن، تا من هم بتوانم در مال تو تصرف کنم. انسان وقتی تعهدی می کند، باید مطابق تعهد خودش عمل بکند و حق ندارد اباحه ی مالکی را از بین ببرد. دیروز ما از شیخ عبارتی را نقل کردیم که قدری مندمج است و محشین هم مطلب معنی بهی راجع به آن نوشته اند و فقط مرحوم شهیدی \_ که خیلی به این عبارات شیخ عنایت دارد \_ عبارتی نوشته است که



قدری تصحیف در عبارت است و خیلی مطلب روشنی از عبارت ایشان استفاده نمی شود و دیروز ما یک وجهی را بیان کردیم که احتمالاً مقصود مرحوم شهیدی هم همان وجه است. وجهی که بیان شد عبارت از این بود که جواز در معاطاه \_ بنا بر اینکه قائل به ملکیت جایزه باشیم \_ مثل خیارات نیست که متعلق آن عقد باشد و عقد را بتوان به هم زد، بلکه مثل هبه و امثال آن است که با تراذ به عین برخورد می کند و ایشان می فرماید که فسخ اینجا موضوع نیست، بلکه شخص حق تراذ دارد و لذا اگر تلف واقع شد، چون تراذ ممکن نیست، حق اینکه دوباره ملک خودش بکند را ندارد. ایشان می فرماید که «لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقاءه» یعنی حق به عقد متعلق نشده است که بعد از تلف هم بشود استصحاب کرد، بلکه حق به عوضین تعلق گرفته است و وقتی که این عوض ها منعدم شد، معقول نیست که انسان آنها را به عنوان ملکی برگرداند. جواز در باب بیع خیار از عوارض عقد است و حتی بعد از تلف عینین هم باقی است، «بل لا دلیل علی ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فی العین، نظیر جواز الرجوع فی العین الموهوبه، فلا یبقی بعد التلف متعلّق الجواز»، زیرا بعد از انعدام که نمی شود انسان او را ملک کند، «بل الجواز هنا یتعلّق بموضوع التراذ، لا مطلق الرجوع الثابت فی الهبه»، ایشان می فرماید که کآن در هبه مطلق رجوع است، ولی در اینجا مطلق رجوع نیست

و لو زمینه برای رجوع هست که یکی از عینین تلف شده باشد و دیگری موجود باشد، ولی در عین حال ایشان می فرمایند که اینجا ما حق رجوع نداریم، زیرا آنچه جایز است، تراذ است و در اینجا تراذی محقق نیست. در باب هبه مطلق الرجوع است و کآن در هبه رجوع اطلاق دارد و اگر یکی از عینین تلف شده باشد و دیگری موجود باشد هم می شود به آنچه موجود است، رجوع کرد و لازم و مضیق نیست. البته در اینجا اشکالی وارد شد که این بیان مربوط به هبه ی معوضه خواهد بود که آنهم لازم است، اما در هبه ی غیر معوضه فقط یک چیز وجود دارد که آن هم تلف شده است و اطلاق قابل تصویر نیست که بگوییم در آنجا رجوع ثابت است. ما دیروز توجیهاتی برای این مطلب بیان کردیم و یک توجیه ثالثی هم به ذهنم آمد که از توجیهات قبلی اظهر است. یکی از توجیهاتی که قبلاً بیان شد، این بود که شخص دو چیز را هبه کرده است و یکی از این دو تلف شده و نسبت به دیگری حق رجوع دارد یا اینکه یک چیزی را هبه کرده که آن چیز تلف شده است، اما قبل از تلف شدن، نتاج پیدا کرده است و آن نتاج باقی است و شخص می تواند به آن نتاج رجوع بکند. یک تصور دیگر هم عبارت از این بود که هبه ی معوضه ی اصطلاحی که لزوم بیاورد، نیست، بلکه هبه ای است که مرسوم بین مردم است که شخص یک چیزی را هبه می کند و شخص دیگر هم برای اینکه این کار او را

بی جواب نگذارد، در مقابلش چیزی را به واهب هبه می کند، ولی در هبه شرط نشده است که در قبال این هبه، طرف مقابل هم چیزی را تملیک نکند. در اینجا هر چند فقهاء گفته اند که شخص نمی تواند رجوع بکند و لزوم دارد، اما این لزوم از ناحیه متهب و کسی است که قبول کرده است، نه از ناحیه واهب که از اول هبه کرده است، به معنی که شخصی که در جواب هبه، چیزی را به واهب می دهد، دیگر حق رجوع از هبه ی خود را ندارد، اما واهب اول حق رجوع به هبه ی خود را دارد. حال اگر در اینجا آنچه که متهب به واهب داده است، تلف شد، اما آنچه که واهب ابتداءً هبه کرده است، موجود است، این شخص واهب می تواند رجوع کند، اما در باب معاطاه اینطور نیست که مثل هبه در عین حالی که یکی از عینین تلف و دیگری موجود است، بتوان رجوع کرد. این توجیهاتی بود که ما دیروز عرض کردیم، ولی بعداً تصور ثالثی به نظرم آمد که احتمالاً اظهر از توجیهات سابق باشد و آن این است که در عبارت «لا مطلق الرجوع الثابت فی الهبه»، «الثابت» صفت «الرجوع» است، نه صفت «مطلق الرجوع»، صفت برای مضاف نیست، بلکه صفت برای مضاف الیه است، به این معنی که در باب هبه رجوعی هست و ربطی هم به عقد ندارد که قبلاً هم فرمود که در هبات رجوع به عین وجود دارد. ایشان می خواهد بفرماید که این رجوع به عین \_ که در باب هبه هست \_ در باب معاطاه اطلاق ندارد و لویکی تلف شده باشد و

دیگری موجود باشد که رجوع به یکی از دو عین امکان داشته باشد، اما شخص حق رجوع به موجود را ندارد و عبارت «فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين» تکرار همان مطلب قبلی است که می خواهد بگوید رجوع فی العین است و در باب معاطاه هم که دو عین در کار هست، اطلاق ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ملزمات معاطاه «تلف» ۹۱/۱۲/۰۱

.Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «تلف» ما دیروز عرض کردیم که بنا بر اینکه اباحه در باب معاطاه را اباحه ی مالکی بدانیم، ممکن است بگوییم که مقتضای «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» این است که شخص نتواند فسخ بکند، زیرا جواز فسخ بر خلاف آن قراری است که خود شخص کرده است. این مطلبی بود که ما دیروز عرض کردیم، اما بعد به ذهن رسید که اگر در اباحه ی مالکی بگوییم که شخص با ملک دو انشاء در طول هم می کند، به این معنی که اگر ملک طرف مقابل نشد، تصرفات برای او مباح باشد، منتهی این اباحه به صورت معوضه باشد، اگر اینطور بگوییم، ممکن است که کسی بگوید اینکه با یک انشاء تملیک \_ که فعلی هم باشد، نه تعلیقی \_ دو انشاء واقع بشود، امری بین البطلان است، بلکه آنچه که بعید نیست و متعارف است، تعدد انشاء نیست، بلکه رضایت مالک است. اگر شارع هم ملکیت را امضاء نکند، همین که مالک راضی به تصرف طرف مقابل باشد در مقابل اینکه او هم بتواند در ملک او تصرف بکند، همین کفایت در جواز تصرف بدون انشاء می کند و نوعاً کم هستند کسانی که اگر ملکیت حاصل نشود،

ص: ۴۹۸

رضایت به تصرف هم نداشته باشند. پس در نتیجه تا وقتی که علم به رضایت مالک داشته باشم، تصرف جایز خواهد بود، اما اگر مالک به نحوی عدم رضایت خود را اعلام بکند، ما نمی توانیم بگوییم که مالک حق برگشتن از اباحه تصرف را ندارد. پس بنابراین در اباحه مالکی به این معنایی که گفته شد، تا مادامی که مالک راضی باشد، جواز تصرف وجود دارد و نمی توانیم بگوییم که مالک حق برگشتن از اباحه را ندارد و قهراً اشکالی که می خواستیم بنا بر اباحه ی مالکی بر شیخ ایراد بکنیم، وارد نیست. پرسش: معنایی که برای اباحه مالکی کردید، اشکال تصویری دارد، زیرا ما قائل به مدلول التزامی بدون مدلول مطابقی می شویم. پاسخ: این مطلب مربوط به آن نیست. این رضایت تابع ملکیت نیست، بلکه ممکن است که یک شیء لازم اعم باشد و اگر ملکیت هم از اول نبود، ممکن بود که طرفین به جواز تصرف راضی بودند. پس مدلول التزامی در جایی است که لازم اخص یا مساوی باشد، نه جایی که لازم اعم باشد. مرحوم سید محمد کاظم در اینجا اشکالی به فرمایش شیخ می کند که مبنای شما عبارت از این است که اگر از ادله ی «أوفوا بالعقود» از اول موردی خارج شده باشد و بگویند که در اینجا شخص خیار دارد، دیگر نمی شود به «أوفوا بالعقود» تمسک کرد و جای استصحاب است، اما چطور در اینجا که نمی دانیم آیا معاطاه بعد از تلف لازم است یا نه، شما تعبیر می کنید که مقتضای قاعده عبارت از لزوم معاطاه است؟! مرحوم سید می فرماید که طبق مبنای شیخ \_ که خود ایشان هم آن

ص: ۴۹۹

را پذیرفته است \_ این مطلب درست نیست، زیرا در ما نحن فیه قبلاً معاطاه لازم نبوده است و اکنون بعد از تلف نمی دانیم که لازم شده است یا نه، که باید طبق مبنای شیخ به سراغ استصحاب برویم و نمی توانیم به عموم «أوفوا بالعقود» تمسک بکنیم. پس بنابراین با توجه به اینکه شیخ در «أوفوا بالعقود» بعد از خروج مورد از تحت عام، بقای مخصص را استصحاب می کند، طبق فرمایش سید در اینجا هم باید حکم به استصحاب می کرد. این اشکال سید به شیخ بود، اما این اشکال ایشان وارد نیست، زیرا در کلام شیخ دقت کامل نشده است. شیخ می فرماید که آنچه در معاطاه برای ما ثابت شده است، عبارت از این است که فسخ عملی برای شخص جایز است که یک چیزی را بردارد و برگرداند. همانطور که در خود معاطاه به وسیله ی عمل خارجی ملکیت یا اباحه حاصل شده است، بنا بر قول به اباحه آنچه که مسلم است، این است که اگر شخص می تواند آن شیء را بردارد و به طرف خودش و ملک خودش بیاورد و این ردّ عملی است که تراذّ محقق می شود. پس بنابراین آنچه که قطعی است، عبارت از این است که فسخ عملی جایز است، اما اینکه بعد التلف فسخ قولی هم جایز باشد یا نه، بحث دیگری است. آنچه که مقطوع است، این است که فسخ عملی از «أوفوا بالعقود» تخصیص خورده است، اما نسبت به تخصیص فسخ قولی نمی دانیم که آیا از «أوفوا بالعقود» یا «المؤمنون عند شروطهم» تخصیص خورده است یا نه؟ در اینجا که مرحوم سید می فرماید در زمان اول تخصیص

خورده شده و از تحت عموم خارج شده است، مربوط به فسخ عملی است، اما در اینجا بحث ما راجع به فسخ عملی نیست، بلکه بحث ما راجع به این است که آیا با قطع نظر از اینکه فسخ عملی در صورت بودن عینین جایز است، اگر تلف محقق شد، آیا می توانیم فسخ قولی بکنیم یا نه؟ پس فسخ عملی یک فردی است که قبلاً- تخصیص خورده و از تحت عموم «أوفوا بالعقود» خارج شده است و فسخ قولی هم فرد دیگری است که شک داریم آیا این مورد هم از تحت عموم خارج شده است یا نه؟ که در اینجا می توانیم به عموم «أوفوا بالعقود» تمسک بکنیم. بحث در این نیست که زیاد تخصیص بخورد یا کم تخصیص بخورد، بلکه بحث در این است که ما دو فرد داریم که قدر متیقن این است که یکی از این در فرد تخصیص خورده است، اما در تخصیص فرد دیگر شک داریم که به عام تمسک می کنیم. پس بنا بر فرمایش شیخ، قدر متیقن از تخصیص در جایی است که تراذ باشد، اما در صورتی که تلف محقق شده باشد، نمی دانیم که آیا تخصیص خورده است یا نه. بنابراین این اشکال بر فرمایش شیخ وارد نیست. پرسش: ... پاسخ: اصل این بود که ملک او بشود و اینها بر خلاف قاعده است، ولی اگر جایز باشد که شخص آن شیء را بردارد و ببرد و فسخ عملی بکند، از این مطلب نمی توانیم جواز فسخ قولی را هم اثبات بکنیم. پرسش: قدر متیقن تراذ است یا فسخ لفظی است؟ پاسخ: قدر متیقن تراذ است. پرسش: طبق کدام دلیل؟ پاسخ:

ایشان می فرماید که آنچه مسلم است، این است که تا وقتی عین موجود است، شخص می تواند بردارد و با خود ببرد و فسخ نیست که ما حالت سابقه را استصحاب بکنیم. فرض شیخ این است که مسئله بر اساس اجماعی از کلمات قوم عبارت از این است که اگر کسی بخواهد ردّ بکند، مرسوم نیست که از «فسخت» و امثال آن استفاده بکند، بلکه چیزی انشاء نشده است که بخواهد فسخ بکند و نه در اعطاء انشائی شده است و نه در اخذ نیازی به انشاء است. بنده دیروز یک مطلبی را احتمال می دادم و عرض کردم که اشتباه بوده است. دیروز عرض کردم که در هبه ی معوضه غیر اصطلاحی، اگر کسی چیزی را هبه بکند و بعد هم طرف مقابل برای اینکه او را بی جواب نگذارد، یک چیزی در مقابل به او هبه کرد، بنده عرض کردم که در این صورت، متهم حق رجوع ندارد، اما واهب حق رجوع دارد که این مطلب اشتباه بوده است و هر دو می توانند مراجعه بکنند. البته احتمال قوی در توجیهاتی که دیروز ذکر شد، همان تصویری است که ما در آخر عرض کردیم که «الثابت» صفت برای «رجوع» است، نه «مطلق الرجوع». «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ملزمات معاطاه «تلف عین» ۹۱/۱۲/۰۲

Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «تلف عین» عرض کردیم که بر اساس تقریبی که ما عرض کردیم، شیخ در این مسئله که یک چیزی اول از تحت عام خارج شده است و نمی دانیم که در زمان بعدی آیا ادامه پیدا کرده است یا نه، شیخ نمی خواهد به عموماً ادله لزوم تمسک بکند. ایشان می فرمایند که ما علم به تخصیص

ص: ۵۰۲

برخی از موارد داریم، اما نسبت به برخی دیگر از موارد نمی دانیم که آیا تخصیص خورده است یا نه؟ در اینجا ما با اصاله العموم حکم به عدم تخصیص می کنیم. در ما نحن فیه، اگر فسخ عملی واقع شد، ادله ی «أوفوا بالعقود» تخصیص خورده است، اما نسبت به فسخ قولی نمی دانیم که آیا چنین تخصیصی خورده است یا نه و در این مورد به عموم تمسک می کنیم. البته این عرض ما متوقف بر این نیست که مراد از تراذ، تراذ خارجی باشد، بلکه اگر مراد تراذ اعتباری هم باشد که با صرف گفتن «رددت» بخواهیم مال را به ملکیت خودمان برگردانیم، با همین هم فسخ عملی حاصل می شود، مع ذلک این ملازم با این نیست که اگر بگوییم «فسخت العقد» و فسخ قولی بکنیم، باز هم کفایت بکند، بلکه ممکن است که بگوییم آن چیزی که مربوط به ردّ العین باشد، تکویناً یا اعتباراً و انسان عین را ردّ اعتباری بکند، از عموم «أوفوا بالعقود» تخصیص خورده است، هم اعتباری اش و هم تکوینی اش، اما اگر انسان بخواهد مستقیماً «فسخت» بگوید، نمی دانیم که آیا از تحت عام خارج شده است یا نه، که در این صورت اخذ به عام می کنیم و قهراً بعد از تلف شدن هر دو عین، زمینه ای برای ردّ تکوینی یا اعتباری وجود ندارد و نسبت به فسخ قولی هم به اصاله العموم تمسک می شود و تخصیص نخورده است تا ما بخواهیم استصحاب جاری بکنیم. این بیان فرمایش شیخ است. بنابراین ایشان می فرمایند که آنچه که می توانیم از عموماً مثل «أوفوا بالعقود» تخصیص بزنیم، جایی است که موضوع تراذ محقق باشد، اما در غیر صورت

ص: ۵۰۳

تراذ چنین تخصیصی وجود ندارد و اگر شك بکنیم که مواردی غیر از صورت تراذ از تحت عام تخصیص خورده است یا نه، به مقتضای عمومات اخذ می شود، مثلاً آیا در صورتی که یکی از دو عین تلف شده باشد و عین دیگر باقی باشد، آیا ردّ جایز است؟ یا در صورتی که هر دو عین تلف شده باشد، باز هم می توان فسخ کرد؟ در اینگونه موارد به مقتضای عمومات اخذ می کنیم و نمی توانیم استصحاب جاری بکنیم. بحث در این است که چرا نمی توانیم در اینجا استصحاب را جاری بکنیم؟ عدم جریان استصحاب را به دو صورت می توانیم بیان کنیم، یک صورت این است که بگوییم: استصحاب جریان دارد، اما بحث در این است که آیا این جریان استصحاب درست است، یا نادرست و این مطلب به این صورت است که بگوییم وقتی کسی چنین عقدی بجا می آورد، مسلم است که تا زمانی که عین موجود است، فسخ جایز است. در این صورت چند احتمال وجود دارد: یکی اینکه فسخ العقد باید به وسیله تراذ باشد، یکی اینکه به وسیله ردّ باشد و احتمال دیگر هم اینکه با فسخ قولی محقق بشود. یکی از این احتمالات در اینجا هست. پس بنابراین اگر فسخ العام باشد به این معنی که ما بتوانیم عقد را بأی نحو کان فسخ بکنیم و ثبوتاً فسخ جایز باشد، قهراً باید ببینیم که آیا این جواز بعد از تلف شدن کلا الشیئین هم باقی خواهد بود؟ در مسئله ی استصحاب کلی قسم ثانی بحث در این است که می دانیم یک چیزی در ضمن فرد طویل یا فرد قصیر بوده است و اکنون نمی دانیم که



آیا کلی در ضمن فرد طویل بوده است تا عمرش طولانی بوده و باقی باشد، یا در ضمن فرد قصیر بوده است که باقی نمانده باشد؟ در اینجا هم اگر بگوییم که مسئله‌ی ما مثل استصحاب کلی قسم ثانی است، باید بگوییم که آن جوازی که به فسخ می خورد، نمی دانیم آیا به وسیله‌ی تراذ بود، یا مطلق جواز فسخ بود؟ و بر اساس استصحاب کلی قسم ثانی می توانیم بگوییم که بعد از تلف عینین هم جواز فسخ وجود دارد. ممکن است که یک چنین تقریبی بشود، ولی خود شیخ در استصحاب کلی قسم ثانی می فرماید که اگر شک کنیم حیوان فیل بوده است یا پشه، می توانیم استصحاب بقای حیوان را جاری بکنیم، اما نمی توانیم فیل را اثبات بکنیم و اگر اثری مترتب بر فیل شده باشد، با استصحاب نمی توانیم آن اثر را بار بکنیم. در ما نحن فیه هم اگر گفتیم که قبلاً جواز فسخ العقد به معنای جامع بوده است، (اعم از اینکه به وسیله چه چیزی این جواز محقق شده باشد) حال که تلف واقع شده است، اگر بخواهیم این جواز الفسخ را استصحاب بکنیم، لازمه‌ی عقلی جواز الفسخ این است که بعد از تلف فسخ قولی جایز باشد و با اثبات جواز، جواز فسخ قولی اثبات می شود و این مثل این است که شما با استصحاب حیوان بخواهید فیل را ثابت بکنید و بنا بر فرمایش شیخ نمی توانیم چنین چیزی را ثابت بکنیم. اما مطلب دیگر \_ که مطابق با ظاهر کلام شیخ هم هست \_ این است که بگوییم: اقتضاء اطلاقات و عمومات نفی اعتبار تأثیر «فسخت» می باشد و خود این عمومات اماره

برای نفی مؤثریت «فسخت العقد» است و شکی هم در این صورت در کار نیست. مطلب دیگر این است که بگوییم عمومات و اطلاقات اماره نیست \_ که قبلاً هم عرض کردیم \_ و اطلاق و عموم اصلی از اصول است و مقدم بر سایر اصول و حجت است. حال در اینجا بر فرض اینکه استصحاب کلی قسم ثانی را هم جاری بدانیم و مشکل مثبتیت هم در کار نباشد، باز هم با بودن اصاله العموم یا اصاله الاطلاق جایی برای استصحاب نخواهد بود. پس ولو اینکه ما اطلاقات و عمومات را اماره ندانیم، باز هم جایی برای استصحاب نخواهد بود. تعبیر شیخ بسیار مناسب است و با اینکه ایشان نمی خواهد ذاتاً استصحاب را جاری بداند، می فرماید که اگر عام را اماره هم ندانیم، باز اصلی از اصول است و تا دلیلی بر خلاف آن پیدا نشود، باید به این اصل اخذ بکنیم، «إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراذ العینین». تا اینجا بحث در صورتی بود که تلف عینین واقع شده باشد، اما از بیاناتی که شد، ضمناً حکم تلف عین واحد هم معلوم شد که آن مقداری که به حسب ادله می توانیم از تحت عموم «أوفوا بالعقود» و امثال آن خارج بکنیم، صورتی است که فسخ با تراذ واقع شده باشد و قهراً اگر در جایی تراذ مقدور نباشد و یکی از دو عین تلف شده باشد، این مورد را نمی توانیم از عموم «أوفوا بالعقود» خارج بدانیم و ملکیت شخص باقی است و طرف مقابل هم نمی تواند به هم بزند. تا اینجا بحث در صورتی بود که

در معاطاه قائل به ملکیت باشیم، اما اگر قائل به این شدیم که هیچ کدام از طرفین مالک نمی شوند و فقط اباحه ی تصرف دارند، باید ببینیم که چه حکمی دارد. بحث در صورتی که کلیهما تلف شده باشد، قبلاً گذشت، اما در صورتی که یکی از دو عین تلف شده باشد و دیگری موجود باشد، باید ببینیم که آیا بر اساس قول به اباحه مالک می تواند رجوع به موجود بکند و اباحه را نسبت به موجود به هم بزند و عین را کاملاً در اختیار خود بگیرد یا نه؟ شیخ در اینجا می فرماید که «سید مشایخنا تبعاً لبعض معاصریه» که او هم «تبعاً لشهید الثانی فی المسالک» می فرماید که همان عدم لزومی که قبلاً بود و شخص جواز تصرف داشت، الان هم همینطور است و شخص نمی تواند این را لازم بکند و جواز تصرف از بین برود. شخص قبلاً مالک بود و نسبت به ملک خودش سلطنت داشت و اگر ملک یکی از طرفین تلف شد، با استصحاب می گوئیم که ملکیت و سلطنت شخص بر ملک خودش باقی است و تصرفات در عین احتیاج به اجازه ی مالک دارد. این چیزی است که این سه بزرگوار گفته اند که مراد از «سید مشایخنا» سید مجاهد است و می گویند که مراد از «تبعاً لبعض معاصریه» هم نراقی است و نراقی هم تبعاً لشهید الثانی اینطور گفته است. بنده مراجعه نکرده ام که ببینیم آیا اینطور می شود که سید مجاهد از نراقی تبعیت بکند در حالی که خود شیخ با نراقی معامله ی معاصر می کند و از سید مجاهد تعبیر به «سید مشایخنا» می کند؟! آیا می شود یک کسی که سید مشایخ

شیخ است، از نراقی که شیخ خیلی حاضر نیست او را به استادی قبول بکند و خود او هم در اجازه ای که به شیخ داده می فرماید که «أفاد اکثر ممن استفاد»، آیا می شود که سید مجاهد از نراقی تبعیت کرده باشد؟! خلاصه اینکه بنده نمی دانم مراد از «تبعاً لبعض معاصریه» چه کسی است و به هر حال شهید ثانی یک فرمایشی کرده است و این دو بزرگوار هم فرمایش شهید ثانی را قبول کرده اند. پرسش: آیا کتاب البیع مناهل وجود دارد؟ آنچه که از کتاب مناهل پخش شده است، از کتاب الدین تا آخر است و یک جلد چاپ شده است. پاسخ: آدرس فرمایش ایشان بیان شده است و من مراجعه نکرده ام. پرسش: مستقل از این کتاب مناهل؟ پاسخ: مناهل تکه تکه است و آنچه که موجود است و چاپ شده است، قطعاتی از فقه است که به طور مرتب هم نیست. آنچه که چاپ شده است، اینطور است، اما نمی دانم در خطی ها هم هست یا نه؟ «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ملزمات معاطاه «تلف» ۹۱/۱۲/۰۵

.Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «تلف» بحث در این بود که در صورتی که یک عام تخصیص خورده باشد و شک داشته باشیم که آیا بعد از زمان یقینی تخصیص باز هم تخصیص وجود دارد یا نه، در این صورت آیا باید اخذ به مخصص کنیم یا اخذ به عام؟ این بحث، بحث مفصلی است که اگر وارد آن بشویم، خیلی از بحث در مسئله دور خواهیم شد، ولی یک مقدار کوتاهی که مربوط به بحث مکاسب ما می باشد را مطرح می کنیم. در اینکه اگر عام در مقابل استصحاب یا اصل دیگری

ص: ۵۰۸

از اصول قرار بگیرد، تقدم خواهد داشت، بحث نیست، منتهی بحثی که در اصول شده است و مختصر آن را در اینجا عرض می کنیم، عبارت از این است که در صورتی که هم عام و هم خاص ذاتاً حجیتی داشته باشند و این دو روبروی هم قرار بگیرند، باید اخذ به عام بکنیم، اما در برخی موارد صغریاً بحث در این است که آیا قطع نظر از تقابل با استصحاب یا اصل دیگر، عام حجیت ذاتی دارد یا ندارد؟ و الا اگر عام ذاتاً حجت باشد، اصل نمی تواند در مقابلش ایستادگی بکند. شیخ در این مسئله که عام تخصیص خورده است و در زمان بعد شک در تخصیص داشته باشیم، قائل به تفصیل شده است، مثلاً زید از تحت عموم «أکرّم العلماء» در روز شنبه خارج شده است و شک داریم که این تخصیص ادامه پیدا کرده است یا نه، شیخ در اینجا می فرماید که دو صورت دارد: یک مرتبه این است که عام افراد متعددی دارد، مانند «أکرّم العلماء» که شامل زید و عمرو و بکر و خالد و ... می شود و اگر یکی از اینها از تحت عام خارج شد، در صورتی که شک در خروج افراد دیگر داشته باشیم، باید اخذ به بکنیم. اگر زمان را هم قطعه قطعه در نظر بگیریم و بگوییم که مثلاً هر روز احترام به علماء لازم است \_ عموم هم به حسب اشخاص و هم به حسب زمان باشد \_ در صورتی که لزوم احترام در یک زمانی تخصیص خورده باشد و نسبت به زمان دیگری شک داشته باشیم، می توانیم به عام تمسک بکنیم، همانطور که

ص: ۵۰۹

در عموم به حسب اشخاص تمسک به عام می کردیم. پس با این بیان، موضوع هم از نظر اشخاص و هم از نظر زمان متعدد خواهد بود و می توانیم به عام تمسک بکنیم و اصل در اینجا کاره ای نخواهد بود. ولی صورت دیگر این است که زمان را قطعه قطعه در نظر نگیریم مثل اینکه گفته شود «أكرم العلماء دائماً» که یک حکم به صورت مستمر حمل بر افراد عام رفته باشد و اگر زید در یک زمانی از تحت عام خارج شد و تخصیص خورد و در زمان دیگر شک در خروجش از تحت عام داشتیم، دیگر نمی توانیم به عام تمسک بکنیم، چون افراد عام عبارت از زید و عمرو و بکر با دوام و استمرار حکم هستند و اگر یک فرد تا آخر هم خارج شده باشد، یک تخصیص است و اگر همان روز اولی هم خروجش یقینی است، خارج شده باشد، یک تخصیص است و در اینجا اصاله العموم کاره ای نیست و باید اخذ به استصحاب مخصص بکنیم. البته این استصحاب مخصص، مبتنی بر این است که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم، اما اگر کسی استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نداند، همانطور که نظر آقای خوبی اینطور است و به عقیده ی ما هم همین است، در صورتی که اصاله العموم قابل تمسک نباشد، نمی توانیم استصحاب را جاری بدانیم و مثلاً بگوییم که زید دیروز وجود اکرام نداشت و امروز شک داریم که وجوب اکرام دارد یا نه، پس بر اساس استصحاب امروز هم وجوب اکرام ندارد و در نتیجه باید به اصول دیگر مراجعه بشود. منتهی بر اساس عقیده ی ما

و مطابق آنچه که از فرمایش مرحوم آقای سید محمد کاظم در عروه استفاده می شود، معمولاً استثنائات در مقابل عمومات، از قبیل تراحم است، به این معنی که یک عده قوانین کلی در کشور برای مصالح کلیه وضع می شود و در بعضی از موارد که با یک مصلحت دیگری تراحم پیدا می کند، یا مفسده ای در بعضی از موارد حاصل می شود، یک تبصره و استثنائی بر قانون زده می شود. معمول مستثنیات عمومات در اثر مزاحم است که عام مقتضی ثبوت حکم است و مورد استثناء از قبیل مزاحم است و در صورتی که شک در وجود مزاحم داشته باشیم، بنای عقلاء بر اخذ به عام است. مثلاً طبق مقتضی غیبت حرام است، دروغ حرام است، ایذاء مؤمن حرام است، قتل نفس مؤمن حرام است و اگر انسان در موردی شک بکند که آیا عنوان مزاحمی وجود دارد که اینها را از فعلیت بیندازد، یا نه، نمی تواند به اصل برائت تمسک کرده و بگوید که در این مورد حرام نیست. پس در این موارد نمی توانیم به اصل برائت تمسک بکنیم، همانطور که به استصحاب هم نمی توانیم اخذ بکنیم، بلکه باید به همان مقتضی اخذ کرد. پس خلاصه فرمایش شیخ این است که اگر زمان متعدد بود، همانطور که عام به حسب افراد تعدد دارد، در این صورت اگر یک زمان خارج شده باشد و نسبت به زمان های دیگر شک داشته باشیم، نسبت به زمان مشکوک اخذ به عموم می کنیم و استصحاب جاری نخواهد بود و لو اینکه استصحاب را در شبهات حکمیه هم جاری بدانیم. ولی اگر زمان به عنوان وحدانی ملاحظه بشود، استصحاب جاری خواهد بود

و نمی توانیم به عام تمسک بکنیم، زیرا فرد تخصیص خورده است و کم و زیادش هم تفاوتی نمی کند، مثل اینکه شخص غرق شده باشد و تفاوتی ندارد که در یک متر آب غرق شده باشد، یا در ده متر آب. این فرمایش شیخ بود، اما مرحوم آقای سید محمد کاظم بر اساس همین فرمایش به ایشان اعتراض کرده است که در مورد بحث ما \_ که معاطاه است \_ از یک طرف «أوفوا بالعقود» را داریم که بر اساس این دلیل معاطاه عقدی از عقود است و لازم است و اینکه عقد عملی باشد و از طرف دیگر هم دلیل اجماع قائم بر این است که معاطاه عقد لازم نیست و از تحت عموم «أوفوا بالعقود» خارج است. قبل از تلف معاطاه لازم نبود و از تحت عام خارج بود، حال بعد از تلف شک می کنیم که آیا معاطاه لازم است یا لازم نیست. سید می فرماید که «أوفوا بالعقود» شامل عقدهای متعدد می شود، ولی زمان ها را تقطیع نکرده است و بر همین اساس نمی توانیم به اصالة العموم تمسک بکنیم و باید استصحاب را جاری دانسته و حکم به عدم لزوم بعد التلف بکنیم، در حالی که شیخ در اینجا فرموده است که به عموم تمسک کرده و حکم به لزوم بعد التلف می کنیم و استصحاب جاری نمی شود. این اشکالی است که مرحوم سید به مرحوم شیخ ایراد فرموده است، اما به نظر ما این اشکال بر شیخ وارد نیست، زیرا فسخ عملی قطعاً بر حسب اجماع جایز است و اگر ما شک بکنیم که این جواز فسخ عملی تا چه تاریخی ادامه پیدا می کند، می توانیم

این جواز را استصحاب بکنیم، در حالی که بعد از تلف دیگر زمینه ای برای فسخ عملی وجود ندارد و شک در فسخ عملی وجود ندارد، بلکه شک ما در این است که آیا با «فسخْت» \_ که فسخ قولی است \_ معاطاه منفسخ می شود یا نه؟ فسخ قولی جدای از فسخ عملی است و تخصیص دیگری است و ربطی به فسخ عملی ندارد و لذا ما می توانیم در این مورد به اصاله العموم تمسک بکنیم. مثلاً اگر زید در یک زمانی از تحت عام خارج شد و در زمان دیگر شک کردیم که آیا باز هم خارج است یا نه و زمان هم تقطیع نشده باشد، می توانیم استصحاب را جاری بکنیم، ولی در صورتی که زید از تحت عام خارج شده باشد و شک در این داشته باشیم که آیا عمرو هم از تحت عام خارج شده است یا نه، در این صورت جایی برای استصحاب نیست و باید به اصاله العموم تمسک بکنیم. در این مسئله هم اگر شک در مدت بقای جواز فسخ عملی داشته باشیم، می توانیم استصحاب را جاری بدانیم، اما راجع به فسخ قولی \_ که موضوع دیگری است \_ جایی برای استصحاب نیست و باید به اصاله العموم تمسک بکنیم. پس حق با شیخ است و این اشکال وارد نیست. اما اگر فرض کنیم که اجماع قائم بر این است که می شود معاطاه را فسخ کرد و فسخ هم اقسام مختلف دارد که یکی از اقسام آن «فسخْت» می باشد، در این صورت می توانیم استصحاب را جاری بدانیم، اما شیخ می فرماید که این مطلب یقینی نیست، ولی ما این مطلب را



پذیرفتیم. مرحوم آخوند در اینجا یک فرمایشی دارد که بر اساس این مبنی هم فرمایش شیخ درست خواهد بود و اشکال سید وارد نخواهد بود، هر چند شیخ این مبنی را قبول ندارد. ادعای شیخ این بود که اگر زمان را به عنوان وحدانی ملاحظه بکنیم و تقطیع نشده باشد، نمی توانیم به عام تمسک بکنیم و قهراً به سراغ خاص خواهیم رفت و این تفصیل در مسئله وجود دارد، مثلاً اگر زید در روز شنبه از تحت عموم «أكرم العلماء» خارج شد و زمان به صورت وحدانی ملاحظه شده باشد، در صورتی که شك در خروج زید از تحت عام در روز یک شنبه داشته باشیم، نمی توانیم به عام تمسک بکنیم و باید استصحاب را جاری بدانیم، اما مرحوم آخوند می فرماید که در این مورد هم باید ما قائل به تفصیل بشویم و یک مرتبه اینطور است که زید از اول اجرای حکم از تحت عام خارج شده است و نمی دانیم که روز یکشنبه هم خارج شده است یا نه، که ایشان در این مورد با اینکه زمان امر وحدانی ملاحظه شده است، بر خلاف ایشان می فرمایند که می توانیم نسبت به روزهای بعد به عام تمسک بکنیم، زیرا «أكرم العلماء» یک عموم افرادی دارد مثل زید و عمرو و بکر و خالد که همه واجب الاحترام هستند و مبدأ این احترام در صورت نبود دلیل، طبق اقتضای اطلاق از همین روز شنبه است. پس نسبت به این اطلاق که اقتضاء می کند مبدأ احترام از روز شنبه باشد، زید خروج پیدا کرده است و احترام او در روز شنبه لازم نیست، ولی چرا ما به عموم

افرادی که می گوید همه ی افراد حتی زید واجب الاحترام هستند، عمل نکنیم؟! ما به این عموم اخذ می کنیم و نسبت به روز شنبه که دلیل خاص داریم، اخذ به اطلاق نمی کنیم و می گوییم که روز یکشنبه زید واجب الاحترام است و حکمی که برای افراد ثابت است، دوام دارد، منتهی مبدأ حکم همه ی افراد \_ غیر از زید \_ از روز شنبه است و مبدأ حکم نسبت به زید روز یکشنبه است. پس بنابراین قهراً بر اساس عموم «أكرم العلماء» حکم می کنیم که زید از روز یکشنبه به بعد وجوب احترام دارد و در نتیجه با وجود وحدت زمانی و عدم تقطیع باز هم می توانیم به اصالة العموم تمسک بکنیم. البته اگر خروج زید از وجوب احترام به جای روز شنبه، روز یکشنبه بود، دیگر نمی توانیم نسبت به روز دوشنبه به عموم «أكرم العلماء» تمسک بکنیم و بگوییم که از روز دوشنبه زید واجب الاکرام است و طبق فرمایش آخوند باید استصحاب را جاری بدانیم، زیرا از روز اول حکمی که روی زید بود، استمرار پیدا نکرد و زمان هم که وحدانی بود و در این زمان وحدانی یک حکم غیر مستمری وجود پیدا کرده است، ولی استمرار پیدا نکرده و چون زمان تقطیع نشده است، دیگر ما نمی توانیم یک فرد دیگری برای زید فرض کرده و حکمش را مستمر بدانیم و تا روز دوشنبه حکم به وجوب احترام زید و استمرارش بکنیم. پس بر اساس فرمایش آخوند هم اشکال سید وارد نخواهد بود به این معنی که «أوفوا بالعقود» و لو تقطیع نشده است و عموم ازمانی ندارد، ولی در قسمت اول خروج حاصل

شده است و از اقتضای اطلاق رفع ید می کنیم و نسبت به زمان اول می گوئیم که «أوفوا بالعقود» جریان ندارد، ولی نسبت به زمان های بعدی تمسکاً به اصالة العموم «أوفوا بالعقود» حکم بر لزوم می کنیم. منتهی مبنای مرحوم آخوند به نظر ما درست نیست و در اینجا حق با شیخ است. البته مرحوم آخوند یک تفصیل دیگری هم دارد که ما وارد آنها نمی شویم و در اصل این فرمایش، حق با شیخ است و این تفصیل مرحوم آخوند به نظر ما از این جهت محل اشکال است که اگر ما یک اصالة العموم داشته باشیم و یک اصالة الاطلاق و قطع داشته باشیم که اصالة الاطلاق زمین خورده است، اما شك داشته باشیم که اصالة العموم هم زمین خورده است یا نه، در این صورت می گوئیم که اگر نمی توانیم به یک اصل تمسک بکنیم، چرا به اصل دیگر تمسک نکنیم؟! پس اگر ما از یک اطلاقی رفع ید کردیم، اخذ به اصالة العموم می کنیم، ولی اگر دوران امر بین این شد که اصالة الاطلاق زمین خورده باشد، یا اصالة العموم، نمی دانیم که باید اصالة العموم را حفظ بکنیم، یا اصالة الاطلاق را؟ از کلام شیخ اینطور استفاده می شود که اصالة العموم مقدم بر اصالة الاطلاق است، زیرا اطلاق چند مقدمه دارد و یکی از این مقدمات این است که دلیلی بر خلاف نداشته باشیم و متکلم در مقام بیان باشد و قرینه ای هم نصب نکرده باشد و قهراً با وجود این مقدمات اطلاق منعقد می شود. حال اگر در مقابل یک دلیلی مانند عام یا هر دلیل دیگری وجود داشته باشد، ورود بر اصالة الاطلاق پیدا

خواهد کرد، زیرا یکی از مقدمات اطلاق این بود که دلیلی بر خلاف آن وجود نداشته باشد. این عقیده ی شیخ است، اما مرحوم آخوند \_ که ما هم با ایشان موافقیم \_ می فرمایند که برای انعقاد ظهور اطلاق لازم نیست که ما تا آخر عمر صبر بکنیم که آیا چیزی می آید یا نه، بلکه در جلسه ی خطاب که متکلم در مقام بیان مرادش است، اگر بخواهد قرینه ای اقامه بکند، در همان مجلس باید اقامه بکند، نه اینکه بیان آن را بگذارد تا آخر عمر. بنابراین اگر در وقت خطاب قرینه ای نبود، اطلاق منعقد می شود و قهراً ظهور اطلاق با ظهور عمومی در عرض هم خواهند بود و گاهی هم ممکن است که در یک جایی ظهور اطلاق قوی تر از ظهور عمومی باشد و گاهی هم بالعکس است و نمی توانیم در اینجا قانونی بگذرانیم که ظهور چیزی مقدم بر دیگری باشد. پس بنابراین بر اساس فرمایش مرحوم آخوند هیچ کدام از اصاله الاطلاق و اصاله العموم بر دیگری ذاتاً تقدم ندارند. عرض ما در اینجا این است که اگر مثلاً زید از تحت «أكرم العلماء» خارج شده باشد، دیگر اصاله الاطلاقی راجع به زید نیست و از باب سالبه به انتفاء موضوع است، ولی اگر زید را داخل در تحت «أكرم العلماء» بدانیم و بگوییم که زید واجب الاحترام است، ولی مثل عمرو و بقیه ی علماء نیست که از اول واجب الاحترام هستند، در این صورت ما اصاله الاطلاق را زمین زده و به اصاله العموم اخذ کرده ایم، به این معنی که زید را مانند دیگر علماء واجب الاحترام می دانیم، اما اطلاقی که دیگران دارند، نسبت

به زید از این اطلاق رفع ید می کنیم. در اینجا اخذ به عموم، رفع ید از اطلاق است، اما ممکن هم هست که عموم را تخصیص بزیم و اطلاق هم موضوعیت پیدا نکند. پس بنابراین چون نمی دانیم که کدام یک از این دو اصل زمین خورده است، استصحاب حکم مخصص را جاری می کنیم که مرحوم آخوند در اینجا می فرمایند که به عام تمسک کرده و می گویم که از روز یکشنبه زید واجب الاحترام است، ولی ما می گویم که روز شنبه احترام نداشت و استصحاب را جاری کرده و می گویم که روز یکشنبه هم احترام ندارد. بنابراین بر اساس مبنای مرحوم آخوند می شد بگویم که اگر استثنائی هم شده باشد، چون استثناء در اول زمان است. ما می توانیم به عام تمسک می کنیم، ولی ما این مبنی را تمام نمی دانیم و در عدم صحت تمسک به عام فرقی بین اینکه یک چیزی در اول یا در وسط خارج بشود، وجود ندارد و در هر دو صورت نمی شود به عام تمسک کرد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ملزمات معاطاه «تلف عین بنا بر قول به اباحه» ۹۱/۱۲/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «تلف عین بنا بر قول به اباحه» بحث قبلی در این بود که بنا بر قول به ملکیت در معاطاه، آیا تلف ملزم است یا نه، تلف یک از عینین ملزم است یا نه، که شیخ به وسیله «أوفوا بالعقود» و اطلاقات حکم به لزوم کردند و اشکال سید هم مطرح شد و بحث هایش تمام شد. بحث امروز در این است که اگر ما در معاطاه طبق مشهور بین قدامت قائل به اباحی تصرف بشویم، نه ملکیت، آیا تلف احد العینین موجب لزوم میشود یا نه؟

ص: ۵۱۸

قبل از تلف طرفین میتوانند این اباحه را به هم بزنند، ولی حال که یکی از عینین تلف شده است، آیا این اباحی که موجود است، لازم است یا لازم نیست تا در نتیجه اگر بخواهند به هم بزنند، دیگر نسبت به عین موجودی که هست، شخص حق تصرف نداشته باشد، چون مالک اباحه را به هم زده است. بحث در این است که آیا میتوانیم حالت سابقه را استصحاب بکنیم یا نه نمیتوانیم به آن اخذ بکنیم. شهید ثانی و بعضیهای دیگر به تبع ایشان قائل به این شده اند که چون عین موجود قبلاً ملک شخص دیگر بوده است و الان نمیدانیم که ملک این شخص شده است یا نه، در اینجا استصحاب بقای ملکیت را برای مالک اصلی را جاری کرده و میگوییم که این شیء موجود، ملک آن کسی است که عین دیگری در دست او تلف شده است. پس قبلاً میتوانسته است که عقد را به هم بزند و ملکش را از ملکیت طرف مقابل خارج بکند و الان هم میتواند. شیخ میفرمایند که اگر یک چنین استصحابی را جاری بکنیم، یک اصل دیگری در مقابل آن وجود دارد که چیزی دیگری را اقتضاء میکند، زیرا اگر ما بگویم که شخص نسبت به شیء موجود قبلاً ملکیت داشته است و همین حالت سابقه را استصحاب میکنیم، در این صورت ملک دیگری در دست او تلف شده است و قهراً باید ضامن مثل و قیمت نسبت به کسی که ملک او در دست این شخص تلف شده است، باشد. از طرف دیگر ما اصاله البرائه را داریم که طبق آن میگوییم که

ص: ۵۱۹

مثل و قیمت در اینجا واجب نیست. پس ما در اینجا دو اصل داریم، یکی استصحاب است که اقتضاء میکند ملکیت آن شخصی که ملکش تلف نشده است، الان هم باقی باشد و همهی اختیارات ملکیت و سلطنت را هم دارا باشد که قهراً در نتیجه باید نسبت به عین تلف شده، ضامن مثل یا قیمت باشد. از طرف دیگر هم اصل براءت میگوید که مثل و قیمتی بر شخص واجب نیست، پس این دو اصل در مقابل هم قرار میگیرد. پرسش: وقتی قاعدهی ضمان هست، اصل براءت جاری نمیشود. پاسخ: اگر کسی بگوید که چون قاعده ید دلیل اجتهادی است و دلالت بر ضمان مثل و قیمت میکند و اقتضاء میکند که شخصی که عین دیگری در دست او تلف شده است، ضامن مثل یا قیمت باشد، دیگری با وجود دلیل اجتهادی جایی برای اصل وجود ندارد، شیخ در جواب این إن قلت میفرماید که قاعدهی علی الید در اینجا جاری نیست، زیرا ید شخص قبلاً ید ضمانی نبوده است تا ضامن مثل و قیمت باشد و لذا اگر یک چیزی در دست او باشد و از آن استفاده کرده باشد، هیچ وقت اجاره آن را نمیدهد، چون ید، ید ضمانی نیست تا اجارهاش را بدهد. قاعدهی علیالید چنین قدرتی ندارد که در جایی که قبلاً ید ضمانی نبوده است، بخواهد بعد از تلف ضمانی اثبات بکند. البته این فرمایش شیخ بر اساس مبنای خود ایشان است که در رسائل فرموده‌اند، اما مرحوم آخوند میفرمایند که اگر اطلاقات یا یک دلیلی در ابتداء شامل جایی نبود، مانعی ندارد که بعداً بخواهد این اطلاق یا

دلیل شامل آن مورد بشود. مرحوم آخوند بر اساس مبنای خودش میگوید که قبل از اینکه شخص اراده‌ی رجوع بکند، علی الید ضمان مثل و قیمت اثبات نمیکرد، ولی چه مانعی وجود دارد که الان علی الید اثبات ضمان مثل و قیمت بکند. پرسش: چطور علی الید در مورد عینی که نیست، اثبات ضمان میکند؟ پاسخ: نتیجه این می شود که آن‌ما شیء ملک طرف شده باشد. مرحوم آخوند مدعی این مطلب است که آنچه به وسیله‌ی اجماع و امثال آن ثابت شده است، عبارت از این است که عقد، عقد لازم نیست و فرض هم این است که ملکیت نیامده است، بلکه اباحه حاصل شده است و «أوفوا بالعقود» در ابتداء شامل نیست، ولی آن‌ما قبل از تلف همان معاوضه‌های که طرفین قصد کرده بودند، واقع میشود و میتوانیم «أوفوا بالعقود» را پیاده بکنیم. پرسش: شخص ضامن مال خودش می شود؟ پاسخ: مراد از ضمان این است که وقتی یک چیزی وارد ملک شخص میشود، در مقابلش یک چیزی از ملکش خارج میشود و ایشان میگوید که آن‌ما قبل از تلف ملک دیگری وارد ملک او شده و ملک خودش داخل در ملک دیگری میشود. مرحوم آخوند ادعاء میکند که در اثر همان معاوضه‌ی قبلی، قبل از تلف، آن‌ما ذوالید مالک آن چیزی میشود که در دست اوست و ذوالید دیگر هم مالک شیء دیگر میشود. این مطلب بر اساس مبنای آخوند بود، اما شیخ قائل به این مطلب نیست و ما هم قائل نیستیم و قبلاً عرض کردیم که در دوران امر ما بین تصرف در اطلاق یا تصرف در عموم، باید ببینیم که کدام

یک بر دیگری تقدم دارد و در بعضی جاها ممکن است که اطلاق مقدم بر عموم باشد و در همه جا اینطور نیست که عموم مقدم بر اطلاق باشد. در اینجا مرحوم آخوند میگوید که به عموم «أوفوا بالعقود» اخذ کنیم و در نتیجه شخص آنما قبل از تلف مالک میشود، منتهی این ملکیت، ملکیت غیر مستقر است و از دست مالک هیچ کاری بر نمیآید و فقط نتیجهی این ملکیت این است که عین تلف شده و از ملکیتش خارج میشود و دخولش مساوق با خروجش است و در مقابل این ملکیت غیر مستقر، برای طرف مقابل ملکیت مستقر حاصل میشود. مرحوم آخوند اینطور میگوید که این عمل به قرارداد است، اما عرض ما این است که این چه عمل به قراردادی است؟! خلاصه اینکه شیخ میفرماید که تا قبل از تلف عقدی نبود که مثل و قیمت منتقل شده باشد و ما نمیدانیم که بعد از تلف مثل و قیمت منتقل شده است یا نه. به قاعدهی علی الید هم نمیتوانیم حکم بکنیم، پس در نتیجه ما یک اصل برائتی داریم که میگوید شخص ضامن مثل و قیمت نیست و از طرف دیگر هم استصحاب حکم میکند که شخص قبلاً مالک بوده و الا-ن هم مالک عین موجود است و علم داریم که یکی از این دو اصل بر خلاف واقع است و علم اجمالی به سقوط احد الاصلین پیدا میشود. شیخ این اشکال را می کند، ولی بعد می فرماید که ممکن است ما بگوییم که شک ما در اینکه آیا آن کسی که عین در دستش تلف شده است، نسبت به مثل یا



قیمت مدیون است یا نه، مسبب از این است که آیا شخص به مالکیت خودش باقی مانده است که قهراً آن شیئی که در دستش تلف شده است، مال دیگری باشد، یا بر مالکیت خودش باقی نمانده است؟ قهراً در اینجا استصحاب نسبت به اصل براءت حکومت پیدا میکند. یا اینکه بگوییم شک در مدیون بودن نسبت به مثل یا قیمت مسبب از این است که آیا این شیء که در دست من تلف شده است، ملک دیگری است تا من ضامن مثل یا قیمت باشم، یا ملک خودم است که در این صورت آن عین موجود خارجی ملک طرف میشود و مثل و قیمتی هم در کار نیست. در این صورت استصحاب نسبت به اصل عدم مثل و قیمت حکومت پیدا میکند و من نسبت به مثل و قیمت مدیون میشوم. این فرمایش شیخ است و بنابراین اصل براءت با استصحاب تعارض نمیکند، چون محکوم به استصحاب است. بعد هم میفرماید که قطع نظر از حکومت، ذاتاً اصل براءت اشکال دارد، زیرا ما علم اجمالی داریم که در صورتی که بگوییم عین موجود ملک مالک اصلی، یقیناً در مقابل این چیزی که تلف شده است و خسارتی که به مالک عین تلف شده وارد شده است، مثل یا قیمتی بر گردن طرف مقابل آمده است و اگر بگوییم که آنما قبل از تلف ملک شخص شده باشد، قهراً باید عین موجود هم منتقل به ملک دیگری شده باشد. پس بنابراین علم اجمالی به ثبوت یکی از این دو امر داریم، یا شخص ضامن مثل و قیمت است و یا عین موجود به ملک مالک

عین تلف شده منتقل شده است و با وجود این علم اجمالی جایی برای اصل براءت نیست و نمیتوانیم در مقابل استصحاب اصل براءت را قرار بدهیم. این فرمایش شیخ است، اما بنده یک چیزی را عرض میکنم که ایشان آن را نمیفرماید و آن این است که ایشان در تقریب کلمات شهید ثانی میفرمایند که استصحاب ملکیت عین موجود را جاری میکنیم و نسبت به اصل براءت هم یا میگوییم که استصحاب حاکم است و یا اینکه اصل براءت اصلاً صلاحیت جریان ندارد و استصحاب مجری دارد و معارضی هم در کار نیست، اما عرض بنده این است که میشود به نحوی استصحاب را جاری کرد که نیازی به حکومت نباشد که بگوییم آیا این شک مسبب از آن شک است یا نه و استصحاب را به این نحو جاری کنیم که این مالی که در دست ذوالید قرار دارد، قبل از اینکه تلف بشود، ملک مالک اصلی بوده است و الان نمیدانیم که آیا شیئی که تلف شده است، یک آن قبل از تلف از ملک مالک اصلی خارج شده و ملک شخص دیگر شده است یا نه؟ که در اینجا استصحاب عدم ملکیت را جاری میکنیم و قهراً اثبات مثل و قیمت میشود و نیازی نیست که ملکیت آن عین موجود را استصحاب بکنیم. پرسش: یدش که ضمانتی نبوده تا ضامن مثل و قیمت باشد. پاسخ: می دانم، ولی اگر اثبات کنیم که ملک دیگری در دستش تلف شده است، این تلفش ضمانتی می شود. پرسش: تلف شده است، اتلاف که نکرده است. پاسخ: در معاوضات، تلف هم ضمانتی می شود. پرسش: وقتی استصحاب ملکیت

سابق را می‌کنیم، پس معاوضه‌ای رخ نداده است و فقط اباحه تصرف وجود دارد. پاسخ: بنده با استصحاب می‌گویم که معاوضه وجود ندارد و استصحاب را در خود همین عین تلف شده جاری می‌کنیم و لازم نیست که بگوییم استصحاب حکومت بر اصل براءت دارد و خود ایشان هم قبول کرده است که اگر تلف شده باشد، تلف ضامن است، منتهی تردید در این است که آیا آن‌ها ملک طرف شده است تا مثل و قیمت نباشد، یا نه؟ خود شیخ هم تعبیر می‌کند که حتماً یک چیزی از کیسه‌ی ذوالیید خارج است، یا آن ملکی که در اختیار طرف مقابل است، داخل در ملک او می‌شود، یا ضامن مثل و قیمت عین تلف شده می‌باشد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ملزمات معاطاه «تلف عین بنا بر قول به اباحه» ۹۱/۱۲/۰۷

Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «تلف عین بنا بر قول به اباحه» شیخ در ابتداء یک بحث کلی می‌فرماید که اگر در معاطاه قائل به ملکیت بشویم، در صورتی که شک کنیم بعد از تلف معاطاه لازم است یا نه، مقتضای قاعده این است که ملکیت را لازم بدانیم، ولی اگر قائل به اباحه شدیم، اصل اولی این است که بعد از تلف معاطاه را لازم ندانیم. مرحوم شیخ ابتداء بحث کلی را مطرح میکند و بعد هم وارد جزئیات مسئله میشود که گاهی تلف عینین است و گاهی هم تلف یک عین است. به نظر ما بیان مرحوم آقای خوئی در اینجا خیلی روشن و مرتب است و ایشان بعد از بیان فرمایش شیخ \_ که بین قول به ملکیت و قول به اباحه فرق گذاشته است \_ آن را مورد نقد

ص: ۵۲۵

قرار میدهد. مرحوم آقای خوئی می‌فرماید که چه قائل به اباحه بشویم و چه قائل به ملکیت در هر دو صورت مقتضای قاعده لزوم است. ایشان راجع به اینکه اگر قائل به ملکیت شدیم، اقتضای قاعده لزوم است، همان بیان شیخ را نقل کرده و می‌فرماید که این کلام شیخ متین است و دیگر متعرض اشکال مرحوم آقا سید محمد کاظم نمیشود. بحث مرحوم خوئی در این است که شیخ بنا بر قول به اباحه، عدم لزوم را اختیار کرده است و ما قبل از بیان بحث ایشان به صورت مختصر به فرمایش شیخ اشاره میکنیم. شیخ می‌فرماید که ما علی القول بالاباحه قائل به لزوم نمی‌شویم، زیرا قاعده‌ی سلطنت و اصل بقای ملکیت اقتضای عدم لزوم می‌کند. در این عبارت شیخ دو احتمال وجود دارد که یکی عبارت از این است که مراد شیخ این باشد که اگر ما شک بکنیم که این اباحه در اثر یک عاملی از عوامل تبدیل به ملکیت شده است یا نه، با تمسک به قاعده‌ی سلطنت می‌گوییم که تبدیل به ملکیت نشده است که در این صورت ممکن است کسی بگوید که در این صورتی که شک در تبدیل اباحه به ملکیت داشته باشیم، نمی‌توانیم قاعده‌ی سلطنت را \_ که دلیل اجتهادی است \_ جاری بدانیم، زیرا بنا بر این احتمال مراد از لزوم عبارت از این است که ملکیتی برای طرف مقابل حاصل شود و مراد از عدم اللزوم هم عبارت از این است که ملکیتی برای طرف مقابل حاصل نشده باشد و اگر بخواهیم برای اثبات عدم لزوم به قاعده‌ی سلطنت تمسک کنیم، تمسک به

عام

ص: ۵۲۶

در شبهه ی مصداقی خواهد بود. اما برای اینکه این اشکال وارد نشود، باید عبارت شیخ را اینطور معنی کنیم که ابتداء به وسیله ی استصحاب می گوئیم که همان ملکیتی که قبلاً برای شخص بوده است، الان هم هست و بعد هم با تمسک به قاعده ی سلطنت می گوئیم که شخص مالک می تواند اباحه را بهم بزند و از بین ببرد. پس این احتمال وجود دارد که مراد شیخ در لزوم و عدم لزوم عبارت از این باشد که آیا ملکیت برای طرف مقابل حاصل می شود تا قضیه لازم باشد یا ملکیت حاصل نمی شود، زیرا عقد طرفین راجع به ملکیت بود و وقتی که عقد می کنند این طرف قصد می کند که طرف مقابل مالک شود و آن طرف هم می خواهد که این شخص مالک شود و مراد از لزوم هم همین است که این عقد لازم بشود. پرسش: این اصل هایی که مورد بحث است آیا مربوط به بعد از تحقق ملزومات است، یا اصلی است که بعد از عقد می خواهیم بدانیم لازم است یا نه؟ پاسخ: یک اصل کلی است و در جاهایی که مشکوک است که جزء ملزومات است یا نه از آن استفاده می شود. پس خلاصه بیان شیخ این شد که جمع بین قاعده ی سلطنت و استصحاب اقتضاء می کند که طرف مقابل مالک نشده باشد و مالک اصلی حق بهم زدن اباحه را دارد، پس صغری به وسیله ی استصحاب و کبری هم به وسیله ی قاعده ی سلطنت درست می شود. یک احتمال دیگر در فرمایش شیخ عبارت از این است که ایشان دو فرض را در نظر گرفته و برای هر کدام هم یک چیزی را در نظر

گرفته است. یک مرتبه فرض بر این است که طرف مقابل مالک نشده است و میخواهیم ببینیم که آیا با فرض اینکه هنوز طرف اول مالک باشد، میتواند اباحه را برگرداند یا نه؟ ایشان در این فرض به قاعدهی سلطنت تمسک کرده و میفرماید که چون ملک خودش است، طبق قاعدهی «الناس مسلطون» میتواند اباحه را برگرداند. شرع اباحه را اجازه داده بود و نمیدانیم که آیا این اباحه همیشه هست یا نه که در اینجا با قاعدهی سلطنت حکم به جواز برگرداندن اباحه میشود. یک مرتبه هم فرض بر این نیست که ملک مالک اول باشد، بلکه احتمال میدهیم که ملک مالک دوم شده باشد و در اینجا با وجود این احتمال به وسیلهی استصحاب میگوییم که هنوز ملک مالک اول است و ملک طرف مقابل نشده و قهراً شخص میتواند اباحه را برگرداند. خلاصه اینکه شیخ برای دو فرض دو جواب بیان فرموده است. پس نظر شیخ در قول به اباحه عدم لزوم است، اما آقای خویی در مقابل این نظر میفرماید که این مسئله دو صورت دارد که یک مرتبه فرض بر این است که یقیناً ملک مالک اول است و نمیدانیم که مالک اول میتواند اباحه را برگرداند یا نه؟ که با تمسک به قاعدهی سلطنت حکم میکنیم که شخص میتواند برگرداند و استصحاب جواز تصرف برای طرف مقابل، محکوم به قاعدهی سلطنت است. مرحوم آقای خویی میفرماید که ما در این فرض قبول داریم که قاعدهی سلطنت حاکم بر استصحاب بقای اباحه برای طرف مقابل است، اما فرض دیگر این است که تردید ما در این باشد که آیا در

اثر تحقق ملزومات، ملکیت لازم حاصل شده است یا نه، به این معنی که این عقدی که شارع ابتداءً امضاء نکرده بود، آیا در موقع تلف و امثال آن، آن را امضاء کرده و حکم به لزوم کرده است یا نه؟ ایشان میفرمایند که در اینجا ما به عموم قاعده‌ی سلطنت حکم میکنیم که این عقد آنما قبل از تلف لزوم پیدا کرده است، زیرا اگر دلیل خارج در کار نبود، ما بر اساس «أوفوا بالعقود» و ادله دیگر میگفتیم که از روز اولی که طرفین با هم قرار بستند، ملکیت لازمه حاصل شده است، اما به وسیله‌ی اجماع یا سیره و یا هر دلیل دیگری گفتیم که اینطور نیست، ولی چه مانعی دارد که بگوییم در موقع تلف شدن، اخذ به «أوفوا بالعقود» کرده و بگوییم که طرف مقابل مالک عینی است که در دست اوست و این شخص هم مالک عینی است که در دست اوست و با تمسک به «أوفوا بالعقود» حکم به لزوم کرده و بگوییم که دیگر شخص نمیتواند بهم بزند. البته در اینجا یک تسامحی در بیان ایشان هست که قول به اباحه را به علامه نسبت داده است، در حالی که قول علامه در نهاییه \_ که قول مشهور بین علماء است \_ عبارت از این است که عقد معاطاتی فاسد است و حتی اباحه تصرف هم وجود ندارد. خلاصه اینکه آقای خوبی میفرمایند که در این مسئله علی القول بالاباحه چون این احتمال وجود دارد که اباحه بعداً از بین رفته و تبدیل به ملکیت برای طرف مقابل بشود، با «أوفوا بالعقود» این مطلب احتمالی را تثبیت

میکنیم و قهراً در نتیجه موقعی که تلف واقع بشود، شخص نمیتواند بهم بزند. این فرمایش آقای خوئی همان فرمایش مرحوم آخوند است که قبلاً عرض کردیم که اگر یک شیء یک مدتی از تحت عام خارج شد، در قطعه دوم اگر شک کردیم که باز هم از تحت عام خارج است یا نه، به عام تمسک میکنیم، مثلاً اگر زید در روز شنبه از تحت «أکرم العلماء» خارج شده بود و ما شک داشتیم که روز یکشنبه هم از تحت «أکرم العلماء» خارج است یا نه، با تمسک به این عام میگوییم که زید در روز یکشنبه واجب الاحترام است، و لو زمان واحد باشد و قطعه قطعه ملاحظه نشده باشد. این فرمایش مرحوم آخوند بود و ما هم عرض کردیم که در اینجا تعارض بین اصل اطلاق و اصل عموم است و هیچ کدام تقدم بر دیگری ندارند. و اما اینکه در اینجا ایشان میفرمایند با تمسک به «أوفوا بالعقود» میگوییم که آنما قبل از تلف ملکیت برای شخص حاصل میشود و یک ملکیت غیر مستقر برای او محقق میشود، در مقابل یک ملکیت مستقر که برای طرف مقابل حاصل میشود، عرف چنین چیزی را نمیدارد و این تصور، تصور صحیحی نیست که بگوییم با «أوفوا بالعقود» یک ملکیت غیر مستقر آنما قبل از تلف برای کسی که عین در دست اوست، حاصل میشود و برای طرف مقابل هم ملکیت مستقر حاصل میگردد. در اوائل از کاشف الغطاء مطلبی نقل شده بود که اگر در معاطاه قائل به ملکیت نشویم، فقه جدیدی لازم میآید و یکی از مواردی که لازم میآید و

خیلی غیر متعارف است، این است که تلف عینین منشأ ملکیت طرفین بشود. شیخ در جواب این فرمایش کاشف‌الغطاء بیانی دارد که آقای خوئی هم آن بیان را به شکل دیگری بیان می‌فرماید. شیخ اینطور تعبیر میکند که ما اجماعی داریم که طرفین قبل از تلف، مالک میشوند و آنچه در دستشان تلف میشود، ملک خودشان است. ایشان می‌فرماید که \_ کما هو الظاهر \_ چنین اجماعی وجود دارد. از طرف دیگر هم چون ید مجانی نبوده است و قرارداد معاملی بوده است، قاعده‌ی «علی الید» در این مورد ثابت است و از طرف دیگر هم اباحه بوده است و در این صورت که شک می‌کنیم چقدر قبل از تلف ملکیت حاصل شده است، با استصحاب می‌گوییم که فقط آن‌ما قبل از تلف ملکیت حاصل شده است و در بقیه لحظات اباحه بوده است. تعبیر شیخ اینطور است، اما آقای خوئی که می‌خواهد به همین مطلب اشاره بکند، می‌فرماید که در اینجا عمومات کفایت میکند و احتیاجی به اجماع نداریم. البته در تعبیر آقای خوئی تسامحی واقع شده است که می‌فرماید اجماع بر این است که مثل و قیمت در کار نیست، اما شیخ می‌فرماید که اجماع بر این است که طرفین قبل از تلف مالک میشوند. خلاصه اینکه در نقل این مطلب از شیخ یک تسامحی واقع شده است و علی کل تقدیر بیان شیخ یک بیان دیگری است و نسبت به بیان مرحوم آقای خوئی \_ که از مرحوم آخوند اخذ کرده است \_ راجع به اینکه با عموماتی مانند «أوفوا بالعقود» ملکیت آن‌ما اثبات میشود، اشکال تعارض اطلاق و تقييد وارد میشود،



بخصوص نسبت به این موردی که برای یک طرف ملک مستقر و برای دیگری ملک غیر مستقر ثابت میشود، عرف چنین عمومی را با این مقدار از تفاوت نمیفهمد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## ملزمات معاطاه «تلف» ۹۱/۱۲/۰۸

Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «تلف» در صورتی که شک کنیم بعد از تلف، معاطاه لازم است یا نه، شیخ قائل به تفصیل شده و فرمود که اگر از معاطاه ملکیت حاصل شده باشد، اصل اولی لزوم است و اگر اباحه حاصل بشود، اصل اولی جواز خواهد بود. آقای خوئی فرمودند که هر دو حکم واحد دارند و هیچ فرقی بین این دو نیست. متأسفانه گاهی فرق بین اصطلاحات منشأ این می شود که انسان نداند چگونه بحث بکند. اصطلاح شیخ در لزوم و جواز معاطاه این است که آنچه که مورد امضاء شارع قرار گرفته - که عبارت از ملکیت یا اباحه است - آیا بعد از رجوع مالک اصلی باز هم باقی است یا نه؟ از استدلالات شیخ اینطور استفاده می شود که اصطلاح ایشان این است، اما اصطلاح مرحوم آقای خوئی در لزوم و عدم لزوم معاطاه این است که آن عقدی که طرفین انشاء کرده اند را می شود بهم زد یا نه؟ آیا وقتی طرفین انشاء تملیک کردند، با تلف عین یا تلف عین واحد عقد لازم می شود یا نه؟ مراد آقای خوئی از اصطلاح لزوم، لزوم آن انشائی است که از طرفین واقع شده است، ولی شیخ می فرماید: اگر به هیچ وجه نشود آنچه را که مورد امضاء شارع قرار گرفته است را به بزنیم، لازم است و اگر بشود به هم بخورد، مثل اینکه آنما قبل از تلف

ص: ۵۳۲

اباحه تبدیل به ملکیت شود، این مورد از مصادیق عدم لزوم است. شیخ می فرماید که در اینجا مورد امضای شارع منقلب شده و ادامه پیدا نکرده است. این اصطلاحات یک قدری مخلوط به هم شده و مطلب شلوغ شده است و لذا شیخ برای اثبات لزوم در صورتی که قائل به اباحه بشویم و عین تلف شده باشند، می فرماید که وقتی تلف از ملک مالک اول واقع شد، قهراً اباحه به شیء دیگری تبدیل نشده است و عین ملک مالک اول است و تا آخر هم ملک مالک اول می باشد. شیخ با بیان این مقدمه می خواهد بگوید که این عقد لازم است و کأن اگر ملک شخص دوم از بین رفته بود، دیگر چنین لزومی وجود نداشت. این تعبیری که شیخ می فرماید، درست در مقابل اصطلاح آقای خوئی قرار دارد و در خیلی جاها این اختلاف اصطلاحات اسباب زحمت شده است. بعضی از سابقین اصلاً منکر اشتراک شده و می گویند که اشتراک خیلی تالی فاسد دارد و بنابراین اشتراکی نباید اشتراکی وجود داشته باشد. علی ای تقدیر شیخ در اینجا می فرماید که اگر از ادله چیزی استفاده نشد و انسان شک کرد که آیا لزوم هست یا نه و آیا شخص می تواند ملکیت یا اباحه را بهم بزند یا نه، در این صورت باید تفصیل قائل شد و بنا بر ملکیت اصل اولی لزوم و بنا بر اباحه اصل اولی جواز است. یک بحث دیگر هم این است که بینیم کدامیک از موارد مشمول جریان این اصل می شود و در کدامیک این اصل جاری نمی شود. شیخ وارد صغریات مسئله ی کلی شده و می فرماید که اگر

ص: ۵۳۳

هر دو عین تلف شده باشند، چه قائل به اباحه باشیم و چه قائل به ملکیت، آنچه که شارع امضاء کرده است، همانطور باقی می ماند. ایشان در اینجا بیانی دارند که ما بیان ایشان را نمی فهمیم. کلام شیخ در این بحث راجع به اینکه قاعده ی علی الید شامل می شود یا نه، متناقض با فرمایشی است که ایشان در جواب کاشف الغطاء فرمودند که اگر ما قائل به ملکیت نشویم، فقه جدید لازم می آید. شیخ در اینجا - که بحث از ملزومات معاطاه است - می فرماید که علی الید شامل نمی شود، اما در آنجا فرمود که این چیزی که به دست انسان آمده است، مشمول علی الید می شود. آقای خوئی هم کلام شیخ یا مختار خودشان را به گونه ای بیان می کند که قابل فهم برای ما نیست. ایشان می فرماید که قاعده ی علی الید حکم می کند که اگر ملک دیگری در دست انسان باشد، ضامن است و در صورت تلف باید خسارتش را بدهد که گاهی دادن خسارت به مثل است، گاهی به قیمت و گاهی هم به انتقال ملکی که با طرف مقابل معاوضه کرده و هنوز در ملک مالک اصلی است. پس اصل اولی این است که اگر ملک دیگری در دست انسان تلف شد، شخص ضامن است، منتهی دو صورت از این اصل کلی به دلیل سیره و ادله ی مسلم خارج شده است، یکی عبارت از این است که مالک تسلیط مجانی کرده باشد و در صورتی که مثلاً دزد این شیء را ببرد، دیگر شخص ضامن نیست که مثل یا قمتش را بدهد. این صورت در مسئله ی مورد بحث ما نیست، زیرا در اینجا معاوضه واقع

شده است و تسلط مجانی در کار نیست، بلکه انشاء تبادل ملکی محقق شده است. صورت دیگر که از تحت کلی خارج شده است، عبارت از این است که شیء امانت در نزد شخص باشد به صورت امانت شرعی یا امانت مالکی از ناحیه ی مالک. (به این قسمت اشاره نشده است که شاید عدم اشاره بخاطر وضوح مطلب باشد) ایشان می فرماید که در مسئله ی مورد بحث ما این صورت هم نیست، زیرا نه امانت مالکی است و نه شرعی، در حالی که هم امانت مالکی است و هم شرعی، زیرا مراد از امانت این نیست که یک کسی چیزی را بخواهد نگه دارد، امانت به این معنی است که شخص از جانب شرع یا مالک مجاز بوده است و حیات آن شیء برایش اشکالی نداشته است، مثل اینکه گفته می شود اگر عین اجاره در دست مستأجر تلف بشود، یا دزدی آن را ببرد و یا غاصبی آن را غصب بکند، مستأجر ضامن نیست، چون ید او ید امینه است و خود مالک عین را در اختیار او گذاشته است و شارع هم اجازه داده است و این اخذ، اخذ امانی است و در این موارد می گویند که شخص ضامن نیست. در باب معاطاه هم بلاشکال هر یک از طرفین نسبت به اینکه عین در دست دیگری باشد، راضی هستند و فرض مسئله هم این است که شرع اجازه داده است و می گوید که اخذ شما اخذ عدوانی نیست، غصب نیست و در نتیجه این ید، ید امینه است و چطور ما بگوییم که ید در اینجا ید ضمانی است. آقای خوئی ضمان را اثبات می کنند و

هیچ دلیلی هم ذکر نمی کنند و فقط اکتفاء به بیان این مطلب می کنند که علت عدم ضمان دو چیز است، یکی تسلیط مجانی است و دیگری هم ید امانی که هیچکدام در این مسئله وجود ندارد. خلاصه اینکه طبق قاعده ای که هست و شاید هم جزء مسلمات باشد، امین ضامن نیست و نباید مشمول علی الید و امثال آن قرار بدهیم، اما شیخ در اینجا که بحث ملزومات معاطاه است - می فرماید که ید شخص، ید امینه است، ولی در جواب از فرمایش کاشف الغطاء می گوید که ید، ید ضمانی است. مطلب دیگر این است که بین تعبیری که شیخ در جواب کاشف الغطاء بیان کرده و تعبیری که آقای خوئی از شیخ نقل کرده است، یک نحوه تسامحی در نقل شده است. شیخ در جواب کاشف الغطاء می فرماید که ما در ایجا قاعده ی ید را داریم که با اخذ به آن می گوئیم که شخص مالک است، زیرا این شیء ملک دیگری است و شخص اخذ کرده که طبق قاعده ضمان است و ما دو گونه ضمان داریم، یک ضمان، ضمان مثل و قیمت است که طبعاً در ضمانات حقیقی شخص ضامن مثل و قیمت است، یک ضمان هم ضمان جعلی است که انسان در مقابل یک چیزی که از کیسه ی طرف خارج می شود، یک چیزی را جایگزین می کند که بدل جعلی آن شیء است. اگر دلیلی نداشتیم که در صورت تلف باید انسان بدش را بدهد، باید همان مثل و قیمت را بدهد که بدل واقعی است، اما اگر دلیلی بر خلافش بود، همان بدل جعلی که خودشان قرار داده اند، منتقل می شود. شیخ با قاعده ی علی الید می گوید که ضمان

وجود دارد و چون اجماع قائم بر این است که قبل از تلف، طرفین مالک عوضین می شوند، بنابراین همین بدل جعلی ملک طرف می شود، نه مثل و قیمت. منتهی بحث در این است که طرفین کی مالک می شوند؟ شیخ می فرماید که استصحاب اقتضاء می کند که تا یک آنما قبل از تلف، ملک مالکهای اصلی باقی مانده باشد و بعد هم بدل جعلی قرار می گیرد. شیخ می فرماید که از اول اجماع نسبت به بدل جعلی وجود دارد، ولی آقای خوئی در نقل بیان ایشان می گوید که نظر شیخ این است که اجماع داریم بر اینکه مثل و قیمت نیست و از طرفی هم علی الید می گوید که شخص ضامن است که این قاعده به ضمیمه ی اجماع بر نبودن مثل و قیمت، منتهی به بدل جعلی می شود. خلاصه اینکه در نقل ایشان یک نحوه تسامحی وجود دارد. اما آنچه به حسب قاعده به نظر ما می رسد این است که در اینجا ید، ید امینه است و ضمان مثل و قیمت و امثال آن وجود ندارد. اگر ما دلیلی نداشته باشیم، طبق قاعده در صورت تلف نه مثل و نه قیمت هیچکدام ثابت نیست. آن معنایی را هم که آقای خوئی قائلند مبنی بر اینکه از عمومات بدل جعلی اثبات می شود، ما عرض کردیم که عمومات برای اثبات بدل جعلی کفایت نمی کند. پرسش: آنما ملک می شود یا نمی شود؟ پاسخ: نه نمی شود. آقای خوئی می خواهد با عمومات این مطلب را اثبات بکند، ولی ما می گوئیم که اینطور نیست و اجماعی را هم که شیخ قبلاً گفته است، در این بحث خلاف آن را می فرماید و این مسئله از مسائلی نیست

که در کتب قدیمی معنون باشد تا اینکه ما بخواهیم ادعای اجماع بکنیم. از طرف دیگر ما خوب نمی توانیم چنین چیزی را تصور بکنیم که برای شخص آن‌ما ملکیتی حاصل شده باشد. از آقای بیگدلی هم شنیدم که آقای حائری هم منکر ملکیت آن‌ما بوده است و می فرموده که عرف مساعد بر این مطلب نیست که سلطه و ملکیت شخص مساوی با خروج از ملکیت و سلطه اش باشد و یک چنین چیزی عقلایی نیست و برای اینکه یک عامی را تخصیص نزنند، ملتزم به یک چنین امر غیر متعارفی شده اند، در حالی که این موارد از امور عقلیه نیست تا قابل تخصیص نباشد و انسان می تواند تخصیص بزند. ایشان می گفتند که من مرحوم حائری را بعد از وفاتشان در خواب دیدم و در خواب گفتند که الان هم همان عقیده را دارم. پس بنابراین ملکیت آن‌ما عرفی نیست. خلاصه اینکه تمام فروضی را که مرحوم خوئی بحث می کنند، مبتنی بر همان فرمایش مرحوم آخوند است که اگر یک مقداری از ضمان در قسمت اول مشمول حکم عام نشد، در قسمت بعدی به عام تمسک می کنیم. آقای خوئی هم به همین مطلب قائل شده است و ما هم عرض کردیم که اینجا تعارض بین اصاله الاطلاق و اصاله العموم است و اگر هم بخواهیم به اصاله العموم اخذ بکنیم - که به نظر ما درست نیست - نباید به نحوی باشد که یکی از طرفین ملک غیر مستقر باشد و یکی ملک مستقر مثل ما نحن فیه. آنچه که قرارداد فیما بین به نحو وحدت مطلوب است، عبارت از این است که اگر مستقر است، هر دو مستقر باشد و اگر

هم ملکیت آن‌ما باشد، هر دو اینطور باشد، نه اینکه بگوییم یکی ملکیت مستقر و دیگری ملکیت غیر مستقر باشد. پرسش: در مورد اینکه علی الید ضمان جعلی را نمی‌گیرد، آیا می‌شود به کلمه حتی تودی تمسک بکنیم؟ پاسخ: اداء یک مرتبه در درجه ی اول عبارت از عین است، یک مرتبه مثل و قیمت است و یک مرتبه هم چیز دیگر و اگر مرتبه ی اول نشد، به مرتبه ی بعدی منتقل می‌شود. البته اگر ما معنای حقیقی اداء را در نظر بگیریم، ضمان بدل را شامل نمی‌شود و اداء به این معنی است که انسان در برابر چیزی که اخذ می‌کند، مسئول است و باید حفظش کند و اگر آن شیء تلف شد، یک بحث دیگری است. پس معنای حقیقی اداء ناظر به حفظ خود عین است و موارد دیگر مانند مثل و قیمت و بدل جعلی معنای مجازی است که اگر دلیلی داشتیم که ائمه اداء را بر این معنای منطبق کرده باشند، می‌توانیم بگوییم که این معنای اراده شده است والا معنای حقیقی اش همان مسئول بودن راجع به خود عین است و انسان باید خود عین را اداء بکند. یک تسامح دیگری که در فرمایش آقای خوئی وجود دارد این است که در تعبیر شیخ وارد شده است که در جایی که احدالعینین تلف شده باشد، نسبت به عین موجود بعض المشایخ به قاعده ی سلطنت قائل به این شده اند که ملک خودش است و می‌تواند فسخ بکند. مرحوم آقای خوئی بعض المشایخ را حمل بر صاحب جواهر کرده است، در حالی که شیخ از صاحب جواهر تعبیر به بعض المعاصرین می‌کند و در خود بحث معاطاه

هم اینطور تعبیر کرده است. یک تسامح دیگری که در تعبیر آقای خوئی وجود دارد این است که شیخ می فرماید یکی از بحثهایی که شده است، این است که آیا استصحاب فی نفسه جاری است، یا جاری نیست و مراد از فی نفسه این است که قطع نظر از وجود معارض بینیم که آیا ارکان استصحاب تمام است یا نه؟ اگر تمام نبود، می گوئیم که استصحاب فی نفسه جاری نیست، ولی آقای خوئی در بیان اینکه فی حدّ نفسه استصحاب جاری نیست، به «أوفوا بالعقود» تمسک کرده و می گوید که طبق این دلیل عقد لازم است و بنابراین حق ندارید که برگردانید. ایشان از حکومت دلیل یا اماره یا اصل بر استصحاب اینطور تعبیر می کند که فی حدّ نفسه استصحاب جاری نیست و این تسامح است و نباید اینطور تعبیر بشود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### ملزمات معاطاه «بررسی کلمات شیخ(ره) در تلف» ۹۱/۱۲/۰۹

Your browser does not support the audio tag

ملزمات معاطاه «بررسی کلمات شیخ(ره) در تلف» کلمات شیخ خیلی ظاهر التناقض است و شاید خداوند می خواهد که انسان بداند که بشر همیشه در اشتباه است و بجز چند نفر معصوم، بقیه در خطا و اشتباه هستند و گاهی خیلی اشتباهات واضحی از آنها سر می زند. خلاصه اینکه در جایی که اخذ معاطاتی شده و عین تلف شده باشد، آیا قاعده ی علی الید شامل این مسئله می شود یا نه، فرمایش شیخ در اینجا مختلف است و در اول بحث می فرماید که بنابر قول به اباحه، معاطاه لازم است و نمی شود آن را به هم زد و قاعده ی علی الید هم در اینجا جاری نمی شود تا اثبات ضمان بکنند، اما در بحث های بعدی اثبات ضمان کرده و

ص: ۵۴۰

می فرماید ضمان بین ضمان مثل و قیمت قطعی است. قبلاً هم در جواب کاشف الغطاء می فرمود که قاعده ی علی الید شامل این مسئله هم می شود. یک نحوه تناقضی در کلمات ایشان هست و جمع بین این کلمات خیلی مشکل است. از کلماتی که در بحث «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» بعداً می آید، استفاده می شود که وقتی ید معاوضی باشد و لو اینکه فاسد باشد و امضاء نشده باشد، این ید، ید ضمان است و لذا شیخ به ادله ی علی الید برای اثبات ضمان در عقود فاسده تمسک می کند و لو اینکه شارع مقصود طرفین را امضاء نکرده باشد و آنچه که از تحت علی الید خارج شده است، ید مجانی است، اما ید ضمانی از تحت علی الید خارج نشده است و لو اینکه ید، ید امینه باشد. خلاصه اینکه بحث ایشان در باب معاطاه مضطرب است، گاهی حکم به ضمانی بودن می کند و گاهی هم چنین حکمی نمی کند. به نظر ما اگر قاعده ی علی الید مؤید به بنای عقلاء یا اجماع و امثال آن نباشد، به تنهایی نمی تواند شامل این مورد بشود و نمی توانیم با آن معامله ی یک حدیث ثابت مسلم بکنیم. آنچه که ما از نظر بنای عقلاء می فهمیم این است که اگر در جایی اباحه ی معوضه ی مالکی بود و هر یک از طرفین اجازه ی تصرف در ملک خود را به طرف مقابل داشته باشد و هر دو عین یا یکی از دو عین تلف بشود، ضمانی در کار نیست و می توانند به هم بزنند. پس بنابراین ما نمی توانیم به وسیله ی علی الید و امثال آن ضمان را در اینجا اثبات بکنیم و آنچه که ثابت است، این





است که اگر ید مجانی باشد، در این صورت یقیناً ضامن ثابت است. در اینجا کلمات خیلی مشوش است و مطلب دیگری که ما نمی فهمیم فرمایش آقای خویی است که از قاعده ی علی الید دو امر را استثناء کرده است، یکی عبارت از تسلیط مجانی است که اگر شخص چیزی را به دیگری تسلیط مجانی کرد و مال در دست شخص بدون تعدی و تفریط تلف شد، در این صورت ضامن نیست، و اما صورت دومی که استثناء شده است، عبارت از این است که ید امانی باشد که در آنجا هم قاعده ی علی الید جاری نیست. آقای خویی بعد از بیان این مطلب نتیجه گیری می فرمایند که در ما نحن فیه در باب معاطاه تسلیط مجانی که نیست تا از این ناحیه از قاعده ی علی الید استثناء باشد، از طرف دیگر ید امانی \_ به معنای امانت اصطلاحی \_ هم نیست که از تحت قاعده ی علی الید خارج باشد. ایشان این مطلب را به وضوحش واگذار کرده و بیشتر از این توضیح نداده اند که مراد از معاوضه ی امانی در اینجا چیست. پرسش: ... پاسخ: به نظر ما آن چیزی که بنای عقلاء هم تقریباً آن را تأیید می کند این است که قاعده ی علی الید در مواردی است که ید امانی نباشد به این معنی که شخص بی اجازه بخواهد عین را در اختیار داشته باشد و عین در دست او تلف بشود و لو تعدی و تفریط هم در کار نباشد. از یکی از آقایان معروف شنیدم که می گفت در همه جا ما علی الید را جاری نمی کنیم، اما در برخی از موارد مثل اینکه احتمال این را بدهم که اگر عین

در دست مالک اصلی باشد، محفوظ است، در چنین موردی اگر دزد آمد و این عین را برد، من ضامن هستم، اما در جایی که هیچ فرقی نمی کند که عین در دست مالک اصلی باشد یا در دست من و در هر دو صورت تلف می شد، مثل اینکه زلزله ای واقع بشود، در چنین موردی علی الید جاری نیست و ضمانتی وجود ندارد. خلاصه به نظر ما قاعده ی علی الید در این مسئله جاری نیست و سنداً هم از طریق امامیه سند معتبری برای آن وجود ندارد و حتماً باید مؤید به جهات دیگر بشود تا معتبر باشد. پرسش: ... پاسخ: در ما نحن فیه که شخص مجاز بوده است و مالک خودش اجازه داده است و شخص خیانتی هم در گرفتن عین نکرده است، بعید است سیره ی متصلی به زمان معصوم بر اثبات ضمان وجود داشته باشد، آن هم بر چنین مواردی که خلاف ارتکازات طبیعی است. شیخ فرمایش دیگری دارد که ما صدر و ذیلش را خوب نمی فهمیم، ایشان اول راجع به تلف عینین بحث کرده و می فرمایند که بلاشکال واضح است که بنا بر قول به اباحه نمی شود شخص اباحه را بعد از تلف عینین بهم بزند و ضمانتی هم در کار نیست، پس بنابراین آنچه در دست هر کدام بوده، مال مالک اصلی بوده که در دست طرف مقابل تلف شده است و ضمانتی هم در کار نیست، ولی راجع به موردی که یک عین تلف شده و عین دیگر باقی باشد، بحث کرده و در آخر این قول را با تمسک به «الناس مسلطون» اختیار می فرماید که ضمان مثل و قیمت وجود دارد

و این شخصی که عین در دست او تلف شده است، باید مثل یا قیمت آن را بدهد. شیخ می گوید که اگر هر دو تلف شده باشند، بلاشکال نمی شود این اباحه را به هم زد و ضمان مثل و قیمت هم ثابت نیست و آنچه تلف شده است، از کیسه ی هر دو رفته است و طرفین هیچ تکلیفی نسبت به آنچه تلف شده است، ندارند. البته این فرضی که شیخ فرموده است، یک فرض بسیار بسیار نادری است، زیرا ایشان فرض کرده است که در آن واحد هر دو از بین رفته باشد و این فرض یک قدری بعید است. مطلب دیگر هم این است که اگر چنین چیزی واقع شد، آیا حکمش باید همین باشد یا نه؟ متعارف مواردی که هر دو عین تلف می شود، در واحد نیست و یکی جلوتر تلف شده و دیگری بعد از آن تلف می شود. باید بینیم که اگر یکی از دو عین در دست من تلف شد و طبق فرمایش شیخ ضمان مثل یا قیمت بر عهده ی من آمد و عین دیگر بعد از مدتی در دست طرف مقابل تلف شد و او هم نسبت به مثل و قیمت آن ضمان پیدا کرد، آیا هر دو ساقط می شوند یا نه؟ وقتی عینی که ملک طرف مقابل است، در دست من تلف شد و من نسبت به مثل یا قیمت بدهکار شدم و عینی هم که ملک من است در دست او تلف شد و او هم نسبت به مثل یا قیمت بدهکار من شد، آیا این ضمان مثل و قیمت از بین می رود؟ شیخ می فرماید که اگر

هر

دو با هم از بین رفتند، بلاشکال هیچ کدام بدهکار یکدیگر نیستند. از «الناس مسلطون» هم استفاده می شود که باید عندالتلف سلطه وجود داشته باشد. خلاصه اینکه در اینجا جهاتی وجود دارد که ما نمی فهمیم چطور است. پرسش: ... شیخ می گوید که ما اجماع داریم. پاسخ: اجماع بر امر کلی است و در باب تلف اشاره ندارد که در تلف عین واحد است یا در تلف عینین، بلکه می فرماید که اجماع علی الظاهر بر این است که به بدل جعلی تبدیل می شود و در آخر همین بحث هم ایشان مثل و قیمت را اختیار کرده و می فرماید که «الناس مسلطون» مثل و قیمت را اثبات می کند. پرسش: ... پاسخ: ایشان می فرماید که تلف باید مملک باشد، چون علی الظاهر اجماع در صورت تلف بر این است که به بدل جعلی تبدیل می شود، منتهی با استصحاب می فرماید که این تبدیل دیر حاصل می شود. ایشان اشاره به بحث عینین ندارد و تعبیرشان در اصل تلف است. البته اگر چنین اجماعی هم باشد، باید ببینیم که آیا این اجماع در امری که خیلی نادر است، اعتبار دارد یا نه؟ خلاصه اینکه ما اول و آخر فرمایش ایشان را نمی فهمیم و آنچه که عرض می کنیم این است که یدی که با اجازه ی طرف بوده و خیانتی هم واقع نشده است، دلیلی بر ضمان وجود ندارد، زیرا تنها چیزی که می تواند در اینجا ضمان را ثابت بکند، قاعده ی علی الید است و علی الید هم چنین ظهوری ندارد که این موارد را اثبات بکند و ما باید بگوییم که اگر عین در دست یکی از اینها تلف شد، شخص ضامن نه به مثل و

قیمت ضامن است و نه به بدل جعلی که ملکیت تبدیل برای طرف مقابل بشود. این مطلبی هم که از کلمات مرحوم آخوند استفاده می شود و آقای خوئی هم خیلی تعقیب می کنند، تمام نیست. ایشان می فرمایند که ما با «أوفوا بالعقود» یک ملکیت آنما را اثبات می کنیم و می گوئیم که طرفین آنما قبل از تلف ملک، مالک دیگری شده اند. این مطلب هم تمام نیست، زیرا به نظر می رسد که اگر اباحه حاصل شده باشد، تا آخر اباحه است و اگر کسی بخواهد بعد از تلف بگوید که من این اباحه را ازاله کردم، دلیلی بر اینکه شخص چنین قدرتی داشته باشد و این اباحه را ازاله کرده و بعد هم تبدیل به مثل و قیمت بشود، وجود ندارد و ما با استصحاب می گوئیم که شخص چنین حقی ندارد که اباحه را از بین ببرد. پرسش: ... پاسخ: ما می گوئیم که ضامن نمی شود، ولی مرحوم آقای خوئی می فرمایند که ما با تمسک به «أوفوا بالعقود» حکم می کنیم که شخص یک آن قبل از تلف مالک شده است و بعد از تلف هم ملک خودش در دست دیگری ملک مستقر است. ایشان قائل به این مطلب است، اما قائل به این نیستیم. پرسش: بعد از تلف عقد از بین می رود. پاسخ: ما هم می گوئیم که از بین می رود. پرسش: شما می فرمایید که اباحه باقی است. پاسخ: من می گویم تا آخر اباحه باقی است، یعنی تا وقت تلف شدن ما می گوئیم که اباحه باقی بوده است و قهراً بحث در این است که آیا بعد از تلف آن قراری که در عالم اعتبار بسته شده است، لاقرار است تا

در نتیجه مالی که در دست طرفین است، بدون قرار باشد و در صورت تلف ضمان مثل و قیمت ثابت بشود؟ ما دلیلی بر این مطلب نداریم که شخص چنین حقی داشته باشد که این اباحه را کالعدم بکند و در نتیجه ضمان مثل و قیمت ثابت بشود و به نظر می رسد که بنابر قول به اباحه هیچ کدام بدهکار یکدیگر نیستند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## مباحث مرحوم ایروانی در تنبیهات معاطاه ۹۱/۱۲/۱۲

.Your browser does not support the audio tag

مباحث مرحوم ایروانی در تنبیهات معاطاه مرحوم ایروانی در تنبیهات معاطاه مباحثی دارند که خوب است ما در اطراف آن صحبت بکنیم. شیخ در جایی که انسان شک بکند که آیا بعد از تلف معاطاه لازم است یا جایز، قائل به تفصیل شده و فرمودند که بنا بر ملکیت لزوم و بنا بر اباحه جواز است. مرحوم ایروانی بر این مطلب اشکال کرده و میفرماید که مقتضای اصل و قاعده در هر دو لزوم است و فرقی بین این دو وجود ندارد، زیرا فرض مسئله بنا بر اباحه این نیست که طرفین قصد اباحه کرده باشند و عقد به نیت اباحه واقع شده باشد و طرف مقابل هم قبول کرده باشد، بلکه فرض مسئله این است که طرفین قصد ملکیت کرده‌اند، اما شارع مقدس قصد آنها را امضاء نکرده است و قهراً اباحه در اینجا مانند جایی که از اول مقصود طرفین اباحه باشد و اباحه مالکی محقق شده باشد، نیست. در اینجا مقصود طرفین ملکیت است، اما شارع آن را امضاء نکرده است و لذا اینجا مانند عقود فاسده میشود که آقایان در عقد فاسد میگویند که طرفین حق تصرف ندارند، منتهی شارع

ص: ۵۴۷

مقدس بین معاطاه و عقود فاسده فرق گذاشته و در عین حالی که طرفین رضایت و قطع به ملکیت دارند و به اباحه راضی نیست، اما شارع که مالک الملوک است، قائل به اباحه شده است و بر خلاف رضایت طرفین اباحه شرعی واقع میشود و این تعبد شرعی را نباید به جای اباحه مالکی در نظر بگیریم که طرفین از روی رضایت اجازه تصرف داده‌اند و حال میخواهند که از این رضایتشان رفع ید بکنند. در اباحه مالکی جواز تصرف دائر مدار بقای رضایت است هم حدوداً و هم بقاءً و اگر شخص از رضایتش رفع ید بکند، جواز تصرف هم میرود، ولی در اینجا که شارع بر خلاف نظر طرفین تعبداً تصرف را مباح دانسته است، قاعده‌ی سلطنت اقتضاء نمیکند که شخصی که مسلط بر مالش است، چنین حقی داشته باشد که اباحه را کنار بگذارد، اما چون قبل از تلف اجماع قائم بر جواز بوده و ما اکنون نمیدانیم که آیا بعد از تلف هم جواز باقی است یا نه و از طرف دیگر هم قاعده‌ی سلطنت شامل این مورد نمیشود، پس فقط تنها چیزی که باقی میماند، استصحاب است که بر اساس آن باید بگوییم که شخص قبلاً مجاز بوده و حال که شک داریم که آیا این اجازه باقی است یا نه، باید بگوییم که اجازه باقی است. در فتاوی قدما و سابقین که قائل به اباحه بوده‌اند، این مطلب هست که مسلماً تراذ جایز است و شخص میتواند شیء را دوباره به ملک خودش برگرداند و این با اباحه شرعیهای که شارع جعل کرده است هم منافاتی ندارد و شخص

ص: ۵۴۸

میتواند شیء را ردّ به ملک خودش بکند، اما اباحه باقی باشد، مثل اینکه مالک بخواهد عینی را که اجاره داده است را بفروشد، منتهی به صورت مسلوب‌المنفعه به خریدار منتقل میشود و مالک منفعت بودن، مبطل مالک عین بودن نیست و اگر شخص عین را به دیگری بفروشد، مالکیت منفعت برای مستأجر باقی است و هیچکدام مانع دیگری نیست. ما به وسیلهی ادله میگوییم که شخص میتواند عین معاطاتی را به دیگری بفروشد و قاعدهی سلطنت هم اقتضاء میکند که شخص بتواند این کار را بکند در عین حالی که اباحه شرعی هم برای طرف باقی باشد. پس خلاصهی فرمایش ایشان این است که ما نمیتوانیم با قاعدهی سلطنت این مطلب را ثابت بکنیم که شخص میتواند اباحهی شرعی را از بین ببرد. در فرمایش ایشان بعضی ملاحظات وجود دارد، اول اینکه ایشان میفرماید که قاعدهی سلطنت نمیتواند احکام را تغییر بدهد، اما عرض ما این است که اگر یک شیء حرام ذاتی باشد، مانند خوردن غیر مأکول‌اللحم یا انجام فجور نسبت به عبد، در این موارد که شیء ذاتاً حرام است، قاعدهی سلطنت نمیتواند این نوع احکام را تغییر بدهد، اما اگر یک امری مباح باشد، قاعدهی سلطنت میتواند آن را حرام بکند، مثلاً اگر تصرف در یک زمینی برای همه مباح باشد، اگر یک کسی آن را حیازت بکند، مالک میشود و طبق قاعدهی سلطنت، اشخاص دیگر بدون اجازه نمیتوانند در آن تصرف بکنند. خاصیت قاعدهی سلطنت عبارت از این است که جلوی اباحه را میگیرد، زیرا نوعاً اباحهها «لا عن اقتضاء» هستند و بعد که شخص میآید، عن اقتضاء حکمی میآید



و جلوی اباحه گرفته میشود و معمولاً با قاعده‌ی سلطنت جلوی اباحه گرفته میشود. در این مسئله هم شخص مالک عین بوده است و شارع بر خلاف رضایت او و بر خلاف قاعده‌ی سلطنت به دیگری اجازه داده است که تا مالک رجوع نکرده است، او بتواند تصرف در این عین بکند، اما نسبت به بعد از رجوع، اجماع و امثال آن ساکت است و ما میتوانیم به قاعده‌ی سلطنت تمسک کرده و بگوییم که این عین، مال مالک است و او هم اجازه نمیدهد و شرع هم نفرموده است که اگر تو اجازه ندهی، من اجازه میدهم، پس در نتیجه میتوانیم به قاعده‌ی سلطنت تمسک بکنیم و خلاصه اینکه این تقریب ایشان محل اشکال است. یک مطلبی دیگری هم در فرمایش ایشان وجود دارد که مبنایی است و آن این است که استصحاب در صورتی در اینجا جاری است که ما استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم والا اگر مثل آقای خویی قائل به عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیه باشیم \_ کما اینکه نظر ما هم همین است و لو به اختلاف تقریب در شبهات حکمیه \_ دیگر نمیتوانیم استصحاب جواز را جاری بکنیم. البته اگر شک در رجوع یا عدم رجوع باشد، شبهه موضوعیه خواهد بود. پس ایشان میگویند که قاعده‌ی سلطنت نمیتواند احکام را تغییر بدهد، اما این قاعده میتواند تغییر بدهد و اشکال بهتر این بود که بگوید طبق قاعده‌ی سلطنت تصرف در ملک دیگری تا مادامی که ملک اوست، جایز نیست و این اطلاق یا عموم مفرد از زمان ملاحظه نشده است و تصرف در ملک دیگری در

هیچ زمانی جایز نیست، ولی چون زمان تقطیع نشده است تا هر فردی از زمان یک مصداق برای عام باشد، بر اساس مبنای شیخ و خود آقای ایروانی نمیشود به عام تمسک کرد. بر خلاف مرحوم مرحوم آخوند و آقای خویی که میفرمایند اگر زمان تقطیع هم نشده باشد، ولی در خروج در قسمت اول زمان واقع شده باشد، میتوانیم به عام تمسک بکنیم. پرسش: در صورتی که یک کسی مالی را غصب کند، اگر غصبش بیشتر بشود، معصیت بیشتری نمی کند؟ غصب مال هر مقدار زماناً بیشتر بشود معصیت بیشتر عقلاً نمی کند؟ پاسخ: در این باره مفصل بحث شده است و این غیر از این است که ملاحظه‌ی انشائی شده باشد و آن اثر برای نفس انسان است. مرحوم آقا شیخ محمد حسین همین مطلب را بحث کرده است و می گوید که لُبَّ انحلال است، ولی انشاء انحلال نیست و این اطلاق و امثال اینها دائر مدار نفس انشاء است. پس خلاصه اینکه ایشان می فرمایند که چه قائل به اباحه بشویم و چه قائل به ملکیت بشویم، اصل اولی این است که شخص نتواند این اباحه را از بین ببرد. مطلب دیگر اینکه شیخ در اینجا میفرماید که «لو سلم جریانها»، اگر استصحاب اباحه را جاری بدانیم، ولی قاعده‌ی سلطنت بر استصحاب اباحه حکومت پیدا میکند. ما هم عرض کردیم که اگر قاعده‌ی سلطنت و ادله‌ی عمومات را اماره بدانیم، حکومت اماره بر اصل خواهد بود و اگر هم اینها را اصل بدانیم، حکومت بعضی از اصول بر بعضی دیگر خواهد بود، مثل اینکه قاعده‌ی فراغ و تجاوز بر استصحاب حکومت دارد. در اینجا هم

که ایشان میفرماید «لو سلم»، ظاهرش عبارت از این است که خود ایشان هم جریان استصحاب را قبول ندارد و تردید در این مطلب دارد و «لو» در مقام امتناع است به این معنی که «لانسلم». این مطلب بر اساس مبنای شیخ است که در شک در مقتضی قائل به عدم جریان استصحاب است. در اینجا هم قبل از رجوع مالک اجماع قائم بر این است که اباحه برای شخص تعبداً ثابت است و اقتضای ثبوت وجود دارد و بعد از رجوع نه فعلیت ثبوت را میتوانیم استفاده بکنیم و نه اقتضای ثبوت را، زیرا اجماع یک مورد خاصی است و غیر آن مورد خاص را \_ که عبارت از جایی است که شخص رضایت ندارد \_ شامل نمیشود و خلاصه اینکه شک در اینجا شک در وجود مقتضی است و با شک در مقتضی استصحاب جاری نیست و لذا تعبیر به «لوسلم» شده است. ولی ایشان یک وجه دیگری برای «لوسلم» ذکر کرده است که شارع در جایی اباحه را جعل کرده است که تملیک قصد شده باشد و انشاء تملیک شده باشد، ولی اگر این تملیک با فسخالعقد یا تراذ از بین رفت، مثل اینکه شخص رجوع کرد و خواست که عین را پیش خودش بیاورد، دیگر موضوعی برای اباحه باقی نمیماند و خلاصه اینکه این احتمال وجود دارد که موضوع اباحه حدوداً و بقاء عبارت از تملیک انشائی باشد و وقتی که تملیک انشائی از بین رفت، موضوع هم از بین رفته است و دیگر جایی برای استصحاب نخواهد بود و شاید هم «فتأمل» اشاره به همین باشد. البته این مطلب بسیار

ضعیف است که انسان بگوید در اینجا موضوع از بین رفته است، زیرا اگر اینطور باشد، در تمام استصحاب های حکمی میتوانیم بگوییم که موضوع از بین رفته است، زیرا یک خصوصیتی وجود دارد که به وسیلهی آن خصوصیات یک حکمی ثابت میشود و در ثانی اگر اینطور باشد، در صورتی که انسان شک بکند که آیا باز هم حکم ثابت است یا نه، در همه جا باید بگوییم که شک در موضوع است. آقای داماد میفرمود که میزان در وحدت موضوع عرف است، مثلاً اگر شرع در زمان ثانی حکم را ثابت کرد، در اینکه آیا این حکم شارع احداث الحکم است، یا ابقاء حکم سابق، میزان عرف متعارف است کما اینکه اگر تغییر در آب نجس زایل شد، ولی نمیدانیم که آب پاک شده است یا نه، اگر شارع بگوید که الان هم نجس است، عرف میگوید که معلوم میشود که قذارت زایل نشده است و همان قذارت باقی است و شخصاً الحکم را ابقاء میکند نه اینکه حکم دیگری را احداث بکند. یک فرد جدیدی از نجاست حادث نشده است. عرف متعارف اینطور میفهمد. در چنین مواردی با اینکه عنوان زایل شده است، بقای نجاست را استصحاب میکنیم و موضوع همان شیء است. در ما نحن فیه هم اگر شارع مقدس حکم به اباحه کرده باشد و بخواهیم بعد از رجوع هم این حکم را استصحاب بکنیم، عرف این مورد را احداث یک حکم جدید نمیداند، بلکه ابقاء همان حکم سابق است. پس بنابراین مقصود شیخ از تعبیر به «لوسلم» همان معنایی است که گفته شد که ایشان استصحاب را در شک در مقتضی

جاری نمیدانند. بحث دیگر این است که در صورتی که ما قائل به اباحه بالتعبد الشرعی بشویم، در صورتی که عین در دست طرف مقابل بدون تعدی و تفریط تلف بشود، آیا قاعده‌ی ید اقتضاء ضمان میکند یا نه؟ شیخ این مطلب را عنوان کرده است و برخی دیگر هم دلیل ضمان را اینطور مطرح کرده‌اند که چون قرارداد در اینجا معاوضی است و قرارداد مجانی نیست، اگر یک چیزی از کیسه‌ی من خارج بشود، باید در مقابلش یک چیزی هم از کیسه‌ی طرف مقابل خارج بشود و اگر یک چیزی داخل کیسه‌ی من بشود، باید یک چیزی هم از کیسه‌ی من به نفع طرف مقابل خارج بشود، در اینجا اقدام طرفین به خود ضمان است. شیخ به این استدلال در عقود فاسده جواب داده است که در هر عقدی که مقصود طرفین واقع نشده باشد، ما با قاعده‌ی اقدام نمیتوانیم اثبات ضمان بکنیم، زیرا اقدام اینها بر ملکیتی است که قرار گذاشته‌اند و ضمان هم نسبت به مسمیاست که شارع هم آن مسمی را امضاء نکرده است. پس شما نمیتوانید حکم به ضمان مثل و قیمت \_ که اینها اقدام به آن نکرده‌اند \_ بکنید. پس قاعده‌ی اقدام در اینجا درست نیست. شیخ در اینجا فرموده است که دلیل ضمان عبارت از علیالید است، زیرا علیالید میگوید که اگر ملک کسی در دست کسی واقع شد، تا مادامی که ردّ نکرده است، ضمان است و اگر تلف شد، باید مثل یا قیمتش را بدهد. این هم فرمایش ایشان است، اما من یک مطلبی را سابقاً دیده بودم و خیلی دلم میخواست که آقایان با

کامپیوتر بررسی کنند که در چه موردی پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله وسلم این قاعده‌ی علیالید را بیان فرموده است، زیرا این مطلب در جریان استصحاب دخالت دارد. البته شیخ در اینجا با تعبیر «قدیقال» فرموده است که با قاعده‌ی سلطنت هم میشود اثبات ضمان کرد به این معنی که مقتضای قاعده‌ی سلطنت این است که اگر یک چیزی در دست کسی بود، باید آن را به صاحبش ردّ بکند و اگر این چیز در دست او تلف شد، باید مثل یا قیمتش را بدهد، البته خود شیخ اثباتاً یا نفیاً چیزی نگفته است و مثل اینکه برای او روشن نبوده است و تردید داشته است که آیا این مطلب درست است یا نه، ولی شیخ برای اثبات ضمان به علیالید تمسک میکند. البته به نظر بنده یک اشکالی بر اثبات ضمان با قاعده‌ی سلطنت یا قاعده‌ی ید وجود دارد که آقای ایروانی به آن اشاره کرده است و آن اشکال عبارت از این است که ظاهر جمله‌ی «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» عبارت از این است که باید شخص عین آنچه را که اخذ کرده است را ردّ کند و تا وقتی که آن شیء موجود است، انسان ضامن و مسئول است که نگذارد آن شیء تلف بشود، ولی اینکه بگوییم که در صورت تلف شدن آن چیز، شخص ضامن مثل یا قیمت آن است، این مطلب خلاف ظاهر علیالید است. اگر هم بگوییم که در علیالید اجماعی وجود دارد، اما در قاعده‌ی سلطنت چنین اجماعی وجود ندارد که بعد از تلف شدن بگوییم شخص ضامن دارد. البته اگر در کتب

عامه علیالید نسبت به بعد از تلف هم تطبیق شده باشد، این مطلب میتواند قرینه بر این باشد که مراد از ردّ، اعم از ردّ عین یا مثل و قیمت است. اگر چنین چیزی در کتب عامه بود، مطلب روشن بود، ولی اگر چنین چیزی نباشد، میتوانیم بین این ردّ عین و ردّ مثل و قیمت فرق بگذاریم. یادم هست که آقای بروجردی میفرمود که علیالید میگوید که آنچه اخذ کردی، روی دستت است و قهراً وجداناً وقتی چیزی را انسان اخذ میکند، روی دستش قرار ندارد، بلکه این تعبیر کنایه از این است که اگر چیزی را گرفتی، در مقابل آن مسئول هستی و این تعبیر کنایه از مسئولیت طرف است و قهراً اگر آن شیء موجود باشد، باید آن را اداء بکند و لذا اگر مالی تلف شد و یا دزد برد، بدون اینکه تعدی و تفریط شده باشد، مالک میگوید که تو مسئول هستی و امثال این تعابیر، اما این معنای کنایی در «الناس مسلطون» وجود ندارد. خلاصه اینکه شیخ قاعده‌ی علیالید را برای اثبات ضمان کافی دانسته است و در جای دیگر میفرماید که اگر معاوضه مجانی بود، از تحت این دلیل خارج است. یک اشکالی هم ما قبلاً به آقای خوئی کردیم که چرا ایشان دو صورت را خارج کرده است، ولی بعد دیدیم که دو صورت خارج است، اما قاعده این بود که ایشان این دو صورت را تحت یک جامعی در نظر میگرفت و هر دو را تحت یک صورت خارج میکرد. ایشان میفرماید که دو صورت خارج شده است، یک صورت در جایی است که به دیگری

تسلیط کرده و گفته است که اختیار داری تصرف بکنی و یکی هم در جایی است که اقباض کرده، ولی تسلیط نیست تا او مجاز در تصرف باشد، بلکه امانت است و امانت را در مقابل صورت اول قرار داده است و بهتر این بود که یک ضابط کلی در نظر میگرفت که عبارت از اقباض مجانی بود که چه اجازه تصرف داشته باشد، که صورت اول است و چه اجازه تصرف نداشته باشد که صورت دوم است. این فرمایش آقای خوئی است و شیخ انصاری هم در بعضی جاها به همین معنی قائل شده است که صورت مجانی از تحت علیالید خارج است. البته ایشان قبول نمیکند و میگویند که علیالید همان اداء العین است و ظاهر تأدیه هم همان معنای حقیقی اداء العین است، ولی چون علیالید در معنای کنایی استعمال شده است، نه در معنای حقیقی، این معنی فهمیده میشود که شخص نسبت به چیزی که گرفته است، مسئولیت دارد و در صورتی که از بین رفت، باید جبران بکند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی مباحث مرحوم ایروانی در تنبیهات معاطاه ۹۱/۱۲/۱۳

Your browser does not support the audio tag

بررسی مباحث مرحوم ایروانی در تنبیهات معاطاه دیروز عرض شد که آقای ایروانی بر خلاف نظریه شیخ، میفرماید که در باب معاطاه چه قائل به ملکیت بشویم و چه قائل به اباحه، اصل بر لزوم است و شیخ هم تمسک به قاعده سلطنت برای عدم لزوم را قبول نداشت. یک مطلبی که دیروز عرض نکردیم عبارت از این است که به طور مسلم چه قائل به اباحه بشویم و چه قائل ملک بشویم، در هر دو صورت میتوانستیم اباحه یا ملکیت را به هم بزنیم،

ص: ۵۵۷

منتهی بحث در این است که آیا بعد از تحقق بعضی از ملزومات باز هم میتوانیم اباحه یا ملکیت را به هم بزنیم یا نه؟ قبلاً اباحه یا ملکیت لزوم نداشت، حال که بعضی از ملزومات حاصل شده است، باز هم لزوم ندارد یا لازم است؟ لذا ما به «الناس مسلطون» یا اجماع کاری نداریم و مفروض کلام این است که آیا بعد از آمدن ملزومات باز هم عدم لزوم است یا نه؟ البته ابتداءً شخص میتواند اباحه را به هم بزند و برای او لزومی در کار نیست و اگر لزومی در کار باشد، بعداً حادث شده است و بنابراین استصحاب بقاء عدم لزوم بر استصحاب بقاء اباحه یا بقاء ملکیت حکومت دارد و اگر بخواهیم استصحاب را جاری بکنیم، باید استصحاب عدم لزوم را جاری بکنیم. ولی مرحوم ایروانی بقای اباحه یا بقای ملکیت را استصحاب کرده است. اگر ادله عمومات و امثال آن در کار نباشد، اقتضاء استصحاب این است که بگوییم قبلاً لازم نبوده، الان هم لازم نشده است و نباید بقای اباحه یا بقای ملکیت را استصحاب بکنیم. پرسش: حکومت اصل تعلیقی و تنجیزی است. پاسخ: هر چه که باشد، همه این را قبول دارند و مثلاً در هبه \_ که عقدی جایز است \_ اگر انسان شک بکند که بعضی از اموری که هبه را لازم میکند، تحقق پیدا کرده است یا نه، بقای ملکیت موهوبه را استصحاب نمیکنند، بلکه عدم ملزم را استصحاب کرده و حکم به بقای جواز هبه میکنند. خلاصه اینکه ایشان در این صفحه قائل به لزوم شده و در صفحه بعد میگویند که مقتضای

ص: ۵۵۸



اصل عدم لزوم است و ما نمیفهمیم که این تناقض چطور باید حل بشود! بحث دیگر راجع به این است که شیخ میفرماید آنچه که ثابت است، این است که ما به وسیلهی تراذ میتوانیم ملکیتی را که در باب معاطاه هست را زایل بکنیم، اما در جایی که تراذ ممکن نشود و لو ردّ ممکن باشد، طرف مالک شده است و این ملکیت لزوم پیدا میکند و شخص نمیتواند برگرداند، چون ما احتمال میدهیم که آنچه در به هم زدن ملکیت حاصله معتبر باشد، خصوص تراذ است و قهراً در جایی که تراذ مقدور نباشد، ملکیت لازم میشود. شیخ قائل به این مطلب است، اما آقای ایروانی این کلام ایشان را ردّ کرده و میفرماید که شخصی که در باب معاطاه مالک میشود، حق ردّ دارد و بلاشکال این حق ردّ هیچ قیدی ندارد و اینطور نیست که این حق از دو قسمت تشکیل شده باشد و یک قسمتش این باشد که مال خودم را ردّ کنم و قسمت دیگرش هم این باشد که مال طرف مقابل را به او ردّ بکنم. حقی که برای شخص ثابت است، عبارت از این است که انسان مال خودش را که در دست دیگری است، برگرداند. البته لازمه چنین حقی عبارت از این است که ملک دیگری هم که در دست من است، به دست صاحبش برگردد و در نتیجه قبل از تلف شخص حق ردّ عین مالش را دارد و شک در این است که آیا بعد از تلف هم این حق وجود دارد، یا این حق سلب شده است؟ اگر یکی از دو عین تلف

شده باشد، باز هم شخص چنین حقی دارد یا ندارد؟ استصحاب میگوید که شما قبلاً حق ردّ عین خودتان را داشتید، الان هم این احتمال وجود دارد که این حق باقی باشد که بقای حق ردّ را با استصحاب ثابت کرده و میگوییم که عقد لازم نیست و ملکیتی که در باب معاطاه حاصل شده است، منحل میشود. ایشان در اینجا با این بیان میفرماید که اصل عدم لزوم است که این فرمایش ایشان درست در نقطهی مقابل چیزی است که قبلاً به آن اشاره فرمودند. پرسش: باید این موضوع باشد تا استصحاب حق کنیم؟ پاسخ: موضوع که هست، ولی بحث در این است که من قبلاً حق ردّ داشتم، اما نمیدانم که این حق محصور به این است که هر دو عین وجود داشته باشد تا من حق ردّ عین خودم را داشته باشم، یا اگر یکی از دو عین هم تلف شده باشد، باز هم حق ردّ عین خودم را دارم؟ من قبلاً حق ردّ داشتم و میتوانستم که عین خودم را ردّ کنم و ردّ عین دیگری ربطی به این حق من ندارد، منتهی شک من در این است که آیا این حق منحصر به وقتی است که هر دو عین موجود باشد، یا در صورت وجود یکی از دو عین هم باز این حق وجود دارد؟ ایشان میگوید که در اینجا استصحاب جاری میکنیم. پرسش: ... پاسخ: این حاشیهی ایشان راجع به ملکیت است. البته قبلاً فرمودند که چه ما قائل به ملکیت باشیم و چه قائل به اباحه، اصل عبارت از لزوم ملکیت یا اباحه است، اما در اینجا میفرمایند که

اگر ما قائل به ملکیت باشیم، اصل اقتضاء میکند که باقی نباشد که این فرمایش ایشان درست در نقطه‌ی مقابل فرمایشی است که در صفحه قبل فرمودند. ایشان در صفحه‌ی قبل میفرمایند که «فالمراجع إذا شك في ارتفاع الإباحه الشرعيه برجوع المالك في الإباحه أو في التملك هو أصله بقاء العقد و عدم انحلاله برجوع المالك فظهر أن الأصل في المعاطاه هو اللزوم سواء قلنا فيها بالملك أو الإباحه». اما در این صفحه میفرمایند که «يمكن أن يقال إن حق كل واحد من المتعاطين متعلق بعين ماله فله إعادة عين ماله و استرجاعه إلى ملكه»، در اینجا ایشان به چیز دیگر کاری ندارد و بیان ایشان مربوط به صورتی است که قائل به ملکیت طرف مقابل شده باشیم. پرسش: ... پاسخ: فرمایش ایشان در این صفحه بناءً على القول بالملك است. «أما رجوع مقابله إلى ملك صاحبه فذلك من لوازم إعادة ملكه لا أنه من مقومات حقه و جزء من استحقاقه»، مستحق این است که ملك خودش را به ملكش برگرداند، ولی لازمی این حق این است که طرف مقابل هم این حق را داشته باشد که عین را به ملك خودش برگرداند. «فذلك من لوازم إعادة ملكه لا أنه من مقومات حقه و جزء من استحقاقه حتى يسقط الحق مع تلف الآخر بل لنا أن نقول إن تعلق الحق بعين ماله معلوم و لا- نعلم سقوط هذا الحق بتلف عوضه فيستصح بقاء الحق و معه لا يبقى مجال الرجوع إلى أصله اللزوم بمعنى استصحاب عدم انحلال العقد و بقاء أثره»، با این استصحاب عقد منحل میشود و اثرش از بین میرود. این فرمایش ایشان در اینجا

درست در نقطه‌ی مقابل مطلب قبلی ایشان است. در آنجا فرمودند که چه قائل به ملکیت بشویم و چه قائل به اباحه، مقتضای اصل لزوم است، ولی در اینجا میفرمایند که اگر قائل به ملکیت شدیم، مقتضای اصل عدم لزوم است. پرسش: با توجه به این بیان آیا نمی‌شود گفت که نحوی بیان ایشان عدولی است؟ پاسخ: اگر عدول بود، بهتر بود که در همانجا میفرمود و خود ایشان با عبارت «یمكن أن یقال» کلام شیخ را رد کرده و میفرماید که کلام شیخ تمام نیست. قاعده این بود که در همانجا این مطلب را ذکر میکردند، نه در صفحه‌ی بعد. ایشان بر خلاف شیخ میفرماید که ما میتوانیم حق رد را استصحاب بکنیم و بگوییم الان هم چنین حقی وجود دارد. از بیان شیخ هم استفاده میشود که ایشان نمیخواهد بفرماید که حق مرکب از دو چیز است، یکی اینکه من ملک خودم را ارجاع بدهم و دوم هم اینکه ملک دیگری را برگردانم. شیخ چنین ادعائی ندارد تا ایشان در رد فرمایش شیخ ترکیب حق از دو چیز را نفی فرموده و بگوید که انسان به ملک خودش حق دارد و لازمی این حق این است که طرف مقابل هم حق رد داشته باشد. شیخ قائل به تراذ است و معنای تراذ طرفینی است، مثل «تضارب زید عمرواً» یعنی زید و عمرو کتک کاری کردند. در اینجا یک چیزی مرکب بین دو تا حق است، نه اینکه من یک حق مرکبی داشته باشم. شیخ میفرماید من وقتی میتوانم رد کنم که او هم موافقت بکند و اگر طرفین با رد موافقت کردند، آن وقت

میشود برگردانیم. شیخ میفرماید آنچه که ثابت است این است که تراذ صحیح است و اگر هر دو موافقت کردند و عینی موجود بود، تراذ حاصل میشود، اما اگر یکی از دو عین تلف شده باشد، دیگر موضوعی برای تراذ باقی نیست و «اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر» است. اگر حکمی برای تضارب ثابت شده باشد، ما نمیتوانیم این حکم را برای ضرب اثبات بکنیم و این «اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر» خواهد بود. فرمایش ایشان این است که آنچه که برای ما ثابت است این است که با توافق طرفین میشود رجوع کرد و تراذ حاصل میشود، اما در صورتی که تراذ امکان نداشته باشد، ما نمیتوانیم بقای رد را استصحاب بکنیم، زیرا موضوع ما رد نیست، بلکه موضوع تراذ است و تا زمانی که عین تلف نشده بود و هر دو عین موجود بودند، من در ضمن این حق مرکب که تعلق به مجموع دو طرف دارد، حق رجوع داشتم و یک حقی که قبلاً به صورت ضمنی برای من ثابت بود، اگر بخواهیم آن حق را به صورت استقلالی در نظر بگیریم، عرفاً دو حق به حساب میآید و لذا نمیتوانیم در اینجا استصحاب را جاری بدانیم و حق سابق را استصحاب کرده و بگوییم که قبلاً من یک حق ضمنی داشتم و اکنون که شک در بقای آن حق دارم، یک حق استقلالی را اثبات بکنم. پس در اینجا استصحاب جاری نمیشود و عرفاً این دو حق به حساب میآید. پرسش: ... پاسخ: مفهوم تراذ عبارت از این است که باید طرفینی باشد. پرسش: ... پاسخ: شیخ میخواهد

بگویند که آنچه برای ما ثابت است، تراذ است و سید هم میفرماید که اگر یک شخصی دو مال را ردّ بکند، بر آن تراذ اطلاق نمیشود. البته از یک ناحیهی دیگر بر این فرمایش شیخ اشکال وارد میشود که آن بحث دیگری است، ولی معنای تراذ عبارت از عمل طرفینی است و از باب تفاعل است و اینکه یک کسی دو کار انجام بدهد، از باب تفاعل استفاده نمیکنند. اگر کسی هم خودش را بزند و هم کس دیگری را بزند، تضارب بر آن اطلاق نمیشود و حتماً باید دو نفر باشند که او این را بزند و این هم او را بزند تا تضارب بر آن صدق بکند. پرسش: در باب تفاعل تقابل کافی است و اگر دو طرف نباشد و دو عین باشد، کفایت میکند. پاسخ: باید فعل دو فاعل داشته باشد و اگر من دو کار انجام بدهم، تفاعل صدق نمیکند و اگر من هم خودم را بزدم و هم دیگری را، تضارب گفته نمیشود. این مطلب مسلم است و حرفی در آن نیست. پرسش: فعل در اینجا ردّ است یا ارتداد؟ اگر ارتداد باشد، به عینین بر می گردند. پاسخ: تراذ به فاعل بر می گردد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی قاعده-ی علی الید در منابع اهل سنت ۹۱/۱۲/۱۴

Your browser does not support the audio tag

— بررسی قاعدهی علی الید در منابع اهل سنت — اخذ موضوع از عرف، عقل یا دلیل؟ (بررسی نظر شیخ(ره)) — تمسک به عام در تلف العینین دو نفر از آقایان زحمت کشیدهاند و قاعدهی علیالید را در کتب عامه مورد بررسی قرار دادهاند، این حدیث در شش کتاب از کتب عامه نقل شده است، در سنن

ص: ۵۶۴

ابوداود، سنن ترمذی، سنن ابنماجه، سنن دارمی و در مصنف ابن ابی شیبه و مستدرک حاکم. قدماء اهل سنت نوعاً این حدیث را صحیح دانستهاند، اما برخی از متأخرینشان تضعیف کردهاند. در مستدرک حاکم — که استدرک بر صحیح بخاری است — اینطور آمده است که معیاری که بخاری برای صحت قائل است، در این حدیث وجود دارد، اما نه بخاری و نه مسلم هیچ کدام این حدیث را نقل نکردهاند. سند این حدیث هم از نظر ما کاملاً مردود است که البته در سنن ابن ماجه و مستدرک حاکم طریقی نوشته نشده است، اما ظاهراً طریقی حدیث در این دو کتاب همان طریقی است که در کتاب های دیگر بیان شده است. این حدیث از طرق مختلفی نقل شده است که همهی این طرق منتهی میشود به ابن ابی ابوبه عن قتاده از حسن بصری که او هم از سمره بن جندب نقل کرده است، همان سمره بن جندب کذایی. از کلمات قدماء سنی معلوم میشود که معنای علیالید در نزد آنها غیر از معنایی است که ما معنی میکنیم. آنها در بیان معنای علیالید میگویند که وقتی شخص مالی را عاریه میگیرد، تا ردّش نکند، مسئول است و باید آن را حفظ بکند و نسبت به آن ضامن است. قتاده میگوید که حسن بصری این حدیث را نقل کرده است، ولی یادش رفته است که چنین حدیثی را نقل کرده و بر خلاف این حدیث فتوی داده است که عاریه ضامن ندارد. این معنایی است که از عبارات اینها استفاده میشود و ابتداءً هم به نظر میرسد که اگر انسان یک چیزی را بگیرد، تا

ص: ۵۶۵

ردّ نکند، مسئول آن است و بعد از استفاده باید آن را ردّ بکند. به هر حال هر مقدار از این روایت مؤید به بنای عقلاء شد، انسان اخذ به آن میکند و بیشتر از آن را نمیتوانیم اخذ بکنیم. آنچه که اهل سنت فهمیده‌اند این است که عاریه ضمان ندارد، ولی این روایت اثبات ضمان میکند که درست در نقطه‌ی مقابل آن است. یک بحث دیگر این است که مرحوم آقای داماد میفرمود که شیخ در اینکه موضوع را از چه چیزی اخذ کنیم، از عقل یا دلیل یا عرف، میفرماید که ما باید موضوع را از عرف اخذ کنیم. اخذ از دلیل این گونه است که بینیم در جمله‌ی اخباریه یا امثال آن که در شرع وجود دارد، چه چیزی موضوع قضیه قرار گرفته است و به آن اخذ کنیم، مثلاً اگر گفته شد که الماء المتغیر نجس، موضوع قضیه ماء با قید تغیر است و اگر تغیر زایل شود و ما بخواهیم که حکم را برای غیر متغیر اثبات بکنیم، اسراء حکم من موضوع الی آخر خواهد بود. اما اگر دلیل اینطور باشد که الماء اذا تغیر هو نجس، در اینجا ماء موضوع و نجس محمول است و آن تغیر قید نسبت است که این نسبت اتحادی محمول با موضوع را محدود میکند و میگوید که این حکم در یک ظرف خاصی ثابت است. پس در اینجا موضوع در قضیه‌ی لفظی ماء و نجس محمول است، تغیر هم ظرف نسبت اتحادی میباشد. در این صورت که ماء موجود است و احتمال میدهیم که نجس باشد، استصحاب را جاری میکنیم. بنابراین اگر ما بخواهیم

که موضوع را از دلیل اخذ بکنیم، باید بین این دو مورد قائل به تفصیل بشویم. اما اگر بخواهیم موضوع را از عرف اخذ بکنیم، عرف میگوید که اگر این ماء تغییر پیدا کرده باشد یا این تغییر زایل شده باشد، موضوع فرقی نکرده است و همان موجود سابق است، منتهی حالتش عوض شده است، مثلاً در ابتداء حالت تغیر داشت و بعداً این حالتش عوض شده است و اگر احتمال بدهیم که این تغییر حالت تأثیری در رفع نجاست داشته است یا نه، استصحاب را جاری میکنیم. نظر شیخ این است که باید موضوع را از عرف اخذ بکنیم، نه از دلیل و در نتیجه فرقی بین این دو صورت نخواهد بود. البته شیخ در جای دیگر با نراقی اینطور بحث میکند که اگر یک چیزی قید برای یک شیئی بود، باید ببینیم که قید موضوع است، یا ظرف حکم است. ایشان بین این دو فرق گذاشته و میفرماید که اگر قید موضوع باشد، استصحاب جاری نیست، ولی اگر ظرف باشد، استصحاب جاری است و در آنجا ایشان به سراغ اخذ به دلیل میرود که باید ببینیم که این قید در دلیل چگونه اخذ شده است. برای جمع بین این دو فرمایش ایشان باید بگوییم که فرق بین این دو صورت این است که یک مرتبه موضوع ما یک عین خارجی است و با تغییر حالات، تغییری در این موضوع حاصل نمیشود و میتوانیم بگوییم که موضوع باقی است و استصحاب را جاری بکنیم، چه الماء اذا تغیر باشد و چه الماء المتغیر باشد، هر چه که باشد، قبلاً این ماء نجس بوده است



و حال که نمیدانیم نجاستش رفع شده است یا نه، استصحاب را جاری میکنیم. گاهی هم موضوع حکم، ماهیت است، مثل مواردی که فعل موضوع حکم قرار میگیرد، مثلاً- وقتی گفته میشود که الصلاه واجبه، آن صلاه خارجی واجب نمیشود، بلکه آن صلاه خارجی مسقط تکلیف است و حکم و وجوب بر نفس ماهیت صلاه حمل شده است، منتهی وقتی که در ذهن تصور میشود، فانیاً فیالخراج است و چون در این صورت موضوع ما موجود خارجی نیست که بگوییم بعد از شك وجود دیگری است یا نه، تشخیص با قیود خود ماهیت است و باید بینیم که موضوع در دلیل چگونه اخذ شده است، مثلاً اگر صلاه فی الوقت به عنوان قید اخذ شده باشد و بخواهیم حکم را بر صلاه فی غیر الوقت حمل بکنیم، چون دو موضوع میشود، اسراء حکم موضوع الی موضوع آخر خواهد بود. اما اگر وقت به عنوان ظرف اخذ شده باشد و تعبیر دلیل اینطور باشد که الصلاه واجبه ولیکن ظرف وجوب عبارت از فلان وقت باشد، در این صورت میتوانیم استصحاب را جاری بکنیم. در آنجا که شیخ در مقابل نراقی فرمودند که باید دلیل را بینیم که آیا ظرف حکم است یا قید موضوع، جایی است که موضوع ما فعلی از افعال است و حکم بر وجود خارجی حمل نمیشود، بلکه بر وجود ذهنی حمل میشود و اگر ماهیت همراه با یک قیدی بود و بخواهیم حکم را به ماهیت بدون این قید یا با قید دیگر حمل بکنیم، اسراء حکم موضوع الی موضوع آخر خواهد بود. این بحثی است که ایشان کردهاند و بحث خوبی هم

هست که چرا شیخ بین این دو مورد قائل به این تفاوت شده است. حال با توجه به این مباحث عرض ما در ما نحن فیه این است که ما قبلاً اختیار ردّ عین خودم را داشتم و شارع این اجازه را داده بود که من ردّ عین بکنم و لازمی مردود شدن عین من این بود که طرف مقابل هم ردّ عین بکند، منتهی ما شک داریم که آیا این جواز ردّی که شارع مقدس حکم به آن کرده است، جواز ردّ با قید است، یا جواز ردّ مطلق است؟ عین من موجود است، ولی عین طرف مقابل از بین رفته است و در این صورت اگر ردّ قبل از تلف ردّ مطلق باشد، میتوانم استصحاب را جاری کنم و بگویم که آن جواز ردّ هنوز هم باقی است. اما اگر جواز ردّ مقید به این قید بوده است که وقتی من ردّ میکنم، عین طرف مقابل هم مردود بشود و الا اگر من ردّ بکنم، ولی عین دیگر در اثر تلف صلاحیت ردّ نداشته باشد، حکم جاری نخواهد بود. حال در این صورت اگر ما شک کنیم که موضوع حکم ما مقید است یا مطلق که اگر مقید باشد، اسراء حکم از یک موضوع به موضوع دیگری پیش بیاید و اگر مطلق است بتوانیم استصحاب را جاری بکنیم، در اینجا نمیتوانیم موضوع را مطلق بگیریم، زیرا این احتمال وجود دارد که موضوع مقید باشد. مثلاً اگر ندانیم که حکم روی زید رفته است یا روی انسان \_ که کلیتر است \_ در این صورت نمیتوانیم موضوع را انسان فرض کرده و بگوییم که

در صورت نبودن زید، اگر عمرو هم بود، باز حکم انسان بر آن بار خواهد بود، زیرا این احتمال وجود دارد که موضوع ما زید باشد و تا این مطلب احراز نشود، نمیتوانیم چنین چیزی را در نظر بگیریم. پرسش: حکم در اینجا روی موضوع خارجی رفته یا روی ماهیت؟ پاسخ: روی ماهیت رفته است، موضوع ما ردّ است و دلیل می گوید که یجوز ردّ العین. پرسش: ... پاسخ: کلی گفته شده است، منتهی ما کلی را پیاده می کنیم و اگر شخص خارجی باشد، از باب مصادیق کلی است و کلی بر امور شخصی و خلاصه اینکه حکم روی ردّ رفته است و شیخ اینطور میفرماید. این یک بیان بود که ما بگوییم شیخ میفرماید که در اینجا استصحاب جاری نیست، چون نمیدانیم که آیا موضوع استصحاب تراذ است یا نه. البته تراذ هم به یک معنایی قابل تصحیح است و این مطلب احتیاج به قدری مراجعه فقهی دارد. پرسش: ... اینکه می گوئید احراز نمی شود، آیا به خاطر این است که اجماع لسان ندارد؟ پاسخ: بله، ما نمی دانیم که چطور است. پرسش: این تعبیر چه اشکالی دارد که بگوییم همین عین خارجی قبلاً صلاحیت ردّ داشته است، ولی الان نمی دانیم که آیا این صلاحیت را دارد یا ندارد؟ پاسخ: منشأ این مطلب عبارت از حکمی است که بر فعل حمل شده است و در حقیقت فعل به امر خارجی سرایت کرده است. اصل حکم بر موضوعات کلی حمل شده است، منتهی بالعرض بر موجودات خارجی هم حمل میشود و اگر حکم از ابتداء بر موضوعات شخصی حمل شده بود، میتوانستیم استصحاب را جاری بکنیم. عرض دیگری که

بنده دارم این است که شیخ در جایی که هر دو عین تلف شده باشد، با تمسک به عمومات فرمودند که این قرار لازم است و دیگر شخص حق برگشت ندارد و نمیتواند بگوید که من بعد از تلف آن قراری را که بستیم، فسخ میکنم و قهراً طرفین به اجره المثل یا قیمه المثل بدهکار همدیگر بشوند. ایشان میفرماید که بعد از تلف عینین لازم میشود و حق برگشت وجود ندارد، زیرا معلوم نیست که از اول فسخت العقد جایز بوده باشد، تا ما بعد از تلف عینین آن جواز را استصحاب نکنیم، بلکه آنچه که جایز بود، رددت العین بود و حال بعد از تلف عینین دیگر امکان رددت العین وجود ندارد و برای جواز فسخت العقد هم باید دلیل داشته باشیم که چنین دلیلی وجود ندارد. به این فرمایش شیخ اینطور اشکال شده بود که چون زمان تقطیع نشده است، نمیشود به عام در زمان بعد \_ که حکم در آن مشکوک است \_ تمسک کرد و چرا ایشان در اینجا تمسک به عام کرده است؟! ما در جواب این اشکال عرض کردیم که بحث در اینجا راجع به زمان نیست، بلکه در اینجا دو فرد وجود دارد که شیخ میفرماید که ما نمیدانیم آیا شخص همانطور که قبل از تلف عینین میتواند فسخت العقد بگوید، بعد از تلف میتواند فسخت العقد بگوید یا نه و آیا این مورد هم از تحت عام خارج شده و تخصیص خورده است یا نه؟ سابقاً که هیچ کدام از دو عین تلف نشده بود، این امکان بود که رددت العین بگوید، اما اکنون که هر

دو عین تلف شده است، امکان رد دت العین وجود ندارد و فسخت العین هم یک فرد دیگری است و اگر شک کنیم که چنین فردی هم از تحت عام خارج شده است یا نه، با تمسک به عام میگوییم که چنین چیزی جایز نیست. شیخ تقریباً با تفریع بر مسئله تلف عینین میفرماید که اگر یکی هم موجود باشد و دیگری تلف شده باشد، باز هم لازم میشود و شخص حق رد پیدا نمیکند. البته ایشان به کلمهی استصحاب هم اشاره فرموده‌اند، ولی ما نمیدانیم که موضوع چگونه است، اما ادلهی لزوم و عمومات لزوم را هم بکار برده است و مثل اینکه ایشان میخواهد اصاله اللزوم را \_ که یک دلیل اجتهادی است \_ در اینجا پیاده بکند، ولی بحث در این است که ما بعد از تلف احد العینین چگونه میتوانیم به اصاله اللزوم تمسک بکنیم، در جایی که تلف العینین بود و از اول روشن بود که یک تخصیص وجود دارد و در وجود تخصیص دیگر شک داشتیم، به اصاله العموم تمسک کرده و حکم به لزوم میگردیم. پرسش:... قرار نبود آقا وارد تلف احدی العینین بشویم شما داشتید اشکالات آقای ایروانی را بیان میفرمودید. پاسخ: اصل مطلب راجع به تناقضی بود که بین دو کلام مرحوم ایروانی وجود دارد که در یک جا بنا بر قول به ملکیت و اباحه قائل به لزوم شده‌اند و در صفحه‌ی بعد قائل به این شده‌اند که بنا بر قول به ملکیت، لازم نیست و خلاصه بین این دو کلام ایشان تناقض وجود دارد و ما هم گفتیم که این کلام دوم ایشان صحیح است، زیرا

جواز تصرفی که شرع گفته است، حکومت بر استصحاب ملکیت پیدا میکند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## جریان استصحاب بعد از تلف در معاطاه ۹۱/۱۲/۱۵

Your browser does not support the audio tag.

جریان استصحاب بعد از تلف در معاطاه دیروز ما عرض کردیم که در جریان استصحاب در بعضی جاها باید به لسان دلیل مراجعه کرد و در بعضی جاها هم به عرف مراجعه کرد. مرحوم آقای داماد هم فرمودند که اگر موضوع عین خارجی باشد و عرف هم تعددی در موضوع نبیند، برای جریان استصحاب کفایت میکند و هیچ فرقی بین اینکه ماء متغیر باشد یا اذا تغیر باشد، وجود ندارد و لسان دلیل هر گونه که باشد، عرف ماء را در این دو حالت دو موجود نمییند و استصحاب جاری میشود. ولی اگر موضوع ما فعلی از افعال باشد، احکام تکلیفی حمل بر افعال بوجود خارجی نمیشود، بلکه این احکام حمل بر افعال بوجود ذهنی میشود (البته وجود ذهنی فانی در وجود خارجی و مرآت برای آن است) و قهراً اگر ماهیت مقید باشد و بخواهیم حکم را بر ماهیت غیر مقید حمل کنیم، اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر خواهد شد و ماهیت فاقد قید از نظر وجود ذهنی متفاوت با ماهیت مقید است. پس بنابر فرمایش ایشان در موضوعاتی که وجود خارجی داشته باشند، اخذ به عرف میکنیم و اگر عرف قائل به تعدد عنوان نشود، استصحاب را جاری میکنیم، اما در امور ذهنی باید اخذ به لسان دلیل بکنیم و اگر در لسان دلیل موضوع مقید باشد، قهراً نمیتوانیم استصحاب را جاری کنیم، زیرا اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر پیش میآید. البته ممکن است که در اینجا یک

ص: ۵۷۳

اشکالی وارد بشود که در همین جا هم که موضوع را امور ذهنی در نظر میگیریم و برحسب وجود ذهنی تباین وجود دارد، میتوانیم موضوع استصحاب را چیزی دیگری قرار بدهیم که همان موجود خارجی موضوع استصحاب بشود و دیگر اشکال اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر پیش نیاید. اگر ما موضوع مسئله را تراذ یا ردّ در نظر بگیریم، موضوع فعلی از افعال خواهد بود و برای جریان استصحاب اشکال اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر پیش خواهد آمد، اما اگر موضوع را عین خارجی در نظر بگیریم و بگوییم که این عین خارجی حالات مختلف دارد و قبلاً جواز ردّ داشت و با جریان استصحاب هم میگوییم که الان هم جواز ردّ باقی است. پرسش... پاسخ: یکی تلف شده و یکی تلف نشده است و ما میگوییم که آیا میتوانیم عین موجود را ردّ کنیم یا نه؟ در اینجا استصحاب را بر عین خارجی جاری میکنیم. البته این مطلب درست نیست و این اشکال وارد نمیشود، زیرا اگر موضوع را عین خارجی هم بدانیم، باز اختلاف در محمول وجود خواهد داشت، زیرا این عین خارجی قبلاً جواز تراذ داشته است - که ردّ خاصی است - و حالا میخواهیم با جاری کردن استصحاب، یک ردّ دیگری را - که فاقد آن قید است - حمل بکنیم. پس در اینجا محمول دو تا میشود، مثل اینکه زید سابقاً وجوب اکرام داشت، ولی حالات مختلفی پیدا کرده و نمیدانیم الان هم وجوب اکرام دارد یا نه، که در اینجا با استصحاب وجوب اکرام را ثابت میکنیم. اما اگر زید در ابتداء وجوب اکرام داشت، ولی این وجوب اکرام

ص: ۵۷۴

مردد بین این بود که با پلو دادن باشد، یا با اعم از پلو دادن باشد و برای ما نحوهی احترام مشکوک بود، حال اگر پلو دادن متعذر بشود، چون احتمال میدهیم که وجوب اکرام سابق به نحو پلو دادن بوده باشد - که الان منتفی شده است - نمیتوانیم در اینجا استصحاب جاری کرده و بگوییم که بمقتضی الاستصحاب باید آبگوشت بدهید. ما نمیتوانیم چنین چیزی را اثبات بکنیم. اگر خود شخص خصوصیاتش تفاوت کرده بود، میتوانستیم استصحاب را جاری بکنیم، اما اگر خصوصیات آن فعلی که نسبت به شخص باید انجام بشود، عوض شد، نمیتوانیم استصحاب بکنیم، زیرا هر چند موضوع ما عین موضوع سابق است، اما احراز نشده است که محمول همان محمول سابق است و لذا اگر شک داشته باشیم که تراژ منشأ به هم زدن است یا رد، در جایی که تراژ ممکن نیست، نمیتوانیم استصحاب را جاری بکنیم و بگوییم که این عین همان عین سابق است. البته در خیلی جاها این خلط واقع شده است. یکی از مسائلی که خیلی محل ابتلاء در استصحاب است، بحث اتصال زمان یقین به شک است، مثل اینکه در حمام آبهای نجس بخار شده و روی بدن انسان میریزد و مسئله این است که ما با این آب باید معاملهی طهارت بکنیم یا باید بگوییم که نجس است. مرحوم سید در اینجا میفرمایند که باید معاملهی طهارت بکنیم، زیرا این آب متنجس با بخار شدن استحاله پیدا کرده و پاک میشود و بعداً هم که به آب تبدیل میشود، نجس نشده است و لذا ما حکم به طهارت آن میکنیم و دلیلی

بر تنجیسش وجود ندارد. در مقابل فرمایش ایشان دیگران گفته‌اند که درست است که آب معدوم شده و دوباره موجود شده است، ولی عرف این آب را عین آب سابق میدانند و این آب سابقاً نجس بوده است و بعد از اینکه این حالت بخار شدن برای آن پیدا شد، نمیدانیم که آیا پاک شده است، یا بر نجاست خودش باقی است، در اینجا استصحاب نجاست را جاری کرده و میگوییم که این آب نجس است. بر این نظر اشکال کرده‌اند که این بقاء نیست، بلکه حدوث جدید است و ما باید در استصحاب ابقاء ما کان بکنیم. آقایان در جواب این اشکال گفته‌اند که ابقاء ماکان تفسیری است که اصولیین بیان کرده‌اند و ما به دنبال ابقاء ماکان نیستیم، بلکه آنچه که معیار است نقض یقین به شک است و ما در اینجا میگوییم که عرفاً این آب بعد از بخار شدن، همان آب سابق است و نمیدانیم که الان هم نجس است یا نه و دلیلی هم بر بقاء نداریم و چون فصل زمانی شده است، بالاتنقض حکم به نجاست میکنیم و اتصال زمان یقین به شک هم معتبر نیست. مرحوم آخوند در اینجا یک نقضی وارد کرده است که مرحوم آقای داماد هم آن را پذیرفته است و آن این است که اگر ما اتصال زمان یقین به شک را معتبر ندانیم، در صورتی که آبی نجس شده باشد و شک کنیم که دوباره پاک شده است یا نه، باید حکم به طهارت این آب بکنیم، زیرا در اینجا دو استصحاب داریم، یک استصحاب نجاست که متصل به زمان شک است -



و یک استصحاب طهارت قبلی و این دو استصحاب را جاری میکنیم که بعد از تعارض تساقط میکنند و ما باید به قاعده‌ی طهارت رجوع کنیم، در حالی که هیچ کس در این مسئله اینطور فتوی نداده است و همه میگویند که باید بقای نجاست را استصحاب بکنیم، پس بنابراین از این مطلب معلوم میشود که بالفطره اتصال زمان یقین به شک معتبر است. البته این نقض مرحوم آخوند- که مرحوم داماد هم آن را پذیرفته است- وارد نیست، زیرا آنچه که در باب استصحاب معتبر است و همه هم آن را قبول دارند، اتحاد قضیه‌ی متیقّه با قضیه‌ی مشکوک است و این اتحاد باید موضوعاً و معمولاً وجود داشته باشد. موضوع باید همان موضوع باشد و محمول هم باید همان محمول باشد و اگر شک کنیم که این محمولی که قبلاً بر این موضوع ثابت بوده است، آیا همین محمول الان هم بر همین موضوع ثابت است یا نه، ادله‌ی استصحاب میگوید که بگو الان هم ثابت است. اما در صورتی که موضوع یکی بود، اما محمول دو تا بود، ادله‌ی استصحاب هیچ وقت چنین ظهوری ندارد که در اینجا جاری باشد و باید همان محمول سابق را حمل کرد. مثلاً یک شیئی پاک بوده است و بعد نجس شد و الان احتمال میدهیم که پاک شده باشد، در اینجا آن طهارت سابقه منعدم شده است و اگر بخواهیم حکم به طهارت بکنیم، این طهارت عین طهارت سابقه نیست و ما با استصحاب باید عین همان طهارت سابقه را اثبات بکنیم در حالی که آن طهارت سابقه منعدم شده است. ادله‌ی استصحاب نمیگوید که

اگر زید از بین رفت، ما وجود عمرو را اثبات بکنیم، یا اگر قبلاً- زید طهارت داشت، نمیتوانیم با استصحاب یک محمول دیگری را برای او ثابت بکنیم و اگر سابقاً محمول وجوب اکرام بوده است، الان هم باید همان وجوب اکرام را ثابت بکنیم. لذا نقض ایشان وارد نیست و آن مطلبی که ایشان فرمودند از باب عدم اعتبار اتصال زمان یقین به شک نیست، بلکه از این باب است که اتحاد قضیهی متیقنه و مشکوکه در محمول وجود ندارد. و اما در مسئلهی آب نجسی که بخار میشود، اگر در نظر عرف نه عقل- این آب بعد از بخار، همان آب سابق است و این نجاست هم همان نجاست و نه نجاست حادثهی جدیده، میتوانیم استصحاب را جاری بکنیم. هر چند میشود بین جواهر و اعراض قائل به فرق شد، به این معنی که اگر جواهر به حسب ظاهر منعدم شد و دوباره موجود شد، عرف میگوید که این جواهر همان جواهر سابق است، اما اگر عرضی از بین رفت و ذات معروض باقی بود، بعد از مدتی اگر این عرض دوباره موجود شود، میگویند که این عرض مماثل آن عرض سابق است و عین همان عرض سابق شمرده نمیشود، بخلاف جواهر که اگر مثلاً زید بعد از معدوم شدن، دوباره وجود پیدا بکند، گفته میشود که این زید همان زید سابق است، نه مثل آن زید سابق و خلاصه اینکه این مطلب بستگی به استظهار عرف دارد. پرسش: ... پاسخ: این مطلب بستگی به فهم عرفی دارد که آیا این نجاست همان نجاست سابقه است، یا مماثل آن است که اگر اتحاد موضوعاً

و معمولاً بود، استصحاب جاری خواهد بود. و اما بحثی که دیروز میخواستیم عرض بکنیم و یک مقداری ناقص ماند عبارت از این است که دلیل «الناس مسلطون» و امثال آن برای شخص سلطه قائل است و سلطه هم اقسام مختلفی دارد، یکی سلطنت دارد که بیخشد، یکی سلطنت دارد که بفروشد یا اباحه کند یا اینکه عاریه بدهد یا امانت بگذارد و خلاصه اینکه سلطنت دارای اقسام مختلفی است. حال اگر به وسیلهی دلیل برای ما ثابت شد که یکی از این سلطنتها را شارع از شخص گرفته است، سلطنتهای دیگر در جای خود محفوظ است و با تمسک به «الناس مسلطون» باید به سلطنتهای دیگر اخذ کرد. حال در این مسئله که شخص معاملهی معاطاتی کرده است و طرف مقابل هم مالک شده است، به وسیلهی دلیل خاص برای ما ثابت شده است که تراذ از مواردی است که این معامله و سلطنت را به هم میزند و این مورد از تحت عموم «الناس مسلطون» خارج شده است، اما اگر شک داشته باشیم که غیر از تراذ هم مورد دیگری از تحت عموم «الناس مسلطون» خارج شده است یا نه، با تمسک به عموم این دلیل حکم میکنیم که غیر تراذ سلطنت را از بین نمیبرد و لذا نمیتواند عین را از ملکیت طرف مقابل خارج کرده و معامله را به هم بزنیم. خلاصه اینکه شیخ در اینجا اینطور فرمودهاند. یک مطلب دیگر هم این است که شرط بودن تراذ برای به هم زدن حالت سابقه، به معنای اقاله نیست، زیرا در اقاله طرفین هر دو با هم توافق کردهاند که این عقد را

به بزنند و دو انشاء هم وجود ندارد، بلکه یک انشاء است و این معنای اقاله است، ولی در اینجا ما میگوییم که گاهی یکی از دو طرف میخواهد که معامله را به هم بزنند و طرف دیگر نمیخواهد این معامله را به هم بزنند، منتهی وقتی آن شخص ملک خودش را ردّ کرد، این طرف هم ملک خودش را ردّ میکند و توافقی در اینجا وجود ندارد و این غیر از لزوم معامله و غیر از اقاله است. البته این احتمال هست که شیخ ادعاء بکند که اگر یک طرف ملک خودش را ردّ کرد، ما طرف مقابل ردّ نکرد، جواز تصرف برای این شخص وجود نداشته باشد و به عبارت دیگر شرط تصرف این است که ردّ طرفینی شده باشد و ردّ یکطرفه به درد نمیخورد و باید تراذّ باشد تا جواز تصرف حاصل بشود و این تراذّ غیر از اقاله است. این ادعاء شیخ است، اما باید بینیم که فقهاً میشود به چنین چیزی ملتزم شد یا نه؟ پرسشش... پاسخ: اقاله دو عمل نیست، یک عمل است که طرفین موافقت میکنند تا معامله را به هم بزنند، اما اینکه یک طرف ردّ بکند و طرف مقابل هم وقتی میبیند که او ردّ کرده، این هم ردّ بکند، این اقاله نیست. اگر بگوییم اقاله است، خلاف فرض ماست، زیرا فرض ما این است که عقد معاطاتی لازم نیست و اگر قائل به اقاله بشویم، عقد تبدیل به عقد لازم میشود. بحث دیگر این است که شیخ در بحث تأسیس اصل اولی در اینکه آیا معامله لازم است یا لازم نیست، لزوم را یک

گونه معنی کرده است و بعد در بعضی از فروع مسئله لزوم را به گونه‌های دیگر معنی و تفسیر کرده است. در ابتداء که می‌خواهد اصل در مسئله را بیان بفرماید، می‌گوید که باید بینیم که آن چیزی را که شارع امضاء کرده است و بعد از معاطاه حاصل شده است که عبارت از ملکیت یا اباحه باشد- این اباحه یا ملکیت تا کی بقاء پیدا میکند؟ در اینجا ایشان لزوم و جواز را بر شیء حاصله به اعتبار و امضاء شارع حمل کرده است، اما بعداً در بعضی از فروع در بیان مراد از لزوم و جواز می‌فرماید که مراد از لزوم این است که این عقد انشائی که از جانب طرفین واقع شده است و این معاوضه‌ی تملیکی که از جانب طرفین حاصل شده است را علی القول بالاباحه یا علی القول بالملکیه کی میتوان به هم زد؟ و این معنای لزوم است. پس در اینجا مراد استمرار اباحه یا ملکیت نیست، بلکه مراد از لزوم یا عدم لزوم عقد لازم مانند انشاء لازم است. شیخ در مسئله‌های که از شهید ثانی و بعض مشایخ و معاصرین نقل میکند، لزوم را به این معنی گرفته و می‌فرماید که اگر بر فرض اباحه تصرف در یک شیء مباحه بوده است و یکی از دو عین تلف شد، قهراً در اینجا چون یکی از دو عین تلف شده است، دیگر برای این شخص اباحه معنی ندارد، از طرف دیگر هم چون اباحه چه شرعی و چه غیر شرعی - در مقابله اباحه بود، مسلماً طرف مقابل هم نمیتواند در عین موجود تصرف بکند، زیرا اباحه متقابل بوده

است و نمیتوانیم بگوییم اباحی تصرف برای یک طرف باقی باشد و قهراً اباحه تصرف برای طرف مقابل هم به هم میخورد، منتهی اختلاف در این است که حال که اباحه از بین رفت و ملک دیگری در دست من تلف شده است، آیا باید مثل و قیمت را بدهم یا اینکه همین عینی را که ابتداءً به وسیله عقد جعل کرده بودم که ملک او قرار بدهم، همین مسمی ملک او میشود و مراد از مسمی هم این خواهد بود که چون عقد بر روی همین مسمی که موجود است - واقع شده است، همین به ملک طرف منتقل میشود و لازم نیست که آن انتقال را به هم بزنیم و لزوم اینطور تفسیر شده است. مرحوم ایروانی در اینجا اشکالی دارند که بعداً به آن میپردازیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### مقصود شیخ از تأسیس اصل در ملزومات معاطاه (تنبيه ششم) ۹۱/۱۲/۱۶

.Your browser does not support the audio tag

مقصود شیخ از تأسیس اصل در ملزومات معاطاه (تنبيه ششم) یک مطلبی که باید به آن اشاره کنیم، این است که وقتی شیخ بحث میکند که آیا اقتضای اصل در معاطاه لزوم است یا جواز، نظر به بحث ملزومات معاطاه ندارد و مقصود ایشان این است که اگر ما شک کنیم که معاطاه لازم است یا لازم نیست، بر اساس ادلهی ثمانیهای که یکی از آنها هم استصحاب است، اصل اولی لزوم میباشد. ظاهر بعضی از اقوال در این بحث بر لزوم است و بعضی دیگر هم قائل به این هستند که اگر قبل از معاطاه راجع به معامله صحبت شده باشد و فقط انشاء با فعل واقع بشود، در این صورت هم معامله لازم است که بعضی از معاصرین

ص: ۵۸۲

شاهد ثانی قائل به این نظر شدهاند و عدهای از علمای ما هم مثل صاحب حدائق و چند نفر دیگر همین نظر را پذیرفتهاند، کما اینکه در جواهر به آن اشاره شده است. شیخ در ابتداء راجع این مطلب بحث میکند که در صورت شک در لزوم و عدم لزوم معاطاه، اقتضاء اصل بر لزوم است، ولی بر فرض اینکه کسی قائل به لزوم معاطاه نشود، در بحث ملزومات معاطاه بررسی میشود که تحقق چه اموری بعد از واقع شدن معاطاه موجب لزوم آن میگردد. پس بنا بر این شیخ در بحث از اصل، ناظر به فروع مسئلهی معاطاه نیست، بلکه بحث ایشان در خود معاطاه است که آیا اصل در آن لزوم است یا جواز. شاهد بر این مدعی هم این است که ایشان در مقام استدلال برای اثبات اینکه اصل در معاطاه لزوم است به استصحاب بقای سلطنت قبل از معاطاه تمسک کرده و میگویند که شخص قبل از حصول اباحی شرعیه بر ملک خودش سلطنت داشت، حال نمیدانیم که آیا این اباحی شرعیه سلطنت را به هم میزند یا نه که شیخ به استصحاب سلطنت را ثابت میکند. همین که حالت قبل از معاطاه در نظر گرفته شده است، شاهد بر این است که مورد بحث اصل معاطاه است، نه ملزومات آن. شاهد دیگر بر اینکه مقصود شیخ در بحث از اصل اولی، راجع به خود معاطاه است و نه راجع به ملزومات، این است که ایشان در ضمن بحث از ادلهی ثمانیه میفرماید که اقتضاء استصحاب لزوم است، در حالی که در بحث ملزومات \_ که مبتنی بر این است که معاطاه لازم

ص: ۵۸۳

نباشد \_ اقتضاء استصحاب عدم لزوم است، زیرا در ملزومات بحث ما در این است که بعد از اینکه قرار شد معاطاه لازم نباشد، ببینیم که چه عواملی موجب لزوم معاطاه میشود و در بحث ملزومات نمیتوانیم به ادلهی ثمانیه که یکی از آنها استصحاب است، تمسک کنیم. پس بنابراین اشکال مرحوم سید محمد کاظم بر شیخ وارد نیست که چرا شما در اینجا بحث از ملزومات می کنید، زیرا بحث شیخ در اصل اولی راجع به خود معاطاه است، نه ملزومات آن. پرسش: ... پاسخ: این بحث ربطی به کلام ایروانی ندارد و بحث دیگری است. مطلب دیگر عبارت از این است که اگر در معاطاه قائل به اباحه شدیم، آیا معاطاه لازم است یا لازم نیست. شیخ بر حسب کلماتی که از ایشان وارد شده است، لزوم را دو گونه تفسیر کرده است، در یک تفسیر میفرماید که مراد از لزوم این است که اباحه تا آخر باقی است و همان طور که قبل از تلف مثل و قیمتی بر گردش نیامده بود، حال هم که تلف عینین محقق شد، باز اباحه باقی بوده و ذمهی شخص به مثل و قیمت مشغول نشده است، زیرا شخص قبلاً اشتغال به مثل و قیمت نداشته است و الاً هم همان عدم اشتغال را ثابت میکنیم. ایشان در اینجا لزوم را این طور تفسیر میفرماید، اما در فصل بعدی در باب تلف احد العینین میفرماید که اگر ما قائل به اباحه شدیم، باید ببینیم که اقتضاء اصل لزوم است یا عدم لزوم. ایشان در اینجا لزوم را به اباحه نمیزند که آیا اباحه لازم است یا لازم نیست، بلکه ایشان

میگوید که باید بینیم که آیا عقد لازم است یا لازم نیست. ایشان در اینجا اباحه را مفروغنه دانسته و میفرماید که باید بررسی بکنیم که آیا عقد لازم است یا لازم نیست. تا قبل از تلف اباحه بوده است، اما قهراً بعد از تلف جعل اباحه معنی ندارد و چون شارع مقدس در مقابل این اباحه، به دیگری اباحه داده بود، قهراً اباحهی طرف مقابل هم از بین میرود و در نتیجه امر دائر بین یکی از این دو امر است: احتمال اول این است که بگوییم من مالک عینی هستم که در دست طرف مقابل است، منتهی چون عین او در دست من تلف شده است، من به مثل و قیمت بدهکار او هستم و میتوانم عین خودم را از او پس بگیرم و نسبت به مثل و قیمت هم بدهکار او هستم و مسلماً اباحه در اینجا منتفی شده است. احتمال دوم هم این است که بگوییم این عقد (هر چند شارع اباحه را امضاء کرده است) بر اساس تملیک طرفین واقع شده بود و قبل از تلف احد العینین، مطابق قراردادی که قبلاً بسته بودند، ملکیت برای طرفین حاصل میشود و خلاصه اینکه ایشان در اینجا لزوم و جواز را نسبت به خود عقد انشاء در نظر گرفته است نه نسبت به اباحهای که شارع آن را امضاء کرده است. پس بنابراین شیخ در همین بحث ملزومات لزوم را دوگونه تحلیل فرموده است و مطلب خیلی به هم ریخته است. و اما بحث دیگر اینکه ما در اینجا قائل به چه چیزی بشویم؟! شیخ به طور قطعی و مسلم فرموده است



که باید قائل به یکی از این دو نظر بشویم: یا آن شیء موجود ملک من است و من در مقابل عین تلف شده بدهکار مثل و قیمت هستم و یا اینکه بگوییم آن شیء موجود که ملک من بود، وقتی که تلف واقع میشود، آن عین هم ملک دیگری میشود. منتهی به نظر میرسد که دلیل معتنیه برای اینکه بگوییم در صورتی که استصحاب اقتضاء بکند که این عین موجود باز هم در ملک من باقی باشد، من بدهکار مثل و قیمت باشم، وجود ندارد و تنها دلیلی که برای این مطلب بیان شده است، علی الید میباشد و طبق علی الید ملک دیگری در دست تلف شده است و مجانی هم نبوده است که از تحت این قاعده خارج باشد و لذا وقتی من ملک خودم را از دیگری تحویل میگیرم، باید در مقابل ملک دیگری که در دست من تلف شده است، مثل و قیمتش را به او بدهم. شیخ در اوائل معاطاه قائل به همین مطلب شده است، ولی این فرد که به این نحو تحریر شده باشد، در کلمات قدماء ثابت نیست و در ثانی راوی این روایت سمره بن جندب کذابی است و در بیان علت عدم ذکر این حدیث توسط بخاری و مسلم هم گفتهاند که حسن بصری که این حدیث را از سمره نقل میکند، از سمره فقط یک حدیث شنیده است که آن هم غیر از این حدیث است، بنابراین این حدیث را وارد نکردهاند، البته مستدرک حاکم این مطلب را قبول نکرده و گفته است که قاعدهاش این بود که شیخین هم این روایت را

وارد می‌کردند. خلاصه اینکه خود سنیها هم خیلی به این روایت اعتناء نکرده‌اند و تفسیری هم که از این روایت شده است، بر خلاف تفسیری است که ما می‌کنیم و فرد ظاهرش را هم این دانسته‌اند که وقتی کسی یک چیزی را می‌گیرد، تا ردّ نکند، نسبت به آن مسئول است و متفاهم عرفی عبارت از این است که وقتی کسی چیزی را عاریه گرفته که استفاده بکند، تا ردّ نکرده است، ضامن مثل و قیمت است و اینها به خصوص عاریه حمل کرده‌اند و این مطلب بر حسب ادلهی ما باطل است و بنا بر ادلهی ما عاریه ضمان ندارد و علمایی هم که این قاعده را بیان کرده‌اند، شاید جهات دیگری مانند بنای عقلاء و بعضی جهات دیگر را ضمیمه کرده و در مقابل آنها استدلالاتی آورده‌اند. خلاصه اینکه به نظر میرسد ما نمیتوانیم برای اثبات مثل و قیمت به علیالبدل تمسک بکنیم و چون اباحه هم در مقابل اباحه بوده است، بنابراین اباحه هم با تلف احد العینین باطل میشود و بنا بر اقتضاء استصحاب، شخص مالک عین موجود است و هیچ چیزی هم به طرف مقابل بدهکار نمیشود، همان طور که شیخ در جایی که هر دو عین تلف شده باشند، میفرمود که ملکیت هر دو باقی است و هیچ کدام بدهکار دیگری نیستند. عرض ما هم این بود که در غالب مواردی که هر دو عین تلف میشوند الا در موارد نادر، تلف شدن به صورت تدریجی است که یکی اول تلف میشود و دیگری بعداً تلف میشود و مقتضای عبارت شیخ این است که در این صورت غالب هر دو تا آخر

مالک ملک خودشان هستند و هیچ کدام هم نسبت به دیگری بدهکار نیست. پرسش: اباحه ی که در این مدت وسط هست، لازم است یا جایز؟ پاسخ: سلطنت اقتضاء میکند که بتوانند اباحه را به هم بزنند، چون اباحه مالکی قراردادی نیست، بلکه شرع مقدس برخلاف «الناس مسلطون» حکم به اباحه کرده است. «الناس مسلطون» میگوید که بدون رضایت مالک نمیشود در مال او تصرف کرد و این مورد به وسیلهی اجماع یا هر دلیل دیگری تخصیص خورده است و شخص میتواند تصرف بکند، اما راجع به ردّ اباحه معلوم نیست که «الناس مسلطون» تخصیص خورده باشد و شیخ هم به «الناس مسلطون» تمسک کرده و میفرماید که مال در ملک مالک است و از شرع مقدس هم راجع به اینجا چیزی ثابت نیست و لذا شخص میتواند اباحه را به هم بزند. البته مرحوم آخوند در اینجا فرمایشی دارند که آقای خویی هم خیلی مصرّ بر این مطلب است که بگوییم بر اساس «أوفوا بالعقود» قبل از تلف یک خروج آنامائی از ملکیت شخص حاصل میشود و ملکیت طرف دیگر هم الی الابد باقی میماند و خلاصه اینکه یک قراردادی کردهاند و ما ملتزم به عام شده و اخذ به قرارداد طرفین میکنیم. عرض بنده این است که اگر این دو بزرگوار این مطلب را نگفته بودند، اصلاً این بحث قابل طرح نبود که بگوییم یک چنین قراری وجود دارد و عموماً هم اقتضاء میکند که طرفین راضی به این مطلب شدهاند که چنین جریانی باشد که یک طرف بعد از ملکیت هیچ استفادهای نکند، ولی طرف دیگر تا آخر مالک باشد و به نظر

میرسد که استدلال به «أوفوا بالعقود» در اینجا تمام نباشد و اگر ما قائل به اباحه شدیم، این اباحه تا آخر باقی است و هیچ وقت ملکیت حاصل نمیشود، منتهی گاهی این اباحه از بین میرود و گاهی هم هست. اما اگر در فرض نادر هر دو عین در آن واحد تلف شده باشند، میگوییم که اباحه تا آخر باقی است و ملک هر کدام از کیسهی خود مالکک اولی خارج شده و اما در غالب موارد که تلف به صورت تدریجی است، بعد از تلف شدن یکی از دو عین، اباحه هم از بین میرود. پرسش: فرقی نمی کند. پاسخ: فرقی می کند. در جایی که تلف به صورت تدریجی است، وقتی یکی از دو عین از بین رفت، چون اباحه در مقابل اباحه بوده است، اباحه نسبت به عین موجود نمیتواند ادامه پیدا بکند و اباحه کلاً منعدم میشود. منتهی بحث در این بود که وقتی یکی از دو عین تلف شد، ملکیت عین موجود تبدیل میشود یا بر همان ملکیت سابق باقی است؟ ما میگوییم که همان ملک سابق است و دلیلی بر تبدیل نداریم. این خلاصه این بحث بود و این بحث دیگر تمام است. یک نکتهی دیگری که باید به آن اشاره بکنیم، این است که مرحوم آقای ایروانی میفرماید شیخ راجع به جایی که احد العینین تلف شده باشد، به «الناس مسلطون» تمسک کرده است و بهتر این بود که در عدم لزوم عقد هم به «الناس مسلطون» تمسک میکردید، نه اینکه عدم لزوم را با استصحاب بقای ملکیت ثابت بکنید. اشکال ایشان به شیخ این است که چرا ایشان با

وجود دلیل اجتهادی به اصل تمسک کرده‌اند. البته این اشکال ایشان به شیخ وارد نیست، زیرا در این مسئله احتمال می‌دهیم که با تلف شدن عین، طرف مقابل مالک عین موجود شده باشد و تمسک به «الناس مسلطون»، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود، زیرا من نمیدانم که این عین مال اوست یا نه و لذا باید به سراغ استصحاب بروم و بگویم که این عین قبلاً مال او بوده و الان هم مال اوست و دلیل اجتهادی موضوع خودش را تعیین نمی‌کند و موضوع در اینجا مصداق خود عام است. پس بنابراین این اشکال ایشان به شیخ وارد نیست. پرسش: تعبیر شیخ این است که «مضافاً الی ما قد یقال». پاسخ: مقصود ایشان عبارت «قد یقال» نیست، بلکه اشاره به این است که چرا شیخ در اول بحث تمسک به استصحاب کرده است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### برخی از مباحث تنبیه ششم معاطاه ۹۱/۱۲/۲۰

Your browser does not support the audio tag

برخی از مباحث تنبیه ششم معاطاه بحث‌های اساسی راجع به تنبیه ششم معاطاه گذشت و فقط یک توضیح مختصری مانده است که امروز به آن اشاره می‌کنیم. یک مطلبی که مناسب است به آن اشاره شود، فرمایش آقای ایروانی راجع به این مسئله است که در جایی که تراذ مقدور نباشد، آیا با رد هم میتوانیم عقد را به هم بزنیم یا نه؟ ایشان برای اثبات اینکه با رد هم میشود عقد را به هم زد، می‌فرماید که حق رد مرکب از شئین نیست که هم مال خودش را رد کند و هم مال دیگری را و بر همین اساس همان طور که با تراذ میشد عقد را به هم زد،

ص: ۵۹۰

با رد هم میشود عقد را به هم زد. عرض ما نسبت به فرمایش ایشان این است که برای اینکه اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر محقق بشود، لازم نیست که حتماً رد مرکب باشد، بلکه اگر مقید هم باشد و بخواهیم حکم مقید را به فاقد قید و بلا قید حمل بکنیم، اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر خواهد شد، زیرا ولو اینکه رد حق شخص است، ولی احتمال می‌دهیم که وقتی شخص این حق را داشته باشد که رد او متعقب و مقرون به رد دیگری باشد و در جایی که رد شخص اقتران به رد دیگری نداشته باشد، هر دو رد بلا- اثر است و در صورتی که از مرکب یا مقید به غیر مرکب و فاقد قید تجاوز بشود، اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر می‌باشد. مطلب دوم اینکه شیخ در جایی که عوضین تلف شده باشند، بنا بر ملکیت، می‌فرماید که ما دلیلی بر اینکه بتوان عقد را به هم زد، نداریم و از اول هم به غیر از تراذ، هیچ دلیلی برای به هم زدن عقد نداشتیم. تراذ هم که بعد از تلف عینین ممکن نیست، پس بنابراین نمیشود عقد لازم است و نمیشود آن را به هم زده و اجره المثل یا قیمه المثل قرار داد. ایشان اشکال ثبوتی نمی‌کنند، بلکه اشکال اثباتی کرده و می‌فرماید که در صورت تلف عینین امکان به هم زدن عقد وجود دارد، کما اینکه در خیارات بعد از تلف هم میشود به هم زد، اما اثباتاً دلیلی بر وجود چنین چیزی نداریم، زیرا در اینجا اگر بخواهیم استصحاب را جاری

ص: ۵۹۱

کنیم، حالت سابقه وجود ندارد. پرسش: آیا تراژ در مقابل فسخ، اعم از قولی و فعلی نیست؟ پاسخ: بنده تردید دارم که مراد اعم است یا نه، ولی هر چه که هست، مربوط به عقد نیست و مشکوک است که آیا مراد از تراژ فقط عملی است، یا قولی را هم میگیرد، ولی تراژ در مقابل فسخ است و به عقد نمیخورد. اما بنا بر قول به اباحه به نظر میآید که همان طوری که بنا بر ملکیت حتی بعد از تلف هم ممکن بود شارع بفرماید که این عقدهای که قبلاً واقع شده است را کلا عقد فرض کنید و در نتیجه برگشت به اجره المثل و قیمة المثل بشود، ولی چنین چیزی از شارع ثابت نشده است، در باب اباحه هم چنین احتمالی وجود دارد، ولی مرحوم شیخ در اینجا این احتمال را نمیدهد و بعد از تمام شدن مطلب میفرماید که تا وقت تلف اباحه باقی بوده است و دلیلی هم برای اثبات مثل و قیمت نداریم و قاعده‌ی علیالید هم چنین چیزی را اثبات نمیکند. ایشان این مطلب را در همین جا تمام کرده و میفرماید که این مطلب واضح است که اباحه تا موقع تلف باقی است و مثل و قیمتی هم بر گردن شخص نیست، در حالی که بحث در این است که ولو تا وقت تلف اباحه باقی بوده است، اما آیا بعد از تلف میشود انشاء را کلا انشاء فرض بکنیم؟ همان طور که بنا بر قول به ملکیت می‌گفتیم چنین چیزی امکان دارد، ولی دلیلی بر ثبوتش نداریم. شیخ در فرض ملکیت اشکال اثباتی میکند، اما در فرض اباحه چنین اشکالی نمیکند

و کأن این مطلب را مفروغنه گرفته است که اگر اباحه تا وقت تلف ادامه داشته باشد، دیگر نمیشود اباحه را به هم زد. اما بحث در این است که چرا همان احتمالی که بر فرض ملکیت بود، در اینجا مطرح نباشد؟! شاید نظر شیخ این باشد که بنابر قول به ملکیت، عقد واقع شده است و خارجیت پیدا کرده است، ولی میخواهیم که این قرارداد را کالعدم بکنیم و فسخ العقد بنابر ملکیت درست است، زیرا ملکیت \_ که قرار بین طرفین بوده است \_ واقع شده است و ما میخواهیم بعد از تلف عینین این قرار را کلاً قرار بدانیم و بگوییم که کأن از اول هم طرفین مالک نشده‌اند. اما در علی القول بالاباحه چنین قراری تحقق پیدا نکرده است تا بخواهیم آن را فسخ بکنیم و فرق بین اینجا با جایی که ملکیت حاصل شده است در این است که در اینجا مشکل ثبوتی دارد، زیرا قراری تحقق پیدا نکرده است تا انسان بخواهد آن را فسخ بکند، ولی در مسئله ملکیت قراری تحقق پیدا کرده است، اما میخواهیم در عالم اعتبار آن را کالعدم حسابش بکنیم. شاید نظر شیخ چنین چیزی بوده است، ولی ممکن است که بگوییم وقتی شارع مقدس حکم به اباحه کرده است، موضوع این اباحه عبارت از تحقق انشائی معاطاه است، به این معنی که طرفین به وسیله معاطاه قراری بسته و قصد تملیک کرده‌اند، اما شارع این تملیک را امضاء نکرده است، منتهی حکم به اباحه نموده است و اجماع یا هر دلیل دیگر هم کاشف از این است که شارع اباحه را امضاء کرده

است و لذا ممکن است بگوییم که میشود این طور تصور کرد که وقتی تلف عینین واقع شد، شارع میتواند بگوید که این قراری را که شما بسته بودید و من به یک شکلی امضاء کرده بودم، کلاً قرار اعتبار کرده و میگوییم که کأن شما هیچ قراری نبسته بودید و مثل این میشود که اصلاً بدون اباحه در ید طرفین عینی تلف شده باشد که تبدیل به مثل و قیمت میشود. پرسش:.... پاسخ: همان طوری که بنا بر ملکیت میگویید که قابل فسخ است، در اباحه هم میشود فرض کرد که اصلاً چنین قراری نبوده است، زیرا موضوع اباحه عبارت از قرارداد است و میشود این طور فرض کرد که اصلاً قراردادی بسته نشده است، تا حکم به اباحه بشود و هیچ اشکال ثبوتی در اینجا وجود ندارد. پرسش: فسخ به خود انشاء تعلق می گیرد یا به اثر انشاء؟ پاسخ: عرض بنده این است که این امکان وجود دارد که شارع بگوید من این قراری را که بستهایم، کلاً قرار به حساب میآورم و بالاخره چون شما قرار بستهایم، من یک چنین اباحهای را جعل کردهام و اگر قرار نبسته بودید، اباحه را هم جعل نمیکردم. پس بنابراین هیچ منعی وجود ندارد که شارع این قرارداد را کالعدم فرض بکند، منتهی ما دلیل اثباتی بر این مطلب نداریم. پرسش: اگر فسخ شد، منافع مستوفات هم بر میگردد؟ پاسخ: یکی از مواردی ضمان هم بعد از ضمان مثل و قیمت، منافع مستوفات است و همهی اینها برگشت میکند. پرسش:.... پاسخ: شیخ روی این فرض بحث میکند که وقتی ما فسخ میکنیم، فرض میکنیم که چنین قراردادی از اول نبوده



است و بنا بر قول به ملکیت هم فرمودند که وقتی بعد از تلف فسخ میکنیم، اینطور اعتبار میکنیم که شخص از اول مالک نبوده است. یک مطلب دیگری که ما سابقاً هم عرض کردیم، این است که در مباحث شیخ در اباحهای که بنا بر تلف عینین باشد و اباحهای که بنا بر تلف یکی از دو عین باشد، یک نحوه تهافتی وجود دارد، زیرا ایشان لزوم را در صورت اول این طور تفسیر کرده است که شخصی که مالک اصلی است، نتواند اباحی خود را از بین ببرد و جواز به این معنی است که بتواند این اباحه را از بین ببرد، ولی در مسئله تلف احد العینین لزوم را به معنای لزوم العقد و جواز را به معنای عدم لزوم العقد تفسیر فرموده‌اند. به عبارت دیگر وقتی تملیک حاصل شده است، تملیک الالزام بوده است. خلاصه اینکه ایشان برای لزوم دو تفسیر متفاوت بیان فرموده‌اند و در مسئله تلف احد العینین هم عدم بقای اباحه را قطعی دانسته‌اند، زیرا وقتی اباحه در یکی از دو طرف منتفی شد، طرف مقابل هم قهراً نمیتواند اباحه داشته باشد و فقط بحث در این است که آیا این عین تلف شده به مسمی تبدیل میشود یا نه و الا اباحه مقطوع العدم است بخلاف جایی که هر دو عین تلف شده باشند. خلاصه اینکه این اختلافاتی که در فرمایشات شیخ وجود دارد برای ماحل نشده است و ما نمیدانیم که شیخ به چه مناسبت در یک جا یک طور مشی کرده است و در جای دیگر به گونهای دیگر مشی کرده است. دیگر در این مسئله بحث قابل ملاحظه‌های

Your browser does not support the audio tag

تنبیه هفتم معاطاه در این مسئله که یکی از عینها تلف شده است، بحث در این بود که آیا طرف مقابل مالک آن عینی که در دست اوست، میشود، یا نه؟ شهید ثانی این قول را اختیار کرده است که طرف مقابل مالک میشود و بحث دیگری که ایشان در اینجا ذکر میفرمایند این است که وقتی طرف مقابل مالک میشود و ملکش هم لازم است، بحث در این خواهد بود که آیا اینکه این عین در دست اوست به عنوان بیع است، یا به عنوان یک معاوضه‌ی مستقله‌ای که غیر از معاوضات مشهور است؟ ایشان در اینجا برای هر کدام از این دو قول وجهی بیان میفرمایند، ابتداء در بیان وجه بیع بودن میفرمایند که چون معاوضات محصور است و اسماء معاوضاتی که فقهاء ذکر کرده‌اند، محصور است و اگر این مورد را بیع ندانیم، داخل در هیچ یک از این معاوضات نیست. پس بنابراین بهتر این است که بگوییم این مورد داخل در بیع است. البته عبارت ایشان در اینجا یک قدری اندماج دارد. ایشان در بیان وجه بیع بودن می فرماید که معاوضات محصور است و این مورد داخل در هیچکدام از معاوضات نیست، پس داخل در بیع است. ابتداءً به نحو سالبه‌ی کلیه نفی شده و بعد به صورت موجب جزئیة اثبات شده است و این دو با هم تناقض دارند. یک احتمال هم هست که تسامح در تعبیر شده باشد و تعبیر دیگر هم عبارت از این است که داخل در هیچکدام نیست، ولی به بیع نزدیکتر است و میتوانیم آن

ص: ۵۹۶

را بیع حساب کرده و احکام بیع را بر آن بار بکنیم، زیرا بنای متعاملین از ابتداء بر معامله‌ی بیعی بوده است و هر چند شارع در ابتداء امضاء نکرده است، ولی بعد میخواهد که امضاء بشود و اینکه در این مورد بگوییم مطابق قرارداد طرفین مورد امضاء قرار گرفته و احکام بیع بر آن بار بشود، اولی از این است که یک چیزی را که داخل در معاوضات نیست را محکوم به حکم معاوضه بکنیم و یک چیز جدیدی بیاوریم. خلاصه اینکه عبارت ایشان در اینجا عبارت مندمجی است. و اما وجه اینکه بگوییم احکام بیع بار نمیشود، این است که وقتی یک چیزی از ابتداء انعقادش به عنوان بیع نبوده است، چطور وقتی یکی از دو عین تلف میشود، بیع محقق میشود؟! خلاصه اینکه چنین چیزی خیلی بعید است. عبارت ایشان این است: «أنَّ الشَّهيدَ الثَّانِي ذَكَرَ فِي الْمَسَالِكِ وَجْهَيْنِ فِي صَيْرُورِهِ الْمَعَاوَاهُ بِيَعًا بَعْدَ التَّلْفِ أَوْ مَعَاوُضَهُ مُسْتَقْلَةً، قَالَ: يَحْتَمِلُ الْأَوَّلُ (بَيْعٌ بُوْدُن) لِأَنَّ الْمَعَاوُضَاتِ مَحْصُورَةٌ وَ لَيْسَتْ إِحْدَاهَا، وَ كُنْهَهَا مَعَاوُضَةٌ بِرَأْسِهَا يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ». یعنی اگر بخواهیم بگوییم که غیر از این معاوضاتی که اشخاص ذکر کرده‌اند، معاوضه‌ی دیگری وجود دارد، احتیاج به دلیل داریم. اگر یک معاوضه‌ی عرفی مدتی معاوضه نشود و بعد دوباره معاوضه بشود، در اینجا احتیاج به دلیل مثبت شرعی نداریم و خود بنای عقلاء یک چنین معاوضه‌های را اثبات میکند و همین مقدار که شرع ردّ نکرده باشد، کفایت میکند. ولی اگر بخواهیم بگوییم که بر خلاف بنای عقلاء، شرع مقدس یک معاوضه‌ی مستقلی را جعل کرده است، احتیاج به دلیل شرعی داریم و بدون

ص: ۵۹۷

دلیل شرعی نمی‌توانیم چنین چیزی را بگوییم. بعد ایشان میفرمایند که ثمرهی این بحث این است که اگر عنوان بیع در اینجا صادق باشد، احکام خاصهی بیع جاری خواهد بود، ولی اگر عنوان بیع را صادق ندانستیم، احکام خاصه بیع در اینجا جاری نخواهد بود، بلکه احکام مشترکهی کلی معاوضات در اینجا جاری خواهد بود. مثلاً خیار حیوان - که سه روز است - مخصوص بیع و شراء است، «الخيار للحيوان للمشتري ثلاثة ايام». وقتی یکی از دو عین تلف شده باشد و دیگری موجود باشد، اگر این مورد داخل در بیع باشد، مشتری نسبت به عین موجود خودش خیار دارد و میتواند اعمال خیار بکند و در صورتی که داخل بیع نباشد، چنین خیاری ثابت نخواهد بود. منتهی بحث دیگری که ایشان به آن اشاره میفرمایند این است که مبدأ این خیار حیوان از چه زمانی خواهد بود؟ آیا سه روز خیار حیوان از وقتی که عقد معاطاه واقع شده است، محاسبه میشود و قهراً اگر تلف بعد از سه روز واقع شده باشد، دیگر این خیار جاری نخواهد بود؟ یا اینکه مبدأ خیار از زمانی است که یکی از دو عین تلف شده؟ ایشان این دو احتمال را در اینجا ذکر کرده و میفرمایند که مشکل احتمال اول این است که با توجه به اینکه فقهاء معاطاه را بیع نمیدانند، اگر مبدأ سه روز را از اول معاطاه بدانیم، مخالف با فتوای اصحاب خواهد بود. اما اگر قائل به احتمال دوم بشویم - که سه روز را از زمان تلف محاسبه نکنیم - در این صورت هم این اشکال خواهد بود که ظاهر ادله عبارت از

این است که این حکم بر بیع بار شده است، نه بر تصرف بیع که در اینجا عبارت از تلف شدن است. خلاصه اینکه هر کدام از این دو احتمال مشکل دارد و بعد خود شهید میفرماید که اقوی عبارت از این است که بنا بر مسلک غیر شیخ مفید و تابعین ایشان- که معاطاه را از اول لازم می دانستند- خیار حیوان نباشد و ظاهر خیار حیوان عبارت از این است که از همان روزی که حیوان به دست شخص میآید تا سه روز میتواند آن را امتحان بکند و خوب و بد حیوان را تشخیص بدهد و آن را نگه دارد یا ردّ بکند، اما اگر یک سال حیوان در دست او باشد و بعد از تلف شدن بخواهد آن را برگرداند، این خلاف ظاهر است و ظاهراً سه روز باید از همان ابتداء در نظر گرفته بشود. عبارت ایشان این است که «و الأقوی عدم ثبوت خیار الحیوان هنا؛ بناءً علی أنّها لیست لازمه». پرسش: ... پاسخ: این بحثهایی که مطرح شده است- همانطوری که شیخ هم میفرماید- بنا بر این است که ما معاطاه را مفید اباحه بدانیم، ولی اگر معاطاه را از اول مفید ملک متزلزل بدانیم، از ابتداء بیع خواهد بود و این بحثها مطرح نخواهد بود. مطلبی دیگری که احتمال میدهم شیخ به آن اشاره نکرده باشد، این است که این بحث الامرالسابع متفرع بر این است که ما حتماً بدانیم که عینی که عوض قرار گرفته است، موجود است و ملک ذوالید میشود، منتهی بحث ما در این خواهد بود که آیا به عنوان بیع ملک ذوالید میشود، یا به

عنوان معاوضه برأسها؟ ولی طبق تحقیق که شهید ثانی هم وجهی برای آن ذکر میکرد- اگر یک عینی به نحو اباحه در دست شخص بود و عین طرف مقابل تلف شد، ذوالید مالک این عین نمیشود، منتهی شخص باید اجره المثل یا قیمه المثل یا ثمن المثل را بدهد. البته مرحوم آخوند و آقای خوئی مصرّ بر این مطلب هستند که با «أوفوا بالعقود» اثبات می کنیم که از زمان تلف بیع واقع شده و احکام بیع هم بر آن بار میگردد، منتهی ما این مطلب را قبول نکردیم و به نظر ما هیچ وجهی برای این تبدیل وجود ندارد و به صرف تلف شدن یک عین، ملک دیگری که در دست من است، ملک خودم نمیشود و دلیلی بر این مطلب نداریم. بنابراین بحث الامر السابع بر این فرض است که خود همین مسمی که وجود دارد، ملک طرف مقابل بشود، ولی آنچه که ما اختیار کردیم این بود که لازم نیست ثمن المثل و اجره المثل هم بدهد و آنچه در دست طرف شخص وجود دارد، بعد از تلف هم ملک مالک اصلی است و ثمن المثل و امثال آن هم ثابت نیست و نمیتوانیم با علیالید و امثال آن چنین چیزی را اثبات بکنیم، مگر اینکه این قاعده مؤید به دلیل دیگری باشد. پس بنابراین ملکیت مالک اصلی بر جای خودش باقی است و تبدیلی در کار نیست. پرسش: اباحه هم لازم نمی شود؟ پاسخ: اباحه هم از بین رفته است و لازم به آن معنی نیست. پرسش: یعنی باید مالش را پس بدهد؟ پاسخ: اگر مالک راضی نشد، باید ملک او را پس بدهد،

زیرا در مقابل آن شیء چیزی دیگری وجود ندارد. پرسش: خلاف سیره نمی شود؟ پاسخ: خیانت که نبوده، بلکه تلف بوده است. چه سیره ای در کار هست؟ بی اجازه بوده؟ شخص که اتلاف نکرده است، تلف سماوی شده است و این شیء به صورت امسانی در دست او بوده است و هیچ خیانتی هم نکرده است که بخواهیم با علیالبد چیزی بر او ثابت بکنیم. پرسش: یعنی در ادامه اش دوباره برود اجاره بگیرد؟ پاسخ: بله، چون اباحهی شرعی در مقابل اباحه بوده است و در اینجا زمینه برای اباحهی طرف مقابل از بین رفته است، این اباحه هم در کار نخواهد بود. البته اگر رضایت جدید واقع بشود، مانعی از تصرف وجود ندارد. پرسش: اگر اتلاف بوده باشد، چطور است؟ پاسخ: اتلاف نیست، بلکه فرض بحث تلف است. خلاصه اینکه چون معمولاً آقایان متأخرین اصل معامله را از اول لازم میدانند، این بحث جاری نخواهد بود و بر اساس مبنای سابقین و قدماء این بحث مطرح خواهد بود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

**بررسی تنبیه هفتم معاطاه ۹۱/۱۲/۲۳**

Your browser does not support the audio tag

بررسی تنبیه هفتم معاطاه در تنبیه سابع شیخ فرمایشاتی دارند که مرحوم آقای خوئی هم همان مطالب را بیان کرده‌اند، منتهی تفاوت شیخ و ایشان در این است که شیخ به صورت سامرائی بحث میکند، ولی آقای خوئی به صورت نجفی. از مرحوم آقای حاج میرزا عبدالله مجتهدی شنیدم که میفرمود: مثل نجفیها «إنما» و مثل سامرائیهها «لعل» است. همان بحثی را که شیخ با عنوان «ظاهر» از آن تعبیر میکند، به صورت بتی است و کأن اصلاً احتمالی در آن قابل طرح نیست. از مرحوم والد شنیدم که

ص: ۶۰۱

میفرمود: یک مظنون علمی نسبت به سه تا از بزرگان هست که میگویند: مطلبی را که محقق اردبیلی احتمال داده است، صاحب مدارک ظنّ به آن نموده و صاحب ذخیره هم قطع به آن کرده است. چنین سیری در کلمات این بزرگواران هست. خلاصه اینکه در بحث تنبیه سابع که بعد از واقع شدن تلف نمیدانیم لزومی که حاصل میشود، بیع لازم است یا معاوضهی لازمه، شیخ میفرماید که این بحث از فروع قول به اباحه است، نه قول به ملک، آقای خوئی هم همین مطلب را میگوید، منتهی شیخ به طور «ظاهر» تعبیر میکند، ولی آقای خوئی به طور «بتی» و «یقینی» تعبیر میفرماید. شیخ میفرماید که کأن اشکال ثبوتی در این مسئله نیست و ممکن است که ما علی القول بالملکیه هم بتوانیم همین بحث را طرح کنیم، ولی اثباتاً چنین بحثی خلاف ظاهر ادله است. ممکن است که به این بیان بتوانیم بنا بر قول به ملکیت هم این بحث را طرح کنیم که قبلاً ملکیت متزلزل بوده است، ولی نمیدانیم که آیا بیع متزلزل بوده است، یا معاوضهی متزلزله؟ ملکیت هست، ولی نمیدانیم که این ملکیت به عنوان معاوضه است، یا به عنوان بیعیت و هر دو صورت قابل تصور میباشد و در نتیجه میتوانیم بگوییم که بعد از آمدن ملزم، اگر قبلاً بیع متزلزل بوده است، تبدیل به بیع لازم میشود و اگر هم قبل از تلف معاوضهی غیر لازم بوده است، بعد از تلف مبدل به معاوضهی لازمه میگردد. بنابراین شیخ میفرماید که این بحث قابل طرح میباشد، اما بر اساس ظواهر ادله باید این تردید قبل از ملزم

ص: ۶۰۲

را کنار گذاشته و بگوییم که قبل از تلف آنچه بوده است، بیع غیر لازم می‌باشد و در نتیجه اگر قبل از ملزومات فقط بیع غیر لازم باشد، دیگر جایی برای طرح این مسئله که بعد از ملزومات بیع لازم محقق می‌شود یا معاوضه‌ی لازم، نخواهد بود. در ابتداء این احتمال وجود داشت که قبل از ملزومات یا بیع باشد و یا معاوضه، منتهی چون محقق کرکی و برخی دیگر دعوای اجماع بر بیع غیر لازم کرده‌اند، اثباتاً محلی برای احتمال معاوضه‌ی غیر لازم وجود نخواهد داشت تا ما بعد از آمدن ملزومات بگوییم که بیع لازم حاصل می‌شود، یا معاوضه‌ی لازم. پس این مسئله که بعد از ملزومات، بیع لازم حاصل می‌شود یا معاوضه‌ی لازمه از فروع مسئله قول به اباحه می‌باشد و بنا بر قول به ملکیت چنین فرعی مورد بحث قرار نمی‌گیرد. یک مطلبی را بر خلاف نظریه آقای خوئی می‌شود ادعاء کرد و آن این است که بیع مثل ملکیت نیست که به اختلاف اعتبارات فرق بکند. موضوعه کلمه‌ی ملکیت به اعتبارات مختلف با هم فرق دارد، مثلاً در اعتبار شرع یک چیزی ملک نیست، ولی عرف همان چیز را ملک میدانند و یا ممکن است که عکس این مطلب باشد و یا اینکه در یک مذهب ملک باشد، ولی در مذهب دیگر ملک نباشد. اشکالی ندارد که در امور اعتباری به اعتبارات مختلف نفی و اثبات بشود، ولی بیع امر اعتباری نیست تا بگوییم به اختلاف اعتبارات متفاوت است و به نظر ما هم لفظ در مقابل معنای اعم آن وضع شده است و حتی وقتی غاصب چیزی را می‌فروشد،

واقعاً فروختن واقع شده است و نمیتوانیم بگوییم که غاصب حقیقتاً نفروخته است. فروش برای نقل و انتقال اعتباری وضع نشده است تا بگوییم که به اعتبارات مختلف فرق میکند و همین که انشاء واقع بشود، موضوعه کلمهی فروش محقق میشود و چه این انشاء مورد امضاء شارع باشد و چه نباشد، حقیقتاً بیع واقع شده است و بر این اساس میتوانیم بگوییم که بدون تردید قبل از ملزومات، بیع بوده است و برای اثبات بیع بودن قبل از تلف، احتیاجی به اجماع هم نداریم و خلاصه اینکه شرع و عرف دو لغت متفاوت در کلمهی بیع ندارند و اینطور نیست که مانند امور اعتباری به اعتبارات مختلف متفاوت از هم باشد. پرسش: آیا میفرمایید که در ملکیت دو لغت وجود دارد؟ پاسخ: نه، دو اعتبار وجود دارد، یک کسی اعتبار ملکیت میکند، ولی کس دیگر اعتبار ملکیت نمیکند و لذا در برخی از موارد هم سلب ملکیت شده و میگوییم که مال او نیست و هم گفته میشود که مال اوست و یک لغت است، منتهی نفی و اثباتش با اعتبار است که به یک اعتبار نفی شده و به اعتبار دیگر اثبات میگردد. پرسش:.... پاسخ: در بیع شارع نمیگوید که نفروختند، بلکه میگوید که فروختند، اما خلاف شرع کردند و من قائل به نقل و انتقال نیستم و چون نقل و انتقال از امور اعتباری است، شارع میتواند آن را نفی بکند، اما فروش عبارت از نفس انشاء است و از امور اعتباری نیست. پرسش:.... پاسخ: بین بیع و ملکیت فرق وجود دارد، زیرا خود ما میگوییم که شخص خلاف شرع کرده است که



مثلاً این شیء را فروخته است و در اینجا بیع صحت سلب ندارد، اما امکان دارد که این شیء از نظر شرع ملک دیگری نشده باشد. پس این مطلب وجدانی است و این تفاوت بین این دو وجود دارد، اما بین این دو خلط شده است و خیال کرده‌اند که هر دو از امور اعتباری هستند. پرسش: ... پاسخ: عرض بنده این است که علی نحو الحقیقه میشود گفت که این شخص مالک نیست، ولی علی نحو الحقیقه نمیشود گفت که فروخته است و این مطلب را انسان بالفطره میتواند از استعمالات درک بکند. در مواردی هم که اشخاصی اموال مردم را میفروشند، بالفطره شما میگویید که ملک دیگری نیست، اما نمیتوانید بگویید که این اشخاص مال دیگری را نفروخته‌اند. پس به نظر ما چون بیع یک امر انشائی محض است، به اعتبارات مختلف متفاوت نمیشود و حقیقت شرعیه ندارد و در این مطلب هیچ حرفی نیست. پرسش: در واقع می‌فرمایید بیع انشاء است نه مُنشأ. پاسخ: بله، بیع انشاء هست. البته آقای خویی مثل اینکه بیع را نقل و انتقال حساب می‌کند و قهراً اگر نقل و انتقالی حاصل نشد، شرع کأن آن را بیع نمیداند، منتهی ایشان مدعی است که در اعتبار لازم نیست که امضاء شرع از اول آمده باشد تا صدق بیع شرعی بکند و هر وقتی که امضاء شارع بیاید، از اول بیع شرعی بر آن صدق میکند، مثل اینکه اگر کسی فضولی ملک دیگری را فروخته باشد و بعد از ده سال مالک متوجه شده و امضاء بکند، ایشان مدعی این است که در این ده سال از اول بیع

شرعی واقع شده است. البته اگر قائل به این هم بشویم که بیع به معنای نقل و انتقال وضع شده است، باز بحث دیگری وجود دارد که قائل به کشف بشویم یا نه و اگر قائل به کشف نشویم، اثبات این ادعای ایشان خیلی مشکل خواهد بود و لازم نیست که حتماً ما بیع را از روز اول شرعی بدانیم، کما اینکه تا وقتی قبض نشده باشد، شرع بیع را امضاء نمیکند. در باب صرف و سلم هم این مباحث وجود دارد. پرسش: شاید مقصور ایشان این است که اگر ملکیت حاصل بشود، امضاء شده است، چه جایز باشد چه لازم. پاسخ: نه، ایشان در قول به اباحه هم میگویند که از اول ملکیت شرعی است و تصریح به این مطلب فرموده‌اند. طبق فرمایش ایشان از روز اول بیع شرعی است، حتی بنابر قول به اباحه. ما هم عرض کردیم که اگر بیع را از امور اعتباری ندانیم \_ کما اینکه عقیده‌ی ما این است \_ از اول بیع است، اما اگر بیع را از امور اعتباری بدانیم، به اعتبارات مختلف فرق میکند. پرسش: سؤالی که مرحوم شهید ثانی می‌فرمایند تا خیار حیوان را متفرع بر آن بکنند، این است که از منظر عرف آیا این بیع است یا نه؟ پاسخ: ایشان می‌خواهد بگوید که ما شرعاً احکام بیع را بار بکنیم، یا احکام معاوضه‌ی مستقله را؟ پرسش: بیان حضرتعالی این بود که بیع عرفی است. پاسخ: نه، ما می‌گوییم که بیع، عرفی و شرعی ندارد. عرض ما این است که بیع به معنای اعتباری نیست که بگوییم به اعتبارات فرق میکند. بیع به معنای

انشاء است و یک مفهومی دارد که شرع در این مفهوم تصرفی نکرده است، اما اگر بیع را به معنای نقل و انتقال بدانیم، بر حسب اعتبارات فرق میکند و میشود در آن تصرف کرد. پرسش: ولی ممکن است برخی احکام به تناسبات حکم و موضوع بر بیع بار شده باشد و موضوع ناقل باشد. پاسخ: آن یک بحث دیگری است و ما آن را انکار نمی‌کنیم و اشکالی ندارد که در بعضی جاها حکم روی بیع صحیح رفته باشد و در بعضی جاها روی بیع اعم، زیرا هر چند ما موضوعه بیع را اعم میدانیم، اما در خیلی جاها ممکن است که به تناسبات حکم و موضوع، موضوع مضیق شده و حکم بر صحیح حمل شده باشد، نه اینکه بگوییم لفظ در مقابل صحیح وضع شده است. پرسش: در تمیلک همین را می‌فرمایید؟ پاسخ: ممکن است اگر تمیلک انشائی باشد، همینطور باشد، اما اگر به معنای ایجاد ملکیت باشد، با خود ملکیت به اعتبارات یکی میشود. پرسش: بیعی که میفرمایید، معنایش سببی است. پاسخ: نه، مسببی هم باشد، انشاء ملکیت است. پرسش: اعتباراتش دخالت پیدا می‌کند. پاسخ: نه، وقتی این شخص انشاء میکند، شارع نمیگوید که تو انشاء نکردی، اما ایجاد خارجی ملکیت طرف مقابل میشود به حسب اعتبارات فرق داشته باشد. آنچه که ملازم با استعمال است، موضوعه کلام است و فرقی نمیکند که مورد قبول شارع باشد یا نباشد و شرع هم هیچ تصرفی در لغت نکرده است. پرسش: یعنی حتی لازم نیست که اعتبار عقلایی هم با آن باشد؟ پاسخ: نه، مثلاً به طور کلی عقلاء بیع غاصب را صحیح میدانند و

بر عمل او اعتبار ملکیت نمیکنند، اما بیع نسبت به غاصب صحت سلب ندارد. عبارت ایشان (مرحوم آقای خوئی) این است که «و علیه فالمعاطاه تكون بيعاً من اول حدوثها على جميع الاقوال حتى القول بالاباحه كما أن بيع المكره و الصرف ايضاً بيع قبل حصول الاجازه و القبض». پرسش: بنا بر اینکه قائل به ملک بشویم، ما به القوام بیع به این است که ملک شرعی ایجاد بشود، حال طبق مبنای شیخ \_ که قائل به است که معنای بیع نقل و انتقال است \_ آیا نفس ایجاد نقل و انتقال برای صدق بیع کفایت میکند، یا حتماً باید نقل و انتقال لازم باشد؟ پاسخ: نه، قطعاً لزوم شرط نیست، زیرا اصلاً لزوم در مفهوم بیع وجود ندارد و اینکه آیا میشود بیع را به هم زد یا نمیشود، باید انسان به ادله مراجعه بکند و در خود مفهوم بیع چنین چیزی وجود ندارد که حتماً لازم باشد. خلاصه بحث عبارت از این است که آیا در اینجا اختیارات جاری میشود یا نه؟ آقای خوئی یک مقدار مفصل بحث کرده و میفرماید که اختیارات جاری میشود. اشکالی که راجع به جریان اختیارات در معاطاه وجود دارد و آقای خوئی هم به قسمتی از آن تصریح کرده است، این است که وقتی بخواهیم در معاطاه جریان اختیاراتی مثل خیار مجلس و عیب و.. را تصور بکنیم، در حالی خود معاطاه جواز حکمی دارد و این جواز قابل اسقاط هم نیست، جعل خیار ثمرهای ندارد. اگر اختیارات متعدد با هم جمع بشود، اشکالی ندارد، زیرا ممکن است شخص یکی از آنها را اسقاط بکند و دیگری بماند، ولی

در اینجا که جواز معاطاه حکمی است و با اسقاط ساقط نمیشود، اگر شارع بخواهد بگوید که خیار مجلس هم داری و میتوانی آن را به هم بزنی، ولی جواز معاطاه قابل اسقاط نباشد، تفاوتی بین وجود و عدم خیار مجلس نخواهد بود، زیرا اگر چند خیار متعدد داشتیم، در صورت اسقاط بعضی از آنها، میتوانستیم به بعضی دیگر تمسک بکنیم، ولی در اینجا که جواز معاطاه قابل اسقاط نیست، داشتن خیارات دیگری مثل خیار مجلس و امثال آن ثمرهای ندارد. آقای خوئی میفرمایند که خیار در اینجا جاری است و ثمره هم دارد. ایشان برای بیان ثمره مثالی میزنند که ما نفهمیدیم که این چه مثالی است که ایشان میزنند! ایشان میفرمایند که انسان تا حدی میتواند معاطاه را به هم بزند که تغییری در صفت پیدا نشده باشد، مثلاً اگر با معاطاه گندمی معامله شد و بعد این گندم آرد شد و صفت اولی خود را از دست داد، این تصرف مغیر است و موجب لزوم میشود. پس به هم زدن معاطاه محدود به این حد است. بعد ایشان میفرماید که اگر در جایی تغییر مغیری حاصل شد، ولی در خیار حیوان هنوز سه روز تمام نشده است، در اینجا خاصیت جعل خیار این است که چون تغییر مغیر حاصل شده است، از نظر معاطاه جواز منتفی است، ولی چون به مرز سه روز نرسیده است، شخص میتواند از خیار حیوان استفاده بکند و در امثال این مورد لغویتی وجود ندارد. بحث ما عبارت از این است که این مغیر صفتی را که ایشان در باب حیوان فرض میکنند، چه مغیر صفتی است؟! اگر حیوان

را بکشند، دیگر چه چیزی باقی میماند که در سه روز شخص بخواهد اعمال خیار بکند؟! در خیار حیوان تغییر صفت به چیزی غیر از کشتنش قابل تصور نیست. پرسش: چیزهایی مثل حامله شدن و وضع حمل کردن را نمیشود تغییر صورت بدانیم؟ پاسخ: نمیتوانیم از ادله استفاده بکنیم که چنین اموری تغییر صورت باشد. پرسش: اگر حیوان وحشی اهلی بشود چطور است؟ پاسخ: آنها تغییر صفتی نیست که بگوییم با آن جواز معاطاه زایل میشود. پرسش: در خیار حیوان این اشکال هست، ولی در سایر خیارات این اشکال وجود ندارد. پاسخ: البته اگر خیار به گونهای باشد که مرز معاطاه زودتر از مرز آن حاصل بشود، ممکن است این مطلب را بگوییم مثل خیار شرط، ولی آقای خوئی میفرماید که همهی خیارات جاری است که در همه خیارات تصویر این مطلب قدری مشکل است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### معاطاه حکمی (إلحاق انشاءات غیر ملزم به معاطاه) ۹۲/۰۱/۱۰

Your browser does not support the audio tag

معاطاه حکمی (إلحاق انشاءات غیر ملزم به معاطاه) «الامر الثامن: لا اشکال فی تحقق المعاطاه المصطلحه التي هی معرکه الاراء بین الخاصه و العامه بما اذا تحقق انشاء التملیک بالاباحه بالفعل و هو قبض العینین، أما اذا حصل بالقول الغير الجامع شرایط اللزوم...» بحث ما در معاطاه تا حال راجع به این بود که انشاء بیع به وسیلهی قبض العینین یا قبض واحد، (که این هم ملحق به آن است) واقع بشود، اما بحث امروز راجع به این است که اگر انشاء به وسیلهی قولی که جامع شرایط لزوم نیست، واقع بشود، آیا این بیع باطل است، یا اینکه حکم معاطاه را دارد؟ بعضی خصوصیات هست که بعداً به آن اشاره خواهد

ص: ۶۱۰

شد و اگر انشاء با این خصوصیات واقع شده باشد، عقد لازم است و بحث ما در این است که اگر انشاء فاقد این خصوصیات بود، آیا عقد باطل است یا حکم معاطاه را دارد؟ البته این بحث مبتنی بر دو چیز است: یکی اینکه ما معاطاه را لازم ندانیم، زیرا اگر معاطاه را لازم بدانیم، چه معاطاه باشد و چه انشاء قولی تفاوتی نمیکند، دوم هم اینکه بعد از اینکه معاطاه را لازم ندانستیم، الفاظ خاص را در لزوم معتبر بدانیم، و اما در صورتی که الفاظ خاص را در لزوم معتبر ندانیم و بگوییم که مطلق الفاظ برای لزوم کفایت میکند، باز هم این بحث مطرح نخواهد بود. پس بنابر نظر مشهور بین متأخرین و فقهاء امروزی که در نزد آنها معاطاه با غیر معاطاه حکم واحد دارد- این بحث مطرح نخواهد بود. و یا اگر مانند شیخ الفاظ خاصه را در لزوم شرط ندانیم و قائل به این باشیم که الفاظ خاصه با مطلق الفاظ حکم واحد متحد الحکم هستند، باز هم این بحث نمیآید. بنابراین این بحث مطابق با مبنای مشهور خواهد بود که یا قائل به اباحه بودند، یا قائل به ملکیت متزلزله و بحث در این است که آیا در صورتی که انشاء قولی جامع شرایط لزوم نباشد، آیا عقد فاسد است و هیچ فایدهای ندارد، یا اینکه ملحق به معاطاه میشود؟ ایشان میفرماید که در این مسئله سه قول یا سه وجه وجود دارد: یکی عبارت از این است که بگوییم لفظ غیر جامع شرایط لزوم، مطلقاً حکم معاطاه را دارد. وجه دوم عبارت از این است که اگر

ص: ۶۱۱

به این انشاء ترتیب اثر خارجی داده باشد و قبض عینین شده باشد، حکم معاطاه را پیدا میکند و در غیر این صورت لغو و بی خاصیت و فاسد خواهد بود. البته مشابه این مسئله موارد وجود دارد که اگر انشاء بخواهد اثر داشته باشد، باید ترتیب اثر خارجی داده شود، مانند باب شرط الثمن که اگر انشاء بخواهد اثر شرطی داشته باشد، باید به دنبالش قبض واقع بشود و ترتیب اثر خارجی داده شود، تا یک حکم خاصی پیدا نکند. تصور در این وجه دوم عبارت از این است که انشاء با لفظ غیر جامع با قبض عین، مانند انشاء به وسیله قبض خواهد بود. قول سوم هم عبارت از این است که بگوییم چه قبض واقع بشود و چه واقع نشود، فایدهای ندارد و این عقد فاسد است و اگر انشاء با الفاظ خاصه واقع بشود، صحیح است و اگر آن الفاظ خاصه نباشد، کالعدم است و قبض بعدی هم به درد نمیخورد. البته اگر انشاء به وسیله قبض بعدی حاصل شده باشد، خارج از مفروض کلام ما خواهد بود، مثل اینکه شخص ابتداءً با لفظ انشاء کرده باشد و بعد هم به این انشاء اکتفاء نکرده و دوباره به وسیله قبض انشاء بکند که این صورت معاطاه رسمی خواهد بود و معاطاه حکمی نخواهد بود. معاطاه حکمی در جایی است که انشاء فقط به وسیله لفظ فاقد شرایط لزوم حاصل شده باشد. سوال: در وجه دوم اگر قبض تحقق پیدا کرد حکم بیع را دارد یا حکم معاطاه را؟ پاسخ استاد: حکم معاطاه را دارد و لازم نیست. بعد ایشان میفرمایند که عدهای

از مشایخنا المعاصرین، تبعاً لمحقق کرکی و شهید ثانی قائل شده‌اند که انشاء قولی که جامع شرائط لزوم نباشد، علی وجه الاطلاق حکم معاطاه را دارد و احتیاجی هم به قبض بعدی ندارد. البته آنطور که در ذیل این تعبیر ایشان ذکر شده است، مراد از مشایخنا المعاصرین، سید مجاهد و نراقی و صاحب جواهر است، بخصوص سید مجاهد رسماً استاد شیخ است و شیخ هم از او تعبیر به استاد میکند. نراقی هم در اجازهاش دربارهی شیخ اینطور تعبیر میکند که: افاد اکبر ممن استفاد، ولی شیخ به او خطاب استاد میکند، ولی از صاحب جواهر تعبیر به معاصر میکند و در بحث معاطاه هم از صاحب جواهر به «معاصر» تعبیر شده است و به نظر بنده مراد شیخ در اینجا از عبارت «مشایخنا المعاصرین» اساتید ایشان نیست، بلکه مقصود ایشان مشایخ امامیه است، مثل اینکه شما میگویید شیخ بهایی مثلاً- جزء مشایخ ماست و مراد این است که از مشایخ امامیه است، نه اینکه استاد و شیخ شما باشد. پس بنابراین مراد از «مشایخنا» مشایخ امامیه است، منتهی بعضی از این مشایخ امامیه استاد خود شیخ هم هستند مثل صاحب مناهل سید مجاهد و یا نراقی و بعضی هم جزء مشایخ امامیه هستند که استاد بزرگان دیگر هستند و به هر حال این بزرگواران و محقق کرکی و بعد هم شهید ثانی عقیده‌شان این است که انشاء قولی که جامع شرائط لزوم نباشد، حکم معاطاه را دارد. حال اگر ما در معاطاه ملکیت را اختیار کردیم، در اینجا هم ملکیت حاصل میشود و اگر هم قائل به اباحه شدیم، مباح میشود. در مقابل



اینها، محقق و علامه بعد از ذکر شرایط بیع میفرمایند که اگر کسی بیع فاسدی انجام داد، تصرف اشخاص و ترتیب اثر دادن به این بیع فاسد، جایز نیست و شخص هم ضامن است. بحث در این است که بین این دو مطلب چگونه جمع بکنیم و آیا میتوانیم بین کلمات علامه و محقق - که قائل به عدم جواز تصرف و ضمان شدهاند - و کلمات مشایخنا المعاصرین - که قائل شدهاند که حکم معاطاه را دارد - جمع کرد یا نه؟ البته شیخ یک دفع لغوی کرده و میفرماید که بین این دو مطلب تنافی وجود ندارد تا ما بحث در جمع بین آنها بکنیم. مشایخنا المعاصرین نگفتهاند که اگر با الفاظی که لزوم آور نیست، عقدی صادر شده باشد، این عقد فاسد است و فرض فساد نکردهاند و ممکن است مختارشان این باشد که ظاهراً هم همینطور است - که چنین عقدی مفید اباحه یا مفید ملک متزلزل است و کلمهی فساد در کلام اینها وجود ندارد و تنها چیزی که هست این است که عقد با این الفاظی واقع شده است که الزام آور نیست. اما مطلبی که محقق و علامه ذکر کردهاند این است که ضمان و عدم جواز تصرف در فرض فساد عقد وجود دارد و مفروض کلام این دو بزرگوار با کلام مشایخنا جدای از هم هستند، پس با هم تنافی ندارند که ما به فکر جمع بین این دو کلام باشیم. خلاصه اینکه شیخ برای اینکه چنین اشکالی وارد نشود، اینطور دفع اشکال کرده و میگوید که در کلمات این بزرگان تعبیری شده است که از آنها استفاده میشود که - صغریاً - اگر کسی

الفاظی را که فاقد شرایط لزوم است بکار برد، عقد فاسد میشود و در حقیقت این دو بزرگان صغری را تعیین کرده و گفته‌اند که از شرایط صحت بیع این است که لفظ داشته باشد و لفظش هم ماضی باشد و بعد فرموده‌اند که اگر یک بیعی فاسد شد، تصرف جایز نیست و ضمان هم وجود دارد. پس اینها صغریاً مصداق فساد را فرض کرده‌اند، ولی در مقابل اینها مشایخنا المعاصرین در چنین صورتی عقد را صحیح دانسته و به جواز تصرف یا ملکیت قائل شده‌اند. بعد ایشان یک وجه جمعی را از صاحب مفتاح الکرامه به صورت مفصل نقل میکنند و بعد آن را نقد کرده و خود ایشان وارد یک بحث مهمی میشوند. و اما اینکه تفسیر صاحب مفتاح الکرامه درست باشد یا نباشد و یا اینکه شیخ عبارت مفتاح را درست فهمیده یا نفهمیده است، یک بحثی دارد که بماند. شیخ بعد میفرماید که یک مرتبه انسان با الفاظی که فاقد شرایط لزوم است، انشاء میکند و بعد دهم قبض و اقباضی در خارج واقع میشود که شخص راضی به این قبض و اقباض نیست و به حساب اینکه قبلاً عقدی واقع شده است، این قبض و اقباض را انجام داده و به آن عقد قبلی ترتیب اثر میدهد و الا راضی به این قبض و اقباض نیست. در این صورت اگر قبض و اقباض با رضایت نباشد، آن انشاء قبلی که با رضایت بوده است، مجوز برای تصرف نخواهد بود و تصرفات غیر جایز خواهد بود. یا اینکه شخص به این عنوان که قبض و اقباض برای او واجب است این

کار را بکنند. در فرض قبلی رضایت به قبض و اقباض وجود نداشت، ولی در این فرض شخص قبض و اقباض را بر خودش واجب میدانند و بر این اعتقاد است که لازم است به عقدی که قبلاً انجام شده است، ترتیب اثر بدهد، والا اگر به او بگویند که عقد شما باطل است، دیگر قبض و اقباض نمیکند و قبض و اقباضش به این تخیل بوده است که یا تشریحاً خودش را ملزم به این کار میدانسته است و یا اعتقاداً عقیده‌اش این بوده که چنین کاری لازم است. در این فرض هم، این قبض و اقباض به درد نمیخورد و اگر بخواهند تصرف بکنند، تصرفاتشان حرام و ضمانت‌آور است. ولی یک مرتبه هدف شخص این است که طرفین از این بیع استفاده بکنند و این بیع و تملیک جنبه‌ی مقدماتی دارد و آنچه بالا‌ساله مطلوب است، عبارت از این است که بتوانند تصرف بکنند و در صورت باید ببینیم که اگر شخص انشاء تملیک و بیع کرده باشد، ولی هدف اصلیش عبارت از این باشد که طرفین بتوانند تصرف بکنند، چه حکمی دارد؟ خلاصه اینکه شیخ وارد این بحث میشود و تا آخر تماشاش میکند. البته بنده هم میخواستیم یک چیزی را عرض بکنم که این فرضی که شیخ فرموده‌اند، متعارفش اینطور نیست و شاید چنین مصداقی پیدا نشود که شخص بگوید: من این شیء را به شما فروختم، اما برای من فروش مطرح نیست و فقط مقصود من جواز تصرف است، حال چه طرف مقابل مالک بشود و چه مالک نشود. شاید چنین مصداقی در خارج وجود نداشته باشد، بلکه آنچه که

در خارج وجود دارد، عبارت از این است که شخص گاهی انشاء ملکیت میکند، ولی رضایتش نسبت به تصرف طرف مقابل معلق بر ملک نیست و مثل خیلی جاهای دیگر تعدد مطلوب وجود دارد، کما اینکه وقتی شارع مقدس میگوید: دین دیگری را اداء کنید و مبلغ دین هم یک میلیون است، در اینجا هم اصل اداء الدین مطلوب است و هم تمام اداء الدین مطلوب است، به این معنی که اگر شخص بخواهد نصف دینش را اداء بکند، لغو و بیهوده نیست و مطلوب مولاست، منتهی بعضی مطلوب است و ارتباطی نیست. در عقودی که متعارفاً حاصل میشود، شخص انشاء به عنوان ملکیت میکند، ولی رضایتش نسبت به تصرف متوقف بر این معنای مُنشأ نیست و اگر این معنای منشأ هم نباشد، باز هم او راضی به تصرف طرف مقابل است و در اینجا به نحو تعدد مطلوب است و اگر شارع ملکیت را امضاء نکند، باز هم راضی به تصرف طرف مقابل است. مواردی بسیاری به این شکل وجود دارد، اما شیخ مطلب را به این شکل مطرح نمیکند، بلکه ایشان میفرماید که انشاء مقدمه باشد و بالاصاله فقط تصرف مورد نظر باشد، نه اینکه هر دو بالاصاله وجود داشته باشند. اما آنچه که ما عرض کردیم این است که هم تملیک اصالت دارد و هم جواز تصرف و هر دو به نحو تعدد مطلوب وجود دارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### الامر الثامن: معاطاه حکمی (إلحاق انشاءات غیر ملزم به معاطاه) ۹۲/۰۱/۱۱

.Your browser does not support the audio tag

الامر الثامن: معاطاه حکمی (إلحاق انشاءات غیر ملزم به معاطاه) عبارتهای شیخ در این بحث یک قدری اندماج دارد و خیلی روشن نیست، ولی از مجموع کلام

ص: ۶۱۷

ایشان اینطور استفاده میشود که ایشان بحث را بر اساس مبنای مشهور قرار داده است. مشهور قائل به این هستند که اگر انشاء با الفاظ خاصه واقع شد، عقد لازم میشود، اما اگر با الفاظ خاصه واقع نشد، بر اساس نظر مشهور اصلاً صحیح نیست و نه موجب ملکیت است و نه موجب لزوم. و لو شیخ قائل به لزوم در معاطاه است، اما بحث را بر اساس مبنای مشهور قرار داده است و از ذیل کلام ایشان معلوم میشود که مشهور اصلاً این عقد را صحیح نمیدانند و فقط به جواز تصرف قائل هستند. عبارت قدری موهم خلاف است. در اینجا شیخ کلام شهید ثانی را نقل میکند که اشارهی مُفهِمه حکم معاطاه را دارد. مرحوم سید در اینجا دو اشکال ایراد کرده است، یک اشکال نسبت به اینکه اشاره فعل است، نه لفظ. اشکال دوم هم اینکه چرا شیخ تعبیر کرده است که ظاهر کلام شهید ثانی و محقق کرکی عبارت از این است، در حالی که صریح عبارت این دو بزرگوار اینطور است؟! البته مرحوم سید نسبت به اشکال اول جوابی بیان کرده و بعد هم تعبیر «فتأمل» را بکار برده است، اما هیچ کدام از این اشکالات وارد نیست، اما نسبت به اشکال اول دو جواب میتوانیم بدهیم، جواب اول عبارت از این است که ما آیه یا روایتی نداریم که نسبت به خصوص اشاره حکم مخصوصی ذکر شده باشد و ایشان هم بر اساس آن اشاره را تخصیص به ذکر داده باشد و این مطلب بر اهل فن روشن است که در این مسئله آیه یا روایت خاصی وجود ندارد

ص: ۶۱۸

و علت اینکه این بزرگواران فرموده‌اند که اشاره حکم معاطاه را دارد، به این جهت است که اشاره مُفهم است و افهام صریح دارد و فرقی ندارد که افهام صریح به وسیلهی فعل باشد، یا به وسیلهی اشاره و یا به وسیلهی الفاظ غیر خاصه و همین مقدار که افهام صریح وجود داشته باشد، کفایت میکند و حکم معاطاه را خواهد داشت. و اما جواب دوم عبارت از این است که بر فرض اینکه محتمل باشد که حدیث یا سیرهای در این مسئله وجود داشته باشد، میشود گفت که عرف در اینجا حکم به اولویت عرفیه میکنند و وقتی فرضاً روایت راجع به اشاره \_ که نسبت به مقصود افهام صریح نوعی ندارد \_ حکمی را ذکر کرد، بالاولویه العرفیه حکم الفاظ غیر خاصه \_ که نسبت به اشاره صراحت بیشتری در افهام دارند \_ روشن خواهد بود و شیخ هم بر همین اساس به این مسئله اشاره فرموده است. و اما اشکال دوم مرحوم سید این بود که چرا شیخ تعبیر به ظاهر کرده است، در حالی که کلام این بزرگواران صریح در مطلب است؟ در جواب این اشکال باید گفت که احتمال اقوی عبارت از این است که معمول اشارهها مقارن با قبض یا قریب با قبض است و مرحوم شیخ در اینجا ظهور اطلاق کلام را استفاده کرده و میفرماید که چه قبضی باشد و چه قبضی نباشد، اشاره چنین حکمی دارد. پس مقصود شیخ از تعبیر به ظاهر استفاده ظهور اطلاق کلام است که با تعبیر به صریح نمیشد به این مطلب اشاره کرد. و اما شیخ در بیان اصل مطلب

فرموده است که اگر شخصی به وسیلهی الفاظ غیر خاصه انشاء بکند، چند صورت دارد: صورت اول عبارت از این است که شخص راضی به تصرف در آن مال نیست، ولی چون به صحت عقد معتقد است و یا عقد را تشریحاً صحیح میداند، و لو خودش هم اعتقادی به صحت ندارد \_ و به قهر و اجبار مال را به طرف مقابل اقباض میکند بدون اینکه راضی به تصرف دیگری باشد. شیخ در این صورت میفرماید تصرف جایز نیست. قسم دوم عبارت از این است که رضایت به تصرف دارد، اما این رضایت به تبع ملکیت طرف مقابل است و رضایتش مبنی بر اعتقاد به این است که طرف مالک شده است، یا بنا بر ملکیت طرف گذاشته است و شیء را به او تسلیم میکند. در این قسم ایشان میفرماید که چون این رضایت مبنی بر این خصوصیت است، حیثیت تقییدیه میشود که در نتیجه فاقد قید، فاقد رضاست و در اینجا هم تصرف جایز نیست. البته ما در اینجا نمیفهمیم که چطور حیثیت تقییدیه است و حیثیت تعلیلیه نیست که بگوییم ثبوتاً و در عالم واقع این رضا منتفی بوده و تخیل رضا بوده است، نه واقعیت رضا! در حالی که اینطور نیست و رضا مانند علم به نتایج است و اگر انسان چیزی را تشخیص داد \_ و لو تشخیصش غلط بود \_ نسبت به نتیجهای که برای انسان حاصل میشود، رضایت و اراده حاصل میشود. مثلاً اگر انسان به کسی علاقمند باشد، ولی او را ندیده باشد و اشتبهاً دشمن خودش را به جای این شخصی که به او

علاقه دارد، تطبیق بکند، با دیدن او به او اظهار ارادت میکند و واقعاً به این شخص اظهار ارادت میکند، زیرا همین نفس تخیل اینکه این شخص دوست و محبوب من است، منشأ این میشود که به این فرد موجود احترام بکند و واقعاً علاقه پیدا بکند. عکس این مطلب هم همینطور است و اگر دوستش را به جای دشمنش تطبیق بکند، در انطباق خارجی از او حقیقتاً بدش خواهد آمد، نه اینکه تخیل بد آمدن داشته باشد و بنابراین در اینجا حیثیت تعلیلیه است، به این معنی که علم به انطباق آن محبوب بر یک موردی منشأ این میشود که حقیقتاً اراده و شوق و علاقه نسبت به آن فرد حاصل شود. البته بنده احتمال میدهم که مقصود شیخ از این حیثیت تقییدیه نسبت به تصور ابتدایی شخص باشد، یعنی شخص ابتدائاً یک چیزی را تصور میکند و با یک قیودی به آن علاقه پیدا میکند و بعد در مقام پیاده کردن ممکن است با یک مورد دیگری اشتباه بکند و نسبت به آن رضایت اجمالی دارد و در صورتی که این مورد فاقد آن قیدی باشد که شخص ابتدائاً تصور کرده و به آن علاقه پیدا کرده است، در این صورت عرف حکم میکند که جواز تصرف دائر مدار همان علاقه اولیه است. مثلاً اگر یک شخصی به قصد دزدی وارد خانگی شخصی شد و صاحب خانه خیال کرد که رفیقش آمده است و با او مانوس بشود، در این صورت اگر دزد بخواهد تصرف در غذای صاحب خانه بکند و از آن بخورد، عرفاً اکل مال بیاطل کرده است. پس شاید اینکه

شیخ تعبیر به حیثیت تقییدیه کرده است، به معنای انطباق خارجی نیست که بگوید واقعیت خارجی ندارد، بلکه مراد ایشان آن تصور ابتدایی است که انسان تصور کرده و قیدی میگذارد و حکم جواز هم دائر مدار همان تصور ابتدایی است. پس در این صورت در عین حالی که به جهت اشتباه در انطباق نسبت به این مورد رضایت دارد، ولی عنوان اکل مال به باطل بر آن صدق میکند و حکم دائر مدار همان تصور ابتدایی است. سوال: اگر یک دزدی به خانهای انسان بیاید و بداند که این دزد امشب جان او را نجات میدهد و او را از یک حادثه نجات میدهد، در این صورت چطور است؟ پاسخ استاد: این اشکالی ندارد، زیرا شخص از دزدی بدش میآید که جان او را نجات ندهد، اما اگر دزدی بیاید که جان او را نجات میدهد، با علم به دزد بودن او باز هم راضی است. شیخ فرض ثالثی را بیان کرده و میفرماید که این فرض مورد بحث است و آن عبارت از این است که شخص مقارن با این انشائی که میکند، رضایت به تصرف طرف مقابل هم دارد و اگر از او پرسند که در صورت مالک نشدن طرف مقابل آیا راضی به تصرف او هستی؟ در جواب بگوید که راضی هستم. و یا اینکه اگر به او بگویند که طرف مقابل مالک نشده است، آیا به تصرف او راضی هستی؟ در جواب بگوید که راضی هستم. در اینجا یک انشاء بیشتر وجود ندارد و آن هم انشاء تملیک است، ولی مقارن با این انشاء یک رضایت دیگری هم به تصرف طرف



مقابل وجود دارد. البته این رضایت مبنی بر این نیست که طرف مقابل مالک بشود و بگوییم که اشکالی ندارد در ملک خودش تصرف بکند، بلکه جدای از انشاء تملیک می‌باشد. مرحوم شیخ در اینجا یک تعبیری دارند که ما عرض کردیم که لزومی ندارد ایشان اینطور تعبیر بفرمایند و تعبیر ایشان این بود که تملیک را مقدمه برای تصرف بدانیم و اصالت با تصرف باشد. عرض ما این بود که لازم نیست نسبت به تملیک نظر مقدمی وجود داشته باشد، بلکه هر دو اصالت دارد و به نحو تعدد مطلوب است، هم راضی به تصرف طرف مقابل است و هم مطلوبش این است که او مالک بشود و هر دو مطلوب شخص است. در این فرض شخص رضایت نسبت به تصرف دارد، اما انشاء نکرده است و شیخ می‌فرماید که اگر این صورت بخواهد حکم معاطاه را داشته باشد، نیاز به اثبات دو مقدمه داریم. البته مراد از حکم معاطاه در اینجا جواز تصرف است نه ملکیت، چون مفروض مسئله بر اساس قول مشهور است که در الفاظ غیر خاصه قائل به حصول ملکیت نیستند. حال اگر بخواهیم حکم معاطاه را \_ که همان جواز تصرف است \_ در این صورت اثبات بکنیم، نیاز به ثابت شدن دو مقدمه داریم: مقدمه اول این است که ما رضایت شأنی \_ که گاهی به آن ارتکازی هم گفته میشود \_ را جواز تصرف کافی بدانیم و نیازی به رضایت بالفعل در جواز تصرف نباشد، بلکه همین رضایت شأنی \_ که با یک سؤال فعلی میشود \_ در جواز تصرفات کافی باشد. شیخ هم بعید نمیداند که

این رضایت شأنی کافی باشد. مقدمه دوم عبارت از این است که بگوییم در باب جواز تصرف نیازی به انشاء نیست و وصول احد العینین به طرف مقابل همراه با رضایت کفایت میکند. در این صورت علی الفرض رضایت وجود دارد، شیء هم که به طرف مقابل واصل شده است و بنابراین تصرف برای او جایز میشود. اگر این دو مقدمه را بپذیریم، میتوانیم حکم معاطاه را \_ که جواز تصرف بنا بر قول مشهور است \_ در این صورت ثابت بدانیم. شیخ در ابتداء تمایل به این دارد که مقدمه اول را بپذیرد، ولی نسبت به مقدمه دوم میفرماید که فیه اشکالٌ. از بیان اشکال هم پیداست که طرف جواز را انتخاب میفرماید. و اما وجه اشکال عبارت از این است که در کلمات عامه و خاصه در باب معاطاه گفتهاند که انشائی به وسیلهی فعل واقع شده است و در مفروض کلام ما یک انشاء واقع شده است که برای تملیک بوده و شرع هم آن را امضاء نکرده است و انشاء دیگری وجود ندارد و ممکن است با توجه به کلمات عامه و خاصه که انشاء را معتبر دانستهاند، بگوییم که وصل تنها بدون انشاء برای جواز تصرف کفایت نمیکند. از طرف دیگر ممکن است بگوییم که انشاء موضوعیتی ندارد و اینکه در کلمات عامه و خاصه به انشاء اشاره شده است، از باب مقدمه برای جواز تصرف است و عمده دلیلی که به آن استدلال کردهاند، سیره است که بر اساس آن هم انشاء معتبر نیست و رضایت همراه با اینکه عین در اختیار طرف مقابل قرار بگیرد، در جواز تصرف کفایت

میکنند و سیره بر این مطلب قائم است. بنابراین این احتمال میچربد که بگوییم در مواردی که انشاء با الفاظ غیر خاصه واقع شده است، حکم به جواز تصرف بکنیم. منتهی ایشان یک مثالی میزند که آن مثال محل مناقشه است، مگر اینکه آن را به یک شکلی توجیه بکنیم. ایشان میفرماید که اگر کسی پول را در صندوق حمامی بگذارد و حمامی هم غایب باشد و اطلاعی از اینکه پول در صندوق گذاشته شده است، نداشته باشد، سیره در این مورد قائم بر این است که شخص میتواند غسل بکند و این غسل اشکالی ندارد. پس معلوم میشود که خیلی سفت و سخت نیست و آن قیود و امثال آن در کار نیست. البته ابتدائاً به نظر میرسد که وقتی شخص پول را در صندوق حمامی میگذارد، همین خودش انشاء فعلی است و به این نیت این پول را در صندوق میگذارد که ملک طرف بشود، در حالی که شیخ این مثال را برای جایی که انشاء در کار نیست، زده است. هر چند ممکن است که این مثال را اینطور تصحیح بکنیم که وقتی شخص به حمام میرود، غیر از علم به رضایت چیز دیگری وجود ندارد و همین علم به رضایت حمامی کفایت میکند، بدون اینکه انشائی کرده باشد. بنده احتمال میدهم که مراد شیخ این باشد که شخص قبل از اینکه پول را بدهد، اول به حمام میرود و بعد از حمام پول را در صندوق میگذارد. منتهی ممکن است یک اشکال دیگری بر این فرمایش ایشان وارد باشد که چون ایشان میخواهد قول اول را \_ که قول شهید ثانی

و محقق کرکی است و بعد هم جمعی از مشایخ به آن قائل شده‌اند \_ اثبات بکنند که بدون قبض هم جواز تصرف را ثابت میکردند، و لذا چون در این مثال پول در صندوق میگذارد، نمیتوانیم نسبت به قول مختار قائل به تعمیم شده و بگوییم حتی در موردی هم که متعقب به قبض نباشد، باز هم جواز تصرف وجود دارد. سوال:... پاسخ استاد: ممکن است انشاء لازم نباشد، ولی میشود گفت که تعقب به یک چیزی به نحو شرط متأخر پیدا میکند و به همین وسیله جواز تصرف قبلی ثابت میشود. پس ما نمیتوانیم از این مورد استفاده کلی بکنیم. البته به نظر ما این موضوع خیلی واضح است و شیخ خیلی در این بحث طول داده است. یک بحث در این است که آیا در جواز تصرف در اموال شخص، نیاز به انشاء و اذن داریم، یا علم به رضا کافی است؟ به نظر میرسد که علم به رضا کافی است و همین مقدار که عن طیب نفسه باشد، کافی است. شیخ در برخی جاهای دیگر هم در این مطلب تردید کرده است، اما بنای عقلاء بر همین است که وقتی انسان بفهمد مالک راضی است و حرفی ندارد، تصرف در مال او اکل مال بباطل نیست و تصرفات اشکالی ندارد. اما مطلب دیگر راجع به ملکیت است که اگر ما در باب معاطه قائل به ملکیت شدیم، باید ببینیم که علم به رضا در حصول ملکیت کفایت میکند، یا نه؟ بنای عقلاء در حصول ملکیت \_ به معنای استیلاء بر مال به صورتی که بتواند دیگران را منع بکند \_ بر این است

که حتماً باید با انشاء و با اذن حاصل شود و رضایت تنها برای حصول ملکیت کفایت نمیکند. سوال:...پاسخ: در حصول ملکیت حتماً باید انشائی از ناحیه مالک باشد و علم به رضایت کفایت نمیکند. این بحث در باب فضولی هم میآید که شیخ در آنجا هم این طرف و آنطرف زده است که آیا علم به رضا عقد را از فضولیت بیرون میبرد یا نه. ولی به عقیده‌ی ما در تملیک علم به رضا کافی نیست، اما در جواز تصرف علم به رضا کفایت میکند و این مسئله روشن است و لزومی ندارد که ایشان از مفتاح الکرامه مطلبی را نقل کرده و در مورد آن بحث بکند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## اعتبار لفظ در عقود (بیع اخرس) ۹۲/۰۱/۱۷

Your browser does not support the audio tag.

اعتبار لفظ در عقود (بیع اخرس) تا قبل از محقق کرکی و تابعین ایشان، مشهور قائل به این بودند که لفظ در صحت معامله معتبر است و اگر معامله لفظی نباشد و فعلی باشد - چه معاطاه و چه غیر معاطاه - ملکیت نمیآورد و فقط اباحه تصرف وجود خواهد داشت. آورد محقق کرکی و بعدیها هم قائل به این بودند که در حصول ملکیت لفظ معتبر نیست، بلکه لفظ در لزوم معامله معتبر است. مختار شیخ انصاری نظریه دوم است که معاملهی غیر لفظی را صحیح و جایز میدانند به این معنی که میشود آن معامله را به هم زد. بحث در اینجا راجع به معاطاه بود، اما این بحث یک بحث کلی است و شامل معاطاه و غیر معاطاه از سایر افعال میشود. البته در اینجا روشن نیست که شیخ بر اساس مبنای خودشان به بحث میپردازند، که

ص: ۶۲۷

ملکیت جائزه است، یا بر اساس مبنای مشهور قبل از محقق کرکی، که اباحهی تصرف است؟ صدر و ذیل فرمایش ایشان همخوانی ندارد، در ابتداء که شروع به بحث میکنند، ظاهراً بر اساس نظریه خودشان بحث میفرمایند و هیچ اشارهای به «علی المشهور» نمیفرمایند. ایشان میفرمایند: ما قبلاً گفتیم که لفظ در باب انشاء معتبر است، ظاهر این عبارت ایشان این است که در صدد بیان مختار خودشان هستند. پس اینکه ایشان فرمودند: لفظ دخالت دارد، راجع به لزوم معامله است، اما راجع به صحت میفرمایند که اقوی این است که در معاطاه - که در لفظی در کار نیست - لایخو من قوه که صحیح باشد. و اما نسبت به لزوم ایشان قبلاً فرمودند که ظن قوی بر این است که اجماع بر عدم لزوم باشد و بعضی از روایات هم شاهد بر این مطلب است. قسمتی از عبارت ایشان با مختار خودشان تطبیق میکند و قسمتی هم با مختار مشهور. عبارت ایشان این است: «قد عرف أن اعتبار اللفظ فی البیع - بل فی جمیع العقود - مما نقل علیه الإجماع و تحقق فیة الشهره العظیمه، مع الإشاره إلیه فی بعض النصوص». در پاورقی چاپ کنگره شیخ انصاری، عبارت «مع الإشاره إلیه فی بعض النصوص» را اشاره به «إنما یحرم الکلام و یحلل الکلام» دانسته است، ولی این مطلب صحیح نمیباشد، زیرا خود ایشان آن را انکار کرده و فرموده است که مفاد ظاهری این عبارت این است که اصلاً حلال نیست و جواز تصرف ندارد و معامله به کلی فاسد است و بعضی هم در مقام جمع گفته‌اند که لازم نیست. پس بنابراین این

ص: ۶۲۸

عبارت «فی بعضی النصوص» اشاره به مسئله‌ی لزوم است که خود ایشان هم قبول کرده‌اند و از بعضی از اخبار هم استفاده میشود که در باب لزوم لفظ معتبر است و اگر هم «فی بعض النصوص» اشاره به این حدیث باشد، مربوط به قول نادری خواهد بود که عقد را فاسد فاسد میدانند و حتی به جواز تصرف هم قائل نیست، نه مربوط به عبارت «قد عرفت» که قبلاً ذکر کرده‌اند، زیرا ایشان با «قد عرفت» یا میخواهند به مبنای مشهور اشاره بکنند، یا به مبنای خودشان و آن حدیث «یحلل الکلام» مطابق با یک مبنای خیلی نادری است که علامه در نهاییه بیان کرده و در بعضی از کتابهای دیگرش از آن نظر برگشته است و این عبارت «قد عرفت» ناظر به آن نیست. ایشان در باب لزوم هم اینطور تعبیر میفرمایند که: «و الإجماع وإن لم یکن محققاً علی وجه یوجب القطع، إلا أن المظنون قویاً تحققة علی عدم اللزوم مع عدم لفظ دال علی إنشاء التملیک ... و قد یظهر ذلك من غیر واحد من الأخبار، بل یظهر منها أن إيجاب البیع باللفظ دون مجرد التعاطی کان متعارفاً بین أهل السوق». در این تعبیر ایشان نسبت به لزوم میفرماید که از اخبار استفاده میشود که لفظ در لزوم معتبر است و لزوم با فعل حاصل نمیشود. پس بنابراین شیخ در اینجا هم با تعبیر «فی بعضی النصوص» اشاره به همین مطلب میفرمایند که بر اساس روایات لفظ در معتبر است. و اما ایشان میفرماید که این اجماع یا بعضی از نصوص بر اعتبار لفظ در بیع، مربوط به کسی است که قادر بر

لفظ باشد، اما اگر شخص عاجز از لفظ باشد مانند اُخْرَس، اشاره‌اش کفایت میکند. پس بنابراین ولو ما بپذیریم که اجماع بر اعتبار لفظ است، نسبت به اُخْرَس همان اشاره کافی است. البته اُخْرَس هم دو حالت دارد: یک حالت این است که میتواند برای اجراء عقد وکیل بگیرد و حالت دیگر این است که نمیتواند و شیخ میفرماید که مطلقاً در هر دو صورت نیازی به لفظ نیست. ایشان در بیان دلیل این مطلب میفرماید که از فحوای ادله‌ای که در باب طلاق اُخْرَس با اشاره - که فعلی از افعال است - وارد شده است، میتوان استفاده کرد که در بیع اُخْرَس هم نیازی به لفظ نیست و اطلاق قوی در آنجا هم عبارت از این است که چه تمکن از وکیل داشته باشد و چه نداشته باشد، در هر دو صورت اُخْرَس میتواند با اشاره طلاق را انجام بدهد و حمل بر صورت عجز از وکیل، حمل مطلق به فرد نادر است که صحیح نمیباشد. پس بنابراین از فحوای ادله‌ی طلاق اُخْرَس علی وجه الاطلاق استفاده میشود که بیع اُخْرَس هم بدون لفظ جایز است، حتی در صورتی که تمکن از وکیل داشته باشد. خلاصه اینکه ایشان میفرماید هم فحوی در اینجا هست و هم ظاهراً خلافی در این مسئله وجود ندارد و بر این اساس در اُخْرَس مطلقاً لفظ معتبر نیست، نه اینکه بگوییم اصل اقتضاء صحت معاملهی اُخْرَس را بکند، زیرا اقتضاء اصل در این مواقع عدم صحت است. گاهی انسان شک میکند که فلان چیز واجب است یا نه؟ در اینجا که شک در وجوب تکلیفی است، اصل برائت اقتضاء میکند

که واجب نباشد، حال چه براءت عقلی باشد و چه براءت شرعی، اما گاهی شک انسان در وجوب وضعی است که به چه وسیله‌های نقل و انتقال حاصل میشود و چه شرائطی از نظر انشاء و عوضین و متعاقدین در انتقال وجود دارد؟ در اینجا دیگر جای اصل براءت نیست، بلکه در اینجا باید استصحاب عدم نقل و انتقال را جاری کرد، زیرا حالت سابقه عدم انتقال است و همان را هم استصحاب میکنیم. یا اینکه ملکیت سابق را استصحاب میکنیم و خلاصه اینکه جای اصل براءت نیست. پس ایشان میفرماید که عدم اعتبار لفظ در بیع اخرس از باب فحوای ادلهی باب طلاق و عدم خلاف در مسئله است، نه از بابت اصل، زیرا اقتضاء اصل در اینجا فساد معامله است. البته این در جایی است که نسبت به اصل ملکیت شک داشته باشیم، اما اگر اصل ملکیت ثابت شد و شک در لزوم و عدم لزوم آن داشتیم، خود ایشان هم قبلاً بحثش را کردند که مقتضای اصل عبارت از لزوم است. اقتضای عبارت ایشان در اینجا این است که بحث در ملکیت و عدم ملکیت است، نه در لزوم و عدم لزوم، ولی از صدر فرمایش ایشان استفاده میشود که بحث راجع به لزوم و عدم لزوم باشد و خلاصه اینکه ما نتوانستیم بین این دو قسمت از فرمایش ایشان جمع بکنیم. البته اگر این قسمت دوم عبارت ایشان نبود، منافاتی بین قسمت اول فرمایش ایشان - که راجع به لزوم و عدم لزوم است - و قسمت بعدی فرمایش ایشان - که راجع به معاطاه است - پیش نمی‌آمد، چون میتوانیم بگوییم که بحث اول ایشان راجع



به خصوص معاطاه نیست و یک بحث کلی است و اشاره غیر از معاطاه است، زیرا در معاطاه انشاء به وسیله خود عوضین حاصل میشود، ولی اشاره مربوط به عوضین نیست و امر علی حدهای است. خلاصه اینکه ما بین این دو قسمت صدر و ذیل فرمایش ایشان نتوانستیم جمع بکنیم، اما علی کل تقدیر یک بحث دیگری در اینجا هست که شیخ وارد در آن نشده است و ما نمیدانیم که چرا شیخ به این بحث پرداخته است و یک وجه معتناهی برای آن پیدا نکردیم، ولی اگر بعداً وجهی پیدا کردیم، عرض خواهیم کرد. و اما آنچه که شیخ به آن پرداخته است این است که ایشان در این بحث به سراغ فحوای ادلهی طلاق و عدم خلاف رفته است، در حالی که اگر انسان شک بکند که عقد اخرس با تمکن توکیل صحیح است یا نه؟ قواعد اقتضاء میکند که عقدش صحیح باشد، زیرا اصل اولی عبارت از این است که همهی معاملات صحیح باشد و ملکیت و لزوم بیاورد و لفظ هم معتبر نباشد و اجماعی هم در اینجا بر عدم صحت یا لزوم نداریم و دلیلی بر تخصیص و تقیید نداریم و مقتضای قاعده این است که بیع اخرس با قطع نظر از فحوای ادلهی باب طلاق و امثال آن، صحیح باشد و لو اینکه متمکن از توکیل باشد. شیخ اصلاً وارد این بحث نشده است، ولی دیگران مانند سید فرموده‌اند که اقتضای عمومات و اطلاقات صحت بیع اخرس میباشد. پرسش: معمولاً به اطلاقات معاهد اجماع تمسک نمی‌کنند؟ پاسخ: نه، مجمل است. خود اینها هم می‌گویند که قدر متیقن دارد.

شیخ در اینجا یک تعبیر فرموده است که در بیع اخرس علی وجه الاطلاق اشاره کفایت میکند و این از باب اصل عدم وجوب نیست، لأصالة عدم وجوبه كما قيل، بلکه بخاطر فحوای ادلهی طلاق و بلاخلاف بودن مسئله است. بنده احتمال میدهم که نظر آن بعض - که در پاورقی سید جواد عاملی صاحب مفتاح الکرامه قید شده است - یک مطلبی باشد که بعداً در تقریرات در مرحوم آقا شیخ عبدالکریم که توسط مرحوم آقای اراکی نوشته شده است، دیدم که به این مطلب اشاره شده است. البته اشاره نشده است که سید چه گفته و یا دیگران چه گفته‌اند، ولی آنچه که به نظر بنده می‌آید و گمان میکنم که مقصود شیخ عبدالکریم هم همین باشد، این است که مراد کسانی که در اینجا به اصل تمسک کرده‌اند برای عدم وجوب وضعی لفظ، اصل براءت نیست، تا شما بگویید که اصل براءت کاری به وجوب وضعی ندارد، بلکه مراد از اصل در اینجا، اصل لفظی است که عبارت از همین اطلاق و عمومات است. به عبارت دیگر اصل عبارت از این است که ما اطلاقاتی داریم که بیع مطلقاً حلال است و مادامی که قید یا تخصیصی ثابت نشده باشد، باید به این عمومات و اطلاقات اخذ بکنیم. پس خلاصه اینکه مراد از اصل عدم الوجوب همین اصل لفظی است که عدم اعتبار لفظ را اقتضاء میکند، نه اصل عملی اصالة البرائه و امثال آن. پس این احتمال هم وجود دارد و علی ای تقدیر مراد هر چه که باشد، باید ببینیم که آیا اصل براءت در اینجا ناتمام است یا نه؟ و اگر ما

در حکم وضعی شک بکنیم که مثلاً معامله صحیح است یا نه، مقتضای اصل فساد است، کما هو المشتبه، یا اینکه مقتضای اصل صحت است کما یقال؟ مرحوم آقای ایروانی میفرماید که اگر مبنای ما در حدیث رفع این باشد که عموم آثار رفع میشود، اختصاص به تکلیف نخواهد داشت و هم وضع و هم تکلیف را شامل خواهد شد. بنابراین اگر انسان در هر چیزی شک بکند که آیا معتبر است یا نه و یک نحوه تفسیقی دارد، شارع آن شرطیت را بر میدارد. در ما نحن فیه هم ما شک داریم که آیا در نقل و انتقال لفظ معتبر است یا نه؟ یا شک میکنیم که آیا در بیع اخرس با تمکن توکیل لفظ معتبر است یا نه؟ یا اینکه شک داشته باشیم که فلان چیز از شرایط وضعی عقد است، یا نه و یا اینکه جزء السبب است یا نه و یا اینکه شرط تأثیر سبب است یا نه، در تمام این موارد با حدیث رفع جزئی و شرطیت را بر میداریم و قهراً نتیجه عبارت از میشود که عقد صحیح باشد و همین که ما با حدیث رفع سببیت در انتقال را اثبات کردیم، نسبت به استصحاب عدم انتقال حکومت خواهد داشت. این فرمایش آقای ایروانی است، ولی مختار ما این است که حدیث رفع شامل حکم وضعی نمیشود و فقط حکم تکلیفی را میگیرد. حال اگر قائل به تعمیم شده و بگوییم که حدیث رفع اعم از حکم تکلیفی و وضعی است، باید بینیم که آیا این موارد را هم میگیرد یا نه؟ شیخ هم در این باره بحث کرده است

که رفع در جایی گفته میشود که اقلماً مقتضی برای ثبوت یک چیزی وجود داشته باشد و کسی جلوی تأثیر مقتضی را بگیرد و نگذارد که این مقتضی اثر خودش را ظاهر بکند و در حدیث رفع مراد عبارت از فعلی بودن نیست، بلکه مراد عبارت از این است که یک شیء مقتضی ثبوت داشته باشد، منتهی شارع مقدس یک چیزی مانند جهل را مانع از فعلیت قرار داده باشد، یا عجز را مانع قرار داده باشد و امثال آن. در مورد بحث هم باید ببینیم که آیا ما مقتضی برای سببیت اشاره داریم تا حدیث رفع شامل این مسئله باشد یا نه؟ و لذا صدق رفع در اینجا مشکوک است. و اما روایت حجب که میفرماید: «ما حجب الله عن العباد فهو موضوع عنه» و به نظرم میآید که مرحوم آقای داماد هم به روایت این تمسک کرده است، اصلاً راجع به امر دیگری است و نفرموده است که «ما حجب الله علمه عن العباد»، بلکه فرموده است که «ما حجب الله عن العباد» و حجب در اینجا مثل حاجب در باب ارث است که موانعی مانند قتل و امثال آن مانع از ارث است. این روایت به این معنی است که اگر خداوند یک افعالی را از اشخاصی منع عرفی کرد، به این معنی که آنها عاجز از آن کارها باشند و قدرت بر آن نداشته باشند، در این صورت شارع دیگر تکلیف به آن کارها نمیکند و به جهت عدم تمکن عرفی حرجی خواهد بود. این معنای روایت است و اصلاً این روایت راجع به جهل نیست، بلکه راجع به عجز است،

منتهی مقصود عجز عرفی است. حال اگر فرض کردیم که حدیث حجب راجع به جهل هم هست، باز هم «هو موضوع عنه» عبارت از چیزی است که از روی دوشش برداشته شده است و سبب چیزی نیست که بر روی دوش انسان گذاشته شود، تا از روی دوشش برداشته شود. مثلاً نماز یا روزه را بر روی دوش انسان میگذارند، ولی اینطور نیست که سببیت را روی دوش انسان بگذارند، اصلاً در احکام تعبیر به «وضع» نمیکنند و مثلاً گفته نمیشود که وجوب روی دوش اشخاص وضع شده است، مثلاً گفته شده است که «کتب علیکم الصیام»، صیام کتب میشود، نه وجوب صیام. خلاصه اینکه به نظر ما حدیث حجب نسبت به مسئله شرطیت و سببیت و امثال آن ناظر نیست و لذا به نظر میرسد که نمیتوانیم مثلاً در صورتی که نمیدانیم در تطهیر دو مرتبه باید آب بریزیم یا یک مرتبه، با حدیث رفع بگوییم که یک مرتبه کافی است و اگر اطلاقات ادله غسل در کار نباشد، حدیث رفع کارهای نیست. و اما اگر استصحاب را در شبهات حکمیه جاری دانستیم، اصالة الفساد جاری است و اما در مواردی که شبهه در موضوع باشد مثل اینکه شخص نمیداند که فلان لفظ را گفته است یا نه، یا با فلان خصوصیت اداء کرده است یا نه، در این موارد که بلاشکال استصحاب عدم جاری خواهد بود. پس بنابراین اصل براءت و امثال آن در اینجا جاری نخواهد بود و دلیل لفظی عمومات و اطلاقات در جای خودش محفوظ است و میشود به آنها تمسک کرد. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

**اعتبار لفظ در عقود (بیع اخرس) ۹۲/۰۱/۱۸**

ص: ۶۳۶

اعتبار لفظ در عقود (بیع اخرس) دیروز فراموش کردم یک مطلبی را که مربوط به بحث بود عرض بکنم و آن این است که مرحوم ایروانی میفرماید که اگر ما در سببیت یا شرطیت یک شیئی شک کردیم، دلیل حدیث رفع و امثال آن رفع شرطیت و رفع جزئیت للسبب میکند و در نتیجه اگر در صحت یک معاملهای شک کردیم، با قطع نظر از اطلاقات، مقتضای اصل صحت این معامله است، در مقابل نظر مشهور که قائل به اصالة الفساد هستند و این اصل حاکم بر اصل عدم انتقال یا اصل بقای ملکیت قبلی خواهد بود. ما هم عرض کردیم که اول باید مقتضی وجود داشته باشد، تا حدیث رفع و امثال آن جاری شود و در این مسئله مقتضی احراز نشده است تا مشمول حدیث رفع بشود. مرحوم آقای ایروانی یک مطلبی دارند که در کلمات مشتهر است و اصل آن هم مربوط به شیخ انصاری در رسائل است که آیا حدیث رفع شامل احکام وضعیه هم میشود، یا فقط مخصوص به احکام تکلیفی است. مختار شیخ در مکاسب این است که حدیث رفع مخصوص مؤاخذه است، در رسائل هم ابتداء همین مطلب را تقویت میکنند که شامل احکام وضعیه نباشد، اما به وسیلهی یک حدیثی که در محاسن برقی راجع به اکراه بر حلف به طلاق و عتاق وارد شده است، میفرماید که مقتضای آن حدیث این است که حدیث رفع شامل احکام وضعیه هم بشود. حلف به طلاق و عتاق اصطلاحاً عبارت از این است که کسی مثلاً بگوید: من فلان کار را انجام میدهم و اگر این کار

را انجام ندادم، زَنَم مطلقه و آن عبد هم آزاد باد و خود این تعبیر حلف به حساب می‌آید و لازم نیست که شخص قسم به خدا بخورد، در جاهلیت هم با نفس همین کار طلاق واقع میشد و آنها ترتب قائل بودند. چنین چیزی شرعاً باطل و کالعدم است، اما در این روایت وارد شده است که شخص را اجبار بر چنین کاری کرده‌اند و شخص سؤال میکند که آیا باید به این کار ترتیب اثر داده شود و اگر شخص این کار را کرد، زَنَم مطلقه و عبدش آزاد است؟ حضرت در جواب این سؤال توسل به حدیث رفع می‌فرمایند. البته شیخ می‌فرماید که این کار ذاتاً و با قطع نظر از اکراه باطل است، ولی حضرت از باب تقیه تمسک به حدیث رفع کرده و نخواسته است که وجه بطلان ذاتیاش را بیان کند، زیرا سنیها این کار را معتبر میدانستند و حضرت بر فرض پذیرفتن نظر سنیها جواب سؤال را بیان کرده است که چون این کار با اکراه واقع شده است، به جهت اکراه اثری ندارد. پس بنابراین حضرت به یک تقریب و وجه دیگری جواب سؤال را بیان کرده است و الا ذاتاً این کار باطل است. از این حدیث استفاده میشود که اگر مبنای ما با سنیها یکی باشد و ذاتاً این کار را صحیح بدانیم، حدیث رفع حکم وضعی را رفع میکند و صحت این کار را بر میدارد و حکم به بطلان آن میکند. بنده در حاشیهی درر دیدم که مرحوم آقای والد از مرحوم آقاشیخ عبدالکریم نقل کرده است که در این حدیث هم مؤاخذه

برداشته شده است، زیرا حلف به طلاق و عتاق تعزیر و مؤاخذه‌ی دنیوی دارد و از روایات استفاده میشود که اگر کسی این کار را بکند، غیر از اینکه این کار باطل است، از نظر شرع مؤاخذه هم دارد. پس اینکه شخص میگوید: «هل یلزم بذلک...» یعنی آیا باید این شخص مؤاخذه بشود و چوب بخورد یا نه؟ و حضرت هم در جواب با تمسک به حدیث رفع، مؤاخذه را به جهت اکراهی بودن، برداشته است. در ظهور اولی هم شیخ همین مطلب را اختیار کرده و فرموده بود که در این روایت به حسب ظاهر مؤاخذه برداشته شده است. پرسش... پاسخ: ذاتاً عقاب دارد، ولی چون شخص مکره است، با حدیث رفع عقاب برداشته شده است و اگر شخص در حال اختیار چنین کاری انجام میداد، باید حاکم او را مؤاخذه و تنبیه میکرد و شخص سؤال میکند که آیا در این صورت که شخص اکراه به این کار شده است، باید تنبیه بشود یا نه؟ حضرت هم میفرماید که چون مکره بوده است، این مؤاخذه به جهت اکراه برداشته میشود. البته بنده از مرحوم آقای مصلحی و ایشان هم از پدرشان مرحوم آقای اراکی نقل میکرد که این حرف مال آقا شیخ ابوالقاسم قمی کبیر است، اما مرحوم والد ما از مرحوم آقای حاج شیخ نقل کرده است و البته آقای اراکی بیشتر به ایشان اتصال داشته است و از اول در خلوت و جلوت با ایشان بوده است و فرمایش ایشان معتبر است. به هر حال این مطلب از این دو بزرگوار نقل شده است و مطلب خوبی هم هست. بنابراین استشهاد به این



روایت برای اینکه حدیث رفع شامل حکم وضعی هم بشود، درست نیست و این عرضی بود که بنده دیروز فراموش کردم به آن اشاره بکنم. پرسش: آیا در صورتی که بر اساس بنای عقلاء مقتضی باشد و انتظار می‌رود که شارع جعل حکم کرده باشد، حدیث رفع میتواند حکم وضعی را بردارد، مثلاً در فرض غرر در معاملات؟ پاسخ: اگر یک چیزی از امور فطری باشد، مثل اینکه دروغ بالفطره اولی حرمت اقتضائی دارد، یا کلک زدن به فطرت اولی حرمت اقتضائی دارد و در خیلی از موارد که انسان میفهمد که این کار از نظر اقتضاء قبیح است، گاهی مصلحت مهمتری این اموری را که فطرت اقتضاء میکند را از فعلیت میاندازد. پرسش: ... پاسخ: اگر یک امری فطری باشد و شک در این داشته باشیم که موانع دیگری هست که اهم از این امر باشد و مانع فعلیت این اقتضاء بشود، میتوان به حدیث رفع تمسک کرد، مثلاً شارع نسبت به احکام خودش اهتمام دارد و طبعاً انسان برای حفظ احکام شارع میتواند احتیاط بکند و مقتضی برای احتیاط وجود دارد و شیخ در اینجا حدیث رفع را جاری میکند. پرسش: ... بنابراین با این معنایی که مرحوم حاج شیخ می‌کنند، دیگر نیازی نداریم که این روایت را حمل بر تقیه بکنیم؟ پاسخ: نه. با این معنی دیگر احتیاجی به حمل بر تقیه هم نداریم. دیروز ما عرض کردیم که یک نحوه تهافتی در صدر و ذیل کلام مکاسب وجود دارد و مطلب دیگر هم این بود که چرا شیخ در آخرس به عمومات و امثال آن تمسک نکرده و به سراغ فحوای ادلهی

طلاق اُخْرَس و یا عدم الخِلاَف در مسئله رفته است؟ ممکن است بگوییم که همانگونه که قبلاً هم عرض کردیم، مختار شیخ عبارت از این است که معاطاه معاملهی جایزه است و لزومی در کار نیست و برای عدم لزوم هم دو دلیل ذکر کرده‌اند: یکی عبارت از اینکه ظنّ قوی بر تحقق اجماع بر عدم لزوم وجود دارد و دیگری هم اخباری است که از آنها عدم لزوم استفاده میشود. چون ایشان در آنجا به اخباری که دلالت بر عدم لزوم میکنند، تمسک کرده و عمومات و قواعدی مانند «أوفوا بالعقود» را که قطع نظر از اجماع اقتضاء لزوم در معامله میکند- تخصیص زده است، دیگر نمیتواند به این عمومات برای لزوم معاملهی اُخْرَس تمسک بکند و اگر بخواهد این روایات مخصّصه را تخصیص بزند، باید با روایاتی که اخص از این روایات باشد، مانند ادلهی طلاق اُخْرَس به ضمیمهی فحوی، تخصیص بزند. پس اینکه ایشان چرا به عمومات ملزمه تمسک نکرده است و به سراغ فحوای ادلهی طلاق اُخْرَس رفته است، نکته‌اش عبارت از این است که این مقتضای این روایات عدم لزوم است، منتهی به وسیلهی فحوای ادلهی طلاق اُخْرَس میگوییم که بیع اُخْرَس لازم است. پرسش: شیخ برای لزوم تمسک کرده یا برای صحت؟ پاسخ: ما می‌گوییم برای لزوم. صدر عبارت ایشان اقتضاء می‌کرد که بحث راجع به لزوم باشد، ولی ذیل عبارت با آن سازگار نبود، اما با این بیان صدر و ذیل با هم سازگار میشود. پرسش: شیخ در ذیل کلام هم فقط راجع به لزوم بحث می‌کند؟ پاسخ: بله لزوم. و اما وجه دیگری که ایشان ذکر کرده

عبارت از این است که در این مورد مقتضای اصل عبارت از اشتراط عدم قدرت توکیل است و اگر شرط صحت بیع اخرس عدم قدرت بر توکیل است و اگر قدرت بر توکیل داشت، بیع صحیح نیست و لازم هم نیست و اشکال این بود که اصل در اینجا اقتضای فساد معامله را میکند، نه نفی لزوم را. در این مورد هم به نظر میرسد که شاید مقصود این باشد که قائل به قول «قیل» میخواهد بگوید که معامله لازم است، منتهی این مسئله را با حکم تکلیفی خلط کرده و گفته است که اگر ما شک در وجوب چیزی داشتیم، اصل عدم وجوب است و در اینجا ما نمیدانیم که آیا توکیل لازم است یا نه؟ و اصل عبارت از عدم توکیل است. شیخ هم میفرماید که اصل توکیل را اقتضاء میکند و برای اینکه ترتیب اثر لزوم بدهیم، مقتضای اصل عبارت از این است که توکیل باشد، چون اگر توکیل نباشد، اصل انتقال از بین میرود و دیگر زمینهای برای لزوم باقی نمیماند. قائل به قول «قیل» هم میگوید که معامله در اینجا لازم است و با اصل براءت وجوب توکیل را نفی میکنیم، شیخ هم میفرماید که در اینجا مسئله اصلی براءت مطرح نیست و بحث ما در اینجا راجع به لزوم و عدم لزوم است و لزوم هم فرع بر این است که معامله صحیح باشد و اصل هم اقتضای عدم صحت و عدم انتقال میکند. همین این مطلب را میتوانیم بگوییم و هم میشود بگوییم که اصل لفظی عدم لزوم را اقتضاء میکند، یعنی آن روایاتی که حکم به عدم

لزوم کرده است، در اینجا هم عدم لزوم را اقتضاء میکند. بنابراین به دو وجه میتوانیم اشاره بکنیم: یکی اینکه ولو ما میخواهیم لزوم را بار بکنیم، ولی لزوم فرع صحت است و اگر اصلی صحت را از بین برد، قهراً لزوم هم از بین خواهد رفت و وجه دوم هم عبارت از این است که روایات عدم لزوم را اقتضاء میکند. پرسش: کدام اصل لفظی لزوم را نفی میکند؟ پاسخ: شیخ ادعا می کند که روایات داریم مبنی بر اینکه لفظ در لزوم معتبر است و آن اصل لفظی در اینجا عدم لزوم را اقتضاء می کند. و لذا ایشان مجبور میشود که به یک روایت خاصه لزوم بیع اخرس را اثبات بکند و بگوید که به توکیل هم احتیاجی نداریم. پرسش: ایشان چطور از فحوای ادلهی طلاق اخرس استفاده کرده است در حالی که طلاق ذاتاً و واقعاً لازم است؟ پاسخ: یعنی اگر این طلاق واقع شد، دیگر تا آخر باید بایستد و هم صحیح است و هم لازم و نمیشود آن را به هم زد. ایشان می گوید وقتی شارع یک طلاقی واقع شود، با اشاره اخرس صحیح و لازم میداند، به طریق اولی میفهمیم که در بیع هم همینطور است. پرسش: ... در ملزومات معاطاه شیخ قدر متیقن نگرفت؟ پاسخ: ایشان چیزی راجع به این مسئله در ملزومات معاطاه نداشت. البته این توجیهی که ما کردیم مبنی بر اینکه بر اساس روایات یک اصل ثانوی بر عدم لزوم منعقد شده است و اگر بخواهیم لزوم را اثبات بکنیم، باید به یک دلیل خاص تمسک بکنیم، این تقریب و توجیه مطلبی بود که

ابتداءً به نظر می‌آید، ولی شیخ در ذیل عبارت مطلبی دارد که این تقریب را ابطال می‌کند، زیرا ایشان در ذیل عبارت می‌فرماید که اگر در معاطاه ما قائل به ملکیت بشویم، لزوم هم به دنبال آن خواهد آمد، منتهی قدر متیقن در اینکه این لزوم زمین خورده است در جایی است که شخص قدرت بر لفظ داشته باشد. ایشان می‌فرمایند: عموماً اقتضاء می‌کند که علی فرض الملکیه لازم باشد، منتهی آن مقداری را که ما میتوانیم از این عموماً خارج بکنیم، جایی است که شخص خودش بالمباشره بتواند انجام بدهد که در این صورت لازم نیست، اما اگر کسی نمیتواند بالمباشره انجام بدهد، مثل اخرس و لو قدرت بر توکیل داشته باشد، ما دلیلی بر خروجش نداریم و اخذ به عموماً میکنیم. شیخ در اینجا به این عموماً تمسک کرده است و لذا اگر این عموماً قبلی را قبول دارد، نمیتوانیم بگوییم که در نظر ایشان یک اصل ثانوی بر عدم لزوم منعقد شده است و این دو مطلب با هم جمع نمیشود. به نظر میرسد که آن روایات عدم لزوم مربوط به کسی است که قادر بر ایجاب و قبول باشد، اما کسی که عاجز از این کار است مثل اخرس، روایات ظهور اطلاق نسبت به این مورد ندارد و اصل اولی عموماً هم طبق نظر شیخ علی فرض الملکیه لزوم است، مگر در مواردی که اجماع بر خلافش قائم شده باشد و نسبت به کسی که قادر بر ایجاب و قبول است، اجماع قائم شده است که با معاطاه و امثال آن لزوم حاصل نمیشود، اما اگر شخص قادر نباشد و لو

میتواند توکیل بکند، اجماعی در کار نیست و میتوانیم به عمومات اولی اخذ بکنیم. پس این فرمایش ایشان اشاره به روایات عدم لزوم و امثال آن نیست و دلالت آن روایات را هم ایشان نسبت به عاجز مانند اخرس قاصر میداند و آن روایات را ایشان ناظر به شخص قادر میدانند. مطلب دیگری که اینجا می خواستم عرض کنم این است که شیخ در معاطاه به اصاله اللزوم تمسک کرده و میفرماید که در معاطاه به لزوم تمسک میکنیم، مگر در جایی که اجماع آن را خارج کرده باشد، اما راجع به اشاره هیچ تعبیری نمیفرماید و علتش هم این است که بین اشاره و معاطاه تفاوت وجود دارد، زیرا در معاطاه قبل از اینکه شرعی بیاید، بنای عقلاء بر این بوده است که انسان با اعطاء و اخذ به دیگری تملیک بکند و نقل و انتقالهای فطری و طبیعی با همین اعطاء و اخذ بوده است و عمومات ادله «أحل الله البيع» و امثال اینها هم شامل آن میشود، اما اینکه انسان با نفس اشاره بخواهد دیگری را مالک بکند، یک چنین چیزی از بنای عقلاء استفاده نمیشود، مگر اینکه به ادلهی طلاق و امثال آن تمسک بکنیم لذا شیخ در اشاره به عمومات تمسک نمیکند، در حالی که در معاطاه به سراغ اصاله اللزوم رفته است و بین این دو فرق گذاشته است. یک عرض دیگر ما این است که مرحوم سید در حاشیه میفرماید که نه تنها فحوای روایات طلاق اخرس دلالت بر این مسئله دارد، فحوای روایاتی هم که راجع به اخرس در باب نماز و حج و امثال آن وارد شده است،

بر مورد بیع دلالت میکند، چون روایت سَکُونی تعبیر می کند که «تلییه الأخرس و تشهده و قراءته فی الصلاه تحریک لسانه و إشارته بالاصبع». ولی این فرمایش سید درست نیست، زیرا نماز واجب عینی است و همه باید نماز بخوانند و لذا شارع مقدس نسبت به کسی که زبان ندارد، چیزهای دیگری را قائم مقام زبان قرار داده است تا او هم از نماز محروم نماند، اما راجع به معاملات که واجب کفائی است، لزومی ندارد که همه وارد کسب و کار بشوند و اینطور نیست که اگر اخرس خرید و فروش نکند، نظام اجتماع به هم بریزد و لذا ما نمیتوانیم از باب نماز که واجب عینی است به بیع که واجب کفائی است، تعدی بکنیم. پرسش: در نماز هم اخرس میتواند اقتدا کند پاسخ: در نماز هم همیشه شرایط اقتداء فراهم نیست و در برخی موارد شرایط اقتداء احراز نمیشود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### عمومیت حدیث رفع نسبت به آثار وضعیه ۹۲/۰۱/۱۹

Your browser does not support the audio tag

عمومیت حدیث رفع نسبت به آثار وضعیه حق در مسئله عبارت از این است که حدیث رفع بیش از مؤاخذه چیز دیگری را شامل نمیشود و مثل اینکه در نزد بعضی از آقایان هر چه که مصادیق یک مفهومی بیشتر بشود، علمیتش بیشتر و به واقع نزدیکتر است و در اینجا هم از همین باب بعضی خواستهاند که احکام وضعی و سببیت و جزئیت و امثال آن را داخل در حدیث رفع بدانند، ولی ما باید آنچه را که به عرف نزدیکتر است را در نظر بگیریم. شیخ انصاری در فرائد میفرماید بعد از اینکه قرار شد یک تجوز و تقدیری در حدیث رفع

ص: ۶۴۶

قائل بشویم، باید ببینیم که آیا عموم آثار مقدر است یا اثر ظاهر؟ شیخ این بحث را به نحو تردید مطرح نموده و احتمالات را ذکر کرده است، ولی مثل اینکه برخی از آقایان علمیت را در این میدانند که تمام آثار را در تقدیر بگیرند، چون نزدیکتر به معنای حقیقی عبارت از این است که ما مصادیق بیشتری را در نظر بگیریم! ولی کبرای این مسئله که اگر مشکل پیدا بشود، اصل اولی این است که همهی آثار را در نظر بگیریم، تمام نیست و آنچه که به نظر میرسد عبارت از این است که در تنزیلات و امثال آن میزان اثر ظاهر است، مثلاً وقتی گفته میشود که فلان کس حاتم است، چه چیزی از آن فهمیده میشود؟ یا وقتی به کسی رستم یا یوسف گفته میشود، چه چیزی مورد نظر است؟ یا اگر گفته شد که فلان کس علامه است، یا شیخ طوسی است، چه چیزی فهمیده میشود؟ آنچه که از این اطلاقات استفاده میشود این است که هر چیزی که در اذهان نسبت به این اشخاص وجود دارد، در تنزیل هر کسی به منزلهی این اشخاص، همان مطلب فهمیده میشود و اینطور نیست که اگر کسی را مثلاً به منزلهی شیخ طوسی تنزیل کردند، بروید و تمام احوال شیخ طوسی از اول تا آخر عمرش را مورد بررسی قرار بدهیم و همهی آنها را در این شخص در نظر بگیریم. وقتی به کسی یوسف اطلاق میشود، مراد این است که در جمال مانند یوسف است، یا وقتی به کسی رستم گفته میشود، مراد این است که در پهلوانی مانند رستم است

ص: ۶۴۷

و امثال اینها. و آنچه که از حدیث رفع متفاهم است، این است که اگر انسان به وسیله‌ی یکی از این اموری که ذکر شده مانند اکراه و اضطراب و نسیان و جهل و ... در اثر مخالفت، مطلوب اولی مولا را از دست داده باشد، شارع اثر این مخالفت را برداشته است به این معنی که این مخالفت در نامهی عملش ثبت نمیشود و محذوری از این ناحیه متوجه او نخواهد بود. اما اینکه بخواهیم تمام احکام وضعیه و امثال آن را از این حدیث استفاده بکنیم، چنین چیزی متفاهم از عرف نیست. بنابراین در سببیت و شرطیت و امثال آن نمیتوانیم به حدیث رفع تمسک بکنیم و بنده دیدم که یک کسی حدیث رفع را ترجمه کرده و بالفطره همینطور معنی کرده بود که برای شخص گرفتاری و مؤاخذه نخواهد بود. مذاق آقای خوئی این است که معمولاً به تمام مصادیق قائل میشود و عدم ازلی و امثال آن را در مصادیق میآورد و منشأ تعارضاتی مانند تعارض بین جعل و مجعول هم عبارت از همین است که ما مصادیقی که عرف نمیفهمد را داخل در مفهوم بکنیم. خلاصه اینکه این مطلبی کبرویاً تمام نیست و در تعیین مصادیق باید ببینیم که عرف و عوام چه مصادیقی را در نظر میگیرند و در تعیین مصادیق عرف حجت است و میزان هم عبارت از همان است، منتهی آقای خوئی بر اساس مبنای خودش - که قائل به عموم آثار است - کلام مرحوم ایروانی را جواب داده است، ولی ما معنای جواب ایشان را نفهمیدیم. ایشان ابتداء تعبیر میکنند که جزئیت و شرطیت و مانعیت از



امور انتزاعی است و امور انتزاعی قابل جعل نیست، خواه این جزئیت و شرطیت و مانعیت مربوط به متعلقات احکام تکلیفیه باشند، که به تعبیر آقای نائینی عبارت از افعال است و خواه مربوط به موضوعات احکام باشند، که عبارت از چیزهایی است که برای ثبوت حکم مفروض الوجود است. البته ایشان نسبت به موضوع بر خلاف سابقین یک اصطلاح جدیدی گذاشته‌اند و هیچ لطفی در این کار ایشان وجود ندارد. در اصطلاح ایشان موضوع عبارت از شیئی است که مفروض الوجود برای ثبوت حکم محمولی است و متعلق هم عبارت از همان افعالی است که به وجود ذهنی متعلق احکام تکلیفیه قرار میگیرند، نه به وجود خارجی. وجود خارجی مسقط تکلیف است. مثلاً در «اکرم العلماء»، اکرام متعلق حکم و عالم موضوع حکم است. این فرمایش ایشان است بر خلاف دیگران که می‌گفتند: وجوب محمول است و موضوعش عبارت از خود اکرام است و عالم هم به نحو صفت به حال متعلق می‌باشد و وقتی گفته میشود: العالم واجب الاکرام، وجوب روی اکرام می‌رود و موضوع واجب خود اکرام است، منتهی گاهی موضوع لازم است و گاهی متعدی و در صورتی که موضوع ما متعدی بود، مانند اکرام، تعدی پیدا میکند و عالم و امثال آن هم متعلقات موضوع هستند، همانطور که در مطول و جاهای دیگر هم خوانده‌ایم در این موارد تعبیر به متعلقات افعال میشود. افعال در اینجا موضوع برای احکامی مانند وجوب هستند و مواردی مثل عالم هم از متعلقات هستند. این اصطلاح سابقین است و مرحوم آقا شیخ محمد حسین اصفهانی هم بر اساس همین اصطلاح صحبت کرده است، اما

آقای نائینی این اصطلاح را تغییر داده است. خلاصه اینکه آقای خوئی در جواب مرحوم ایروانی میفرمایند که جزئیت و شرطیت و مانعیت چه راجع به متعلقات حکم باشد- که در نظر ایشان همان افعال است یا راجع به موضوعات احکام باشد که یک شیء مفروض الوجود است، در هر صورت چون این موارد از امور انتزاعی است و قابل جعل نیست، نمیتوانیم با حدیث رفع آنها را برداریم. البته بیان این مطلب خیلی نیاز به این اطالهی لفظ نداشت و ما باید ببینیم که چرا امور انتزاعی قابل جعل نیست؟ به نظر میرسد که اگر خود امور انتزاعی هم استقلال در جعل نداشته باشد، ولی میتوان منشأش را جعل کرد، مثلاً اگر امر مقید به یک شیئی شد، شرطیت انتزاع میشود، یا اگر موضوع امر مرکب شد، جزئیت انتزاع میشود و امثال آن، پس بنابراین میتوانیم با حدیث رفع بگوییم که این تقید برداشته شده است، یا مرکب بودن برداشته شده است و در نتیجه منشأ امور انتزاعی شرطیت و جزئیت رفع میشود. در ثانی به نظر ما امور انتزاعی مستقلاً هم قابل جعل است و انشاء آنها اشکالی ندارد و اینکه کسی بگوید: من این شرط برای یک چیزی قرار دادم، هیچ اشکالی ندارد. هم به صورت جملهی اخباریه میتوانیم جعل کنیم و هم به صورت جملهی انشائی و به نظر من حدیث رفع جملهی اخباریه است. در این حدیث هم میخواهد که امتیازات اسلام را بیان بکند و یکی از امتیازاتش هم همین است که این موارد در قانونش نیست، نه اینکه بخواهد اینها را به صورت انشائی رفع بکند. به صورت اخباریه

خیلی ساده‌تر است، ولی برای انشاء در امور انتزاعی هم محذوری وجود ندارد و اگر کسی این کار را بکند، کار غیر معقول نکرده است و به او نمی‌خندند. خلاصه اینکه این یک مطلب روشنی است و در رساله‌های عملیه هم نمی‌خواهند امور تکوینی را بنویسند، بلکه اینطور نوشته میشود که نماز شرایطی دارد و یک شرطش این است و شرط دیگرش آن است و این اموری است که در شأن شارع است. ایشان می‌فرمایند: اینکه ما می‌گوییم: حدیث رفع، سببیت و مانعیت و شرطیت و امثال اینها را نمی‌گیرد، از این جهت است که قابلیت جعل ندارند، «لا من جهة اختصاص البراءة بالأحكام التکلیفیه لأنها کما تجری فیها تجری فی الأحكام الوضعیه أيضاً، بل من جهة أنّ هذه الأقسام من الأحكام الوضعیه أی الشرطیه و الجزئیه و المانعیه غیر قابله للجعل نفیاً و إثباتاً و ذلك لما بیناه فی محلّه من أنّ الشرطیه و الجزئیه و المانعیه أعمّ من أن تلحظ فی متعلّقات الأحكام، بأن یکون شیء شرطاً للمأمور به أو جزءاً له أو مانعاً عنه، أو أن تلحظ فی موضوعاتها کما إذا کان شرطاً للحکم أو جزءاً منه أو مانعاً عنه ممّا لاتناله ید الجعل و التشریع إثباتاً و لا نفیاً، لأنها من الأمور الانتزاعیه و رفعها و وضعها إنّما هو بوضع منشأ انتزاعها و رفعه»، البته همین که وضعش به وضع منشأ انتزاع باشد، کفایت میکند. پرسش:.... پاسخ: الان اگر به شما گفتند: فلان چیز شرطیت برای مأمور به ندارد، یعنی مأمور به، بدون این مصداق مطلوب مولی است، معنای شرطیت داشتن این است که مطلوب باید با این باشد و معنای

شرطیت نداشتن هم عبارت از این است که بدون این مصداق، مطلوب مولی است. ایشان نمیخواهند به مطلب آخوند اشاره بکنند. در ادامه میفرمایند: «و قد ذکرنا غیر مرّه أنّ الشرطیه للمأمور به إنّما تنتزع عن الأمر بشیء متقیّداً بشیء آخر كما إذا أمر بالصلاه عن طهاره أو مستقبلاً فتنزع منه شرطیه الطهاره و القبله للصلاه، كما أنّ جزئیه شیء للمأمور به تنتزع عن الأمر بالمرکّب منه و من غیره». ایشان با عبارتهای طولانی این مطلب را تکرار کرده است و محصلش عبارت از این است که این امور قابل جعل نیستند. عرض ما هم این است که اگر با واسطه هم قابل جعل باشند، میتوانیم منشأ انتزاع را برداریم و در ثانی هم خود این امور انتزاعی قابل جعل هستند و هیچ محذوری وجود ندارد و خلاصه اینکه به نظر ما اگر کسی بخواهد اشکال مرحوم ایروانی را ردّ بکند، باید بگوید که حدیث رفع شامل احکام وضعیه نمیشود و آن روایت اکراه به حلف هم شاهد بر عمومیت حدیث رفع نسبت به احکام وضعیه نیست. پرسش: شما یک اشکال دیگری هم به مرحوم ایروانی داشتید که استصحاب را حاکم بر براءت میدانستید. پاسخ: این مطلب را آقای خوئی بیان کردند که اگر استصحاب با براءت در رتبهی واحده باشند، استصحاب مقدم است، اما اصل براءت را نسبت به شرطیت جاری بکنیم، اصل سببی خواهد بود و نسبت به استصحاب که اصل سببی است، مقدم خواهد بود، زیرا شک ما در اینکه حالت سابقه باقی است یا نه، عبارت از این است که آیا چنین شرطیتی در کار هست یا نه و شارع میگوید

که چنین شرطیتی در کار نیست و آن شرطیت از بین می‌رود. در تقدم اصل سببی بر اصل مسببی هم لازم نیست که ترتب شرعی وجود داشته باشد و اگر چنین ترتبی لازم باشد، تقدم اصل سببی بر مسببی در اینجا اشکال پیدا میکند، زیرا ترتب از بین رفتن حالت سابقه بر رفع شرطیت، عقلی است، نه شرعی و حق در مسئله عبارت از این است که ترتب شرعی در مواردی است که لازمه اعم از ظاهر و واقع نباشد، اما اگر وجود هر کدام از ظاهر و واقع ملازم بر وجود دیگری باشد، ولو ترتب شرعی نباشد و سببیت خارجی باشد و شک یکی مسبب از شک دیگری باشد، کفایت برای رفع میکند. یکی از چیزهایی که شیخ مثال زده و مرحوم آخوند به آن توجه نکرده است، این است که ایشان استصحاب تعلیقی را بر تنجیزی مقدم دانسته و میگوید که چون شک ما در باقی بودن حالت سابقه منجز، مسبب از شک در حالت تعلیقی است، اصل جاری در سبب مقدم بر اصل جاری در مسبب است. مرحوم آخوند در اینجا اشکال میکند که ترتب شرعی وجود ندارد، ولی حق مطلب این است که در اینجا نیازی به ترتب شرعی نیست و همین که لازمه عقلی یک شیء اعم باشد، تفاهمات عرفی او را مقدم میدارد. عمده‌ی دلیل شیخ هم همین است که عرف در این تفاهمات این مطلب را میفهمد و اول به سراغ سبب می‌رود. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی فرمایش شیخ در اشاره و معاطاه - تقدم کتابت و اشاره بر یکدیگر ۹۲/۰۱/۲۰

Your browser does not support the audio tag.

بررسی فرمایش شیخ در اشاره و معاطاه - تقدم کتابت و اشاره بر یکدیگر شیخ راجع به

ص: ۶۵۳

اشاره از فحوای روایات طلاق استفاده می‌کند، بعد هم راجع به معاطاه می‌فرماید که اگر ما در باب معاطاه قائل به ملکیت بشویم، اصل اولی لزوم است و در موردی که دلیل اجماع باشد، رفع ید میکنیم و در باقی موارد علی فرض الملکیه - به اصاله اللزوم تمسک میکنیم. بنابراین در اُخرس و امثال آن که شخص قدرت ندارد که بالمباشره یک چیزی را انجام بدهد، ولی بالتسبیب میتواند این کار را انجام بدهد، چون اصل اولی عبارت از لزوم معامله است و لذا ما این را لازم میدانیم، زیرا دلیل مخرج از لزوم، اجماع است و قدر متیقن اجماع هم جایی است که شخص قدرت داشته باشد و شامل اشاره نمیشود. این فرمایش شیخ است. در صدر و ذیل فرمایش شیخ دو احتمال وجود دارد: یک احتمال عبارت از این است که بگوییم اینکه شیخ ابتداء در بحث اشاره به سراغ مطلقات و عمومات نرفته است و بعد راجع به معاطاه گفته است که در صورت قول به ملکیت اصل اولی بر لزوم است، درحالی که اشاره غیر از معاطاه است و در معاطاه نقل و انتقال به وسیله عوضین است، یک احتمال این است که بگوییم هر دو از مصادیق فعل است و اینکه در ابتداء به بحث اشاره پرداخته است، به این جهت بوده است که یکی از افراد فعل را ذکر بکند، شاید هم صدر مطلب هم مؤید این مطلب باشد که میفرماید: اجماع قائم بر این است که لفظ در لزوم معتبر است و این اعتبار در جایی است که شخص قدرت داشته باشد، اما اگر قدرت نداشت مانند اُخرس معتبر

ص: ۶۵۴

نیست و ایشان اُخْرَس را از باب مثال ذکر میکنند و بحث قبلی راجع به کلیهی انشائات معاملی است و اشاره از باب مثال ذکر شده است. در ذیل هم میفرماید که ما در معاملات فعلیه از دو راه میتوانیم برای عاجز اثبات لزوم بکنیم، یکی از فحوای باب طلاق و دیگری هم اینکه بعد از ثبوت ملکیت - که مختار شیخ است - مقتضای اصل اولی لزوم است. رفع ید از لزوم در جایی ثابت است که شخص مباشرتاً بتواند انجام بدهد، اما اگر مباشرتاً نتوانست، و لو اینکه بالتسبیب بتواند انجام بدهد و به امور فعلی مانند اشاره و کتابت و معاطاه متوسل بشود، لزوم برای او ثابت است. این یک احتمال در بیان صدر و ذیل فرمایش ایشان است که ظاهراً از مجموع کلام مرحوم آقا سید محمد کاظم در حاشیه اینطور استفاده میشود. احتمال دیگر هم در صدر و ذیل فرمایش ایشان این است که بگوییم اشاره با معاطاه فرق دارد و در معاطاه بنای عقلاء بر این است که انشاء با اعطاء و اخذ انجام میشود و قبل از اینکه فرهنگ و تمدنی وجود داشته باشد، بشر بالطبع برای رفع حوائجش با اخذ و اعطاء معامله میکرده است و بعد که یک قدری سواد پیدا کردند، معاملات تحت یک ظوابطی انجام شده و الفاظی را بکار برده شده است و طبیعی است که معاملاتی که به صورت معاطاتی انجام میشود، صحیح و لازم باشد، البته اگر دلیل مخرجی وجود داشته باشد، آن یک بحث دیگری است. ولی در اشخاصی که قادرند مقاصد خودشان را با اعطاء و اخذ و یا با لفظ انجام بدهند،

اینطور نیست که بگوییم با اشاره نقل و انتقال یا لزوم حاصل میشود. پس اگر ما بخواهیم در بعضی موارد لزوم را استفاده بکنیم، باید به روایات خاصه‌ای که برای عاجز مثل اخرس و امثال آن در باب طلاق وارد شده است، تمسک بکنیم. پس بنابراین موضوع معاطاه یک موضوع جداگانهای است و شیخ هم در باب معاطاه - بنا بر ملکیت - میفرماید که اصل اولی لزوم است و در معاطاه شخص عاجز نیازی به تمسک به فحوای ادله‌ی دیگر نداریم و قانون عقلاء و اطلاقات و عمومات اقتضاء میکند که معاطاه لازم باشد. این هم یک احتمال دیگر در فرمایش ایشان بود. به نظر ما طبعاً برای شخص قادر معلوم نیست که اشاره کفایت بکند، زیرا اشاره یک امر غیر متعارفی است و بر اساس بنای عقلاء نمیشود با اشاره نقل و انتقال و لزوم حاصل بشود و چنین بنایی در باب اشاره وجود ندارد و نباید این مورد با معاطاه قیاس بشود. البته جایی که شخص قدرت نداشته باشد مانند اخرس بحث دیگری است و عندالاضطرار هم بلاشکال اشاره برای صحت و لزوم کفایت میکند و در آن حرفی نیست. کتابت هم یک از انشائاتی که برای نقل و انتقال از آن استفاده میشود و در روایات هم برای کتابت ارزش قائل شده است، ولی بحث در این است که کدام یک از این انشائات بر دیگری تقدم دارد؟ بعضی گفته‌اند که اشاره مقدم بر کتابت است، البته بنده به ادله‌ی قدماء مراجعه نکردهام، اما آقای خوئی میفرمایند که چون ممکن است که کتابت گاهی برای تمرین باشد بخلاف اشاره که چنین چیزی در

آن وجود ندارد، اشاره اقوی از کتابت است. برخی هم نظرشان به عکس این قول است و کتابت را مقدم بر اشاره دانسته‌اند، زیرا کتابت بقاء دارد و ثابت است و قهراً کأن در کتابت اهتمام بیشتری وجود دارد و تسامح در آن وجود ندارد، پس بنابراین کتابت محکمتر از اشاره می‌باشد. از بعضی روایات مانند صحیحی بزنطی استفاده می‌شود که کتابت در رتبه متقدم بر اشاره است و ابن ادریس حلی هم کتابت را مقدم بر اشاره دانسته است و طبعاً به نظر می‌رسد که اصابت واقع در کتابت بیشتر از اشاره باشد و اینکه آقای خوئی فرمودند که گاهی کتابت برای تمرین است، در اشاره هم گاهی انسان برخی از امور را به صورت تقلیدی و تمرینی انجام می‌دهد، مثلاً یک نفر زن و دیگری شوهر می‌شود و عقده‌های فرضی را تمرین می‌کنند، پس مسئله تمرین در هر دو وجود دارد و فرقی بین این دو نیست. به حسب نوع هم به نظر می‌رسد که غالباً کتابت بیش از اشاره طریقت به واقع دارد. اما آقای خوئی نسبت به این مطلب که گفته شد: کتابت باقی است بخلاف اشاره، ایشان می‌فرماید که اگر بقاء را منشأ ترجیح یک فردی بر دیگری بدانیم، باید کتابت را بر قول هم مقدم بدانیم، با اینکه قطعاً چنین چیزی نیست. خلاصه اینکه هیچکدام از این وجود برای ترجیح یکی از اینها بر دیگری قابل اعتناء نیست و آنچه که معیار است این است که آنچه بر اساس قرار و بنای عقلاء واقع می‌شود، حجت است و مادامی که یک اجماع یا دلیلی بر خلاف نباشد، باید آن



را بپذیریم. حال ما روایات مربوط به کتابت را فیالجمله میخوانیم تا ببینیم آیا این روایات دلالت بر تقدم کتابت بر اشاره میکند یا نه، زیرا یک اختلافی بین آقای خوئی و مرحوم آقا سید محمد کاظم در اینجا وجود دارد. مطلب دیگری که ما از برخی از این روایات استفاده میکنیم، منتهی بعضیها جمعاً بین الادله در آن تصرف کردهاند، این است که در صحیحی ابو حمزه ثمالی کتابت در عرض قول قرار داده شده است، نه در طول قول، یعنی انسان همانطوری که مختاراً به وسیلهی لفظ میتواند انشاء بکند، به وسیلهی کتابت هم مختاراً میتواند انشاء بکند و چنین کاری جایز است. پرسش: الان روشهای جدید انجام بیع مثلاً اینترنتی یا حالتی دیگر وجود دارد. پاسخ: اینها را انسان می داند که قبلاً نبوده است، اما مواردی هست که قبلاً محل ابتلاء بوده است و در اموری که از اول بوده است و انسان بر اساس فطرتش انجام میداده است، اصل اولی این است که تغییر پیدا نکرده باشد. پرسش: در معاملاتی مانند معاملات اینترنتی و امثال آن که قبلاً نبوده است، ارتکاز عقلاء بر این است که اینطور معاملات صحیح باشد. پاسخ: در خیلی از امور انسان تدریجاً مأنوس میشود و الان عادات و رسوم وجود دارد که اگر در صد سال قبل بود، این عادات و رسوم را استنکار میکردند، ولی آرام آرام اشخاص به اروپا و امثال آن مأنوس میشوند و این ارتکاز طبیعی اولی نیست. حال به روایت پردازیم. روایت ابو حمزه ثمالی، روایتی است که حسن بن محبوب عن ابی حمزه الثمالی نقل کرده است. اینطور که میگویند حسن بن محبوب

حدود ۷۵ سال عمر کرده است و در سال ۲۲۴ قمری فوت نموده است و در نتیجه ولادتش در سال ۱۴۹ بوده است. ابوحمزه ثمالی هم اینطور که نوشتهاند در سال ۱۵۰ فوت کرده است و اینکه کسی که در سال ۱۴۹ متولد شده است، از کسی که در سال ۱۵۰ وفات کرده روایت بکند، این روایت مرسل است و قابل اعتماد نخواهد بود. این اشکالی است که برخی کرده و گفتهاند که احمد بن محمد بن عیسی هم روی همین جهت در نقل این روایت اشکال کرده است و یا اصحاب حسن بن محبوب را در نقل این روایت متهم میکنند. البته به این اشکال اینطور جواب داده شده است که مدرک این مطلب که اصحاب متهم میکنند چه چیزی است؟ اگر بر اساس تاریخ ولادت و وفات است، آقای خوئی میفرمایند که در طریق روایتی که به سال تولد و وفات اشاره شده است، جعفر بن محمد بن حسن بن محبوب وجود دارد که عنوانی برای او ذکر نشده است و علی بن محمد عتیه هم تضعیف شده است ولی از مشایخ کشی است و کشی مشایخ مورد ضعف خیلی دارد. خلاصه اینکه ایشان میفرمایند تاریخ ولادت و وفات ایشان یک مطلب ثابتی نیست و به این وسیله ما نمیتوانیم حکم به ارسال این روایت بکنیم و اصل اولی در نقلها این است که مرسل نباشد و حجت باشد. علاوه بر این در میان قدماء یک مطلبی بوده است - و محتمل است که در اینجا اینطور باشد - که به اشخاصی که زمینهای برای رشد داشتند، قبلاً اجازهای نقل روایت از کتابشان بلاواسطه را میدادند.

مثلاً- ابوغالب زراری به نواده خودش در حالی که سه چهار ساله بوده است، اجازه روایت داده است و حتی گاهی به حمل اجازهی روایت میدادند، همانطوری که گاهی سلطنت و پادشاهی را به حمل میدادند مثل شاپور یا برخی دیگر از سلاطین که در دوران حمل به پادشاهی رسیده‌اند. در اجازات هم اینطور بوده است و گاهی برخی اشخاص وقتی میدیدند که در یک بیتی زمینه برای رشد وجود دارد، به چند پشت اجازه نقل روایت میدادند و ممکن است که اینجا هم از این باب بوده باشد. پرسش: ... پاسخ: اگر تشریفاتی هم بوده و یا هر طور که بوده است، به نظر میرسد که وقتی به وسیلهی تواتر یا ثقات ثابت باشد که یک کتابی مال کسی است، بالفطره از این کتاب نقل میشود و لازم نیست که سند ذکر بشود و در منابر هم وقتی شما یک روایتی را از کافی می خوانید، شاید شما طریقی به کتاب کافی نداشته باشید، ولی مطمئن هستید که کتاب کافی مال کلینی است و از این کتاب روایت نقل میکنید و به روزهتان هم صدمه وارد نمیخورد اگر بگویید که در کتاب کافی اینطور نوشته شده است و خلاصه این نقل روایت شما دروغ نیست و برای شما به ثبوتی که اجتهادی نیست، ثابت شده است و متعارف اشخاص هم یقین پیدا میکنند و وقتی چنین چیزی ثابت شد، ولو اجازه هم وجود نداشته باشد، نقل کردن از آن کتاب اشکال ندارد. پس در این روایات امر مشکلی وجود ندارد و در روایت حسن بن محبوب که ثقهی مورد قبول و جزء اصحاب اجماع است، جای

این اشکال وجود ندارد که بگوییم سند ذکر نشده است و همین که اطمینان وجود داشته باشد- اطمینان هم که اجتهادی نیست- کفایت میکند. و اگر هم ما شک کنیم که کسی از روی اجتهاد حرفی میزند یا از روی مبادی حسیه یا قریب به حس، در اینجا اصل اولی بر اخذ به روایت است و لذا به این روایت اخذ میکنیم. روایت این است که: «قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلی امرأتی بطلاقها، أو اكتب إلی عبدی بعته»، شخصی می گوید: به زن من بویس که تو مطلقه هستی و تو زن او نیستی، یا اینکه به عبد من بگو که آزاد هستی. آیا این کار به این شکل طلاق و عتق به حساب میآید؟ حضرت می فرماید «لا- یكون طلاقاً و لا عتقاً حتی ینطق به لسانه، أو یخطفه بیده، و هو یرید الطلاق أو العتق» یا باید قولی باشد و یا کتابتی باشد که قصد انشاء داشته باشد و یکی از شرایط هم عبارت از این است که در طهر غیر مواقعه باشد و اگر کسی غایب شد و هنوز طهر مواقعه از وی حاصل نشده بود، استصحاب دارد، ولی اگر مثلاً یک ماه گذشت - که عادتاً شخص از طهری به طهر دیگر منتقل می شود- آن موقع بخواهد طلاق بدهد اشکالی ندارد، و اگر مشکوک هم باشد که در حیض است، برای غایب - که راه کشفی برای آن ندارد- شارع طلاقش را صحیح می داند. حضرت می فرماید که اگر شرایط باشد، عدلین شاهدین باشد و یک ماه هم گذشته باشد که آن حالت سابقه منقلب شده باشد، طلاق

غایب با کتابت صحیح است و ظاهرش عبارت از این است که ظاهر کالصریح است که: «حتی ینطق به لسانه، أو یخطه بیده» و کتابت در عرض قول آمده است و جایز هم هست و از بعضی از روایات هم استفاده میشود که انشاء در باب طلاق و امثال آن منحصر در نطق است، البته اخرس و امثال آن بحث دیگری است، ولی کسی که قادر بر نطق باشد، کتابت و امثال آن به درد نمیخورد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### برخی بررسی روایات کتابت در طلاق ۹۲/۰۱/۲۱

.Your browser does not support the audio tag

برخی بررسی روایات کتابت در طلاق روایت ابو حمزه ثمالی را دوباره میخوانم: «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتی بطلاقها أو اكتب إلى عبدی بعته، یكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال: لا یكون طلاق ولا عتق حتی ینطق به لسانه أو یخط بیده و هو یرید الطلاق و العتق، و یكون ذلك منه بالأهله و الشهود و یكون غائباً عن أهله». از این روایت فی الجمله استفاده میشود که کتابت با شرایط خاص در عرض قول قرار میگیرد. در مقابل این روایت صحیحی زراره قرار دارد که به عنوان دو روایت نقل شده است، ولی یک روایت است که اینطور وارد شده است: «قال: سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعق مملوكه و لم ینطق به لسانه، قال لیس بشیء حتی ینطق به»، در روایت فقط نطق را معیار قرار داده و چیز دیگری را قرار نداده است. روایت دیگر هم که همان روایت است، منتهی ظاهراً نقل به معنی شده و در اولی مرجع سؤال تعیین نشده است،

ص: ۶۶۲

بخلاف دومی که مرجع سؤال در آن را «أبی جعفر» تعیین کرده است. در روایت دوم اینطور وارد شده است که: «قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته و یعتق غلامه، ثم بدا له فمحاها»، یعنی آن مکتوبش را محو کرده است، «قال: لیس ذلك بطلاق ولا عتاق حتی یتکلم به»، در این روایت، روایت قبلی نقل به معنی شده است منتهی با قدری تفاوت. حال ما در مقابل این دو روایت چه باید بکنیم؟ یک روایت منحصر در نطق کرده است و روایت ابو حمزه کتابت را معادل نطق ذکر کرده است و باید ببینیم که چطور بین این دو روایت جمع کنیم. صاحب جواهر در خیلی از مواقع چنان مطلب را بیان میکند که اگر کسی اکتفاء به جواهر بکند، خیال میکند که هر کسی غیر از این مطلب را بگوید، از فقه دور افتاده و اعوجاج سلیقه دارد. ایشان در جمع بین این دو روایت میفرماید که روایت ابو حمزه ثمالی صلاحیت مقابله با روایت زراره را ندارد، زیرا در این روایت اشکالاتی وجود دارد. ایشان میفرماید که در اینجا نمیتوانیم مطلقاً را حمل بر مقید بکنیم، زیرا حمل مطلق بر مقید شرایطی دارد که یکی از آنها عبارت از این است که با قطع نظر از اطلاق و تقید، باید هر دو متکافی باشند که در این صورت مقید مطلق را تقیید خواهد کرد، ولی این دو روایت متکافی نیستند، زیرا در روایت ابو حمزه ثمالی چند اشکال وجود دارد: یکی از این اشکالها عبارت از تقیه است و سنیها هم همین نظر را دارند و اشکال دوم هم این

ص: ۶۶۳

است که این روایت از شذوذ است و هیچ کسی حتی کسانی که فتوی به مضمون روایت داده‌اند مانند شهید ثانی و برخی دیگر، قائل به انحصار بیان شده در روایت نشده‌اند. این روایت طلاق یا عتق را منحصر به این دو راه کرده است و حتی توکیل را هم اجازه نداده است، در حالی که توکیل شق ثالث است و انسان می‌تواند وکیل بگیرد و این کار شق ثالث است که در روایت بیان نشده است. پس بنابراین به تعبیر ایشان روایت ابو حمزه ثمالی نمی‌تواند با آن دو روایت (ایشان دو روایت تعبیر میکنند) مقابله بکند. اما ایشان دو حمل برای روایت ذکر میکنند و بعد هم تعبیر به «أو غیر ذلک» میکند که اشاره به حملهایی است که صاحب وسایل جمعاً بین الادله کرده است. یک حمل این است که بگوییم این روایت در مقام تقیه بیان شده است و حجیتی ندارد، حمل دیگر عبارت از این است که بگوییم کلمهی «أو» در عبارت «أو یخط بیده» در مقام تخییر نیست، بلکه در مقام تفصیل است. گاهی انسان مخیر است که این کار یا آن کار را بکند، گاهی هم کلمهی «أو» برای تفصیل بین چند مورد و اشاره به چیزی است که انواع مختلفی دارد مثلاً شما می‌گویید که شخص حتماً باید نماز بخواند و باید با طهارت باشد، یا با غسل یا با وضو یا با تیمم، در اینجا تیمم عدل طهارتهای قبلی نیست که انسان مخیر باشد با وضو بخواند یا با تیمم، بلکه تیمم در طول موارد قبلی است و «أو» در مقام تفصیل و تنويع است یعنی

علی اختلاف الموارد گاهی وظیفه غسل است، گاهی وضو و گاهی هم وظیفه انسان تیمم است و هر کدام در جای خودش قرار دارد و تخییری در کار نیست دو احتمال دیگر هم در اینجا وجود دارد که صاحب وسایل بیان کرده است و به این جهت که صاحب جواهر این دو احتمال را خیلی بعید دانسته است اسمی از آنها نبرده و تعبیر به «أو غیر ذلک» کرده است. یکی از این دو احتمال این است که بگوییم در روایت ابو حمزه دو نوع راه برای طلاق بیان شده است: یکی اینکه فقط با نطق لسانی این کار را بکند و دیگری هم اینکه نطق لسانی همراه با کتابت باشد و در راه دوم مجموعاً امرین مراد است. با این احتمال در روایت ابو حمزه دیگر منافاتی با روایت انحصار طلاق در نطق وجود نخواهد داشت. احتمال دیگر هم عبارت از این است که مقصود از ذکر این دو راه در روایت ابو حمزه این است که شخص علم به طلاق پیدا بکند، یا از راه دیدن کتابت شخص علم پیدا بکند که طلاق داده است و یا با لفظ این علم را پیدا بکند و این دو راه وسیله علم شخص است. طلاق بدون نطق واقع نمیشود، اما از ناحیه کتابت این نطق را احراز کرده است. این فرمایشات صاحب جواهر و شیخ حرّ در این مسئله بود. صاحب جواهر البته به این مطلب هم اشاره میکند که خیلیها در اینجا ادعاء اجماع کرده‌اند و بعضی هم که رأی بر خلاف داده بودند مانند شیخ طوسی از نظرشان برگشته‌اند. وقتی فرمایش صاحب جواهر و صاحب وسائل

را مورد بررسی قرار می‌دهیم، به نظر می‌رسد که از جهات عدیده فرمایش این دو بزرگوار مخدوش است. اما اینکه صاحب جواهر فرمودند که روایت ابو حمزه محمول بر تقیه است، درست نیست و قطعاً این روایت مطابق تقیه است و هیچکدام از سنیها قائل به این قول نشده‌اند. اولاً سنیها دو رأی دارند، هم در مبسوط و هم در خلاف بیان شده است که بعضی از آنها کتابت را باطل و بعضی کتابت را صحیح میدانند، ولی بین غایب و حاضر هیچ کس فرق نگذاشته است و اینکه در روایت تعبیر به «و یكون ذلک غایباً» و چنین شرایطی ذکر میشود، مخالف با عامه است، یا اینکه تعبیر به «و یكون ذلک لشهود» شده است، «شهود» صحیح است و اینکه در بعضی از نسخها «شهور» آمده است، غلط است، در نسخه‌های معتبر تعبیر به شهود شده است و مقصود این است که طلاق باید شاهد داشته باشد و این ضد عامه است و خلاصه این موارد حرف امامیه است و حمل این روایت بر تقیه صحیح نیست. البته روایت زراره با بعضی از فتاوی‌ای عامه مطابق است، زیرا بعضی از عامه قائل به آن هستند و بعضی هم باطل میدانند. اما اینکه صاحب جواهر این روایت را از شذوذ دانسته است، برای ما روشن نیست که چه شذوذی در این روایت وجود دارد و آنچه که ما از کلام قدام پیدا کردیم، ظاهر کلام شیخ در خلاف و همینطور کلام ایشان در مبسوط - که من یک قدری در کلام مبسوط تأمل دارم و بعد به آن اشاره میکنم - و بعد هم کلام ابن ادریس



است که از قدماء قبل از محقق میباشند. ولی در مقابل اینها این براج به این روایت ابو حمزه ثمالی اخذ کرده است، ابن حمزه اخذ کرده است، قطب الدین کیذری در اصباح اخذ به این روایت کرده است و صاحب جواهر فقط از ابن براج وابن حمزه اسم میبرد و از قطب الدین کیذری اسم نبرده است، در کتاب فقیه در باب الغایب همین روایت نقل شده است که این کتاب، رساله‌ی فتوایی اوست، کلینی که میگوید من چیزهایی را نقل میکنم که اگر کسی خواست به آن اخذ بکند، در اول باب این روایت را نقل کرده است. بنده نمیدانم چطور صاحب جواهر تعبیر به شذوذ میکند و اینکه ایشان فرمودند که ناقلین این روایت خودشان قائل به آن نیستند، زیرا توکیل را جایز میدانند، در حالی که توکیل در این روایت ذکر نشده و احد الامرین نمیباشد، در جواب این فرمایش ایشان باید بگوییم که این اشکال به روایت زراره هم وارد خواهد بود، زیرا روایت زراره طلاق را منحصر در نطق کرده است و از توکیل اسمی نبرده است و اینطور تعبیر کرده است که «حتی ینطق به» و اصل این اشکال هم خیلی ضعیف است، زیرا توکیل بر خلاف قاعده نیست و خود الفاظی که وجود دارد بر آن صدق میکند و اگر این اشکال وارد باشد در بسیاری از موارد به جهت عدم ذکر توکیل، مخالفت با توکیل خواهد داشت و خلاصه اینکه این اشکالات اشکالات واردی نیست. جمع بین این دو روایت این است که اگر کسی حاضر باشد و بخواهد با کتابت طلاق بدهد، صحیح نیست، اما اگر

غایب باشد و خصوصیات لازم در طلاق مانند شهود و امثال آن هم وجود داشته باشد، اشکالی ندارد که طلاق را با کتابت انجام بدهد و صحیح است. چرا ما اینقدر قائل به تکلف بشویم و بعد ایشان به شهید ثانی حمله کرده و اول میگویید که خیلی غریب است که شهید ثانی چنین حرفی زده باشد و بعد هم میگویید که از کسی که مختل الطریق است واعوجاج طریقی دارد، چنین چیزی غریب نیست! اگر کسی درست فحص نکند، همین بیان صاحب جواهر کافی است که خیال بکند اگر کسی قائل به غیر این مطلب شد، از طریق مستقیم فقه انحراف واعوجاج پیدا کرده است، در حالی که افراد معتنیبهی قائل به مضمون روایت ابوحمزہ ثمالی شده‌اند و نمیتوانیم بگوییم که اکثریت سابقین قائل به خلاف این روایت بوده‌اند و طلاق با کتابت را باطل میدانست‌اند، نمیتوانیم چنین ادعائی بکنیم و فتوای مطابق با این روایت در کتاب نهاییه هم آمده است، در حالی که این کتاب تا مدتها محل عمل اصحاب بوده است، منتهی میگویند که شیخ در خلاف و مبسوط از این نظر برگشته است و در کتاب خلاف یک مطلب کلی گفته است که کتابت باطل است و یک دلیلش را هم اجماع بیان کرده است و دلیل دیگر را هم این دانسته است که اصل این است که کتابت کفایت نمیکند، (کنایات غلط است و تحریف کتابت است) یعنی هم اجماع در مسئله وجود دارد و هم اصل این است که کتابت کفایت نمیکند. البته ایشان به خصوص مسئله اشاره ندارد و ممکن است که ناظر به طلاقیهای متعارف باشد

که طلاق‌های حاضر است، البته این خلاف ظاهر است، اما ممکن است کسی اینطور بگوید و قهراً در این صورت منافاتی پیدا نخواهد شد، زیرا راجع به طلاق حاضر هم بین امامیه و بعضی از عامه اختلاف وجود دارد و این احتمال هم وجود دارد، منتهی یک نحوه ظهوری وجود دارد که ایشان مطلق طلاق را می‌خواهد بیان بکند. و اما در مبسوط هم نقل قول از عامه وجود دارد که عامه در این مسئله دو دسته هستند، بعضی صحیح و بعضی باطل میدانند، اما خود ایشان می‌فرماید که عندنا کتابت صحیح نیست، ولی این روایت ابو حمزه ثمالی را اصحاب ما روایت کرده‌اند، «روی اصحابنا کذلک». ایشان می‌خواهد بگوید که اصحاب نقل کرده‌اند، ولی هیچکدام فتوی به مضمون این روایت نداده‌اند، در حالی که در کتب فقهی داعی بر این نیست که کتاب حدیثی باشد، بلکه اصحاب نقل کرده و به آن فتوی هم می‌دهند و هر حدیثی را در کتب فقهی بدون جهت نقل نمی‌کنند و معمول بین سابقین اینطور بوده است که روایتی را نقل می‌کردند که قبول داشتند. البته در تعبیر ایشان این احتمال وجود دارد که ایشان می‌فرماید در طلاق متعارف که طلاق حاضر است، کتابت صحیح نمی‌باشد، خلافاً لبعض العامه، ولی اصحاب ما یک فرض غیر متعارفی را از روایات نقل کرده‌اند که حکم دیگری را اثبات می‌کند. بر اساس این احتمال رأی ایشان در مبسوط مطابق با نظر نهایی خواهد بود و این امکان هم هست که بگوییم این تعبیرات در خیلی از کتب فقهی سابقین وجود دارد که گفته میشود: طبق قواعد این مسئله باطل است، منتهی روایت

بر خلاف آن وارد شده است و ما باید اخذ به روایت بکنیم و قهراً در اینجا چون مورد حدیث خاص است، مورد قواعد را تخصیص میزند. خلاصه اینکه خیلی روشن نیست که ایشان در مبسوط با عبارت «عندنا» از نظر نهایی برگشته باشد و ممکن هم هست که مراد از «عندنا» این باشد که بین اصحاب فتوی، فقهاء و امثال اینها که فقه بعد از بعد از ابن ابی عقیل تنظیم شده است، رأیشان عبارت از بطلان باشد، ولی محدثین و ارباب حدیث مانند اخباریها قائل به تفصیل باشند، یا اینکه بگوییم مراد از «عندنا» این باشد که مشهور رأیشان بر بطلان است، اما اصحاب روایت کرده و عدهای هم کآن به مضمون این روایت عمل کردهاند. پس بنابراین فرمایش صاحب جواهر مبنی بر ادعای اجماع در خلاف و مبسوط خیلی روشن نیست و نمیتوانیم از این تعبیر «عندنا» با وجود احتمالاتی که بیان شد، دعوی اجماع را استفاده بکنیم. و اما اینکه ایشان یک مطلب کلی را بیان کرد که در اصول بیان شده است مبنی بر اینکه تقييد اطلاق در جایی است که هر دو در عرض هم باشند و هیچکدام ترجیحی بر دیگری نداشته باشند، این فرمایش ایشان هم درست نیست و مثلاً موافق عامه بودن هیچ ضرری به جمع دلالتی بین دو دلیل نمیرساند. بنابراین به نظر میرسد همانطور که کثیری از قدماء قائل به مضمون روایت ابو حمزه ثمالی شدهاند، کتابت کفایت میکند. البته در عبارت «حتی ینطق به» میشود این احتمال را بدهیم که حصر اضافی در مقابل سؤال اوست و شخص میگوید که حرف نزده است و آیا

حرف نزدن کافی است؟ حضرت میفرماید که کافی نیست و باید حرف بزنند، این روایت در مقام بیان این نیست که حرف زدن عدلی ندارد و علی ای حال در فرض غیوب کتابت جایز است و بلکه اینطور به نظر میرسد که بدون غیاب هم کتابت صحیح باشد و علت اینکه کلمه غیوب در روایت آمده است، این است که یکی از شرایط طلاق این است که طهر غیر موقعه باید احراز بشود، ولی نسبت به غیاب لازم نیست احراز شود و به همین جهت با غیاب اشاره شده است و بعید نیست که بگوییم: کتابتی که مفهم باشد و شخص با آن مطلب خودش را برساند و هیچ گیری در آن نباشد، فرقی با قول ندارد، منتهی خیلی نادر است که انسان با کتابت بخواهد انشاء بکند و معمول موارد عبارت از این است ه قبلاً انشاء شده و بعد ثبت میشود که مثلاً من زنم را طلاق دادم و اینکه با همان کتابت انشاء بشود، خیلی نادر است. البته یک روایتی هست که انشاء با کتابت از آن بیشتر متمشی است که شخص روی زمین مینویسد: زن من مطلقه است، ولی نوعاً در کتابتهایی که روی کاغذ نوشته میشود، إخبار از ماقوع است و به هر حال جمع بین این دو دلیل روشن است که ما باید به روایت ابو حمزه ثمالی اخذ بکنیم و کلام شهید ثانی هم اختلاف طریقه نیست. پرسش: اگر بر غیبت باشد، یک حکم تعبدی می شود؟ پاسخ: بله اگر کسی قائل به انحصار بشود، تعبد است، ولی ما می گوییم که معلوم نیست انحصار باشد و بر اساس بنای عقلاء

همین که شخص قصد انشاء میکند، کافی است. پرسش: در صورت حضور آیا اجماع نداریم بر اینکه تلفظ شرط در طلاق است؟ پاسخ: اجماع را از همین چند فتوی اخذ کرده‌اند و خیال کرده‌اند که این چند فتوی دلالت بر انحصار دارد و قهراً عده‌ی کثیری قائل به این مطلب شده‌اند. پرسش: ... پاسخ: خیلها خیال کرده‌اند که مراد از عبارت «و یكون غائباً» این است که غیوبت از شرایط کتابت است و خیلی از این نظرات اجتهادی است. پرسش: اگر در طلاق کتابت را صحیح ندانیم، آیا لازم است که در بیع هم صحیح ندانیم؟ پاسخ: اگر بر فرض در طلاق صحیح ندانیم، دلیل بر کشاندن این مطلب به بیع نداریم و به نظر ما هم بحث طلاق روشن نیست و هم کتابت در بیع هیچ اشکالی ندارد. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

## انشاء بیع با مجاز و کنایه ۹۲/۰۱/۲۶

Your browser does not support the audio tag

انشاء بیع با مجاز و کنایه به مشهور نسبت داده شده است که انشاء بیع به وسیله کنایه را جایز میدانند، عده‌ای هم اینطور تعبیر کرده‌اند که به وسیله مجازات جایز نمیباشد. از فرمایش شیخ انصاری استفاده میشود که برای مجاز یک معنای وسیعی در نظر گرفته شده است که شامل کنایه هم میشود، زیرا مجاز گاهی در کلمه است، گاهی در اسناد است و گاهی هم در حذف است که اینها اقسام مجاز میباشد و مجاز در کنایه همان مجاز در اسناد است که مقصود از ذکر لازم اراده‌ی ملزوم است به این معنی که لفظ در معنای حقیقی خودش استعمال میشود، ولی این استعمال مقدمه برای این است که ذهن از معنای حقیقی به یک معنای دیگری

ص: ۶۷۲

برسد و مقصود اصلی از اسناد، معنای دوم است و لذا بر همین اساس کنایه را یکی از مصادیق مجاز دانسته‌اند. پس بنابراین به مشهور نسبت داده شده است که مجازات در صیغی بیع واقع نمیشوند و شاید حتی تعبیر کلی هم داشته باشند که در عقود لازمه نباید مجازات بکار برده شود و صیغی عقود لازمه چه در بیع و چه در غیر بیع، باید لفظی باشد که در حقیقت استعمال شده باشد. ولی در بسیاری از کتب هم کنایه را جایز دانسته‌اند و هم مجاز را و این مطلب هم اختصاص به بیع ندارد. شیخ شش هفت کتاب را نام میبرد که در الفاظ معامله حقیقت در نظر گرفته نشده است، ولی فقهاء حکم به صحت آن معامله کرده‌اند. علامه هم تعبیر کرده است که باید لفظ صریح باشد و بعد هم تفریع نموده است که بنابراین کنایه صحیح نیست و مثال هایی هم برای کنایه زده است. از شهید اول هم همانطور نقل شده است که ایشان هم میفرماید که کنایه صحیح نیست و باید لفظ صریح باشد. حال باید بینیم که چطور میشود بین این مطلب که مشهور الفاظ مجازی را جایز میدانند و اینکه در موارد زیادی از مجازات حکم به صحت شده است، جمع کرد. محقق کرکی در جمع بین این دو مطلب فرموده‌اند که مراد از اینکه گفته میشود مجاز جایز نیست، آن فرد روشن مجاز که عبارت از مجاز بعید است، میباشد، اما مجاز قریب حکم حقیقت را پیدا میکند. گاهی اوقات از لفظ یک معنایی قریب به معنای حقیقی اراده میشود و لفظ نسبت به آن معنی

ص: ۶۷۳

توسعه داده میشود و میگویند که از لفظ همان شیء و ما به حکمه اراده شده است که همان معنای قریب به معنای اصلی است. اینکه گفته شده است که باید لفظ در معنای حقیقی استعمال شده باشد، مراد معنایی است که با گفتن لفظ زود به ذهن متبادر میشود و چنین معنایی یا موضوعله آن لفظ است یا معنای قریب به موضوعله و مراد از مجاز در اینجا همان معنایی است که زود به ذهن متبادر نمیکند و با یک قرائن بعیدی به ذهن منتقل میشود و اثبات و نفی به دو جا میخورد: آن کسی که نفی مجازات در صیغه کرده است، مرادش مجاز بعید است و آن کسی که اثبات مجازات کرده است، مرادش مجازی است که مشابه حقیقت است که همان مجاز قریب است. این جمعی است که محقق کرکی بیان فرموده‌اند. شیخ میفرمایند که این جمع، جمع خوبی است، ولی میشود به شکل بهتری جمع کرد و آن عبارت از این است که بگوییم مراد از اینکه تصریح شده است که در انشاء باید لفظ موضوع بالدلاله الوضعیه استعمال بشود، این نیست که لفظی که با آن انشاء میشود، باید لفظ موضوع برای آن کلمه باشد، چنین چیزی لازم نیست، بلکه باید لفظ موضوع در کلمه، آن معنای مُنشأ را افهام بکند، یا مستقیماً آن شیئی که با آن انشاء میشود، آن لفظ موضوع برای کلمه باشد و یا به وسیلهی قرینه از این لفظی که خودش موضوع نیست، استفاده بکنیم که بیع انشاء شده است. مراد از آن قرینه هم قرینهی لفظیه مقارن با لفظی است که با آن

انشاء واقع میشود، اما اگر قرینه حالیه باشد، یا لفظیهی غیر مقارن باشد، در انشاء بیع یا انشاءات سایر معاملات لازمه کفایت نمیکند. بنابراین منافاتی ندارد که بگوییم انشاءات مجازی که قرینهی آنها غیر لفظیه باشد، چه حالیه و چه غیر حالیه، در بیع و سایر معاملات لازم کفایت نمیکند. این فرمایش ایشان است و بعد هم میفرماید که مراد از کلام علامه که کنایه را کافی نمیداند و چند مثال هم زده و اینطور تعلیل کرده است که «لا یدری المخاطب بما خوطب»، این نیست که بگوییم طرف مقابل نمیداند که به چه چیزی خطاب شده است، زیرا این مطلب خلاف واقع است و در کنایاتی که واقع میشود، طرف مقابل میفهمد که معنای کنایه اراده شده است و مقصود از اینکه فلان کس کثیر الرماد است، سخی بودن اوست. پس بنابراین مراد از این تعلیل «لا- یدری بما خوطب» این است که طرف مقابل از خود لفظ نمیفهمد که به چه چیزی خطاب شده است، بلکه باید به وسیلهی قرائن لفظیه بفهمد که چه چیزی مراد است، زیرا کنایه عبارت از ذکر لازم و ارادهی ملزوم است و در اکثر کنایات لازم اعم از ملزوم است، مثلاً- شخص سخی خاکستر خانهاش زیاد است، اما ممکن است که شخص غیر سخی هم کارهایی بکند که خاکستر خانهاش زیاد بشود و این زیاد شدن خاکستر ربطی به سخاوت نداشته باشد و این لازم، لازم اعم از این است که شخص سخی باشد یا نباشد و در کنایات از این لازم آن ملزوم خاص اراده میشود. ایشان میفرماید که مراد از عبارت «لا یدری بما خوطب»



این است که چون در کنایه بر حسب متعارف استعمال لفظ در لازم اعم است، مخاطب نمیداند که از این لازم اعم چه چیزی اراده شده است و باید از قرائن لفظیه بفهمد که کدام ملزوم اراده شده است. در نتیجه با توجه به این مطلب بیع با کنایه واقع نمیشود، زیرا ما با لازم اعم نمیتوانیم ملزوم خاص را اثبات بکنیم و الا اصل مطلب کلی که ایشان میفرمایند این است که اگر الفاظ ولو به واسطه قرینه متصله لفظیه ظهور معنیه عرفی داشته باشند، کفایت میکنند. علامه هم بر همین اساس که در کنایات لفظ در لازم اعم استعمال میشود و مقصود به درستی فهمیده نمیشود، قائل به عدم کفایت کنایه شده است. پس طبق فرمایش شیخ لزومی ندارد که ما عدم جواز را بر مجازات بعید و جواز را بر مجازات قریب تطبیق بکنیم، زیرا گاهی انشاء با مجازات قریب هم اگر قرینه، قرینه لفظیه مقارن نباشد، کفایت نمیکند. البته شیخ یک عبارت دارد که ما نمیفهمیم مراد ایشان چیست و بنده مراجعه نکردم که بینم دیگران چطور این عبارت را معنی کرده‌اند. ایشان میفرمایند که اگر ما به قرائن غیر لفظی یا لفظی غیر مقارن اکتفاء کنیم و نسبت به این موارد هم توسعه بدهیم، با آن چیزی که قبلاً در باب معاطاه گفته شد که عقد با معاطاه صحیح نیست و دعوی اجماع بر آن شد، همچنین نسبت به عدم حصول لزوم عقد با معاطاه \_ که شیخ هم قبول کرد \_ سازگاری ندارد و بر خلاف متسالمفیه فقهاء است. پس بنابراین نمیتوانیم مطلق قرینه را کافی بدانیم و حتی

مجاز قریب هم اگر قرینهاش لفظی نباشد، کفایت نمیکند و این مطلب از تسلمی که در باب معاطاه وجود دارد، استفاده میشود. این فرمایش شیخ است، ولی ما نفهمیدیم که آن مطلب چه ارتباطی به اینجا دارد، در باب معاطاه انشاء به وسیلهی فعل است و در آنجا دعوی اتفاق بر این است که انشاء باید با لفظ باشد، اما در ما نحن فیه انشاء به وسیلهی لفظ است، ولی غیر لفظ قرینه بر این است که از این لفظ چه چیزی اراده شده است. آیا اگر کسی در آنجا گفت که انشاء باید به وسیله لفظ باشد، نه با فعل، در اینجا هم استفاده می شود که اصلاً انشاء نباید هیچ وقت نقشی در دلالات داشته باشد؟! چنین چیزی استفاده نمی شود. در آنجا می گفتند که معاطاه به درد نمی آید، چون به وسیله فعل انشاء شده است، ولی اینجا ما می گوئیم به وسیله لفظ انشاء بشود، منتهی قرینه ای وجود داشته باشد که از این لفظ چه چیزی اراده شده است. خلاصه ما نمیفهمیم که شیخ چطور این را در اینجا شاهد آورده است؟! عرض دیگر ما راجع به فرمایش شیخ نسبت به تعبیر «لا یدری ما خوطب» علامه است. شیخ فرمود که نمیشود ظاهر این عبارت را اراده کرد و با یک مقدمات پیچیده به تأویل آن پرداخت، اما بنده احتمال میدهم که احتیاجی به این تأویلات وجود نداشته باشد. ایشان فرمودند که در کنایه ذکر لازم و ارادهی ملزوم است و لازم هم اعم است و در صورتی که قرینهای بر مراد متکلم ضمیمه نشود، مخاطب نمیفهمد که به چه چیزی خطاب شده است،

اما

عرض ما این است که شاید مقصود علامه این باشد که اگر بیع با کنایه واقع نمیشود، این است که کنایه بالذات دلالت بر بیع نمیکند، مثل اینکه وقتی گفته میشود، قول فاسق قبول نیست، معنایش عبارت از این است که قول فاسق بما هو قبول نیست، اما اگر مقترن به قرائنی شد که به وسیلهی آن قرائن برای شخص اطمینان به قول فاسق حاصل شد، این مطلب منافاتی با عدم اعتبار قول فاسق ندارد. ایشان میفرماید که کنایه بما هو کافی نیست، اما این مطلب منافات با جایی ندارد که قرائنی پیدا شود که به وسیلهی آنها مراد بالصراحه معلوم بشود. مثلاً وقتی گفته میشود: «أدخلت فی ملکک»، ممکن است که شخص یک قالیچهای را وارد منزل زید و داخل در ملک او بکند و این ادخال در ملک دیگری است و این احتمال هم وجود دارد که مراد از ادخال در ملک دیگری، ادخال اعتباری باشد نه ادخال تکوینی. و اگر انسان یک چیزی را داخل در ملک دیگری بکند، اعم از این است که این کار را برای انتفاع او کرده است، یا برای اینکه ملک او باشد. علامه میفرماید که چون شخص نمیداند چه چیزی اراده شده است، «لا یدری بما خوطب»، آیا متکلم تملیک العین یا تملیک المنفعه را اراده کرده است، لذا استعمال کنایه جایز نیست. بنابراین به نظر ما این مطلب اظهر از تأویل شیخ است، نه اینکه بگوییم مراد از عبارت علامه این است که مخاطب «یدری بما خوطب» ولی «لا یدری بالفاظ الموضوع بما خوطب» همانطور که شیخ معنی کرده است. اما همانطور که شیخ و دیگران

گفته‌اند، حق مطلب این است که آنچه معتبر است، ظهور عرفی است به این معنی که اگر عرف از لفظ معنی را بفهمد، چه با قرینه‌ی حالیه، چه با قرینه‌ی لفظیه یا به هر چیز دیگری که باشد، کفایت میکند. یک مطلبی دیگری که در اینجا وجود دارد و نمیدانم کسی در مورد آن بحث کرده است یا نه، عبارت از این است که علامه دو تعلیل در اینجا ذکر کرده است: یکی عبارت از این است که اصل بقای ملکیت قبلی است و دیگری هم عبارت از این است که مخاطب «لا یدری بما خوطب». به نظر میرسد که علامه دو سنخ دلیل را بیان کرده است: یک دلیل برای اثبات حکم ظاهری در مسئله است که باید معامله را باطل بدانیم و دلیل دوم هم در مقام بیان حکم واقعی مسئله است که عبارت از این است که اگر لفظ کنایی شد، واقعاً معامله باطل است و نقل و انتقالی واقع نشده است و اینکه گفته میشود عرف معاملات یا بیع کنایی را قبول ندارد، ناظر به مقام ثبوت است نه مقام اثبات. در کلام علامه این احتمال وجود دارد، اما اگر این احتمال هم در اینجا نباشد، ظاهر کلام اشخاصی که در باب نکاح و طلاق و امثال آن قائل به مطلب هستند، اشاره به مقام ثبوت است نه مقام اثبات، به این معنی که در مقام ثبوت چون در کنایه نمیدانیم چه چیزی واقع شده است، صحیح نمیباشد. ظاهر کلام علامه در اینجا عبارت از مقام اثبات است که به اصل و استصحاب و امثال آن تمسک میکند، اگر نگوییم که

ذیل کلام ایشان ظهور در مقام ثبوت نداشته باشد، اما کلام دیگران به طور مسلم ظهور در مقام ثبوت دارد. حال باید بینیم که اگر در مقام اثبات \_ و لو با قرینه \_ معلوم نباشد که چه چیزی اراده شده است، میتوانیم حالت سابقه را استصحاب بکنیم یا نه؟ اگر استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم \_ طبق نظر مشهور \_ میتوانیم حالت سابقه را استصحاب بکنیم، اما چون ما و آقای خوبی استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نمیدانیم، در اینجا استصحاب جاری نخواهد بود. اما نسبت به مقام ثبوت، باید بینیم که طبق بنای عقلاء اگر کسی واقعاً میخواهد یک چیزی به شخصی بفروشد، ولی بر اساس مصلحتی نمیخواهد که مرادش معلوم باشد و طرف مقابل هم بگوید: هر طور که هست من قبول کردم، آیا این معامله اشکال دارد یا نه؟ ممکن است که در خصوص بیع بگوییم که بر اساس غرر و امثال آن معامله اشکال دارد، ولی در صلح که طرفین قبول علی وجه الاطلاق کردهاند چنین اشکالی وارد نخواهد بود. پرسش: بحث دیگر در جایی است که مخاطب میفهمد، ولی عرف متعارف نمیفهمد. پاسخ: آنکه هیچ اشکالی ندارد، مقصود بالافهام مخاطب است، آنجایی که مخاطب نمیفهمد، ولی رضایت علی وجه الاطلاق دارد، ما دلیل بر بطلانش داریم. پرسش: غرر بودن بیع به چه معنی است؟ پاسخ: نمی دانیم چه چیزی را دارد الان می فروشد. پرسش: می دانیم چه چیزی را می فروشد، ولی نمی دانیم بیع می کند یا کار دیگر. پاسخ: فرقی ندارد که مجهول یا متعلق مجهول باشد یا نحوه تعلق مجهول باشد، هر دو غرر است، غرر شامل همه

این موارد است. پرسش: مثالی بفرمایید. پاسخ: عرض کردم که وقتی شخص می گوید: «أدخلت في ملكك»، طرف نمی داند که به نحو اباحه است که داخل در ملکش شده تا از آن استفاده نکنند، یا مراد تملیک است؟ ولی طرف مقابل بآی نحو قبول کرده است. البته به نظر ما در عقود لازمه اگر مشکل غرر وجود نداشته باشد و طرفین رضایت داشته باشند، این نوع جهالت ها اشکالی ثبوتی نخواهد داشت. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### چند نکته راجع به فرمایشات شیخ \_ مانعیت قدر متیقن در تمسک به اطلاق ۹۲/۰۱/۲۷

.Your browser does not support the audio tag

چند نکته راجع به فرمایشات شیخ \_ مانعیت قدر متیقن در تمسک به اطلاق من فکر میکنم خیلی لزومی ندارد به مباحث الفاظی که شیخ بحث کرده است، پردازیم، منتهی چون آقایان مسبوق نبودند، قدری به این مباحث پرداختیم. یک بحث کلی وجود دارد که در باب بیع و سایر معاملات اگر شرعاً خلافش ثابت نشده باشد، در مقام ثبوت، لفظی که به وسیلهی آن انشاء میشود، هیچ فرقی بین معنای حقیقی و مجازی و کنایه و مشترک و امثال آن وجود ندارد تا بگوییم که از نظر مقام ثبوت معامله واقع نمیشود یا واقعاً باطل است. در مقام اثبات هم عموماً مثل «أحل الله البيع» و «تجاره عن تراض» برای اثبات صحت کافی است، منتهی باید قرینهای وجود داشته باشد، یا قرینهی حالی یا قرینهی غیر حالی و همهی اینها کافی است و هیچ دلیل معتبری بر این تقیید و تضيیقی که از کلام شیخ استفاده میشود، وجود ندارد. خیلی از این فروعی هم که وجود دارد، در کلام علامه و امثال ایشان عنوان شده است و جزء اصول متلقات نیست که بگوییم از شرع رسیده

ص: ۶۸۱

و سلف از قدیم مقید به آن بودند، تا ما مقید به آن باشیم. لذا به نظر میرسد که از این بحث بگذریم، منتهی چون مسبوق و روشن نبود، ما قدری به آن اشاره کردیم. چند مطلب جزئی وجود دارد که به آن اشاره میکنیم. یکی راجع به فرمایشی است که شیخ بعد از تفسیر کلام علامه به آن اشاره فرموده است. علامه فرمود که کنایات کفایت نمیکند و دو دلیل را هم بیان نمود، یک دلیل این بود که طرف مقابل در کنایه نمیداند که به چه چیزی خطاب شده است. شیخ این مطلب علامه را اینطور تفسیر کرد که چون در کنایه معمولاً لازم ذکر میشود و لازم هم اعم است و اگر بخواهیم از لازم اعم ملزوم خاص اراده بشود، احتیاج به قرینه داریم و کأن قرینهی غیر لفظیه و لفظیه غیر مقارن هم کفایت نمیکند و لذا ایشان فرموده است که کنایه کفایت نمیکند، زیرا نه آن لفظی که با آن انشاء میشود، مراد را معین میکند و نه قرینه دلالت بر آن میکند. بعد خود ایشان میفرماید که در بعضی از امثله این تقریبی که ما میگوییم، وجود ندارد، یعنی کنایه است، ولی قرینهای غیر لفظیه یا لفظیه غیر مقارن نیست. ایشان بیشتر توضیح نداده است و بعضی از محشین هم اینجا را درست معنی نکردهاند و من احتمال میدهم که مراد شیخ عبارت از وقف است که یکی از اموری است که کنایه در آن تصحیح شده است. اگر در باب وقف تعبیر به «حزمت» و «صدقت» شد و ارادهی وقف شد، این الفاظ به جهت وضع کلام

ص: ۶۸۲

اختصاص به وقف ندارند، ولی از عباراتی مثل «لا-بیاع و لا یورث» میفهمیم که مراد وقف است و این عبارات قرینه معینه است و ایشان میفرمایند که بلاخلاف این کنایه است و قرینه معینهاش هم لفظ است، پس اینطور نیست که بگوییم در باب کنایه قرینه معینه غیر لفظ است و در نتیجه کنایه کفایت نمیکند، چون باید در باب انشاء تمام نقش با لفظ باشد و اینجا اینطور نیست. مطلب دیگری که دیروز عرض کردیم و یک کلمه هم به آن اضافه میکنیم راجع به این مطلب است که ایشان میفرمایند در انشاء باید تمام نقش با لفظ باشد و بنابراین استعمال لفظ مشترک در انشاء کفایت نمیکند، مگر اینکه قرینه لفظیه مراد را تعیین نکند و قرینه حالی و امثال آن کفایت نمیکند. اگر این فرمایش ایشان درست باشد، باید بگوییم که کلمه «بعث» \_ که اوضح مصادیق بیع است \_ هم در انشاء بیع کفایت نمیکند، زیرا این کلمه مشترک بین إخبار و انشاء است، هم «بعث» إخباری داریم و هم «بعث» انشائی و مراد از این کلمه با قرینه حالیه فهمیده میشود و لفظی در کار نیست، مثلاً در بیع خانه فهمیده میشود که سابقه فروش نیست که از آن خبر داده بشود و الان مشتری آمده است و فروشنده در مقام انشاء فروش است و خلاصه اینکه از این قرائن حالیه که وجود دارد، مراد فهمیده میشود. پس ما نمیتوانیم این فرمایش شیخ را بپذیریم. یک مطلب دیگری که در ضمن بعضی از این کلمات گاهی بیان میشود و خیلیها هم برای توقیفی بودن الفاظ و اقتصار بر الفاظ

به آن استدلال کرده‌اند، این است که ما باید به قدر متیقن اخذ بکنیم. بحث ما این است که مراد از این قدر متیقن چیست؟ مرحوم آخوند در باب مقدمات اطلاق میفرماید که باید متکلم در مقام بیان باشد و قرینهای تعیین نکند و قدر متیقنی هم در مقام مخاطب \_ نه در مقام خارج \_ وجود نداشته باشد. باید ببینیم که مراد از این قدر متیقن چیست. مثلاً اگر در یک مورد خاصی حکمی صادر شد، آیا این مورد \_ قدر متیقن است \_ مانع از تمسک به اطلاق میشود؟ اگر مثلاً گفته شد که عالم واجب الا-کرام است و سؤال کردیم که آیا زید را هم باید اکرام بکنیم یا نه؟ و جواب داده شد که بله زید واجب الا-کرام است، آیا این مورد که قدر متیقن است، مانع از تمسک به اطلاق میشود؟ خود انسان گاهی خطباتی میکند و در یک مورد خاصی هم حکم صادر میشود که قدر متیقن عند المخاطبه است، نه در عالم خارج و آیا اینها مانع از تمسک به اطلاق است؟ بعضیها به مرحوم آخوند ایراد گرفته‌اند که این چه فرمایشی است که شما دارید؟! قهراً ممکن است به همین آقایانی هم که در اینجا به قدر متیقن استدلال کرده‌اند، این ایراد بشود که به چه حساب شما قدر متیقن را مانع از تمسک به اطلاق میدانید؟! گاهی قدر متیقن در خارج است، همانطور که مرحوم آخوند هم میفرماید، این نوع از قدر متیقن مانع از تمسک به اطلاق نیست، مثل اینکه وقتی گفته میشود که عالم واجب الاکرام است، به حسب اجماع \_ که یک دلیل



خارجی است \_ ثابت شده باشد که عالم عادل و جوب اکرام دارد و نسبت به غیر عالم عادل هم اجماع نفی و اثباتی نداشته باشد، در اینجا از این اجماع نسبت به غیر عالم عادل چیزی در نمی‌آید و این مطلب را خود مرحوم آخوند قبول دارد که مانع از تمسک به اطلاق نمیشود و همینقدر که در متکلم در مقام بیان باشد و قرینهای هم نیاورد، میتوانیم نسبت به فقدان فلان خصوصیت به اطلاق تمسک کرده و بگوییم که باید به مطلق عالم احترام بشود. ولی گاهی یک لفظی که القاء میشود، عرف میفهمد که خصوصیتی در مورد نیست، مثلاً وقتی گفته میشود که احترام عالم واجب است، عرف میفهمد که زید خصوصیتی ندارد و علم اوست که منشأ احترام میشود و از این مورد به موارد دیگر تعدی میکند، ولی گاهی در بعضی از تعابیر خود عرف متعارف هم نسبت به بعضی از فروع آن گیر میکند که آیا این مورد هم داخل در آن است یا نه؟ خیلی از استفتائاتی که از مراجع می شود، نسبت به الفاظی است که در رسائل عملیه دیده شده و راجع به بعضی از مصادیق آن شک پیدا شده است، گاهی خود متکلم هم در بعضی از مصادیق شک میکند، مثلاً شخصی که نذر کرده است، شک میکند که آیا نذرش این مورد را هم میگیرد یا نه؟ در لفظ قیدی وجود ندارد، ولی خود شخصی که لفظ را بکار برده است، در حدّ و حدود معنای مراد شک میکند. نظر مرحوم آخوند نسبت به قدر متیقنی که مانع از تمسک به اطلاق میشود، همین است، هر

چند ممکن است که کسی صغریاً مناقشه بکند. ایشان میگوید که شخص سؤال کرده است که شک میکنم که اذان گفتم یا نه؟ و وارد اقامه شده است، حضرت میفرماید که «بمضی»، یعنی اعتناء نکند، دوباره سؤال میکند که وارد قرائت شدم، ولی شک دارم که اقامه را گفتم یا نه؟ حضرت میفرماید: «بمضی»، وارد رکوع شدم، ولی شک دارم که قرائت را خواندم یا نه؟ میفرماید: «بمضی»، به سجده رفتم، ولی شک دارم که رکوع را انجام دادم یا نه؟ میفرماید: «بمضی»، و خلاصه اینکه اگر در چیزی شک داری و وارد غیر شدی، به شک خودت اعتناء نکن. مرحوم آخوند میفرماید ولو اینکه حضرت در اینجا فرموده است که اگر در چیزی شک کردی و وارد در غیر آن شدی، به شک خودت اعتناء نکن و تعبیر به چیز شده است، ولی چون مرتب تمام سؤالات مربوط به نماز است، عرف متعارف شک میکند که آیا در غیر صلاه هم همینطور است یا نه؟ (البته اینکه کسی این مطلب را قبول بکند یا نکند، صغریاً یک بحث دیگری است) و در خیلی از موارد \_ که محل ابتلاء است \_ انسان واقعاً شک میکند که آیا این صورت هم مراد است یا نیست؟ حتی شخص در مراد خودش هم شک میکند، مثل اینکه یک نذری کرده است و نمیداند که شامل این صورت هم میشود یا نه؟ ایشان در این موارد میفرماید که قدر متیقن مانع از تمسک به اطلاق است و این فرمایش ایشان هم درست است، اما آن قدر متیقنی که آقایان در باب الفاظ به آن استدلال کردهاند، چیزی نیست

که عرف در آن گیر بکنند و مردد باشد، مثل اینکه قدر متیقن عبارت از این است که بیع با لفظ ماضی باشد یا توقیفی باشد و لغت های دیگر کفایت نکنند. قانون اسلام برای تمام دنیا حکم میکند و خطاب به عموم دنیاست و عرف تردیدی در این مطلب ندارد و اینکه قدر متیقن عبارت از این است که بیع با لفظ عربی مثلاً واقع بشود، مانع از تمسک به اطلاق امثال «احل الله البیع» نخواهد بود، یا اینکه قدر متیقن بودن ماضی بودن لفظ بیع، مانع از تمسک به اطلاق نخواهد بود. و خلاصه اینکه هیچکدام از این قدر متیقنها چیزی نیست که موجب شود عرف متعارف در مقام مخاطب مردد در فهم مراد بشود. پرسش: آیا میتوانیم اینطور تعبیر بکنیم که بعضی از قدر متیقنها صلاحیت برای تقیید دارد؟ پاسخ: ممکن است گاهی صلاحیت برای تقیید نداشته باشد، اما صلاحیت برای اجمال داشته باشد، مثل اینکه بعضی اوقات خود شخص نمیخواهد یک چیزی را بیان بکند و مطلب را به صورت مجمل ذکر میکند. خلاصه اینکه انسان در بعضی از امور تردید میکند و در بسیاری از مصادیق عملاً گیر میکند که این صورت هم داخل است یا نیست و خیلی از احتیاط هایی که در فروع میشود، به این جهت است که شخص بالوجدان جزم به اطلاقگیری پیدا نمیکند و احتیاط میکنند، ما هم این کار را میکنیم و دیگران هم این کار را میکنند، ولی این قدر متیقنهایی که آقایان راجع به الفاظ ذکر کرده اند، هیچکدام از آنها از مواردی نیست که عرف متعارف با توجه به آنها در شمول «تجاره عن تراض»

یا «أحل الله البيع» و امثال اینها گیر بکند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## بررسی شرط تقدم ايجاب بر قبول ۹۲/۰۱/۲۸

Your browser does not support the audio tag.

بررسی شرط تقدم ايجاب بر قبول به نظر ما بحثی که مناسب است عرض کنیم، بحث تقدم ايجاب بر قبول است. ایشان میفرمایند که اشهر ما بین امامیه طبق گفتار بعضیها (خود شیخ تعبیر به کما قیل کرده و به صورت بتی بیان نکرده است) این است که لازم است ايجاب مقدم بر قبول باشد، ایشان از عدهای از کتب هم قائلین به این قول را نقل میکنند و بعد میفرمایند که اقتضاء اصل هم لزوم تقدم ايجاب بر قبول است، زیرا در هر معاملهای که انسان شک در حصول نقل و انتقال بکند، مقتضای استصحاب عبارت از این است که نقل و انتقالی حاصل نشده باشد و ملکیت سابق برای طرفین باقی باشد. البته بارها عرض کردهایم که جریان استصحاب در اینجا بر اساس مبنای مشهور است که در شبهات حکمیه استصحاب را جاری میدانند، اما طبق نظر آقای خویی \_ که نظر ما هم همین است \_ در شبهات حکمیه استصحاب جاری نیست و قهراً اصله الفساد عند الشک در جایی است که شبهه موضوعی باشد. اگر در شبهات موضوعی اصله الصحه و بعضی جهات دیگر جاری نشد، استصحاب اقتضاء بطلان خواهد کرد، مثلاً اگر شخص شک بکند که فلان چیزی که شرعاً در بیع معتبر است، آیا حاصل شده است یا نه، مثل اینکه «بعث» گفته شد یا نه، در این صورت استصحاب اقتضاء میکند که نگفته باشد و جاری میباشد، اما نسبت به شبهات حکمیه \_ که فعلاً مورد بحث ماست \_ به

ص: ۶۸۸

نظر ما جاری نمیشود. البته شیخ بر اساس مبنای خودش \_ که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری میدانند \_ در اینجا میفرمایند که مقتضای اصل عبارت از این است که بدون تقدم ايجاب بر قبول معامله صحیح نباشد و نقل و انتقالی حاصل نشود. البته ایشان یک مقدمهی دیگری دارد که باید در اینجا ضمیمه بشود و آن مقدمه عبارت از این است که اگر ادلهی اجتهادی جاری بشود، جلوی جریان استصحاب را خواهد گرفت، ادلهی اجتهادی هم منزل به عقود متعارفه است و قهراً عقود متعارفه هم عبارت از تقدم ايجاب بر قبول است. اگر این ادلهی اجتهادی دلیل نشد، ما میتوانیم با استصحاب حکم به اشتراط تقدم ايجاب بر قبول نموده و قائل به فساد معاملهی فاقد این شرط بشویم. این فرمایش ایشان است. یک وجه عقلی هم از جامع المقاصد نقل شده است که موضوع قبول عقد است و اگر این موضوع تحقق نیافته باشد، ممکن نیست که انشاء با تقدم قبول تحقق پیدا بکند. پرسش: ... پاسخ: بعضی از شاگردان مرحوم آقای طباطبایی از ایشان نقل کردهاند که تناقض و تضاد نسبت به احکام شرعی درست نیست، زیرا این امور مربوط به امور واقعی حقیقیه است و احکام شرعی اموری اعتباری است و بین امور اعتباری و حقیقی خلط شده و لذا تناقضی و تضادی در کار نیست، بر خلاف مرحوم آخوند که مثلاً در باب تعادل و تراجیح میفرماید: علی نحو التناقض و التضاد. عرض ما این است که این اشکال وارد نیست، زیرا متعلق امور اعتباری، اعتباری است، ولی نفس اعتبار جزء حقایق است. فرض جزء حقایق است،

ص: ۶۸۹

ولی مفروض جزء امور غیر واقعی است. نفس فرض و مبادی فرض \_ که عبارت از تصور و علم به صلاح و... است \_ همه جزء حقایق هستند. قهراً اگر دو اعتبار به اعتبار مبادی یا به اعتبار آثارش شد، قهراً تناقض و تضاد پیدا میشود. پرسش: ... پاسخ: تناقضی که گفته شده است، بر این اساس است که نمیشود دو اعتبار با هم وجود داشته باشد و اینکه آقایان اشکال میکنند که خلط واقع شده است، این اشکال درست نیست و خلطی بین مباحث اعتباری و مباحث حقیقی واقع نشده است. خلاصه اینکه گفته شده است که قبول فرع تحقق موضوع است و حقیقت قبول نمیتواند قبل از تحقق موضوع حاصل بشود. البته بنده نمیگویم که این مطلب درست است و فقط کلام جامع المقاصد را نقل میکنم. شیخ هم در خلاف فرموده است که تقدیم قبول بر ایجاب اشکال دارد، البته یک مقدارش صریحاً و یک مقدارش ظاهر است. اصل مطلبی که ایشان عنوان میکند عبارت از این است که اگر کسی به شکل امر بگوید: «یعنی»، طرف مقابل هم بگوید: فروختم، در اینجا انشاء با جمله خبریه واقع نشده است، بلکه شخص انشاء امر میکند و طرف مقابلش هم میگوید که فروختم. شیخ میفرماید که این معامله صحیح نیست، ولی در میان سنیها شافعی گفته است که صحیح است، ابوحنیفه هم گفته است که اگر به شکل امر باشد، باطل، ولی اگر به شکل جمله خبریه باشد، مثل اینکه گفته شود: «اشتری منک کذا»، و امثال این تعبیرات، اشکالی ندارد. ابوحنیفه قائل به تفصیل شده است، ولی شیخ فقط صورت امر را

عنوان کرده و بطلان را اختیار کرده است. شیخ در نقل مطلب میفرماید که شافعی حکم به صحت کرده و ابوحنیفه قائل به تفصیل شده و گفته است که اگر به شکل امر باشد، باطل و اگر به شکل جمله خبریه باشد، صحیح است. بعد ایشان میفرماید: اینکه ما حکم به بطلان کردیم به این جهت است که اگر شخص به صورت امر انشاء کرد و طرف مقابل هم گفت: بعت، این معامله صحیح نیست مگر اینکه او «قبلت» یا «اشتریت» را به دنبال آن بیاورد و به انشاء اولی اکتفاء نکند. شیخ میفرماید: دلیل این حرف ما عبارت از این است که اگر این کار را کرد و بعد هم «قبلت» یا «اشتریت» گفت، بالاتفاق با این معامله نقل و انتقالی واقع شده و صحیح می باشد، اما اگر «قبلت» و یا «اشتریت» را نگفت و به همان انشاء قبلی که به صورت امر واقع شده است، اکتفاء کرد، دلیلی برای صحت نداریم و کأن مقتضای اصل هم عبارت از بطلان است. یک فرض اجماعی است که دیگر اصل فساد در این فرض جاری نخواهد بود. پس بنابراین اگر اکتفاء به همان حالت قبلی انشاء امری بشود، کفایت نمیکند و اینکه ایشان حرف خودش را در مقابل این دو نظر بیان کرده است، ظاهر در این است که ایشان تقدیم را مطلقاً \_ حتی به شکل خبریه \_ جایز نمیداند و میگوید که ما در نقل و انتقال باید به قدر متیقن اکتفاء بکنیم و قدر متیقن هم آن صورتی است که بعداً «اشتریت» و «قبلت» گفته شده باشد. از عبارت شهید اول در

غایه المراد استفاده شده است که کأن شیخ دعوای اجماع بر اشتراط تقدیم ایجاب بر قبول کرده است، البته بنده فرصت نکردم که به غایه المراد مراجعه بکنم. شیخ انصاری میفرماید که در خلاف دعوای اشتراط بر تقدیم ایجاب بر قبول نشده است، بلکه مورد اجماع جایی است که ایجاب بر قبول مقدم شده باشد و نسبت به فاقد تقدیم اجماعی در مسئله نیست و ما به اصل تمسک میکنیم، نه اینکه اجماعی بر اشتراط وجود داشته باشد. به عبارت دیگر صورت واجد تقدیم اجماعی است، ولی نسبت به فاقد اجماعی در مسئله نیست و قهراً ما باید به سراغ اصل برویم. خلاصه اینکه شیخ در کتاب بیع خلاف، در صورت امر قائل به بطلان شده است، البته هر چند در کتاب بیع مبسوط هم قائل به همین مطلب شده است، ولی در کتاب النکاح مبسوط قائل به صحت شده است. شیخ در کتاب بیع تعبیری دارد که آن عبارت را میخوانم، البته بنده مکرر عرض کرده‌ام که در مصطلحات و استعمالات امروزیها، بلکه تا چند صد سال اخیر، مواردی وجود دارد که بر خلاف استعمالات و اصطلاحات سابقین است. استعمالات و اصطلاحاتی که امروزه بکار میرود، غیر از چیزی است که در خلاف، حتی گاهی در شرایع و امثال آن بکار رفته است. شیخ در کتاب بیع حکم به بطلان کرده و در باب نکاح حکم به صحت نموده است، حتی در باب نکاح از ظهور کلامی اینطور استفاده میشود که اگر قائل به اجماع هم نشویم، اقلأ مشهور قائل به صحتاند. فرمایش شیخ در باب نکاح مبسوط ظاهر در اجماع و اقلأ ظاهر

در شهرت بر صحت میباشد، ولی در کتاب البیع حکم به عدم صحت فرموده‌اند. عبارت مبسوط این است: «و إن تقدم القبول فقال: بعينه بألف، فقال: بعتك، صح، و الأقوی عندی أنه لا یصح» اول می گوید: صح، ولی بعد می گوید: «و الأقوی عندی أنه لا یصح حتی یقول المشتري بعد ذلك: اشتریت». ظاهر اول و آخر عبارت ایشان یک نحوه تهافتی دارد و كأن تعبیر به «صح» اشاره به این است که عند العامه یا عند المشهور صح، البته ایشان بعد تعبیر به «عند اصحابنا» نمیکند، بلکه میگوید: نظر من خلاف این قول است و نمیگوید که اصحاب ما نظرشان این است. البته ممکن است که مراد از «صح» کأن متن فقه ایشان است که بر اساس کتب عامه میباشد، زیرا ایشان مبسوط را بعد از نوشتن خلاصه بر اساس روش عامه نوشته و بر اساس مبانی امامیه به تفریع پرداخته است. پس امکان دارد مراد از «صح»، عند العامه یا عند اصحابنا باشد و بعد ایشان به نظر خودشان اشاره کرده باشند که خلاف قول عامه یا مشهور است. بعید نیست که فرمایش ایشان را اینطور معنی بکنیم. در باب نکاح هم تعبیر میکند که یصح عندنا، و از اینکه قول خودش را استثناء نکرده است، استفاده میشود که قول خودش هم موافق با مشهور یا مجمعیه است، ولی در باب بیع قول ایشان مخالف با عندنا میباشد. علی ای تقدیر فتوای ایشان در باب نکاح و بیع مختلف است و بین مختار ایشان در دو باب تنافی وجود دارد و از باب نکاح اینطور استفاده میشود که اگر کسی به صورت امر بگوید: دخترت را تزویج



کن، طرف مقابل هم بگوید: تزویج کردم، ایشان میفرماید که بلاخلاف این صحیح است، اما در باب بیع اگر به صورت امر تعبیر بشود، میگوید: «صحّ عندنا و عند قوم من المخالفین». از این تعبیر استفاده میشود که مشهور در فرض صورت امر قائل به صحت هستند، ولی شیخ تعبیر به «کما قیل» میکند و قائل به شهرت شده است و ممکن است که یک چنین شهرتی بین متأخرین شده باشد و فرصت نشد که بنده بررسی بکنم که روی هم رفته شهرت چه چیزی را اقتضاء میکند. اجمالاً آنچه را که بنده میخواهم عرض بکنم، این است که ایشان میفرماید عمومات و اطلاقات \_ که ادلهی اجتهادی است \_ منزل به صور متعارف است. (البته این مطلب محل کلام است) و در صورتی که چنین ادلهای وجود نداشته باشد، اقتضای اصل این است که فاقد شرط تقدیم، صحیح نباشد. البته این یک بحث کلی است که آیا ما مطلقاً را بر متعارف حمل بکنیم یا نه؟ متأخرین معمولاً چنین چیزی را قبول نمیکنند و به نظر میرسد که انسان گاهی در استعمالات میفهمد که متعارف مراد است و گاهی هم میفهمد که اعم مراد است و ظاهراً این اختلافی که پیدا میشود و گاهی اعم و گاهی متعارف است، از جهت تناسب حکم و موضوع است و احکامی که بر موضوعات حمل میشود، گاهی همان متعارف به ذهن طرف مقابل میرسد و گاهی هم از همان حکمی که بر موضوع بار شده است، معنای وسیع فهمیده میشود. پس تناسب حکم و موضوع در این مسئله دخالت دارد و یکی از تناسب حکم و موضوع

عبارت از بنای عقلاء است و این مسئله هم در القائنات الفاظ دخالت دارد. اگر متعارف یک چیزی مطابق با بنای عقلاء بود، از همان ابتداء که لفظ القاء میشود، چیزی بیش از متعارف فهمیده نمیشود. حال در اینجا باید بینیم که در این مسئله بنای عقلاء قبول متقدم را باطل میداند یا نه؟ به نظر ما آن فرضی که به صورت امر است را عقلاء باطل نمیدانند. اگر شخصی گفت: آقا این شیء را بفروش به من، و طرف مقابل هم گفت: فروختم به تو، عقلاء همین را کافی میدانند، زیرا آنچه که در بیع و شراء و امثال آن معتبر است، عبارت از این است که نظر هر دو تأمین شده باشد و انشاء واقع شده باشد. آن کسی که میگوید: این شیء را به من بفروش، انشاء رضا میکند، طرف مقابل هم رضایت خودش را انشاء میکند و عرف متعارف این را کافی میداند. در باب نکاح هم همینطور است و همین که هر دو موافقت خودشان را اعلام کرده باشند در عرف متعارف کفایت میکند و هم در باب نکاح روایاتی داریم که کافی است و هم ادعای اجماع و بلاخلاف بر این مسئله شده است و بنای عقلاء هم این مسئله را صحیح میدانند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### استدلال بر اشتراط یا عدم اشتراط تقدم قبول بر ايجاب در بیع ۹۲/۰۱/۳۱

.Your browser does not support the audio tag

استدلال بر اشتراط یا عدم اشتراط تقدم قبول بر ايجاب در بیع قبلاً عرض کردیم که راجع به مسئلهی تقدیم قبول بر ايجاب یک نحوه اختلافی بین علماء وجود دارد. شیخ در ابتداء میفرمایند که مقتضای اصل این است که در صورتی که قبول مقدم بر ايجاب

ص: ۶۹۵

باشد، نقل و انتقالی حاصل نشده باشد، استصحاباً للحاله السابقه. اطلاقات و عمومات هم منزّل به متعارف است و بنای متعارف هم بر تقدیم ايجاب بر قبول است و قهراً نمیتوانیم به اطلاقات و عمومات تمسک بکنیم و باید مطابق با اصل عمل بکنیم. برای درست بودن این استدلال باید چند مقدمه را ثابت بکنیم: یکی از این مقدمات عبارت از این است که بگوییم بنای متعارف منحصر در این است که ايجاب بر قبول مقدم باشد. ممکن است کسی بگوید که اینطور نیست و یکی از موارد متعارف این است که انسان رضایت خود را به وسیلهی امر ابلاغ بکند و مثلاً بگوید: آقا! این جنس را به من بفروش! طرف مقابل هم بگوید: من این جنس را به تو فروختم. قطع نظر از ادلهی شرعی، این یک معنای عرفی و متعارف است و شخص با انشاء اول رضای خودش را ابلاغ کرده و طرف مقابل هم ايجاب نموده و معامله تمام میشود. پس بنابراین انحصار متعارف بر تقدیم روشن نیست. علامه بر این هر چند گاهی بر اساس تناسب حکم و موضوع، اطلاقات و عمومات انصراف به یک فردی متعارفی پیدا میکنند، اما اگر چنین قرائن و تناسباتی وجود نداشته باشد، دلیلی بر تنزیل اطلاقات و عمومات بر متعارف نخواهیم داشت. اگر یک عقدی متعارف نبود و هیچ تناسب حکم و موضوعی هم در کار نباشد، بر اساس «أوفوا بالعقود» باید بگوییم که هر عقدی واجب الوفاء است و نباید بر موارد متعارف محصور بکنیم. البته ما قبلاً هم عرض کردیم که گاهی بر اساس تناسب حکم و موضوع، بنای عقلاء هم قائم

ص: ۶۹۶

بر موارد و مصادیق متعارف شده و موارد غیر متعارف را شامل نمیشود. در این موارد اگر یک لفظ مطلقى القاء بشود، چیزی اوسع از مصادیق متعارف فهمیده نمیشود و اگر بگویند که چیز جدیدی تأسیس کردیم، باید نسبت به مازاد تصریح شده باشد والا ذهن همان متعارف و معمول بین اشخاص را میفهمد و چیزی اوسع از آن را نمیفهمد. اگر تجربه کرده باشد، گاهی انسان طبعاً میفهمد که متعارف مراد است و این بر اساس ارتکازی است که در اثر بنای عقلاء و امثال آن حاصل شده است. حال اگر شخصی به شکل امر بگوید: این جنس را به من بفروش! طرف مقابل هم بگوید: فروختم، عقلاء کافی میدانند و حتی اگر ادلهی شرعی هم وجود نداشته باشد، عقلاء همین را هم کافی میدانند و در باب نکاح هم روایاتی وجود دارد که برخی خواستهاند به آنها تمسک بکنند، حال چه آنها درست باشند یا نادرست، ممکن است کسی به عنوان تأیید آنها را ذکر بکند. پس بنابراین صغریاً متعارف بودن معلوم نیست، کبریاً هم روشن نیست که بتوانیم بر متعارف تنزیل بکنیم. از طرف دیگر تمسک به استصحاب هم در صورتی است که ما استصحاب را در شبههی حکمیه جاری بدانیم. خلاصه اینکه یک عده مقدماتی وجود دارد که همهی آنها قابل بحث و نظرند. این یک نظر بود که تقدم قبول بر ایجاب صحیح نمیشد، از طرف دیگر هم یک عده گفتهاند که این معامله صحیح است و اشکالی ندارد و به ادلهی مختلف هم تمسک کردهاند. عده ادلهای که به آن تمسک شده است، عبارت از اطلاقات و عمومات است

که دلیلی هم بر تخصیص آنها وجود ندارد و لذا اخذ به این عمومات کرده و حکم به عدم اشتراط تقدیم ایجاب بر قبول میکنیم. این یک دلیل است که باید دربارهی آن بحث بشود. دلیل دیگر عبارت از دو روایتی است که در باب نکاح وارد شده است و از آنها استفاده میشود که اگر کسی بگوید: دخترت را به من تزویج کن! و طرف مقابل هم بگوید: تزویج کردم، صحیح میباشد و از این دو روایت استفاده میشود که نکاحی که در آن قبول متقدم بر ایجاب باشد، صحیح است و به طریق اولویت ما از باب نکاح به باب بیع تعدی میکنیم، زیرا به تعبیر روایت باب فروج «اهم أن یحتاط فیه» میباشد و اگر در باب نکاح حکمی شده باشد، میتوانیم به باب بیع و امثال آن تعدی بکنیم. یک از این دو روایت، روایت سهل ساعدی است که در کتب عامه مثل بخاری و مسلم و سنن بیهقی و امثال آن نقل شده است، ولی در کتب متعارف روائی ما نقل نشده است، بلکه در عوالی اللئالی این روایت نقل شده است. در کتاب عوالی اللئالی یک قسم روایاتی وجود دارد \_ به گمانم این روایت هم از همان ها باشد \_ که از کتب حدیثی نقل نشده است، بلکه از کتب فقهی افرادی مثل علامه، فخرالمحققین، شهید اول و امثال ایشان نقل شده است که این بزرگواران هم گاهی به روایاتی که در کتب عامه بوده است، استدلال میکردهند. البته من الان نگاه نکردم، ولی ایشان به مواردی تصریح میکند که مفادش در کتب علامه یا شهید یا فخرالمحققین وجود

دارد. سهل ساعدی می گوید: کسی آمد خدمت پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و عرض کرد که من خودم را به شما هبه کردم. (در آیهی قرآن هست که یکی از اختصاصات پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) این است که اگر کسی بخواهد خودش را به ایشان هبه کند، صحیح هست و اشکالی نیست) حضرت فرمود: من زمینهای ندارم، آن شخص گفت: شما مرا به هر کدام از اصحاب که مایلید تزویج کنید. یک کسی بلند شد و گفت: من داوطلب هستم و حاضریم او را به تزویج من در بیاورید. حضرت فرمودند که چه چیزی برای صدق داری؟ شخص گفت: چیزی غیر از رداء ندارم. (به نظرم در کتب عامه به جای رداء، کلمهی ازار نقل شده است) این شخص هم که به رداء محتاج است و نمیشود آن را به عنوان صدق قرار بدهد. پرسش: ازار هم به معنای رداء است. پاسخ: من مراجعه نکردم، ولی بالأخره آنجا کلمه «ازار» نقل شده است. البته در حج و امثال آن «ازار» در مقابل «رداء» است، ولی اینکه احياناً «ازار» به معنای «رداء» باشد، بنده مراجعه نکردم که بینم چنین چیزی هست یا نه. اما آنچه که در کتاب عوالی اللئالی نقل شده است، کلمهی «رداء» است و حضرت میفرماید که این رداء مورد نیاز خود توست و نمیتوانی آن را به عنوان صدق قرار بدهی، اما آیا چیزی از قرآن بلد هستی؟ عرض کرد: بله، فلان سوره و فلان سوره را بلدم، حضرت فرمودند: بنابراین، من «زوجتها لک»، این زن مال توست. به این روایت تمسک شده است

که قبول در این عقد، همان درخواستی است که زن برای تزویج کرده بود و اظهار رضا به این مطلب، انشاء رضا به این مطلب است، ایجابش هم فرمایش حضرت بود و بنابراین تقدیم قبول بر ایجاب به وسیلهی این روایت جایز است. این یک روایت بود و به مضمون این روایت، صحیحی محمد بن مسلم عن ابی جعفر است که عین این قضیه نیست، ولی شبیه به همین مطلب از آن استفاده میشود. این روایت صحیح السند است و اشکال سندی بر آن وارد نیست و کافی و تهذیب و سایر کتب هم نقل کردهاند و هیچ اشکالی در سند آن وجود ندارد. روایت ابان بن تغلب هم در متعه وارد شده که حضرت می فرمایند: در متعه شما اینطور بگو، «أتزوجک» \_ مثلاً \_ در فلان مدت با فلان مقدار شیء، بدون اینکه ارثی از همدیگر ببریم و یا نفقه ای باشد و وقتی که این را گفتی، دیگر شخص زن توست. یعنی اگر تعبیر «أتزوجک» و امثال آن را گفتی و آن زن هم قبول کرد و گفت: نعم، دیگر عقد تمام شده و آن شخص زن تو میشود. در اینجا هم تقدیم قبول بر ایجاب شده است و حضرت این عقد را صحیح دانسته است. در اینجا قبول مقدم بر ایجاب شده است و ماضویت هم نیست، اما صحیح دانسته شده است. از این روایت حتی استفاده میشود که ماضویت هم معتبر نیست. اگر در این روایات اشکال سندی نکنیم، باید بینیم که آیا میشود به آنها استدلال کرد یا نه. در روایت سهل ساعدی حضرت فرمود: من این زن را برای تو

همسر قرار دادم، و به همین هم اکتفاء شده است. بعضی میگویند که معلوم نیست به همین مقدار اکتفاء شده باشد و شاید نظر راوی از نقل این روایت این باشد که مهریهها را سنگین قرار ندهند و حتی یاد دادن یک سورهی قرآن را هم میشود مهر قرار داد. خلاصه اینکه ممکن است این روایت در مقام بیان تمام خصوصیات قضیه نباشد و ناظر به این باشد که همین مقدار را هم میتوان مهر قرار داد و پیغمبر صلی الله علیه و آله وسلم با یک سوره قرآن اجرای عقد کرده است. بنابراین معلوم نیست که به همان قبول اکتفاء شده باشد و شاید بعداً هم قبول واقع شده است، اما راوی الزامی نداشته است که تمام خصوصیات نقل بشود. شاهد بر این مطلب که هم این است که بین تقاضایی که آن زن در ابتداء کرده است، با اجرای عقد فاصلهی معتنیبه وجود دارد، زیرا حضرت سؤال و جواب کرده است و بین رضایت آن زن با اجرا عقد فاصلهی معتدُّ به وجود دارد، در حالی که در باب ایجاب و قبول توالی معتبر است و اگر بخواهیم بگوییم که همان اظهار رضایت اول قبول به حساب بیاید، توالی بهم میخورد، ولی اگر بگوییم که بعداً هم قبول واقع شده است، دیگر توالی بهم نخورده و اشکالی وارد نخواهد بود. لذا از این ناحیه نمیشود به این روایت تمسک کرد. علاوه بر این علامه میفرماید که ما نمیتوانیم از باب نکاح به باب بیع تعدی بکنیم، زیرا در باب نکاح متعارف زن ها خجالت میکشیدند که زودتر صیغه را اجرا بکنند و لذا شارع شرط

تقدم ایجاب بر قبول را در باب نکاح برداشته است و قائل به توسعه شده و میگوید که اگر کسی ایجابش را برای بعد از قبول بگذارد، اشکالی ندارد و طرف مقابل میتواند قبول بکند و بعد هم ایجاب واقع بشود. خلاصه اینکه نمیتوانیم از این روایت صحت تقدم قبول بر ایجاب در بیع را استفاده بکنیم و هم در خود مسئله نکاح چنین استفادهی محل اشکال است و هم تعدی کردن از نکاح به باب بیع محل اشکال است. در روایت ابان بن تغلب هم تعبیر به «نعم» شده است که محققاً ایجاب با این کلمه حاصل نمیشود و متن آن روایت هم معرض عنه است و مورد قبول اصحاب نمیباشد و نمیشود به آن متن کذایی تمسک کرد. پس بنابراین نمیشود به این ادله تمسک کرد و بر خلاف قول مشهور قائل به عدم اشتراط تقدم قبول بر ایجاب شد. البته بنده در اینجا یک عرضی دارم \_ که نمیدانم کسی به آن اشاره کرده است یا نه \_ و آن عبارت از این است که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) ولایت بر مؤمنین دارد، «أولی بهم من أنفسهم» و بنده از یکی از بزرگان شنیدم که دلیل اینکه باید یک طرف ایجاب و طرف دیگر قبول بکند، این است که باید نظر دو نفر تأمین بشود و این مطلب اقتضاء میکند که توافقی بین هم داشته باشند و قهراً ایجاب از یک طرف و قبول هم از طرف دیگر واقع خواهد شد، ولی اگر کسی ولی نسبت به طرفین، یا وکیل از جانب طرفین باشد، یک عقد کافی است



و لزومی ندارد که دو عقد واقع بشود و از یک طرف ایجاب و از طرف دیگر قبول واقع بشود و همین مقدار که شخص بگوید: من بین این دو نفر همسری قرار دادم، کفایت میکند و نه بنای عقلاء إباء از این مطلب دارد و نه دلیل شرعی معتنیه بر ابطال این مطلب وجود دارد. پس بنابراین پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) ولی طرفین است و می فرماید که من عقد ما بین این دو نفر را می خوانم و هیچ لازم نیست که بعد از آن «قبلت» بگوید. پرسش: ... زن پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) را وکیل کرده است؟ پاسخ: نه، می گویم اصلاً احتیاج به این چیزها ندارد. به نظر بنده تعبیری هم که در روایت ابان بن تغلب وجود دارد که «أتزوجک»، این تعبیر ایجاب است و دلیلی بر این مطلب نداریم که حتماً باید ایجاب از طرف زن واقع بشود و عرفاً ایجاب عبارت از این است که یک کسی چیزی را انشاء بکند و دیگری هم قبول بکند و آن مُنشأ اولی ایجاب است و آن کسی که قبول میکند هم قبول است و دلیلی بر اینکه حتماً باید ایجاب از جانب زن واقع بشود، نداریم و شخص میگوید که من تو را همسر خودم قرار دادم، طرف مقابل هم میگوید: موافقم، و همین مقدار کفایت میکند و در این روایت اشکالی نیست. پرسش: ... پاسخ: در بیع و شراء هم دلیل نداریم و خلاصه اینکه این ادله به نظر ما برای استدلال بر مدعی ضعیف است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### صور تقدم قبول بر ایجاب ۹۲/۰۲/۰۱

.Your browser does not support the audio tag

صور

ص: ۷۰۳

تقدم قبول بر ایجاب در تقدیم قبول بر ایجاب، شیخ میفرماید که لفظ قبول به سه صورت میتواند باشد: یک صورت این است که شخص قبل از ایجاب بگوید: قبلت. صورت دوم عبارت از این است که به صورت امر بگوید: یعنی، یعنی این شیء را به من بفروش، و طرف مقابل هم بگوید: فروختم. صورت سوم هم این است که شخص الفاظی مانند «اشتریت و تملکت و ملک» را بکار ببرد. ایشان میفرماید که اگر قبول به شکل «قبلت» باشد، صحیح نیست که قبل از ایجاب واقع بشود، زیرا آن قبولی که رکن معاوضه است، قبولی است که نقل حالی باشد و مراد از این نقل حالی این نیست که شارع امضاء کرده باشد و انتقالی هم حاصل شده باشد، بلکه مراد این است که مُنشأ ملکیت فعلی باشد، یعنی هم ملکیت فعلی باشد و هم مملوک. در انشاء سه صورت قابل تصویر است: یک صورت عبارت از انشائی است که ملکیت در آن متأخر از انشاء است، مانند وصیت که شخص انشاء میکند، ولی ملکیت بعد از وفات حاصل میشود. صورت دیگر انشائی است که ملکیت در آن حالی است، اما مملوک استقبالی است، مانند باب سَلَم که طرف مقابل با عقد مالک میشود، ولی مملوک امری استقبالی است. صورت دیگر انشاء هم عبارت از این است که هم ملکیت حالی است و هم مملوک حالی است. ایشان میفرماید: آن قبولی که رکن معامله است، عبارت از نقلی است که هم تملیک انشائیش فعلی است و هم مملوکش فعلی باشد. بعد از این تعبیر هم میفرمایند که وقتی شخص «قبلت» میگوید، هنوز طرف

ص: ۷۰۴

مقابل انشاء نکرده است و هنوز انشائی تحقق پیدا نکرده است تا این شخص بخواهد به انشاء طرف مقابل راضی بشود، پس در اینجا یک مُنشأ فعلی که نقل فعلی داشته باشد و هم ملکیت و هم مملوکش فعلی باشد، وجود ندارد. این تعبیری است که ایشان دارند و وجوهی برای بیان مراد ایشان قابل تصور است که بعداً عرض میکنیم. ایشان در ادامه میفرماید: اینکه گفتیم قبول باید فعلی باشد و ملکیت و مملوک هر دو باید فعلی باشد، از این جهت نیست که بگوییم وجود خارجی متعلق رضا باید فعلیت داشته باشد، زیرا رضا هم میتواند به حسب امر حالی باشد، هم به حسب امر ماضی باشد و هم به حسب امر مستقبل. همه راضی به این هستند که بهستی بشوند و لو اینکه بهشت متأخر است، ولی راضیاند. ایشان میفرمایند که ما نمیخواهیم بگوییم که قوام رضا به این است که وجود خارجی مرضی همین الان محقق باشد، تا نسبت به آن رضایت وجود داشته باشد، بلکه اگر وجود مرضی متأخر هم باشد، میشود نسبت به آن رضایت داشت. اما قبولی که رکن عقد است، یک رضایت خاصی است که اقتضاء میکند مرضیاش بالفعل - و ولو انشاء - وجود داشته باشد. شیخ در مکاسب در اینجا یک عبارتی دارد که میخواهد بفرماید که ما نمیگوییم هر جا رضا باشد، باید متعلق رضا هم وجود خارجی داشته باشد. مرحوم آقا سید حسن مامقانی، مرحوم شهیدی و مرحوم سید یزدی همه گفتهاند که این عبارت ایشان جور در نمیآید. منتهی سید یزدی و به تبع ایشان مرحوم شهیدی یک توجیهی بیان کردهاند که خودشان هم

میدانند که این توجیه درست نیست. عبارت مکاسب این است که وقتی ما میگوییم در قبول باید نقل و انتقال انشائی فعلی باشد، (البته ممکن است در انتقال شرعی شرایطی وجود داشته باشد) از این جهت نیست که بگوییم رضایت چنین چیزی را اقتضاء میکند، «لا- أن اصل الرضا بشيء يقتضى تحققه أو لاصل الرضا به». یعنی اینطور نیست که بگوییم رضا به یک شیء اقتضاء میکند که آن شیء باشد، یا اصل رضای به آن باشد. سید در ذیل این عبارت میفرماید که «لم أفهم معناه»، بعد هم یک توجیهی می کند که اصلاً توجیه نیست و مرحوم شهیدی هم همان مطلب را بیان کرده است، منتهی مرحوم شهیدی اینطور استظهار کرده که در این عبارت تصحیف واقع شده است به این معنی که عبارت «أو لاصل الرضا به» غلط است و صحیحش عبارت از «اولاً قبل الرضا به حتى يحتاج...» میباشد. این تصحیف خیلی ساده و طبیعی است و مرحوم شهید آن را تصحیح کرده است، ولی متأسفانه در چاپ کنگره شیخ انصاری، بر اساس نسخی که دیده شده، همان عبارت غلط متن کتاب قرار داده شده است، البته در حاشیه به این مطلب اشاره شده است که یک چنین تصحیحی هم کرده اند که عبارت صحیح «اولاً قبل الرضا به» میباشد. البته این کار خوبی است که خواسته اند امانت را حفظ بکنند، ولی ما یک نسخه‌ی مکاسبی داشتیم که چاپ قدیم بود و مرحوم آقای والد آن را تصحیح کرده بود و بنده دیدم که عبارت شیخ در اینجا مطابق همین تصحیحی است که مرحوم شهیدی کرده است. مرحوم والد شاید قریب به هشتاد نود

سال قبل احتمالاً در زنجان اینطور تصحیح کرده بودند و بنده بعداً از ایشان راجع به این عبارت سؤال کردم که ایشان فرمود: من تصحیح اجتهادی نکردهام و بر اساس نسخهای که دیدهام این عبارت را تصحیح کردهام. بر اساس این تعبیر عبارت خیلی روشن است. پس بنابراین ایشان میفرمایند که در قبول یک خصوصیتی وجود دارد که اقتضاء میکند که باید در منشأ فعلیتی باشد تا مورد قبول واقع بشود. در تقریب این بیان شیخ که قبول چنین چیزی را اقتضاء میکند، یک احتمال عبارت از مطلبی است که علامه در نهاییه الاحکام به آن اشاره فرموده که لفظ قبول برای جایی وضع شده است که یک چیزی ابتداءً انشاء شده باشد و بعد مورد قبول واقع بشود و صحیح نیست که نسبت به چیزی که هنوز واقع نشده است، قبولی واقع بشود، بلکه باید اول آن شیء وجود خارجی پیدا بکند تا بعداً مورد قبول واقع بشود. در الفاظی مثل «اشتریت و تملکت» و امثال آن لزومی ندارد که چیزی حاصل شده باشد و بر خلاف «قبلت» در این الفاظ اشکالی ندارد که قبل از اینکه انشائی واقع بشود، یک احتمال دیگر این است که بگوییم: آنطور که ما در باب بیع به طور اجماع میفهمیم، عبارت از این است که بیع با وصیت فرق دارد. این مطلب اجماعی است که در باب بیع نمیتوانیم یک شیء استقبالی را تملیک بکنیم، بر خلاف وصیت که وجود منشأ بعد از وفات حاصل میشود. این مطلب اجماعی است که در باب بیع اینطور نیست. بنابراین انشائی که در بیع میشود، چه موجب و چه قابل

در هر دو باید منشأ فعلی باشد و الان حاصل شده باشد و به حسب انشاء وجود خارجی منشأ شده است، حتی مملوکش هم فعلی است، زیرا شخصی که میگوید: من این شیء را فروختم، نمیخواهد سلف بفروشد، شخص در ایجاب میگوید که من این را به تو تملیک کردم، و با این ایجاب قصد میکند که طرف مقابل فعلاً مالک بشود، مشتری هم انشاء ملکیت برای ملک خودش میکند و تملیک طرف مقابل را بالفعل قبول میکند، اما وقتی کاری از طرف مقابل محقق نشده باشد، قبول آن کار معنایی نخواهد داشت. پس این هم یک احتمال است که بگوییم این اتفاق وجود دارد که منشأی که در اینجاست، مثل وصیت نیست والا اگر آنطوری باشد، هیچ اشکالی ندارد که شخص الان انشاء بکند و بگوید که من تو را مالک عوض قرار دادم بعد از وقتی که تو انشاء میکنی. ولی کأن بالاجماع باید مالکیت بالفعل عوض را برای طرف مقابل انشاء بکند و چنین چیزی در صورتی که هنوز ایجابی نشده باشد، قابل تصویر نیست. این هم یک احتمال در فرمایش شیخ بود. احتمال دیگر هم این است که بگوییم: حتماً باید منشأ ما ملکیت فعلیه باشد و اینجا مثل وصیت نیست، اجماعی هم در کار نیست، ولی شهرتی قائم بر این مطلب میباشد. به عقیده ما شیخ در بعضی جاها اطمینان پیدا میکند و در خیلی جاها هم بر اساس مبنای انسداد مشی میکند و از شهرت عدول نمیکند. شیخ اتکالاً بر مشهور میفرماید که در باب قبول مشهور این است که چیزی را قبول میکنند که الان موجود است و

نسبت به چیزی که «سیوجد» قبول محقق نمیشود. در ذیل کلام ایشان مطالبی وجود دارد که از آنها همین احتمال اخیر استفاده میشود. ایشان نمیخواهد این مطلب را قطعی و مسلم فرض کرده و جزء قطعیات بداند، زیرا یک تعبیری دارد که بعداً به آن اشاره خواهیم کرد. خلاصه اینکه شیخ میفرماید که قبول مقدم با «قبلت» صحیح نیست و بعد هم میفرماید که از اینکه باید منشأ وجود انشائی اش فعلاً موجود باشد، معلوم می شود که قبول به شکل امر هم صحیح نیست، مثل اینکه کسی بگوید: «بمعنی هذا»، این هم صحیح نیست، چون به حسب انشاء باید چیزی را انشاء کرده باشد که الان نقلی برای طرف حاصل شده باشد و با «بمعنی» نقل انشائی فعلی حاصل نمی شود، پس قبول با آن صحیح نیست. و اما راجع به اینکه آیا قبول متقدم با «قبلت» صحیح است یا نه، ما به طور صریح کسی را پیدا نکردیم که چنین چیزی را تجویز کرده باشد که قبلاً «قبلت» گفته بشود و بعد هم ایجابش بیاید، صریحاً ما کسی را پیدا نکردیم که قائل به این مطلب شده باشد. از کلمات خیلی از بزرگان هم تسلّم استفاده می شود، چون بعضی ها که قائل به قبول متقدم شدهاند، تصریح نکردهاند که چه چیزی صلاحیت قبولیت را دارد. شاید بگویند که «قبلت» غلط است، مثل علامه در نهایه الاحکام که میفرماید: وقتی هنوز ایجابی واقع نشده است، ابتداء کردن به «قبلت» غلط است و صحیح نمیباشد. پس لازمه پذیرفتن جواز تقدم قبول بر ایجاب این نیست که «قبلت» هم پذیرفته شده باشد، بلکه امکان دارد کسی که قائل به این قول

است، «قبلت» را صحیح نداند. بنده از سابقین کسی را سراغ ندارم که صریحاً حکم کرده باشد که قبول متقدم با «قبلت» صحیح است. (البته بنده به اقوال متأخر متأخرین مراجعه نکرده‌ام) شیخ طوسی قبول متقدم را در کتاب النکاح جایز دانسته است، ولی در کتاب الصلاه جایز نمیداند، ولی در همان کتاب نکاح هم که جایز دانسته است، مثل به امر زده و گفته است که اگر کسی گفت: یعنی، و طرف مقابل هم گفت: بعثک، صحیح است، اما هیچ اشاره‌ای به قبول به «قبلت» نکرده است. مسئله دیگر راجع به امر است که به تعبیر شیخ در جواز قبول متقدم با امر اختلاف شدیدی وجود دارد و بسیار از قدماء و شاید هم متأخرین حکم به عدم صحت چنین قبولی نموده‌اند، البته بنده اقوال متأخرین را بررسی نکرده‌ام، اما از قدماء اطمینان نداریم که حتی یک نفر هم قبول به وسیله‌ی امر را تجویز کرده باشد. البته شیخ طوسی در نکاح تجویز کرده و فرموده است که اگر شخصی بگوید: یعنی، طرف مقابل هم بگوید: فروختم، در این صورت در نزد ما و برخی از عامه صحیح است، «عندنا و عند قوم من العامه». ولی این فرمایش ایشان در اینجا با فرمایشی که در باب بیع دارند، متناقض است. در باب بیع میفرماید که أقوی عندی بطلان است. غیر از شیخ طوسی، علامه حلی هم از دو کتاب قول به صحت را نقل کرده است: یکی از مهذب ابن براج و یکی هم از کامل ابن براج. کامل ابن براج متأسفانه در دسترس ما نیست، ولی قول ابن براج در مهذب درست در

نقطه مقابل آن چیزی است که علامه از ایشان نقل کرده است. علامه میگوید که ابن براج در مهذب حکم به صحت کرده است، در حالی که ابن براج در مهذب حکم به بطلان نموده است. بنده عبارت را میخوانم تا روشن شود که چگونه علامه به اشتباه افتاده است. ابن براج در مهذب صریحاً حکم به بطلان کرده است و کتاب کامل هم در دست ما نیست و محتمل است که در آنجا هم مانند مهذب حکم به بطلان کرده باشد. ابن براج تابع مبسوط است و کتاب البیع ایشان هم مطابق بیع مبسوط نوشته شده است و همانطوری که شیخ در مبسوط قبول با امر را باطل میدانند، ممکن است که ابن براج در کامل هم باطل این کار را دانسته باشد و برای علامه هم اشتباه رخ داده باشد. طبق عبارت مهذب صورت امر باطل است و در نتیجه تا زمان علامه کسی تقدیم قبول با امر را صحیح نمیدانسته است، حتی محقق هم که تقدیم قبول را جایز میدانسته است، میگوید که با امر درست نیست و امر صلاحیت قبولیت را ندارد و امر بیشتر شبیه به استدعاست، البته ایشان الفاظ دیگری مثل «اشتریت» و امثال آن را قبول میکنند، ولی امر را قبول نمیکند. پرسش: درست است که بیان شیخ در بیع و نکاح متناقض است، اما نکاح متأخر است. پاسخ: ترتیب این کتابها را نمی دانیم و خیلی روشن نیست که اول کتاب طهارت شروع شده باشد، گاهی کتابها بر اساس احتیاج شروع میشود، در یک جا تعبیر به «عندنا» میکند و در جای دیگر هم تعبیر به «الاقوی» میکند.



عبارت مهذب در صفحه ۳۶۰ جلد اول اینطور است: «عقد النکاح ینعقد و یصح بالإيجاب و القبول، و لا اعتبار فی ذلك بتقدم الإيجاب و لا تأخره فاما البیعان فتصح عقودهما بتقدم الإيجاب، فلو قال البائع: قد بعتك هذا الشیء و قال المشتري: قد قبلت. لصح ذلك بغير خلاف، فاما فی التأخیر فإذا قال المشتري: بعنی هذا الشیء بمأه و قال البائع: قد بعتك، فلا یتم انعقاد العقد حتی یقول المشتري بعد ذلك: اشتریت». ایشان به تعبیر صریح می فرمایند که قبول متقدم به وسیلهی امر کفایت نمی کند. و اما علت به اشتباه افتادن علامه به احتمال قوی این است که بر حسب معمول ایشان به اول کتاب البیع که به بحث صیغه پرداخته میشود، مراجعه کرده است و ایشان هم در صفحه ۳۵۰ عبارت غلط اندازی دارد که ابتداءً به نظر میرسد که اشاره به همان معنایی باشد که علامه نقل کرده است. علامه این قسمت را دیده و به همین اکتفاء کرده است و چون مسئله در جای خودش مطرح شده است، دیگر لازم نیست که انسان برای هر مسئله از اول تا آخر کتاب را نگاه بکند و مراجعه به همان قسمت مربوطه کفایت میکند. عبارت مهذب در کتاب البیع اینطور است: «فان باع من غیره شیئاً و لم یجر بینهما من القول ما یقتضی الإيجاب و القبول، مثل أن یقول البائع للمشتري قد بعتك هذا و یقول المشتري قد اشتریته»، این ایجاب و قبول است، «أو قد قبلت ذلك»، که این هم ایجاب و قبول است، «أو أوجبت علی نفسی»، این هم ایجاب و قبول است، «أو یقول المشتري: بعتنی هذا

فیقول البائع قد بعتك إياه»، این هم ایجاب و قبول است، ایشان می گویند: همهی اینها مثال برای ایجاب و قبول است و اگر ایجاب و قبولی واقع نشد، بیع فاسد است و صحیح نمیباشد. اینها همه مثالهای برای ایجاب و قبول است و کأن علامه از این عبارت اینطور استفاده کرده است که اگر ایجاب و قبول واقع شد، بیع صحیح است و قهراً از این عبارت استفاده می شود که قبول متقدم به وسیلهی امر صحیح است. البته این عبارت ایشان با عبارت بعدیشان قابل جمع است و ایشان در اینجا مثالهایی برای ایجاب و قبول میزنند و همهی این مثالهایی که زده شده است، برای ایجاب و قبول است و مقصود ایشان این است که اگر در بیعی هیچکدام از اینها نباشد، آن بیع فاسد است به این مناط که ایجاب و قبول واقع نشده است، ولی اینکه با بودن ایجاب و قبول آیا شرط دیگری هم برای صحت وجود دارد یا نه، ممکن است بگوییم علاوه بر اینکه ایجاب و قبول لازم است، شرط دیگری هم در کار است که عبارت از تقدم ایجاب بر قبول است و اگر چنین شرط هم نباشد، باز هم بیع فاسد خواهد بود. البته طبعاً از این عبارت ایشان اینطور فهمیده میشود که کأن این سه مثال علی وجه الاطلاق صحیح است و اشکالی در آن وجود ندارد علامه هم از این عبارت اینطور فهمیده است. شیخ هم در اینجا متعرض این مسئله شده است و مراجعه به آنجا کرده است. پس بنابراین علامه از عبارت مهذب حکم به صحت را فهمیده است، در حالی که ایشان

حکم به بطلان کرده‌اند و ایشان به صورت نسبی صحیح میدانند، یعنی از نظر آوردن ایجاب و قبول صحیح است، والا ممکن است که از جهت فقدان تقدم باطل باشد. یک احتمال دیگر هم عبارت از این است که عبارت «أو يقول» درست نباشد، بلکه عبارت درست «و يقول» باشد، یعنی عبارت: «بعنی، فيقول البائع قد بعتك إياه» مثال برای «لم یجر» باشد که ایجاب و قبولی در آن جاری نشده است و در این صورت بیع صحیح نیست و فاسد است، «لم یصح البیع و کان فاسداً». بر اساس این احتمال همان بطلانی که گفته شده از عبارت استفاده میشود. پرسش: چطور شد که حضرت‌تعالی کتاب النکاح را در این بحث دیدید و خود علامه ظاهراً این کار را نکرده، روش تحقیق شما چطور است؟ پاسخ: طبعاً همین باب را نگاه کرده و از آن نقل نموده‌اند. خلاصه اینکه ما از قدماء کسی را ندیدیم که قبول متقدم با امر را تجویز کرده باشد، البته کلمات شیخ متعارض است، ولی دیگران چنین چیزی را صحیح نمیدانند. پرسش: ما نمی‌دانیم کلام متأخر شیخ کدام بوده است و آیا این باعث نمی‌شود که اجماع محرز نشود؟ یعنی ممکن است بگوییم که کتاب النکاح شیخ متأخر باشد. پاسخ: ما هر چه به قبل از شیخ نگاه کردیم، هیچکدام این مسئله را عنوان نکرده‌اند، ولی شیخ در اینجا تعبیر به «عندنا» میکند، البته شیخ انصاری راجعه به کلمه «عندنا» یک تعبیری دارد که وقت برای توضیح دادن آن نداریم، ولی یقیناً این تعبیر «عندنا» درست نیست و باید توجیهی برای آن پیدا بکنیم، مثل خیلی از اجماعاتی که

قبل از آن اصلاً خبری از این اجماعات نیست و همان توجیهی که در اینگونه اجماعات بیان میشود، در این تعبیر «عندنا» هم همان توجیهها را باید بکنیم، البته تحقق اجماع بعد از شیخ بعید نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## صحت لغوی و شرعی تقدم قبول ۹۲/۰۲/۰۲

Your browser does not support the audio tag.

صحت لغوی و شرعی تقدم قبول از کلمات بعضی مثل علامه در نهاییه الاحکام استفاده میشود که قبول متقدم غلط است، نه اینکه شرعاً صحیح نباشد و مفهوم قبول اقتضاء میکند که یک چیزی وجود داشته باشد، تا انسان آن را امضاء بکند و قبول امضاء شیء است. لذا ایشان میفرماید که ابتداء به قبول صحیح نیست، ولی اگر الفاضلی مثل «تملکت» و «اشتریت» و امثال آن ابتداءً بکار برده شود، از جهت مفهوم اشکالی ندارد و مانعی برای بکار بردن آنها نیست. بنابراین ایشان نسبت به قبول متقدم اشکال لغوی میکند، یک عده هم میگویند: آن قبولی که شرعاً معتبر است، قبولی است که متأخر باشد نه متقدم. پس بنابراین در اینجا دو نوع بحث وجود دارد که یک بحث به حسب لغت و قطع نظر از شرع است که ببینیم آیا در قبول تقدم وجود شیء معتبر است یا نه؟ ممکن است کسی اینطور شبهه بکند که هیچ مانعی وجود ندارد که انسان نسبت به یک چیزی را که بعداً واقع میشود، اظهار موافقت بکند و «ما یأتی» را امضاء بکند و یا اینکه به یک شیء آتی مثل معاد و جزاء و امثال آن اعتقاد پیدا بکند. وقتی انسان «قبلت» را میگوید، آنچه را که بعداً واقع و صادر میشود را امضاء میکند و به نظر نمیرسد که

ص: ۷۱۵

چنین چیزی غلط باشد و در حقیقت اینجا انشاء موافقت کردن با یک امر واقعی است، حال چه اینکه این امر واقعی قبلاً واقع شده است، یا اینکه مثل جزاء و معاد و امثال آن بعداً واقع میشود. انسان اینها را امضاء میکند. البته ممکن است که گاهی اصطلاح اینها با هم تفاوت بکند، مثلاً شخص بگوید که من جزائی را که متأخر است را قبول دارم، معاد را قبول دارم. پس بنابراین میشود انسان نسبت به امر متأخری که بعداً واقع میشود، از کلمهی قبول استفاده بکند. پرسش: ... پاسخ: هم اخباری اش می شود و هم انشائی اش که عبارت از فرض و اعتبار است. شخص یک چیزی را در ظرف خودش اثبات میکند. همانطوری که در اخبار صحیح است، در انشاء هم - مثل ثبوت ملکیت - صحیح است، مثل اینکه شخص بگوید که این شیء ده روز دیگر ملک تو باشد. البته اینکه گفته شود چنین چیزی متعارف نیست، مطلب دیگری است که باید بررسی کنیم که آیا عموماً و اطلاقات حمل بر متعارف میشود یا نه؟ یا اینکه بگوییم بر اساس بنای عقلاء نمیشود نسبت به امور آتی انشاء قبول انجام داد و در نتیجه جلوی اطلاقات گرفته میشود. پس خلاصه اینکه به نظر نمیرسد ذاتاً ابتداء کردن به قبول غلط باشد و اشکالی در آن وجود داشته باشد. مرحوم ایروانی در اینجا یک بحثی دارد و آقای خوئی هم از ایشان تبعیت کرده است که امروز به آن اشاره میکنیم و آقایان ملاحظه بکنند که فردا به آن بحث میپردازیم. ایشان میفرماید که آن قبولی که در بیع و عقود معتبر است و تقدم آن اشکال

ص: ۷۱۶

دارد، در جایی است که شخص بخواهد مُنشأ طرف مقابل را قبول بکند که در اینجا باید مُنشأ محقق بشود تا مورد قبول واقع بشود، ولی اگر معاملهای انشاء نشده باشد و شخص قبول بکند، محذوری وجود ندارد و در اینجا دلیلی نداریم که حتماً باید قبول ناظر به فعل دیگری باشد. این هم یک مطلبی است که اگر کسی این حرف را بپذیرد، میتواند بگوید که تقدم قبول اشکالی ندارد، منتهی ممکن است که شیخ بفرماید: اگر شما بگویید که قبول ناظر به فعل دیگری نیست و صرف انشاء تملک است، دیگر وجهی ندارد که این کار را قبول و تملیک طرف مقابل را ایجاب بدانید، علماء هم که در باب بیع شرط کرده‌اند که هم باید ایجاب و هم باید قبول وجود داشته باشد، یکی را فرع دیگری و آن یکی را اصل برای این قرار داده‌اند. و اگر کسی مستقلاً بگوید که من این شیء را در مقابل آن شیء ملک خودم قرار دادم، خود این کار یک نوع ایجاب است و چرا باید اسم آن را قبول بگذاریم؟! پس بنابراین ممکن است شیخ بفرماید: آن قبولی که در مقابل ایجاب معتبر است، فرع بر ایجاب است و حتماً باید ایجاب تحقق داشته باشد تا قبول واقع بشود. منتهی ما قبلاً هم عرض کردیم که فروع بودن منافاتی با تقدم ندارد، مثل دلیل حاکم و محکوم، به این معنی که یک مفسری برای «ما سبق» و «ما لاحق» بیاید و ناظر به متأخر باشد و اشکالی در اینجا وجود ندارد، مگر اینکه اجماع و امثال آن در کار باشد، و الا فرعیت

عدم صحت تقدم را اقتضاء نمیکند. پرسش: دلیل لاجرح ناظر هست. پاسخ: وقتی انسان یک قانون کلی وضع میکند، میتواند هر مصداقی پیدا کرد، نظر به آن داشته باشد و آن را تفسیر بکند و اشکالی وجود ندارد. خلاصه اینکه با توجه به این جهات اقتضائی برای بطلان وجود ندارد، مگر اینکه اجماعی در مسئله وجود داشته باشد و ما کسی را پیدا نکردیم که «قبلت» را تجویز کرده باشد. شیخ طوسی هم که در باب نکاح-نه باب بیع- صحیح میدانند، مثالی که برای قبول متقدم میزند، فعل امر است که شخص بگوید: یعنی کذا، ولی ما در هیچ جا ندیدیم که کسی «قبلت» را تجویز کرده باشد. در عروهای هم که پانزده حاشیه دارد، خیلی از آقایان تصریح کردهاند که قبول متقدم با «قبلت» صحیح نیست، حال یا اشکال لغوی در این تقدم کردهاند، یا اینکه کسی از اول اجازه به این کار نداده است. خلاصه اینکه این مطالب مورد بحث است و مرحوم ایروانی در اینجا نسبتاً خوب بحث کرده است و مباحث ایشان قابل ملاحظه است، اما اینکه این مباحث را بپذیریم یا نپذیریم، بحث دیگری است که باید مراجعه و بررسی بشود. آقای خوئی هم تقریباً مطالب ایشان را بیان کرده است و مطلب علی حدهای ندارد. پرسش: اگر ما بگوییم صیغه ایجاب و قبول حتماً باید ماضی باشد، حالا یک حرفی است، ولی اگر دیدیم مضارع اشکال ندارد، «أقبلُ» راحت تر نیست؟ یعنی «قبلت» یک قدری قبولش سخت است، ولی «أقبلُ» چون فعل مضارع است راحت تر است. پاسخ: در هر دو مراد انشاء است، نه اخبار. پرسش: آقایان «قبلت» را

اشکال گرفتند، ولی «أقبل» چی؟ «أقبل» راحت تر است. پاسخ: فرقی بین «أقبل» و «قبلت» وجود ندارد. می گویند در «أقبل» باید یک چیزی باشد تا شخص آن چیز را قبول کند، در «قبلت» هم همین طور است. «قبلت» و «أقبل» در این جهت فرقی با هم ندارند، منتهی ما می گوئیم اگر انسان موافقت خود را نسبت به چیزی که در ظرف خودش موجود میشود، ابلاغ بکند، کافی است و لازم نیست که قبلاً آن شیء موجود باشد. البته یک بحثهایی در اینجا وجود دارد که فردا به آن میپردازیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی سه صورت قبول متقدم بر ایجاب ۹۲/۰۲/۰۳

Your browser does not support the audio tag

بررسی سه صورت قبول متقدم بر ایجاب شیخ راجع به قبول متقدم سه صورت فرض کرد: یک صورت عبارت از این بود که با «قبلت» و «رضیت» انشاء قبول شده باشد، صورت دیگر این بود که با فعل امر مثل «بعنی» انشاء قبول شده باشد، صورت سوم هم این بود که با «اشتریت، ابتعت، تملکت» و امثال اینها انشاء قبول شده باشد. ایشان راجع به «قبلت» و «رضیت» می فرمایند که تقدیم قبول به این صورت صحیح نیست، زیرا آن انشاء قبولی که رکن معامله و بیع است، انشائی است که نقل در آن، نقل فی الحال باشد و شامل نقل های استقبالی مانند وصیت و امثال آن نمیشود. البته ایشان اشاره به کلمهی وصیت نمیکند، ولی میفرماید که تفاوت بیع با امور دیگر کأن در این است که نقل در بیع، نقل فی الحال است، ولی در سایر موارد مثل وصیت و امثال آن نقل استقبالی است. از طرف دیگر اقتضاء نقل فی الحال این است که قبول متأخر باشد

ص: ۷۱۹

تا انشاءش صحیح باشد. بعد از بیان این مطالب، ایشان اینطور نتیجهگیری میکنند که قبول متقدم با فعل امر هم حاصل نمیشود، زیرا انشاء در اینجا هم انشاء نقل فی الحال نیست، پس بنابراین قبول متقدم در این صورت صحیح نمیشود. منتهی ایشان راجع به «اشتریت و ابتعت و تملکت» و امثال آن می فرمایند که قبول متقدم با این الفاظ اشکالی ندارد و مانعی ندارد که انشاء قبول متقدم به وسیلهی این الفاظ واقع بشود. البته ایشان در ابتداء راجع به قبول متقدم به وسیلهی فعل امر میفرماید که اقوی بطلان آن است، ولی بعد در این مطلب تشکیک میکند، یعنی صحت وقوع قبول متقدم با فعل امر را ردّ نمیکند و میفرماید که ممکن است که بگوئیم قبول متقدم با فعل امر صحیح است، زیرا قبلاً گفتیم که چیزی که عرفاً به آن بیع گفته میشود، باید در آن قائل به مالکیت و نقل و انتقال بشویم، مگر اینکه اجماعی بر خلاف آن واقع شده باشد. در فعل امر و امثال آن هم عرفاً بیعیت اطلاق میشود و وقتی شخص بگوید: این شیء را به من بفروش، طرف مقابل هم بگوید: فروختم، عرف متعارف چنین چیزی را بیع میدانند، اجماعی هم بر خلاف آن وجود ندارد، زیرا شیخ طوسی در باب نکاح مبسوط فرموده است که چنین چیزی اشکال ندارد و حتی تعبیر به «عندنا کذا» فرموده است که ظهور در این دارد که چنین قولی بلاخلاف است. در کامل ابن براج هم صحیح دانسته شده است، پس با توجه به این مطالب ما نمیتوانیم بگوئیم که قبول متقدم به وسیلهی فعل امر باطل

ص: ۷۲۰

است و واقع نمیشود. بعد ایشان تعبیر به «فتأمل» نموده است که شاید اشاره به تعبیر بلاخلاف شیخ طوسی باشد که وقتی چنین مسئله‌های قبل از شیخ عنوان نشده است، چطور ایشان ادعای بلاخلاف میکنند و کآن چنین چیزی را جزء مسلمات میدانند. قبل از شیخ هیچ کس این مسئله را عنوان نکرده است و حتی خود شیخ هم در کتاب بیع خلاف این مطلب را فرموده است و خلاصه اینکه نه شیخ مفید چنین مسئله‌های را عنوان کرده است، نه شیخ صدوق و نه علامه از کتاب‌هایی که در دستش بوده است نقل کرده است و شاید بتوان گفت که اشتباهی در اینجا واقع شده است. اگر هم بگوییم که قاعده اقتضاء میکند که در بیع نقل فی الحال باشد و در وصیت نقل استقبالی، قهراً همین مطلب درست خواهد بود که «الاقوی هو المنع» و شاید «فتأمل» اشاره به همین مطلب باشد و به هر حال روشن نیست که شیخ در این قسم امر چه میفرماید، ولی راجع به قبول متقدم با «قبلت» و «رضیت» قائل به بطلان است. این فرمایشی است که شیخ دارد، ولی مرحوم ایروانی هم در اینجا به مطالبی اشاره دارند. ایشان می‌فرمایند که فرمایش شیخ مشتمل بر یک کبری و یک صغری است و به نظر ما هم کبری و هم صغری هر دو ممنوع است. کبری عبارت از این است که شخص در باب بیع باید نقل فی الحال داشته باشد. ایشان میفرماید که ما دلیلی بر این کبری نداریم و منکر آن میشود. صغرای فرمایش شیخ هم عبارت از این است که قبول متقدم نقل فی



الحال نیست، بلکه نقلش، نقل استقبالی است. مرحوم ایروانی این صغری را هم منع میکند. اما نسبت به کبری میفرماید که ما دلیلی بر اینکه باید نقل فی الحال شده باشد، نداریم و دلیل عقلی در مسئله وجود ندارد و اگر بخواهیم با اجماع چنین چیزی را اثبات بکنیم، اجماعی هم در کار نیست، زیرا کسانی که تقدیم قبول را جایز دانسته‌اند، فرقی بین «قبلت» و «رضیت» و فعل امر و اقسام دیگر نگذاشته‌اند. پس بنابراین عده‌ای قائل به جواز تقدم قبول شده و فرقی هم بین اقسام آن نگذاشته‌اند و در نتیجه پسندیده شیخ هم نباید بین این اقسام قائل به فرق بشود. مرحوم ایروانی میفرماید که اجماعی در کار نیست، زیرا عده‌ای قائل به جواز تقدم قبول شده‌اند و فرقی هم بین اقسام ثلاثی آن نگذاشته‌اند. این فرمایش ایشان جای تعجب دارد و چطور ایشان میفرماید که قائلین به جواز تقدم بین اقسام ثلاثه فرق نگذاشته‌اند در حالی که یکی از کسانی که قائل به جواز تقدم شده است و در مقابل چشم ایشان است و در همه جا نقل کرده‌اند، محقق در شرایع است که در عین حالی که قائل به جواز تقدم قبول است، ولی «بعث» و امثال آن را جایز نمیداند. خلاصه اینکه محقق فرق گذاشته است، علامه در یکی از کتاب هایش \_ که شیخ نقل میکند، به صورت بتی نگفته است، ولی در جواز تقدم تردید کرده است و استفاده میشود که تردیدی نسبت به این مسئله دارد، ولی در نهایت الاحکام تصریح کرده است که تقدم «تملکت» و «اشتریت» صحیح است، ولی تقدم قبول با «قبلت» صحیح نیست.

ایشان به این مطلب تصریح کرده و گفته است که قبل از اینکه انشائی واقع بشود، ابتداء به «قبلت» صحیح نیست. خلاصه اینکه جای تعجب دارد که چطور ایشان میفرماید بین اقسام ثلاثه فرق نگذاشتهاند؟! پرسش: آیا مراد ایشان این است که همه کسانی که تقدیم را جایز دانستهاند، فرق نگذاشتند؟ پاسخ: بله، یعنی آنهایی که گفتهاند: «يجوز التقدیم»، فرق نگذاشتند. این عبارت ایشان است: «و قد صحَّح من لا يعتبر الترتیب تقدم القبول علی الإيجاب بأی لفظ كان من غير تفصیل بین لفظ قبلت و رضیت و یعنی و بین سائر الصیغ». و اما از صدر و ذیل فرمایش ایشان راجع به صغری بنده سر در نیاوردم. عبارت ایشان را میخوانم و شما ببینید که ایشان چه میخواهند بفرمایند: «ثم لو سلمنا وجود الدلیل علی اعتبار إنشاء النقل الفعلی معنا عدم اشتغال الصیغ الثلاث علی ذلك حیث تكون متقدّمة علی الإيجاب». ایشان می گویند: اگر قبول متقدم هم شد، نقل فعلی در آن هست، چون اگر قبول، قبول ایجاب باشد، باید ایجاب محقق شده باشد و بعد شخص آن را قبول بکند، ولی قبولی که رکن عقد است، قبول ایجاب نیست، بلکه قبول مُنشأش \_ که عبارت از مبادله بین دو شیء است \_ میباشد. انشاء قبول مبادله متوقف بر این نیست که قبلاً ایجابی واقع شده باشد و شخص میتواند ابتداءً راضی به مبادلهی بین دو شیء باشد و آن را انشاء بکند. پس بنابراین اگر کبری را هم بپذیریم، صغری قابل پذیرش نخواهد بود و انشاء قبول رضایت دادن به معامله است، نه رضایت دادن به انشاء معاملهای که طرف مقابل کرده باشد. ایشان

در این عبارت میفرماید که انشاء قبول متقدم، انشاء نقل فی الحال است، ولی در چند جمله بعد از این عبارت به مطالبی اشاره میکند که ما از صدر و ذیل این عبارت سر در نمیآوریم که ایشان چه میخواهد بفرماید! ایشان در صدر فرمود که انشاء نقل فی الحال است، ولی در ذیل عبارت میفرماید که مُنشأ نقل فی الحال نیست، بلکه مُنشأ اصل النقل است! عرض ما به ایشان این است که وقتی شما در صدد انکار صغرای فرمایش شیخ بودید، چطور در صدر عبارت میفرمایید: انشاء نقل فی الحال است و بعد در ذیل عبارتتان میفرمایید که مُنشأ، نقل فی الحال نیست، بلکه اصل النقل است؟! عبارت ایشان اینطور است: «ثم لو سلمنا وجود الدلیل علی اعتبار إنشاء النقل الفعلی منعنا عدم اشتمال الصیغ الثلاث علی ذلك حیث تكون متقدّمه علی الإیجاب»، یعنی ما می گوییم که انشاء در این صیغ، انشاء نقل فعلی است. «و ذلك أنّ معنی رضیت مثلاً لیس هو الرّضی بصدور الإیجاب من الموجب فإنّ الرّضی بذلك لا یكون جزءاً متمماً للإیجاب و مؤثراً فی حصول النّقل»، آنچه که در نقل و انتقال هست، رضایت به مفاد و مُنشأ است و همین میزان است، نه رضایت به انشاء، و ممکن است کسی بداند که اصلاً مُنشأ شرعاً صحیح نیست، ولی بگوید که بگذار شخص انشاء بکند و به انشاء او راضی باشد. رضایت به انشاء کافی نیست، بلکه آنچه که در نقل و انتقال معایر است، رضایت به مُنشأ (معامله) است. «و ذلك أنّ معنی رضیت مثلاً لیس هو الرّضی بصدور الإیجاب من الموجب فإنّ الرّضی بذلك لا یكون جزءاً

متّمماً للإيجاب و مؤثراً في حصول النّقل لأنّ ذلك يجتمع مع عدم الرّضى بالمعامله»، ممكن است کسی نسبت به معامله راضی نباشد، ولی به انشاء راضی باشد و بداند که شرعاً این انشاء اثری ندارد و بگوید: بگذار انشاء بکند. «و إنّما معناه الرّضى بتحقیق مضمون الإيجاب و ما أنشأ ليس هو المبادله بقید أن تكون في الحال و في ظرف الإيجاب حتى يكون قبوله رضی بذلك المقید فيكون مع تقدّمه على الإيجاب رضی بتحقیق المبادله فيما بعد و في ظرف الإيجاب لا حالاً و في ظرف القبول»، ایشان می گوید که قید في الحال در معامله وجود ندارد و در رضایت نسبت به مفاد في الحال بودن لازم نیست. ایشان در ابتداء فرمودند که قبول متقدم نقل في الحال است، ولی در اینجا میفرمایند که لزومی ندارد که نقل في الحال باشد و اگر شخص به اصل النقل هم راضی باشد، کفایت میکند. ذیل عبارت را دوباره میخوانم: «بل أصل المبادله مطلقه و إنّما تقع في الحال مع تحقّق القبول لأنّ إنشاءها قد تحقّق في الحال و على ذلك فالقبول و هو الرّضى بالإيجاب رضی بأصل تحقّق المبادله فإن كان الإيجاب سابقاً و كان هو الجزء الأخير للعلة التامه للنقل تحقّق النقل بتحقیق القبول لا- أنّ المنشأ به هو النقل بقید كونه في الحال». ایشان اول میگویند که نقل في الحال است، «ثم لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار إنشاء النقل الفعلي»، یعنی اگر پذیرفتیم که منشأ ما نقل فعلی باشد، «منعنا عدم اشتغال الصّیغ الثلاث»، در اینجا منشأ ما نقل فعلی است. ولی در ذیل میگویند که منشأ من نقل فعلی نیست، «لا أنّ المنشأ

به هو النقل بقید کونه فی الحال». بعد هم میفرماید که کبری ممنوع است، زیرا دلیلی بر آن نداریم، صغری هم ممنوع است، زیرا ما قبول نداریم که در این موارد نقل فی الحال نشده باشد، پس بنابراین فرمایش شیخ هم از جهت کبری و هم از جهت صغری ممنوع است، «فما أفاده المصنّف ره مردود صغری و کبری». خلاصه اینکه ما صدر و ذیل فرمایش مرحوم ایروانی را نفهمیدیم. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی نقد مرحوم ایروانی بر فرمایش شیخ در قبول متقدم ۹۲/۰۲/۰۴

.Your browser does not support the audio tag

بررسی نقد مرحوم ایروانی بر فرمایش شیخ در قبول متقدم مرحوم ایروانی در عبارتی که داشتند، فرمودند که صغریاً و کبریاً کلام شیخ تمام نیست. شیخ هم فرموده بود که در قبول متقدم شخص این قصد را ندارد که از همان وقت، نقل بالفعل باشد و آنچه که به حسب کبرای کلی معتبر است، این است که باید نقل فی الحال باشد و در قبول متقدم چنین چیزی وجود ندارد، پس بنابراین قبول متقدم صحیح نیست. مرحوم ایروانی میفرماید که کبریاً اصلاً نقل فی الحال لازم نیست و علاوه بر این اگر هم چنین چیزی لازم باشد، در اینجا هم نقل فی الحال وجود دارد. تعبیر ایشان اینطور است که ما میتوانیم بگوییم که منشأ ما نقل فی الحال میتواند باشد، ولی از ذیل عبارت ایشان استفاده میشود که ایشان منشأ را نقل فی الحال نمیدانند، بلکه منشأ را نفس نقل میدانند، منتهی با انشاء نقل بدون قید، وجود خارجی منشأ فی الحال محقق میشود. میشود گفت که ایشان اینطور تصور کرده است و ممکن است که در اینجا مسامحهای واقع شده باشد و مراد ایشان

ص: ۷۲۶

این باشد که بعد از انشاء یک شیء، آن شیء فی الحال واقع بشود. البته تعبیر ایشان قاصر است، ولی اصل مطلب درست است که اگر کسی انشاء کرد و قید فی الحال را نکرد، در حال واقع میشود و بر این اساس بین صدر و ذیل عبارت ایشان توافق حاصل میشود، زیرا ایشان به یک نکته‌های اشاره کرده است که بعداً شیخ در بحث فضولی به آن میپردازند. یک از مباحثی که در بیع فضولی وجود دارد، عبارت از این است که آیا اجازهی مالک کشف است و ما باید قائل به ملکیت از اول انشاء فضولی بشویم، یا اینکه نقل است و باید از زمان اجازهی مالک، برای طرف مقابل قائل به ملکیت بشویم؟ بعضیها اینطور تقریب کرده‌اند که اجازهی مالک جنبهی کشفی دارد و باید از اول قائل به ملکیت بشویم، زیرا اجازه باید به همان انشائی که فضولی کرده است میخورد و الا اگر فضولی یک چیزی را انشاء کرده باشد و مالک هم با چیزی دیگری موافقت نکند، فایده ندارد و چون شخص فضولی قبلاً انشاء ملکیت کرده است، اجازهی مالک هم باید به همان انشاء بخورد. پس در نتیجه باید قائل به این بشویم که از همان اول ملکیت برای طرف مقابل حاصل میشود. در مقابل این نظر شیخ میفرماید که این مطلب و این تقریب صحیح نیست، زیرا وقتی شخص تملیک میکند، قید فی الحال در تملیکش وجود ندارد و اصل ملکیت و معاوضه را انشاء میکند، وقتی هم که مالک اجازه میدهد، اصل تملیک را اجازه میدهد. قهراً اگر به صورت مطلق اجازه داده بشود، این اطلاق اقتضاء

ص: ۷۲۷

میکند که همان در ظرف اجازه باشد و اتحاد داشتن اجازه و اصل عمل اقتضاء میکند که قید «از اول» وجود نداشته باشد، زیرا انشاء فضولی هم تملیک از اول نیست، بلکه اصل التملیک است و اجازه هم باید به اصل تملیک بخورد که در نتیجه ناقل خواهد بود نه کاشف. مرحوم ایروانی هم در ذیل عبارت میفرماید که اگر ما دلیلی داشته باشیم که وقتی شخص انشاء میکند، بعد از انشاء نقل فی الحال واقع بشود، کفایت میکند و در اینجا هم مانعی وجود ندارد که چنین معنایی را در نظر بگیریم و لازم نیست که قید فی الحال در انشاء وجود داشته باشد. البته بنده یک عرضی در اینجا نسبت به فرمایش شیخ دارم و آن این است که این امکان وجود دارد که شخص انشاء بکند و مُنشأ او استقبالی باشد مثل وصیت که شخص ملکیت بعد الوفاه را تملیک میکند و چنین چیزی اشکال ندارد و مُنشأ او هم قبل از وفات وجود خارجی پیدا نمیکند و وجود خارجی این امر اعتباری (معتبر) بعد از وفات است، نه قبل از وفات. حال بحث ما در این است که وقتی شخص فضولی یا غیر فضولی میگوید: بعثت هذا بكذا، آیا این انشاء مهمل است؟ یعنی نظر مُنشئ بر این است که این تملیک در زمانی از ازمینه ملک طرف بشود و لو بعد از وفات یا بعد از ده سال؟ یا اینکه نظر او این است که از همین زمان انشاء ملک طرف باشد و بلااشکال مراد اینطور نیست که انشاء منشی اقتضای هیچ چیزی را نداشته باشد و اگر از او بپرسند

که چه چیزی را قصد کرده است، بگوید که باید فکر بکنم تا بینم چه چیزی را قصد کرده‌ام! پس بنابراین اینطور نیست که انشاء شخص مهمل مهمل باشد و هیچ چیزی در نظر گرفته نشده باشد و بالارتکاز باید یک قیودی در آن اخذ شده باشد و اینطور نیست که بگوییم هیچ قیدی در کار نیست، بلکه قیدی در کار هست، زیرا ارتکازاً چنین چیزی وجود دارد. (التبه ممکن است در خیارات قائل به این بشویم که شخص قصد بکند که بر از گذشتن زمان خیار ملکیت باشد) بنابراین اگر بخواهیم که بین انشاء موجب و قبول توافق وجود داشته باشد، باید همانطوری که او قصد کرده، این هم قصد کرده باشد. این عرضی بود که ما داشتیم و بعداً هم شاید یک دنباله‌های داشته باشد. پرسش: صحیح در فضولی چی هست؟ پاسخ: ممکن است که در فضولی نظر صحیح همان کشف باشد و آن کسی که فضولتاً میفروشد، اگر از او پرسند که به چه صورتی فروخته‌ای؟ بگوید که از همین زمان انشاء ملکیت طرف مقابل را در نظر گرفته است، نه اینکه انشاء او مهمل باشد و در نتیجه با موافقت مالک نسبت به انشاء فضولی، ملکیت از همان ابتداء حاصل شده است. بحث دیگری در اینجا وجود دارد که خیلی روشن نیست که مقصود شیخ چیست و ما سر در نیاوردیم که آقایان در این باره چه میفرمایند و مقصودشان چیست چون عبارات ظاهر التناقض است، بخصوص عبارت شیخ. بحث عبارت از این است که در باب بیع اگر موجب و قابل هیچ نظری نسبت به یکدیگر نداشته باشند، آیا بیع

عرفی محقق میشود یا نه؟ مثلاً اگر شخص بگوید: «تملک» به دو صورت میشود فرض کرد که یک فرض عبارت از این است که شخص اصلاً نظری به اینکه یک تملیکی از طرف مقابل واقع بشود، ندارد و برای خودش ولایت فرض کرده، از طرف دیگر وقتی هم مالک میگوید: ملک، هیچ توجهی به اینکه طرف مقابل چیزی گفته است، ندارد و یا اصلاً کلام او را نشنیده است و خلاصه اینکه هیچ توجهی ندارد. بحث در این است که در چنین فرضی که هیچکدام قبول دیگری نیست، نه متقدم قبول متأخر است و نه متأخر قبول متقدم، در چنین صورتی که هر دو طرف مستقلاً و بدون التفات به نقل دیگری انشاء کردهاند، آیا بیع عرفی واقع میشود یا نه؟ مشکل است که ما چنین چیزی را صحیح بدانیم، ولی کلمات شیخ روشن نیست که صحیح میدانند یا نه. یک فرض روشن این است که شخصی بگوید: بعث، طرف مقابل هم بگوید که خریدم و معمول خریدنها با توجه به فروختن دیگری است و این بدون تردید در صدق بیع عرف کفایت میکند در عین حالی که عرف در اینجا «خریدم» را به عنوان امضاء «فروختم» تعبیر میکند. اما گاهی شخص میگوید: فروختم، بدون اینکه توجه به طرف مقابل داشته باشد و یا طرف مقابل میگوید: خریدم، بدون اینکه توجهی به انشاء طرف مقابل داشته باشد که در اینجا خیلی روشن نیست که چنین چیزی در بیع کفایت بکند. پرسش: به عنوان بیع؟ پاسخ: بله به عنوان بیع و به نظر میرسد که بیع نیست، اما اگر استقلالاً هیچ توجه به دیگری ندارند و



هر کدام بدون توجه یک چیزی می گویند، باید با یک ادله ای اثبات کرد که صحیح است یا نه. البته اگر کسی بگوید: «تملک» و طرف مقابل هم با توجه به این انشاء، بگوید: فروختم، به نظر ما بیع واقع شده است، منتهی همان انشاء قبلی ایجاب است و کار مشتری در اینجا ایجاب است و کار بایع قبول و در حقیقت مشتری ایجاب کرده است و بایع هم انشاء او را قبول نموده است. و به نظر میرسد که این فرض صحیح باشد، اما در صورتی که هیچ توجهی از هیچ طرف نباشد، به نظر میرسد که در صدق بیع کفایت نمیکند. خلاصه اینکه کلام شیخ در اینجا خیلی روشن نیست. ایشان میفرماید که اگر کسی متأخر از ایجاب، تملک بگوید، عرفاً امضاء ما سبق و رضایت به فعل او استفاده میشود، ولی در متقدم استفاده نمیشود. از کلام شیخ اینطور استفاده میشود و به نظر ما هم از متقدم استفاده نمیشود که امضاء متأخر باشد، ولی ممکن است که از متأخر اینطور استفاده بشود که امضاء متقدم است، ولی کلام شیخ در اینجا مندمج است و هر چه که ما از اول تا آخر کلام ایشان را نگاه میکنیم طوری بحث شده است که ظاهر التناقض است و از طرفی هم نمیشود چیزی که بدیهی التناقض است را به کلام شیخ نسبت داد و آقایان در کلام شیخ توجه بکنند، شاید معنایی از کلام ایشان فهمیده بشود. شیخ در ردّ بعض المحققین که میگویند سید بحر العلوم است - در ابتداء میفرماید که رضایت به امر متأخر اگر اجماعی باشد، مانع ندارد که بگوییم در بیع کفایت

میکنند، بعد ایشان سخت تعقیب میفرماید که این حرف فاسدی است، ولی در اواخر بحث که میخواهد بحث را تمام بکند، میفرماید که باید انشاء نقل بالفعل باشد، ولی بعد این مطلب را رد کرده و میفرماید که رضایت متأخر کافی نیست، ولی در آخر میگوید که در معاملهی بیعی یکی از این دو چیز باید وجود داشته باشد: یا انشاء نقل و یا رضایت به انشاء متأخر و یکی از این کفایت میکند و خلاصه اینکه ما نمیفهمیم که این دو چطور با هم حل میشود و آقایان به این مطلب توجه داشته باشند. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## بررسی صور تقدم قبول ۹۲/۰۲/۰۷

Your browser does not support the audio tag

بررسی صور تقدم قبول شیخ بحثی را مطرح کرده بود که برای ما مفهوم نشد و اشارهی مختصری به مطلب ایشان میکنیم و بعد به سراغ مسئلهی بعدی میرویم. ایشان از بعض المحققین \_ که مراد کاشف الغطاء است \_ در شرح قواعد مطلبی را نقل میکند که مفتاح الکرامه هم همین مطلب را از بعض اساتیدش \_ که مراد همین کاشف الغطاء است \_ کمی ناقصتر از نقل شیخ، نقل کرده است. کاشف الغطاء میفرماید قبول که اظهار رضایت نسبت به یک شیء است، هم نسبت به حال، هم نسبت به استقبال و هم نسبت به ماضی واقع میشود و هم انشاء و هم اخباراً نسبت به ازمندی ثلاثه محقق میشود و اگر دلیلی مانند اجماع بر عدم وقوع بیع با «قبلت» متقدم نداشتیم، باید بگوییم که انشاء قبول به این صورت اشکالی ندارد. البته ایشان این مطلب را با تردید ذکر کرده و میفرماید که قاعده اقتضاء میکند که

ص: ۷۳۲

مطلق قبول متقدم جایز باشد، مگر اینکه اجماعی قائم بشود که قبول متقدم با «قبلت» صحیح نیست. این تعبیر «حتی با قبلت واقع میشود، مگر اینکه اجماعی در کار باشد» را شیخ از کاشف الغطاء نقل کرده است، ولی در نقل مفتاح الکرامه این قسمت نقل نشده است و خلاصه اینکه کاشف الغطاء میفرماید که طبق قاعده قبول متقدم صحیح است و شیخ در جواب ایشان میفرماید که این حرف فاسد است، زیرا در بیع صرف رضا به زمانیاتی که در ازمندی ثلاثه وجود دارد، کافی نیست و بیش از این مقدار معتبر است و وقتی شخص بیع میکند، باید انشاء نقل حالی بکند، (اینکه شارع امضاء بکند یا نکند، بحث دیگری است) از نظر انشاء باید انشاء نقل حالی بکند. نسبت به این مطلب ابتداءً یک اشکال واضحی به نظر میآید که در قبول متقدم نقل حالی وجود ندارد و نقل بعداً واقع میشود، زیرا این انشاء متقدم صلاحیت برای نقل ندارد و به درد بیع نمیخورد، چون باید ایجاب و قبول به همدیگر بچسبند و اگر کسی بخواهد با قبول متقدم نقل حالی بکند، امر لغو و بیهوده‌ای است. پس بنابراین برای لغو نبودن نقل حالی، باید «قبلت» متأخر از ایجاب باشد. این بیان ابتدائی شیخ است. اشکال دیگری که به نظر میرسد این است که اگر مراد از حال عبارت از حال تقارن عرفی باشد، هم در قبول متقدم و هم در قبول متأخر تقارن عرفی وجود دارد، اما اگر مراد حال دقی باشد، در قبول متأخر هم بین ایجاب و قبول یک مقدار فاصله وجود دارد، در حالی که بالاتفاق این

ص: ۷۳۳

فاصله در قبول متأخر اشکالی ندارد. برای حل این اشکال ممکن است نظر شیخ را اینطور بیان کنیم (ولو این مطلب با برخی جاهای دیگر سازگاری ندارد) که وقتی کسی انشاء میکند، آن‌ما انشاء نمیکند، بلکه یک انشاء مستمر انجام میدهد و هم زمان حال و هم بعد از زمان حال، همه داخل در مُنشأ است و وقتی قبول واقع میشود، به آن ملکیت انشائی که به وسیلهی ایجاب حاصل شده است، تعلق میگیرد و قهراً توافق بین قبول و ایجاب واقع میشود، ولی در قبول متقدم چنین چیزی وجود ندارد، زیرا ایجاب بعد از قبول واقع میشود و قهراً باید در یک لحظه بین ایجاب و قبول تطبیق حاصل شود که در قبول متقدم، ایجاب و قبول بر هم منطبق نمیشوند، ولی در قبول متأخر، ایجاب و قبول بر هم منطبق میشوند. میتوانیم بگوییم که شیخ چنین چیزی را میفرماید و در نتیجه نقض وارد نیست و این اشکال را اینطور حل بکنیم. اما بحث دیگر این است که به چه دلیل باید انشائی که واقع میشود، انشاء نقل فی الحال باشد و چنین شرطی از کجا آمده است؟ البته این بحث شامل نقل بعد از وفات و امثال آن نمیشود، اما در صورتی که تقارن عرفی هم وجود دارد، چرا چنین انشائی به درد نمیخورد و جایز نمیشود؟ شیخ در اینجا هیچ بیانی ذکر نکرده و هیچ وجهی برای این مطلب بیان ننموده است و خلاصه اینکه ما این بیان ایشان را نمیفهمیم. شیخ در قبول متقدم به سه صورت اشاره کرده است که در سایر کتب هم همین سه صورت مُعنون

است و یکی از این صور عبارت از این است که شخص بگوید: این شیء را به من بفروش، طرف دیگر هم بگوید: فروختم. باید بینیم که آیا همین مقدار در وقوع بیع و شراء کفایت میکند و بیع به این صورت صحیح است یا نه؟ بدون تردید قدماء تا زمان شهید ثانی وقوع بیع به این صورت را صحیح نمیدانستند. کتاب هایی که در دسترس بنده بوده و چنین صورتی را جایز نمیدانستند عبارت از این کتب میباشند: خلاف، بیع مبسوط، یک جای مهذب که با یک جای دیگرش هم قابل جمع است، غنیه، سرائر، اصباح، شرایع، قواعد، تذکره، مختلف، تحریر، نهاییه الاحکام، تلخیص، (که این کتاب های علامه است) ایضاح، شرح ارشاد فخر المحققین و عدهی دیگری از کتب که بنده فهرستشان را در اینجا نوشتهام و چنین صورتی را \_ که به نحو استیجاب است \_ جایز نمیدانند. البته بعضی از کسانی که قائل به عدم جواز شدهاند، این استیجاب را قبول ندانستهاند، بلکه کاشف از رضا دانستهاند و بر همین اساس حکم به بطلان کردهاند، اما عدهی دیگری از بزرگان چنین چیزی را قبول به حساب آوردهاند، ولی گفتهاند که چنین قبولی حجت نیست. خلاصه اینکه تمام سابقین این فرض را جایز ندانستهاند و تنها کسی که جایز دانسته است، شیخ طوسی در باب نکاح است، نه در باب بیع که میفرماید: عندنا مسئله چنین است، و ظاهر این کلام ایشان این است که عند الامامیه اینطور است. این اشکال به شیخ وارد است که این چه «عندنا» بی است که هیچ کس قبلاً متعرض آن نشده است و متأخرین از ایشان هم

آن را قبول نکرده‌اند و حتی خود شیخ در کتاب بیع قائل به خلاف این مطلب شده است. بعضیها گفته‌اند که مهذب و کامل ابن براج قائل به صحت این صورت شده‌اند، اما در نقل قول مهذب، مختلف اشتباه کرده است و ابن براج هم به تبع مختلف اشتباه کرده است، زیرا مهذب در یک جا تصریح به عدم جواز کرده و در یک جا هم تعبیر آورده است که موهم خلاف است و این تعبیر با آنجایی که تصریح به خلاف کرده است، منافاتی ندارد. از طرف دیگر کامل ابن براج هم در دست ما نیست و احتمال می‌دهیم که در نقل از ایشان هم مثل مهذب اشتباه شده باشد و خلاصه اینکه ما تا اواخر کسی را پیدا نکردیم که قائل به جواز قبول متقدم به این صورت باشد. اگر کسی این شهرت‌ها را از باب انسداد یا به هر دلیلی کافی بداند، بسیار خوب است، ولی ما کافی نمی‌دانیم و لو اینکه قائل به انسداد باشیم، زیرا این شهرت‌هایی که ادله‌ی آن هست و قبل از آن هم کسی متعرض این مسئله نشده است، دلیلی بر حجیت چنین شهرتی نداریم. اما بنای عقلاء چنین صورتی را کافی میدانند و درست است که وقتی شخص می‌گوید: یعنی، انشاء قبول نیست، ولی انشاء طلب است و کاشف از رضایت شخص به نقل و انتقال می‌باشد و بنای عقلاء همین مقدار را در بیع کافی میدانند که شخص ایجاب بکند و طرف مقابلش هم با یک جمله‌ی موافقت خودش را با ایجاب او ابلاغ بکند و لو اینکه این ابلاغ موافقت انشاء قبول نباشد، بلکه

انشاء طلب باشد و از آن کشف رضایت بکنیم. پس اگر فتاوی نباشد، همین بنای عقلاء برای صحت این فرض کفایت میکند. شیخ هم در آخر مطلب میفرماید که یا باید نقل فعلی باشد و یا رضایت به انشاء طرف مقابل که هر دو کفایت میکنند. پس بنابراین به نظر میرسد که چون ما دلیلی بر بطلان نداریم، حکم به صحت میکنیم. پرسش: ... پاسخ: عموماً موافق با بنای عقلاء وجود دارد و این مسئله با اینکه محل متعارف بوده است، ولی اصلاً در سابق عنوان نشده است و قاعده‌ی اولی و عموماً اقتضاء میکند که صحیح باشد. اگر شرع یک حکم تازه‌ای آورد، باید ذکر بشود، «لو کان لبان» و چنین چیزی ذکر نشده است و دلیل معتنیه برای بطلان این صورت ذکر نشده است و فقط گفته شده است که این صورت، انشاء قبول نیست. اگر انشاء قبول هم نباشد، چرا بگوییم که کفایت نمیکند؟! پرسش: ... پاسخ: عقلاء هم معاطاه را قبول دارند و هم اینکه بگویند: آقا این جنس را بفروش، طرف مقابل هم بگوید: فروختم، و این را کافی میدانند. پرسش: ... پاسخ: عقلاء هم بیع بالصیغه را کافی میدانند، هم معاطاه را و هم این فرضی را که مورد بحث است. پرسش: فرض مسئله این است که وقتی «بعنی» میگوید، ثمن و ثمن را ذکر کرده است؟ پاسخ: بله می گوید شما این را به این قیمت بفروش، او هم می گوید من هم به همین قیمت فروختم به شما. پرسش: اگر نگفته نباشد چطور؟ پاسخ: نه، آن مشکل است، چون نمیدانیم وقتی میگوید: بفروش، به چه مقدار راضی است و مورد بحث هم

عبارت از این است که تصریح به خصوصیات شده باشد و این فرض از جهت عقلانی کافی است. پرسش: اگر ثمن را ذکر نکنند، منصرف به ثمن المثل است. پاسخ: اگر ذکر نشود، باطل است، نه ثمن المثل، زیرا مسئلهی غرر در باب بیع باطل است، نه اینکه صحیح باشد و به ثمن المثل رجوع شود. اینجا را با باب نکاح اشتباه نکنید، زیرا ربطی به هم ندارند. اینها جزء ارکان عقد است. پرسش: آیا صورتی که استفهامی باشد، همین حکم را دارد؟ پاسخ: نه، دلالت به امضاء نمیکند. پرسش: «أتبعنی بكذا». پاسخ: نه، در آنها شبهه کرده اند و می گویند که گاهی شخص می خواهد امتحان کند و ببیند که طرف مقابل حاضر می شود به او بفروشد یا نه و در دلالت و کشف از رضایت یک قدری شبهه کرده اند. و اما صورت دیگر در جایی است که قبول متقدم با «قبلت» واقع بشود، که نسبت به این صورت بالصراحه در بین قدماء کسی قائل به صحت نشده است و تا اواخر هم صریحاً کسی را پیدا نکردیم که قائل به صحت شده باشد، ولی بعید نیست که از کلمات محقق و عدهی دیگری که تقدم قبول بر ایجاب را صحیح میدانند، استفاده بکنیم که قبول با «قبلت» هم صحیح می باشد، و لو بعضی ادعاء کرده اند که کأن بلاخلاف اگر قبول متقدم با «قبلت» باشد، صحیح نیست. از کلمات برخی مانند صاحب مفتاح الکرامه این عدم الخلاف استفاده میشود و کأن به طور مسلم تقدم قبول با «قبلت» را صحیح نمی باشد. ولی ممکن است که بگوییم صحت تقدم قبول، شامل این فرض هم میشود، زیرا فرد

مسلم قبول همین «قبلت» می‌باشد. وقتی \_ مثلاً \_ گفته میشود «أشتری منك كذا» یا «اشتریت منك كذا»، یعنی من از تو این مقدار را خریدم، اینها ملحق به قبول است و قبول عبارت از «قبلت» می‌باشد. علامه هم در نهاییه الاحکام می‌فرماید که قبول چیزی است که ابتداء به آن صحیح نباشد و الفاظی مانند «اشتریت منه كذا» ملحق به قبول است، زیرا می‌شود انسان ابتداءً این لفظ را بگوید، ولی قبول واقعی عبارت از همان «قبلت» می‌باشد. خلاصه اینکه در صورت اطلاق کلمهی قبول، اظهار افرادش «قبلت» می‌باشد، اگر الفاظ دیگر را هم مصداق قبول بدانیم، مصداق اظهارش عبارت از «قبلت» است. البته مرحوم محقق و امثال ایشان اشاره‌ای به این مسئله ندارند، ولی تقدم قبول با «بعنی» را قبول نمیکنند و به طور کلی تعبیر می‌فرمایند که قبول متقدم اشکالی ندارد. عده‌ای دیگری هم بعد از ایشان قائل به این مطلب شده‌اند. بعضیها هم از اینکه ابوالصلاح در کافی شرایط بیع را هشت مورد دانسته و تقدیم ایجاب بر قبول را ذکر نکرده است، صحت این فرض را استفاده کرده‌اند. یک بحث دیگر این است که اگر کسی گفت: «اشترت منه كذا»، باید بینیم که آیا این تعبیر انشاء قبول است، یا ایجاب متقدم و به عبارت دیگر آیا این ایجاب مشتری است، یا قبول متقدم مشتری؟ پس کلمات بزرگانی مثل محقق و عده‌ای دیگر که تقدم قبول را صحیح میدانند، شامل «قبلت» هم میشود و از نظر عرفی هم چنین چیزی غلط نیست و انسان میتواند نسبت به قبول امری در ازمنهی ثلاثه تصریح بکند و بگوید: من چیزی را که



بعداً خواهی گفت را قبول دارم. پرسش: آیا ثمن و مثنی مشخص نیست؟ پاسخ: نه، ثمن و مثنی قبلاً مشخص شده است و شخص میگوید که این ایجابی را که تو نسبت به فروش این شیء به این قیمت خواهی داشت را قبول کردم. همهی قیودش را ذکر میکنند و قاعدتاً باید چنین چیزی جایز باشد. البته چنین مواردی کمتر اتفاق میافتد و متعارف نیست، ولی بگونهای نیست که عرف آن را تحاشی بکند و بگوید که من این فرض را باطل میدانم. به ادلهی عامه مانند «أحل الله البيع» و سایر عمومات هم میشود تمسک کرد. اما اینکه شیخ در بین فروض مسئله قائل به این شده است که در تمام صور باید طرفین رضایت داشته باشند و متوجه به طرف مقابل باشند و رضایت به صرف منشأ \_ همانطور که آقای ایروانی هم گفته است \_ کفایت میکند، چنین چیزی درست نیست و با توجه به اینکه بیع از عقود است، باید توافق وجود داشته باشد و اگر کسی مبادلهی خودش را انجام بدهد و هیچ توجهی به مبادلهی طرف مقابل نداشته باشد و طرف مقابل هم همینطور باشد، این قرارداد بستن نیست و قرارداد با توافق طرفین است و دو طرف باید متوجه باشند که او این را قبول دارد و این هم آن را قبول دارد و در تمام اقسام باید این معنی وجود داشته باشد. اگر چنین توافقی نباشد، ممکن است آن را معاملهای دیگر و صحیح بدانیم، ولی بیع نیست، زیرا بیع قرارداد طرفینی است و احکام خاصهای هم دارد. پرسش: «اشتریت» و «بعت» را ما قبول متقدم می دانیم

یا ایجاب متقدم؟ پاسخ: بعید نیست که ایجاب متقدم باشد. محقق اردبیلی آن را ایجاب متقدم می داند و بعید نیست که ایجاب متقدم باشد. شخص میگوید: من خریدم، او هم می گوید: من هم قبول کردم. همین الان تعبیر شد که هر کدام ابتداءً ابراز می کنند، موجب است و آن کسی که امضاء می کند، قابل است، منتهی گاهی بایع امضاء میکند و گاهی هم مشتری امضاء میکند، ولی متعارفاً در نوع موارد مشتری امضاء میکند، اما در برخی موارد هم بایع میگوید: من خریدم، طرف مقابل هم میگوید که من هم این خرید تو را قبول کردم. پرسش: زمان انتقال از زمان ایجاب واقع می شود؟ پاسخ: نه از زمان قبول که جزء اخیر علت تامه حاصل میشود. از این زمان نقل و انتقال مورد قبول شرع واقع میشود و به نحو شرط متأخر نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی کلام شیخ طوسی در تقدم قبول - اعتبار موالات در ایجاب و قبول ۹۲/۰۲/۰۸

Your browser does not support the audio tag.

بررسی کلام شیخ طوسی در تقدم قبول - اعتبار موالات در ایجاب و قبول شیخ راجع اجماعی که از خلاف در مسئلهی تقدیم قبول بر ایجاب نقل شده، میفرماید: از مثل شهید اول و شهید ثانی جای تعجب است که به این اجماع درست توجه نکرده و گفتهاند که این اجماع بر بطلان تقدم قبول بر ایجاب است، در حالی که مراد این است که بر صحت صورت تقدیم ایجاب اجماع داریم و نسبت به صورت تقدیم قبول اجماع نداریم و اصل اقتضاء بطلان میکند. خلاصه اینکه ایشان برای بطلان به اصل تمسک کرده است نه به اجماع. بعد شیخ میفرماید که این چیزها منشأ سست شدن اعتبار اجماع منقول میشود و نظائر این

ص: ۷۴۱

مورد هم خیلی بوده است. مرحوم ایروانی هم یک مطلبی اضافه کرده و میفرماید: اطلاق عبارت «الاجماع علی صحه» ما عدای استیجاب و ایجاب اقتضاء میکند که تقدم قبول صحیح باشد و در قبولهای دیگر مثل «قبلت» و «اشتریت» اجماع بر صحت باشد و این آقایان اجماع بر بطلان را از کلام شیخ طوسی استفاده کردهاند. این فرمایش ایشان یک قدم بالاتر از کلام شیخ است. شیخ میفرماید که یک مسئلهای که لادلیل است، اجماعی خیال شده است، ولی ایشان میگوید: اطلاق عبارت اقتضاء میکند که دلیل برای صحت ما عدای استیجاب و ایجاب داریم، نه دلیل بر بطلان تقدم قبول. ولی هر دو مطلب اشتباه است و فرمایش مرحوم ایروانی اشتباه فاحش است. عبارت خلاف این است که استیجاب و ایجاب تنها به درد نمیخورد، مگر اینکه بعد از آن «قبلت» گفته شود. شخص میگوید: این شیء را به من بفروش، طرف مقابل هم میگوید: فروختم، و بعد او میگوید که قبول کردم. در صورتی که بعداً «قبلت» گفته شود، اتفاق بر صحت وجود دارد، ولی اگر اقتضای استیجاب و ایجاب شده باشد، دلیلی بر صحتش نداریم. پس مراد از «ماعدا» صورتی است که بعداً «قبلت» گفته شود و اجماع بر صحت این صورت داریم و اینطور نیست که «ماعدا» ناظر به موارد دیگر تقدم قبول باشد. اگر عبارت خلاف را ببینید، صریح در این مطلب است و جای تأمل ندارد. و اما مطلبی که شهید اول فرموده است، اشتباه نیست و شیخ درست تأمل نکرده و قبل از ایشان هم مفتاح الکرامه کلام شهید اول را اشتباه فهمیده است. شهید اول نمیخواهد بگوید که

ص: ۷۴۲

شیخ طوسی دو دلیل بر مطلب آورده است که یک دلیل اجماع بر بطلان و دیگری دلیل اصل باشد، بلکه شهید اول میگوید که دلیل شیخ طوسی ملفق از اجماع و عدم الدلیل است، زیرا ایشان میخواهد بین دو صورت فرق بگذارد، یک صورت، صورتی است که متعقب به قبول باشد و یک صورت، صورتی است که فقط استیجاب و ایجاب است و بعد از آن قبولی واقع نشود. ایشان میگوید: صورتی که متعقب به قبول است، واجب است و صورتی که متعقب به قبول نیست، مشکوک است و اصل اقتضای بطلان میکند. شهید اول نمیخواهد بگوید که شیخ طوسی دو دلیل برای مطلب بیان کرده است، بلکه ایشان بین دو صورت فرق گذاشته است و در یک صورت اجماع بر صحت داریم و در یک صورت اصل اقتضای بطلان میکند. شهید اول همین مطلب را میخواهد بیان بکند، منتهی اگر کسی اصل کتاب خلاف را ندیده باشد، تعبیر شهید که فرموده است: «استدل بالاجماع و عدم الدلیل» هم صلاحیت دارد که اینطور برداشت بشود که به دو دلیل استدلال شده است و هم صلاحیت این برداشت را دارد که ترکیب بین الدلیلین است. شهید ثانی هم به اصل کتاب مراجعه نکرده است و این تعبیر را با عجله نگاه کرده و خیال کرده است که مراد استدلال به دو دلیل است و گفته است که شیخ ادعای اجماع کرده است، و الا- شأن این بزرگواران اجل از این است که در چنین مواردی اشتباه بکنند. شهید ثانی در خیلی موارد مستقیماً به اصل مطالب مراجعه نداشته است و به کلمات شهید اول یا محقق

کرکی اتخاذ میکرده است. پس اینطور نیست که شهید اول با آن جلالت در چنین مواردی اشتباه بکند و بعد شیخ اینطور نتیجه‌گیری بکند که این اجماع منقولها قابل اعتناء نیست! این بحث دیگر تمام است. بحث دیگر راجع به اعتبار موالات بین ایجاب و قبول است. شیخ انصاری از عده‌ای از علماء و از شهید اول در قواعد اعتبار و اشتراط موالات رانقل میکند. ایشان به صورت مفصل عبارت شهید اول را نقل کرده و میفرماید که محصل مطلب عبارت از این است که چون بیع یکی از عقود است و عقد قرارداد بین طرفین است، به حسب عرف متعارف یک نحوه وحدت اتصالی در آن وجود دارد و کآن به منزله‌ی یک کلام واحد به حساب می‌آید، زیرا وقتی طرفین می‌خواهند با هم قراری داشته باشند، موالات معتبر است و اینطور نیست که یکی امروز چیزی بگوید و دیگری هم فردا چیزی بگوید، این قرارداد نیست و در قرارداد یک نحوه وحدت اتصالیه عرفیه معتبر است و ادله‌ی «أوفوا بالعقود» چنین چیزی را اقتضاء میکند که قراردادهایی صحیح باشد که یک نحوه اتصال عرفی در آن وجود داشته باشد. بعد ایشان میفرماید که اگر ما دلیل بر ملکیت یا لزوم در بیع را «أوفوا بالعقود» بگیریم، عقد می‌گوید که اتصال عرفی معتبر است، اما اگر «احل الله البيع» یا «تجاره عن تراض» را دلیل بگیریم، دیگر این اتصال عرفی از آن استفاده نمیشود و کآنه مثبتین هم هست. البته «أوفوا بالعقود» دلیل نسبت به صورتی که موالات نداشته باشد، نیست و چنین مفهومی ندارد که حکم به بطلان این صورت بکند. ممکن هم هست

که کسی بگوید که اطلاق «احل الله البيع» اقتضاء میکند که موالات معتبر نباشد، زیرا در مفهوم بیع ایجاب و قبول نخواهیده است، بر خلاف عقد که در مفهومش چنین چیزی هست. البته این اطلاقگیری از آیات متوقف بر این است که مراد از بیع را فعل بایع بدانیم، نه امر مرکب و معاملهی طرفینی. مراد از تجارت را هم گفتن «بعث» و امثال آن بدانیم. در این صورت میتوانیم بگوییم که اطلاق این آیات اقتضاء میکند که موالات و توالی معتبر نباشد، مگر مقداری که دلیلی بر بطلانش وجود داشته باشد. اما ظاهر از بیانات آقایان این است که در بیع عنایتی بر فعل بایع نیست، بلکه مراد از بیع همین معاملهی طرفینی است که بین دو نفر واقع میشود و خداوند همین را حلال کرده است. «تجاره عن تراض» هم همین است و انشاء یک طرفی مراد نیست و در این صورت این آیات اطلاقی نخواهد داشت تا به آن تمسک بشود و قهراً مفاد «احل الله البيع» و «أوفوا بالعقود» از نظر اتصال و انفصال یک چیز خواهد بود. پرسش: ... پاسخ: عرض ما این است که چرا شیخ بین این دو فرق گذاشته است و فرق در صورتی است که مراد از بیع عبارت از فعل بایع باشد، ولی جهتی ندارد که نظر قرآن بر فعل بایع باشد و هم بایع و هم مشتری نقش در معامله دارند. پس مراد از بیع معنای خرید و فروش است و «احل الله البيع» هم به همین معاملهی خاصه اشاره میفرماید. نسبت به بعضی از قرضها میفرماید که باطل است و بیع صحیح است و

همین معامله‌ی طرفینی مراد از بیع است، پس قهراً «أوفوا بالعقود» و «أحل الله البيع» هر دو یک جور خواهد بود و از این ناحیه هیچ فرقی بین این دو وجود ندارد. پرسش: ... پاسخ: می‌گوییم مراد از بیع انشاء نیست، چون بیع هم به معنای معامله‌ی بین طرفین است و هم به فعل بایع گفته می‌شود. پرسش: طرفین انشاء می‌کنند. پاسخ: می‌دانم، می‌گوییم «أوفوا بالعقود» هم همین جور است. عرف متعارف می‌گوید اگر دو طرف بخواهند با هم قراری داشته باشند، رسم قرار این است که به نحو متصل باشد و در این مطلب «أحل الله البيع» مثل «أوفوا بالعقود» است. مرحوم آقای ایروانی در بیان فرق بین «أوفوا بالعقود» و «أحل الله البيع» می‌فرماید که وقتی شخص موجب انشاء می‌کند، این انشاء نسبت به زمان خودش است و اگر قابل توالی نداشته باشد، تطابق بین ایجاب و قبول که شرط در تحقق عقد است - محقق نمی‌شود. اگر شخص طرف مقابل را به صورت حالی مالک قرار بدهد و قبول بعد از آن واقع نشود و توالی وجود نداشته باشد، قهراً این ایجاب و قبول در دو زمان با فاصله واقع می‌شود که تطابق بین ایجاب و قبول محقق نمی‌شود. اما اگر شخص بگوید که من از همان وقتی که تو انشاء کردی، قبول کردم، نتیجه‌اش این می‌شود که ملکیت قبل از قبول حاصل شده باشد و این باطل است و تحقق قبول به نحو شرط متأخر کفایت نمی‌کند و موجب بطلان عقد است. پس بنابراین ایجاب و قبول باید اتحاد داشته باشند و موالات در این دو معتبر است. ایشان می‌فرماید کسی اشکال

نکند که در جایی هم که موالات وجود دارد، باز هم انشاء قبول یک مقداری با فاصله نسبت به ایجاب واقع میشود، زیرا عرفاً این مقدار فاصله اشکالی ندارد و به منزلهی وحدت است، بخلاف جایی که توالی به هم خورده باشد که دیگر وحدت عرفیه وجود نخواهد داشت و صحیح نیست. پس بنابراین برای اینکه عقد بر خلاف اجماع و مسلمات و بنای عقلاء نباشد، باید یک نحوه اتصالی بین ایجاب و قبول وجود داشته باشد. ایشان کلام شیخ را اینطور معنی کرده است و خواسته است که بین «أوفوا بالعقود» و «أحل الله البيع» به این بیان فرق بگذارد. البته خود ایشان مطلبی غیر از آنچه در اینجا فرموده است را از شیخ نقل و اختیار کرده است. ایشان در مسئلهی بیع فضولی میفرماید که اصل بیع تملیک است و قید «فی الحال» در اصل بیع وجود ندارد و «قبلت» به اصل التملیک میخورد. شیخ در کاشف بودن یا ناقل بودن اجازه مالک در مسئلهی فضولی میفرماید که قید «فی الحال» نه در ایجاب و نه در قبول در هیچکدام وجود ندارد و در هر دو اصل بیع که تملیک است، مورد نظر است. موجب اصل بیع را ایجاب میکند و قابل هم اصل بیع را قبول میکند و در نتیجه بین ایجاب و قبول تطابق وجود دارد. در باب فضولی که بین انشاء فضولی و اجازهی اصیل فاصلهی زیادی واقع شده است، باز هم حکم به صحت فرموده و میگوید که قید حال وجود ندارد تا اشکال عدم تطابق وارد بشود. مرحوم ایروانی هم این مطلب را در آنجا قبول کرده است،

پس اگر در اینجا فاصله واقع بشود، همانطور که در فضولی اشکالی نداشت، در اینجا هم نباید اشکالی داشته باشد. البته ما این مطلب را قبول نکردیم و عقیده‌ی ما این است که انشاء مهمله نیست، بلکه انشاء علی وجه الاطلاق است و این قرارداد انشائی تا زمان قبول ادامه دارد و اتحاد قضیه‌ی ایجاب و قبول خواهد بود و قهراً تطابق ایجاب و قبول به این مناط محقق خواهد شد، نه به مناط اهمال که بگوییم ایجاب و قبول مهمله است. پس بنابراین مطلقه است، نه مهمله و این اطلاق شامل مورد هم میشود و طرف مقابل قبول میکند و صحیح هم هست. پس بنابراین به نظر ما اگر بیع را به معنای معامله‌ی بین طرفین بدانیم، هیچ فرقی بین «أوفوا بالعقود» و «أحل الله البيع» وجود نخواهد داشت. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## اشراط تنجیز در صحت بیع ۹۲/۰۲/۰۹

Your browser does not support the audio tag.

اشراط تنجیز در صحت بیع شیخ از جماعتی نقل می‌کند که یکی از شرایط صحت بیع تنجیز است و بعد نتیجه-گیری می‌کند که مسئله اجماعی است و راجع به فروع مسئله بحث می‌کند. ایشان اصل تنجیز را به صورت فی الجمله اجماعی دانسته است و نسبت به فروع آن بحث می‌فرماید. شیخ می‌فرماید: بعضی‌ها گفته‌اند که تعلیق مستحیل است و اگر مرادشان این باشد که انشاء معلق باشد، این سخن درستی است و تعلیق در انشاء متصور نیست و انشاء قابل تعلیق نیست، ولی مورد کلام ما تعلیق انشاء نیست، بلکه تعلیقی که صحت یا عدم صحت آن مورد بحث است، تعلیق مُنشأ است، به این معنی که وقتی اعتبار حاصل می‌شود، آیا معتبر تعلیق پذیر است یا

ص: ۷۴۸

نه؟ پس بنابراین بحث در تعلیق معتبر است و تعلیق در معتبر و مُنشأ بلا اشکال جایز است و متعلق اعتبار انسان می‌تواند یک امر منجز یا یک امر معلق باشد و هر دو گونه امکان دارد و چنین تعلیقی در اوامر و معاملات کثیر است. مرحوم سید (صاحب عروه) در حاشیه می‌فرمایند: اینکه شما می‌گویید چنین تعلیقی در اوامر و معاملات کثیر است، این بر خلاف مبنای خودتان در اصول است. زیرا در اصول در بحث تعلیق در قضایای شرطیه بین شیخ و آخوند اختلافی وجود دارد. شیخ می‌فرماید که در قضایای شرطیه وجوب نمی‌تواند معلق باشد، بلکه واجب معلق است و شیخ در آنجا ادعای استحاله کرده است. بحث در این مسئله این است که آیا در امر تعلیق مال واجب است یا مال وجوب که شیخ می‌فرماید: تعلیق در وجوب محال است، ولی مرحوم آخوند در کفایه می‌فرماید که وجوب هم می‌تواند معلق باشد. مرحوم سید می‌فرمایند: شما که تعلیق در وجوب را مستحیل دانستید، چطور در اینجا می‌گویید که در تعلیق در اوامر کثیر است. این فرمایش شما با مبنای خودتان سازگار نیست. البته این اشکال سید وارد نیست، چون دو قسم اوامر داریم: یک قسم اوامری هستند که با هیئت امر مثل «اضرب» و امثال آن واقع می‌شوند، که شیخ در این نوع اوامر می‌فرماید که چون هیئت معنای حرفی است و در معنای حرفی قائل به تعلیق نیست، لذا اگر یک چیزی به وسیله‌ی هیئت واجب شده باشد، واجب معلق است، نه وجوبی که به وسیله‌ی هیئت امر حاصل شده است. اما اوامر منحصر به مواردی که با هیئت امر واقع

ص: ۷۴۹



شده باشد، نیست و برخی از اوامر با معنای مستقله انشاء شده است، مانند «کتب علیکم الصیام»، که این امر است، یا «آمرک بکذا»، یا «لولا- أن أشتق علی امتی لأمرتهم بالسواک»، یعنی آنها را امر می کردم، یا تعبیری مثل «فرض علیکم»، که از تمام اینها وجوب با معنای مستقله استفاده می شود، نه معنای حرفیه تا اشکال استحاله پیدا شود. مرحوم شیخ هم نمی فرماید که اوامری که به وسیله ی هیئت است، بلکه ایشان در مقابل نظر کسانی که گفته اند تعلیق در باب انشاء محال است، می فرمایند که در تعلیق در باب مُنشأ مورد بحث ماست و چنین تعلیقی در بسیاری از موارد واقع شده است مثل «فرض علیکم»، «کتب علیکم» و امثال آن. پس بنابراین این اشکال مرحوم سید بر شیخ وارد نیست که گفته شود: شما مبنای خودتان را فراموش کرده اید! مرحوم شیخ بعد از اینکه اقوال در مسئله را نقل می کند، اینطور نتیجه گیری می کند که مسئله اجماعی است و بعد به بحث در فروع می پردازد. شیخ می فرماید: شیخ و حلّی و علامه و شهیدین و صاحب جامع المقاصد و جمیع من تأخر عنهم، همه قائل به این شده اند که تنجیز در بیع معتبر است و تعلیق صحیح نیست. در پاورقی که آدرس مبسوط و خلاف و سرائر و سایر کتب را داده اند، اصل آدرس مطابق فهم خودشان درست است، منتهی فهم خودشان درست نبوده است، زیرا ظاهر کلام شیخ این است که شیخ طوسی و حلّی و علامه و شهیدین و من تأخر، به تنجیز در باب بیع حکم کرده اند، ولی در پاورقی آدرس تنجیز در باب وکالت داده شده است، نه تنجیز

در باب بیع. شیخ در باب وکالت ذکر کرده است که اگر کسی بگوید: من تو را فردا وکیل نسبت به فلان کار قرار دادم، چنین چیزی صحیح نیست. حلی هم می فرماید که صحیح نیست. شیخ هم در خلاف و هم در مبسوط حکم به بطلان چنین وکالتی کرده است. البته ایشان دعوای اجماع نکرده است و از این مسئله معلوم می شود که اجماعی در کار نیست، چون قبل از شیخ ما به چیزی برخورد نکردیم. شیخ در بعضی جاها که ادعای اجماع می کند، بخاطر این است که روایتی وجود دارد و می گوید که اگر روایت معارض نداشته باشد، همه آن را حجت می دانند و در اخبار غیر متعارضه ادعای اجماع می - کند و اجماع به کبریات را اجماع به نتایج گرفته و حکم می کند. در اینجا هم چون روایتی وجود نداشته است، شیخ به اصل تمسک کرده که ما دلیلی بر تصحیح وکالت نداریم، پس چنین وکالتی صحیح نیست. بنده به مفتاح الکرامه مراجع کردم که بینم ایشان چه می فرمایند و هر چند در این باره استقصای کامل نکردم، ولی به ضمیمه ی بررسی کتاب مفتاح الکرامه شاید بشود گفت که استقصای کامل حاصل شد و دیدم که هیچ کدام از آقایان در باب بیع به تنجیز اشاره نکرده اند و اول کسی که به تنجیز حکم کرده است، علامه در کتاب بیع تذکره و نهیة الاحکام است، نه در سایر کتاب هایش. ایشان در باب بیع این دو کتاب می فرمایند که تنجیز معتبر است. مفتاح الکرامه هم وقتی می خواهد این مطلب را نقل بکند، فقط از علامه در این دو کتابش نقل می کند. حال باید بررسی کنیم

که آیا این مقدار برای اجماع کافی است یا نه؟ البته راجع به اینکه شیخ قائل به این مطلب است یا نه، بعداً بحث می‌کنیم، ولی ایشان از شیخ طوسی و حلی و علامه و شهیدین و جمیع من تأخر این مطلب را نقل کرده است و بعد هم می‌فرماید که فخرالمحققین در شرح ارشاد [۱] در باب وکالت می‌فرمایند که عند الامامیه وکالت معلق باطل است و تعلیق در جمیع عقود جایزه و لازمه باطل است. ایشان در اینجا تعبیر «عند الامامیه» را بکار برده است. شهید ثانی هم در تمهید القواعد دعوای اجماع کرده است، در بعضی جاهای دیگر هم مثل کشف اللثام مطالبی وجود دارد که مشعر به دعوای اجماع است. شهید ثانی در مسالك هم دعوای اتفاق کرده است. ایشان می‌فرمایند که از دلیلی که برخی آورده اند، مجموعاً استظهار اتفاق می‌شود و در باب وقف هم خیلی ها دعوای اتفاق کرده اند و شاید هم اعتبار تنجیز اتفاقی باشد و تعلیق باطل باشد. در باب وکالت اشخاص زیادی قائل به بطلان تعلیق شده اند و خلاصه اینکه بالفحوی از کلمات این بزرگانی که در مثل وکالت \_ که از عقود جایزه است و در صحت این عقود توسعه وجود دارد \_ قائل به بطلان تعلیق شده اند، استفاده می‌شود که به طریق اولی در عقود لازمه مثل بیع \_ که قدری سخت تر از عقود جایزه است تعلیق باطل است. شیخ می‌فرماید که ظاهر این است که این مسئله اتفاقی است و هر چند در باب بیع ذکر نشده باشد، ولی در باب های دیگر مطالبی ذکر شده است که با فحوای معاهد اجماعات و فحوای فتاوی

استفاده می شود که در موارد سخت تر مثل بیع تعلیق جایز نباشد. این بیان شیخ است و در اصل ایشان به اجماع تمسک می کنند و بعد وارد بحث در فروع مسئله می شوند. ایشان نسبت به فروع مسئله می فرمایند که تقسیماتی در معلق علیه وجود دارد که یکی از این تقسیمات این است که گاهی معلق علیه مقطوع الحصول است و قطعاً حاصل می شود و گاهی مشکوک الحصول است. گاهی هم معلق علیه حالی است، مثل اینکه شخص تعلیق بکند که اگر مریض من الان خوب شده باشد، این شیء را به تو فروختم، و گاهی هم معلق علیه استقبالی است. پس بنابراین این چهار صورت شد. یک تقسیم دیگری هم وجود دارد که گاهی معلق علیه شرط صحت بیع است و گاهی اینطور نیست، به این معنی که گاهی شرط واقعی در انشاء آورده می شود، شرایطی مثل داشتن صلاحیت مالکیت، عبد نبودن، بچه نبودن و ... شرایط دیگری که صحت معامله متوقف بر آن است. در تعلیق همین شرایطی که صحت معامله متوقف بر آن است در انشاء ذکر می شود و آن شرط هم واقعاً موجود است، مثل اینکه شخص بگوید: من نمی دانم بالغ هستم یا نه و اگر بالغ باشم، این را به تو تملیک کردم، یا اینکه کسی بگوید: من نمی دانم که مالک این شیء هستم یا نه، و اگر مالک هستم، این شیء را به تو تملیک کردم، و یا اینکه کسی بگوید: من نمی دانم که این شیء قابلیت ملکیت دارد یا ندارد و اگر دارد، این شیء را به تو تملیک کردم. شیخ یک تقسیم دیگری هم می کند که عبارت از این است که گاهی تعلیق صریح

است و گاهی تعلیق صریح نیست، ولی مفادش عبارۀ اخرای تعلیق است مثل اینکه شخص بگوید: من فلان چیز را در فلان صورت به شما تملیک کردم و این تعبیر به منزله ی این است که اگر فلان چیز محقق باشد، من این شیء را تملیک کردم. پس این هم یک تقسیم دیگر است. البته بنده با عجله نگاه کردم، اما شیخ راجع به این تقسیم آخر هیچ بحثی نکرده است و ما نمی دانیم که شیخ به چه علت این تقسیم را ذکر کرده است و هیچ بحثی از آن نکرده است. شما قدری دقت بکنید تا ببینید که مطلبی در این باره هست یا نه. اینها فروض مسئله است که شیخ یک به یک به آنها می پردازند. پرسش: شیخ حالی و استقبالی را مطرح کرده است، چرا گذشته را مطرح نکرده است؟ پاسخ: شاید مراد از حالی اعم از چیزی باشد که حاصل باشد یا حاصل می شود. خلاصه اینکه ایشان نسبت به تقسیم آخر که بین صریح و غیر صریح است، بحثی نفرموده اند. پرسش: اینکه وکالت برای فردا باشد، کدام یک از این تقسیمات است؟ پاسخ: استقبالی. پرسش: استقبالی تعلیق به چیزی نیست. تعلیق اینجا به چه معنی است؟ یعنی اگر فردایی وجود داشته باشد؟ پاسخ: یعنی این وکالت در فردا هست و قبل از فردا نیست، تعلیق معنایش این است که با وجود این، هست و بدون وجودش، نیست. شیخ همین معنی را برای تعلیق بیان می فرماید. پرسش: ... پاسخ: ایشان می گوید که همین معنای شرط است که در یک صورت باشد و در یک صورت نباشد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب

## اقسام تعلیق در بیع و بیان احکام آن ۹۲/۰۲/۱۰

.Your browser does not support the audio tag

اقسام تعلیق در بیع و بیان احکام آن شیخ بعد از نقل کلمات عده‌ای از بزرگان (در بحث اشتراط عدم تعلیق در بیع) اینطور تعبیر میکنند که «الظاهر عدم الخلاف»، در این مسئله خلافی وجود ندارد. ایشان بعد از ذکر بعضی از اقوال و جملات، یک قدم بالاتر گذاشته و میفرماید: «لاشبهه علی اتفاقهم علی الحکم». ایشان در تعبیر اول فرمود: «الظاهر»، ولی در اینجا تعبیر به «لاشبهه» میفرماید، نکته‌ی دوم اینکه در تعبیر اول «بالخلاف» فرمودند، ولی بعد تعبیر به «اتفاق» کردند. «بالخلاف» اشاره به این دارد که در باب بیع اکثر فقهاء متعرض نشده‌اند و آنهایی هم که متعرض شده‌اند، اختلافی نکرده‌اند، ولی برای تحقق اتفاق و اجماع باید نظر اکثریت مهم و معتبر وجود داشته باشد، تا انسان بگوید که مسئله اتفاقی است. بین این دو عبارت ایشان تناقضی وجود ندارد، زیرا تعبیر اول اشاره به این است که در باب بیع بین قومی که کلماتشان ذکر شده است، مخالفی وجود ندارد، ولی بعد ایشان در استدلال به مطلب میفرماید که از فحوای کلمات بزرگان و اجماع منقولی که در عدم صحت تعلیق در وکالت \_ که از عقود جائزه است و مطلق اذن در آن کافی است \_ وجود دارد، استفاده میشود که تعلیق در بیع \_ که از عقود لازمه است و شرایطش سختتر و محکمتر است \_ صحیح نمیباشد. پس بنابراین تعلیق در بیع بالخلاف است، ولی با توجه به مختار فقهاء در وکالت، استفاده میشود که آراء فقهای ما حتی در باب بیع هم عبارت از بطلان تعلیق است و منافاتی بین این دو تعبیر وجود ندارد

ص: ۷۵۵

و هر دو در جای خود صحیح است. دیروز عرض کردیم که شیخ تعلیق را به شانزده قسم تقسیم کردند و یکی از این تقسیمات این بود که گاهی معلقه صریح در شرط است و گاهی نتیجه‌اش عبارت از شرط است. ما دیروز هم عرض کردیم که نمیدانیم ایشان برای چه این تقسیم را ذکر کرده است؟! نمیشود اینطور تقسیم بکنیم که گاهی روز است و گاهی شب، یا گاهی محرم است و گاهی صفر و خلاصه اینکه تقسیم باید مفید فایده باشد. بنده این احتمال را میدهم که با توجه به اینکه ایشان بعداً صحبتی از این تقسیم نکرده است، مقصود ایشان از بیان این تقسیم، دفع اشکالی است که وارد شده مبنی بر اینکه آقایان در این بحث چرا گاهی به مواردی استشهاد کرده‌اند که شرط نیست، ولی به حساب شرط آورده شده است؟! مرحوم شیخ در دفع این اشکال میخواهد کلمات قوم را اینطور توضیح بدهد که گاهی شرط صریح است و گاهی هم به صورت صریح بیان نشده است، بلکه شرط نتیجه گرفته میشود و خلاصه اینکه شرط معنای وسیعی دارد. بنابراین شیخ میفرماید که شبههای وجود ندارد که این مسئله اتفاقی است، ولی بحث در این است که در چه حدودی مورد اتفاق است و وجه اشتراط را چه میدانند تا حدود مورد اتفاق روشن بشود. ایشان از علامه حلی در کتاب بیع نهاییه الاحکام و تذکره در بیان علت بطلان تعلیق در بیع نقل میکنند که چون در باب معاملات جزم معتبر است و تعلیق با جزم تنافی دارد، در نتیجه تعلیق باطل است. البته شیخ از غیر علامه



اسم نبرده است، اما در باب های دیگر مانند کتاب الطلاق هم از محقق حلی و شهید اول این تعلیل وارد شده است. حتی علامه برخی از صوری را هم که بعضی از سنیها جایز میدانند، محل اشکال میدانند مثل اینکه شخص بگوید: «بعث هذا لك إن شئت» و در این مورد ضمیمه شدن «إن شئت» را موجب بطلان معامله میدانند. منتهی بعضی از سنیها با ما موافقاند و چنین موردی را باطل میدانند، اما اظهر عند الشافعیه صحت این معامله است و این قید را تأکید به حساب میآورند، نه تأسیس و سخنان این است که اگر کسی نخواهد، نمیآید مشتری بشود و به عبارت دیگر مشیت در کسی که میخواهد مشتری بشود، وجود دارد و خلاصه اینکه اظهر بین شافعیه این است که این تعلیق مضر نیست، ولی ایشان میفرمایند که چنین تعلیقی مضر است. البته از کلام علامه در جای دیگر استفاده میشود که اشراط عدم تعلیق امری ثابت در شرع است و به بنای عقلاء و امثال آن ارتباطی ندارد. ایشان اینطور تعبیر میکنند که اگر کسی بگوید: «أنت وکیل فی یوم الجمعة»، این باطل است، ولی اگر بگوید: «أنت وکیل و لاتبیع الا فی یوم الجمعة»، این صحیح است. ایشان می گویند: نتیجهی هر دو صورت عبارت از این است که شخص در غیر روز جمعه حق استفاده از وکالت را ندارد و فقط در روز جمعه میتواند از این وکالت استفاده بکند، ولی تعدد اقتضاء میکند که بین این دو مورد فرق گذاشته شود و ما باید تسلیم فرمان شرع باشیم و شرع یکی از این دو صورت را باطل دانسته



و صورت دیگر را باطل ندانسته است. خلاصه اینکه از کلمات علامه، شهید اول و بعضی دیگر اینطور استفاده میشود که وجه بطلان تعلیق این است که در معامله جزم معتبر است و برای حصول نقل و انتقال انسان باید جازم باشد و جزم با تعلیق نمیسازد. شهید اول در بیان اعتبار جزم در معامله یک مطلب اضافی دارد مبنی بر اینکه چون رضا شرط در معاملات است، اگر کسی در انشائی که میکند، جازم نباشد، از طرف مقابل هم رضایتی در کار نخواهد بود. پس بنابراین ایشان بر اساس شرطیت رضا، حکم میکنند که در صورت تعلیق، معامله باطل بوده و صحیح نمیشود. پس بنابراین از بیان شهید اول و علامه و امثال ایشان استفاده میشود که اشکال در مجهول بودن معامله است به این معنی که آیا شرط حاصل شد یا نشد و نسبت به این مطلب جهالت وجود دارد که چنین چیزی منافات با رضا دارد و بر همین اساس مبطل معامله خواهد بود، منتهی شهید اول یک توضیحی میدهد که از توضیح ایشان مطلب دیگر استفاده میشود که کأن ایشان این مطلب را مسلم میدانند که اگر تعلیق به امر استقبالی باشد، حکم به بطلان میشود مثل اینکه شخص بگوید: روز جمعه این شیء را به تو فروختم، که فروختن در اینجا مشروط به رسیدن روز جمعه است و شهید اول میفرماید که چنین صورتی باطل است. شیخ طوسی و علامه حلی هم در باب وکالت و هم در کتاب الوقف تصریح به بطلان کرده‌اند. شیخ طوسی راجع به بیع هم قائل به بطلان شده است و از بیان ایشان اینطور استفاده

میشود که کآن بین امامیه و عامه هم نسبت به این مسئله در باب بیع توافقی وجود دارد. و اما جهالتی که در اینجا مسئله وجود دارد، بنا بر فرمایش شهید عبارت از جهالت مضر است که وضع همهی قوانین و کلیات هم بر اساس نوع انجام میشود و یک امری که در معرض اشکال و یا عدم حصول باشد، و لو اینکه استثناء در یک موردی انسان یقین به حصول پیدا بکند، همین نفس معرضیت کفایت در صدور یک حکم عام میکند و کآن یکی از شرایط صحت بیع همین است که در معرض تزلزل نباشد و نسبت به امور استقبالی معرضیت تزلزل وجود دارد و شخص نمیداند که آیا بعداً زنده است یا زنده نیست و یا وقتی شخص میگوید: تو را روز جمعه و کیل قرار دادم، نمیداند که آیا این و کیل در روز جمعه زنده خواهد بود یا نه. البته اگر انسان اطمینان به حصول یک امر استقبالی داشته باشد، حکم علم را دارد، ولی چون در معرض تزلزل است، همین مقدار کفایت در عدم صحت میکند. و اما اینکه بعضی اسمی از جهالت نبرده و نسبت به امر استقبالی حکم به بطلان کرده‌اند مثل شیخ و حلّی و امثال اینها و برخی دیگر هم فرموده‌اند که جهالت نباید وجود داشته باشد، در جمع بین کلمات این بزرگواران باید گفت که از مجموع این نظریات اینطور استفاده میشود که همهای اینها کآن با یک ملاک حکم به بطلان کرده‌اند و آن عبارت از این است که اگر انسان جهالت داشته باشد و یا در معرض جهالت باشد، چنین چیزی ممنوع است، مثل تمامی

قوانینی که وضع میشود و به نحو حکمت استفاده میشود که این حکم به عدم صحت شامل تمام افراد حتی افرادی که قطعاً موجود خواهند شد را هم در بر میگیرد و جهالت در اینجا اعم از جهالت نوعی و شخصی است. این فرمایش ایشان است، منتیه شهید اول در قواعد در برخی موارد «إن قلت» و «قلت» هایی وارد کرده و در برخی از موارد حکم به صحت نموده است و کأن ایشان آن موارد را شرط به حساب نیاورده است مثل اینکه شخصی میگوید: شما من را وکیل کردید که این مال را به دیگری بفروشم، ولی مالک منکر چنین چیزی است و میگوید که من تو را وکیل نکردم و این مال، مال خودم است و بعد هم میگوید: اگر این مال، مال من باشد، به تو فروختم، در اینجا فروشنده خودش هم میداند که این شیء مال خود اوست، اما به صورت تعلیق آورده است. ایشان میفرماید که اگر تعلیق را محل اشکال بدانیم، باید در چنین صورتی هم حکم به بطلان کنیم، زیرا بالأخره در اینجا هم تعلیق وجود دارد، اما چون این تعلیق نسبت به یک امر حاصل واقع شده است و معرضیت عدم حصول هم در آن نیست، اشکال ندارد و آن تعلیقی که محل اشکال است، تعلیق راجع به امر استقبالی است که جهالت در آن وجود دارد. اما در این مثالی که بیان شد، هیچ گونه جهالت و یا معرضیتی در کار نیست. البته اگر تعلیق در امر حالی هم نسبت به شیئی باشد که بالفعل مجهول بود، باز هم محل اشکال خواهد بود، مثل اینکه فروشنده

بگوید: اگر ناخوشی فلان کس خوب شده باشد، من این شیء را به شما فروختم، این هم مجهول است و لذا محل اشکال می‌باشد، اما در صورتی که خودش میدانند که این شیء مال خود اوست و بگوید که اگر این شیء مال من باشد، آن را به تو فروختم، تعلیق در چنین صورتی اشکال ندارد، زیرا نه جهالت بالفعل وجود دارد و نه معرضیت. اینها مطالبی است که شیخ از کلمات قوم نقل میکند و بعد خود ایشان مسئله را مورد بررسی قرار میدهد، البته ایشان مدرک این مسئله را اتفاق در نظر گرفته و اینطور تعبیر فرموده است که «... لا شبهه فی اتفاق علی الحکم»، و بعد هم شروع به استنتاج از منقولات متقدم میکند. ایشان میفرماید از آن شانزده صورتی که بیان شد، دو صورتش مربوط به این اختلاف است که توضیح برای مطلب است و بعد میفرمایند که یک صورت این است که معلق علیه معلوم الحصول و حالی باشد، که از مجموع نظرات استفاده میشود که چنین تعلیقی اشکال ندارد، مثل اینکه شخص میدانند که این شیء مال خود اوست و در همان حال هم میخواهد آن را بفروشد. چنین تعلیقی حکم لاتعلیق را دارد. صورت دیگر در جایی است که معلوم الحصول استقبالی باشد و انسان میدانند که حاصل میشود، اما استقبالی است. ایشان میفرماید که از کلمات قوم اینطور استفاده میشود که تعلیق به این صفت مبطل است. مراد از این صفت امر استقبالی است، ولی من در کلمات فقهاء جایی پیدا نکردم که این مطلب را تفسیر کرده باشد. شیخ میفرماید که مراد از این صفتی که

که اینها میگویند، امر استقبالی است و بر اساس اجماعی که در مسئله وجود دارد، حکم به بطلان کرده‌اند. عرض کردیم که شیخ طوسی، علامه حلی، محقق اول، محقق ثانی، شهید اول، شهید ثانی، محقق کرکی و همهی بزرگان قوم راجع به امر استقبالی هر چند که حصولش یقینی باشد، حکم به بطلان کرده‌اند. پرسش: اگر شخصی بگوید: امروز و فردا وکیل من هستی، مشکل پیدا میکند؟ پاسخ: بله آن هم اشکال پیدا می‌کند. پرسش: اگر بگوید که هم امروز و هم فردا وکیل من هستی، مشکلی دارد؟ پاسخ: اگر بگوید: هم امروز و کیلی و هم فردا، دومی باطل است و باید به اولی اخذ بکنیم و در این مورد یک وکالت باطل ضمیمه به یک وکالت صحیح شده است. پرسش: ... پاسخ: حداقل حدوثنش باید باشد. پرسش: ... پاسخ: آنچه که ثابت است عبارت از این است که بر اساس دعوی اجماع، قوم میگویند که مبدأ باید متصل باشد. پرسش: ... پاسخ: کلمات قوم قابل جمع است، هم کسانی که استقبالی بودن را دلیل بطلان و هم کسانی که جهالت را موجب بطلان میدانند. پرسش: ... پاسخ: شهید اول اینطور جمع کرده است و می‌خواهد بگوید که به نظر ما مناط این است که به صورت نوعی در معرض باشد و این مانع از صحت بیع است. شیخ و امثال ایشان هم می‌فرمایند که اگر مبدأ متأخر باشد، صحیح نیست، ولی اگر مبدأ متصل باشد و ادامه پیدا بکند، اشکالی ندارد. پس بنابراین با این بیان می‌خواهند بگویند که اجماع را بر امر واحد قائم شده است، نه اینکه اجماع مرکب باشد تا دچار مشکل بشویم.

همانطوری که قبلاً هم عرض کردیم، اجماع مرکب باید برگشت به اجماع بسیط بکند و اگر دو ملاک وجود داشته باشد و برخی به یک ملاک و برخی دیگر هم به ملاک دیگر گفته باشند، نمیتوانیم حکم بکنیم. شیخ در جای دیگر اینطور تعبیر میکند که گاهی کسی بر اساس مبنای خودش مطلبی را میگوید، عده‌ی دیگری هم بر اساس مبنای خودشان همین مطلب را میگویند، در اینجا ممکن است که ما یک مبنای ثالثی داشته باشیم که هیچکدام از این دو نباشد و در چنین موردی ولو هر دو در یک شیء اتفاق دارند، ولی هر کدام مبتنی بر یک مبنایی است. اما اگر همه با وحدت مبنای مطلبی را بگویند، معلوم میشود که این مبنای متخذ از شرع است و مورد اتفاق است که برگشت به اجماع بسیط کند. پرسش: در اجماع ادله هم مورد توجه قرار میگیرد. پاسخ: ما میگوییم که همه به ملاک واحد این مطلب را میگویند و آن ملاک واحد جهالت به معنای وسیعش است که شامل معرضیت هم بشود. اگر همه اتفاق کرده باشند که نبود جهالت معتبر است، در بطلان این صورت کفایت خواهد کرد، اما اگر به اختلاف مبنایی یکی عدم جهالت را معتبر بدانند، یکی در استقبالی اشکال بکند و در یک موردی مجمع‌العنوانین باشد، این فایده ندارد و به درد نمیخورد. پرسش: اگر مبنای فقهی باشد، می‌شود مسئله فقهی باشد. پاسخ: فرق نمی‌کند که اصولی باشد یا فقهی باشد، دلیل اجماع هر چه که باشد مثل استصحاب و براءت و امثال آن که مورد اتفاق باشد، فرقی ندارد. خلاصه اینکه شیخ بطلان

این صورت استقبالی را به مناط جهالت به معنای وسیعش که شامل معرضیت هم باشد، میدانند. پس بنابراین اگر معلقه معلوم الحصول در حال باشد، صحیح است و اگر معلوم الحصول در استقبال باشد، بالاجماع باطل است. اما اگر مجهول الحصول باشد، در صورت که استقبالی باشد، روشنترین فرد برای بطلان است، اما اگر مجهول الحصول در حال باشد و نمیدانیم که آیا الان هست یا نه، در اینجا دو صورت خواهیم داشت: یک صورت این است که صحت معامله متوقف بر آن شرط باشد، مثل مالک بودن، بالغ بودن و.. که معلقه امری است که صحت معامله وابسته به آن است و اگر هم شخص در معامله ذکر نکند، بدون این شرط معامله صحیح نبود، مثل اینکه شخص بگوید: اگر من مالک باشم، این شیء را فروختم، یا تعبیراتی از این دست که در این صورت ایشان میفرماید: همانطوری که اگر شرط ذکر نمیشد و یا امکان داشت که نسبت به بودن این شرط جهل داشته باشد، معامله صحیح بود، در اینجا هم که چنین شروطی به صورت تعلیقی ذکر میشود، صحیح است و با صورت عدم ذکر این شرط حکم واحد را دارد. و دلیل فارق بین این دو صورت وجود ندارد، بر خلاف مواردی مثل وکالت که علامه میفرماید شرعاً در یکی وکالت ثابت و در دیگری ثابت نیست. در اینجا اینطور نیست و چه به صورت تعلیق آورده شود و چه نیاورده شود، حکم واحد دارد و معمول اشخاصی هم که عقد نکاح میکنند، چند مرتبه صیغه را میخوانند، در حالی که با یکی از این صیغها عقد نکاح واقع میشود،

اما این احتیاط به این جهت است که اگر با اولی واقع نشده باشد، با صیغهی دوم عقد صحیح نکاح واقع بشود. پس بنابراین تعلیقی که خود شخص نمیداند که آیا این صحیح است یا نیست، اشکال ندارد، همانطور که بدون تعلیق هم اشکال نداشت و عرفاً فرقی بین این دو صورت وجود ندارد و از نظر شرع هم چیزی در اقوال علماء و امثال آن بر خلاف این مطلب وارد نشده است. لذا شیخ میفرماید که این صورت هم اشکالی ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## احکام صورت تعلیق ۹۲/۰۲/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

احکام صورت تعلیق شیخ در مسئله تنجیز هشت قسم ذکر کرده است و بحثهای فیالجملهای راجع به این تقسیم ایشان وجود دارد که ما به آن پرداختیم. یکی از اقسامی که ایشان ذکر کرده است عبارت از این است که گاهی معلقعلیه معلوم الحصول است و گاهی هم مجهول الحصول است. ایشان این تقسیم را ذکر کرده است، ولی گاهی اوقات ما قطع به عدم حصول داریم و تعلیق بر یک شیئی واقع شده است که علم به عدم حصولش داریم. شیخ مقطوع و مشکوک را ذکر کرده است، ولی مقطوع العدم را ذکر نکرده است. آقای خوئی میفرماید که کأن این قسم واضح است و قابل بحث نیست و به همین جهت شیخ ذکر نکرده است، ولی به نظر ما این قسم هم قابل بحث است و علمای سابق هم در این باره بحث کرده‌اند. پس بنابراین این اشکال بر شیخ وارد است که چرا ایشان این قسم را ذکر نکرده است. از بعضی از عبارات سابقین مانند شیخ و علامه اینطور استفاده میشود

ص: ۷۶۵

که ممکن است معلقعلیه مقطوعالعدم باشد و در خیلی مواقع محل ابتلاء هم هست مثل اینکه گاهی اینطور اتفاق میافتد که عقیده‌ی بنده این است که این کتاب برای شماست، عقیده‌ی شما هم این است که این کتاب مال من است. در چنین صورتی اگر بنده بگویم: اگر این کتاب مال من باشد، من آن را به شما هبه کردم، صحیح است و چون شما این فرض را محقق میدانید، این تعلیق من تعلیق صحیح و مفیدی است و باطل و لغو نخواهد بود و شما میتوانید این کتاب را ملک خودتان بدانید. از کلمات شیخ استفاده میشود که چنین صورتی با اینکه به عقیده‌ی واهب تعلیقی معلقعلیه وجود خارجی ندارد، صحیح است. در برخی از جملات اخباری هم گاهی تعلیق بر یک قضیه‌ی محال واقع میشود مثل عبارت: «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا»، به این معنی که اگر چنین بود، فساد بود. همچنین در امور انشائی هم ممکن است انسان بر یک فرضی که واقعیت ندارد، انشاء بکند که ممکن است برای خود منشی مفید نباشد و برای طرف مقابل مفید باشد، یا گاهی هم برای منشی که ابتلاء به چیزی که مربوط به طرف مقابل است، پیدا میکند، مفید باشد. شیخ انصاری عبارت شیخ طوسی را یک قدری تغییر داده و یک مطلبی را فرموده است که محل اشکال است. پرسش: در این مثالی که فرمودید، هبه واقع میشود؟ پاسخ: من خودم میگویم که این شیء مال طرف مقابل است، ولی طرف مقابل عقیده دارد که این شیء مال من است و علی کل تقدیر مال طرف مقابل میشود، در عین

ص: ۷۶۶



حالی که طرف مقابل معتقد به این است که این شیء مال من است. دیروز یک کسی سؤالی کرد که همین مسئله جواب او خواهد بود. سؤال عبارت از این بود که گاهی زن و شوهر با هم طواف انجام میدهند و بعد از تمام شدن طواف، یکی از اینها میگوید: شش شوط شد، دیگری هم میگوید: هفت شوط شد و هر دو هم قطع دارند، حال باید در مسئله چه بکنیم؟ البته از نظر خودشان مشکلی وجود ندارد، زیرا کسی که قطع به شش شوط دارد، یکی دیگر بجا میآورد و کسی هم که یقین به هفت شوط دارد، به همان اکتفاء میکند و مشکلی وجود ندارد، ولی بحث در این است که این دو زن و شوهر هستند و مسئلهی تمتع را چطور باید حل بکنند؟ آن کسی که یقین به هفت شوط دارد، نمیتواند یک شوط دیگر بجا بیاورد و اضافهی عمدی مبطل طواف است و شرعاً چنین کاری جایز نیست. البته اگر جواز شرعی وجود داشت، مانعی نداشت که شخص بتواند عمداً طوافش را ابطال بکند و یک طواف دیگر انجام بدهد، آن کسی هم که قطع به شش شوط داشت، یک طواف دیگر بجا میآورد و اگر زیادتى هم میشد، زیادتى سهوى بود که اشکالی ندارد، ولی ما مجوزى برای ابطال طواف نداریم و حل این مسئله مشکل خواهد بود. به نظر ما با قضیهی تعلیقی میتوان این مشکل را حل کرد، حتى در صورتی که عقیدهی خود شخص این باشد که معلقه حاصل نیست. در هر صورت شخص میتواند خودش این کار را به صورت تعلیقی بجا بیاورد، یا

به دیگری واگذار بکند. اگر بخواهد خودش انجام بدهد، اینطور میگوید که من میدانم که هفت مرتبه بجا آورده‌ام، ولی یک شوط دیگر بجا می‌آورم تا اگر شوط هفتم را بجا نیاورده باشم، طواف صحیح باشد. لازمی این «اگر» در اینجا این نیست که معلقه یک امر احتمالی باشد مانند عبارت «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا»، که معلقه مقطوع العدم است و در این مسئله هم شخص این یک شوط را به این نیت انجام می‌دهد که در صورتی که شش شوط بجا آورده باشد، این شوط متمم آن باشد، در عین حالی که میدانم هفت شوط بجا آورده است. شخص با همین «اگر» مشکل تمتعات بعدی را حل میکند. اما اگر به دیگری وکالت بدهد، شخص وکیل اینطور نیت میکند که اگر در ذمهی فلان کس یک شوط باقی مانده باشد، این شوط مال او باشد و در این صورت هم مشکل تمتع پیدا نمیشود با اینکه یقین دارد که معلقه حاصل نیست، ولی چنین کاری لغو نیست، زیرا ثمرهاش این است که در تمتعات و امثال آن مشکلی حل میشود. شیخ طوسی عبارتی دارد که شیخ انصاری یک‌طور و دیگران هم‌طور دیگری از این عبارت برداشت کرده‌اند. پرسش: آن کسی که یقین دارد شش دور زده، چکار بکند؟ پاسخ: یک دور دیگر میزند و اشکالی وجود ندارد و واقعاً هم اگر هفت دور زده باشد، چون اضافه کردن این یک شوط عمدی نیست، اشکالی نخواهد بود و طرف مقابلش هم که زوج یا زوجه است، چون این شخص یقین دارد که کامل بجا آورده است، باید صحیح بداند و

فوقش این است که زیادی غیر عمدی واقع شده است که اشکالی ندارد. عبارت شیخ در مبسوط عنوان شده است که شیخ انصاری عین عبارت را نقل نکرده است و قدری آن را تغییر داده است و اشخاص متوجه نمیشوند که شیخ طوسی این مسئله را در چه موردی بیان کرده است. مورد بحث عبارت از این است که شخصی به کس دیگری وکالت میدهد که برای او جاریهای بخرد، او هم برای شخص موکل جاریهای به بیست دینار (شاید هم به صورت ذمه‌های) میخرد و نزد موکل آمده و میگوید که من یک جاریهای به بیست دینار برای تو خریدم. موکل میگوید که من برای بیست دینار به تو وکالت ندادم، من برای ده دینار وکالت دادم. وکیل میگوید که تو به بیست دینار به من وکالت دادی و من هم این جاریه را به بیست دینار برای تو خریدم. خلاصه اینکه هر دو به آنچه میگویند یقین دارند، موکل به ده دینار، وکیل هم به بیست دینار. شیخ در این مسئله میفرماید که اگر موکل بگوید: اگر من به تو اذن دادم که با بیست دینار این جاریه را بخری که در نتیجه این جاریه، جاریهی من باشد، من این جاریه را به بیست دینار به تو فروختم، اگر موکل چنین جمله‌ای بگوید و وکیل هم قبول بکند، این معامله صحیح است. در این مورد عقیده‌ی موکل این است که به بیست دینار وکالت نداده است و در نتیجه این جاریه، جاریهی او نخواهد بود، ولی تعلیقاً اینطور میگوید و وکیل هم قبول میکند و بنابر فرمایش شیخ طوسی چنین معاملهای صحیح است

و شخص میتواند تمتع پیدا بکند. در عین حالی که شخص موکل میداند که معلقعلیه او حاصل نیست و به اعتقاد خودش اذنی نداده است، ولی خاصیت این معامله این است که برای طرف مقابل مفید واقع میشود و او میتواند تمتع ببرد. این اصل مسئله است، ولی بعضیها خیال کردهاند که این مسئله از مواردی است که گاهی انسان تعلیق بر چیزی میکند که معلقعلیه حاصل است، مثل اینکه من به کسی اجازه تصرف در موضوعی را بدهم، ولی به جهت تأدب و امثال آن بگویم: اگر من را صالح برای اجازه بدانید، من به شما اجازه میدهم که چنین تصرفی بکنید، و به شکل تعلیق بیان بکنم، در عین حالی که هم طرف مقابل و هم خودم علم به صحت اجازه داریم. هم این صورت صحیح است و هم صورتی که من بدانم معلقعلیه نیست و در هر صورت تعلیق صحیح و مفید است، منتهی بعضیها این مورد اختلاف بین موکل و وکیل را صورتی فرض کردهاند که شخص میداند معلقعلیه حاصل است. شیخ انصاری این مورد را حمل بر صورتی کرده است که شخص شک در حصول معلقعلیه دارد و فرموده است که اگر تعلیق بر چیزی باشد که صحت شیء متوقف بر آن است، عندالشک هم تعلیق صحیح است و این مثال را ذکر کرده است. به نظر ما این مورد بالاتر از این است و ناظر به صورتی است که انسان قطع به عدم حصول معلقعلیه داشته باشد که مع ذلك معامله صحیح است. عبارت شیخ این است: «و ما كان صحه العقد معلقه عليه»، مانند مثالهایی که شیخ زده

است. «فظاهر إطلاق کلامهم یشمله، إلّا أنّ الشیخ فی المبسوط...». ایشان از شیخ طوسی کلامی را نقل میکنند که از آن ظاهر میشود که شیخ طوسی این مورد را باطل نمیداند و از کلام شهید اول هم استظهار میکند که کآن ایشان هم در مشابه این مسئله قائل به صحت شده است. منتهی شیخ انصاری کلام شیخ طوسی را به صورت شک در حصول معلقعلیه حمل کرده است. ایشان میخواهد احتمالاً مشکوک را هم ملحق به صورت یقین به حصول معلقعلیه بکند. شیخ میفرماید که از اطلاق کلام فقهاء استفاده میشود که هر مشکوکی و لو مشکوکی که صحت کلام متوقف بر آن است، باطل باشد. «فظاهر إطلاق کلامهم یشمله، إلّا أنّ الشیخ فی المبسوط حکمی فی مسأله (إن کان لی فقد بعته)». شیخ انصاری عین عبارت مبسوط را نقل نکرده است. «فی مسأله (إن کان لی فقد بعته) قولاً من بعض الناس بالصّحّه، و أنّ الشرط لا یضّرّه؛ مستدلاً بأنّه لم یشرط إلّا ما یقتضیه إطلاق العقد». اگر این شرط را هم نمی کرد، اطلاق عقد اقتضاء می کرد که موقعی مورد امضای شارع قرار می گرفت، که موکل اذنی داده بود و در این صورت ملک خود موکل بود. بعضی از سنیها به این مطلب قائل شدهاند و شیخ میفرماید که دو نظریه بین سنیها وجود دارد: یک نظریه قول به بطلان است، زیرا شرط کرده است و تعلیق مبطل عقد است، نظریه دیگر این است که اگر این تعلیق هم نبود، نتیجه همان بود و این تعلیق مثل لاتعلیق است و این را شما کالعدم فرض کنید، مثل اینکه در ضمن عقد کسی شرط بکند

که ثمن معامله به او داده شود و اگر چنین شرطی هم نبود، خود عقد چنین چیزی را اقتضاء میکرد و این نوع شرط ها که صحت اصل عقد متوقف بر آن است، مضر به عقد نیست. بعضی از عامه اینطور میگویند. شیخ با این آب و تاب این مطلب را نقل کرده است و ظاهرش این است که این حرف را قبول کرده است و ظاهراً ایشان اینطور استظهار کرده است که این تعلیق با تعلیقات دیگر فرق دارد و وجه صحت را پسندیده است. شیخ بعد از نقل این عبارت میفرماید: بنابراین با وجود این عبارت شیخ دربارهی مشکوک، دیگر ما ظن به تحقق اجماع نداریم. شیخ مورد مسئلهی مبسوط را مشکوک فرض کرده است، ولی ما میگوییم که تعلیق در مقطوع البطلان اشکالی ندارد و در مشکوک به طریق اولی. اگر شما به مبسوط مراجعه بکنید، ایشان این مسئله را فرع بر بحث مدعی و منکر قرار داده است که در صورتی که شخص چیزی میگوید و موکل هم آن را انکار میکند، ایشان میگوید که اگر چنین جملهای گفته بشود، صحیح است و اشکالی ندارد. شیخ در مبسوط اختلاف نظر بین سنیها را نقل کرده و این مطلب را استظهار میکند و معلوم میشود که همین مطلب را قبول کرده است. یک چیز دیگری که از این عبارت شیخ به نحو إشعار استفاده می شود، توافق کلمات ایشان با انسداد است، زیرا ایشان بعد از اشاره به عبارت مبسوط میفرماید که برای ما ظن به تحقق اجماع حاصل نمیشود و کأن اگر ظن به تحقق اجماع بود، مسئله را تمام میکرد. این تعبیر

ایشان مشعر به این است که اگر ظن داشتیم، دیگر بطلان مسئله روشن بود، ولی چون چنین ظنی وجود ندارد، باید به سراغ دیگر ادله برویم و کآن معیار در حجیت، وجود و عدم ظن است. یک تقسیمی هم آقای خوئی کرده است که به نظر ما احتیاجی به بیان این تقسیم نبود و این تقسیم از کلام شیخ استفاده میشود. شیخ میفرماید: یکی از اقسام این است که تعلیق بر امری باشد که صحت متوقف بر آن است و خود موضوعله کلامی که استعمال میشود، آن را اقتضاء میکند، مثل اینکه شخصی بگوید: اگر تو زن من باشی، من تو را طلاق دادم، یا اگر عبد من باشی، من تو را آزاد کردم. در اینجا در خود مفهوم طلاق با قطع نظر از شرع، زوجه بودن طرف مقابل وجود دارد. آقای خوئی این مورد را اضافه کرده و قهراً میگوید که چهار صورت دیگر را میتوانیم تصویر بکنیم، و شیخ انصاری هشت صورت را بیان کرده است که ما هم صورتی را که عقلاً صحت متوقف بر آن باشد را اضافه میکنیم. شیخ معنای اعم را در نظر گرفته است، والا- ما هم میتوانیم چهار صورت دیگر اضافه بکنیم که عبارت از این است که صحت متوقف بر حکم تأسیسی شرع باشد، یا اینکه چهار صورت دیگر را اینطور بیان کنیم که عرفاً صحت متوقف بر آن باشد و شرع هم امضاء کرده باشد. پس بنابراین نیازی به این تقسیماتی که آقای خوئی بیان کردهاند، نیست و عبارت شیخ مفهوم عامی است که شامل همهی این صور میشود، ولی آقای خوئی به صورت یکنواخت

در اینجا بحث نکرده است و گاهی میگوید که ما دلیل نداریم، تحقق اجماع هم معلوم نیست و گاهی میگوید که این نحو اصلاً معقول نیست و خلاصه اینکه فرمایشات ایشان صورت یکنواختی ندارد. علی ای تقدیر احتیاجی به اضافه شدن این تقسیمات نداریم. بحث دیگر راجع به این است که ببینیم کدام یک از این صور اجماعی است. اول باید ببینیم که دلیل مجمعی چه بوده است، گاهی مجمعی این مطلب را از اصول متلقات و امثال آن که از اول وصل الیهم استفاده کرده‌اند، ولی وقتی ما به اصول متلقات مراجعه می‌کنیم، میبینیم که این مسئله جزء اصول متلقات نیست، یعنی در کتبی مانند هدایه و مقنع و امثال آن که اصول مسائل نوشته شده است، نه فروع مسائل، مطرح نشده است. بعد از شیخ هم که این مسئله ترک شده است و باید ببینیم که بر چه اساسی مجمعی چنین اجماعی کرده‌اند و مدرکشان چه چیزی بوده است؟ آنچه که علامه ذکر کرده است و شاید بعضی دیگر هم گفته باشند، عبارت از این است که در انشاء جزم معتبر است و شخص باید جازم باشد. در باب بیع هم که برای نقل و انتقال است، جزم معتبر است. علامه ذکر نکرده است که چرا جزم معتبر است؟ ولی شهید اول وجه اعتبار جزم را بیان کرده است، ایشان میفرماید که چون بر اساس «تجاره عن تراض» و امثال آن رضا شرط در بیع است و این شرطیت مورد اتفاق است، از طرف دیگر هم تعلیق با رضا جور در نمی‌آید، در نتیجه جزم در بیع معتبر است و اگر بخواهد اراده‌ی



انسان به چیزی تعلق بگیرد، باید آن چیز منجز باشد تا اراده و رضایت به آن تعلق بگیرد و بدون تنجیز رضایت برای انسان حاصل نمیشود و شأنیت الرضا هم کفایت نمیکند، بلکه باید فعلیه الرضا باشد و رضا باید فعلی باشد و در تعلیق، رضای فعلی وجود ندارد. صاحب جواهر هم شکل دیگری را بیان فرموده است که شیخ انصاری خیلی کلام ایشان را تعقیب کرده است و چهار – پنج اشکال بر فرمایش ایشان وارد کرده است که بهتر بود برخی از این اشکالات را وارد نمیکرد، ولی بعضی از اشکالات ایشان وارد است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## بیان احکام صور تعلیق ۹۲/۰۲/۱۶

.Your browser does not support the audio tag

بیان احکام صور تعلیق آنچه که با مختصر توجهی ظاهر میشود، عبارت از این است که شیخ پنج صورت از هشت صورتی را که در باب تعلیق تصویر کرده است، باطل میدانند و بحث ایشان راجع به سه صورت باقی است که صحیح بدانیم یا نه و خلاصه اینکه بین این سه صورت و آن پنج صورت فرق گذاشته است. اما آقای خوئی بر خلاف شیخ، پنج صورت از هشت صورت را صحیح دانسته و سه صورت دیگر را مورد بحث قرار میدهد. آنطور که ما از کلام شیخ میفهمیم و با اندکی تأمل روشن است، عبارت از این است که ایشان چهار صورتی که معلقه استقبالی باشد و یک صورت هم از حالی را باطل میدانند و سه صورت دیگر را صحیح میدانند. چهار صورت استقبالی عبارت از این است که معلقه معلوم یا مجهول باشد و یا اینکه صحت متوقف بر معلقه باشد یا نباشد که شیخ هر

ص: ۷۷۵

چهار صورت را باطل میدانند. و اما یک صورت حالی را شیخ باطل میدانند، عبارت از این است که توقف صحت بر معلقه مشکوک باشد که طبق نظر شیخ این صورت هم مانند چهار صورت قبلی باطل است. آقای خوئی میفرمایند که در تمام صورتی که صحت معامله متوقف بر معلقه باشد، تعلیق صحیح است، خواه استقبالی باشد و خواه حالی، چه معلقه مشکوک باشد و چه معلوم و طبق نظر ایشان این چهار قسم صحیح است و یک قسم از اقسامی که هم که صحت توقف بر معلقه ندارد، ولی حالی است، صحیح میباشد و بحث ایشان راجع به سه قسم دیگر است. البته آنچه که انسان وجداناً تصور میکند، عبارت از این است که حق با شیخ است، زیرا با قطع نظر از روایات و طبق بنای عقلاء و ارتکازات متشرعه آیا مثلاً چنین چیزی صحیح است که شخصی به یک زنی بگوید: بعد از اینکه تو از شوهرت طلاق گرفتی و عدهات تمام شد، زن من باش و او هم قبول بکند؟! یا در غیر معتده بگوید: بعد از اینکه طلاق گرفتی، زن من باشد و او هم قبول بکند؟! آقای خوئی میفرمایند که این صحیح است. آیا بر اساس بنای عقلاء و ارتکازات متشرعه چنین چیزی صحیح است؟! در امور استقبالی چه صحت متوقف بر معلقه باشد و چه نباشد، چه مشکوک باشد و چه معلوم، ارتکازات متشرعه و حتی بنای عقلاء تصحیح نمیکند و باید در آنجایی که استقبالی نیست و حالی است، قائل به تفصیل شد که شیخ هم قائل به همین مطلب است. خلاصه به نظر میرسد که

ص: ۷۷۶

حق با شیخ است و هیچ بنای عقلانی قائل به صحت آنچه که آقای خوئی فرمودند، نیست و ما هم صحیح نمیدانیم. هر چند عبارت شیخ صریح نیست، ولی خیلی روشن است و بعضی از مقدمات مطویه را دارد که بیان ایشان حکم صریح در این مطلب را پیدا میکند که مهمی صور متأخر و استقبالی باطل است، چه صحت توقف داشته باشد و چه نداشته باشد. شاهد بر این مطلب از کلام شیخ این است که ایشان اینطور تقسیم میفرمایند که معلوم الحصول حین العقد حالی، و معلوم الحصول در مستقبل، که ایشان راجع به معلوم الحصول در مستقبل میفرمایند: ظاهر این است که اتفاق بر بطلان این قسم وجود دارد. اطلاق معلوم الحصول در استقبال هم شامل جایی است که صحت متوقف بر معلقه باشد و هم شامل جایی است که صحت متوقف نباشد. در صورتی که معلوم الحصول در مستقبل در هر دو صورتش باطل باشد، قهراً بالاولویه دو صورت مشکوک الحصول در استقبال هم باطل خواهد بود. منتهی ایشان نسبت به معلوم الحصول در مستقبل تعبیر به «الظاهر اتفاقهم» میفرمایند که به طور قدر متیقن تعبیر نمیفرمایند و خلاصه چه ظاهر و چه مقطوع، نظر شیخ عبارت از این است که اگر استقبالی باشد، باطل است، چه به نحو قطع و چه به نحو ظاهر. (که ایشان ظاهر را هم حجت میدانند) بعد از بحث در مقطوع الحصول حالی و استقبالی، ایشان راجع به مشکوک الحصول بحث کرده و اینطور تعبیر میفرمایند: «ما كان منها مشکوک الحصول وليست صحه العقد معلقه عليه». ما می گوئیم که مراد ایشان از این مشکوک الحصولی

که صحت عقد متوقف بر معلقه باشد یا نباشد، مشکوک الحصول حالی است، والا تکلیف مشکوک الحصول استقبالی از همان ابتداء روشن است. در ادامه هم میفرمایند: «ما کان منها مشکوک الحصول و لیست صحه العقد معلقه علیه فی الواقع کقدوم الحاج فهو المتیقن من معقد اتفقهم». حکم مشکوک الحصول استقبالی قبلاً روشن شده است، ولی در مشکوک الحصول حالی اگر صحت متوقف بر معلقه نباشد، فرد قطعی (نه ظاهراً) از موارد اتفاق بر بطلان است، مثل اینکه شخص بگوید: اگر حال زید خوب شده باشد، من این شیء را به شما تملیک میکنم در مقابل فلان چیز. اگر نسبت به مشکوک الحصول حالی که صحت متوقف بر آن نباشد، اتفاق قدر متیقن باشد، لازمهاش عبارت از این است که در مشکوک الحصول استقبالی هم که صحت متوقف بر آن نباشد، اتفاق قدر متیقن باشد و خلاصه اینکه در مشکوک الحصولی که صحت عقد متوقف بر آن نیست، چه استقبالی و چه حالی، اتفاق قدر متیقن است. بنابراین ولو ایشان در مقام بیان حکم مشکوک الحصول حالی غیر متوقف است، ولی از بیان حکم این صورت، حکم مشکوک الحصول غیر متوقف استقبالی هم \_ که بطلان بر اساس اتفاق متیقن است \_ به دست میآید. پس اگر شرطی در عقد آورده شود که مشکوک باشد و صحت عقد متوقف بر آن نباشد، چه حالی باشد و چه استقبالی، طبق فرمایش شیخ به صورت قدر متیقن عقد باطل است. اگر به کلمات و عرفیات متعارف هم مراجعه بکنیم، خواهیم دید که حق با شیخ است و طبق ارتکازات عرف این پنج صورت صحیح نیست و بحث

راجع به سه صورت دیگر خواهد بود. شهید اول در اینجا عبارتی دارد که خیلی مندمج است و مراد ایشان درست روشن نیست. البته مرحوم شهیدی خواسته است که به یک نوعی این عبارت ایشان را معنی بکند، ولی به نظر بنده نمیشود تمام عبارت ایشان را درست کرد. بعضی دیگر از محشین هم که فقط توضیح واضحات میدهند و قسمتهای مشکل عبور میکنند. شهید اول بعد از بیان اینکه در صحت معاملات جزم معتبر است و در نتیجه تعلیق باطل است، میفرماید: اینطور اشکال شده است که در بعضی از موارد تعلیق، شما و بعضی از بزرگان معامله را صحیح میدانید، در حالی که شما تعلیق را مبطل میدانید. عبارت ایشان اینطور است: «إن قلت: ... يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل (إن كان لي فقد بعته منك بكذا)، قلت: هذا تعلیق علی واقع لا- متوقع الحصول فهو عله للوقوع أو مصاحب له لا- معلق علیه الوقوع و كذا لو قال في صورة إنكار وكاله التزويج و إنكار التزويج [۱] حیث تدعیه المرأه إن كانت زوجتی فهی طالق». ایشان میفرماید که این موارد جزء مواردی نیست که ما باطل میدانیم و این مواردی که بیان شد را صحیح میدانیم. بحث ما در این است که مراد از این الفاظی که نقل کردیم، چیست؟ آنچه که ما میفهمیم، عبارت از این است که اصل این «إن قلت» ناشی از همان بحثی است که دیروز به آن اشاره کردیم که شیخ طوسی در مبسوط دارد که به شخص وکالت داده شده است که جاریهای بخرد و بعد هم به موکل منتقل بکند، شخص رفته و جاریه

را خریده است و بعد به موکل خود میگوید که من این جاریه را به بیست دینار خریدم. موکل هم میگوید که من به شما به اندازهی ده دینار وکالت داده بودم و این جاریه مال توست و به من منتقل نشده است. وکیل هم میگوید که شما به من گفتی که با بیست دینار جاریهی برای شما بخرم و این جاریه مال شماست. و خلاصه اینکه اختلاف در این است که این جاریه ملک وکیل است یا ملک موکل. آنطور که از کلام شیخ استفاده میشود، این شخص انکار توکیل میکند و برای اینکه طرف مقابل بتواند از این جاریه استفاده بکند، میگوید: اگر این جاریه مال من باشد، من به بیست دینار آن را به تو فروختم. از کلام شیخ انصاری استفاده میشود که شیخ طوسی این معامله را پذیرفته است و با توجه به اینکه بین سنیها در صحت این مسئله اختلاف وجود دارد، شیخ طوسی مایل به صحت شده است و این معامله را قبول کرده است. شهید اول میفرماید: ما آن تعلیقی را محل اشکال میدانیم که حالت منتظرهای در آن وجود داشته باشد که باید صبر بکنیم و یا تحقیق بکنیم تا مسئله روشن شود که به نظر ما در این نوع موارد به علت نبودن جزم کذایی عقد باطل است، اما در جایی که با انشاء مقصود حاصل میشود، چه معلقه مشکوک باشد و چه مقطوع العدم مثل این موردی که بیان شد، و شرطیتی وجود ندارد و بعد از انشاء یقیناً مقصود حاصل است و دیگر حالت غیر منتظرهای وجود ندارد، عقد صحیح است و اشکالی در

آن وجود ندارد. عبارت ایشان خیلی مندمج در إفهام مطلب است. ایشان می‌گویند: «هذا تعلیق علی واقع». اینطور نیست که معلق علیه واقع باشد، زیرا شخصی می‌گوید: من زن تو هستم، دیگری هم می‌گوید: تو زن من نیستی و ظاهراً هم فرض مسئله این است که زن مدخوله نیست. در اینجا شخص می‌گوید: اگر تو زن من باشی، من تو را طلاق دادم و با نفس همین انشاء، این مقصود حاصل میشود که آن شخص خود را زن این شخص نداند و این هم او را زن خود نداند و طرفین زوجیت را حساب نکنند. در چنین موردی حال منتظره وجود ندارد و هر دو مثالی که در عبارت ایشان ذکر شده است، مربوط به جایی است که موجب منکر معلقه است، نه اینکه معلقه را قبول داشته باشد. ظاهر تعبیر «تعلیق علی واقع» این است که معلقه واقع است، در حالی که مراد ایشان عبارت از این است که تعلیق بر حکمی شده است که نتیجهی این حکم وقوع مقصود است. چنین تعلیقی حاصل شده است و تعلیق بر مبنای حصول مقصود است و چنین تعلیقی اگر حالت منتظره و توقع حصول نداشته باشیم، کافی است. عبارت ایشان قدری خوش عبارت نیست، ولی با توجه به اینکه در دو مثالی که ایشان ذکر کرده‌اند، موجب منکر است، به نظر میرسد که مراد همین چیزی است که ذکر شد. بعضی این عبارت را معنی نکرده و بعضی دیگر هم به گونه‌ای معنی کرده‌اند که با ذیل عبارت تناسب ندارد. و اما راجع به ادله مطلب، یکی از ادله‌ای که علامه‌ی حلی ذکر کرده و شهید

اول آن را قبول کرده است، عبارت از این است که جزم معتبر است و جزم به این معنی است که شخص جازم باشد که اگر این کار را کرد، مقصود حاصل است و رضایت در عقد معتبر است و رضایت به شیئی که مشکوک است، معنی ندارد. صاحب جواهر هم قریب به این مطلب را بیان کرده و میفرماید که ظاهر «أوفوا بالعقود» عبارت از این است که عقد علت برای وجوب وفاء است و از همان موقع تحقق عقد این علیت تامه هم موجود است لازمی این مطلب عبارت از این است که عقدی لازم الوفاء است که منشأش فعلی باشد و از همان زمان تحقق عقد علیت تامه هم وجود داشته باشد تا در نتیجه معلولش هم از همان وقت وجد پیدا بکند. این فرمایش صاحب جواهر است که شیخ هم به این استدلال ایشان چهار - پنج اشکال وارد کرده است که بعضی از این اشکالات محکم است و بعضی محکم نیست. یکی از اشکالات محکم ایشان این است که درست است که امر به وفا به مجرد عقد میآید، ولی باید خود اوامر را هم مورد بررسی قرار بدهیم و اگر بنده بگوییم که شما فردا فلان کار را انجام بده، به این معنی نیست که طرف مقابل همین امروز امتثال امر بکند، بلکه باید طبق مقتضای امر امتثال بشود. لازمی اینکه امر لازم الامتثال است، این نیست که از همین الان شروع به امتثال بشود، بلکه باید مقتضای امر را مورد بررسی قرار بدهیم تا ببینیم که امر به چه چیزی تعلق گرفته است و طبق مقتضای آن عمل

بشود. «أوفوا بالعقود» می گوید: آنطوری که قرار بستید، مطابق همان قرارتان عمل کنید، اگر قرار شما مشروط به چیزی است، عمل شما هم باید مطابق همان باشد و اگر قبل از حصول شرط، عمل نکنید، وفاء به عقد نشده است. در «أوفوا بالعهد» هم انسان تعهد میکند که یک کاری را بعداً انجام بدهد و معنای وفای به عهد این است که بعداً آن کار را نکند، نه اینکه همین الان آن کار را انجام بدهد. «أوفوا بالعقود» هم همینطور است. پس بنابراین این اشکال ایشان وارد است و مطلب درستی است. شیخ میفرماید: علاوه بر این اشکال، اشکالات دیگری هم بر صاحب جواهر وارد است که یکی از این اشکالات عبارت از این است که صاحب جواهر که عقد را همان الفاظ و انشاء میداند، میگوید که ظاهر ادله عبارت از این است که باید انشاء و مُنشأ یکی باشد و مُنشأ فعلی باشد و قهراً اگر مُنشأ ما استقبالی باشد، ادله شامل آن نخواهد بود، اما اگر این فرمایش صاحب جواهر را بپذیریم که یک چنین ظهوری وجود دارد که باید مُنشأ فعلی باشد، زیرا عقد برای اسباب وضع شده است که عبارت از همان الفاظ ایجاب و قبول است، ولی بیع اینطور نیست و من اگر بگویم که این شیء را به شما تملیک کردم ده روز دیگر در مقابل فلان چیز، این مورد بعد از ده روز مصداق بیع میشود. پس بنابراین اینکه صاحب جواهر از «أوفوا بالعقود» اینطور استظهار کرده است که به جهت سببیت انشاء، باید بین انشاء و منشأ وحدت وجود داشته باشد، راجع به بیع \_ که



به معنای الفاظ نیست \_ صدق نمیکند و نمیتوانیم اینطور نتیجه‌گیری بکنیم که در باب بیع به مجرد انشاء، باید مُنشأ هم باشد و قهراً مورد استقبالی را خارج بکنیم. این معنی را در باب بیع نمیتوانیم بگوییم، زیرا ادله‌ی صحت بیع منحصر به «أوفوا بالعقود» نیست تا شما چنین مطلبی را بگویید. «أوفوا بالعقود» هم بیع را می‌گیرد، «أحل الله البيع» هم بیعی را که ملکیت بعداً محقق میشود را میگیرد. شیخ اشکالات دیگری را هم بر کلام صاحب جواهر وارد کرده است که بماند برای بعد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## اشکالات شیخ بر استدلال صاحب جواهر به «أوفوا بالعقود» برای بطلان تعلیق در بیع ۹۲/۰۲/۱۷

Your browser does not support the audio tag.

اشکالات شیخ بر استدلال صاحب جواهر به «أوفوا بالعقود» برای بطلان تعلیق در بیع بحث در کلام صاحب جواهر و ایرادات شیخ بر ایشان بود. صاحب جواهر فرمودند که از آیه‌ی «أوفوا بالعقود» اینطور میفهمیم که به حسب ظاهر عقد علت تامه برای حصول ملکیت و مبادله است و اگر شرطی بر خلاف این ظاهر باشد و عقد را از علیت بیاندازد، مخالف کتاب و سنت خواهد بود. از جواهر اینطور استفاده میشود که اگر عقد واقع شد، ملکیت و مبادله حاصل میشود و دیگر حالت منتظره وجود ندارد. اما اگر شخصی در عقد شرطی قرار بدهد و تعلیق بکند، این التزامی در مقابل کتاب و سنت است، زیرا کتاب و سنت میگوید که ملکیت و مبادله بلافاصله بعد از عقد میآید و تعلیق بر خلاف این مطلب است. شیخ در برابر این فرمایش صاحب جواهر میفرماید که مفاد «أوفوا بالعقود» عبارت از این است که هر جور قرار بستید، طبق آن عمل کنید. اگر قرار مطلق بستید،

ص: ۷۸۴

یا قرار منجز یا معلق بستید، طبق قرار خودتان عمل نکنید. بنابراین اینطور نیست که اگر کسی قرار تعلیقی بست، بر خلاف کتاب و سنت و خلاف مفاد «أوفوا بالعقود» باشد. این بیان شیخ، فرمایش درستی است، ولی شیخ اکتفاء به این مطلب نکرده و کلام صاحب جواهر را تعقیب کرده و اشکال دیگری بر کلام صاحب جواهر وارد میکند. شیخ در بیان اشکال دوم خطاب به صاحب جواهر میفرماید: شما فرمودید که ظاهر این است که عقد علت تامه در ملکیت و مبادله است و این عقد با انشاء به واسطه‌ی الفاظ ایجاب و قبول واقع میشود، در حالی که در بیع اینطور نیست و در بیع باید ظرف مُنشأ را مورد بررسی قرار بدهیم و ترتیب اثر حلیت نسبت به ظرفی است که ملکیت و مبادله در آن حاصل میشود و «أحل الله البيع» هم ناظر به معنای مسببی و خود معاملهای است که فعلیت پیدا میکند، یعنی این آیه ناظر به مُنشأ است که فعلیت پیدا میکند و قهراً اگر ما بپذیریم که «أوفوا بالعقود» دلالت بر این دارد که مقارن با انشاء باید ملکیت هم باشد، ولی در باب «أحل الله البيع» و «الناس مسلطون» و امثال اینها این مطالب درست نیست. این فرمایش شیخ است، ولی وجداناً آنچه که ما میفهمیم عبارت از این است که بیع عرفی از همان وقتی است که انشاء واقع میشود، نه در ظرف مُنشأ. همانطور که تحقق وصیت در حال حیات است، ولی مُنشأش بعد از حیات است، بیع هم میتواند همینطور باشد و شخص میگوید: من این شیء را در فلان تاریخ به

ص: ۷۸۵

تو تملیک کردم در مقابل فلان چیز. عرف همین انشاء را انشاء بیع میدانند، نه اینکه بگویند: بیع بعداً واقع میشود. در اجاره هم همینطور است و گاهی شخص میگوید: من منفعت فردا را به تو تملیک کردم و متفاهم عرفی هم عبارت از این است که اجاره همین الان واقع شده است، ولو اینکه منفعت متأخر باشد. پس بنابراین فرقی که شیخ بین عقد و بیع بیان کرده و بر صاحب جواهر اشکال کرده است که ما حرف شما در «أوفوا بالعقود» را پذیرفتیم، اما در بیع نمیپذیریم، درست نیست و هر دو یکی هستند. پرسش: آیا میتوانیم اینطور تعبیر کنیم که بیع فعل بایع است و مُنشأ فعل بایع نیست، بلکه معلول فعل بایع است؟ پاسخ: ممکن است این مطلب را بگوییم، مثل اینکه ممکن است انسان یک کاری بکند که بر اثر آن یک نفر کشته بشود و فاصله بین این کار و قتل افتاده باشد و تحقق قتل بعد از آن کار باشد و ممکن است کسی این را مدعی بشود. بالأخره این اشکال ایشان، اشکال علی حدّه و محکمی نیست. اشکال دیگر شیخ بر صاحب جواهر این است که اگر شما اینطور معنی بکنید، جداً تخصیص کثیر بر این آیه وارد خواهد شد. مرحوم سید یزدی در حاشیه اینطور معنی کرده است که در صرف و سلم علیت تامه نیست و بین انشاء و بیع فاصله وجود دارد. پس اشکال شیخ بر صاحب جواهر این است که اگر آیه را اینطور تفسیر بکنیم، تخصیص کثیر خواهد بود و کأن دوران امر بین این دو خواهد شد که لفظ را ظاهر

در علیت بگیرییم و قائل به تخصیص کثیر شویم، یا اینکه ظاهر در علیت نگیرییم و تخصیص کثیر هم پیش نیاید. پس بنابراین طبق فرمایش شیخ این تفسیر صاحب جواهر از آیه، بیمحذور نیست و موجب تخصیص کثیر خواهد بود که تخصیص صرف و سلم را هم سید مورد اشاره قرار داده است. البته اگر این تفسیر درست باشد، به هیچ وجه اشکال شیخ وارد بر صاحب جواهر نخواهد بود، زیرا علی کل تقدیر چه بنا بر تفسیر صاحب جواهر و چه بنا بر تفسیر شیخ، در هر دو صورت باید ملتزم به این تخصیص بشویم. بر اساس تفسیر صاحب جواهر که میگوید: باید بلافاصله باشد، در این موارد که فاصله وجود دارد، اشکالی در تخصیص نیست. شیخ هم که میگوید اگر یک چیزی منجز شد و عقد تعلیقی یا چیزی که در حکم تعلیقی است، در کار نبود، «أوفوا بالعقود» میگوید که اگر منجز شد، باید در همان وقتی که قرار گذاشتهاید، واقع بشود. در باب صرف و سلم هم طرفین تعلیق نمیکنند که یک طرف بگوید: من بعد القبض به تو فروختم و دیگری هم قبول بکند، بلکه از همان اول انشاء میکنند، منتهی به نفس این انشاء منجز، اثرش را بعد از قبض مترتب میکند و مطابق این امضاء نمیکنند، بلکه یک قیدی میزند. پس بنابراین این وجه مشترک است و اشکال خاصی بر صاحب جواهر وارد نیست و در هر دو صورت باید ملتزم به تخصیص بشویم. ظاهر این اشکال شیخ خیلی واضح البطلان است، ولی این احتمال وجود دارد که مراد ایشان از تخصیص کثیر نه تنها صرف و سلم...

پرسش: اگر متقضای «أوفوا بالعقود» این باشد که ملکیت باید بلافاصله بعد از قبض تحقق پیدا کند، این هم تخصیص میشود. پاسخ: می دانم، صاحب جواهر هم می گوید اگر منجز شد بله... پرسش:... پاسخ: شیخ انصاری میفرماید که شما انشاء هر طور قرار گذاشتید، امضای شرع هم مطابق با همان انشاء شماست. اگر معلق انشاء کردید، معلق است، اگر منجز انشاء کردید، منجز خواهد بود، ولی عرض ما این است که در باب صرف و سلم کسی تعلیق نکرده است و انشاء منجز است، ولی مع ذلك شارع میگوید که بعداً محقق میشود، پس این اشکال مشترک الورد است. البته بنده احتمال میدهم که نظر شیخ عبارت از این باشد که اگر قائل به معنای صاحب جواهر بشویم، هم صورت تعلیق و هم صرف و سلم از تحت «أوفوا بالعقود» خارج می شود و باید صورت تعلیق و صرف و سلم را تخصیص عام بدانیم، ولی اگر قائل به معنای شیخ شویم، فقط صرف و سلم خارج خواهد شد و کثرت تخصیص اختصاص به تفسیر صاحب جواهر خواهد داشت و در تفسیر شیخ قلت تخصیص خواهد بود. و در صورتی که شک در تخصیص مقدار زائد داشته باشیم، اخذ به تخصیص متیقن و مسلم کرده و اعتناء به تخصیص زائد نمیکنیم. لذا شیخ میفرماید که این اشکال بر کلام صاحب جواهر وارد است. پرسش: ممکن است عبارت شیخ را اینطور معنی کنیم که لازمه تفسیر صاحب جواهر این هست که عقود زیادی داشته باشیم که مفادش تعلیقی است. پاسخ: این اشکال را شیخ بعداً بیان میکند. یکی دیگر از اشکالاتی که شیخ بر کلام صاحب جواهر ایراد کرده

است، عبارت از این است که شما میگویید که در «أوفوا بالعقود» حالت منتظره وجود ندارد و از همان زمان عقد، مبادله و ملکیت حاصل است، در نتیجه بر این اساس شما میگویید که عقدی که شرط و معلقه آن متأخر باشد، حکم به بطلان آن میکنیم، ولی ادعای شما بالاتر از این است و میگویید که اگر تعلیق حالی باشد و کسی شک داشته باشد که معلقه حاصل است یا نه و واقعاً هم حاصل بوده باشد، باز هم شما باطل میدانید و این تقریب شما اخص از مدعاست و نمیتوانید با استدلال به این تفسیر از آیه این مورد را ابطال بکنید، زیرا عقد مترتب بر معلقه شده است، ولی بعد معلوم شده است که شرطش حاصل بوده است. پس بنابراین اگر شما تعلیق استقبالی را باطل میدانید، طبق این استدلال باید تعلیق حالی را صحیح بدانید. به نظر میرسد که این اشکال هم بر صاحب جواهر وارد نباشد، زیرا صاحب جواهر میگوید که ظاهر آیه عبارت از این است که خود عقد علت تامه است و اگر بخواهید یک شرطی را اضافه کرده و بگویید که بیع در این صورت موجب ملک است، این خلاف ظاهر «أوفوا بالعقود» است و ظاهر این آیه عبارت از این است که نفس العقد علت تامه است و مقتضای علت تامه عبارت از این است که تعلیق چه استقبالی و چه حالی هر دو باطل باشد. این فرمایش صاحب جواهر است و به نظر میرسد که این اشکال هم وارد نباشد. در نظر بزرگانی مثل شیخ، «من قال» تأثیر دارد و اعتقادی که ایشان مثلاً به

علامه و امثال ایشان داشته است، موجب این شده است که کلمات این بزرگان را توجیه بکند، اما نسبت به کلمات صاحب جواهر، هر چند توجیه روشنی داشته باشد، چنین توجیهی نمیفرماید. یکی دیگر از اشکالاتی که شده است، عبارت از این است که این عدم تفکیک ملکیت از انشاء که از ظاهر «أوفوا بالعقود» استفاده شده است، در بعضی از موارد تعلیق جاری نیست: «مع أنّ ما ذكره لا يجرى في مثل قوله: (بعثك إن شئت أو إن قبلت)، فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه»، در اینجا اثر عقد متخلف نیست و عقد بعد از حصول مشیت، با قبلت تمام شد و بلافاصله اثر عقد بار میشود. پس این صورت باطل نخواهد بود. این اشکال هم به صاحب جواهر وارد نیست، زیرا ایشان این مورد را صحیح میدانند و اگر عبارت ایشان را ملا حظه بفرمایید، میبینید که ایشان تمایل به صحت دارد و این نقض بر صاحب جواهر وارد نخواهد شد. اشکال دیگر هم عبارت از این است که: «مع أنّ ما ذكره لا يجرى في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، و ليس الكلام في خصوص البيع». در جواب این اشکال هم میتوانیم بگوییم که در اینگونه موارد قائل به تخصیص ادله میشویم و خلاصه اینکه اینها اشکالات محکمی نیست و در خیلی از عقود هم گفتهاند که تعلیق باطل است، هر چند در بعضی جاها مثل تدبیر و وصیت مسلماً صحیح دانستهاند، اما در خیلی از عقود دیگر تعلیق را باطل دانستهاند. خلاصه اینکه چند موردی که صحت تعلیق در آنها ثابت است را میتوانیم

از باب تخصیص بدانیم. خلاصه اینکه این اشکالات، چیزی نیست که وارد باشد و عمده همان اشکال اول است که کاملاً وارد و صحیح است. محصل بحث هایی که شده است، عبارت از این است که به نظر میرسد که عرف مساعد بر صحت تعلیق استقبالی در بیع، نکاح، طلاق و امثال اینها نباشد، البته در باب هبه \_ کما اینکه آقای خوئی هم مثال به هبه زده‌اند \_ میشود ادعاء کرد که اگر کسی بگوید: من چند روز دیگر احتیاجم به این شیء تمام میشود و بعد از این چند روز این شیء مال شما باشد، عرف چنین چیزی را قبول میکند و چنین انشائی غیر عرفی نیست. پرسش: ... پاسخ: اگر کسی بگوید: یک ماه بعد زن من باشد، چنین چیزی را عرف صحیح نمیداند. پرسش: در اجاره خیلی متعارف است که مثلاً از یک ماه دیگر خانه را به تو اجاره می‌دهم و الاذن قراردادها معمولاً این جور است. پاسخ: حالا آن را نمی‌دانم، به هر حال من بحث بیع را عرض می‌کنم و شاید عرف در بعضی چیزها مساعد باشد، ولی در بعضی مساعد نباشد. اگر کسی بگوید: وقتی که تو طلاق داده شدی، زن من باشی، عرف بر صحت چنین چیزی مساعد نیست و در باب بیع هم نسبت به استقبالی عرف مساعد نیست، ولی در مواردی که حالی است، منتهی مشکوک است، دلیل معتنیه بجز اجماع وجود ندارد و آن مقداری هم که ما مراجعه کردیم، قبل از شیخ طوسی هیچ اثری از این مطلب در کتابها وجود ندارد و اینکه شیخ طوسی به صورت «بلاخلاف» عنوان کرده است، ظاهرش این

است که کأن این مسئله معنون است و مخالفی ندارد و نظر شیخ این نیست که از باب سالبه به انتفاء موضوع باشد و اصلاً معنون نباشد که قهراً وقتی معنون نباشد، مورد خلاف هم نخواهد بود. نظر شیخ این نیست و کأن نظر ایشان اقلأ این است که مشهور قائل به چنین چیزی بوده‌اند. بنده مکرر عرض کرده‌ام که مراد از اجماعاتی که شیخ در خلاف بخصوص در چنین مواردی که اصلاً هیچ کسی مسئله را عنوان نکرده است، این است که شیخ کبریاتی را که به عقیده‌ی خودش مورد اتفاق میدانند، بر مسائل مورد بحث تطبیق کرده و نسبت به نتایج دعوای اجماع میکند. مثل اینکه ایشان میفرماید: چون دربارهی فلان مطلب روایاتی داریم و معارضی هم وجود ندارد، پس این مطلب دلالت دارد که این مسئله اجماعی است: «فدل علی اجماعهم علی ذلک»، هر چند که این مسئله را همه عنوان نکرده‌اند، ولی چون روایات را همه قبول دارند و معارضی هم وجود ندارد، بنابراین میگوییم که همه قائل به این نتیجه هستند. مثل اینکه گاهی از شما یک مسئله‌ای را میپرسند و شما جواب می‌دهید، بعد شخص سوال کننده دوباره میپرسد: آیا همه این جواب را میگویند؟ شما هم میگویید: بله، در حالی که خصوص آن مطلبی که سوال شده است، در کلمات دیگران وجود ندارد و به صورت کلی بیان شده است و شما این کلی را بر مسئله تطبیق میکنید. شیخ هم اینطور تطبیق کرده است. پرسش: آن کلی چه بوده است که ایشان تطبیق کرده است؟ پاسخ: نمیدانیم از چه چیزی استظهار کرده است. پرسش: .... پاسخ: بعضی ها می گویند



که تعلیق خلاف انشاء است، حال به هر دلیلی ولو اینکه بگوییم تحقق انشاء معلقاً محال است و بعضی از مقدمات مسئله جزء مسلمات است و ایشان همان مسلمات را منشأ قرار داده است. یا اینکه بگوییم که بطلان تعلیق بر اساس بنای عقلاء است و اشخاصی هم که متعرض نشده‌اند، این بنای عقلاء را قبول داشته باشند. پس بنابراین این اجماع به هو تمام نیست و هر مقداری که عرف مساعد بود و استنکار نکرد، صحیح می‌باشد و ما نمی‌گوییم که غلبه منشأ انصراف میشود و این مطلب اشکال‌داری است، دیگران هم در خیلی جاها می‌گویند که غلبه منشأ انصراف نیست و اصلاً چنین چیزی مستحیل است که بگوییم غلبه منشأ انصراف باشد، زیرا در تمام عام‌ها نسبت به یک صنف یک صنف غالب دیگری وجود دارد و اگر مثلاً شما بگویید که یک حکمی روی انسان رفته است، در همهی افراد انسان یک خصوصیتی وجود دارد که در دیگری نیست، پس باید بگوییم که از این فرد منصرف است و از آن فرد منصرف است! پس بنابراین در انصراف امور دیگری دخالت دارد و باید یک ارتکازاتی باشد که بر اساس یک تناسباتی موجب انصراف بشود، والا صرف اینکه این فرد، فرد نادری از عام است، منشأ انصراف نخواهد بود. در «اکرم العلماء» هم اعلم علماء یک فرد نادر است و باید بگوییم که از این فرد نادر انصراف وجود دارد! پس بنابراین یک مواردی وجود دارد که خود عرف هم گیر میکند و در آن موارد میشود ادعای انصراف کرد، زیرا گاهی بر اساس یک تناسباتی، بین بعضی از افراد با افراد

دیگر تفاوت وجود دارد. این بحث تمام شد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## اشترای تطابق بین ایجاب و قبول ۹۲/۰۲/۱۸

Your browser does not support the audio tag

اشترای تطابق بین ایجاب و قبول «و من جمله شروط العقد: التطابق بين الإيجاب و القبول فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد». یکی از شرایطی که اصلش واضح هست، منتهی در بعضی از جزئیاتش باید بشود، مسئله تطابق بین ایجاب و قبول است، زیرا بیع یک معامله طرفینی است و باید طرفین رضایت داشته باشند و رضایتشان هم منطبق بر یک مورد باشد والا اینکه یکی از طرفین به یک چیز راضی باشد و طرف دیگر هم به چیز دیگر، نه عرفاً و نه شرعاً به این مورد بیع گفته نمی شود. یکی از خصوصیات آنست که باید بین موجب و قابل رعایت بشود، مثنی است که وقتی موجب یک چیزی را مثنی قرار میدهد، باید قابل هم همان را قبول بکند. در مثنی هم همینطور است یا وقتی موجب چیزی را مثلاً به زید تملیک میکند، باید زید قبول بکند و در خصوصیت مشتری هم تطابق لازم است. همچنین در توابع عقد مثل شروط تطابق باید وجود داشته باشد. البته مراد از این شروط \_ که توافق در آن لازم است \_ شرط لغوی است، نه شرط اصطلاحی که التزام فی التزام است و دو التزام در آن هست: یکی التزام شرطی و یکی التزام عقدی. پس بنابراین مراد از شرط این است که وقتی موجب میگوید: من این شیء را به تو تملیک

ص: ۷۹۴

میکنم به این شرط، که این تملیک معلق بر این شرط شده است، قابل هم به همین شرط پذیرد، نه اینکه موجب به یک شرط ایجاب بکند و قابل هم به شرط دیگری قبول بکند که در این صورت درست نمیباشد. پرسش: ... تعلیق باید صحیح هم باشد؟ پرسش: ... چرا شما تعلیق التزام در ضمن التزام را می فرمایید خارج از بحث است؟ پاسخ: در این صورت عقد باطل نمیشود و شرط فاسد، مفسد نیست. پرسش: اصل عقد صحیح هست؟ پاسخ: بله، اگر التزام فی التزام باشد عقد صحیح است. یک التزام اصلاً معلق نیست و این التزام غیر معلق ظرف برای التزام دیگر است و وقتی آن التزام باطل شد، ظرف از بین نمیروند و در جای خودش ثابت است و موضوع برای حکم دیگری است که این موضوع در جای خودش باقی است و آن چیزی که بر روی آن بنا شده بود، باطل است ولی اصل این پایه درست است و بر جای خودش باقی است. شیخ برای توضیح مطلب در اینجا مثالهایی میزند. یکی از این مثالها این است که گاهی شخص ایجاب میکند، طرف هم وقتی میخواهد جواب او را بدهد، در جوابش با آنچه که موجب ایجاب کرده است، اختلاف پیدا میکند. موجب می گوید: من به موکل تو فروختم، طرف مقابل هم میگوید: من برای خودم قبول کردم. در اینجا مخاطب موجب، شخص قابل است، ولی قبول او مطابق با انشاء موجب نیست و این عقد به درد نمیخورد. گاهی بر عکس این مورد است که شخص نسبت به زید ایجاب میکند، ولی عمرو قبول می کند که در این صورت اگر

ص: ۷۹۵

عمرو طرف واقعی باشد و مطابق آنچه که موجب گفته است، قبول بکند، اشکال ندارد مثل اینکه شخص خطاب به زید بگوید: «بعت هذا من موکلک»، که خطاب به زید است که من این شیء را به موکل تو فروختم. زید در اینجا هیچ قبولی انجام نمی دهد، ولی موکل همین مطلبی که ایجاب شده است را قبول می کند و همین مقدار کفایت می کند. ولی در فرض اول که خود مخاطب می گوید «اشتریت لنفسی» و آنچه را که موجب گفته است را قبول نمی کند، فایده ندارد. البته یک مطلبی که باید عرض بکنم، عبارت از این است که گاهی وقتی شخص انشاء میکنند، از باب مثال خطاب می کند و خصوصیتی که در لفظ بیان شده است، مراد نیست، مثل اینکه فروشنده دست روی یکی از طرفها که همه به صورت ماشینی و یک دست ساخته شده اند - گذاشته و می گوید: این را به تو می فروشم به فلان مقدار. در چنین موردی ولو اینکه فروشنده دست روی یکی از این طرفها گذاشته است، ولی این ظرف خصوصیتی ندارد و مراد یکی از این ظرفهاست. متفاهم عرفی هم عبارت از این نیست که خصوصیتی در این مورد وجود داشته باشد و در این موارد هر چند که لفظ در یک مورد خاصی به کار رفته است، ولی مُنشئ از این لفظ خصوصیتی را اراده نکرده است و لذا لازم نیست که قبول بر خصوص همان مورد واقع بشود، زیرا میزان در انشاء همان چیزی است که مُنشئ قصد کرده است. ولی گاهی انشاء بر روی فرد خاصی می رود، اما اگر فرد دیگر مورد قبول واقع بشود، شخص باز هم

راضی است، مثلاً مقصود شخص انشاء فروش یک کتاب خاص است، ولی از نظر رضایت این کتاب با کتابهای دیگر مشترک است و شخص نسبت به هر دو راضی است. در این نوع موارد اگر بین آنچه که انشاء شده است، با آنچه که مورد قبول واقع میشود، اختلاف وجود داشت، ولی هر دو از نظر رضایت موجب مشترک بودند، بحثی وجود دارد که شیخ در باب فضولی آن مطرح کرده است که اگر کسی علم به رضا دارد و اجازه هم نگرفته است، آیا معامله اش صحیح است یا فضولی است؟ شیخ خیلی در این مورد بحث کرده است که آیا رضایت کافی است، یا باید انشاء هم باشد و رضایت تنها کفایت نمی کند؟ بنده مکرر این را عرض کرده ام که در امور غیر معاملی و غیر معاوضی، علم به رضا کافی است، مثل اینکه وقتی شما به منزل کسی می روید، بخواهید چیزی بخورید که در این صورت علم به رضایت کفایت می کند و لازم نیست که انشائی در کار باشد. ولی در معاوضات، انشاء رضا معتبر است، مثل اینکه اگر بخواهند برای کسی زن بگیرند و خود او چیزی نگفته باشد و برای او یک زنی که از هر جهت مطلوب است، انتخاب کنند، که هم قیافه اش خوب باشد، هم اخلاقش، هم خانواده اش، هم اندامش و هم مهریه اش سبک باشد و قطعاً هم شخص راضی است، صرف اطلاع و رضایت شخص برای وقوع زوجیت کفایت نمی کند. خلاصه اینکه علم به رضا در معاوضات کافی نیست و اگر بخواهند برای کسی خانه ای بخرند که از هر جهت مناسب است، هم محل خوب، هم قیمت خوب،

هم همسایه های خوب، هم فروشنده ی خوب و خلاصه از هر جهت مناسب باشد، اما شخص چیزی نگفته باشد، این معامله نمی ماسد و نمی توانیم چنین موردی را از فضولی بودن خارج بدانیم. پس بنابراین چون در معاوضات انشاء معتبر است، حتی به صورت استیذان- که از مقوله ی انشاء است- یا توکیل، صرف علم به رضا کفایت نمی کند، اما در جایی که خصوصیتی در منشأ نباشد و موجب از باب مثال به مورد خاصی اشاره کرده باشد، تطابق با آن مورد خاص لازم نیست، بخلاف جایی که منشأها مختلف است، ولی علم به رضا وجود دارد که چنین علمی برای وقوع معاوضات کفایت نمی کند. البته اگر شخص بعداً اذن بدهد، فضولی خواهد بود که با اذن تصحیح می شود. پرسش: در اینجا آیا آن کسی که برایش عقد شده است، مخالفتش مانع است، یا اذن بعدی اش شرط است، یعنی اجازه اش شرط است؟ پاسخ: اذن شرط است و زوجیت از اول واقع نشده است و اگر برای کسی زن گرفته باشند و او اطلاع نداشته باشد، اینها زن و شوهر نیستند، یا اگر برای کسی خانه ای خریده باشند و او اطلاع نداشته باشد و کسی که خانه را خریده است، از جانب او اذنی ندارد و وکیل او نیست، صرف رضایت او کفایت نمی کند. پرسش: با علم به رضایت باز هم واقع نمی شود؟ پاسخ: بنای عقلاء چنین چیزی را کافی نمی داند. پرسش:.... پاسخ: می گویم شرعاً و عرفاً منتقل نمی شود و برای اینکه نقل و انتقال حاصل بشود، بنای عقلاء صرف علم به رضایت را کافی نمی داند و باید انشاء وجود داشته باشد. «و وجه هذا الاشتراط واضح، و هو مأخوذ من

اعتبار القبول و هو الرضا بالایجاب»، منشأ این شرط (تطابق ایجاب و قبول) این است که چون در معاوضات قبول معتبر است، لازمه ی اعتبار قبول هم این است که این شرط به دنبال آن می آید. شیخ اشاره به عبارت «الرضا بالایجاب» فرموده است، ولی ما عرض کردیم که رضای تنها کافی نیست و خود انشاء هم لازم است. البته ایشان در باب فضولی خیلی این طرف و آنطرف زده است که آیا رضای تنها کافی است یا نه؟ «فحینئذ لو قال: بعتك من موكلك بكذا»، به مخاطب اینطور بگوید، مخاطب هم بگوید: «اشتریته لنفسی»، در این صورت «لم ینعقد». اما اگر به عکس این مورد، کسی مورد خطاب واقع بشود، ولی موكلش «قبلت» بگوید، همین مقدار در انعقاد بیع کافی است. «و لو قال: بعت هذا من موكلك، فقال الموكل الغير المخاطب: قبلت صح». میزان و معیار این است که آن کسی که قرار است نقل و انتقال نسبت به ملك او باشد، یا خودش یا وکیلش قبول بکند. «و كذا لو قال: بعتك»، همچنین اگر کسی ایجاب بکند و مخاطب هم به کس دیگری وکالت بدهد که قبول بکند، اگر وکیل قبول بکند، کفایت می کند، زیرا عمل وکیل هم از جانب موكل است و اگر مطابق با ایجاب موجب باشد، صحیح است و لو اینکه مخاطب موكل اوست، نه شخص وکیل. «و كذا لو قال: بعتك فأمر المخاطب و كيله بالقبول فقبل». ولی یک مورد دیگری هست که ایشان می فرمایند این موارد صحیح نیست. «و لو قال: بعتك العبد بكذا، فقال: اشتریت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ینعقد»، در این مورد موجب عبد را به

یک قیمت معینی ایجاب کرده است، ولی مخاطب نصف این عبد را به تمام ثمن یا به نصف ثمن قبول می کند که در این صورت معامله صحیح نیست، زیرا موجب با انشائی که انجام داده است، نصف عبد را نفروخته است و این انشاء انحلال به دو انشاء هم پیدا نمی کند که بگوییم کأن نصفش به یک انشاء و نصف دیگرش به انشاء دیگر است و تنها یک انشاء وجود دارد و اگر مخاطب بگوید: من نصف این عبد را قبول کردم، صحیح نیست، زیرا فروشنده کل این عبد را در یک انشاء ایجاب کرده است و چه بسا در بسیاری از موارد اگر بخواهند نصف یک چیزی را به نصف ثمن قبول بکنند، فروشنده حاضر به فروش نباشد، مثلاً گاهی معاملاتی انجام می شود که به صورت کلی ارزان تر است مثل فروش ده هزار متر زمین که اگر کسی بخواهد صد متر از این زمین را به یک صدم قیمت بخرد، راضی به این فروش نباشند. پس بنابراین در اینجا انحلالی در کار نیست که بگوییم نصفش را به نصف ثمن قبول بکنیم. «و کذا لو قال: بعثک العبد بمائه درهم فقال: اشتریته بعشره دینار». مالیت مائه درهم با عشره دینار یکی است، ولی صرف اتحاد مالیت کفایت نمی کند و باید در عین تطابق وجود داشته باشد. «و لو قال للاثین: بعثکما العبد بألف، فقال أحدهما اشتریت نصفه بنصف الثمن». این صحیح نیست که شخص بگوید: من این عبد را به شما دو نفر به ألف فروختم و یکی از دو نفر مخاطب بگوید: من نصفش را به پانصد می خرم، کافی نیست و این مورد

هم مثل مسئله ی سابق است و در این جهت فرقی نمی کند و شخص مجموع را ایجاب کرده است و فرقی ندارد که مخاطب یک نفر باشد یا دو نفر. این مسائل روشن است. «و لو قال کلُّ منهما ذلك لا یبعد الجواز»، اگر هر دو مخاطب بگویند که ما نصفش را به نصف قیمت خریدیم، بعید نیست که جایز باشد. مرحوم شهیدی می گوید که شخص در این صورت نسبت به کل ایجاب کرده است و انشاء واحد است و در این صورت که تبعیض شده است، تطبیق نمی کند و اشکال دارد و نسبت به فرض دیگری که شیخ می گوید: «فیه اشکال» هم می گوید که همه مثل هم اند. البته نسبت به این صورتی که شیخ فرمود: «لا یبعد الجواز»، اینطور نیست که بگوییم حتماً جایز است، زیرا در بعضی از فروض صحیح است و در بعضی از فروض باطل است. در فرضی که شخص می گوید این شیئی را به هزار تومان به شما دو نفر فروختم و هر با هم بگویند که ما قبول کردیم، یا یک نفر وکیل از دیگری باشد و از طرف خود و دیگری قبول بکند، در این فرض همه صحیح می دانند و حرفی در آن نیست. پس بنابراین در بعضی از فروض صحیح است و در بعضی از فروض معامله باطل است. در فرضی هم که تصریح به نصف و نصف شده باشد، صحیح است، زیرا وقتی شخص مجموع را به دو نفر می فروشد، ارتکازاً اینطور است که نصفش مال یک نفر و نصف دیگرش مال دیگری است، در مقابل این دو نصف، نصف پول را باید یک نفر و نصف دیگر



را هم دیگری بپردازد. اطلاق طبیعی ناظر به این معنای ارتکازی است، زیرا مرتکز عبارت از این است که هر مقداری نصیب هر کس شد، به همان مقدار باید پول ثمن را بپردازد و وقتی مثنی بالمناصفه باشد، ثمن هم به همان تناسب خواهد بود. با وجود چنین ارتکازی چه تصریح بشود و چه تصریح نشود، تفاوتی وجود ندارد. نظر موجب هم همین مطلب است، ولی اگر نظر موجب چیزی غیر از این مطلب باشد، محل اشکال خواهد بود، اما در اینجا هم نظر موجب بر این مطلب است و هم نظر قابل و گاهی هم به این معنای ارتکازی تصریح می شود. پس بنابراین به نظر می رسد که در این فرض اشکالی وجود نداشته باشد. پرسش: در واقع شیخ می خواهد بگوید: وقتی من به دو نفر می خواهم بفروشم، در واقع این را به شما می فروشم به شرطی که نفر دوم هم قبول بکند، ولی شخص نصفش را قبول می کند، چه به نفر دوم فروخته شده باشد یا فروخته نشده باشد. پاسخ: اگر بر خلاف ارتکاز اختلاف داشته باشند و ظهور در این امر ارتکازی وجود نداشته باشد، اشکال خواهد داشت. پرسش: چرا اشکال پیدا می کند؟ پاسخ: اگر مهمله باشد که این نمی داند چه مقدارش را طرف مالک بشود و چه مقدار پول را او باید بدهکار این باشد، باطل است و باید طرفین روشن باشند. پس اینطور به نظر می رسد که اگر این تصریح به همان ارتکازی باشد، صحیح است، اما اگر ارتکازی نباشد و یا این مورد تصریح به آن معنای ارتکازی نباشد، اشکال پیدا می کند. پرسش: اگر نصف باشد باعث اشاعه نمی شود؟ پاسخ:

اشاعه اشکالی ندارد و مانعی برای مشاع فروختن وجود ندارد. پرسش: معمولاً راضی نیستند. پاسخ: نه آقا، وقتی به دو نفر می فروشند، اشاعه است و اگر هر دو قبول بکنند هم اشاعه است. اشاعه در اینجا مفروض الوجود است و مشکلی ندارد. یک فرض دیگری عبارت از این است که بایع بگوید: «بعتک العبد بمائه»، مشتری هم بگوید: من هر نصف از این را به پنجاه خریدم. ایشان می فرماید که کأن این قبول برگشت به این است که همه اش را به صد تومان خریدم و این عبارت اخراى همان قبول کل است و صحیح است، ولی بعد می فرمایند که «فیه اشکال». این فرض محل اشکال است، زیرا ما عرض کردیم که اگر کسی یک زمین ده هزار متری را به یک پولی می فروشد، انحلالی در کار نیست که شخص یک صدم آن را به یک صدم ثمن بفروشد، بلکه کل مثنی به کل ثمن فروخته می شود و در خیلی مواقع شخص حاضر نیست که بعضی از آن زمین را به بعضی ثمن بفروشد. پس بنابراین چون در اینجا انحلال نیست و شخص کل را به کل می فروشد، قهراً تطابق بین ایجاب و قبول نخواهد بود و یک چنین فرضی محل اشکال است، لذا ایشان می فرمایند: «فیه اشکال». این فرمایش ایشان درست است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### اشراط اهلیت متعاقدين در زمان عقد ۹۲/۰۲/۲۱

Your browser does not support the audio tag

اشراط اهلیت متعاقدين در زمان عقد در بحث تطابق بین ایجاب و قبول یک مسئله ی جزئی مانده است که به آن نپرداخته ایم و آن عبارت از این است که اگر بین ایجاب و قبول تفاوت اطلاق و تقییدی وجود داشته باشد، مثلاً ایجاب مطلق باشد،

ص: ۸۰۳

ولی قبول مقید به یک قیدی باشد، یا بر بالعکس، چه حکمی دارد؟ آیا این صورت هم به جهت نبود تطابق بین ایجاب و قبول اشکال دارد؟ به نظر می رسد که این اختلاف مضرّ نباشد، مثلاً اگر بایع بگوید: اگر امروز روز جمعه است، من این شیء را به شما به فلان قیمت فروختم، طرف مقابل هم بگوید: من قبول کردم. در اینجا رضایت و قبول علی وجه الاطلاق است، منتهی ایجاب بایع مقید به روز جمعه است، یا به عکس این مسئله، بایع بگوید: من این شیء را به شما فروختم، طرف مقابل هم بگوید: امروز که روز جمعه است، من قبول کردم با این قید، و خلاصه اینکه طرفین راضی به وقوع این معامله هستند و به نظر می رسد که بر اساس بنای عقلاء هم صحیح باشد و اینطور نیست که اگر روز جمعه نباشد، خریدار حاضر به خرید و فروشنده حاضر به فروش نباشند. پس بنابراین وقتی شرط حاصل است و طرفین هم راضی اند، کفایت می کند، چه این شرط زمانی ذکر شده باشد، یا ذکر نشده باشد و به نظر می رسد که این مورد صحیح باشد. پرسش: اگر حاصل نبود چطور؟ پاسخ: اگر حاصل نباشد که فایده ندارد. پرسش: این قید توضیحی هست، قیدیت ندارد. پاسخ: نه، قیدیت دارد و اگر جمعه نبود، بایع حاضر به فروش نبود و به جهت ثوابش -مثلاً- می فروشد، یا طرف مقابل برای یک خصوصیتی که در این روز هست، می خرد و این قید توضیحی نیست، منتهی شرطی است که حاصل است. بنابراین اگر کسی یک چیزی را به دو نفر بفروشد و بگوید که مثلاً من این

ص: ۸۰۴

عبد را به صد دینار به شما دو نفر فروختم، در اینجا بایع حاضر نیست که نصف تنها را به نصف قیمت بفروشد و فروش نصف به این قید است که نصف دیگر را هم نفر دوم بخرد، منتهی این قید حاصل است و رضایت یکی از طرفین عقد مقید و رضایت طرف دیگر مطلقه است و قهراً چون این قید حاصل است، طرفین راضی به وقوع عقد هستند و به نظر می رسد که صحیح است و شیخ هم صحیح دانسته است و اینطور نیست که یک از دو مخاطب بگوید: من نصف این عبد را به نصف ثمن خریدم و کاری ندارم که نفر دوم نصف دیگر را بخرد یا نخرد. بحث دیگری که شیخ در بیان شرایط بیع عنوان کرده است، عبارت از این است که بایع و مشتری از اول انشاء موجب تا آخر قبول مشتری باید صلاحیت داشته باشند، بایع صلاحیت ایجاب و مشتری صلاحیت قبول داشته باشند. مدعای شیخ عبارت از این است که از شروع ایجاب تا اختتام قبول باید بایع و مشتری صلاحیت ایجاب و قبول داشته باشند و غیر از اینکه موجب باید صلاحیت ایجاب داشته باشد و بحث در آن نیست، قابل هم باید صلاحیت قبول داشته باشد و از زمان ایجاب تا آخر باید هر دو صلاحیت داشته باشند و غیر از زمان خودشان، در زمان های بعدی هم باید این صلاحیت وجود داشته باشد. بعد ایشان می فرماید که اگر در زمان ایجاب، مشتری صلاحیت قبول نداشته باشد، مثلاً بیهوش باشد، یا عقلی درستی نداشته باشد و امثال اینها، یا اینکه بایع در زمان قبول از

صلاحیت بیافتد، مثل اینکه خوابش ببرد، یا بمیرد، یا دیوانه بشود و یا مشکل دیگری برایش پیدا بشود که دیگر شرعاً بیع برای او صحیح نباشد، در این صورتها عقد صحیح نیست و وجهش عبارت از این است که در یک صورت اصلاً معاهده تحقق پیدا نمی کند، در حالی که بیع یکی از اقسام معاهده است و در بعضی از صور هم معاهده وجود دارد، اما صحت ندارد و قهراً در بیع باید هم معاهده باشد و هم صحیح باشد. بعد ایشان می فرمایند که در صورتی که اصلاً صلاحیت خطاب وجود ندارد مثل اینکه مشتری دیوانه یا مغمی علیه است، اصل معاهده باطل است، یعنی یک چنین قراری بسته نشده است و در معاهده وقتی یکی طرف عقد می کند، باید طرف دیگر صلاحیت خطاب داشته باشد تا معاهده محقق بشود و در غیر این صورت اصلاً معاهده محقق نمی شود. ولی گاهی صلاحیت برای خطاب وجود دارد، مثل اینکه شخص عاقل است، ولی شرع مقدس او را موقع ایجاب صالح نمی داند، اما در وقت قبول صالح است، مثل اینکه شخص در هنگام ایجاب مفلس باشد، اما در هنگام قبول از افلاس بیرون بیاید، یا در هنگام ایجاب رشد نداشته باشد و بعداً رشد پیدا بکند که در این موارد شخص صلاحیت خطاب دارد، ولی شرع او را برای انشاء صالح نمی داند که در این صورت هم فایده ندارد. یا اینکه در بعضی از صور بعد از اینکه ایجاب واقع شده است، در هنگام قبول، موجب مثلاً محجور شده است و شرع می گوید که در این موارد من اجازه نمی دهم و هر چند معاهده عرفاً محقق است، ولی

فاقد شرط صحت است و در نتیجه معاقده باطل می شود. البته ظاهراً در عبارت شیخ یک جابجایی واقع شده است و گاهی در استنساخ یک قسمتی از عبارت از قلم می افتد و شخص آن را در حاشیه می نویسد و وقتی می خواهند چاپ بکنند، متوجه نمی شوند که این قسمت از کجا افتاده است و عبارت در چاپ یا استنساخ جابجا می شود. در عروه هم چنین مواردی خیلی طبیعی است و در غالب استنساخ هایی که شده است، چنین اشتباهاتی واقع شده است و گاهی یک مستنسخ عادی نمی تواند جای اصلی یک حاشیه را تشخیص بدهد و نیاز به تخصص دارد. عبارت شیخ هم در اینجا غلط نیست، ولی به نظر می رسد که متعارفاً نباید اینطور باشد و خیلی احتمال وجود دارد که جابجایی در عبارت ایشان شده باشد یا خود شیخ غفله خواسته است که استدارک بکند و خلاصه اینکه عبارت خیلی روشن نوشته نشده است. عبارت ایشان این است: «و من جمله الشروط فی العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله فی حال يجوز لكل واحدٍ منهما الإنشاء فلو كان المشتري فی حال إيجاب البائع غیر قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابليه الإيجاب، لم ینعقد. ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم کونهما قابلین للتخاطب کالموت و الجنون و الإغماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنی المعاقده و المعاهده حينئذٍ». بعد از این عبارت ایشان یک استداراکی کرده و می گوید که وصیت از عقود است و به نظرم مشهور از عقود می دانند و وقتی شخص موصی الان وصیت می کند، ممکن است اصلاً موصی له- که وصیت به او می شود- متولد نشده باشد یا

تازه به دنیا آمده باشد، یا اصلاً دیوانه باشد و امثال آن، که بعد از وفات این فرد، شخص صالح برای قبول این وصیت می شود که همین مقدار کفایت می کند با اینکه در وقت ایصاء صلاحیت قبول نداشته است و همین که بعد از فوت صلاحیت قبول پیدا کرده است، کفایت می کند و لازم نیست که در زمان انشاء موصی هم این صلاحیت را داشته باشد. پرسش: ... پاسخ: این نقض در اینجا وارد شده است و ایشان می فرمایند که در جاهایی که ایجاب و قبول رکن در عقد است و عقد مرکب از این دو جزء می باشد، نبود هر کدام موجب بطلان عقد است، اما در مواردی که اینطور نیست مثل وصیت که با ایجاب انشاء ملکیت می شود، منتهی شرط تأثیر این ایجاب قبول طرف است، نه اینکه وصیت مرکب از این دو باشد، در اینگونه موارد اشکالی ندارد. بنابراین ایشان می فرمایند که در باب بیع که مرکب از ایجاب و قبول است، اگر موجب کنار رفتن یا مرد، دیگر وارث او نمی تواند جایگزین موجب بشود، زیرا هر دو رکن در بیع هستند، اما در باب وصیت اگر شخص بمیرد و بعد طرف مقابل که قبلاً رد کرده است، بخواهد قبول بکند، کافی است و باطل نمی شود و اگر هم موصی له بمیرد، ورثه اش وارث می برند و وارث می شوند و همین شاهد بر این است که ایجاب و قبول در اینجا به عنوان دو رکن نیست، بلکه آنچه نقش دارد، همان ایجاب موصی است، منتهی شرط صحت این ایجاب عبارت از این است که قبول هم واقع بشود. و خلاصه اینکه ایشان می فرماید که در این مورد

اشکالی وارد نمی باشد: «و أمّا صحّہ القبول من الموصی له بعد موت الموصی، فهو شرط حقیقه، لا رکن؛ فإنّ حقیقه الوصیه الإیصاء، و لذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه»، وارث به جای موصی له می نشیند. «و لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك». این شاهد برای عدم رکنیت است، زیرا اگر در جایی قابلیت نباشد، معاهده و عقدی نخواهد بود. «و إن كان لعدم الاعتبار برضاهما». صلاحیت خطاب را دارد، ولی شرع یا عرف این رضایت را کافی نمی داند، مثل رضایت عبد یا فرد نابالغ که کافی نمی داند، ولی در هنگام قبول بالغ می شود و شرایط بیع را پیدا می کند، ولی در زمان انشاء این شرایط را نداشته است. «و إن كان لعدم الاعتبار برضاهما». لذا قابلیت در کار نیست. چرا اینطور است؟ «فلخروجہ أيضاً عن مفهوم التعاقد و التعاقد؛ لأنّ المعتر فيه عرفاً رضا کلّ منهما لما ینشئه الآخر حين إنشائه». آنچه را که عرف در صحت لازم می داند، رضایت هر کدام در زمانی است که دیگری انشاء می کند و قهراً وقتی رضایت شخص اعتبار نداشت، قهراً معاهده ای باطل خواهد بود. «کمن یرض له الحجر بفلسٍ أو سفّهٍ أو رقّ لو فرض أو مرض موت». من خیال می کنم که این عبارت: «کمن یرض له الحجر بفلسٍ...» به دنبال عبارت: «و إن كان لعدم الاعتبار برضاهما کمن یرض له الحجر بفلسٍ أو سفّهٍ أو رقّ...» بوده است و این ترتیبی که در این عبارت آورده شده است، تعبیر فصیح نیست و عبارت شیخ یک قدری پس و پیش شده است. پرسش: این حاشیه نگاری هایی که اینطور خلط می شود، بیشتر در مثال آوردنها و

توضیحات و امثال آن است. پاسخ: ایشان می خواسته است که مثال بزند، ولی بعداً به ذهنش آمده است، حال یا خودش جابجا قرار داده است، یا در حاشیه نوشته است و مستنسخین متوجه نشده اند، زیرا این شکل عبارت خیلی غیر متعارف است. اما راجع به اینکه این مطلب تمام است یا تفصیل در آن وجود دارد، راجع به این بحث به حاشیه ی سید مراجعه بکنید. آقای خوئی هم در اینجا بحثی دارند که قدر متیقن به این دو مراجعه بکنید، اما بهتر است که به کتب دیگر هم مراجعه بکنید. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## اقوال در اشتراط اهلیت ایجاب و قبول در کل زمان عقد ۹۲/۰۲/۲۲

.Your browser does not support the audio tag

اقوال در اشتراط اهلیت ایجاب و قبول در کل زمان عقد شیخ بعد از بیان اینکه باید قابلیت مشتری و بایع از شروع ایجاب تا ختم قبول باقی باشد، می فرماید: کأن یک مسلماتی وجود دارد که به استناد آن مسلمات باید قائل به این مطلب شد و یکی از این مسلمات عبارت از این است که اگر کسی ایجاب کرد و بعد ایجاب خودش را قبل از تحقق قبول فسخ کرد، ایجاب اول او مثل «لا- ایجاب» است و چنین مطلبی مسلم است و کاشف از این مطلب است که بقاء التزام موجب تا زمان قبول معتبر است و صرف اینکه در یک زمانی ایجاب کرده است، کفایت نمی کند و بنابراین چون ایجاب تا زمان قبول ادامه پیدا نکرده است، کالعدم به حساب می آید و همین مطلب شاهد بر این است که باید قابلیت و شرایط موجب تا آخر باقی باشد. نسبت به مشتری هم اگر در زمانی که موجب ایجاب می کند، شخص قابل راضی نباشد،

ص: ۸۱۰

یا رضایت او را شارع ک\_ «لارضایت» به حساب بیاورد، مثل کسی که صغیر است و امثال آن، در این صورت هم این رضایت ها به درد نمی خورد و از این مطلب هم کشف می شود که در مشتری هم صلاحیت قبول از اول ایجاب تا زمان قبول معتبر است و شخص باید از اول ایجاب تا آخر قبول، قابلیت قبول را داشته باشد، یعنی راضی باشد و رضایت او هم مورد امضاء شرع باشد. این فرمایش ایشان است. مرحوم سید در اینجا قائل به یک تفصیلی شده و می فرماید: این کلام شیخ به نحو کلیت تمام نیست و مطلب نخست ایشان که فرمودند: وقتی موجب ایجاب می کند، باید تخاطب صحیح باشد و اگر تخاطب صحیح نباشد و طرف مقابل در هنگام قبول صلاحیت خطاب را پیدا نکند، فایده ندارد، این فرمایش ایشان درست است، اما بیان دوم ایشان که فرمودند: در صورتی که رضایت نباشد، یا رضایت مورد امضاء شرع نباشد، عقد صحیح نیست، این فرمایش ایشان درست نیست و هیچ کدام از این موارد مانع از صحت عقد نمی شود و هر کدام از دو طرف اگر در هنگام عمل قابلیت داشته باشند، کافی است. این فرمایش سید است و بعد هم ایشان یک شاهدی ذکر کرده و می فرمایند: در بین عقد لازم و عقد جایز در جهت معاقده بودن یا نبودن، هیچ فرقی نیست و هر دو معاقده هستند و در عقد جایز اگر کسی بعد از ایجاب و قبل از قبول طرف مقابل بخواهد، طرف مقابل هم بعداً قبول بکند، کفایت می کند. پس بنابراین در معاقده معتبر نیست که طرفین تا آخر معاقده، شرایط

ص: ۸۱۱



ایجاب و قبول را داشته باشند. مرحوم آقای نائینی - بنابر نقل آقای خوئی - می فرمایند: این شرطیتی که شیخ قائل به آن شده است که طرفین معاهده باید تا آخر شرایط ایجاب و قبول را داشته باشند، احتیاج به استدلال به برهان ندارد و «قضایا قیاساتها معها»، بعد هم چند کلمه در دنباله ی این مطلب بیان می کنند. البته اینکه ایشان فرموده اند: «قضایا قیاساتها معها»، جای سؤال دارد که چطور این مسئله اینقدر بدیهی است، در حالی که این همه اختلاف نظر وجود دارد؟! آقای خوئی هم چنین اشکالی را بر ایشان وارد کرده اند. اما به نظر می رسد که شاید مقصود آقای نائینی این باشد که گاهی تصور برخی از امور مساوق با تصدیقشان است، منتهی گاهی عدم تصدیق در اثر عدم تصور درست مسئله است و اگر درست تصور بشود، تصدیق هم به دنبال آن خواهد آمد و دیگر احتیاجی به استدلال زاید بر تصور نخواهد بود. در بعضی از مباحث علمی اختلاف نظر پیدا می شود، ولی منشأ اختلاف نظر عدم تصور درست از مسئله است که منجر به عدم تصدیق شده است. آقای نائینی چنین ادعایی می خواهد بکند که اگر کسی درست مسئله را تصور بکند، تصدیق هم به دنبالش خواهد آمد و کأن دیگران که خوب این مسئله را تصور نکرده اند. بعد ایشان چند کلمه در این باره بیان می کند که برای شما بخوانم و ببینیم که آیا واقعاً انسان اگر این موضوع را تصور بکند، مساوق با آن تصدیق هم خواهد آمد یا نه؟ ایشان می فرماید: «ذکر شیخنا الاستاد قدس سره أن اشراط ذلك فقدان المناط من القضايا التي قیاساتها معها،

لأنَّ العقد لا ينعقد إلا بفعل الاثنین». خوب اینکه معلوم است که در عقد باید دو نفر باشند. «فلو فقد حين إنشاء أحدهما شرائط العقد فوجودها سابقاً أو لاحقاً لا أثر له». درست است که در عقد باید هر دو باشند، اما لازمه ی این مطلب این نیست که زاید بر اینکه هر کدام باید در موقع کار خودش قابلیت داشته باشد، قابلیت در موقع کار طرف دیگر هم داشته باشد. آیا در معنای کلمه ی عقد چنین چیزی وجود دارد؟ مثلاً- وقتی یک مسجدی را بنا می کنند و بنای مسجد به صورت تدریجی انجام می شود، هر کسی که نقشی در ساخت این بنا دارد، به وقت خودش نیروی خود را بکار می برد و لزومی ندارد که همه ی کسانی که در ساخت مسجد مشارکت دارند، از اول کار تا آخر آن قدرت و صلاحیت بنا را داشته باشند، بلکه هر کدام باید در زمان کار خودشان صالح برای آن کار باشند. در عقد هم همینطور است و اینطور نیست که اگر عقد فعل اثنین است، اقتضاء بکند که هر دو نفر از اول تا آخر کار صالح باشند و چنین چیزی بدیهی باشد. خلاصه اینکه این فرمایش ایشان که «قیاساتها معها» تمام نیست. در ادامه هم ایشان می فرماید: «و مجرد تحقق الشرط حين إنشاء الآخر لا يفيد بعد كون إنشاءه جزء للعقد». استدلال ایشان اینطور است که اگر یک چیزی جزء مرکبی شد، هر کسی که می خواهد این جزء را انجام بدهد، باید از اول تا آخر عقد قابلیت داشته باشد. «لا إيقاعاً مستقلاً، فلو كان المشتري حين إنشاء البائع نائماً لا يصح العقد، و كذلك العكس». این

استدلال ایشان است، ولی ما این استدلال را نمی فهمیم و غالباً ما از استدلال هایی که می شود، سر در نمی آوریم و این استدلال ایشان هم برای ما قابل فهم نیست. و اما اینکه مرحوم کلام مرحوم سید را نقل کرد که سید بین موردی که باید در زمان ایجاب، صلاحیت خطاب وجود داشته باشد و موارد دیگر قائل به تفصیل شده است، احتمال می دهم که روی همین جهت ایشان صلاحیت را شرط دانسته و می فرماید که وقتی گفته می شود: بعثک هذا به، چنین چیزی را نمی توانیم به دیوار بگوییم و باید در طرف مقابل فرد صالحی وجود داشته باشد که انسان به او بگوید: این شیء را به تو به فلان قیمت فروختم. و قهراً اگر در هنگام ایجاب طرف مقابل صلاحیت نداشته باشد، چنین کاری لغو و بیهوده است که بگوییم: این شیء را به تو فروختم. خلاصه اینکه سید این مطلب را قبول می کند که عقد و معاهده شامل صورتی که طرف مقابل در هنگام انشاء صلاحیت نداشته باشد، نمی شود. جواب این فرمایش ایشان عبارت از این است که در باب بیع لزومی ندارد که انسان خطاب بکند، بلکه می شود اینطور گفت: که من این شیء را به زید فروختم، که در این صورت اگر زید هم متوجه او نباشد، بعد او را متوجه می کنند و او هم قبول می کند. چه دلیلی داریم که بگوییم: حتماً باید در زمان ایجاب صلاحیت خطاب وجود داشته باشد؟! چنین چیزی لازم نیست. پرسش: چون وقتش گذشته است. پاسخ: نگذشته است. به چه دلیل گذشته؟ این مسئله مثل آنجایی است که شخصی یک قسمت از ساختمان را ساخته

است و وقتی شخص دیگری می خواهد ادامه بدهد، بگوییم که این شخص دوم باید از اول نیروی ساخت را داشته باشد! ما می گوییم که چنین چیزی لازم نیست، بلکه همین که در زمان کار خودش این قابلیت را داشته باشد، کافی است. اصلاً مورد بحث در همین مسئله است که آیا همان وقت باید قابلیت وجود داشته باشد، یا نه و این عین مدعی است و نمی شود مدعی را به عنوان دلیل ذکر کرد. خلاصه اینکه چنین شرطی معتبر نیست و علاوه بر این ممکن است کسی ادعاء بکند که این خطابی که واقع شده است، در عالم اعتبار باقی است و بقاء دارد و اگر در حال حدوث خطاب، مخاطب صلاحیت نداشته است، یا گوشش سنگین بوده یا حواسش پرت بوده است، ولی این خطاب بقاء ادامه دارد و وقتی مخاطب شنید، می تواند آن را قبول بکند و هیچ اشکالی هم وجود ندارد. پس بنابراین طبق فرمایش مرحوم سید باید در هنگام ایجاب، صلاحیت خطاب وجود داشته باشد، اما آقای خوئی بر عکس این مطلب را می فرمایند که باید موجب صلاحیت التزام موجب بودن خودش را تا وقت قبول داشته باشد، ولی در قابل چنین چیزی شرط نیست، زیرا عرض کردیم که در عقد دو التزام مرتب وجود دارد و اگر عقد بخواهد درست باشد، باید التزام موجب باقی بماند و بقاء داشته باشد و هر چند در زمان حدوث ایجاب، طرف مقابل صلاحیت التزام نداشته است، ولی چون ایجاب بقاء دارد، وقتی که می خواهیم ترتیب اثر بدهیم، التزام قبول مرتبط به آن می شود و اشکالی در این مطلب وجود ندارد. ولی اگر موجب

از صلاحیت خارج شد، چون ما می خواهیم التزام ها را به هم مرتبط بکنیم، التزامی اول وجود ندارد تا ما التزام دوم را به آن مرتبط بکنیم و در نتیجه عقدی منعقد نمی شود که قبلاً شیخ هم مثال زده بود که اگر موجب بعد از ایجاب و قبل از قبول طرف مقابل، فسخ کرد، این ایجاب کـ «لایجاب» خواهد بود و صرف حدوث ایجاب کافی نیست، بلکه باید بقاء هم داشته باشد. پس بنابراین بر اساس تقریب شیخ ـ که آقای خوبی هم قبول کرده اند ـ موجب باید تا وقت قبول قابل، صلاحیت ایجاب داشته باشد. عرض ما این است که هیچکدام از این مطالبی که گفته شد، معتبر نیست و آنچه که معتبر است عبارت از این است که هر کدام از طرفین در هنگام انجام کار خودشان واجد قابلیت برای آن کار باشند. در مثالی که شیخ بیان کرده است و آقای خوئی هم بر اساس همین مثال حکم کرده است، فرق بین دو مورد روشن نشده است. یک مورد عبارت از این است که موجب بعد از ایجاب، از ایجاب خودش عدول کرده باشد، اما مورد دیگر عبارت از این است که موجب از ایجاب خود عدول نکرده است، ولی این ایجاب در تصور او نباشد، مثل اینکه اگر کسی اذن تصرف به شما بدهد و بعداً از اذنی که داده است، منصرف بشود، اذن او کـ «لا اذن» است و شما حق تصرف ندارید، اما در صورتی که شخص اذن داده و از اذن خود هم عدول نکرده است، ولی این اذن دادن در تصور او نیست، همان اذن اول استدامه ی حکمی خواهد داشت، مثل

نیت در نماز که استدامه ی حکمی دارد. در مورد مسئله هم اگر موجب از ایجاب و رضایت خودش برگردد و عدول بکند، دیگر عقد درست نخواهد بود، اما اگر موجب عدول نکرده باشد، استدامه ی حکمی دارد و هیچ اشکالی در انعقاد عقد و قبول طرف مقابل وجود ندارد، هر چند در زمان حدوث ایجاب، شخص قابل صلاحیت قبول را نداشته است. مثلاً در مواردی که باید هر دو طرف امضاء بکنند، یک طرف می خوابد و می گوید که بروید و این نامه را به امضاء فلان کس برسانید، طرف مقابل هم امضاء می کند و لازم نیست که در هنگام امضاء او، این شخص هم بیدار باشد. البته اگر تا زمان امضاء طرف مقابل عدول کرده باشد، دیگر اعتبار نخواهد داشت. پس بنابراین در این مسئله بین جایی که عدول و فسخ قبل از قبول واقع می شود و جایی که شخص عدول نکرده است و مثلاً خوابیده است یا بیهوش شده تفصیل واقع نشده است، در حالی که حکم این دو صورت متفاوت از هم می باشد. در بحث شاهد هم در جایی که باید دو نفر شهادت بدهند، اگر یکی از شهود شهادت داد و بعد هم سکت کرده، بعداً هم شاهد دیگر شهادت داد، کفایت می کند و لازم نیست که شاهدین با هم شهادت بدهند. البته اگر شاهد اول از حرف خودش برگشته باشد، دیگر شهادت دوم بی ارزش خواهد بود و خلاصه اینکه بین این دو مطلب خلط شده است. پرسش: اگر یقین داشته باشیم که اگر از او پرسیم، می گوید: که نمی دانم چکار می کنم، چطور خواهد بود؟ پاسخ: آن فرض دیگری است. بحث عبارت از

این است که این آقایان می خواهند استدلال بکنند که در این صورت هایی که بیان شد، ایجاب و قبول کفایت نمی کند، ولی ما می گوئیم که کافی است. پرسش: ... پاسخ: حالا- یا ظاهری یا واقعی، اماره یا غیر اماره باشد، خلاصه اینکه امور با همین مطلب می چرخد و باید هر کدام در ظرف خودش صالح باشد، اگر شخصی می خواهد شهادت بدهد، باید صالح باشد، عادل باشد و اگر یک آن بعد از شهادت فاسق شد، اینطور نیست که بگوئیم از اعتبار افتاده است، همانطوری که در مواردی که شخص از مذهب خارج شده است، می گویند: باید ببینیم که در زمان نقل روایت آیا استقامت داشته است یا از مذهب خارج بوده است؟ پرسش: شهادت با این مسئله فرق دارد. پاسخ: فرقی ندارد. پرسش: شهادت واقعاً ... پاسخ: هم در واقعاً و هم در ظاهراً در هر دو متوقف بر این نیست که ادامه پیدا بکند. شیخ انصاری و به تبع ایشان آقای خوبی می فرمایند که اگر شخص خوابیده باشد و طرف مقابل امضاء بکند، فایده ندارد و منعقد نمی شود و می فرمایند که یکی از شرایط ثبوتی این است که همانجا باشد، والا معاهده نخواهد بود و اگر حتی قطع هم داشته باشیم که این شخص باقی بر ایجاب خودش است، ولی یک مرتبه حواسش جای دیگری رفت، معاهده نخواهد بود و باید در همان وقت متوجه باشد. پرسش: ... پاسخ: بنای عقلاء هم در باب شهادت کفایت می کند، هم در چیزهای دیگر و علی ای تقدیر در فرض متعارف ایجاب و قبول هم یک مقدار فاصله بین ایجاب و قبول وجود دارد و عدولی هم در این بین

نیست و اشکالی هم وجود ندارد. البته اگر انسان یقین داشته باشد که شخص پشیمان شده است و یقین به نیت شخص پیدا بکند، ممکن است بگوییم که معاهده نیست، ولی در موارد متعارفی که بین ایجاب و قبول قدری فاصله وجود دارد و عدولی هم در کار نیست، عقد صحیح است و اشکالی در بین نیست. پرسش: در جنون ادواری هم همین طور است؟ پاسخ: آن هم همین طور است و اگر آن موقعی که عاقل بود، شهادت داده است، شهادتش متبع است و عقلش مثل عقل های معمولی است، هر چند بعداً دیوانه شده باشد. پرسش: ... پاسخ: بنده می گویم که اگر شخص ایجاب عقد را انجام داد و بعد دیوانه شد، کفایت می کند و باید هر کدام در جای خودشان صالح برای انجام کارشان باشند. پرسش: اماریت دارد. پاسخ: البته گاهی اوقات جنون شخص بعداً کشف می شود و معلوم می شود که از اول دیوانه بوده است و عقل درستی نداشته است که بحث دیگری است، اما گاهی شخص کاری کرده است که خداوند عقل او را گرفته است \_ که از معصوم هم چنین مواردی نقل شده است \_ ولی قبلاً عقل کاملی داشته است. پس به نظر می رسد که این طوری که شیخ فرموده و آقای نائینی هم تعبیر به «قیاساتها معها» کرده است و یا آنگونه که مرحوم سید و آقای خوئی که قائل به تفصیل شده اند، صحیح نباشد و به نظر ما چنین تفصیلی وجود ندارد و اگر در یک موردی انسان اطمینان داشته باشد که ایجاب و رضایت و لو در ارتکاز شخص باقی نمانده است، حجیتی نخواهد داشت.



پرسش: یعنی در حکم عدول باشد شرعاً؟ پاسخ: نیست. پرسش: محجوریت در حکم عدول است دیگر. پاسخ: می گویم نیست. پرسش: یا مفلس می شود. پاسخ: شارع در حجر بعدی، تصرفات قبلی را ابطال نمی کند. پرسش: هنوز که نقل و انتقال واقع نشده است. پاسخ: شارع یک چنین چیزی ندارد و شخص در وقت خودش ایجاب کرده است و صحیح است و اگر هر دو در زمان خودشان صالح برای کارشان باشند، هیچ اشکالی ندارد، نه در مشتری و نه در بایع هیچ دلیلی برای بطلان نداریم. پرسش: ... صور نادر را می گیرد. پاسخ: چه اشکالی دارد. تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که هر کسی کار خودش را درست انجام بدهد و اگر بخواهیم بگوییم که این شخص در زمان انجام کار طرف مقابل هم صالح باشد، نیاز به دلیل تعبد خواهیم داشت. پرسش: موقع ترتب اثر... پاسخ: ترتب اثر بر او مقدم است، زیرا اینها با شعور این کار را انجام دادند و با فشار نبوده است، تحمیلی نبوده است، بدون ادراک نبوده است و انسان از این تناسبات حکم و موضوع می فهمد که چه چیزی میزان است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی نقض آقاسید محمد کاظم بر مرحوم شیخ ۹۲/۰۲/۲۳

Your browser does not support the audio tag

بررسی نقض آقاسید محمد کاظم بر مرحوم شیخ بررسی اشکال وارده بر عبارت شیخ (صحت شأنی یا فعلی؟) یک مختصر عرضی راجع به کلام مرحوم آقا سید محمد کاظم و کلام شیخ داریم که قبلاً به آن اشاره نکرده ایم. مرحوم سید می فرمایند: در جایی که طرفین قابلیت خطاب دارند، ولی از جهت دیگری واجد شرایط نیستند، لزومی ندارد که هر دو در زمان واحد واجد شرط باشند، بلکه باید

ص: ۸۲۰

هر کدام در موقعی که انشاء می کنند، واجد شرط باشند. ایشان برای این مطلب شاهی را ذکر کرده و فرمودند: فرقی بین عقد جایز و عقد لازم وجود ندارد و بلااشکال اگر شخصی در عقد جایز انشاء بکند و بخوابد و طرف مقابل هم وقتی او در خواب است، قبول بکند، چنین عقدی صحیح است و این مطلب شاهد بر مدعی است و معلوم می شود که در معاهده و معاهده چنین قیودی که شیخ اعتبار کرده است، معتبر نیست والا «حکم الامثال فیما یجوز و فیما لایجوز واحد» و اگر بناست که چنین شرطی معتبر باشد، باید هم در عقد جایز و هم در عقد لازم معتبر باشد. عرض ما این است که ایشان از کجا این فرض را بلااشکال دانسته و بر شیخ نقض وارد نموده است؟! آیا عقل حکم به این مطلب کرده است که اگر در عقود جایزه شخص ایجاب بکند و بخوابد و طرف مقابل هم در همین حالت قبول بکند، کافی است؟! عقل که راجع به این مطالب اشاره ای ندارد که چیزی را تعیین بکند. آیا نصی، روایتی، حدیثی در مسئله وجود دارد که دلالت بر این مطلب بکند؟! هیچکس در اینجا نه شیخ و نه دیگران - به نصی تمسک نکرده اند. آیا در چنین فرض نادری که فقط در همین جا ایشان عنوان کرده است، اجماع متصل به زمان معصوم وجود دارد؟! آیا بنای عقلاء بر صحت چنین چیزی است، تا ما بر اساس آن بر فرمایش شیخ نقض وارد بکنیم؟! ما نمی دانیم که چه تسلّمی در این شاهد ایشان وجود دارد که بلااشکال است و شاهد بر مدعای ایشان

ص: ۸۲۱

می باشد: «یشهد علی ذلک». شیخ همین مورد را درست نمی داند و می فرماید که چنین چیزی تالی فاسد دارد و اگر شخص بعد از ایجاب بخوابد حتی در عقود جایزه- درست نیست و فایده ندارد. خلاصه ما نمی فهمیم که چنین فرض چقدر وجود خارجی دارد تا ما بگوییم که بنای تمام عقلاء بر صحت این مسئله است و چون شارع ردع نکرده است، پس بنابراین ممضی است. فرمایش شیخ را هم نمی فهمیم که البته مرحوم سید و مرحوم آخوند هم اشاره کرده اند، ولی ما به یک نحوه ی دیگری بیان می کنیم. مرحوم شیخ در ابتداء می فرماید: «و من جمله الشروط فی العقد أن يقع کل من إيجابه و قبوله فی حال يجوز لکل واحد منهما الإنشاء». ظاهر کلمه ی «يجوز» عبارت از فعلیت است، به این معنی که چنین چیزی اشکال ندارد و صحیح است و بعضی از کلمات و عبارات شیخ هم که بعداً ذکر کرده اند- بر همین جواز فعلی تطبیق می کنند. در این صورت این اشکال خواهد شد که چطور ایشان در آخر مسئله، کسی را که به اکراه عقدی کرده است و راضی به آن عقد نبوده است، ولی بعداً راضی شده است را به دلیل اجماع یا به هر دلیل دیگری، استثناء کرده است، در حالی که اگر مراد از جواز، جواز فعلی باشد، این مورد داخل در مسئله نیست تا ایشان استثناء بکنند، زیرا وقتی شخص مکره عقد را به اکراه انجام داده است، صحت فعلیه نداشته است، بلکه صحت شأنیه داشته است و قهراً این استثناء ایشان صحیح نخواهد بود و بلااستثناء چنین موردی از محل بحث به جهت نداشتن صحت فعلی

خارج خواهد بود، منتهی شأنیت امضاء را دارد و واجد صحت شأنی است. و اما اگر مراد از «یجوز» عبارت از صحت شأنی باشد، به این معنی که ذاتاً شخص صالح است، ولی مسلوب العبارة است، در این صورت هم که مراد از «یجوز» صحت شأنی باشد، با مثالهایی که ایشان بعداً بیان کرده است، همخوانی ندارد، زیرا ایشان می فرماید: گاهی مشکل عدم مخاطب است و گاهی هم شرع ایجاب و قبول را معتبر ندانسته است، مثل جایی که شخص مفلس یا رقی و امثال آن شده باشد. در این مثالهایی که ایشان بیان می فرمایند مثل کسی که مفلس شده است، آیا اصلاً از اینگونه اشخاص صحت تأهلی گرفته شده است؟! آیا شأنیت تصحیح گرفته شده است؟! یا اینکه اگر شخص مفلس یا سفیه یا غیر رشید بخواهد انشاء بکند، اینطور نیست که انشاء او «لانشاء» باشد و حتی با اجازه هم قابل تصحیح نباشد. پس بنابراین مثالهایی که ایشان بیان فرموده اند، مثالهایی است که شأنیت از آنها زایل نشده است، بلکه صحت فعلی در آنها وجود ندارد. پس بنابراین از این مثالهایی که ایشان بیان فرموده اند، استفاده می شود که مراد ایشان اشتراط صحت فعلی است که اگر چنین چیزی مراد ایشان باشد، این اشکال وارد خواهد بود که چرا ایشان مسئله ی مکره را استثناء کرده است، در حالی که این مسئله به جهت نبود صحت فعلی خارج از موضوع بحث است و نیازی به استثناء نیست. خلاصه اینکه بین صدر و ذیل عبارت ایشان این عدم توافق وجود دارد و نمی توانیم آن را حل بکنیم. البته مرحوم سید و آخوند هم این اشکال را

به شکل دیگری بیان کرده اند که قدری با بیان ما تفاوت دارد، ولی این بزرگواران به اصل مطلب اشاره فرموده اند. بیان مرحوم سید و آخوند عبارت از این است که مراد از «یجوز» در اینجا شأنیت است و در مسئله ی مکره منشی اراده و قصد دارد، ولی رضایت ندارد - که شرع آن را معتبر کرده است - و نبود آن مضر به فعلیت خواهد بود، نه شأنیت و این استثناء در اینجا صحیح نیست. به هر حال ما صدر و ذیل این عبارت را خوب نتوانستیم جمع بکنیم. آن شرطی را که ما عرض کردیم اعتبار ندارد، نسبت به شأنیت است، به این معنی که لازم نیست در تمام مدت عقد از اول ایجاب تا آخر قبول شأنیت وجود داشته باشد و اگر هر کدام از طرفین در زمان کار خود شأنیت پیدا بکنند، کفایت می کند، هر چند که قبلاً صلاحیت نداشته باشند، ولی ممکن است که فعلیت در بعضی جاها فایده نداشته باشد مثل اینکه موجب بعد از ایجاب بمیرد - که اموال به ورثه منتقل می شوند - و بعداً هم قبولی واقع بشود که در اینجا باید ورثه اجازه بدهند. پس بنابراین آن چیزی را که ما شرط نمی دانیم، صحت شأنی است و در چنین موردی هم که موجب از دنیا رفته است، انشاء او کالعدم نیست و اگر ورثه اجازه بدهند، همان انشاء تأثیر خودش را خواهد داشت. پرسش: این مسئله با بیع فضولی چه فرقی دارد؟ پاسخ: فرقی ندارد. بیع فضولی هم همین طور است و شأنیت دارد. ما هم همین را می گوییم. اینکه ما حکم به عدم اعتبار می کنیم، نسبت به شأنیت است و

به عبارت دیگر لازم نیست که حتماً طرفین از اول تا آخر شأنیت داشته باشند، ولی راجع به فعلیت، باید بگوییم که این از شرایطی است که باید در نظر گرفته بشود. یا فرض بفرمایید شخص اول انشاء می کند، ولی وقتی طرف مقابل می خواهد امضاء بکند، بدون اینکه فسخ کرده باشد، رضایت به این معامله نداشته باشد که در این فرض به جهت اینکه هنوز مال از ملک موجب خارج نشده است و او هم راضی به این معامله نیست، چون رضایت یکی از شرایط صحت است، این معامله صحیح فعلی نخواهد بود، ولی اگر بعداً موافقت کرد، شأنیت صحت از بین نرفته است و موجب می تواند با اذن بعدی معامله را تصحیح بکند. پرسش: شما می فرمایید که در معاملات رضایت قلبی کافی نیست و باید یک اذنی باشد تا اینکه بشود معامله را انجام داد. آیا اینجا هم از این قبیل نیست که وقتی موجب معامله را ایجاب کرد، عدم رضایتش کافی نباشد و حتماً باید این عدم رضایت را اعلام بکند؟ عرف می گوید که باید موجب بگوید که من ایجابم را پس گرفتم. پاسخ: اگر طرف مقابل هم قبول بکند، موجب واقعاً راضی نیست. (البته منازعه یک مسئله ی دیگری است و اگر تنازع شد، انسان استصحاب بقاء می کند) بحث در اینجا ثبوتی است و خود شخص می داند که راضی نیست و واقعاً پشیمان است. طرف مقابل هم علم دارد که این شخص انسان صادق اللهجه ای است. خلاصه در این موارد انسان می فهمد که رضایت معتبر است، منتهی این رضایت برای فعلیت معامله معتبر است و همان انشائی که شرط در معامله است، بعد از

راضی شدن موجب، کفایت می کند. این عرضی بود که این آقایان هم به آن پرداخته اند، منتهی با کمی اختلاف در تعبیر و عرض ما هم این بود. این بحث دیگر تمام شد و وارد در بحث بعدی می شویم که بحث معنی بهی هم می باشد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### استثناء عقد مکره (ادامه ی بحث قبلی) ۹۲/۰۲/۲۵

.Your browser does not support the audio tag

استثناء عقد مکره (ادامه ی بحث قبلی) اختلاف متعاقدین در شرایط صیغه راجع به اینکه آیا مسئله ی عقد مکره استثناء از بحث قبلی است یا ارتباطی به آن ندارد، مرحوم آقای خوئی می فرمایند که این استثنائی که شیخ بیان کرده است، خارج از مورد بحث است و ارتباطی به این بحث ندارد، زیرا بحث ما راجع به این است که در عاقد بما هو عاقد چه شرایطی معتبر است، در حالی که مسئله ی رضایت جزء شرایط عاقد نیست و اگر یک عاقدی بدون رضایت و کره‌ها چیزی را به دیگری بفروشد، ولی این مبادله با اذن دو مالک باشد، عقد صحیح است، به این معنی که اگر یکی از مالک ها یا هر دو، شخصی را اجبار بر خواندن عقد بکنند و او هم عقد را بخواند، صحیح است، زیرا مالک ها رضایت دارند ولو اینکه عاقد در این عمل مکره باشد. پس بنابراین رضایت از شرایط عاقد بما أنه عاقد نیست و عاقد یا باید مأذون از طرف مالک باشد، یا خود مالک باشد و یا ولی مالک و خلاصه اینکه مکره بودن هیچ مانعی برای صحت عقد نخواهد بود، در نتیجه این استثناء شیخ مربوط به بحث ما نیست، زیرا رضایت عاقد جزء شرایط نیست تا مورد بحث قرار بگیرد. البته اینکه ایشان موضوع

ص: ۸۲۶

بحث را چیز دیگری قرار داده است و در نتیجه مسئله ی مکره را مربوط به بحث ندانسته اند، مطلب دیگری است، ولی اگر در مقام اشکال به شیخ باشند \_ که در همین مقام هستند \_ باید بگویند که موضوع شیخ اینطور است، والا اینکه ایشان یک چیزی را موضوع قرار داده و بر اساس آن استثناء را مربوط به بحث ندانند، اشکال بر شیخ نخواهد بود. هر چند اگر این مسئله در کتب سلف مطرح بوده و شیخ در تبعیت از آنها استثناء کرده باشد، ممکن است که بر ایشان اشکال بشود، اما اینکه آقای خوئی یک چیزی را موضوع قرار داده و بگوید که موضوع بحث شرایط عاقد بما هو عاقد است، اشکال بر شیخ نخواهد بود، زیرا ممکن است که شیخ بگوید: رضایت در عاقد مالک معتبر است، نه در عاقد بما أنه عاقد. این بحثی بود که ایشان در اینجا به آن اشاره فرموده اند و خیلی هم مهم نیست. عبارت بعدی راجع به اختلاف متعاقدین در شرایط صیغه است. ایشان می فرماید: «لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا، وجوه ثلاثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسية أردوها أخيراً». مسئله عبارت از این است که متعاقدین در شروط صیغه اختلاف داشته باشند و مثلاً یکی از آنها معاطاه را صحیح دانسته و دیگری صحیح نداند، یا اینکه یکی از متعاقدین عقد به فارسی را صحیح بداند و دیگری

ص: ۸۲۷

نداند، یا یکی تقدیم قبول بر ایجاب را صحیح و دیگری باطل بداند. خلاصه اینکه اگر یک عقدی مرکب از ایجاب و قبولی شد که بر اساس نظر مرجع تقلید یا نظر اجتهادی متعاقدین، اختلاف در حکم آن بود، مسئله چه حکمی خواهد داشت؟ آیا حکم به صحت چنین عقدی باید کرد، یا باید این عقد را باطل دانست و یا قائل به تفصیل شد؟ ایشان می فرماید: یک تصور دیگر هم این است که عقدی که از ایجاب و قبول ترکیب شده است، هر دو طرف آن را باطل بدانند، منتهی یکی به جهت فقدان یک شرط و دیگری هم به جهت فقدان شرط دیگر. مثالی که ایشان برای این مسئله می زنند، عبارت از این است که عقدی به فارسی و با تقدیم قبول واقع شده باشد که بنابر نظر یکی از طرفین، عقد فارسی باطل است، ولی تقدیم قبول اشکالی ندارد و بر اساس نظر دیگری تقدیم قبول موجب بطلان عقد است، ولی فارسی بودن ضرری به عقد نمی رساند. ایشان می فرماید: اگر مسئله به این صورت شد که هر کدام از طرفین بر اساس مبنای خودش این عقد را صحیح نمی داند، عقد باطل است، اما در غیر این صورت، عقد صحیح خواهد بود. بعد ایشان می فرمایند که این اختلاف مبتنی بر یک مسئله ای است که در اصول مورد بحث قرار گرفته است که آیا احکام ظاهری مانند احکام اضطراری است؟ که اگر اینطور باشد عقد صحیح خواهد بود، مثل اینکه اگر یکی از طرفین عاجز باشد و طرف دیگر عاجز نباشد، شرایط صحت واقعی برای عاجز فراهم است و عمل غیر عاجز هم که

صحیح است و اشکالی وجود ندارد. پس بنابراین در صورتی که احکام ظاهریه مثل احکام اضطراری باشد، عقد صحیح خواهد بود. اما در صورتی که احکام ظاهریه مثل احکام اضطراری نباشد و بگوییم که احکام اضطراری حقیقتاً صحیح است، ولی احکام ظاهری احکام عذری است و هر چند عقد صحیح نیست، ولی شخص معذور است و عقاب نخواهد داشت، در این صورت عقد باطل خواهد بود. این بحث در اصول مطرح شده است. البته بنده یک توضیحی درباره ی مثالی که ایشان زده است عرض می کنم که ظاهر این مثالی که ایشان بیان فرموده اند، این است که عقد به صورت فارسی و با تقدیم قبول واقع شده است، ولی این ظاهر مراد نیست، زیرا یکی از طرفین عقد فارسی را طبق فتوای مرجع تقلیدش یا فتوای اجتهادی خودش، باطل می داند و قهراً آنچه که مربوط به اوست (ایجاب یا قبول) به فارسی واقع نمی شود و وقتی گفته می شود که در این مثال هر کدام از طرفین بر اساس یک مناطی عقد را صحیح نمی دانند، مقصود این است که یکی از طرفین (موجب یا قابل) عقد را به عربی خوانده است و دیگری که عقد را فارسی صحیح می داند، به فارسی خوانده است و هر کدام از طرفین عمل خود را بر اساس فتوای مرجع یا نظر اجتهادی خودش صحیح بجا آورده است و خلاصه اینکه فرض مسئله را باید اینطور در نظر گرفت ولو اینکه ظاهر ابتدائی مثال عبارت از عقدی است که با فارسی و با تقدیم قبول بر ایجاب واقع شده است. پرسش: این مثال بالأخره چه طوری شد؟ پاسخ: موجب کسی است که



فارسی را جایز می داند و این عمل بر اساس نظر اجتهادی خودش یا فتوای مرجع تقلیدش صحیح است، ولی قابل فارسی را جایز نمی داند و قبول را عربی خوانده است. اگر این مثال تنها به این صورت باشد، اشکالی ندارد و صحیح است، اما بحث در جایی است که تقدیم قبول هم در کار باشد که در این صورت مشکل پیدا خواهد شد، زیرا فعل هر کدام نسبت به خودش صحیح است، اما یکی می گوید: عملی که تو انجام دادی به نظر مرجع تقلید من واجد شرط نیست، دیگری هم می گوید: عملی که تو انجام دادی، واجد شرط نیست. قهراً در مجموع این عقد اشکالی خواهد بود. البته باید این توضیح را هم بدهیم که مراد از «اردأ» همین تفصیل آخری است که بیان شد که ایشان می فرماید: از همه «اردأ» است. حال باید بینیم که وجه «اردأ» بودن و اشکال این تفصیل در چیست. مرحوم سید اینطور معنی کرده است که اگر اجماع بر بطلان بود، اعتبار داشت و می گفتیم که عقد باطل است، ولی عدم القول بالفصل که اجماع نمی شود و فرض مسئله هم این است که قائلی به صحت نیست، یکی از اینها بر اساس مبنای خودش یک چیزی می گوید، دیگری هم بر اساس مبنای خودش چیز دیگری می گوید. پس بنابراین عدم القول بالفصل غیر از اجماع است و در موارد دیگری هم ما مکرر عرض کردیم که در نقلیاتی که واقع شده است، سه رتبه وجود دارد: گاهی تعبیر به «اجماعاً» شده است، گاهی یک رتبه پایین تر تعبیر به «بلاخلاف» شده است و گاهی هم تعبیر به «بلاخلافِ اجده» شده است،

که هر کدام از این سه تعبیر از نظر قوت و ضعف متفاوت از هم هستند. اگر یک مسئله ای را سه یا چهار نفر عنوان کرده باشند و نظرشان هم موافق هم باشد، «بلاخلاف» خواهد بود، ولی اجماع بر آن اطلاق نمی شود. در اجماع باید معمول و متعارف اشخاص مسئله را عنوان کرده باشند، البته اگر فرد نادری هم عنوان نکرده باشد، ضرری به اجماع وارد نمی کند و توافق معمول و متعارف اشخاص کفایت می کند. خلاصه اینکه مرحوم سید می فرمایند که در اینجا عدم الخلاف فرض شده است و این غیر از اجماع است، پس بنابراین مطلب نادرستی است. در اینجا ممکن است شخصی بگوید: شما گفتید که عدم القول بالفصل با اجماع فرق دارد، ولی ما قول رابعی را ذکر می کنیم که اجماع بر بطلان آن باشد. به این معنی که مثلاً مسئله تقدیم قبول معنون شده است، آن دیگری هم معنون شده است و چرا شما می گوید که چطور این مسئله تصور می شود؟! یک تصور هم عبارت از این است که دو اجماع در اینجا وجود داشته باشد و هر کدام از طرفین چیزی را قید کرده است و معامله فاقد هر دو قید می باشد. پس بنابراین این وجهی که سید بیان فرموده است، درست نیست. مرحوم شیخ به نظرم در بحث خبر واحد یک وجهی را بیان کرده و می فرماید: اجماع باید به ملاک واحد باشد و هر اجماع مرکبی فایده ندارد و کفایت نمی کند. ما هم مکرر عرض کرده ایم که آقای شریعت اصفهانی در رساله ی ردّ آلوسی می فرماید: اجماع مرکبی حجت است که به اجماع بسیط برگشت بکند، به این معنی

که طرفین به صورت مستقل نفی ثالث بکنند، نه اینکه به حسب نفی اضداد، هم نفی ثانی بکنند و هم نفی ثالث. مثلاً وقتی انسان می خواهد به تهران برود، گفته می شود که آیا مسیره یوم میزان است که نماز قصر نباشد، یا ثمانیه فراسخ میزان است که قصر باشد؟ ولی اجماع داریم که مثل تهران از اماکن تخییر نیست. حال اگر به کسی بگویند که این قول شما که گفتید: مسیره یوم میزان است، اشتباه است، ثمانیه فراسخ درست خواهد بود، نه اینکه قائل به تخییر بشویم. پس بنابراین اجماع مرکبی حجیت دارد که برگشت به اجماع بسیط بکند، اما اگر به تبع قول خودش نفی ثالث بشود، فایده ندارد. آقای شریعت اصفهانی اینطور مثال می زند که پنجاه و چند قول در مسئله ی استصحاب وجود دارد، در تقسیمات استصحاب، در اقسام استصحاب و... و این تقسیمات یک دفعه ظاهر نشده است و اگر بنا بود که ما نفی ثالث بکنیم، باید همان ابتداء اخذ به چند قول اول کرده و باقی اقوال را نفی می کردیم! شیخ هم در یک جایی برای موردی که ملاک واحدی در کار نباشد، مثالی زده و می فرماید: گاهی کسی یک زنی را بر اساس یک مناطی \_ مثلاً خواهر زاده بودن \_ محرم می داند و دیگری بر اساس یک مناط دیگر \_ مثل برادر زاده بودن \_ و دیگری هم بر اساس مناط سببی محرم می دانند. آیا ما می توانیم بگوییم اجماع بر حرمت ازدواج با این زن قائم است؟! پس در اینجا هر کدام به یک ملاک واحد است و برگشت به اجماع بسیط هم وجود ندارد و بر همین

اساس اتفاقی در کار نیست. البته عرض ما این است که اگر بر فرض اجماع بسیط هم داشته باشیم، اصل صحت اجماع در مسائل شایعی است که انسان اطمینان داشته باشد که مشابه این مسئله در زمان معصوم بوده است و ردعی از جانب معصوم نشده است. این گونه مسائلی که بین متعاقدین بر اساس اختلاف نظر مرجع تقلیدشان یا اجتهاد خودشان اختلاف وجود دارد و بنا بر نظر یکی صحیح و بنا بر نظر دیگری باطل است، از مسائل شایعی نیست که متصل به زمان معصوم باشد و از اصول متلقاه از ناحیه معصوم نیست که چیزی را ثابت بکند و لذا حتی اگر فرضاً برگشت به اجماع بسیط هم داشته باشد، باز هم کاشف از چیزی نخواهد بود و اینطور مسائل که اصلاً معنون نبوده است و در کتب متأخرین عنوان شده است را نمی توانیم مورد اجماع قرار بدهیم. پرسش: این مسئله لازم نیست که مورد اجماع باشد. پاسخ: باید مورد اجماع باشد. پرسش: ... پاسخ: این بطلانی که اینها قائل به آن هستند که به حسب این فتوی یا آن فتوی باطل است، چنین چیزی حالت سابقه ندارد و سؤال این است که آیا اصحاب ائمه (علیهم السلام) هم چنین چیزی را باطل می دانستند؟! ممکن است بگوییم که باطل نمی دانستند و صحیح می دانستند. ممکن است که ما هم بگوییم که نه تقدیم قبول مضر است و نه فارسی بودن عقد، کما اینکه بعداً همین را هم خواهیم گفت. ولو در این مورد اتفاق بر بیش از دو دسته نبوده است، ولی امکان دارد که کسی قول ثالثی اختیار کرده و بگوید که تقدیم قبول اشکال ندارد،

عقد فارسی هم اشکالی ندارد، کما اینکه ما هم قائل به همین مطلب هستیم و خلاصه اینکه به نظر ما اگر برگشت به اجماع بسیط هم بکند، با توجه به اینکه متصل به زمان معصوم نیست، مضر به صحت نخواهد بود و به هر حال این تفصیل، تفصیل نادرستی است. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### حکم اختلاف متعاملین در شرایط صحت ۹۲/۰۲/۲۸

.Your browser does not support the audio tag

حکم اختلاف متعاملین در شرایط صحت در مسئله ی اعتقاد متعاملین نسبت به شرایط صحت، باید ببینیم که آیا معامله در این صورت صحیح است یا نه. در این مسئله فروعی وجود دارد و بحثهای مختلف در آن وجود دارد. یک فرض عبارت از این است که یکی از متعاملین ایجاب و قبول را منطبق بر شرایط عامه می بیند و طرف دیگر هیچ کدام را منطبق نمی بیند، مثل فارسی خواندن عقد که ایجاب و قبول هر دو به فارسی واقع بشوند. یکی از طرفین می گوید که مقتضای شرایط عامه این است که عربیت شرطیتی نداشته باشد و دیگری هم می گوید که مقتضای قواعد عامه این است که عربیت شرطیت داشته باشد. سؤالی که در اینجا پیش می آید عبارت از این است که آن کسی که از نظر فتوی این معامله را صحیح می داند و مسئله را واجد شرط می داند، چگونه باید با این مسئله برخورد بکند و از طرف دیگر هم کسی که واجد شرط نمی داند، چگونه با این مسئله برخورد بکند؟ ممکن است کسی بگوید که این معامله حتی نسبت به کسی هم عقد را واجد شرایط می داند و عربیت را شرط نمی داند هم صحیح نیست، زیرا طرف مقابل او این معامله را طبق قواعد

ص: ۸۳۴

باطل می داند و بر همین اساس قصد صوری می کند نه قصد واقعی، در حالی که یکی از شرایط صحت معامله این است که طرفین قصد واقعی و جدی داشته باشند. بنابراین چون در یک طرف معامله قصد جدی و واقعی وجود ندارد، قهراً معامله باطل خواهد بود. خلاصه ممکن است که این شبهه مطرح بشود، اما این شبهه ضعیف است، زیرا اولاً در جایی که شخص مسئله را نمی داند اینطور نیست، مثل اینکه مرجع تقلید عربیت را شرط می داند، ولی شخص مقلد متوجه فتوای مرجع تقلید خودش نیست، یا حتی گاهی مجتهد نسبت به نظریه ی اجتهادی خودش حضور ذهن ندارد و اگر مسئله را از او پرسند، ارجاع به رساله می دهد. از مرحوم آخوند هم نقل شده است که ایشان در خیلی مواقع که از ایشان مسئله ای پرسیده می شد، یادش نبوده است و به مسئله ارجاع می داده است. پس بنابراین ممکن است کسی که در رساله اش قائل به عربیت در عقد شده است، در هنگام عقد غافل از این مسئله باشد و در نتیجه عقد را با قصد جدی انجام بدهد. طرف مقابل هم که طبق قواعد عامه عقد فارسی را کافی می داند و در نتیجه عقد را واجد شرایط می داند، هر دو هم که با قصد جدی عقد را بجا آورده اند و قصد صوری نبوده است، پس قهراً آن کسی که بر اساس فتوای مجتهدش یا اجتهاد خودش عربیت را شرط نمی داند، باید این معامله را صحیح بدانند. پرسش: گاهی اوقات شخص با قصد جدی ایجاب می کند و نمی داند که طرف مقابل چگونه قبول می کند. پاسخ: در این صورت هر چند در زمان ایجاب

ص: ۸۳۵

مشکلی وجود ندارد، اما وقتی بعداً ببیند که طرف مقابل با قصد صوری قبول کرده است، این قبول فایده ندارد و نمی شود بر آن ترتیب اثر داد. پس بنابراین این یک صورت بود که شخص غافل باشد و قصد جدی هم داشته باشد و در نتیجه وجهی ندارد که ما حکم بکنیم که معامله برای کسی هم که عرییت را شرط نمی داند، باطل است. یک صورت دیگر هم عبارت از این است که شخصی که مثلاً عرییت را شرط می داند، ولو اینکه می داند این معامله \_ که فاقد عرییت است \_ مورد امضاء شرع نیست، ولی تشریح کرده و می گوید: من تملیک شرعی می کنم، یا قبول شرعی می کنم، که هر چند در این تشریح خلاف شرع می کند، ولی چون بالأخره قصد تملیک شرعی کرده است، حکم وضعی نسبت به کسی که از جهت دیگری معامله را محل اشکال نمی داند، صحیح است و باید ترتیب اثر بدهد. یک مطلب بالاتر از این هم عبارت از این است که بگوییم: اصلاً لازم نیست کسی که انشاء می کند، قصد ملکیت شرعی یا حتی قصد ملکیت عرفیه داشته باشد، مثل اینکه وقتی یک دزد با دزد دیگری معامله می کنند، عرف در اینجا قائل به ملکیت نیست، ولی می توانیم بگوییم که این معامله از نظر انشاء مشکل ندارد و اگر بعد از معامله روشن شد که آنچه مبادله شده است، مال خودشان بوده است، عقد صحیح است و آنچه که در انشاء وجود دارد، عبارت از سلطه و جِدّه ی اعتباری است، به این معنی که یک کسی نسبت به شخص دیگری اعتبار جده می کند و لفظی بکار برده می شود که

مُظهِر یا مُوجِد آن معنای اعتباری است که به وسیله ی این لفظ متعلق اعتبار در خارج ایجاد می شود. البته آقای خوئی منکر ایجاد است، ولی بر اساس مسلک متعارف موضوع اعتبار ایجاد می شود. به هر حال وقتی شخص انشاء می کند، یک موضوع اعتباری را \_ که عبارت از مقوله ی جِده ی اعتباری است \_ یا ایجاد یا اُبراز می کند. منتهی گاهی عقلاء این امر اعتباری را امضاء می کنند و گاهی امضاء نمی کنند. گاهی هم عقلاء امضاء می کنند، اما شارع امضاء نمی کند و گاهی هم هر دو امضاء می کنند، هم عقلاء و هم شرع. حال ما می گوییم که اگر یک چنین انشائی واقع شد و مقوله ی جده اعتبار شد، یا وجود اعتباری پیدا کرد و به عقیده ی یکی از طرفین هم شرایطی که شرع مطهر لازم دانسته است، موجود بود، در این صورت این احد الطرفین باید معامله را صحیح بداند و اشکالی در آن نیست و هر مسلکی را هم که اختیار بکنیم، می توانیم این معامله را از نظر کسی که عقد را واجد شرایط می داند، تصحیح بکنیم. بحث دیگر در این است که معامله نسبت به کسی که عربیت را شرط می داند و با توجه به اینکه ایجاب و قبول به فارسی واقع شده است، معامله را طبق قواعد اولیه، فاقد شرایط می داند، چه حکمی خواهد داشت؟ پرسش: بالأخره قصد انشاء همیشه نیست؟ پاسخ: ممکن است که انسان قصد انشاء نکند، ولی فرض این است که قصد انشاء شده است، منتهی بستگی به امضاء شارع دارد. ما می خواهیم بگوییم که اگر یکی از طرفین مقلد کسی بود، یا اجتهادش به گونه ای دیگر بود، منافاتی با

قصد انشاء ندارد. پرسش: ... پاسخ: بحث ما ثبوتی است، اما اینکه چطور انشاء را احراز بکنیم، مربوط به مقام اثبات است و با اصاله الصحه می توانیم آن را احراز بکنیم. پرسش: اصاله الصحه ی که منبعش اصاله الغفله است؟ شما می فرمایید با غفلت این قصد را می کند. پاسخ: می گوییم که نمی دانیم بالأخره این شخص قصد انشاء کرده است یا نه و متعارفاً هم اینطور است و بسیار بعید است خارجاً که انسان در خواب یک چیزی بگوید و هیچ قصد و توجهی هم نداشته باشد و این احتمالات از نظر عرفی ملغی است. خلاصه اینکه بحث در این است که طرف مقابل که بر اساس قواعد اولیه عربیت را شرط می داند و این معامله هم فاقد شرط است، در این مسئله چه باید بکند؟ آیا این معامله را صحیح بدانند، یا باطل؟ بک بحث کلی راجع به ظنون مجتهد از زمان شیخ طوسی و سید مرتضی و قبل از ایشان مطرح بوده است که آیا ظنون مجتهد (که مقلد هم به تبع مجتهد تقلیدش صحیح می شود) در تغییر مصالح واقعه و ملاکات تأثیر دارد یا بلا تأثیر است. نسبت به تأثیر تعبیر به «سببیت» می کنند و نسبت به بلا تأثیر تعبیر به «طریقیت» می کنند. نظر متأخرین طریقیت است و قائل به این هستند که نظر مجتهد و مسائلی که بیان می کند، هیچ دخالتی در مصالح نفس الامری ندارد، یعنی معمولاً دخالت ندارد، ولی ممکن است در یک موردی استثنائی شده باشد، اما متعارفاً دخالتی در مصالح نفس الامری ندارند و طریق برای واقع هستند. نظر برخی هم بر این است که نظر مجتهد سببیت دارد و مؤثر در این



است که عملی که طبق رأی مجتهد انجام می شود، یا وقتی خود مجتهد مطابق رأی خودش عمل می کند، عملش حقیقتاً صحیح باشد، نه اینکه فرض صحت شده باشد، مثل شخص عاجز که وقتی با عجز نماز می خواند، شارع از قرائت و برخی اعمال دیگر شرطیت را بر می دارد و حکم به صحت می کند و همین سبب در این می شود که قهراً حکم این شخص با اشخاص دیگر حقیقتاً تفاوت پیدا نکند. معنای اجزاء غیر از تصویب است. البته گاهی شیخ و آقای نائینی بحث هایی در این باره دارند که تصویب اشعری چنین است و تصویب معتزلی چنان، ولی با مراجعه به مدارک اولیه روشن می شود که تصویب اشعری و معتزلی اینطور نیست که این بزرگواران می فرمایند. هم کتب آنها در دست است و هم کتب قدمای ما و با بررسی مدارک اولیه این مطلب روشن می شود. البته متأخرین مدارک اولیه را مطالعه نمی کنند و خیال می کنند که همین مطالبی است که بیان شده است. اینکه عرض کردیم اجزاء غیر از تصویب است، به این معنی است که در اجزاء گاهی شخص مثلاً جاهل به این است که وظیفه ی مسافر قصر است و نمازش را تمام می خواند و در اینجا که به اصل مسئله جاهل است، هم روایت داریم و هم ظاهراً اختلافی در این مطلب نیست و به نظرم اجماعی است که اگر شخص جاهل عمل را انجام داد، احتیاجی به اعاده ندارد و عملش صحیح است. این مطلب مورد اتفاق است و اجزاء در خصوص این مسئله استثنائی است و حرفی در آن نیست، اما این غیر از تصویب است، زیرا یکی از معانی

تصویب عبارت از این است که اگر شخص جاهل به مسئله بود، یا اشتباه کرد و نمازی را که باید تمام بخواند را قصر خواند، کافی نیست، زیرا حکم مسئله این است که باید تمام بخواند و تکلیف تعیناً منحصر به تمام خواندن است. پس بنابراین اگر ما قائل به تصویب بشویم، باید بگوییم که چون رأی مجتهد تمام خواندن است، اگر کسی قصر بخواند، مجزی نیست، اما اگر قائل به اجزاء بشویم، در موضوع واقع توسعه وجود خواهد داشت و اگر واقع بجا آورده شود، به عنوان اولی صحیح است و اگر هم واقع بجا آورده نشود، به عنوان ثانوی صحیح است و گاهی هم بعضی از موارد ممکن است باطل باشد، اما شارع بر اساس ظن یا تفضلاً در عین حالی که واجد ملاک نیست، مصلحت را در قبول این موضوع فاقد ملاک قرار می دهد. مرحوم آخوند در این مسئله می فرماید: گاهی عدم وجوب اعاده ی یک شیء در اثر تمامیت عمل است و گاهی هم بخاطر این است که زمینه ی اعاده نیست، مثلاً مولی تقاضای آب دارد و انسان باید یک آب تمیزی برای او بیاورد، اما یک آب بی ربطی \_ که انسان مأمور به آوردن آن نبوده است \_ برای مولی آورده شود و مولی هم آن آب را بخورد. در این صورت دیگر زمینه ای برای آوردن آب سالم و تمیز باقی نمانده است و لو اینکه به مأمور به مولی عمل نشده است، زیرا در اینجا دیگر امکان استیفای ملاک وجود ندارد و اعاده لازم نیست به اعتبار اینکه موضوع از بین رفته است. خلاصه اینکه همه ی این صورتهای در سببیت قابل

تصویر است و ممکن است که کسی بگوید: ظن مجتهد منشأ تغییر در عمل شده است و حقیقتاً احتیاجی به اعاده وجود ندارد. حال با در نظر گرفتن این صورتهای، در مسئله ی مورد بحث دو نظریه در مقابل هم قرار دارند، ظن یک طرف یک اقتضائی دارد، ظن طرف مقابل هم اقتضاء دیگری دارد. حال اگر در هر دو هم قائل به سببیت شدیم، شارع مطابق کدام یک از اینها حکم می کند؟ ممکن است که کسی در اینجا ادعاء بکند که ما به عمومات اولیه اخذ می کنیم. مثلاً اگر شک در اعتبار عربیت داشتیم، یا مضر بودن تعلیق، به عمومات حکم به صحت بکنیم، منتهی این سببیت بخصوص راجع به ظن مجتهد، قطعاً سببیت محضه نیست و ممکن است که ما بگوییم تنها طریقت دخالت ندارد، زیرا نسبت به تقلید مقلد صرف طریقت نیست و دلیل بر اینکه صرف طریقت نیست هم عبارت از این است که اگر مجتهد عادل نباشد، نمی شود از او تقلید کرد و لو اینکه اعلم باشد، یا اگر امامی مذهب نباشد، نمی شود از او تقلید کرد و لو اینکه اعلم باشد، از شیطان نمی شود تقلید کرد و لو اینکه خیلی چیزها می داند، البته اگر کسی قطع یا اطمینان پیدا بکند، بحث دیگری است، ولی مقلدی که نه قطع دارد و نه اطمینان، اگر دو مجتهد واجد شرایط بودند و یکی از اینها در اثر اعلمیت به واقع اقرب بود، نسبت به دیگری ترجیح پیدا می کند. پس بنابراین در اینجا یک طریقتی وجود دارد و سببیتی هم در کار هست. البته مراد از سببیت در این تلفیق عبارت از این نیست که

کفایت از واقع بکنند، بلکه معنای سببیت در اینجا عبارت از این است که شارع نخواستہ است که مفسدہ ای وجود پیدا بکند، ولی اگر مصلحتی مثلاً در نماز تمام بود و مجتهد در واقع اشتباه کرده باشد، شارع مصلحتی در نماز قصر قرار نمی دهد و این عمل واجد مصلحت نمی شود. خلاصه بنا بر قول معتبری که در باب ظنون مجتهد گفته می شود، اینطور نیست که نسبت به خودش یا نسبت به تقلید تأثیر در ملاک داشته باشد و فاقد ملاک را واجد ملاک بکند و بر همین اساس بجز در موارد خاصه ما باید بگوییم که عمل صحیح نیست و باید معامله ی عدم صحت کرد. در این مسئله هم کسی که اجتهاداً یا تقلیداً عربیت را شرط نمی داند، معامله برای او صحیح است و مثل این است که مثلاً زید می گوید: این فرش مال من است، طرف دیگر هم می گوید: مال من است و نمی دانند که چکار باید بکنند و هر کدام از اینها اگر مطابق عقیده ی خودش عمل کرد، پیش خداوند معذور است. ثبوتاً این فرش مال یکی از اینهاست، اما از جهت ترتیب اثر دادن معذور عندالله هستند و اشکالی نیست. در این مسئله هم طبق معنای رائجی که اختیار شده و روشن هم هست، یکی از طرفین به فارسی صحیح می داند، نسبت به نقل و انتقال معامله ی صحت می کند، دیگری هم که عربیت را شرط می داند، معامله ی فساد می کند و هر کدام از اینها هم ترتیب اثر می دهند و مانعی هم وجود ندارد. پرسش: اگر کار به تنازع بکشد چه می شود؟ پاسخ: در تنازع حاکم حاکم ملزم به چیزی می کند و باید بپذیرند

و بحث دیگری است، ولی خارجاً اگر هر کدام به علم خودشان عمل کردند، تنازعی هم نکردند، عندالله معذورند و اشکالی وجود ندارد. عبارت شیخ در این بحث قدری قاصر است، زیرا مثال به فارسی و عربی زده است و ظاهر این تعبیر این است که هر دو عقد را با فارسی خوانده اند و یکی می گوید: عقد صحیح است و دیگری می گوید: عقد باطل است، ولی باید این عبارت ایشان را توجیه کرده و بگوییم که نظر شیخ عبارت از این است که هر کدام طبق فتوای خودش، عمل خودش را صحیح می داند، منتهی عمل طرف مقابل را هم طبق قواعد عامه باطل می داند. کسی که عربیت را شرط می داند، چه موجب باشد و چه قابل، عربی خوانده است و تعبیر با «قبلت» یا «بعث» کرده است و دیگری هم که شرط نمی داند، طبق فتوای خودش عمل کرده است. این عمده ی کلام شیخ است و بحشش بماند برای بعد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### حکم اختلاف متعاملین در شرایط صحت (شبهات حکم ظاهری با حکم اضطراری یا حکم عذری) ۹۲/۰۲/۲۹

.Your browser does not support the audio tag

حکم اختلاف متعاملین در شرایط صحت (شبهات حکم ظاهری با حکم اضطراری یا حکم عذری) بحث در حکم این مسئله بود که هر کدام از طرفین معامله عمل خودشان \_ اعم از ایجاب و قبول \_ را طبق رأی خودشان یا فتوای مرجعشان صحیح می دانند، ولی عمل طرف مقابل را مطابق اجتهاد یا تقلید، مطابق با شرایط اولیه ندانسته و صحیح نمی دانند. مثلاً ایجاب به عربی و قبول به فارسی واقع شده است و هر کدام از طرفین عمل خودش را بر اساس قواعد اولیه صحیح می دانند، ولی عمل طرف مقابل را فاقد شرط می داند. شیخ در

ص: ۸۴۳

اینجا می فرماید: این بحث مبتنی بر این است که احکام ظاهریه حکم احکام اضطراری را داشته باشد، یا در حکم احکام عذری باشد. احکام اضطراری مثل اینکه یک کسی اخرس است و نمی تواند درست حرف بزند که در این صورت شارع نسبت به او تنزل می کند و آنچه که برای دیگران شرط است را برای او شرط نمی داند. یا مثل کسی که دسترسی به آب ندارد و وظیفه اش تیمم است. این نوع موارد نسبت به این اشخاص صحت حقیقی و صحت واقعی دارند. مثلاً اگر یکی از طرفین نتوانست در معامله لفظ را درست اداء بکند، به همان ملحوم کفایت می شود و در اینجا که شخص مضطر است، شارع همان لفظ ملحوم را به جای صحیح قبول می کند. حال در این مسئله هم باید ببینیم که آیا حکم ظاهری به منزله ی همان حکم اضطراری است که حکم واقعی ثانوی و حکم حقیقی است، نه حکم منزّل به منزله ی واقع؟ یا اینکه حکم ظاهری فقط عذر است. شیخ می فرماید که کآن اگر ما احکام ظاهریه را مانند حکم اضطراری بدانیم، در این مسئله هم که هر کدام از طرفین بر حسب اجتهاد یا تقلید عمل خودش را صحیح می داند، باید معامله را صحیح بدانیم، ولی اگر احکام ظاهریه را حکم عذری بدانیم، کفایت نمی کند، زیرا واقع تغییر پیدا نکرده است. مرحوم سید در حاشیه می فرمایند که این تعبیر درست نیست که بگوییم: یا حاکم اضطراری را دارد و یا حکم عذری را، بلکه باید بگوییم که یا حکم شرعی است و یا حکم عذری. احکام ظاهریه حکم احکام اضطراریه را ندارد، زیرا اگر اینطور بگوییم و

ص: ۸۴۴

تنزیلی در کار باشد، حکم ظاهری عین واقع خواهد بود و لازمه این مطلب تصویب است که ثابت البطلان است. ایشان می فرمایند: فرق بین این تعبیر و تعبیر سابق در اینجاست که اگر کسی یقین پیدا کرد که این حکم ظاهری بر خلاف واقع است، چون تصویبی در کار نیست، واقع در جای خودش محفوظ است و آن عمل محکوم به بطلان است. اما اگر بگوییم که احکام ظاهری در حکم احکام اضطراری است، دیگر حکم به بطلان و اعاده ی عمل در کار نخواهد بود. ایشان در بیان شاهد بر اینکه احکام ظاهری حکم احکام اضطراری را ندارد، می فرمایند: اگر کسی یقین پیدا بکند که عملش فاقد شرط است، باید با آن معامله ی بطلان بکند و اختلاف در جایی است که به دلیل اجتهادی صحیح نباشد، نه به دلیل قطعی وجدانی. سابقاً که بنده به عُده مراجعه کرده بودم، مسئله تصویب به این شکلی که آقایان متأخرین عنوان می کنند، مطرح نشده است که اگر قائل به اجزاء شدیم، مساوق با تصویب باشد. مثلاً اگر کسی جاهل به این بود که باید نمازش را قصر بخواند و نمازش را تمام خواند، این عمل او مجزی است و اگر هم قطع پیدا بکند که این عملش فاقد آن شرط اولی است، شارع عمل او را قبول کرده است و صحیح می داند و این به معنای تصویب نیست. اینطور نیست که بگوییم: در بعضی جاها تصویب استثناء شده و جایز است، بلکه تصویب باطل است و این مورد از مصادیق تصویب نیست. پس بنابراین حکم مطابق با عقیده ی شخص نخواهد بود، بلکه هم عمل به واقع مجزی است

که مصلحت اولیه است و هم عمل بر اساس این عقیده. خلاصه اینکه باید به مباحث عُده مراجعه بشود و بحث هایی که متأخرین درباره ی تصویب دارند، هیچ ربطی به مباحث عُده ندارد. پرسش: کدام یک از کتب اشعری ها را در این باره می شود ملاحظه کرد؟ پاسخ: اشعری ها کتاب های متعددی دارند، ولی شاید بهترین آنها «مقالات الاسلامیین» ابوالحسن اشعری معروف باشد. البته عبارات عُده هم قدری مشکل است، ولی منطبق بر این تفسیری که متأخرین از تصویب دارند، نمی باشد. و اما اینکه سید در حاشیه، بطلان صورت یقینی را به عنوان شاهد بیان کرده بود و مورد اختلاف را صورت اجتهادی و ظنی دانسته بود، نه صورت یقینی، چیزی است که مفروض خود ایشان است، ولی شیخ در بحث اجزاء هم صورتی را که شخص مطابق اماره عمل کرده و بعد یقین بر خلاف واقع بودن اماره پیدا بکند را داخل در مسئله می داند و هم جایی که ظن حجتی بر خلاف باشد را داخل در مسئله می داند، ولی مرحوم سید به عنوان یک اصل مسلم فرض کرده و به شیخ انتقاد کرده است، در حالی که چنین اصل مسلمی در کار نیست. البته در احکام ظاهری قاعده ی اولی طریقت محضه را اقتضاء می کند، منتهی اگر دلیل خاصی قائم بر اجزاء و پذیرفتن همان عمل ظاهری شد، انسان باید آن را بپذیرد، ولی ظاهر ادله ای که اوامر ظاهری را حجت می کند، به عنوان طریقت است، نه به عنوان موضوعیت که نتیجه اش اجزاء باشد. پس بنابراین اجزاء باید از دلیل دیگر کشف بشود. حال در این مسئله که هر کدام از طرفین عمل خودش را صحیح

و عمل طرف مقابل را باطل می داند، طبعاً اگر دلیل خارج نباشد، باید مطابق اعتقاد خودش عمل بکند و اگر یک طرف عربی خوانده و طرف دیگر فارسی، کسی که عربیت را شرط می داند، باید بگوید که نقل و انتقال حاصل نشده است و کسی که شرط نمی داند، باید بگوید که نقل و انتقال حاصل شده است. تصور ابتدائی مسئله اینطور است. پرسش: ... پاسخ: قبلاً هم به این بحث پرداختیم که بر اساس قواعد یک طرف عمل خودش را صحیح و عمل دیگری را باطل می داند، طرف مقابل هم عمل خودش را صحیح و عمل دیگری را باطل می داند. اگر ما قائل به سببیت شدیم، ولو اینکه عمل طرف مقابل بر حسب شرایط اولیه فاقد شرط است، ولی چون مطابق عقیده ی خودش عمل کرده است، بنا بر سببیت کفایت می کند و بنا بر سببیت هر دو واجد شرط اند. منتهی چون آقایان قائل به طریقت هستند، ما هم قائل به طریقت هستیم، طبعاً نباید صحیح بدانیم. آقای ایرانی در این مسئله غیر از سببیت یک وجه دیگری را بیان کرده است که ممکن است این معامله ی تلفیق شده را به یک بیانی غیر از سببیت تصحیح بکنیم و آن عبارت از این است که بگوییم: طبق ادله ی اولیه \_ البته در بعضی از فروض مسئله \_ اشراط مثلاً عربیت دلیلی غیر از اجماع ندارد، والا قواعد عامه اقتضاء می کند که شخص به هر زبانی که می خواهد بگوید، منتهی اجماع مثلاً در باب نکاح یا بیع قائم بر این است که ایجاب و قبول به عربی باشد. (البته ایشان تعبیر به کلمه ی نکاح نمی کند) خلاصه اینکه اگر



عربیتی معتبر باشد، مدرکش اجماع است و اجماع هم یک دلیل لُبی است و باید قدر متیقن در نظر گرفته شود و قدر متیقن بطلان هم در جایی است که تلفیق بین عربی و فارسی نشده باشد، بلکه هر دو فارسی باشد و این مسئله ی مَلْفَق، خارج از قدر متیقن خواهد بود. در نتیجه ما به عموماً تمسک می کنیم. البته به نظر می رسد که یک چنین قدر متیقنی درست نباشد، زیرا متعارف معاملات به این صورت است که هر دو به فارسی انجام بدهند، اما اینکه تلفیق بین عربی و فارسی شده باشد، جزء امور غیر شایعه است و چنین چیزی شیوع ندارد. و اگر بخواهیم بگوییم که در جایی که طرفین جاهل باشند و ایجاب و قبول هر دو به صورت فارسی واقع بشود \_ که متعارف و شایع است \_ قدر متیقن در بطلان است، ولی اگر تلفیق بین عربی و فارسی بود \_ که غیر متعارف است \_ باطل نیست، به نظر نمی رسد که بتوانیم چنین قدر متیقنی را در نظر گرفته و به اصاله العموم تمسک بکنیم. پرسش: این اجماع استثناء به ادله اولیه است و عقد فارسی را خارج می کند، نه اینکه عقد عربی را اثبات بکند آن وقت قدر متیقن در عقد فارسی این است که طرفین فارسی بخوانند. پاسخ: اگر اجماعی در مسئله باشد، هیچ قدر متیقنی ندارد. در جایی که هر دو فارسی واقع می شود و متعارف است، از یک جهت ایراد دارد، در جایی هم که مختلف است و غیر متعارف، از جهت دیگری اشکال وجود دارد و ما به طور قطع نمی توانیم بگوییم که اقل

و اکثر هستند، بلکه متباین با یکدیگرند و خلاصه اینکه متیقنی در بین نیست. این عرض ماست. یک بحث دیگری که شیخ می فرماید، عبارت از این است که اگر ما گفتیم حکم این مسئله مبتنی بر این است که حکم ظاهری را حکم اضطراری بدانیم یا حکم عذری، در جایی است که هر کدام از طرفین عمل خودش را بر اساس تقلید یا اجتهاد صحیح بدانند و عمل طرف مقابل را بر اساس قواعد اولیه صحیح ندانند، مورد بحث ما در اینجاست، اما در جایی که شخص عمل خودش را بر اساس قواعد اولیه صحیح نداند، این بحث مطرح نخواهد بود، ولو اینکه طرف مقابل عمل هر دو را صحیح بدانند، ولی همین که خود شخص عملش را صحیح نداند، تصحیح طرف مقابل کفایت نمی کند. شیخ در ادامه برای هر دو مسئله مثال زده و می فرماید: «هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر»، یعنی در صورتی که شخص بگوید: نقصی در عمل من نیست. «كالصراحة»، یعنی می بیند که انشاء طرف مقابل صریح نیست، ولی انشاء خودش صریح است و اشکال در یک طرف است، نه در طرفین. یا اینکه یک طرف عربی و یک طرف فارسی است. یا در یک طرف صیغه ماضی است، ولی در طرف دیگر ماضی نیست. ایشان برای مثال قسم دوم که خارج از بحث است به موالات اشاره می فرمایند که طرفین اشکال پیدا می کند، نه اینکه فقط یک طرف اشکال پیدا بکند و بعد ببینیم که آیا با ادله ی تنزیل و امثال آن می توانیم طرف مقابل را تصحیح بکنیم یا نه. پرسش: ترتیب

چطوری هست؟ پاسخ: مرحوم سید می فرمایند: ترتیب با موالات حکم واحد را دارد و اگر گفتیم که در موالات طرفین اشکال پیدا می کنند، در ترتیب هم همینطور خواهد بود. ولی من از سید تعجب می کنم که چرا ایشان این مطلب را می فرمایند؟! اگر کسی قبول را مقدم بر ایجاب کرد و عقیده اش هم این بود که تقدم قبول بر ایجاب صحیح است و در نتیجه این عقد را صحیح می داند، ولی آن کسی که ایجاب کرده است، می گوید: قبول متقدم باطل است، ولی ایجاب من صحیح است و باید بعداً طرف مقابل یک قبول دیگر بجا بیاورد، تا عقد صحیح باشد. در اینجا شخص احتیاجی به اعاده ی ایجاب خودش ندارد و می گوید که ایجاب من اشکالی ندارد و با تحقق قبول بعدی ترتیب هم حاصل شده و عقد صحیح خواهد بود و لزومی به اعاده ی ایجاب نیست و ایجاب در جای خودش صحیح است. در موالات طرفین به هم می خورند و نمی شود ترتیب را با موالات قیاس کرد. ایشان می فرماید که در برخی امور عقد هر دو به هم می خورد: «و أمّا الموالاه و التنجیز». نسبت به موالات، هر دو فاقد صفت موالات شده و باطل می شوند، در نتیجه آن کسی که موالات را معتبر می داند، می گوید: عمل من هم فاقد موالات است، هر چند طرف مقابل \_ که موالات را معتبر نمی داند \_ عمل هر دو را صحیح می داند، اما تصحیح او ربطی به این شخص ندارد و به درد او نمی خورد، زیرا خود شخص عملش را باطل می داند. مثال دیگر تنجیز است که اگر یکی از طرفین تنجیز را شرط بداند و دیگری

شرط نداند، اگر آن کسی که شرط می داند، ایجابش معلق باشد، عمل خود را باطل می داند، اگر هم بخواهد امر معلق را قبول بکند، باز هم عمل خودش را باطل خواهد دانست و چه در ایجاب و چه در قبول قهراً عمل خودش را باطل خواهد دانست. مورد دیگری هم که ایشان بیان فرموده اند عبارت از این است که: «بقاء المتعاقدين عله صفة الإنشاء إلی آخر العقد». عقیده ی شیخ عبارت از این است که باید معاهده در طرف مقابل باشد و اگر شخص بخواهد، معاهده ای وجود نخواهد داشت و قهراً اگر یکی از طرفین بخواهد، هر دو فاقد شرط خواهند شد، چون معاهده ای در بین نیست. البته ایشان یک «فتأمل» ی دارند که بماند برای فردا. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### فرق بین شرطیت ترتیب با موالات \_ ضمان در مقبوض به عقد فاسد ۹۲/۰۲/۳۰

.Your browser does not support the audio tag

فرق بین شرطیت ترتیب با موالات \_ ضمان در مقبوض به عقد فاسد دیروز عرض کردیم که مرحوم سید شرطیت موالات را با شرطیت ترتیب یکی دانسته و فرموده است که هر چه در باب موالات می گوئیم، در باب ترتیب هم همان طور است. اما بر خلاف ایشان، شیخ می فرماید که اگر یکی از طرفین ترتیب را شرط بداند و دیگری شرط نداند، از یک طرف واجد شرط و از طرف دیگر فاقد شرط خواهد بود، ولی در صورت نبود موالات، متعاملین فاقد شرط خواهند بود. در این مسئله حق با شیخ است، زیرا در صورت نبود ترتیب، آنچه که مقدم شده است، باطل است و باید دوباره بجا آورده شود، ولی آنچه که مؤخر است، به صحت خودش باقی است. مثلاً وقتی بین نماز ظهر و عصر ترتیب معتبر است،

ص: ۸۵۱

اگر کسی عصر را مقدم بر ظهر قرار داد، قاعده ی اولی، بطلان عصر را اقتضاء می کند و باید عصر دوباره تکرار شود، ولی ظهر به صحت خودش باقی است. اما اگر مثلاً موالات بین حروف معتبر بود و کسی این موالات را بجا نیاورد، هم مقدم و هم متأخر، هر دو باطل است و این شرط برای طرفین هست. فلذا ایشان می فرماید: اگر موالات نبود، هر دو طرف فاقد شرط خواهند بود، ولو اینکه طرف مقابل کوتاه آمده باشد. البته شیخ بعد از این مطلب تعبیر به «فأفهم» می کند که اشاره به این است که در اینجا نباید به صورت مطلق حکم کرد و باید قائل به تفصیل شد. به عبارت دیگر در اینجا انسان دو صورت را می تواند تصویر بکند: یک صورت عبارت از این است که شخص \_ مثل متعارف موارد \_ وقتی ایجاب می کند، اطمینان دارد که قبول به دنبالش می آید که در این صورت به حسب حکم ظاهری این ایجاب محکوم به صحت است، چون شرط توالی \_ که نسبت به مقدم و مؤخر شرط است \_ به حسب اطمینان حاصل است، اما صورت دوم این است که چنین اطمینانی وجود ندارد، بلکه شخص ایجاب می کند تا ببیند که طرف مقابل چه می کند. در این صورت استصحاب اقتضاء می کند که این عمل من فاقد صفت توالی است. در این صورت می توانیم بگوئیم که عمل این شخص باطل است و نمی شود به این اکتفاء کرد، اما آن صورتی که شخص اطمینان داشت به حسب حکم ظاهری صحیح است و ممکن است که ما آن حکم ظاهری را به منزله ی حکم اضطراری و

ص: ۸۵۲

واقعی فرض کرده و حکم به صحت بکنیم. پس بنابراین تعبیر «فأفهم» عبارت از این است که ما باید در مورد توالی قائل به تفصیل بشویم که در یک صورت به حسب حکم ظاهری، انشاء اول صحیح است و فرض بر این است که طرف مقابل هم توالی را معتبر نمی داند، یا می گوید که توالی حاصل است و در این صورت عقد صحیح خواهد بود، اما اگر شخص رجاء ایجاب کرده تا بعد از آن «قبلت» با توالی حاصل بشود، در چنین موردی نمی توانیم حکم به صحت بکنیم و خلاصه اینکه یک چنین تفصیلی در مسئله وجود دارد و «فأفهم» اشاره به این است که ما نباید علی وجه الاطلاق در صورت نبود توالی عقد را باطل بدانیم، بلکه در فروض متعارف که اطمینان به حصول قبول هست، بنا بر اینکه احکام ظاهریه را همچون احکام اضطراری بدانیم، نه همچون احکام عذری، حکم به صحت بکنیم. این بحث تمام شد. بحث دیگر عبارت از این است که اگر کسی یک عینی را به طرف مقابل فروخت و مشتری هم قبض کرد، ولی این معامله فاسد بود و شرع آن را امضاء نکرده بود، ایشان می فرماید که این شخص ضامن است. تعبیر ایشان این است که مالک نیست و اگر تلف شد، ضامن هم هست و باید مثل و یا قیمتش را تحویل بایع بدهد. نسبت به مالک نبودن، دلیل ایشان این است که چون معامله فاسد است، مقتضای فساد عبارت از این است که شخص مالک نباشد. اما ضامن بودن شخص احتیاج به دلیل دارد که ایشان بعداً دلیل آن را ذکر می کنند. البته صرف

فسادِ عقدِ اقتضای مالک شدن طرف مقابل را نمی‌کند، زیرا ممکن است معامله فاسد باشد، اما شخص به صورت مجانی مالک شده باشد و خلاصه اینکه مقتضای فساد عبارت از این است که نقل و انتقال معاوضی بین طرفین واقع نشود و عنوان بیعی فاسد باشد و احکام بیع بر آن بار نشود، اما امکان دارد که عناوین دیگر بر آن اطلاق بشود. پس بنابراین خارجاً فساد با عدم ملکیت طرف مقابل ملازمه ندارد، ولی قهراً وقتی عامل و منشأی برای نقل و انتقال وجود نداشته باشد، مالکیت طرف مقابل هم نمی‌آید. البته این بحث خیلی مهم نیست، بلکه آنچه که مهم است بحث ضامن بودن کسی است که قبض کرده است. اگر مثلاً یک آفت سماوی واقع شد و مقبوض از بین رفت، یا دزد عین مقبوضه را برد، یا یک زورگویی آمد و این عین را از شخص گرفت، در این موارد طبق فرمایش ایشان این شخص ضامن است و باید مثل و قیمتش را به بایع بدهد. بحث ما در این است که این ضامن از کجا آمده است؟ گاهی شخص می‌داند که عقد فاسد است و قبض این عین خلاف شرع است و یا بدون رضایت مالک عین را قبض کرده است که در این صورت، شخص قصد فعل حرام و استیلائی عدوانی بر مال دیگری را کرده که قهراً ضامن در باب غصب شامل این موارد خواهد بود و بحثی در آن نیست، اما بحث ما در جایی است که خود مالک یک عقد باطلی انجام داده است و عین را تحویل مشتری داده است و غصب و استیلائی عدوانی

هم در کار نیست. این ضمانتی که ایشان در اینجا فرموده است، از کجا آمده است؟ شیخ دو دلیل برای این مطلب ذکر فرموده است که یکی از این دو دلیل حدیث مشهور «علی الید» است که از قدیم مشهور بوده است و علماء به آن احتجاج کرده اند و لو اینکه حدیث برای ما ثابت نیست و عامه آن را نقل کرده اند، اما اصحاب به آن عمل و احتجاج کرده اند. «علی الید» می گوید که شخصی که چیزی را اخذ کرده است، تا زمانی که اداء نکرده است، ضامن است. در اشکال به دلالت این روایت گفته شده است که «علی» در این روایت برای بیان وظیفه و تکلیف است، مثل اینکه گفته می شود علیه دین، علیه الصوم، علیکم فلان و امثال اینها که معنایش عبارت از این است که وظیفه و تکلیف شما این است که این کار را انجام بدهید. پس از «علی» در مقام تکلیف استفاده می شود و بحث ما راجع به این نیست که بگوییم شخص راجع به این شیء تکلیفی دارد یا ندارد، زیرا شخص تکلیف دارد که این شیء را از دست دزد و امثال آن حفظ بکند، بلکه مقصود ما اثبات ضمان برای شخص است که اگر این شیء تلف شد، نه اینکه او اتلافش کرده باشد، مثل اینکه دزدی آمد و آن را برد، یا آفت سماوی نازل شد و یا زلزله و امثال آن موجب تلف شدن این شیء شد، شخص ضامن آن باشد. پس بنابراین اینطور اشکال شده است که «علی الید» در بیان تکلیف است، نه در مقام اثبات ضمان. شیخ می فرماید: این اشکال ضعیف

است، زیرا اگر «علی» به فعلی از افعال تعلق بگیرد، ظهور در تکلیف خواهد داشت، مثل اینکه گفته شود: «علیکم» که فلان کار را انجام بدهید، در این صورت ظهور در تکلیف پیدا می کند، اما اگر «علی» به عینی از اعیان تعلق گرفت، حال چه به عین های خارجی و چه به عین های کلی \_ که عبارت از دین است \_ در این صورت ظهور در وضع دارد و اگر گفتیم: «علیکم» فلان دین، معنایش عبارت تکلیف محض نیست، بلکه به این معنی است که شما بدهکار هستی و باید مثل یا قیمتش را بدهی. در اینجا هم فرموده است: «علی الید ما أخذت»، مراد فعلی از افعال نیست، بلکه «ما أخذت» عبارت از عین خارجی است و قهراً وقتی «علی» به غیر افعال تعلق گرفت، به معنای عهده داری خواهد بود، به این معنی که در عهده ی شخص قرار گرفته است و لازمه ی عهده داری هم عبارت از این است که اگر مقدر باشد، آنچه که بر عهده ی اوست، باید تحویل بدهد، اگر عین شخصی است، همان عین شخصی را باید تحویل بدهد و اگر کلی است، مثل و قیمتش و یکی از مصادیق کلی را تحویل بدهد. اگر هم شخص قدرت تحویل مثل و قیمت شیء تلف شده را ندارد، لازمه ی آن استقرار شیء در ذمه اوست. خلاصه اینکه با «علی» می توانیم این مطلب را اثبات بکنیم. این فرمایش شیخ بود، اما یک شبهه ای در اینجا هست که شیخ آن را دنبال نکرده است و آن شبهه عبارت از این است که ظاهر «تؤدی» عبارت از این است که آن شیئی در عهده ی شخص است تا



وقتی که آن را اداء بکند، در حالی که بعد از تلف شیء انسان دیگر نمی تواند عین آن تالف را اداء بکند، بلکه مثل و قیمتش را اداء می کند. فرض مسئله این است که شیئی تلف نشده است و انسان درباره ی آن شیء مسئول است و باید حفظش بکند و نگذارد که از بین برود و اگر مالک راضی نیست، زودتر ردش بکند. اما اینکه بگوییم: یکی از مراتب اداء، اداء المثل و اداء القیمه است، تجوز است، نه حقیقه الاداء و وقتی شخص مثل و قیمت یک شیء را بدهد، عین آن شیء حقیقتاً اداء نکرده است. اگر شما مشابه یک چیزی را که تلف شده است را تحویل مالک بدهید، عین آن شیء را اداء نکرده اید و اطلاق اداء بر آن مجاز است، نه حقیقت، مثل اطلاق اسد بر زید از باب مجاز است و تا دلیلی بر ثبوت مجاز نداشته باشیم، نمی توانیم حمل بر اطلاق مجازی بکنیم. البته فرصت نشد که من شأن نزول «علی الید» را بررسی بکنم و در کتب ما شأن نزول این روایت بیان نشده است و ممکن است که در صدر این روایت بیانی از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) وارد شده باشد که قرینه بر این باشد که مراد از «علی الید» اداء عین و شخص شیء نیست. باید این روایت را در کتب عامه بررسی بکنیم و ظاهراً پیدا کردن این روایت و موارد استعمال آن در کتب عامه کار مشکلی نیست. خلاصه اینکه اگر قرینه ی خارجی نباشد، ما نمی توانیم «علی الید» را برای شیء تالف استفاده بکنیم. البته شیخ کلمه «علی»

را به معنای عهده داری معنی کرده است و کآن بر عهده ی ذوالید چنین چیزی هست، اما آقای بروجردی «علی» را به معنای عهده داری معنی نمی فرمود، بلکه فرمایش ایشان اینطور بود که «علی» به این معنی است که این شیئی که اخذ شده است، روی دست طرف قرار دارد، یعنی در عالم اعتبار شیء مأخوذ، روی دست شخص قرار گرفته است و هر وقت مالک مراجعه بکند، می تواند آن شیء را بگیرد، نه اینکه بر ذمه و عهده ی او قرار گرفته باشد. البته بین اینها ملازمه وجود دارد، اما ایشان معنای استعمالی «علی» را اینطور بیان می فرمودند و مختار ایشان این بود که اگر چیزی تلف شد و ما می خواهیم قیمت آن را تعیین بکنیم، باید یوم الاءاء را در نظر بگیریم، نه یوم الغصب یا یوم التلف، زیرا ایشان می فرمود که یوم الاءاء، یعنی اینکه شیء روی دست اوست و برو از روی دست او بگیر. پس بنابراین یکی از ادله ضمان، روایت «علی الید» بیان شده است. پرسش: با این معنایی که فرموده اند، حکم وضعی می شود؟ پاسخ: بله، وضعی است. ایشان می فرماید که حتی بعد از تلف هم در عالم اعتبار روی دست او قرار دارد و چون اداء نکرده است، برو و از روی دست او بردار. به عبارت دیگر این شیء تلف شده جایی نرفته است و الان روی دست او قرار گرفته است و برو از او مطالبه کن و بگیر. معلوم می شود که بعد از تلف شیء هم مسئولیت وجود دارد و وقتی که رفت، دیگر من تکلیفی ندارم که مثل و قیمت آن را بدهم. اما دلیل دومی که

شیخ بیان فرموده است، روایتی است که در این باب وارد شده است که شخصی جاریه ای را دزدیده و به یک شخصی فروخته است و آن مشتری با جاریه مباشرت کرده و صاحب اولاد شده است. مشتری بعداً متوجه شده است که این جاریه مال کس دیگری بوده است و دزدیده شده و به او فروخته شده است. حضرت در این روایت می فرماید: آن جاریه باید به صاحبش ردّ بشود، زیرا بیع باطل و فاسد بوده است و باید جاریه به صاحبش ردّ بشود. بچه ای هم که متولد شده است، با توجه به اینکه یک طرفش حرّ است و واطئ آن حرّ است، قهراً بچه هم حرّ خواهد بود و ملک مالک جاریه نخواهد بود، منتهی مشتری باید قیمت این بچه ی حرّ را به صاحب جاریه بپردازد. شیخ در اینجا می فرماید که این جاریه نمایی پیدا کرده است که عبارت از این بچه است و این نمای استیفاء شده ی مشتری نیست، زیرا گاهی بعضی از نساءها مانند سکنی و خوردن و امثال آن مستوفاه است، اما این بچه یک نساء غیر مستوفاه است و در حقیقت این بچه نساء جاریه ای است که ملک دیگری است و حضرت در این روایت در نساء غیر مستوفاه (بچه) حکم به ضمان فرموده است و به طریق اولی شخص نسبت به اصل جاریه ای که در دستش بوده و از آن استفاده هم کرده است، ضمان داشته است و اگر جاریه تلف می شد، باید قیمت جاریه را به صاحبش پرداخت می کرد. به عبارت دیگر وقتی که ما نسبت به نساء غیر مستوفاه قائل به ضمان باشیم، به طریق اولی نسبت

به خود عین باید قائل به ضمان بشویم. منتهی نکته ای که در اینجا هست، عبارت از این است که باید دو موضوع از هم جدا بشود که شیخ هم این دو موضوع را از هم جدا کرده است. موضوع بحث ما عبارت از ضمان تلف است، نه ضمان اتلاف. یک مرتبه شخص مقبوض به عقد فاسد را خودش تلف می کند که در اثبات ضمان برای او حرفی نیست، اما موضوع بحث در جایی است که تلف به واسطه ی تلف سماوی یا دزدی و امثال آن واقع شده باشد، نه اینکه اتلافی از طرف شخص انجام شده باشد. شیخ می فرماید: اگر یک چیزی ملک طرف بود و من آن را تلف کردم، این اتلاف است و شخص ضامن است، ولی در این روایت هر چند مالک جاریه اصلاً مالک بچه نشده است، منتهی کار مشتری منشأ این شده است که صلاحیت مملوکیه این بچه از مالک جاریه گرفته شود و اگر مشتری این کار را نمی کرد، خود مالک این کار را می کرد و صاحب بچه می شد، اما با این کاری که صورت گرفته است، دیگر صلاحیت مملوکیه از مالک گرفته شده است. شیخ می فرماید که در اینجا ملک مالک اتلاف نشده است، ولی کار مشتری سبب شده است که امکان مالکیت بچه از او سلب بشود و این مورد هم به تلف نزدیکتر است و کالتلف است. بنابراین ایشان استفاده می کند که کأن وقتی شخص در تلف نمای غیر مستوفاه ضامن است، به طریق اولی در خود شیء هم ضامن خواهد بود که مورد بحث ما هم همین است. البته بعداً تعبیر به «فأفهم» می فرماید که

## بررسی روایات اثبات ضمان در تلف ۹۲/۰۲/۳۱

Your browser does not support the audio tag

بررسی روایات اثبات ضمان در تلف حدیث «علی الید» در کتب صحاح مثل مسلم، بخاری، ترمذی، ابوداود و غیر صحاح نقل شده است و راوی این روایت هم سمره بن جندب است. مرحوم شریعت راجع سمره بن جندب نوشته است که آیه ی راجع به مجاهدین را بر ابن ملجم تطبیق کرده است! اینطور مطالب دلالت بر این دارد که ایشان در سطح خیلی شدید از انحراف قرار داشته است و از ابن ابی الحدید هم نقل شده است که سمره از اطرافیان ابن زیاد بوده است و از معاویه پول می گرفته و شأن نزول آیات را در مدح آنها روایت کرده است. بنابراین این روایت در کتب صحاح اهل سنت نقل شده است و در کتبشان هم به آن احتجاج کرده اند. و اما اینکه اینگونه روایات در کتب ما هم آمده است، بدین جهت است که در اوائل، فقه به صورت مقارن بوده است و گاهی شواهد دیگری در مسئله از طرق امامیه یا فتاوی امامیه بوده است و اینگونه روایات هم در عین حالی که مورد قبول نبوده است، در کتب ما هم ذکر شده است. به هر حال روایت «علی الید» یک چنین روایتی است، اما عمده ی بحث در این است که ببینیم آیا اجماعی در مسئله هست، یا نه؟ یا بنای عقلاء در مسئله هست، یا نیست؟ اگر اجماع یا بنای عقلاء در این مسئله بود، می توانیم مسئله را تمام بکنیم. البته در صورتی که کسی چیزی را غضب کرده باشد و آن چیز در دست غاصب تلف بشود، ممکن

ص: ۸۶۱

است که بگوییم بر اساس بنای عقلاء ضمان وجود دارد. ولی یکی از بزرگان یک نظریه ای داشت که از آن استفاده می شود که حتی در صورتی که مال در دست غاصب تلف بشود، در بعضی از فروض نمی توانیم اثبات ضمان بکنیم، چه رسد نسبت به غیر غاصب. ایشان می فرمود: اگر مالی که غضب شده است، در دست مالکش بود، تلف نمی شد، ولی در دست غاصب قرار گرفته و تلف شده باشد، در اینجا ضمان وجود دارد، اما اگر در دست صاحبش هم بود، باز هم تلف می شد، مثل اینکه زلزله واقع شده باشد و چه این شیء در دست صاحبش و چه در دست غاصب تلف می شد، در این صورت غاصب ضامن نخواهد بود. پس بنابراین اینطور نیست که بگوییم همین که یک آن شیء در دست غاصب قرار گرفت، باید مثل و قیمتش را پردازد، زیرا اگر در دست صاحبش هم بود، باز هم تلف می شد و از بین می رفت. پس نمی توانیم بگوییم که در این فرض بنای عقلاء بر اثبات ضمان است. مطلب دیگر هم عبارت از این است که اگر در شرع حکمی بیان شد و مصادیق ظاهره اش منطبق بر چیزی شد که بنای عقلاء قائم بر آن است، دیگر نمی توانیم آن را لفظ را توسعه بدهیم و اوسع از بنای عقلاء را استفاده بکنیم و اگر کسی بخواهد غیر از آنچه بنای عقلاء است، موردی را اضافه بکند که عقلاء قائل به آن نیستند، باید تنصیص بکند و خلاصه اینکه اگر مصادیق ظاهره ی لفظ همانی باشد که عقلاء می گویند، ظهور در تعمیم حاصل نخواهد شد. به نظر بنده این حرف

ص: ۸۶۲

درستی است و وجداناً هم همینطور است و اگر ما کمی از این اطلاق گیری های مدرسه ای بگذریم، بالطبع برای انسان روشن می شود که در خصوص فردی که عقلایی نیست، باید تنصیص به آن بشود والا استفاده ی تأسیس از آن نمی شود. پس این یک اشکال کلی است، اما اشکال دیگر هم وجود دارد و البته من مراجعه نکردم، ولی علی القاعده باید دیگران هم گفته باشند، عبارت از این است که ظاهر «حتی تودی» عبارت از این است که شخص باید خود آن شیئی را اداء بکند، نه مثل و قیمت آن را. اما اینکه گفته شده است که دادن مثل و قیمت از مراتب اداء است، بیشتر شبیه مصادیق شاعرانه است که شخص یک مفهوم عامی را در نظر می گیرد و اموری را که تنزیلاً به منزله ی آن است، قهراً مصداق آن می شود، اما این غیر از مصادیق عرفیه ی شیء است. مثلاً وجود مراتبی دارد: یک مرتبه وجود ذهنی است، یک مرتبه وجود کتبی است و امثال آن، ولی آیا با تصور زید، واقعاً زید وجود دارد، یا با کتابت زید، زید موجود می شود؟! اینطور نیست، اما انسان می تواند به صورت مجازی یک معنای وسیعی را در نظر بگیرد و اسمش را بگذارد مراتب وجود و بیان این اصطلاحات اشکالی ندارد، ولی این اصطلاحات منشأ این نخواهد بود که ما روایاتی را که بر اساس عرف و مصادیق حقیقی بیان شده است را بدون قرینه از معانی حقیقی به معانی دیگر منتقل بکنیم. بنابراین «حتی تودی» ظاهر در این است که شخص خود شیء را اداء بکند و ناظر به مثل و قیمت نیست. پرسش: آیا

فهم اهل سنت از این روایت به درد ما می خورد؟ پاسخ: نه کفایت نمی کند و آنها هم مثل فقهای ما گاهی به یک چیزهای منتقل می شوند و باید عرف بسیط را حساب کرد و مورد نزول روایت را هم نمی دانیم که در کجا نازل شده است. پرسش: ظاهراً در مورد برگرداندن امانت هست. پاسخ: ما باشیم و این روایت، این معنی استفاده می شود که انسان باید چیزی را که اخذ کرده است، حفظ بکند و تعدی و تفریط در نگهداری آن نکند تا از بین برود و بیشتر از این استفاده نمی شود. پرسش: با این بیان شما تکلیفی می شود؟ پاسخ: این مقدار در عهده ی شخص است که باید مراقبت بکند و اگر مراقبت نکرد، ضمان هم می آید و این عهده داری بر اوست، حال اسمش را تکلیف یا چیز دیگر بگذارید. [۱] خلاصه در صورتی که شخص چیزی را غصب بکند و در دست او تلف بشود و اگر این چیز در دست صاحبش بود، حفظ می شد، در این صورت ضمان عقلایی دارد و حرفی در آن نیست، ولی در صورتی که خود مالک شیء را تسلیم کرده باشد به خیال اینکه این شیء ملک طرف مقابل است و جهل مالک منشأ تحویل شیء به طرف مقابل شده باشد و جهل طرف مقابل هم منشأ قبول این شیء شده باشد، بدون اینکه طرف مقابل تصرفی کرده باشد و دزدی این شیء را ببرد و اگر این شیء در دست مالک بود، از دست دزد محفوظ می ماند و خلاصه اینکه این جهل مالک و جهل طرف مقابل هر دو منشأ برای جابجایی این شیء شده است، آیا

در این صورت باید بگوییم که طرف مقابل باید ضامن شیء تلف شده باشد؟! در حالی که تعمداً در کار نبوده است و این جابجایی در اثر جهل هر دو طرف بوده است. [۲] آیا در این صورتی که هر دو طرف اشتباه کرده اند و این شیء تسلیم طرف مقابل شده و در دست او تلف شده است، بنای عقلاء اثبات ضمان برای او می کنند؟! البته در صورتی که شخص اشتبهاً مالک مالک را بردارد و پیش خودش ببرد، ولو معصیت نکرده است، ولی نسبت به آن ضامن است، زیرا اگر او بر نمی داشت، آن مال در نزد مالکش محفوظ بود، ولی در صورتی که خود مالک اشتباه کرده است و اگر این اشتباه را نمی کرد، تحویل طرف مقابل نمی داد، در این صورت می توانیم بگوییم که بنای عقلاء اثبات ضمان برای طرف مقابل می کنند؟! خلاصه اینکه برای اثبات ضمان در چنین صورتی خیلی دلیل محکمی باید داشته باشیم. روایت دیگری که به آن تمسک شده است، روایت جاریه ی مسروقه است. سندی که در حاشیه ی مکاسب چاپ کنگره شیخ برای این روایت بیان شده است، از نظر ما محل اشکال است، ولی شاید مشهور در این سند اشکال نکنند، زیرا سندی که برای این روایت بیان شده است اینطور است: «علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا مثلاً - عن ابی عبدالله علیه السلام». روایت اینطور وارد شده است و طبق مشتهر اگر یکی از اصحاب اجماع در سند باشد، روایت معتبر خواهد بود. مسلک برخی دیگر هم بر این است که اگر ابن ابی عمیر و صفوان و



بزنطی در سند روایتی قرار گرفتند، تمام سند معتبر است که در آن صورت هم اشکالی در سند نخواهد بود. ما قائل به این هستیم که مشایخ ابن ابی عمیر، صفوان و بزنطی حجت و ثقات اند، اما در اینجا به نظر ما سند این روایت اشکال دارد، ولی در آخرین باب بخش نکاح العیید و الإماء وسائل (باب ۸۸) روایات متعدد و معتبری در این باره نقل شده است که شاید از همانجا روشن بشود که مراد از «بعض اصحابنا» چه کسی است و لذا می توانیم بگوییم که سند این روایت، سند صحیحی است و از جهت سند اشکالی بر آن وارد نیست. پرسش: اینکه ابن ابی عمیر یا علی بن ابراهیم به یک چنین روایتی تمسک یا نقلش کردند، دلیل بر این نیست که اعتماد بر آن کرده اند؟ پاسخ: نه، گاهی برای تأیید نقل می کنند، چون به طریق دیگری هم صحیح هست و معلوم نیست که خود این روایت قابل استناد باشد. پرسش: در مورد خود ابن ابی عمیر که بعضی از گنجینه ی حدیثی اش را از محفوظاتش نقل کرده، آیا این «عن بعض اصحابنا» نمی تواند موجب تضعیف بشود؟ پاسخ: نه، موجب تضعیف نمی شود. اتفاقاً موجب تقویتش می شود. پرسش: عرض می کنم که سند را تضعیف کنیم، یعنی بگوییم که می دانیم از یک ثقه ای شنیده ولی نمی دانیم از چه کسی. پاسخ: درست است. این را که خود ما عرض می کردیم. اینطور که ما مراجعه کردیم، ابن ابی عمیر از حدود ۴۰۰ نفر روایت دارد که تقریباً ۵ نفر از اینها را ضعاف دانسته اند، (البته ما به ۷۰ نفر رساندیم، منتهی جواب دادیم) و احتمال اینکه «عن

بعض اصحابنا» یکی از این ۵ نفر باشد، یک در چهل است و سی و نه احتمال این است که جزء این ۵ نفر نباشد و لذا این احتمال قابل اعتناء نیست و می شود این نوع روایت ابن ابی عمیر را حجت بدانیم. این تقریبی است که برای حجیت روایت ابن ابی عمیر بیان شده است، اما آنطور که بعضی ها نوشته اند مرحوم آقای سید محمد باقر صدر در اینجا اشکالی کرده و فرموده است: اگر احتمال تمام افراد از نظر احتمال یکسان باشد، این تقریب درست خواهد بود و به آن اعتناء نمی شود، اما گاهی احتمالات در عرض هم نیست و از نظر قوت و ضعف ممکن است یک احتمال به قدر ۵۰ درصد باشد و گاهی حتی بیشتر از ۵۰ درصد باشد. بعد هم ایشان می فرمایند: اینکه راوی ذکر نشده است، می تواند به این جهت باشد که راوی شخص قابل اعتنائی نبوده است و اگر یک آدم معتبر و حسابی بود، اسمش را در روایت ذکر می کرد، ولی چون آدم سطح پایینی بوده است، در روایت ذکر نشده است و تعبیر به «عن رجل» و امثال آن دلالت بر رتبه ی پایین راوی دارد. پس بنابراین این احتمال یک در چهل در اینجا با جاهای دیگر فرق دارد و همین ذکر نکردن راوی اماره بر این است که راوی قابل ذکر نبوده است. خلاصه این فرمایش ایشان است که با قانون احتمالات نمی توانیم این روایات ایشان را تصحیح بکنیم. اما عرض بنده این است که ایشان مثل اینکه در کلام نجاشی دقت نکرده است، زیرا نجاشی می گوید: خواهر ابن ابی عمیر نوشته های ایشان را در

طاقچه گذاشته بوده است و خود ابن ابی عمیر هم زندانی بوده است و باران آمده و این نوشته ها را محو کرده است و لذا «یسکون الاصحاب الی مراسیله» و این بیان برای دفع دخل مقدر است. اینکه ما در یک جایی می بینیم که تعبیر به «عن رجل» شده است، به این معنی نیست که این راوی قابل اعتناء نبوده است و مثلاً خجالت می کشیده است که اسم او را ذکر بکند، بلکه به این جهت بوده است که باران بر نوشته ها باریده و برخی از اسماء را محو کرده است. باران هم که با کسی دشمنی ندارد و نسبت به همه متساوی النسبه است و نجاشی این تعبیر را برای دفع مانع ذکر کرده است تا کسی نگوید که همین ذکر نکردن راوی اماره بر ضعف است. پرسش:.... پاسخ: مقصود این است که آن روایاتی که بلاواسطه خودش نقل کرده است، معتبر است. پرسش: می داند از جمیل شنیده، اما نمی داند جمیل از کی شنیده. پاسخ: نه، ممکن است مرسله ی جمیل باشد، نه مرسله خودش. خلاصه ما نسبت به آنهایی که بلاواسطه نباشد، شبهه داریم. این شخصی هم که آدرس داده است، سند مرسل را آدرس داده است، ولی سند مسند حسابی هم در همان بابی که ایشان آدرس داده، هست و احتیاجی به ذکر این سند نبود. این روایت جاریه ی مسروقه حکم می کند که اگر کسی با جاریه ای که خریده است، مباشرت کرد و اولادی بدنی آمد و بعد هم کشف شد که این دزدی بوده است، به فرمایش حضرت باید آن جاریه به صاحبش برگردانده بشود و قیمت بچه هم باید به مالک

جاریه داده بشود. در اینجا گفته اند که وقتی در بچه ای که جزء منافع غیر مستوفاه است، شخص ضامن است و باید قیمت آن را بدهد، به طریق اولی نسبت به خود جاریه هم ضامن خواهد بود. از طرف دیگر شما هم نگوید که اینجا اتلاف است، زیرا بچه ملک طرف نبوده و حتی صلاحیت برای ملک طرف بودن را هم نداشته است و این شخصی کاری کرده است که یک نمایی تولید شده که غیر قابل ملک است. اگر نمایی بود که ملک دیگری قرار می گرفت و مقتضی بود که ملک دیگری قرار بگیرد و این شخص ایجاد مانع می کرد، می شد به آن اتلاف بگوییم، اما در اینجا یک نماء غیر قابل استفاده برای مالک ایجاد شده است و این حکم تلف را دارد نه حکم اتلاف را و بنابراین وقتی در تلف نسبت به منافع غیر مستوفاه که فرع است - ضامن باشد، در تلف اصلش هم که خود جاریه است - ضامن خواهد بود و باید قیمت جاریه را بدهد. بعد هم ایشان تعبیر به «فأفهم» کرده اند که شاید ناظر به این معنی باشد که و لو شخص ملکیت عرفیه و شرعیه برای صاحب اولاد شدن ندارد، ولی شخص برای اینکه صاحب اولاد بشود، گاهی میلیاردها خرج می کند و شخص ممکن بود که از این طریق برای خودش یک اولادی ایجاد می کرد و در اینجا هر چند استیفای اکل و شربی وجود ندارد، اما خود صاحب اولاد شدن یک نحوه انتفاعی است که به وسیله ی ملک دیگری به آن دست پیدا کرده است و باید خودش میلیونها خرج می کرد تا صاحب اولاد بشود و الان

صاحب اولاد شده است و باید پول آن را بدهد و این به اتلاف شبیه تر است تا به تلف تا ما از آن ضمان تلف را استفاده نکنیم که مورد بحث ماست. پس بنابراین این «فأفهم» اشاره به این است که این روایت دلیل بر اثبات ضمان در تلف نیست. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

## ادله ی اثبات ضمان در بیع فاسد ۹۲/۰۳/۰۱

.Your browser does not support the audio tag

ادله ی اثبات ضمان در بیع فاسد در مسئله ی ضمان مشتری در بیع فاسد، مشتری از باب مثال است و در این حکم فرقی بین بایع و مشتری وجود ندارد و هم نسبت به ثمن و هم نسبت به مثن این بحث جریان دارد و بحث ضمان اختصاص به مبیع ندارد، بلکه ثمن و مثن در عقد فاسد هر دو حکم واحد دارند. دلیلی که ابتداءً برای ضمان مثن و ثمن در بیع فاسد ذکر شده است، اجماعی است که شیخ در دو جای مبسوط ادعاء کرده است و ابن ادریس هم دو تعبیر بکار برده است: در یک جا تعبیر به «اصحابنا» و در جای دیگر هم تعبیر به «المحصلین» نموده است. ممکن است کسی از کلمه «المحصلین» اینطور استفاده بکند که این کلمه در مقابل غیر محصلین است، پس بنابراین مسئله اجماعی نیست و کأن این کلمه در مقابل اجماع بکار برده شده است، اما به نظر می رسد با توجه به اینکه تعبیر به «المحصلین من اصحابنا» نشده است، به احتمال قوی مراد از غیر محصلین بعضی از عامه هستند که قائل به این قول نیستند. ظاهر «اصحابنا» عبارت از اجماع است و چون «المحصلین» قید «من اصحابنا» ندارد، احتمال می دهیم که مراد از غیر

ص: ۸۷۰

محصلین برخی از عامه باشند و قهراً منافاتی بین این دو تعبیر ایشان وجود نخواهد داشت. شیخ طوسی در باب رهن از بیع اسم برده و نسبت به ضمان در بیع فاسد دعوی اجماع کرده است. در کتاب البیع مبسوط هم دعوی اجماع کرده است. ابن ادریس هم که تعبیر به «اصحابنا» کرده است که ظاهر در اجماع است. کاشف الغطاء هم در شرح قواعد دعوی اجماع کرده است. در مطول می خواندیم که اصل اولی در قضایا این است که مسنداً اسم شخص باشد، مثل اینکه گفته می شود: زید فلان کار را کرد، گاهی هم به جای اسم شخص، وصفی ذکر می شود که کأن در بیان ذکر علت است، مثل اینکه زید پشت در است و در می زند و گفته می شود: ولد الحجام حاضر، این تعبیر به این معنی است که زید یک آدم بی شخصیتی است و قابل اعتناء نیست. شیخ در اینجا وقتی دعوی اجماع کاشف الغطاء را نقل می کند، نمی گوید که کاشف الغطاء اینطور گفته است، یا شیخ جعفر اینطور گفته است، بلکه تعبیر به «فقیه عصره» می کند و کأن می خواهد بگوید که باید این اجماع را بپذیریم، زیرا کسی که دعوی اجماع کرده است، یک فرد معمولی نیست، بلکه کسی است که فقیه عصر خودش است. این تعبیر شیخ برای استحکام مطلب است. عباراتی که در این باره وارد شده است را برای شما می خوانم و آدرس مبسوط را هم از چاپ جدیدش که بیشتر روی آن کار شده است و چاپ موسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین است، تعیین کرده ام. در کتاب الرهن مبسوط می فرماید: «البیع الصحيح و الفاسد مضمون علیه اجماعاً».

ص: ۸۷۱

ولو این عبارت در باب رهن است، ولی در ضمن رهن این مسئله ی بیع را به تناسبی ذکر کرده است. در کتاب البیع هم درباره ی معامله ای که فاسد است و کسی چیزی را به شخصی فروخته است و او هم آن را به دیگری فروخته است، نسبت به مشتری ثانی می فرماید: «والمشتری الثانی قبضه مضمون بالاجماع». در سرائر هم در یکجا اینطور تعبیر می کند: «أن البیع الفاسد یجری عند المحضیین مجری الغصب فی الضمان»، در یک جای دیگر هم تعبیرش این است: «متی ابتاع بیعاً فاسداً، فهلك المبیع فی یده، أو حدث فیه فساد»، می گوید: اگر مبیع ذاتاً تلف بشود و یا اینکه ناقص بشود، ضمانت در هر دو صورت هست، «كان ضامناً لقیمته»، تا اینکه می گوید: «فهو عند أصحابنا بمنزله الشیء المغصوب، إلا فی ارتفاع الإثم یا مساکه»، در مغصوب گناه هم هست، ولی این مورد در جهت گناه بودن با مغصوب فرق دارد و در اینجا گناهی نیست، ولی در جهت ضمانت این مورد با مغصوب یکی است. این هم عبارات سرائر بود. جلد اول شرح قواعد چاپ شده است، ولی این عبارتی که از شرح قواعد نقل شده است، در جلد اول نیست که من عین عبارت را برای شما نقل بکنم. حال باید بررسی کنیم که آیا می توانیم از قدماتی در این باب پیدا بکنیم یا نه؟ شیخ مفید در مقنعه می فرماید که بیع فاسد ضمان دارد و اگر مبیع تلف شد، شخص ضامن است. این فرمایش ایشان است، ولی ما در مطالب سایر قدمات به چنین چیزی برخورد نکردیم و نمی دانیم آیا یک چنین چیزی را می توانیم از کتب

اصلی مثل کتب صدوق، مثل فتاوی که از جعفری نقل می شود، از سعد بن عبدالله نقل می شود، از صفار نقل می شود، یا نظریات کلینی پیدا بکنیم یا نه؟ ما که به چیزی برخورد نکردیم و اگر کسی این ادعاها را کافی بداند، حال یا از باب انسداد یا به هر دلیل دیگر، یک حرف است و الا باید سراغ ادله ی دیگر برویم. مسئله ی مورد بحث ما مربوط به باب بیع است، ولی شیخ می فرماید که این حکم اختصاص به باب بیع ندارد و باب بیع صغری برای یک کبرای کلی است و یکی از مصادیق این کبرای کلی بیع است، ولی در جاهای دیگر هم جاری است و آن قاعده ی کلی عبارت از این است که: «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده». ایشان می فرماید که این عبارت تعبیر انحصاری علامه ی حلی است، ولی مفاد تعبیر از کلمات شیخ طوسی هم استفاده می شود، زیرا ایشان در مبسوط تعبیراتی دارند که از آنها هم هر دو قسمت این عبارت استفاده می شود. در یک جا ایشان می فرماید که چون اقدام کرده است برای ضمان، ضامن است و اینطور استفاده می شود که چون در صحیحش ضامن است، در فاسدش هم ضامن است. در یک جای دیگر هم اینطور تعبیر می کند که در صحیحش ضامن نیست، چطور در فاسدش ضامن باشد. خلاصه اینکه ایشان به هر دو قسمت این عبارت در موارد مختلف اشاره فرموده و به همین معنایی که علامه قائل شده است، قائل بوده است و بعضی از من تأخر هم به این معنی اشاره کرده اند، ولی اولین کسی که هر

دو قسمت این عبارت را با هم جمع کرده، علامه است. شیخ در ادامه به صورت مفصل و طولانی راجع مراد از این قاعده ی فقهی بحث می کند، ولی ظاهراً این بحث چندان مفید نیست، زیرا در بحث از دلیل مسئله، معنای آن هم روشن می شود و چون این بحث خیلی وقت می برد، ضرورت و الزامی برای بحث از آن وجود ندارد. شیخ می فرماید که برای قاعده ی «ما یضمن بصحیحہ یضمن بفاسده» به اقدام تمسک شده است، به این معنی که چون طرفین اقدام به ضمان کرده و توافق کرده اند و این اقدام هم یک طرفه نبوده است و توافق طرفین بوده است که طرف ضامن باشد. بر اساس «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» و بنای عقلاء هم اگر متعاملین بر چیزی توافق کرده باشند و شرعاً هم باطل یا رد نشده باشد، ما هم باید آن را صحیح بدانیم. شیخ بعد از بیان این دلیلی که به آن تمسک شده است، می فرماید: این دلیل مخدوش است، زیرا طرفین اقدام بر این کرده اند که وقتی یک شیئی از ملک شخص خارج و در ملک طرف مقابل داخل می شود، در مقابلش هم عوض المسمی جبران آن باشد، ولی شما در صورتی که شارع مقدس در فرض فساد، این بیع را امضاء نکرده باشد، می خواهید مثل و قیمت را اثبات بکنید و این در صورتی است که انشائی که واقع شده است، منحل به دو انشاء باشد، به این معنی که وقتی گفته می شود: من این شیء را به این قیمت فروختم، یک انشاء عبارت از این باشد که این شیء را به تو فروختم، انشاء دوم



هم عبارت از این باشد که این شیء را فروختم که به این مقدار قیمت ضامن باشی. در این صورت می توانیم بگوییم که شارع یک انشاء را امضاء نکرده است، ولی انشاء دیگر مورد امضای شرع است و قهراً اثبات ضمان می شود. ولی وجداناً در اینجا ما دو انشاء نداریم تا در نتیجه به وسیله ی اقدام حکم به ضمان بکنیم. «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد»، اگر ضمانی باشی، ضمان مقصود نیست و ضمان مقصود همان ضمانی است که شارع آن را امضاء نکرده است. پس بنابراین ما به وسیله ی ادله ی اقدام نمی توانیم این مسئله را تمام بکنیم. شیخ در ادامه می فرماید: علاوه بر این نسبت بین ضمان در عقد فاسد و اقدام عامین من وجه است، به این معنی که در بعضی از موارد بیع فاسد اقدام هست، ولی ضمانی در کار نیست، یا در بیع صحیح اقدام هست، ولی ضمانی در کار نیست، در برخی موارد هم ضمان هست، ولی اقدامی در کار نیست. پس در نتیجه اینکه بخواهیم با قاعده ی اقدام مطلب را تمام بکنیم، درست نیست. و اما اگر گفتیم که دو جعل وجود دارد: یکی مسمی و یکی هم ضمان، باز هم ضمان با نفس عقد می آید، چه قبض حاصل شده باشد و چه قبض حاصل نشده باشد. لذا با نفس عقد شیء از ملک طرف خارج می شود، منتهی در مقابل این شیء طرف مقابل ذمه اش مدیون است و غیر از صرف و سلم در متعارف عقدها ضمان با نفس عقد می آید ولو اینکه قبض نشده باشد، اما ضمانی که در عقد فاسد از آن بحث می شود،

بعد القبض می آید نه با عقد و آن چیزی که نسبت به آن اقدام شده است، ضمان بالعقد است، پس از این جهت هم ضمانی در کار نخواهد بود، با اینکه اقدام بر ضمان قبل القبض شده است. از طرف دیگر در برخی موارد ضمان وجود دارد، با اینکه اقدام به عدم ضمان شده است. ایشان سه مثال می زنند: یک مثال این است که اینطور شرط بکنند که اگر جنس در دست مشتری تلف شد، از کیسه ی بایع خارج شده و خسارتش به بایع وارد شده باشد. قبل از قبض حکم مسئله همین است و احتیاجی به شرط ندارد و اگر عقدی واقع شد و قبل از قبض مشتری تلف شد، با اینکه آن شیء با عقد صحیح در ملکیت مشتری وارد شده است، ولی از کیسه ی بایع خارج می شود و خسارت به بایع وارد می گردد. پرسش: جمله قبل چه طوری معنی می شود که شیخ می فرماید که این قبل از قبض ضمان هست نه بعد از قبض؟ پاسخ: نفس همین خروجش ضمان است، آن هم یک ضمان دیگری است. پرسش: دست او نیست که بخواهد عین را برگرداند. پاسخ: ضمان در معاملات به این معنی است که وقتی یک چیزی از کیسه ی یکی خارج شد، باید در مقابلش یک چیز دیگری به گردن طرف مقابل بیاید، این ضمان است. ایشان در این مثال می فرمایند در صورتی که عین در دست مشتری قرار بگیرد و تلف بشود، از کیسه ی مشتری خارج شده است و اگر قبل از قبض باشد، از کیسه ی بایع خارج شده است، اما اگر شرط بکنند که در صورتی که عین در دست

مشتری قرار گرفت و مثلاً دزدی آن را برد، باز هم خسارت متوجه بائع باشد. البته در این فرض با توجه به اینکه چنین شرطی شده است، عقد فاسد است، ولی معنایش عبارت از اقدام به عدم ضمان است. مثال دیگر هم عبارت از بیع بلائمن است که بیعی باطل است. مثال دیگر هم اجاره بلاجره است که این هم باطل است، ولی اقدام به عدم ضمان شده است، ولی ضمان وجود دارد. پس بنابراین نسبت بین اقدام و ثبوت ضمان عموم و خصوص من وجه است و گاهی اقدام می شود، ولی ضمان نیست، مثل قبل القبض و گاهی هم اقدام به عدم ضمان است، ولی ضمان وجود دارد مثل همین امثله ای که ذکر شد. البته این امثله مورد اختلاف است و خیلی جزء مسلمات نیست. خود شیخ هم می فرماید که شهیدان راجع به اجاره بلاجره حکم بر عدم ضمان کرده و گفته اند که اگر اجاره فاسد بود، لزومی به تدارک نیست. یا نسبت به بیع بلائمن علامه و جهان ذکر کرده است که آیا بینیم ضمانی هست و باید ثمن را بدهد یا نه؟ پس بنابراین این امثله مسلم نیست. بنده گمان می کنم که در مثال اول هم که شرط در عقد بود، ولو عقد فاسد است، ولی نتیجه اش به حسب انشائی این است که ضرر متوجه مالک بشود و ضمانی در کار نباشد. البته ممکن هم هست که کسی حکم بکند که چنین شرطی، شرط درستی نیست و در نتیجه بگوییم که ضمان هست. علی ای تقدیر اشکال اول شیخ این بود که ما در اینجا دو انشاء نداریم که شارع یکی از این

دو را امضاء نکرده باشد، ولی مناسب بود که ایشان این نکته را هم بیان می کرد که آن اقدامی که بر ضمان شده است، اقدام بر ضمان اتلاف است، نه ضمان تلف و آن چیزی که ما در اینجا به دنبال اثبات آن هستیم، اثبات ضمان تلف است مثل اینکه دزدی بیاید و عین را ببرد و خلاصه اینکه اگر ما قائل به تعدد انشاء هم بشویم، موجب اثبات ضمان تلف نخواهد بود. خلاصه با قاعده ی اقدام نمی توانیم این مطلب را تمام بکنیم. پرسش: ... پاسخ: اقدام در اینجا اتلاف است و طرفین اقدام به اخراج کرده اند و اگر خود به خود خارج شده بود، حرفی نبود، ولی در اینجا خود به خود خارج نشده است و به وسیله ی همین معامله اقدام به اخراج از ملک دیگری شده است و این اتلاف است و ضمان اتلاف در اینجا ثابت است و شما با مسمی نمی توانید ضمان تلف را که اصلاً ربطی به اقدام ندارد، اثبات بکنید. پرسش: ... پاسخ: بحث ما در اتلاف مال غیر نیست، بلکه در ضمان تلف است. پرسش: ... پاسخ: اگر شخص خیال کرده باشد که این شیء مال طرف مقابل است و اشتهاً تسلیط کرده باشد و بعد هم دزد بیاید و آن را ببرد، بنای عقلاء بر اثبات ضمان نیست. اگر انحلالی هم باشد، راجع به اتلاف است، نه تلف. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### حکم ملکیت و ضمان در عقد فاسد ۹۲/۰۳/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

حکم ملکیت و ضمان در عقد فاسد این طور که در مکاسب [۱] هست، جماعتی از علماء [۲] گفته اند که مقبوض به عقد فاسد ملک قابض نمی شود و قابض ضامن

ص: ۸۷۸

هم هست، زیرا فساد عقد اقتضاء می کند که قابض مالک نشود. مرحوم شهیدی به این مطلب اشکال کرده و می گوید: فرض فساد اقتضاء می کند که شخص به مجرد عقد مالک نشود، اما مقتضای فرض مسئله این نیست که با اقباض مالک و قبض مشتری هم شخص مالک نشود. ایشان اینطور تقریب می کند که همین که مالک از آن مال صرف نظر کرده و تحویل دیگری می دهد، مُمَلِّک است. بنابراین ملکیت به وسیله ی خود عقد نیامده است، بلکه به وسیله ی قبض و اقباض آمده است، ولو اینکه این قبض و اقباض به عنوان ترتیب اثر دادن به عقد باشد، ولی مع ذلک مانعی ندارد که ملکیت با عقد حاصل نشده باشد، ولی با قبض و اقباض حاصل شده باشد، زیرا شخص از این مال رفع ید کرده و تسلیم طرف مقابل کرده است، ولو اینکه این تسلیم به حساب عقد باشد. ایشان این را می گوید، ولی این فرمایش ایشان درست نیست، زیرا اگر مراد این باشد، باید بگوییم که عقد صرف و سلم هم فاسد است، زیرا در آنها هم به مجرد عقد ملکیت نمی آید و ملکیت بعد از قبض و اقباض حاصل می شود. مراد از کلمه ی عقد فاسد عبارت از این است که نقل و انتقالی که مقصود طرفین است، حاصل نشده باشد و اگر قبلاً شارع امضاء نکرده است، ولی حالا امضاء کرد، دیگر نقل و انتقال حاصل است و عقد فاسد به آن گفته نمی شود که ایشان این اشکال را ایراد بفرماید. پرسش: ممکن است در صرف و سلم عقد را جزء السبب بدانند، ولی در اینجا حتی به نحو جزء السببیه هم

ص: ۸۷۹

نداند. پاسخ: ایشان می خواهد به نحو جزء السبب بگوید که ما بخاطر آن عقد الان ترتیب اثر بدهیم. ایشان جزء السبب بودن را مساوق با فاسد دانسته و تصریح می کند که بخاطر آن عقدی که واقع شده است، ترتیب اثر داده می شود، در حالی که در اینجا فساد گفته نمی شود تا این اشکال ایشان وارد بر مطلب بشود. بعد هم ایشان می گوید که شخص به عنوان اینکه ملک طرف است، تحویل او داده است، اما اگر ملک خودش هم باشد، باز هم صرف نظر کرده و به تملک طرف مقابل در می آورد، در حالی که فرض مسئله اینطور نیست که ایشان کرده است. البته یک «فتأمل» هم در ادامه مطلب دارند و خلاصه اینکه این فرمایش ایشان مطلب مهم و محصلی ندارد. البته ما عرض کردیم که به این شکل می توانیم اشکال وارد بکنیم که فساد عبارت از این است که آن نقل و انتقالی که قصد شده است، نباشد به این معنی که وقتی طرفین قصد بیعیت کردند، اگر بیعیت حاصل نشد، عقد فاسد می شود و ممکن است که ما بگوییم مقتضای فساد عبارت از این است که بیع نباشد، ولی نمی توانیم صلح و تملیک مجانی و امثال آن را نفی بکنیم و خلاصه اینکه لازمه ی فساد نفی این امور نیست. البته برای اثبات این امور نیاز به دلیل داریم و در صورت نبود دلیل این امور منفی خواهد بود، اما نفس فرض فساد عبارت از نفی ملکیت نخواهد بود، همانطور که مرحوم آقا سید علی قزوینی به نظرم اینطور تعبیر می کند که «قیاساتها معها»، به این معنی که چنین چیزی نیاز به استدلال

ندارد و اینطور نیست که فرض فساد عبارت از نفی ملکیت باشد. پرسش: در واقع مجموعاً باید استدلال را ترتیبی از دو جهت قرار داد که معامله فاسد است و ملکیت به طریق دیگر هم نیازمند دلیل است. پاسخ: بله، اما ایشان این طوری بیان نمی کند، در لحن شیخ هم اینطور بیان شده است که اصلاً احتیاجی به بیان این مطلب نیست و کأن فرض فساد کفایت در عدم ملکیت می کند. بحث دیگر عبارت از این بود که ضمان از کجا پیدا شده است؟ برخی برای اثبات ضمان به قاعده ی ید تمسک کرده اند. قاعده ی ید می گوید: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی». این قاعده هم از نظر سند و هم از نظر دلالت [۳] باید تصحیح بشود. اما از نظر سند، راوی این حدیث سمره [۴] [۵] [۶] [۷] بن جندب جعال خبیث است که وقتی از آمدن سید الشهداء [۸] به عراق اطلاع پیدا کرد، مردم را به جنگ با حضرت تحریک می کرده است و جزء قشون ابن زیاد بوده است. معاویه [۹] چهارصد هزار درهم به او داده بود تا بگوید که آیه ی (وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ) درباره ی ابن ملجم است و همچنین بگوید که آیه ی (وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا) درباره امیر المؤمنین (علیه السلام) نازل شده است. از طرف دیگر قصه ی لاضرر [۱۰] درباره ی اوست که به فرمایش حضرت بی توجهی کرد و خلاصه اینکه خیلی آدم فاسد و جعال و بی خودی است. مرحوم شهیدی هم نقل کرده است که استادم [۱۱] می گفت که ابوحنیفه می گوید: من قول همه ی صحابی را می پذیرم مگر سه

نفر را که یکی از آنها عبارت از همین سمره بن جندب است. خلاصه اینکه سمره بن جندب قولاً و فعلاً آدم فاسدی بوده است. اما بحث در این است که چطور علماء با وجود این ضعف، اخذ به این روایت کرده و آن را پذیرفته اند؟ و آیا ضعف سند این روایت با عمل اصحاب جبران می شود یا نه؟ ما یک مقداری مطالب قدماء را مورد بررسی قرار دادیم که از جمله شیخ طوسی در خلاف و مبسوط در چند جا همین حدیث سمره را آورده است، ولی در جایی این حدیث را آورده است که قبلاً استدلال بر مطلب کرده است و بعد هم می فرماید که سمره هم این مطلب را نقل کرده است. معنای این نوع بیان شیخ این نیست که ایشان به قول سمره استدلال کرده باشد، بلکه از این جهت که خلاف و مبسوط تنها اقوال امامیه را در نظر نمی گیرد و کلمات عامه را هم مطرح می کند، ادله ای هم که از نظر عامه تمام و درست است را مورد اشاره قرار می دهد. لذا در این کتب بعضی چیزهایی که از نظر ما نمی شود به آنها استدلال کرد، بعد از بیان دلیل اصلی بخاطر عامه مورد اشاره قرار می گیرد. پس بنابراین مواردی که در خلاف [۱۲] [۱۳] و مبسوط [۱۴] [۱۵] این روایت ذکر شده است، بعد از این است که استدلال اصلی بیان شده و تنها به عنوان روایت نقل شده است. ابن ادریس [۱۶] [۱۷] هم در چند جا به این حدیث استدلال کرده است، ولی در بعضی جاها هم ابن ادریس و هم در غنیه به مطلب مختار

استدلال شده و بعد گفته شده است که «و یحتج علی المخالف»، یعنی به این حدیث بر نظر مخالف احتجاج شده است. با اینکه ایشان خبر واحد صحیح را هم قبول نمی کند، ولی گاهی چیزهایی مثل بنای عقلاء و امثال آن را \_ که مورد تسلّم است \_ قرینه قرار داده و بالقرینه این حدیث را هم به جهت آن بنای عقلاء معتبر به حساب می آورد و در بعضی جاها هم معتبر حساب نکرده و به عنوان مخالف ملاحظه شده است. تعبیرات ایشان یکی دو مورد است. در اینجا هم می توانیم بگوییم که بنای عقلاء در برخی مصادیق قائم بر ضمان است، یکی از این موارد عبارت از این است که مالک مال را تسلیم نکرده است و خود مشتری مثنی را برداشته است و بعد هم دزدی آمده و این مال را برده است که تسلیطی از ناحیه ی بایع نشده است. در اینجا بعید نیست که بنای عقلاء بر این باشد که وقتی مشتری بدون تسلیط مالک آن مال را برداشته است، باید ضمان داشته باشد. مورد دیگر عبارت از این است که مشتری با علم به بطلان معامله مال را اخذ کرده باشد و بعد هم دزد آن مال را برده باشد که در این صورت هم بعید نیست که بر اساس بنای عقلاء ضمان ثابت باشد. پس بنابراین ضمان فی الجمله در اینجا هست، ولی در همه جا نمی توانیم ضمان را اثبات بکنیم. پرسش: صورت اولی که فرمودید در صورت فساد معامله است؟ پاسخ: بله، در صورت فساد معامله است. یعنی معامله فاسد بوده است، ولی اطلاع نداشته است. صورت دومی عبارت



از این است که مشتری اطلاع داشته است که در اینجاها بعید نیست که ضمان باشد. پس شیخ در کتاب هایش ظهوری در اعتبار این حدیث نیست، غنیه هم تعبیر به «یحتج علی المخالف» دارد که سرائر هم همین تعبیر را دارد. از موارد جالب این است که چند صفحه ی بحث غصب در سرائر و غنیه به استثنای بعضی از قسمت های مختصری از وسط بحث، تقریباً عین هم است و من احتمال می دهم که هر دو مطالبشان را از شیخ اخذ کرده باشند، زیرا در خیلی جاهای سرائر که نقد به شیخ هم می کند، اول متن نهاییه را نقل می کند. البته ایشان اسمی از نهاییه نمی برند، ولی منقول متن نهاییه است \_ که در آن زمان فقه رایج بین امامیه بوده است \_ و بعد هم نظر خودش را بیان می کند. خلاصه عین الفاظ و عبارتی که در غنیه هست، در سرائر هم نقل شده است. البته این دو معاصر هم بوده اند، زیرا سال وفات ابن زهره صاحب غنیه ۵۸۵ است، سال وفات ابن ادریس هم ۵۹۸ است و در یک جا هم دیدم که نوشته شده بود در یک مطلبی بین ابن ادریس و ابن زهره اختلاف بوده و ابن ادریس می گوید که بین ما اختلاف در این بحث بود و ابن زهره تا آخر عمر بر نظر خودش باقی بود و فوت کرد. خلاصه وضعیت این روایت از جهت سند اینطور است. اما از نظر دلالت هم به نظر ما دو اشکال وجود دارد: یکی اینکه ظاهر «حتی تؤدی»، تأدیه ی عین آن مال است، نه مثل و قیمت و اگر بگوییم که یکی از مراتب

تأدیه هم تأدیه ی مثل و قیمت است، این معنای حقیقی تأدیه نیست. خلاصه اینکه ظاهر این تعبیر عبارت از این است که انسان مادامی که این شیء هست، نسبت به آن مسئولیت دارد و باید حفظش بکند و وقتی که اداء کرد، این مسئولیت از او برداشته می شود. پرسش: ... پاسخ: نباید افراط و تفریط بکند و باید آن را حفظ کند و مراد این است و بیشتر از این استفاده نمی شود. پرسش: ... پاسخ: بله، آن فعلاً ناظر به تکلیفات است، اما وضعیات باید از جای دیگر اثبات بشود و از این عبارت وضعیات استفاده نمی شود و خلاصه اینکه این تکلیف راجع به این است که انسان مسئولیت دارد و مثل امانتی که در دست اوست، باید حفظش بکند. و اما در صورتی که من خیانت در امانت نکرده باشم، اگر دزد آمد و امانتی را که در نزد من است، برد، آیا من ضامن هستم، یا ضامن نیستم، ربطی به این عبارت ندارد. پرسش: ... پاسخ: «حتی تودی» یا «تودی» هر کدام باشد. پرسش: ... پاسخ: در «حتی تودی» فرض کرده تا وقتی که شیء را اداء بکند و شیء تالف را فرض نکرده است، بلکه موجود را فرض کرده است. در بعضی موارد تعبیر به «تودی» شده است، در بعضی موارد هم تعبیر به «تودی» شده است که در این صورت هم مفعولش محذوف است. پرسش: ... «حتی تودی» یعنی تا موقعی که برگردانی. پاسخ: می دانم، یعنی در جایی که فرض بر این است که عینش موجود باشد، والا این مطلب در صورتی که آن شیء تلف شده باشد، درست نیست. اشکال

دیگر عبارت از این است که حضرت ابتداءً تعبیر به «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» نکرده است، بلکه این مطلب به دنبال یک سؤالی بوده است. مثلاً شخص می گوید که کسی مال دیگری را غصب کرده است و بعد هم یک دزد آن مال را برده است و سؤالاتی مثل این که حضرت در جواب فرموده است که «علی الید ما أخذت حتی تؤدی». پس بنابراین این فرمایش حضرت در جواب یک سؤالی مطرح شده است و ابتداءً بیان نشده است. و اگر اینطور باشد نمی توانیم از این نوع عبارات اطلاق گیری کرد، زیرا این مطلب در جواب یک سؤال خاصی مطرح شده است و برگشت به همان سؤال خاص می کند. خارجاً هم یکی از مصادیق «علی الید ما أخذت» جایی است که شخص چیزی را امانت داده و من هم أخذ کرده باشم. حال باید بینیم که اگر دزد این امانت را برد، من ضامن هستم؟ خلاصه اینکه این عبارت ناظر به یک مورد خاصی است که در سؤال درج شده است و نمی توانیم از جواب عموم برداشت بکنیم. مثلاً اگر کسی اینطور تعبیر کرد که یک کسی رفت و چیزی را دزدید و امام هم فرمود که آن دستی که چنین اخذ کرده باشد، باید بریده بشود، آیا از این جواب امام می توانیم استفاده بکنیم که هر دستی که اینطور اخذ بکند، باید بریده شود؟ چون صدر مطلب اسقاط شده است، نمی توانیم چنین برداشتی بکنیم. در اینجا هم چون خصوصیات سؤال را نمی دانیم که راجع به چه امری بوده است، نمی توانیم به عنوان یک قانون عام حکم بکنیم. پرسش:...

پاسخ: اگر کسی

رفته و سرقت کرده است و حضرت هم فرموده: دستی که این کار را کرده است، باید قطع بشود، شما از این فرمایش حضرت اطلاق را نمی فهمید که هر دستی یک چیزی را برداشته باشد، باید بریده شود، چه با اجازه و چه بی اجازه و دلیل عام استفاده نمی شود، تا بگویید که مورد مخصص نیست. پرسش: بحث در اینجا ید عدوانی را قطعاً می گیرد. پاسخ: «فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ» ظهور در طبیعی رسول پیدا نمی کند. پرسش: در واقع می فرمایید که احتمال دارد که الف و لام «الید» الف و لام عهد باشد؟ پاسخ: بله هست و همین مانع از اطلاق می شود، از طرفی هم که صدرش اسقاط شده است و نمی دانیم که راجع به چه چیزی بوده است. اگر در نظر آقایان باشد یکی از چیزهایی که برای تحلیل خمس در زمان ما به آن استدلال شده است، روایت حضرت ولی عصر(عج) است که فرموده: «اما الخمس فقد ابحنا لشیعتنا الی یوم القیامه» [۱۸]، یعنی تا روز قیامت خمس برای شیعیان ما حلال است. ما راجع به این روایت و روایت «الحوادث الواقعه» عرض کردیم که نمی توانیم به اینها استدلال بکنیم، زیرا حضرت این مطالب را در جواب یک سؤالاتی بیان فرموده اند و سؤالات شخصی زیادی در این نامه ها بوده است و خود نامه ها در دسترس ما نیست که آیا این خمسی که مورد سؤال واقع شده است، خمس های خاصی بوده که نسبت به اموالی است که از سنی ها به دست ما رسیده و خمسش را نداده اند و ما باید چکار بکنیم؟ که حضرت در جواب این سؤال فرموده است که «اما الخمس...» پس

بنابراین چون این سؤالات در دسترس ما نیست، نمی‌توانیم به این روایات استدلال بکنیم. پرسش: ... پاسخ: می‌گویم اگر الف و لام عهد باشد، کبرایش روی همان عهد می‌رود و وقتی سؤال می‌شود که نسبت به چنین خمس‌هایی که از دیگران به ما می‌رسد، چه تکلیفی داریم؟ حضرت می‌فرماید که: «اما الخمس...» و خلاصه این فرمایش حضرت اشاره به همان عهدی است که در خارج وجود دارد، یعنی محتمل است که اشاره به آن چیزی که در خارج است، باشد و منافاتی با کبرویت ندارد. در روایت «اما الحوادث الواقعة» هم این احتمال وجود دارد که اختلافاتی بوده که مورد سؤال واقع شده است و حضرت برای حل مشکل فرموده است که بروید از بعضی از اشخاص بپرسید تا مشکل شما حل بشود. روایت «علی الید ما أخذت» هم مشابه همین موارد است که منقطع شده است و شأن نزول آن برای ما مجهول می‌باشد. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

### بررسی ادله‌ی ضمان در مقبوض به عقد فاسد ۹۲/۰۳/۰۷

Your browser does not support the audio tag.

بررسی ادله‌ی ضمان در مقبوض به عقد فاسد یکی از ادله‌ای که برای ضمان در مقبوض به عقد فاسد به آن استدلال شده بود، «علی الید» بود که ما عرض کردیم که سنداً و دلالتاً قابل‌خداشه می‌باشد. در مسالک به دلیل دیگری استدلال شده است که البته اصل این دلیل متعلق به شیخ طوسی است و به تعبیر شیخ انصاری، شیخ طوسی در مبسوط در موارد کثیر در باب بیع و اجاره برای ضمان عقد فاسد به قاعده‌ی اقدام استدلال کرده است. ایشان می‌گویند که طرفین اقدام به ضمان کرده‌اند و قهراً ما هم باید حکم به ضمان بکنیم. شیخ

ص: ۸۸۸

انصاری اینطور جواب می‌دهد که اقدام آنها بر ضمان مسمی است، در حالی که این ضمانتی که ما به دنبال اثبات آن هستیم، ضمان به مثل و قیمت تالف است، نه ضمان نسبت به آن چیزی که ثمن قرار داده شده است و مراد از ضمان در عقد فاسد این نیست که طرف ضامن مسمی باشد و خلاصه اینکه این دلیل مثبت مختار ما نیست. علاوه بر این مطلب، نسبت اقدام با ضمان و ضامن بودن، عامین من وجه است، زیرا مواردی هست که اقدام بر ضمان شده است، ولی شخص ضامن نیست، مواردی هم هست که اقدام به ضمان نشده است، بلکه اقدام به عدم ضمان شده است، ولی شخص ضامن است. پس بنابراین نسبت بین اقدام و ضمان عموم من وجه است و نمی‌توانیم برای اثبات ضمان به اقدام استدلال بکنیم. پس علاوه بر اشکال اول که ضمان در اینجا ضمان مثل و قیمت تالف است، ولی اقدام به مسمی بوده است، نه به مثل و قیمت، این اشکال دوم هم وارد خواهد بود. این فرمایش شیخ بود، ولی ممکن است که ما کلام قبلی را به گونه‌ای تقریب بکنیم که این اشکال شیخ وارد نشود. این تقریب عبارت از این است که ما در کتاب النکاح روایت صحیحی داریم که سلسله سندش اینطور است: «جعفر بن محمد بن مسرور عن حسین بن محمد بن عامر بن عبدالله بن عامر عن رومی بن زراره عن عیبید بن زراره عن ابی عبدالله (علیه السلام)». سند این روایت درست است و به عقیده اقرب و اظهر «جعفر بن محمد بن مسرور» همان «جعفر بن محمد

ص: ۸۸۹

بن قولویه» است. ابن قولویه \_ که جعفر بن محمد است \_ هم جدش مسرور است و این همان جعفر بن محمد بن مسرور است. اسنادی هم که در این روایت هست، جزء اسنادی است که ابن قولویه در کامل الزیارات و جاهای دیگر آورده است که مثل همین عبدالله بن عامر و حسین بن محمد بن عامر در آنها وجود دارد. اگر بر فرض بعید هم این «جعفر بن محمد بن مسرور» همان «جعفر بن محمد بن قولویه» نباشد، بر این اساس که جزء مشایخ صدوق است که صدوق از او اکثار کرده است، ما او را معتمد می دانیم و خلاصه این روایت، یک روایت صحیح السندی است. در این روایت آمده است که اگر یک نصرانی با یک نصرانی ازدواج کردند و مهریه را مقداری خمر و تعدادی خنزیر قرار دادند و بعد هم مسلمان شدند، حضرت می فرماید که شما قیمت آن مهری را که مقرر شده است، ولی مورد امضاء شرع نیست، تقویم بکنید و مهر عبارت از همان خواهد بود. ببینید که این خمر و خنزیر در بین مسیحی ها چه قیمتی دارد و همان را مهر قرار بدهید. اگر یک کسی چیزی را به عنوان مهر قرار داده است، ولی شارع آن را امضاء نکرده است، استفاده می شود که باید معادل آن را بدهد. مثلاً اگر کسی کی چیزی غصبی را مهر قرار داد، نمی شود آن چیز را مهر قرار داد، ولی باید قیمتش را مهر قرار داد. ممکن است اینطور استظهار بشود که وقتی کسی چیزی را به عنوان مهر قرار می دهد، ارتکازاً نظر او بر این است که این

شیء یک مالیت این چنینی داشته باشد، منتهی یک التزام دیگر هم عبارت از این است که این مالیت به شکل مثلاً خمر و خنزیر باشد که شارع این شکل را امضاء نمی کند، ولی اصل مالیتش را امضاء می کند. پس بنابراین به حسب ارتکاز عرفی یک چنین چیزی در این مهریه ها وجود دارد و اگر کسی مال غصبی را به عنوان مهریه مقرر کرد، باید آن مال غصبی را تبدیل به مال حلال بکنیم، نه اینکه بگوییم مهر به «لاشیء» باشد. پس بنابراین ممکن است که کسی چنین ادعائی کرده و بگوید که اگر شارع مسمی را امضاء نکرده است، ولی چون اصل ضمان مورد قبول بوده است، مطابق ارزش مسمی باید اثبات ضمان بکنیم. پس می شود اینطور تقریب کرد، ولی اشکال عمده چیز دیگری است. ممکن است کسی این را یک چنین ادعا کند بگوید پس اگر مسمی را امضاء نکرده ممکن است بگوید چون اصل ضمان مورد قبول بوده مطابق قیمت ارزش مسمی باید چیز داشته باشد ممکن است کسی این را بگوید ولی اشکال عمده چیز دیگری است. پرسش: ...پاسخ: من که قبول نکردم، ولی اگر بگوییم که مسمی است، نمی توانیم بگوییم که ضمان نسبت به مثل و قیمت اثبات نمی شود، بلکه ممکن است که ما از مسمی تعدی بکنیم، ولی یک اشکال دیگری در اینجا وارد می شود که شیخ آن را بیان نکرده است. پرسش: بحث سر مثل و قیمت تالف است یا بحث سر مثل و قیمت ...؟ پاسخ: شیخ مطلب را مخلوط کرده است و اشکال چیز دیگری است. شیخ می گوید که اقدام نسبت به مسمی است و شما نمی توانید نسبت

به مثل و قیمت چیزی را اثبات بکنید. این تعبیر ایشان درست نیست و بحث عبارت از این است که ما می خواهیم ضمان تلف را اثبات بکنیم، نه ضمان معاوضی را. اقدام راجع به ضمان معاوضی است، نه راجع به تالف، به این معنی که اگر یک چیزی از کیسه ی یکی از طرفین خارج شد، مجانی در نیامده است و در مقابلش یک چیزی هم از کیسه ی طرف دیگر منتقل می شود. این شبیه به اتلاف است. (حال اسمش را اتلاف یا هر چیز دیگری بگذارید) این مسئله عبارت از این است که شخص یک خسارتی به دیگری وارد کرده است و یا یک چیزی را از ملک او برداشته است و باید در مقابلش یک چیزی به او بدهد، چون اقدام به این کرده است که این شیء را از ملک او بردارد، باید یک چیزی در مقابلش به او بدهد. اقدامی که در عقد هست، به این معنی است، ولی نسبت به تلف بدون اقدام طرفین و بدون هر گونه تعدی و تفریط از جانب مشتری، دزد مال را برده است. در فرض مسئله تعدی و تفریط وجود ندارد و بدون اینکه مشتری نقشی داشته باشد، عین تلف شده است. پس بنابراین در اینجا هیچ اقدامی راجع به این موضوع نشده است و این اشکال بر استدلال به قاعده ی اقدام وارد است. البته ممکن است مسئله را اینطور تصویر بکنیم که وقتی کسی یک چیزی را به دیگری تملیک می کند و لو اینکه تملیکش فاسد باشد، اقدام به خسارت مشتری شده است و معنایش عبارت از این است که دزد مال تو را برده



است و هر چند که تو هیچ کوتاهی در نگهداری این شیء نکرده ای، ولی دزد مال تو را برده است و به عبارت دیگر با این اقدام، آن شیء مال مشتری شده است و با دزدیده شدن آن، عقد باطل نمی شود و مثل عقد قبل از قبض نیست که با بطلانش، مال به ملک مالک برگردد و از کیسه ی مشتری خارج شده است. ممکن است کسی این مطلب را بگوید، اما یقیناً نظر شیخ این مطلب نیست، زیرا خود ایشان اینطور تعبیر می کند که به صرف اینکه یک خسارتی به کسی وارد بشود، به آن ضامن گفته نمی شود. مثلاً اگر یک مالی از شما تلف شد یا تلف شد و خسارت متوجه آن شد، گفته نمی شود که شما ضامن مال خودتان هستید. شیخ انصاری می فرماید که انسان ضامن مال خودش نیست، ولی نسبت به مال دیگری می تواند ضامن باشد. پس بنابراین اگر خسارت یک چیزی متوجه من بشود، اطلاق ضامن بر من نمی شود و به طور مثال اگر دزدی اموال شما را ببرد و خسارت متوجه شما بشود، به شما گفته نمی شود که شما ضامن اموال خودتان هستید. پس بنابراین اگر هم بگوییم که لازمه ی تملیک عبارت از این است که خسارت متوجه کسی است که مال به دست او رسیده است، ولی عنوان ضامن بر آن منطبق نیست تا ما بگوییم که اقدام بر ضامن شده است. پرسش: اقدام به خسارت است. پاسخ: اقدام به خسارت است و طرفین اقدام بر این کرده اند که اگر دزد این مال را برد، خسارت متوجه همان کسی است که مالک است و اگر کسی مالک شد، قهراً

خسارت هم متوجه او خواهد بود. یک مرتبه این است که اگر دزد این مال را برد، عقد ما منفسخ باشد، مثل عقد قبل از قبض، که در اینجا اینطور نیست و اقدام در اینجا بر این است که اگر این شیء مال تو شد و تلف شد، خسارتش هم بر گردن توست و این اقدام بر ضمان نیست، بلکه اقدام به این است که ملک تو باشد و خسارت هم متوجه مالک باشد. پرسش: اقدام بر عدم ضمان می شود. پاسخ: می دانم، اینها می گویند که اقدام به ضمان شده است، ولی ما می گوئیم که اگر اینطور هم تقریب بشود، خسارت تلف است، ضمان تلف نیست. البته ممکن است به یک شکل دیگری اینطور ادعاء بشود که کأن بنای عقلاء در عقد فاسد بعد از قبض بر ضمان است و چون شخصی که معامله می کند، یکی از عقلاء است، در صورتی که قرینه ای ذکر نشود، اگر حتی ملک طرف هم نشود، بر اساس اصول معمولی عقلایی شخص ضامن خواهد بود و اقدام طرفین بدون قیام قرینه بر خلاف به معنای تعهد بر اساس اصول متعارف عقلایی است. به عبارت دیگر در اینجا اقدام تعلیقی ارتکازی بر این اساس است که طرف مقابل مالک بشود، ولی در ارتکاز اینها اینطور است که اگر معامله فاسد هم باشد، ولی مال در دست طرف مقابل باشد، کأن یک تعهد ضمنی ارتکازی بر تعهد طرف مقابل است و اقدام بر ضمان شده است. به عبارت دیگر بنای عقلاء بر این است و اینها هم مطابق بنای عقلاء قرار بسته اند. البته باید بینیم که آیا صغریاً واقعاً بنای عقلاء بر همین

مطلب است و قائم بر ضمان است؟ به عقیده ی ما بنای عقلاء در دو صورتی که قبلاً عرض کردیم بر ضمان است، یکی عبارت از این است که شخص علم به فساد معامله داشته است و مال را قبض کرده است و بعد هم دزد آن مال را برده است که در اینجا ضمان ثابت است. یا اینکه عقدی واقع شده است، ولی هنوز رضایت مالک احراز نشده است و خود شخص مال را برداشته است و بعد هم دزد آن مال را برده است. در این دو صورت ضمان عقلائی وجود دارد. پرسش: ... پاسخ: در صورتی که مالک جاهل یا عالم به فساد بوده است و مال را در اختیار طرف مقابل گذاشته است و او هم جاهل به فساد بوده و آن مال را تحویل گرفته است و خلاصه اینکه تسلیط از ناحیه ی مالک بوده است و بعد هم دزد آن مال را برده است، در این صورت نمی توانیم بگوییم که بنای عقلاء بر ضمان است، زیرا تسلیط از ناحیه ی مالک بوده است و مشتری هم علم به فساد نداشته و مالک در تسلیط و مشتری در اخذ اشتباه کرده اند و وجداناً اقدامی بر این نیست که اگر عقد فاسد بود، از کیسه ی مشتری خارج بشود. پرسش: تعلیق اخیری که فرمودید، اگر صحیح باشد، اشکال اول شیخ را هم بر طرف می کند. پاسخ: بله، اگر باشد. البته این یک تکلفی است که ما خواستیم مطلب را درست بکنیم، ولی بنای عقلاء هم بر این مطلب نیست و ما نمی توانیم این را صحیح بدانیم. و اما اینکه شیخ فرمودند که قاعده ی اقدام در

اینجا درست نیست و مثل و قیمت غیر از مسمی است و نسبت بین اقدام و ضمان عامین من وجه است، این اشکال ایشان وارد نیست، زیرا اصل اعتبار قاعده ی اقدام «المؤمنین عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» و امثال آن است و وقتی طرفین قراری گذاشتند و با هم توافق بر چیزی کردند، اگر این توافق خلاف شرع نباشد، باید عملی بشود و خلاصه اینکه اگر صغریاً مطلب درست باشد و طرفین با هم اینطور قرار گذاشته باشند که اگر مال تلف شد، خسارتش بر گردن طرف مقابل باشد و او هم قبول کرد، عمل به این قرار اشکالی ندارد، حال نسبت بین اقدام و ضمان عموم من وجه باشد یا چیز دیگر. خیلی جاها اینطور است که «ما قصد لم یقع» و در خیلی جاها هم «ما وقع لم یقصد» و هر دو گونه اش وجود دارد. ما می گوییم که این نسبت عامین من وجه خیلی هم روشن نیست و یک فرضش روشن است که اگر قبل از قبض مال تلف شد، با اینکه طرفین اقدام معاوضی کرده اند و مال، مال مشتری است، ولی ضرر متوجه به خود مالک اصلی است. البته اگر ما در اینجا دلیل بر این حکم نداشتیم، بر این اساس که طرفین با هم قراری بسته اند و تعدی و تفریطی هم در کار نیست، مطابق قاعده باید خسارت متوجه مشتری باشد و دلیلی برای به هم خوردن معامله وجود ندارد، منتهی در اینجا دلیل داریم و ضرر متوجه مشتری نیست. در چند مورد هم حکم به عدم ضمان کرده است که در یکی از این موارد بعد از قبض طرفین با

هم قرار می‌گذارند که اگر دزد عین مال را برد، این عقد به هم بخورد و خلاصه ضرر متوجه بایع باشد، نه مشتری. ایشان می‌گویند که این قرار بی‌خود است، ولی ممکن است که کسی بگوید: این قرار اگر بدون شرط باشد، اشکالی ندارد و ضرر متوجه بایع خواهد بود و ما دلیلی بر بطلان این مطلب نداریم. پرسش: ... پاسخ: در جایی که ضامن است، اشکالی ندارد که بگویند بر گردن کسی دیگری باشد، یعنی اطلاق قضیه اقتضاء می‌کند که ضامن باشد. شیخ در دو مورد دیگر هم که عبارت از بیع بلائمن و اجاره بلاجره است، می‌فرماید که ضامن هست، با اینکه اقدام بر عدم ضامن بوده است. بعد هم می‌فرماید که این مسئله خلافی است. شهیدین راجع به اجاره بلاجره حرف دارند، علامه هم راجع به بیع بلائمن اظهار تردید کرده است و تعبیر به «وجهین» کرده است. حال چطور ما چیزی را که ثابت نیست مورد استناد قرار بدهیم. اگر ثابت بود، می‌گوییم که این ادله قاعده‌ی اقدام را \_ که همان «المؤمنون عند شروطهم» است \_ تخصیص زده است، ولی اگر دلیلی نداشتیم، اخذ می‌کنیم و می‌گوییم که ضمانی در کار نیست و تالی فاسدی هم ندارد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### بررسی استدلال به قاعده‌ی اقدام بر اثبات ضمان در عقد فاسد ۹۲/۰۳/۰۸

.Your browser does not support the audio tag

بررسی استدلال به قاعده‌ی اقدام بر اثبات ضمان در عقد فاسد شیخ انصاری بعد از اینکه به استدلال به قاعده‌ی اقدام بر اثبات ضمان در مقبوض به عقد فاسد اشکال می‌کند، کلمات شیخ طوسی را اینطور توجیه می‌کند که ایشان نمی‌خواهد با قاعده‌ی اقدام ضمان مبیع فاسد را اثبات بکند، بلکه ضمان با «علی

ص: ۸۹۷

الید» و امثال آن ثابت می‌شود و غرض ایشان از اشاره به قاعده‌ی اقدام این است که زمینه‌ای برای جریان «علی الید» فراهم کرده و بگویند که مانعی برای اثبات ضمان با «علی الید» وجود ندارد. به عبارت دیگر اگر طرفین قصد تبرع داشتند، قاعده‌ی «علی الید» جاری نبود، ولی چون در اینجا قصد تبرع وجود ندارد، بنابراین با توجه به اینکه ملک شخصی در دست دیگری قرار گرفته و تلف شده است، حال که شخص نمی‌تواند به عین آن مال رجوع بکند، مثل و قیمتش ثابت خواهد بود. فرمایش ایشان اینطور است، نه اینکه ایشان بخواهد اصل ضمان را با قاعده‌ی اقدام اثبات بکند تا شما اشکال کنید که اقدام بر مسمی بوده است، نه به مثل و قیمت. عبارت شیخ طوسی در مبسوط تقریباً روشن در این است که ایشان نمی‌خواهد به وسیله‌ی اقدام ضمان را اثبات بکند. عبارت شیخ در مبسوط چاپ قبل ج ۳، ص ۶۵، سطر ۲ و در مبسوط چاپ موسسه نشر اسلامی، ج ۲، ص ۴۷۹، سطر ۱۸ بعد از اشاره به وقوع بیع فاسد، اینطور است: «...البایع دخل علی أن یسلم له الثمن المسمی فی مقابله ملک»، یعنی معاوضه‌ای بشود و طرف مقابل هم در مقابل مالی که به ملک او داخل شده است، ثمن مسمی را بدهد. «فاذا لم یسلم له المسمی»، حال اگر آن مسمی به او داده نشد و در این مسئله هم به جهت فاسد بودن بیع، مسمی نصیب شخص نمی‌شود و از آنطرف هم ملک او در دست طرف مقابل است و باید به سراغ ملکش برود و اگر ملکش نبود و تلف شده بود، باید به عوضش

ص: ۸۹۸

رجوع بکند: «فاذا لم يسلم له المسمى اقتضى الرجوع الى عين ماله فاذا هلكت كان له بدلها و كذلك الاجاره الفاسده». ایشان می خواهد بگوید که وقتی ملک شخصی در دست دیگری بود، اگر عین آن موجود بود، باید عین آن مال را مطالبه بکند و اگر هم موجود نبود، باید بدلش را مطالبه بکند. البته اگر بیع صحیح بود و ثمن را هم گرفته بود، دیگر آن عین ربطی به این شخص نخواهد داشت، ولی در صورتی که ثمن را نگرفته باشد، یا شارع امضاء نکرده باشد، این عین متعلق به اوست، ولی در دست دیگری قرار گرفته است و این اشاره به قاعده ی ید است، نه اینکه ایشان بخواهد با قاعده ی اقدام ضمان را اثبات بکند. از عبارت شیخ اینطور استفاده می شود. بعد ایشان می فرماید که با «علی الید» اثبات می کنیم که باید عین مال ردّ شود و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل و قیمتش ردّ شود، ولی این قاعده شامل اجاره ی فاسد نخواهد شد که شخصی اجیر شده یا منفعتی واگذار شده است. در جایی که کسی اجیر شده و عملی را انجام داده است، نمی توانیم بگوییم که مستأجر باید عمل را ردّ بکند یا مثل و قیمتش را ردّ بکند و چنین چیزی در اعیان صحیح است، نه در عمل یا منفعت. خلاصه اینکه «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» شامل اجاره ی فاسد نمی شود، چه به عنوان عمل باشد و چه به عنوان تملیک منفعت. ایشان می فرماید که در این موارد باید به واسطه ی چیز دیگری مثل احترام عمل مسلمان حکم به ضمان بکنیم. از روایات اینطور استفاده می شود که عمل

مسلمان احترام دارد و وقتی کسی او را اجیر کرده و به او دستور داده است که عملی را انجام بدهد، یا منفعت خانه را در اختیار کسی گذاشته است و خسارتی به او وارد شده است، نمی توانیم بگوییم که هیچ چیزی بر طرف مقابل لازم نیست و این عمل یا تملیک منفعت طبق قرارداد واقع شده است. این مخالف احترام عمل است، زیرا شخص عمل را به صورت مجانی انجام نداده است و کلمه ی «مال» در عبارت « لا یحل مال امرء الا عن طیب نفسه» هم بر عمل و هم بر منفعت صدق می کند. طبق تعبیراتی هم که در برخی از روایات وارد شده است که «حرمه ماله کحرمه دمه» باید مطابق با ارزش عمل یا منفعتی که واقع شده است، قیمت و ارزشش به او پرداخته بشود. شیخ برای اثبات ضمان در این موارد به این روایات تمسک کرده است. در برخی از موارد هم بین علماء اختلاف وجود دارد و با ادله ی احترام و امثال آن هم نمی توانیم چیزی را اثبات بکنیم مثل مسابقه که اگر صحیح باشد، استحقاق اجرت پیدا می شود و در صورتی هم که فاسد باشد، بعضی مثل محقق قائل به این شده اند که باید اجرت پرداخت شود، زیرا شخص زحمت کشیده است، ولی شیخ می فرماید که جهتی برای ضمان در اینجا وجود ندارد، زیرا اگر این عمل با امر شخص واقع شده بود و برای او هم انتفاعی بود، می توانستیم بگوییم که استیفاء فایده شده و قصد مجانیت هم در کار نبوده است و اقتضاء احترام این است که مزد این عمل داده شود و چون به

جهت فساد معامله مسمی وجود ندارد، باید مثل و قیمت داده شود، اما در جایی که عمل به دستور شخص نبوده و او هم انتفاعی نبرده است، ضمان نمی آید. اگر انسان به کسی نگوید که چنین عملی را بجا بیاور، ولی یک شخصی به قصد اینکه پولی از او بگیرد، چنین خدمتی را انجام بدهد، ضمانی وجود نخواهد داشت. در اینجا هم که امری نبوده است و یک کسی جلو افتاده است و نفعی هم به دیگری نرسیده است، از چه بابت باید دیگری ضامن این شخص باشد؟! ایشان می فرماید که این مسئله مورد اختلاف است و محقق و امثال ایشان قائل به این شده اند که باید مثلش را به او پرداخت کرد، بعضی دیگر هم گفته اند که پرداخت چیزی لازم نیست و مثل اینکه شیخ هم تمایل به این نظر دوم دارد. شیخ می فرماید: با اینکه صحیحش موجب ضمان است، ولی در فاسدش لازم نیست که مثل و قیمت پرداخته شود. ایشان حتی می فرماید که این بر خلاف قاعده است که یک پولی از کیسه ی دیگری خارج شود و در مقابلش هم چیزی در ملک او داخل نشود و این مثل اتلاف مال است که چیزی داده شود و در مقابل چیزی گرفته نشود. البته ممکن است که شارع بر اساس مصالح کلی دیگری که در نظر دارد، استثناء یک مواردی را اجازه بدهد، ولی بر اساس قواعد طبیعی اولی عقلائی نباید استحقاقی در کار باشد. بنابراین در فاسد ضمانی وجود ندارد و این مورد از موارد تخصیص قاعده ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» خواهد بود که در عین حالی که در این مسئله



در صحیحش ضمان وجود دارد، اما در فاسدش ضمان وجود ندارد. بحث ما در این است که چرا باید خلاف قاعده باشد؟! مگر در مسابقه خود اشخاص دستور به مسابقه نمی دهند؟! دیگران هم مطابق دستور عمل می کنند و شروع مسابقه بر اساس دستور و قرار است و لازم نیست در همه ی مواردی که در مقابلش پولی وضع می شود، به حسب ظاهر چیزی هم نصیب باذل بشود، زیرا گاهی شخص به دنبال این است که یک عده ای را نسبت به کاری تشویق بکند و اینطور نیست که این کار لغو و بیهوده باشد و هیچ مطلوبی برای شخص حاصل نشود. گاهی برای اینکه نیروهای ارتش و امثال آن آمادگی دفاعی خودشان را حفظ بکنند، سبق و رمایه انجام می شده است و این کار نوعی تمرین برای دفاع از کشور بوده است. پرسش: ... پاسخ: بنده می گویم که همین کافی است که مسئله را عقلانی بکند و ممکن است که کسی در مسابقه اصلاً قصد پول نداشته باشد و چنین چیزی هم مطلوب شرع و هم مطلوب عقلاء است. در این صورت علی القاعده وقتی عملی طبق قراری که بسته شده است، انجام شود، بر اساس اقتضاء «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» باید آنچه مقرر شده است پرداخت شود و اینطور نیست که این کار لغو و مضحکه نزد عقلاء باشد و قاعدتاً باید ضمان در اینجا ثابت باشد و قاعده ی احترام مال مسلمان هم تخصیص نخورده است. پرسش: ... پاسخ: خود مال را که به صورت مجانی قصد نکرده بود و بر اساس قراری که گذاشته بودند، شروع به انجام عمل کرده بود و «أوفوا بالعقود»

و امثال آن اقتضاء می کند که باید طبق قرار عمل بشود. پرسش: ... پاسخ: ممکن است که خیلی از اشخاص مسابقه بگذارند و برای آن جُعلی قرار بدهند. پرسش: ... پاسخ: انجام این عمل کار لغوی نیست و ممکن است که شخص برای به دست آوردن پول در مسابقه شرکت بکند و ممکن هم هست که اعتناء به پول نداشته باشد و به جهت تمرین و کسب قدرت شرکت کرده باشد، چه غالب شود و چه مغلوب. پرسش: ... پاسخ: در فسادش هم همین طور است. می گویم مجانی نیست و شخص بر اساس آن قراردادی که بسته شده، حرکت کرده است. البته گاهی آن قرار نقشی در حرکت این شخص نداشته است و فقط بر اساس یک تخیل محض حرکت کرده است که در اینجا حقی نخواهد داشت، اما فرض ما این است که شخص طبق قراری که واقع شده است، این کار را انجام داده است و این قرار در نظر هر دو قرار صحیحی بوده است و معنایی ندارد که بگوییم این کار لغو است. پرسش: ... پاسخ: وقتی کسی تحریک به یک عملی می کند، حال به هر هدفی باشد، خواه به این هدف که چیزی نصیب کسی بشود، یا به بعضی مصالح دیگر، این قرارداد دخالت در انجام عمل دارد و اگر هم شارع بگوید که لازم نیست همان مقدار در قرار خاص را بدهید، ولی انجام عمل که به صورت مجانی نبوده است که بگوییم عملش بی خود است. ایشان در اجاره ی فاسده می گوید که آن پولی که شخص در مقابل آن اجیر شده بود، احترام دارد و شخص نمی خواسته که

به

صورت مجانی آن کار را انجام بدهد و بر اساس دستور انجام داده و طرف مقابل هم منتفع شده است، اما در اینجا می فرماید که انتفاعی در کار نیست، ولی ما می گوییم که انتفاع به معنایی که ما گفتیم وجود دارد و نفس مسابقه انتفاعاتی مانند قوی شدن و یاد گرفتن و امثال آن دارد. پرسش: ... پاسخ: همه ی اینها انتفاع است و انسان باید برای یادگیری بعضی از کارها تمرین بکند مثل تیراندازی و رانندگی و خود همین یک نوع انتفاع است. پرسش: ... پاسخ: شیخ می فرماید که حتی صحیحش هم معتبر نیست، چون شخص انتفاعی نمی برد. البته اگر قرارشان اینطور باشد که اگر صحیح شد، هیچ و اگر صحیح نشد، هیچ، اشکالی ندارد، ولی معمول موارد مانند اجاره ی فاسده اینطور است که طرف حق خودش را اسقاط نکرده است و می گوید که اگر مسمی هم نشد، اصل ضمان هست و تعدد التزام ارتکازی است و شیخ هم بر همین اساس در اینجا قائل به ضمان است والا- اگر ارتکازی وجود نداشته نباشد، دلیلی برای اینکه قائل به چنین چیزی بشود، وجود ندارد. البته اینطور نیست که در اجاره بگوییم اجره المثل باید داده شود، بلکه باید احدالامرین از مثل و مسمی داده بشود، زیرا همانطوری که شخص می تواند احترام مالش را اسقاط بکند، اگر در اینجا هم مسمی به نصف قیمت مقرر شده باشد، کآن بخشی از احترام مالش را اسقاط کرده است و قهراً هر کدام که کمتر باشد، همان کافی است و قاعده اش هم همینطور است، ولی ظاهر بیان شیخ این است که باید مثل و قیمت داده شود.» و آخر

## ضمان در صور مختلف مقبوض به عقد فاسد - قاعده ی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» ۹۲/۰۳/۱۱

Your browser does not support the audio tag.

ضمان در صور مختلف مقبوض به عقد فاسد - قاعده ی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» شیخ می فرماید که ضمان مقبوض به عقد فاسد اختصاص به صورت جهل طرفین ندارد و اگر دافع عالم باشد و مشتری جاهل، باز هم مورد ضمان است. از عبارت شیخ اینطور استفاده می شود که بر اساس نظر ایشان در سه صورت ضمان وجود دارد. یک صورت این است که دافع جاهل باشد و قهراً اطلاقش شامل مشتری جاهل و مشتری عالم خواهد شد. البته اگر در مشتری جاهل ضمان باشد، به طریق اولی در مشتری عالم هم ضمان خواهد بود، زیرا می داند که این شیئی که به او داده می شود، مال او نیست. شیخ راجع به این دو صورت جهل دافع - خواه مشتری عالم باشد یا جاهل - همان بحث قبلی را کافی می داند. و اما نسبت به دو صورت باقی مانده، راجع یکی از این دو بحث می کند و ظاهرش این است که صورت دیگری قابل بحث نیست. دو صورت باقی مانده عبارت از این است که دافع عالم باشد، حال گاهی این علم دافع همراه با جهل قابض است و گاهی هم قابض علم به فساد عقد دارد. ظاهر کلام شیخ این است که اگر قابض هم مانند دافع عالم به فساد عقد باشد، طرفین می دانند که شرعاً مالک نیستند، ولی در عین حال توافق کرده اند که طرف مقابل تصرف در آن شیء بکند و در اینجا ضمانی نخواهد بود. این مورد مانند اباحه ی معوضه خواهد بود که هر دو طرف می دانند که شرعاً ملکیتی نیست، ولی توافق بر تصرف می کنند. شیخ

ص: ۹۰۵

این صورت را مورد بحث قرار نمی دهد، البته مرحوم ایروانی هر دو صورت را به حساب شیخ یک گونه به حساب آورده است، با اینکه روشن است که شیخ صورت علم دافع و قابض را خارج از بحث می داند. و اما آن صورتی که در اینجا مورد بحث قرار می گیرد و از بحث های سابق خیلی چیزی روشن نمی شود، عبارت از جایی است که دافع عالم و قابض جاهل باشد. شیخ در این صورت هم می فرماید که ضمان وجود دارد. ممکن است که در اینجا دو شبهه وارد بشود: یک شبهه عبارت از این است که وقتی مالک عالم به فساد باشد، تصرفی که قابض انجام می دهد، به اذن مالک است و در تصرف مأذون از جانب مالک است، بنابراین چرا باید شخص ضامن باشد و اگر عین تلف شد، مثل و قیمت را بدهد؟! اشکال دوم هم این است که وقتی مالک عالم است و قابض جاهل را تنبیه نکرده و بدون اینکه جاهل او را برطرف بکند، چیزی را در اختیار او گذاشته است، این کار او منشأ غرور است و طبعاً اگر مغرور ضامن در چیزی بود، رجوع به غارّ می شود، «المغرور یرجع الی من غره»، اگر خود مالک غارّ بود، قهراً ضمان مرتفع می شود و ضمانی در کار نخواهد بود. البته اگر یک چیزی مال زید بود و عمرو اینطور وانمود کرد که این مال من است و به طرف مقابل اباحه کرد و طرف مقابل هم آن مال را خورد، در این صورت شخص بدهکار زید است، زیرا مال او را تلف کرده است، ولی می تواند این بدهی را عمرو -

ص: ۹۰۶

که او را گول زده است \_ مطالبه بکند و بگیرد. یا اگر خود زید به طرف مقابل بگوید که \_ مثلاً \_ این غذا را میل کن، و بگونه ای هم افهام بکند که این غذا را به صورت مجانی می دهد، در این صورت اگر طرف مقابل آن غذا را بخورد، زید نمی تواند از او چیزی مطالبه بکند، زیرا هر چند طرف مقابل جاهلاً این کار را انجام داده است، ولی این مالک غار است و طرف مقابل را گول زده و حق مطالبه ی چیزی را ندارد. اما در جایی که مالک عالم است، ولی قابض جاهل است و در اثر جهل به عنوان ضمان اقدام می کند، نه به عنوان اینکه مجانی است، تا بگوییم که مالک او را گول زده است و خود قابض هم تخیل مجانی بودن نکرده است و خلاصه اینکه قابض به عنوان ضمان اخذ کرده و بعد هم مقبوض تلف شده است، غرور شامل اینجا نیست و در نتیجه اشکالی در ضمان نخواهد بود. این فرمایش شیخ بود و خلاصه اینکه اطلاقات ادله و قاعده ی ید اقتضاء می کند که در صورت علم دافع و جهل قابض ضمان ثابت باشد و هیچکدام از غرور و امانی بودن که می تواند حاکم بر قاعده ی ید باشد و در اینجا نیست، پس بنابراین طبق فرمایش شیخ در اینجا ضمان ثابت خواهد بود. البته چون در اینجا استناد به اقتضاء قاعده ی ید شده است و ما هم قبلاً عرض کردیم که این قاعده از جهت سند قابل استناد نیست و دلالتش هم محل بحث است، لذا نمی توانیم با آن ضمان را اثبات بکنیم و باید

به سراغ بنای عقلاء برویم. در صورتی هم که تلف باشد، نه اتلاف و تسلیطی هم از ناحیه ی مالک نشده باشد و خود شخص جاهلاً-یک شیئی را به تخیل اینکه ملک خود اوست، برداشته باشد و بعد هم دزد آن را برده باشد، در چنین صورتی بنای عقلاء بر ضمان است. اما در صورتی که مالک جاهلاً یا عالماً آن شیء را به طرف مقابل داده باشد، ما دلیلی بر اثبات ضمان در این صورت نداریم و در این صورت که قابض جاهل بوده است، بنای عقلاء بر ضمان نیست. شیخ با توجه به اینکه مسئله ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» را بحث کردند، وارد بحث در مسئله ی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» شده و می فرمایند: عقودی که در صحیح آنها ضمان نیست، در فاسدش هم ضمان نیست. مثلاً اگر دزد عین مرهونه را ببرد و مرتهن هم تعدی و تفریطی نکرده باشد، ضامن نخواهد بود. یا اگر شخص وکالت داده بود که وکیل چیزی را بفروشد و بعد هم آن شیء بدون تعدی و تفریط تلف شد، وکیل ضامن نیست. در عاریه هم همینطور اگر تعدی و تفریطی در کار نبود، ضمان نخواهد بود. در سایر موارد مختلفی هم که در عقد صحیحش ضمان نیست، اگر عقد فاسد شد و شخص استحقاق منفعت و انتفاع و تصرف و امثال آن را نداشت، در این عقد فاسد هم ضمان نخواهد بود. البته شیخ قبلاً یک مطلبی را مورد بحث قرار داده بود که در اینجا هم مقداری به آن می پردازد که طبعاً در عاریه ضمان نیست، ولی می شود در آن ضمان را جعل کرد،

به این صورت که شخص شرط بکند که من به این شیء را به تو عاریه می دهم، ولی به شرط اینکه اگر یک وقتی بی اختیار از بین رفت، تو ضامن باشی و عوضش را به من بدهی. اگر چنین شرطی نشده باشد، شخص ضامن نخواهد بود، ولی اگر چنین شرطی قید شده باشد، شخص ضامن خواهد بود. حال باید بینیم که مراد از «مالایضمن» یعنی «لایضمن بطبعه فی حدّ نفسه»، به این معنی که اگر معامله فی نفسه در صحیحش ضامن باشد، در فاسدش هم ضامن خواهد بود؟ یا اگر ضامن بالشرط هم در صحیحش باشد، در فاسدش هم ضامن ثابت خواهد بود؟ قهراً اگر ضامن بالشرط را بپذیریم، در صورتی که در عاریه شرط ضامن بشود، در فاسدش هم ضامن خواهد بود، ولو اینکه انتفاعی وجود نخواهد داشت، ولی چون شرط ضامن کرده بودند، ضامن ثابت خواهد بود. این فرمایشی است که شیخ عنوان کرده و بعد هم می فرمایند بر اساس قاعده ی «لایضمن» یک فرعی مورد بحث قرار می گیرد و آن عبارت از این است که در اجاره نسبت به عین مستأجره ضامن وجود ندارد و یدش ید امانی است و در صورتی که عقد اجاره صحیح باشد، ضمانی وجود نخواهد داشت. اما بحث در این است که اگر عقد اجاره فاسد باشد، طبق این قاعده ای که بیان شد، باید بگوییم که در اجاره ی فاسد هم ضامن وجود نخواهد داشت و عده ای از بزرگان هم مثل علامه در دو کتابش \_ که شیخ بالمباشره نقل کرده است \_ و همچنین در تذکره \_ که بالحکایه نقل شده است \_ قائل به عدم ثبوت

ضمان در صورت فساد شده اند و اطلاعات کلمات برخی دیگر از بزرگان هم همین قول را اقتضاء می کند. ولی در مقابل این قول، صاحب ریاض قائل به ضمان شده است. البته قبل از صاحب ریاض از محقق اردبیلی هم این قول نقل شده است، ولی بنده فرصت نکردم که فرمایش محقق اردبیلی را نگاه بکنم و ببینیم که آیا خود ایشان هم قائل به این قول است. صاحب ریاض در اجاره ی فاسده نسبت به عین مستأجره قائل به ضمان شده و اینطور حکایت کرده است که بعضی دیگر هم قائل به این شده اند که مفهوم از کلمات اصحاب هم ضمان است. شیخ انصاری می فرماید که مراد از این بعضی که در کلام صاحب ریاض به آن اشاره شده است، محقق اردبیلی است. اما اینکه خودش هم قائل به ضمان بوده است یا نه، خیلی روشن نیست و فرصت نشد که من کلام ایشان را ببینم، اما بالأخره اینطور به کلمات اصحاب نسبت داده شده است که مفهوم از کلمات آنها ضمان است. قبل از محقق اردبیلی آنچه که از کلام محقق کرکی به نظر انسان می رسد، عبارت از این است که ضمان ثابت باشد، زیرا شخص مستحق منفعت نبوده است و عین را در اختیار گرفته است بدون اینکه مأذون باشد و در نتیجه ضامن است. اگر عقد صحیح بود و هم مأذون از جانب مالک و هم مأذون از جانب شرع بود و بعد دزد آن عین را می برد، ضمانی در کار نبود، ولی چون عقد فاسد است و شارع آن را امضاء نکرده است، این شخص بدون امضاء شارع این عین را گرفته



است و مالک هم به خیال اینکه این عقد صحیح است، آن را تحویل داده است و این إذن مالک هم به درد نمی خورد و مقتضای قاعده این است که شخص ضامن باشد. این فرمایش ایشان است، ولی بعد ظاهراً از این کلام خود برگشته و می فرماید که اقتضاء قاعده ی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» این است که ضمانی وجود نداشته باشد و مطلبی که همه قبول کرده اند و اختلافی در آن نیست، عبارت از این است که اگر عین مرهونه در دست مرتهم بدون تعدی و تفریط تلف شد، چه رهن صحیح باشد و چه فاسد، ضمان ثابت نیست. اگر قرار باشد که ما در عین مستأجره قائل به ضمان بشویم، باید در رهن هم قائل به ضمان بشویم، با اینکه در آنجا چنین چیزی نیست. بعد شیخ می فرماید که یکی از دو وجه، وجه قول به ضمان است که شیخ هیچکدام از این دو وجه را نمی پسندد و دلیل عدم ارتضای خودش را هم ذکر نمی کند. کأن ایشان این مطلب را به ما سبق و به وضوح مطلب واگذار کرده است. یکی از این دو وجه عبارت از این است که بگوییم قاعده ی «لایضمن» ناظر به مورد عقد و آن چیزی است که معامله روی آن قرار گرفته است که اگر نسبت به این مورد عقد در صورت صحیح بودن ضمان بود، در صورت فاسد بودن هم ضمان خواهد بود. در باب اجاره هم معاوضه بر منفعت و اجرت قرار گرفته است و عین مستأجره طرف معاوضه نیست و به جهت انتفاع تسلیم طرف شده است و مورد معاوضه منفعت و اجرت است،

نه عین مستأجره. مراد از قاعده ی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» عبارت از این است که اگر مورد عقد در صورت صحت ضمانی باشد، در صورت فساد هم ضمانی خواهد بود. قهراً در باب اجاره چون نسبت به مورد معاوضه ضمان ثابت است، شامل عین مستأجره نخواهد شد و إذن مالک هم از این جهت بوده است که طرف مقابل مالک منفعت است و عین را به او جهت انتفاع تسلیم کرده است، نه به این عنوان که منفعت مال خود اوست و به جهت تصرف به طرف مقابل داده باشد. پس بنابراین قاعده ی «لایضمن» شامل اینجا نخواهد بود. قاعده ی «الأمین لایضمن» هم شامل اینجا نمی شود، پس ما باید بگوییم که ضمان در اینجا هست، چون اذن مالکی نیست. یا از این جهت قائل به ضمان بشویم، یا اینکه بگوییم که عموم علی الید می گوید که هر چیزی که به دست کسی رسید، آن شخص ضامن است و اگر هم بگوییم که امانت مالکی است، این امانت مالکی به عنوان اینکه طرف مالک منفعت شده است به او داده شده است، نه به عنوان اینکه منفعت مال خود مالک است و اجازه تصرف به طرف مقابل داده باشد. پس بنابراین عموم علی الید شامل اینجا خواهد بود و استثنای عدم ضمانت امین از عموم علی الید هم در اینجا نخواهد بود. شیخ بعد می فرماید که حق این است که هیچکدام از این دو وجه درست نیست و قاعده ی «لایضمن» اختصاص به مورد عقد ندارد، بلکه شامل مورد عقد و تبعات مورد می شود. پس مورد اجاره نه تخصصاً خارج است، چون عموم شامل آن است و

نه تخصیصاً «لا یضمن» این مورد را می گیرد که بگوییم ادله ی مخصصه مانند «لا یضمن» حکم به عدم ضمان در اینجا می کند. بنابراین ضمانی در کار نیست. یک نکته ای که بنده فراموش کرد این است که محقق کرکی هم فرموده است که مستفاد از کلام اصحاب و همین قاعده ی «لا یضمن» عدم ضمان است و کأن مشهور هم عدم ضمان است و شیخ انصاری هم همین قول مشهور به عدم ضمان را قبول کرده است. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین»

### بررسی قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» \_ مسئله اجاره ی فاسده ۹۲/۰۳/۱۲

Your browser does not support the audio tag

بررسی قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» \_ مسئله اجاره ی فاسده درباره ی عبارت «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» تعبیر شیخ طوسی اینطور است که وقتی در صحیح یک چیزی ضمان نبود، استفاده می شود که در فاسدش هم بالاولویه ضمان نیست. تقریبی که از مراد ایشان به نظر می رسد \_ جدای از صحت و سقم آن \_ این است که طبق فرمایش ایشان یک اولویت عرفیه بین معدوم و موجودی که هنوز کامل نیست، وجود دارد. مثلاً اگر بگوییم که این سنگ را فلان پهلوان نمی تواند بردارد، قهراً بالاولویه اینطور استفاده می شود که فلان مرده هم نمی تواند این سنگ را بردارد. ایشان می فرماید که وقتی یک شیئی در عالم اعتبار شرع، صاحب اثری مانند انتفاع یا منفعت و امثال آن بود و ضمانی هم در کار نبود، بالاولویه در شیئی که در عالم اعتبار معدوم فرض شده است، ضمان نخواهد بود. این ظاهر فرمایش شیخ طوسی است و ما کاری به صحت و سقم آن نداریم، ولی شیخ انصاری به گونه ای دیگر این مطلب را بیان کرده است که به طور محقق مراد

ص: ۹۱۳

ایشان نیست و به عنوان کلام شیخ طوسی بیان کرده است. شیخ انصاری می فرماید که به همان دلیلی که در عقد صحیح ضمان نیست، در عقد فاسد هم ضمان نیست و اقدامی نشده است که ضمان بیاورد و جهتی هم برای اینکه شارع ضمان را اثبات نکند، وجود ندارد، پس در نتیجه ضمانی در کار نیست و هر دو مشترک در عدم ضمان هستند، حال یا به این دلیل که مقتضی برای ضمان در هیچکدام وجود ندارد، یا اینکه در هر دو مانع برای ضمان هست. شیخ در بیان اولویت اینطور تقریب می کند که وقتی در عقود ضمانی ما اشکال کرده و گفتیم که مقتضای دلیل این است که در عقود فاسد ضمانی، ضمان نباشد، زیرا شخص به چیزی اقدام کرده است که شارع آن را امضاء نکرده است و مقتضی دیگری هم برای ضمان وجود ندارد. پس آن ضمان خاصی که اقدام به آن شده است را شارع امضاء نکرده است و برای کلی ضمان هم دلیلی نداریم و اثبات ضمان هم نیاز به مقتضی دارد که در اینجا مقتضی علی حده وجود ندارد، پس ضمان منفی است. بنابراین وقتی در اینجا که اقدام فی الجمله نسبت به ضمان وجود دارد، قائل به عدم ضمان شدیم، به طریق اولی در جایی که اقدام به ضمان نشده است، بلکه اقدام به عدم ضمان شده است، ضمان نخواهد بود. این تقریبی است که شیخ بیان کرده است که البته بعداً در اولویت مناقشه می کند، ولی اصل عدم ضمان را قبول می کند. ایشان می فرماید که در عقد صحیح عدم ضمان به جهت صحت عقد است، به این

ص: ۹۱۴

معنی که مال دیگری در دست او تلف شده است و کأن اقتضاء ید این است که شخص ضامن باشد، منتهی شارع در عقد صحیح اقدام شخص بر عدم ضمان را امضاء کرده است و به عبارت دیگر شرع این تسلیط عین به طرف مقابل را امضاء کرده است و قهراً اگر مقتضی ضمان هم وجود داشته باشد، این تسلیط مانع از از فعلیت آن می شود. اما در عقد فاسد، شرع این تسلیط را امضاء نکرده است و قاعده ی «علی الید» یا هر چیز دیگری که باشد، مقتضی ضمان است و مانع شرعی هم \_ چنانچه در عقد صحیح بود \_ در اینجا وجود ندارد. بنابراین شیخ می فرماید که قول صحیح عبارت از این است که ما قائل به اولویت نشویم، ولی وجه مشترک صحیح و فاسد در این است که هر دو از تحت قاعده ی ید \_ که اثبات ضمان می کند \_ به واسطه ی اذن مالکی و تسلیط مالک خارج هستند و در هر دو نه تنها اقدام بر ضمان نشده است، بلکه اقدام بر عدم ضمان شده است و ادله ی «الامین لایضمن» که اشاره به امانت مالکی و تأمین مالکی دارد، در اینجا کفایت می کند و شرع هم آن را امضاء کرده است، مگر موردی که استثناء بشود که آن بحث دیگری است. بنابراین طرف مقابل استیمان نموده و اقدام بر عدم ضمان کرده است و شارع هم با عموماتی مثل «الامین لا یضمن» آن را امضاء کرده است، چه عقد صحیح باشد و آثار صحت مانند انتفاع و ملکیت منفعت را هم دارا باشد و چه عقد فاسد باشد که این آثار

را نداشته باشد، ولی برای رفع ضمان در مقابل قاعده ی «علی الید» \_ که اثبات ضمان می کند \_ همین کافی است که این استیمان ممضای شرع باشد. این خلاصه ی فرمایش شیخ بود، منتهی یک اشکالی در اینجا می شود وارد کرد و آن عبارت از این است که اگر مالکک تأمین مطلق داشته باشد، به این معنی که شخص عالم به فساد عقد به طرف مقابل تسلیط مالکی کرده است و «الامین لایضمن» و این کار خلاف شرع هم نیست و فرقی بین اینکه طرف مقابل جاهل یا عالم باشد، وجود ندارد و همین که شخص عالم است و از روی علم، این شیء را به طرف مقابل تحویل می دهد، کافی است. البته شیخ صرف همین تحویل دادن را منشأ اثر قرار داده است، ولی ما نمی فهمیم که این کار چه اثری دارد! زیرا اگر شخص راضی به این باشد که این شیء در اختیار طرف مقابل قرار بگیرد، عاریه خواهد بود که او هم می تواند از این شیء استفاده بکند و اگر او هم راضی به این کار شد، برای رفع ضمان کفایت می کند، زیرا اگر علم به بطلان باشد، اشکالی نخواهد بود، چون امانت مالکی و اذن مالکی در اینجا هست و اگر هم توجه به بطلان نباشد، از باب تعدد مطلوب و امثال آن است که چه طرف مقابل استحقاق داشته باشد و چه نداشته باشد، عاریه داده می شود و ضمان نخواهد بود. اما اگر دافع جاهل به بطلان بود و در صورت علم به بطلان حاضر به این کار نبود [۱] و طرف مقابل هم علم به بطلان عقد داشت، روشن است

که ضمان هست. البته در صورتی که قابض هم جاهل به بطلان عقد باشد، باید ببینیم که آیا قاعده ی «علی الید» قدرت این را دارد که این صورت را هم شامل بشود یا نه. هر چند اگر «علی الید» معتبر بود، ممکن بود که بگوییم ظهور در شمول این صورت دارد، ولی بنای عقلاء شامل این صورتی که قابض هم جاهل بوده است، نمی شود، زیرا طرف جاهل بوده است و کوتاهی هم نکرده است و یک دزدی آمده و مال را برده است. خلاصه اینکه باید در این مسئله قائل به تفصیل بشویم و نمی توانیم به صورت کلی عدم ضمان را بپذیریم. در مسئله ی اجاره فاسده هم شیخ اینطور تعبیر کرد که این مسئله تخصصاً از قاعده ی «لایضمن» خارج نیست، به این جهت که بگوییم این قاعده شامل عقودی است که مورد عقد غیر ضمانی باشد و در این مسئله مورد خود عقد ضمانی است و در نتیجه تخصصاً از تحت این قاعده خارج خواهد بود، زیرا متعلقات عقد غیر ضمانی است، نه مورد عقد. البته شیخ اول می فرمود که شاید بگوییم مسئله ی عدم ضمان در جایی است که مورد عقد ضمانی نباشد و در اجاره هم چون مورد عقد \_ که عبارت از منفعت است \_ ضمانی است، پس در نتیجه قاعده ی «لایضمن» شامل این مسئله نخواهد بود و اگر عین مال تلف شد، ضمانی نخواهد بود، زیرا عین مال به مورد اجاره ارتباطی ندارد و خلاصه اینکه این مسئله تخصصاً از قاعده ی «لایضمن» خارج خواهد بود، اما فرمایش شیخ این است که این حرف تمام نیست، زیرا به همان دلیلی که گفتیم اگر

مورد عقد ضمانی نبود مانند عاریه، در تحت این قاعده خواهد بود، در صورتی هم که خارج از مورد عقد است، ولی اقدام بر عدم ضمان شده و طرف مقابل هم استیمان شده است، به همان دلیل این مورد هم خارج از تحت قاعده ی ید خواهد بود و «لایضمن» هم شامل مواردی خواهد شد که مورد عقد غیر ضمانی است و هم شامل مواردی خواهد شد که متعلقاتش غیر ضمانی است و اقدام بر عدم ضمان شده است، لذا بر این اساس شیخ می فرماید که مسئله ی اجاره ی فاسده تخصصاً از تحت «لایضمن» خارج نخواهد بود و داخل در تحت «لایضمن» است. از طرف دیگر با قاعده ی ید هم نمی توانیم این مسئله را تخصیص بزنیم، زیرا ادله ی استیمان مخصص قاعده ی ید است و بر فرض اینکه سند «علی الید» را هم درست بکنیم، در موردی که استیمان مالکی باشد و مالک تأمین کرده باشد، ادله ی استیمان قاعده ی ید را تخصیص می زند، نه اینکه قاعده ی ید مخصص این ادله باشد. «و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

### موارد نقض بر قاعده ی «لایضمن» ۹۲/۰۳/۱۳

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: موارد نقض بر قاعده ی «لایضمن»

به قاعده ی «لایضمن» نقض هایی وارد شده است که یکی از نقض ها عبارت از این است که عاریه ی صحیح مضمون نیست و فاسدش هم باید مضمون نباشد، در حالی که ما می بینیم در بعضی از موارد فاسد عاریه، ضمان وجود دارد مثل اینکه اگر یک محرمی صیدی را از محل استعاره کرده باشد، این استعاره باطل است و حق انتفاع برای او نیست، ولی این استعاره ضمان دارد. در عاریه ی صحیح ضمان نیست، ولی در فاسد آن ضمان وجود دارد و شخص باید

ص: ۹۱۸

قیمت را پردازد.

شیخ می فرماید که این مثال، نقض بر قاعده نیست، زیرا مستعیر - که صید را قبض می کند- وظیفه اش ارسال این صید است و قهراً قیمت این عین بر ذمه ی مستعیر وارد می شود و این ضمان، ضمان اتلاف است، نه ضمان تلف و بحث ما راجع به ضمان تلف است. تعبیر شیخ این است که ضمان در اینجا قبل التلف با وجوب اتلاف می آید.

ایشان در ذیل عبارت می فرماید که به وسیله ی اتلاف ضمان می آید، اما بحث در این است که آیا وجوب شیء می تواند مقید به خود شیء باشد؟ مثلاً می توانیم بگوییم که نماز واجب است بر فرض تحقق نماز؟ وقتی یک شیئی با شیء دیگری ملازم است، وجوب نمی تواند با واجب تلازم خارجی داشته باشد.

اگر ایشان اینطور تعبیر می کرد که با وجوب ارسال، اتلاف حاصل می شود و این اتلاف ضمان می آورد، این تعبیر درست بود، ولی ایشان اینطور تعبیر فرمودند که با وجوب اتلاف ضمان حاصل می شود. نفس وجوب اتلاف در خیلی از موارد وجود دارد مثل اینکه یک نفس محترمه ای در حال غرض شدن است و برای نجات او باید از ملک همسایه رد شویم که موجب

نابودی گیاهان ملک اوست و در این صورت برای انقراض غریق واجب است که تضمین بکنیم و این وجوب تضمین غیر از ضمان است.

ایشان می خواهند بگویند که قبل از تلف نفس ضمان با اتلاف حاصل می شود، در حالی که در اینجا وجوب تضمین است و اگر ارسال کرد، ضمان می آید. حال اگر شخص محرم خلاف شرع کرد و صید را به صاحبش برگرداند، دیگر جهتی برای ضمان وجود ندارد.

ص: ۹۱۹



لاصه اینکه این عبارت ایشان قدری محل تأمل است، ولی ما یک احتمالی در اینجا می دهیم که ولو خلاف ظاهر است، عبارت از این است که «وجوب الاتلاف» در بیان شیخ به معنای «ثبوت الاتلاف» باشد به این معنی که با نفس قبض، اتلاف حاصل است، زیرا در اینجا یک بحثی وجود دارد که اگر محرمی صید را قبض کرد، آیا این قبض صید را از ملکیت صاحب آن خارج می کند یا نه؟ اگر قائل به این شویم که این قبض مخرج از ملکیت است، با نفس قبض «ثبوت الاتلاف» حاصل می شود. پس شاید مراد شیخ از کلمه ی وجوب، ثبوت باشد، نه لزوم اتلاف صید. البته ایشان در عبارت قبلی می فرماید که «وجوب دفع القیمه» که به معنای «لزوم دفع القیمه» است، نه به معنای «ثبوت دفع القیمه»، مگر اینکه بگوییم وجوب در هر دو تعبیر به معنای ثبوت است، منتهی گاهی ثبوت اعتباری است که مساوق با وجوب است و گاهی هم ثبوت تکوینی است که به معنای خروج از ملکیت صاحب آن است.

خلاصه این تعبیر ایشان یک قدری مسامحی است و محصل آن عبارت از این است که به جهت اینکه شخص با عمل خودش صید را از ملک دیگری خارج کرده است، ضمان می آید و این به جهت اتلافی است که از ناحیه ی قبض حاصل شده است و ربطی به مسئله ی تلف ندارد.

یکی دیگر از موارد نقض قاعده ی «لایضمن» مسئله ی منافع مبیع فاسد در بیع است. در بیع ثمن در مقابل عین قرار می گیرد و اینطور نیست که ثمن را تقسیط بکنیم و یک مقداری برای عین

و یک مقداری هم برای منافع در نظر بگیریم، هر چند که منافع در قیمت دخالت داشته باشد مثل اینکه خانه ای که نزدیک حرم است، گرانتر از خانه های دور باشد، ولی تمام قیمت در برابر عین است، نه اینکه نصف قیمت در برابر عین و نصف دیگر به جهت امور دیگر باشد. موارد دیگر مانند شرط است که در فاعلیت فاعل دخالت دارد، ولی ثمن تقسیط نمی شود.

در بیع فاسد شخص نسبت به منافع مضمون است، در حالی که در بیع صحیح چنین ضمانتی وجود ندارد و ضمان فقط نسبت به عین است و این یکی از نقض هایی است که بر قاعده ی «لایضمن» وارد شده است.

شیخ به این نقض جوابی نمی دهد و به نظر می رسد که جواب این نقض همان جوابی باشد که راجع به صید بیان شد، زیرا استفاده نکردن شخص از منافع، اتلاف است، نه اینکه این منافع خودبخود تلف شده باشد و لذا ربطی به مسئله ی مورد بحث ما نخواهد داشت.

پرسش: ... پاسخ: یک منفعی است که ملک طرف سابق است و شخص از این منافع استفاده نکرده است تا اینکه تلف شده و اینطور نیست که خودبخود تلف شده باشد و چون بعد از قبض این منافع از بین رفته است، اتلاف به حساب می آید.

نقض دیگری که بر این قاعده وارد شده است، عبارت از مسئله ی حمل مبیع فاسد است، مثل اینکه حیوان یا کنیز حامله باشد و در این صورت هم ضمان وجود دارد، در حالی که در صحیح آن ضمانتی نیست.

البته یک مرتبه ما می گوئیم که حمل داخل در مبیع است

که اگر کسی قائل به این مطلب شد، ثمن تقسیط می شود و در مقابل حامل و محمول خواهد بود و این مبیع فاسد داخل در «مایضمن» می شود، اما در صورتی که حمل را داخل در مبیع ندانیم، ثمن در مقابل حامل قرار می گیرد، نه در مقابل تلفیقی از حامل و محمول و نسبت به حمل ضمان مسمی در کار نیست، ولی اگر صدمه یا خسارتی متوجه حمل بشود، ضمان خواهد بود. البته این مسئله مورد اختلاف است و شیخ طوسی و تابعین ایشان مانند علامه در تذکره و تحریر یا کتاب دیگری قائل به ضمان شده اند، ولی شهیدین و محقق ثانی و برخی دیگر منکر ضمان شده اند.

و خلاصه اینکه بنا بر قول شیخ طوسی این مسئله نقض بر قاعده ی «لایضمن» خواهد بود که اولین کسی هم که صریحاً این قاعده را ذکر کرده است، خود ایشان است.

البته شهیدین و محقق ثانی در این مسئله قائل به عدم ضمان هستند، ولی بحث در این است که چرا شیخ و علامه قائل به ضمان شده اند؟ علامه در قواعد منکر ضمان بوده است، ولی در برخی از کتابهایش قائل به ضمان شده است.

علامه کلام شیخ را اینطور توجیه می کند که شاید قول شیخ به ضمان در جایی است که حمل داخل در بیع بوده است و شخص حامل و محمول را می خواهد تملیک بکند که در نتیجه ضمانش هم ضمان جعلی خواهد بود و پول در مقابل هر دو قرار گرفته است و قهراً نقض قاعده نخواهد بود.

یک تعبیر در اینجا هست که ابتداء به نظرم آمد که مسامحی باشد، ولی

بعد برآیم شك حاصل شد که آیا این تعبیر مسامحه است یا نه. عبارت این است: «و يمكن نقض القاعده أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير: من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدین و المحقق الثانی و بعض آخر تبعاً للعلامة في القواعد، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً على أنه للبائع. و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع، و حينئذ لا نقض على القاعده».

ایشان می فرماید که «عن الدروس توجيه كلام العلامة»، در حالی که اصل کلام، کلام شیخ طوسی است و علامه هم در تذکره و یا تحریر و امثال آن از شیخ طوسی تبعیت کرده است و مناسب این بود که اشاره به کلام شیخ می شد و به نظر رسید که این تعبیر خالی از تسامح نیست، ولی بعد یک قدری به تردید افتادم، زیرا ما باید به خود دروس مراجعه بکنیم و متأسفانه این چاپی که در اینجا آدرس آن را نوشته اند، غیر از آن چاپی است که در دسترس ماست و این امکان وجود دارد که کلام علامه در قواعد را می خواهد بیان بکند و اما کلام علامه در تذکره و امثال آن همان کلام شیخ است. و خلاصه اینکه ممکن است دروس کلامه علامه را نقل کرده باشد.

نقض دیگری که بر قاعده ی «لا یضمن» وارد شده است و شیخ هم به آن جواب نداده است، مسئله ی شرکت فاسد است که ضمان دارد، در حالی که در شرکت صحیح ضمانی در کار نیست.

اگر کسی با پول یا

عینی با شخصی شرکت بکند، در صورت صحت شرکت ضمانتی در کار نیست، ولی در فاسدش ضمان وجود دارد و این نقض بر قاعده «لایضمن» خواهد بود.

البته وجهی که برای ضمان ذکر شده است، عبارت از این است که چون تصرف، تصرف عدوانی است، ضمان وجود دارد و لذا اگر در شرکت فاسد شخص علم به فساد داشته باشد و در عین حالی که شرع آن را لازم نمی داند، به لزوم عرفی اکتفاء بشود و طرفین به آن راضی باشند، در اینجا تصرف عدوانی نخواهد بود و ضمانی در کار نخواهد بود و دلیلی بر ثبوت ضمان در اینجا وجود ندارد.

تصرف عدوانی در جایی است که شخص علم به فساد نداشته باشد و در فرض بطلان شرعی هم راضی به تصرف طرف مقابلش نباشد که در این صورت تصرف عدوانی است و ضمان دارد، در عین حالی که در صحیح آن ضمانی در کار نیست.

پرسش: هبه هم همین طور است؟

پاسخ: هبه هم همین طور است و بعداً هم هبه را عنوان کرده است.

ایشان می فرماید که دلیل مخصص «علی الید..» در عقد صحیح، استیمان مالک است، چه عقد صحیح باشد و چه فاسد مانند رهن و عاریه و امثال آن و لذا ضمانی در کار نیست.

منتهی روایاتی که اشاره به این دارد که در صورت استیمان مالک، ضمان وجود ندارد، شامل هبه ی فاسد نمی شود، زیرا در هبه اینطور نیست که شخص با فرض اینکه شیء ملک او باشد، به طرف مقابل عاریه بدهد و امثال آن، بلکه در هبه طرف مقابل به عنوان ملکیت تسلیم می شود و در

نتیجه روایات استیمان شامل هبه ی فاسد نمی شود.

منتهی قائل شدن به عدم ضمان در هبه ی فاسده بالاولویه است به این معنی که اگر کسی تصریح بکند که این شیء ملک من است، ولی شما اجازه ی انتفاع از آن را دارید، ضمانی وجود ندارد و به طریق اولی اگر کسی خود آن شیء را به صورت مجانی به طرف مقابل تسلیط بکند، ضمانی در کار نخواهد بود.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریان‌های اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می‌نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه



بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می  
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه  
اول

وب سایت: [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

ایمیل: [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹





مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

# گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی  
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

**[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

