

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

استدلال به روایات باب وصیت

عرض کردیم که در بیع اخرس، علاوه بر قاعده‌ای که بررسی کردیم، روایاتی نیز وارد شده است. برخی از این روایات مربوط به باب طلاق است، و برخی مربوط به باب تلبیه است، که این دو دسته از روایات را بررسی کردیم. طایفه سوم از روایات، روایاتی است که در باب وصیت وارد شده است. این روایت که در کتاب الوصیه و سائل الشیعه نقل شده این است: «عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اعْتَقَلَ لِسَانَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ امْرَأَةً فَجَعَلَ أَهْلِيهِمَا يُسْأَلُهُ أَعْتَقْتَ فُلَانًا وَ فُلَانًا فَيَوْمِي بِرَأْسِهِ أَوْ تَوْمِي بِرَأْسِهَا فِي بَعْضٍ نَعَمْ وَ فِي بَعْضٍ لَا وَ فِي الصَّدَقَةِ مِثْلُ ذَلِكَ أَوْ يَجُوزُ ذَلِكَ قَالَ نَعَمْ جَائِزٌ»؛ از امام (ع) سؤال کرده که مردی یا زنی در هنگام موت، زبانش بند آمده است، - و این شخص، غلام‌هایی داشته است - اطرافیان و اقوام از او سؤال می‌کنند که آیا فلان غلام را آزاد کردی؟ و آن شخص با سر اشاره می‌کند، در بعضی از آنها می‌گوید بله، و در بعضی می‌گوید خیر. از او سؤال می‌کنند آیا فلان مالت را صدقه دادی یا نه؟ بعضی را اشاره می‌کند آری، و بعضی را می‌گوید نه. آیا با اشاره، این امور محقق می‌شود؟ امام (ع) می‌فرماید: بلی، جایز است (این «أَجُوزُ» یعنی «أَصِحَّ ذَلِكَ»، که «جواز»؛ بمعنای حکم وضعی، یعنی «صحت» است).

بیان استدلال :

در باب وصیت یا در باب صدقه یا در باب عتق - مخصوصاً عتق که از ایقاعات هم هست - امام (ع) می‌فرماید با اشاره، «عتق»، «صدقه»، «وصیت» واقع می‌شوند. در این روایت فقط سؤال از این است که «أَعْتَقْتَ فُلَانًا»، می‌فرماید بله. سؤال می‌کند در صدقه هم جایز است؟ امام (ع) می‌فرماید بله. ظاهرش این است که در آن حال اگر از اخرس سؤال کنند که این مالت را هم الان به ما می‌فروشی یا نه؟ او با سر اشاره کند بله، ظاهر روایت این است که فرقی بین اینها وجود ندارد و بیع و تمام این امور صحیح است. پس معلوم می‌شود که «الاشارة من الاسباب المفيدة للبيع»، کما اینکه از اسباب مفید عتق و صدقه است. پس برای بیع هم که محل بحث ماست کافی است.

نقد امام (ره) بر استدلال

اما آیا استدلال به این روایت، تام است یا نه؟ امام (رض) در کتاب البیع، ج 1، ص 311 فرموده‌اند: استدلال به این روایت «لا تخلو عن اشكال».

اولاً: مدعا این است که ما بگوییم اشاره، قائم مقام لفظ است. آیا از این روایت ما می‌توانیم این را استفاده کنیم و همان آثاری

که بر لفظ از صحت و لزوم بار است بر اشاره هم بار کنیم؟ ظاهرش این است که این روایت از دلالت بر این معنا، قاصر است. روایت فقط می‌گوید اگر اشاره کرد عتق واقع می‌شود، صدقه واقع می‌شود، اما از آن استفاده نمی‌شود که قائم مقام لفظ است.

ثانیاً: اصلاً در این روایت اشاره وجود ندارد. چرا که در روایت این شخص نمی‌تواند حرف بزند، دیگری از جانب او حرف زده است، منتها بصورت سؤالی می‌گوید: «هل أعتقت فلاناً»، این هم که می‌گوید «نعم»، بمنزله این است که می‌گوید «أعتقت»، یعنی اصلاً لفظ است، این تکان سر او، در حقیقت لفظ هم هست. نزاع ما در اشاره، آنجایی است که هیچ لفظی رد و بدل نمی‌شود. این نکته را عرض کنم؛ اگر قبل از معامله، بایع می‌گوید من می‌خواهم این را به این قیمت به شما بفروشم، و قصد جدی فروش دارم، بعد موقع انجام معامله، می‌خواهد با يك اشاره، معامله را واقع کند، این هم از محل بحث خارج است. چون این اشاره، اشاره به همان لفظی است که تا الان بکار می‌برده.

در ما نحن فيه لفظی وجود ندارد، که بخواهد اشاره، اشاره‌ی به آن لفظ باشد. آیا این کافی است یا کافی نیست؟ بعبارة آخری؛ - که نظیر این اشکال را قبلاً هم داشتیم - آنچه که مؤثر است، همان لفظ است، این اشاره هم اشاره به آن لفظ دارد. اینجا سائل سؤال می‌کند «أعتقت فلاناً»، وقتی او با سرش می‌گوید «نعم»، این اشاره به همین لفظ متکلم دارد. لذا ما می‌توانیم بگوییم این روایت قابل استدلال برای ما نحن فيه نیست. لذا امام (رض) فرموده‌اند استدلال به این روایت خالی از اشکال نیست. پس استدلال به این روایت ناتمام بود.

نتیجه بررسی روایات

از میان تمام روایاتی که خواندیم، تنها روایتی که پذیرفتیم و گفتیم بر مدعا دلالت دارد، همان روایت طلاق بود. که البته امام (رض) آن روایات طلاق را هم نپذیرفته‌اند. یعنی امام (ره) نسبت به استدلال به روایات، اشکال فرموده‌اند و استدلال به روایات را برای ما نحن فيه باطل می‌دانند. پس تا اینجا ما مسأله را طبق قاعده حل کردیم که اشاره، سبب عقلائی است و گفتیم از لحاظ سببیت؛ لا فرق بین اللفظ و الإشارة و غیرهما، و همانطور که لفظ، سبب است، اشاره هم سبب است، همانطور که فعل، سبب است، معاطات، سبب است، اشاره هم سببیت دارد.

تقدیم اشاره بر کتابت

حالا بحث دیگر این است که امام (رض) در این مسأله می‌فرمایند: کسی که عاجز از تلفظ است، برای او اشاره مفهمه، قائم مقام لفظ است. اگر از اشاره عاجز است؛ یا باید وکیل بگیرد و یا معاطاتی انجام دهد. و اگر از وکیل و معاطات هم عاجز شد، نوبت به کتابت می‌رسد. در این مسأله در متن تحریر فرموده‌اند: اول اشاره، اگر نشد؛ وکیل و معاطات، اگر ایندو هم نشد؛ کتابت. آخرین بحث در این بحث این است که در اخرس؛ آیا اشاره مقدم بر کتابت است یا نه؟

ادله تقدیم اشاره بر کتابت

مرحوم کاشف الغطاء (رض) در کتاب کشف الغطاء فرموده «الإشارة تتقدم على غيرها لكونها أصرح»؛ از آنجا که اشاره از کتابت و معاطات صریحتر است، پس مقدم است. ابن ادریس (ره) -سرائر، ج2، ص678- فرموده: کتابت بر غیر کتابت مقدم است؛ یعنی کسی که از لفظ متعذر است، اول باید بنویسد، اگر از کتابت متعذر شد، اشاره کند. فرمایش ایشان، عکس کلام کاشف الغطاء بود؛ کاشف الغطاء می‌فرمود اشاره اصرح از غیر است، ابن ادریس گفته کتابت اضبط از غیر است، فرموده علت

تقديم کتابت، این است که اضبطیت دارد.

نقد کلام کاشف الغطاء(ره) و ابن ادریس(ره):

اینجا اشکال خیلی روشنی که وجود دارد این است که؛ اولاً: به چه ملاکی می‌گویید اشاره اصرح است؟ کسی که می‌نویسد «فروختم به بیع قطعی غیر قابل برگشت»، به چه وجهی شما می‌فرمایید اشاره از این صریحتر است؟ و این بیان که بگوییم اصرح است هیچ وجهی ندارد. بیان ابن ادریس(ره) که بگوییم کتابت اضبط است، نیز وجهی ندارد. ممکن است گاهی اوقات اشاره، اضبط باشد، ولی دائماً اینطور نیست که کتابت اضبط باشد. پس اولاً: ما اشکال صغروی داریم که این اصرحیت و اضبطیت ثابت نیست!

ثانیاً: سلّمنا که اشاره اصرح است، چه دلیل داریم بر اینکه اصرحیت موجب تقديم می‌شود؟ مگر شما در لفظ و معاطات نمی‌گویید لفظ، از معاطات بهتر و اصرح است، اما هیچ فقیهی نگفته اگر قدرت بر بیع لفظی دارید، حق ندارید معاطاتی انجام دهید. معاطات و لفظ در عرض همدیگر هستند و فرقی نمی‌کنند. پس اشکال دوم این است که اصرحیت و اضبطیت نمی‌توانند ملاک واقع شوند، بلکه اینها يك امور استحسانیه هستند که فقیه نمی‌تواند به اینها در مقام استنباط اعتماد کند.

دلیل دیگر: عرفی بودن تقدّم اشاره بر کتابت

آیا وجه دیگری هم برای تقديم اشاره بر کتابت وجود دارد؟ ما هرچه تأمل کردیم، در کلمات وجهی را پیدا نکردیم. الا آنچه که به ذهن خود ما می‌رسد که دو مطلب است. یکی اینکه؛ تقدم اشاره، عرفیت دارد. تا زمانی که اشاره موجود است، عرف سراغ سبب دیگر نمی‌رود. بعبارة آخری؛ چون معاملات، يك امور عقلانیه است، اسبابش هم باید عقلایی باشد. به عقلا که مراجعه می‌کنیم عقلاء می‌گویند آنجایی که کسی عاجز از تلفظ است، سبب بعدی که می‌تواند سببیت داشته باشد اشاره است، اگر آن نبود کتابت.

نقد عرفیت

واقع مطلب این است که ما می‌پذیریم که در عرف، رواج اشاره بیشتر از کتابت است. الان کسی که قدرت بر تلفظ ندارد، می‌خواهد نان بخرد، نمی‌نویسد، بلکه با اشاره می‌گوید. درست است که از جهت عرفی، اشاره، رواج بیشتری دارد، ولی چه بسا از باب این است که اشاره آسانتر است. لذا نمی‌توانیم از آن تعینی را بفهمیم. نمی‌توانیم بگوییم عقلاء، اشاره را بر کتابت مقدم می‌کنند، و لو در عالم واقع، غالباً از صد معامله اخرس، 99 تاي آن با اشاره است و یکی آن کتابت است، ولی این سبب تقدم اشاره نمی‌شود.

دلیل دیگر: وجود قرینه برای قداماء بر تقدم اشاره

وجه دیگر اینکه وقتی به کلمات فقهاء از قدیم مراجعه می‌کنیم، فقهاء اینطور فرموده‌اند «لو تعذر التلفظ يقوم الاشارة مقامه و لو تعذره الاشارة يقوم الكتابة مقامها». شاید این کلام فقهاء، ناشی از این است که يك دليل و قرینه‌ای نزد آنها موجود بوده که اشاره را قبل از کتابت ذکر کرده‌اند.

نقد این دلیل

اگر واقعاً ما یقین داریم که در ذهن این فقهاء، غیر از قضیه «اصرحیت» و «اضبطیت» چیز دیگری نبوده، این کلمات فقهاء برای ما قابل استناد و استنباط نیست. اما اگر احتمال دهیم که دلیلی نزد آنها بوده که به اینها رسیده ولی آن دلیل به ما نرسیده، این احتمال، فقط برای فقیه مجال احتیاط را باز می‌کند که فقیه احتیاط وجوبی کند به اینکه تا اشاره است، نوبت به کتابت نمی‌رسد، اما مجال و دلیلی برای فتوا نداریم. نظر امام(رض) در کتاب البیع این است که بین اشاره و کتابت فرقی وجود ندارد.

می‌فرمایند فقط ممکن است از صحیح بزنطی در باب طلاق، استفاده شود که در خصوص طلاق، آن هم کتابت بر اشاره مقدم است. در صحیح بزنطی به امام هشتم(ع) عرض کردند مردی است که می‌خواهد زنش را طلاق دهد ولی نمی‌تواند حرف بزند. حضرت(ع) اول فرمودند «یكتب و يشهد علی ذلك»، اول بنویسد، سائل گفت این شخص، قدرت نوشتن ندارد. فرمود با اشاره، فعلی را انجام دهد که کاشف از این است که می‌خواهد او را طلاق دهد. پس امام(ره) پذیرفتند که در خصوص باب طلاق؛ کتابت بر اشاره مقدم است، اما می‌فرمایند ما حق نداریم این را به باب بیع و سایر عقود اسراء دهیم، چون ممکن است در طلاق يك خصوصیتی بوده که امام(ع) این را فرموده است، و ما نمی‌توانیم سرایت دهیم.

نقد استاد بر فرمایش امام(ره)

نکته‌ای که به ذهن ما رسیده این است که با تأمل در روایت در می‌یابیم که از این روایت نمی‌توان تقدیم را استفاده کرد. به امام رضا(ع) عرض شد این شخص لال است و می‌خواهد طلاق دهد. امام(ع) فرمود «یكتب». بعد سائل گفته نمی‌تواند بنویسد، فرموده «اشاره کند». ممکن است این از باب این باشد که کتابت، مسأله را زودتر حل می‌کرده، لذا امام(ع) آن را مقدم کرده، نه اینکه بگوییم آن کسی که قادر بر کتابت و اشاره است، برای او تقدیم کتابت تعیین دارد.

علی‌ایّ حال ما نمی‌توانیم از روایت، ترتیب را استفاده کنیم. به يك بیان دیگر؛ شاید کتابت در زمان امام هشتم(ع) يك امر متعارفی بین مردم بوده، لذا امام(ع) هم آن را مطرح کرده است. پس این مطلبی که امام(ره) در متن تحریر فرموده‌اند، ما دلیلی بر آن نیافتیم و حقّ با همین رأی شریف ایشان در کتاب البیع است. محقق خوئی(قدس سره) در متن منهاج فرموده‌اند «الظاهر الجواز بكل من الإشارة و الكتابة من دون تقدیم و تأخیر. بل يتحقق المعاملة بكل منهما حتى مع التمكن من اللفظ»؛ با تمکن از لفظ هم می‌تواند اشاره کند و با اشاره معامله را انجام دهد. این همان مطلبی است که ما طبق قاعده هم به آن رسیدیم، که با تمکن از لفظ، می‌تواند بنویسد و با کتابت، معامله را انجام دهد.

نظر استاد در بیع أخرس

پس نتیجه؛ همین فرمایش امام(ره) در کتاب البیع است، منتها نسبت به آن روایت هم آن نکته را عرض کردیم و حق همان است که محقق خوئی(ره) در متن منهاج بیان فرموده‌اند.

و صلی الله علی سیدنا محمد وآله اجمعین.