

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

ناسازگار در کلام مشهور نسبت به معاطات

«و لا بدّ أولاً من ملاحظة أنّ النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة، أو في المقصود بها التمليك؟»

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

مرحوم شیخ برای بیان نظر خودشان، می‌فرمایند: ابتدا باید محل نزاع روشن شود که آیا این فتوای مشهور و نزاع در معاطات بین علماء، در موردی است که متعاطیین قصد اباحه دارند، یا در موردی است که قصد تملیک دارند؟ می‌فرمایند که یک ناسازگاری و شبهه‌ای نسبت به فتوای مشهور ابتداءً به ذهن می‌رسد، مشهور از یک طرف فتوا می‌دهند به اینکه معاطات مفید اباحه تصرف است و از طرفی ظاهر کلامشان این است که محل نزاع را، موردی قرار داده‌اند که متعاطیین قصد تملیک دارند، یعنی بین دو نفر که یکی کتاب می‌دهد، دیگری مثلاً پول می‌دهد و هر دو قصد تملیک دارند. با وجود اینکه قصد تملیک وجود دارد، مشهور می‌گویند: این معاطات بخاطر خالی بودن از «صیغه لفظی بیع»، مفید ملکیت نیست، بلکه اباحه تصرف می‌آورد. شبهه این است که «ما قصد لم يقع»، آنچه که این دو نفر قصد کرده بودند، واقع نشده است «وما وقع لم يقصد».

راهکار محقق ثانی و صاحب جواهر در دفع شبهه

برای حل این شبهه، دو مطلب، از مرحوم محقق ثانی و صاحب جواهر بیان می‌کنند.

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

راه حل دوم از صاحب جواهر است، ایشان فرموده: مشهور که به اباحه فتوا دادند، در موردی است که متعاطیین قصد اباحه را دارند، نه موردی است که متعاطیین قصد تملیک را داشته باشند. در ادامه صاحب جواهر فرموده کسانی که محل نزاع را

موردی قرار دادند که متعاطیین قصد تملیک دارند، حرفی زده‌اند که که اصاغر از طلاب هم نزدند، تا چه رسد به اکابر و بزرگان از فقها.

نقد شیخ نسبت به راهکار محقق و صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید راهی که محقق ثانی طی کرده است «بعید» و راهی که صاحب جواهر طی کرده، «أبعد». در وجه «بعید و ابعد» می‌فرماید: وقتی کلمات فقها را بیان کنیم، وجهش روشن می‌شود. اما اجمالاً دو دلیل برای بعید بودن فرمایش محقق ثانی ذکر می‌کنند؛

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

دلیل دوم: در کلمات فقها تصریح شده که ملکیت در معاطات برای طرفین حاصل نمی‌شود، «معاطات یفید الاباحه، ولم يحصل الملك لهما».

بنابراین توجیه محقق ثانی هم با سیاق کلمات فقها ناسازگار است و هم با تصریح فقها. اما «أبعد» بودن کلام صاحب جواهر وجه روشنی دارد، ایشان محل نزاع را جایی قرار داده که متعاطیین قصد اباحه دارند. مرحوم شیخ می‌فرماید در چنین موردی اصلاً قابلیت نزاع وجود ندارد. هیچ فقیهی نه از عامه و نه از شیعه، در جایی که طرفین قصد اباحه دارند، نگفته معاطات مفید ملکیت است.

مرحوم شیخ برای روشن‌تر شدن بطلان توجیه محقق ثانی و کلام صاحب جواهر، کلمات فقها را نقل می‌کنند، ابتدا کلام را از شیخ طوسی نقل می‌کنند، بعد از ابن ادریس در سرائر و همچنین کلمات دیگر فقها که در تطبیق به آنها می‌پردازیم و در پایان یک نتیجه‌گیری از مجموع فرمایشات مرحوم شیخ بیان می‌کنیم.

تطبیق

«و لا بدَّ أَوْلًا»، بعد از اینکه فرمودند در معاطات سه قول وجود دارد، درصدد هستند که روشن کنند کدام یک از این سه قول درست است، می‌فرمایند: باید ملاحظه شود محل نزاع کجاست؟ نزاع در معاطاتی است که «المقصود بها الإباحة»، یعنی قصد طرفین اباحه است یا در معاطاتی که مقصود به آن «معاطات تملیک» است؟ «أو في المقصود بها»، یعنی «في المقصود» به آن معاطات «التملیک»؟ آیا این سه قول در جایی است که دو نفر در حال معاطات هستند و قصد اباحه را فقط دارند یا در جایی که قصد تملیک را دارند؟ فرق این دو در این است که اگر قصد اباحه کنند یعنی دیگری فقط می‌تواند در این مال تصرف کند، اما تصرفاتی که متوقف بر ملک است را نمی‌تواند انجام دهد.

برخی تصرفات در فقه متوقف بر ملکیت است، تا ملکیت نباشد، آن تصرف درست نیست، «لا وقف إلا في ملك، لا عتق إلا في ملك»، اگر معاطات مفید اباحه تصرف باشد، کسی که مال را می‌گیرد، حق وقف کردن ندارد، اگر مال، عبد است، حق آزاد کردن او را ندارد، اما اگر معاطات مفید ملکیت باشد، این تصرفات جائز و صحیح می‌شود. پس دو کلمه «مقصود» و «مفید» را با هم خلط نشود، بین آن دو فرق است. فقها در مورد معاطات، چنانچه قصد اباحه باشد، همگی می‌گویند مفید اباحه است، اما جایی که قصد تملیک باشد، محل خلاف است. بعضی مثل مشهور قائلند مفید تملیک نیست و بعضی مثل شیخ مفید قائلند

اما تبیین محل نزاع، «الظاهر من الخاصّة و العامّة هو المعنى الثاني»، یعنی جایی که طرفین قصد تملیک دارند. اینجا اشکالی به ذهن می‌رسد، از یک طرف نزاع در جایی تصویر شد که قصد تملیک است و از طرف دیگر، مشهور می‌گویند معاطات مفید اباحه است، «ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد»، «و حیث إنّ الحكم بالإباحة بدون الملك»، اباحه باشد ملک نباشد، «قبل التلف»، در معاطات همه، حتی کسانی که معاطات را مفید ملک نمی‌دانند، قائلند که اگر «احدی العینین»، در ید یکی تلف شد، سبب می‌شود که ملکیت نسبت به عین دیگر محقق شود. «بدون الملك قبل التلف و حصول الملك بعده» بعد تلف، «لا یجامع ظاهراً قصد التملیک من المتعاطیین»، با قصد تملیک متعاطیین جمع نمی‌شود. «ما قصد لم يقع، ما وقع لم يقصد» است، دوتا توجیه وجود دارد 1- «نزل المحقق الكرکي» محقق ثانی اباحه در کلام فقها را تنزیل کرده «على الملك الجائر المتزلزل»، فرموده از اباحه، معنای مطابقی‌اش را اراده نکردند، بلکه مراد از اباحه، ملکیت است، منتهی «ملکیت جائزه متزلزله»، یعنی هر کدام حق رجوع دارند.

«و أنّه يلزم بذهاب إحدى العینین»، ذهاب یعنی همان تلف، وقتی «احدی العینین» تلف شود، معاطات لازم می‌شود. مشهور ظاهر عبارتشان این بود که تلف موجب ملکیت است، محقق ثانی می‌فرماید: نه، مرادشان این است که تلف موجب لازم شدن معامله است. «و حقّق ذلك في شرحه على القواعد»، یعنی جامع المقاصد فی شرح القواعد، «و تعلیقه على الإرشاد بما لا مزيد علیه»، و در تعلیقی که بر ارشاد دارد، البته مطلب اضافه تری نسبت به جامع المقاصد در آن ندارد.

«لكن بعض المعاصرین» مراد از «بعض المعاصرین» در مکاسب، مرحوم صاحب جواهر است. «لما استبعد هذا الوجه»، توجیه محقق ثانی را بعید دانسته، «التجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة» پناه برده، به اینکه محل نزاع، معاطاتی است که در آن قصد اباحه شود نه قصد تملیک. «و رجّح» ترجیح داده، «بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك»، «المقابل» صفت ظاهر است. ظاهر اباحه این است که اباحه در مقابل ملک است. «و نزل مورد حکم قدام الأَصحاب بالإباحة»، مورد حکم فقها به اباحه را تنزیل کرده «على هذا الوجه»، بر وجهی که قصد اباحه دارند.

«و طعن»، فاعل «طعن» صاحب جواهر است، «على من جعل محلّ النزاع في المعاطاة بقصد التملیک» فرموده کسانی که محل نزاع در معاطات را قصد تملیک قرار دادند، طعنه زده، «قائلاً: إنّ القول بالإباحة الخالية عن الملك» فرموده اگر کسی فتوا بدهد که معاطات مفید اباحه است، «مع قصد الملك»، از آن طرف هم مورد نزاع را قصد ملکیت قرار دهد، «مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة» این مطلب به اصاغر از طلاب هم نسبت داده نمی‌شود، «فضلاً عن أعظم الأصحاب و کبرائهم». تا چه برسد به اعظم و کبرای اصحاب.

شیخ انصاری می‌فرماید: «و الإنصاف: أنّ ما ارتكبه المحقّق الثاني» آنچه محقق ثانی، «في توجیه الإباحة بالملك المتزلزل» فرمود که مراد مشهور از «اباحه» ملک متزلزل است، «بعید في الغاية»، در نهایت بُعد است، به دو دلیل:

دلیل اول: «عن مساق کلمات الأصحاب» برخلاف سیاق کلمات فقهاست. کلمات فقهای مثل شیخ در مبسوط و خلاف، ابن ادریس حلی در سرائر، ابن زهره در غنیه، ابوصلاح حلبی در کافی، علامه در تذکره.

دلیل دوم: «بل کلمات بعضهم صریحة في عدم الملك»، کلمات بعضی از فقها صریح در عدم ملک است، یعنی بعضی از فقها، دو تعبیر دارند، هم گفته‌اند معاطات مفید اباحه است، و هم گفته‌اند مفید ملک نیست. وقتی تصریح می‌کنند به اینکه مفید ملک نیست، چطور اباحه بر ملکیت متزلزله حمل شود؟ کلمات بعضی از آنها صریح است، «كما ستعرف».

از «الآ» جواب از صاحب جواهر است، «إِلَّا أَنْ جَعَلَ مَحَلَّ النِّزَاعِ»، کلام صاحب جواهر از محقق ضعیف‌تر است، «ما إذا قصد الإباحة دون التملك» اینکه گفته شود محل نزاع جایی است که قصد اباحه شده، نه قصد تملیک، «أبعد منه»، یعنی «من توجيه المحقق الثاني»، کلام صاحب جواهر ابعد است، «بل لا يكاد يوجد في كلام أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى»، در کلام احدي از فقها عبارتي که قابل حمل بر این معنا باشد، وجود ندارد.

«ابعديت» وجوه متعددي دارد، یک وجهش این است که اگر محل نزاع را جایی قرار دهیم که قصد اباحه است، نزاع معنا ندارد، دو نفر قصد اباحه داشته باشند، همه فقها می‌گویند: معاطات مفید اباحه است.

«و لننقل أولاً كلمات جماعة ممن ظفروا على كلماتهم»، کلمات جماعتي از فقها که بر آنها اطلاع پیدا کردیم را، نقل می‌کنیم، «ليظهر منه»، تا دو مطلب روشن شود؛ «بعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل» یکی اینکه حمل اباحه بر ملکیت جائزه، بعید است، «كما صنعه المحقق الكركي» که این تنزيل را انجام داد، «و أبعديّة جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام»، ابعد است که محل کلام، یعنی محل نزاع را جایی قرار دهیم، «ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك»، که متعاطیین فقط قصد اباحه کردند. «فنقول»، قبل از نقل کلمات فقها، تذکر يك نکته كلي و مهم لازم است.

نکته استاد

وقتي به کتب بزرگانی چون شیخ، علامه، شیخ طوسي، شیخ مفید و... مخصوصاً از زمان شیخ انصاري به بعد مراجعه می‌کنیم، می‌بینیم به کلمات قدما و فقهای گذشته، با دقت بالایی نظر می‌کردند. نمونه‌اش همین بحث مفصلي است که شیخ بیان می‌کند تا محل نزاع در کلمات بزرگان را مشخص کند که کدام یک از این دو مورد است.

هر چه به گذشته مراجعه کنیم، فقهاء قریب العصر به زمان حضور معصوم (علیه السلام) بودند، بعد از زمان غیبت صغري و شروع غیبت کبری، فقها تا مدتی مقید بودند که فتاوی خود را عین تعبیر وارده در روایات ذکر کنند، لذا یکی از ممیزات فقه امامیه همین مطلب به شمار می‌رود، در فقهای اهل سنت حفظ بر تعبیرات وارده در کلمات پیامبر نکردند. آن مقدار احترام که بر اصحاب پیامبر قائلند برای خود پیامبر قائل نبودند.

بیان کلام شیخ طوسي، ابن ادریس و دیگر فقها از این جهت است که فقهای گذشته خیلی با دقت، وسواس و احتیاط تعبیری را در فقه‌شان به کار می‌بردند و این برای ما و برای رسیدن به حکم خداوند اطمینان آور است.

امروزه متأسفانه فقه تا حدودی دست افرادی افتاده که از حقیقت فقه شیعه اطلاعی ندارند، کار را به جایی رساندند که می‌گویند: فقه مشکل دنیای امروز را حل نمی‌کند. همین بحث معاطات در فقه شیعه را با بحث معاطات در فقه اهل سنت مقایسه کنید، از زمین تا آسمان فرق دارند. یک کتاب بسیار مفصلي در حقوق مدني از فردي سني بنام سنهوري نوشته شده است که شاید حدود ده جلد هزار صفحه‌ای ضخامت دارد و عمده‌تاً مربوط مسائل معاملات است. ایشان گفته: من تأسف می‌خورم از این که کتاب را تمام کردم و چاپ کردم، بر مکاسب شیخ انصاري اطلاع پیدا کردم، اگر زمانی که می‌نوشتم، اطلاع داشتم که مکاسب شیخ انصاري وجود دارد، تحولي در کتاب من بوجود می‌آمد. کتاب ایشان گویا مثل قانون ابن سینا بسیار معروف و محکم است.

ادامه تطبیق

«فنقول و بالله التوفيق: قال في الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقلي»، بقلي یعنی سبزي فروش، یک قطعه‌ای یا پولی به بقلي داد، «أو

الشارب»، شارب يعني «بايع الشراب»، یا «بايع الماء»، شارب مثل لاین است. «فقال: أعطني بها بقلًا»، این قطعه را بگیر سبزي به من بده، «أو ماءً، فأعطاه» او هم پول را گرفت بعد سبزي را داد، شيخ طوسي فرموده: «فإنَّه لا يكون بيعاً» این بيع نیست، «و كذلك سائر المحقَّرات»، محقَّرات امور پيش پا افتاده و كوچك را می گویند. «لا يكون بيعاً و إنما يكون إباحة له» این فقط موجب اباحه است، «فیتصرّف كلُّ منهما في ما أخذهُ تصرّفًا مباحاً من دون أن يكون ملكه»، بالای این یک خط بکشید، بدون اینکه مالک شود، فاعل «ملك»، «كلُّ منهما» ست، ضمير «هو» به «ما أخذ» بر می گردد.

«و فائدة ذلك، أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة»، اگر کسی که قطعه پول داده، اراده رجوع کند، «أن يسترجع قطعته»، يعني قطعه خودش را بگیرد، «كان لهما ذلك» حق رجوع دارد، «لأنَّ الملك لم يحصل لهما» بالای این هم یک خط بکشید، ملك براي این دونفر حاصل نشده، «و به»، به اینکه معاطات مفید اباحه است و ملکیت نیست، شافعي در بین علمای عامه قائل شده است، خلاف شيخ طوسي، موارد خلافي بين علمای اماميه و علمای اهل سنت است، فتواي خودش را بیان کرد، بعد مي گوید: شافعي هم همین نظريه را دارد.

«و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً» ابوحنيفه گفته این معامله، بيع صحيح است، «و إن لم يحصل الإيجاب و القبول»، ولو إيجاب و قبول لفظي نباشد، البته گفته در محقَّرات «و قال ذلك في المحقَّرات، دون غيرها»، نه غير محقَّرات. شيخ طوسي در خلاف هر جا نظر خودش و بعد نظر مقابلش از علمای عامه را بیان می کند، می فرماید: «دلیلنا:»، دليلي که می آورد این است: بيع عقد است و عقد يکي از احکام شرعيه است. احکام شرعيه هم توقيفي هستند، لذا تا در موردی دليل نداشته باشیم که حکم شرعي ثابت است، نمی توان گفت: حکم شرعي هست، «دلیلنا: إنَّ العقد حکم شرعي»، عقد يکي از مصاديق حکم شرعي است، و حکم شرعي از امور توقيفيه است، هر جا دليل باشد حکم ثابت است، «و لا دلالة في الشرع على وجوده»، بر وجود عقد «هنا، فيجب أن لا يثبت العقد»، پس عقد نیست، و بالتبع بيع هم نیست، لذا معاطات مفید ملکیت نیست، اما چرا اباحه است؟

«و أمّا الإباحة بذلك»، يعني با این معاطات، «فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها»، يعني در این اباحه، «انتهی کلام شيخ طوسي»، مرحوم شيخ انصاري می فرماید «و لا يخفى صراحة هذا الكلام»، کلام شيخ طوسي صريح است «في عدم حصول الملك»، آن دو موضعي که خط کشیده شد، صريح در عدم ملکیت بود. تا اینجا جواب محقق ثاني بود که فرمود: مراد از اباحه ملکیت جائزه است.

شيخ طوسي در دو موضع از عبارتش تصريح کرده بود که ملکیت وجود ندارد، همچنین «لا يخفى صراحة هذا الكلام في أن محلّ الخلاف بينه»، بين شيخ طوسي و بين «أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة»، جايي است که قصد بيع شود. شيخ انصاري می فرماید: کلام شيخ طوسي صريح است در اینکه نزاع بين شيخ و ابو حنيفة جايي است که قصد تملیک است نه اباحه، پس کلام صاحب جواهر که گفته بود محل نزاع جايي است که قصد اباحه شده است، صحيح نیست. از کجاي عبارت محل نزاع روشن شد؟ از دو قسمت عبارت ابوحنيفه: 1. «يكون بيعاً صحيحاً»، 2. «إنَّ العقد حکم شرعي». بيع در جايي که قصد اباحه باشد معنا ندارد، پس معلوم می شود نزاع در جايي است که قصد تملیک است.

« يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية » زیرا بعد از اینکه ابو حنيفة در کتب دیگرش تفسير کرده بيع را به «مبادلة مال بمال» گفته: «و ينعقد بالإيجاب و القبول، و بالتعاطي»، يعني ينعقد البيع، تحقق بيع دو راه دارد؛ 1. إيجاب و قبول لفظي، 2. تعاطي. این هم قرينه می شود بر اینکه محل نزاع در معاطات جايي است که قصد بيعیت دارند. قصد بيع همان قصد تملیک است. شاهد دوم بر اینکه محل نزاع قصد تملیک است، قانوني است که می گوید: اگر در موردی بخواهیم اثبات کنیم چیزی وجود ندارد. اگر مقتضي نباشد، اول باید به عدم المقتضي استدلال کنیم و اگر مقتضي باشد، مانع وجود داشته باشد، باید به وجود مانع استدلال کنیم. مثال رایجش این سؤال است؛ چرا میّت نمی نویسد؟ باید گفته شود: چون جان ندارد، چون مقتضي نوشتن جان داشتن است، صحيح نیست گفته شود: چون خاکهاي روي دستش مانع از نوشتن اوست. دليل شيخ طوسي بر اینکه معاطات مفید

ملک نیست، «وجود المانع» است. گفته: اگر معاطات بخواید ملک باشد، بیع باشد، عقد باشد نیاز به دلیل است و چنین دلیلی نداریم.

اگر در معاطات قصد تملیک نباشد، مقتضی بیع را ندارد، بنابراین اگر محل نزاع جایی باشد که قصد اباحه است، شیخ طوسی باید به عدم وجود مقتضی استدلال کند. و «أیضاً، فتمسکه»، یعنی تمسک شیخ طوسی، «بأنّ العقد حکم شرعی»، عقد حکم شرعی است، «یدلّ علی عدم انتفاء قصد البیعة»، «عدم انتفاء» را حذف کنید، یعنی علی قصد البیعه. از کجا چنین دلالتی فهمیده می شود؟ «وإلا لكان الأولى، بل المتعین: التعلیل به»، اگر واقعاً قصد بیع نباشد، باید وقتی می خواهد بگوید: بیع نیست، بگوید: چون قصد بیع ندارند، در حالی که گفته: بر عقد بودن این مورد دلیل نداریم. پس معلوم می شود مقتضی وجود دارد، اما مانع دارد. «إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغةً و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقيف الأسباب الشرعية»، اگر قصد بیع نباشد، مثلاً کتابی را به زید بدهند، قصد بیعیّت نداشته باشند. پرسند چرا این معامله بیع نیست؟ نباید گفت چون دلیل نداریم، این استدلال غلط است، بلکه باید گفت: چون قصد بیعیّت وجود ندارد و هر چیزی تابع قصد است. «كما لا يخفى».

«و قال في السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول»، بعد از اینکه در بیع ایجاب و قبول را معتبر دانسته و گفته تقدم اولی بر دومی معتبر است، یعنی اول باید ایجاب بیاید بعد قبول، «قال ما لفظه»، عین لفظش این است: «فإذا دفع قطعة إلى البقلي» پولی را به بقال داد، «أو إلى الشارب، فقال: أعطني»، گفت سبزی به من بده، «فإنه لا يكون بيعاً و لا عقداً» این نه بیع است نه عقد، چرا؟ «لأنّ الإيجاب و القبول ما حصل» ایجاب و قبول حاصل نشده است.

«و كذلك سائر المحقرات» غیر از سبزی و آب، محقرات دیگر هم همین حکم را دارند. و همچنین «و سائر الأشياء محقراً كان أو غیر محقراً»، غیر محقر مثل ثیاب و حیوان، «من الثیاب و الحيوان أو غیر ذلك»، اگر بیع نیست، عقد نیست پس چه اثری دارد؟ «و إنّما يكون إباحة له، فيتصرف كلّ منهما في ما أخذه تصرفاً مباحاً»، هر کدام در آنچه گرفته به عنوان تصرف مباح تصرف می کنند، «من غیر أن يكون ملكه أو دخل في ملكه» بدون اینکه مالک شده باشد، یا داخل در ملکش شده باشد.

از عبارتهای مشکل توجیه و بیان «أو» در این عبارت است، مرحوم ابن ادریس چرا «أو دخل في ملكه» را آورده؟ توجیهات متعددی کرده اند، یک توجیهش این است که «من غیر أن يكون ملكه»، یعنی «قبل التصرف» و «أو دخل في ملكه»، یعنی «بعد التصرف»، قبل از تصرف، مجرد اعطاء سبب نمی شود که پول داخل در ملک بقال بشود. «أو دخل في ملكه»، یعنی حتی بعد از تصرف هم سبب نمی شود و پول، در ملک بقال داخل نمی شود. البته عبارت را «من غیر أن يكون ملكه»، به تشدید هم خوانده اند که به نظر صحیح نیست. به تشدید خواندند تا بتوانند توجیهاتی داشته باشند، مثل اینکه گفتند فرق بین «أن يكون ملكه» و «دخل في ملكه» به اختیار و غیر اختیار است که توجیه درستی نیست. پس ابن ادریس می خواهد بگوید: چه قبل از تصرف چه بعد از تصرف، پولی را که بقال گرفته و سبزی را که به شخص داده داخل در ملک طرفین نمی شود. «و لكلّ منهما أن يرجع في ما بذله»، هر کدام می توانند در آنچه بذل کردند رجوع کنند، چرا؟ «لأنّ الملك لم يحصل لهما»، چون ملکیت حاصل نشده. در ادامه ابن ادریس از سؤال مقدری جواب می دهد، می گوید: ممکن است گفته شود: این معامله ممکن است نه بیع باشد و نه اباحه، بلکه یکی از عقود فاسده باشد. «و ليس ذلك»، یعنی این معاطات، «من العقود الفاسدة»، چرا؟ «لأنّه لو كان عقداً فاسداً»، اگر عقد فاسد باشد، «لم يصحّ التصرف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما»، تصرف نباید در آنچه که در اختیار هر کدام قرار داده شده، جایز باشد، «و إنّما ذلك»، «ذلك» یعنی تصرف، «على جهة الإباحة»، یعنی چون معاطات مفید اباحه است. علاوه بر اینکه اجماع است بر اینکه در معاطات اباحه تصرف است. همین اجماع کاشف است از اینکه عقد جائز است.

مرحوم شیخ می فرماید: از کلام ابن ادریس استفاده می شود محل نزاع جایی است که متعاطیین، قصد تملیک دارند، چون ابن ادریس برای اینکه بگوید در معاطات ملکیت وجود ندارد، فرمود: «الإيجاب و القبول ما حصل»، ایجاب و قبول نیست. یعنی مقتضی برای بیع و ملکیت هست، ولی چون ایجاب و قبول لفظی نیامده، ملکیت نیست، والا اگر مقتضی وجود نداشت، برای

اینکه بگوید ملکیت وجود ندارد، نباید استدلال کند چون ایجاب و قبول نیست، بلکه باید بگوید چون قصد بیعیت نیست.

«فإنّ تعليله عدم الملك» این که برای عدم ملک تعلیل کرد «بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التملك»، این دلالت می‌کند بر اینکه فرض نزاع جایی نیست که قصد تملیک نشده. نفی در نفی می‌شود اثبات. یعنی جایی است که قصد تملیک شده. «يدلّ علي أن ليس المفروض»، یعنی مفروض در محل نزاع، جایی نیست که قصد تملیک نشده باشد. شاهد دوم هم این است که ابن ادریس مسئله معاطات را در حیّز شروع عقد مطرح کرده، جایی که قصد تملیک باشد. پس اینکه معاطات را در ردیف عقد و شرائط عقد بیان کرده، یعنی در اینجا هم قصد تملیک وجود دارد، اما چون ایجاب و قبول لفظی نیست، نمی‌توان به آن «بیع» گفت، نمی‌توان گفت: مفید ملکیت است.

«مع أن ذكره في حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا»، دلالت می‌کند بر «ماذكرنا»، یعنی اینکه محل نزاع در جایی است که در معاطات قصد ملکیت باشد. «و لا ينافي ذلك قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسدة»، ابن ادریس در آخر کلامش گفت معاطات از عقود فاسده نیست. متوهمی ممکن است توهم کند که اگر نزاع در موردی باشد که قصد تملیک است، چون ملکیت حاصل نشده، باید گفت این از عقود فاسده است، در حالی که ابن ادریس می‌گوید: از عقود فاسده نیست. شیخ می‌فرماید: «و لا ينافي ذلك»، «ذلك» مفعول «لا ينافي» است، یعنی با قرار دادن محل نزاع در کلام ابن ادریس جایی که قصد تملیک است، منافات ندارد. «لا ينافي قوله وليس هذا من العقود الفاسدة»، «قوله» فاعل «لا ينافي» است. به عبارت دیگر: متوهم چرا توهم تنافی می‌کند؟ چون اگر قصد تملیک است و ملکیت نیامده، پس عقد باید فاسد باشد، در حالی که ابن ادریس می‌گوید فاسد نیست، پس محل نزاع جای دیگری باید باشد. شیخ می‌فرماید: «لا ينافي»، چرا؟ چون قصد تملیک هست، ولی اباحه تصرف آورده. همین که اباحه تصرف می‌آورد، دیگر عنوان معامله فاسده را ندارد. «إلي آخر كلام ابن ادریس، كما لا يخفى». لا يخفى این عدم منافات. عبارت سوم از ابن زهره در غنیه است که جلسه بعد ان شاءالله بحث می‌شود.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين