

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

وجود قرینه عامه بر مدعای شیخ

«هذا كله، مع أن الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليك، و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس»

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

جواب مرحوم شیخ از ادعای محقق ثانی

مرحوم شیخ بعد از بیان دقیق محل نزاع، شروع به نقد ادعای محقق ثانی می کنند، ایشان ادعا کرده بود که: فقها گرچه در ظاهر عبارتشان این است که معاطات مفید اباحه است، اما باید این اباحه را حمل کنیم بر ملکیت جائزه و ملکیت متزلزله.

مرحوم شیخ در ابتدا نظر محقق را مفصلاً بیان می کنند، این نظریه در جامع المقاصد، شرح قواعد مرحوم علامه آمده است - بعضی نکات در جامع المقاصد آمده که مرحوم شیخ بیان نکردند، اما تذکرش اینجا لازم است - مرحوم علامه در متن قواعد فرموده: در بیع، «صیغه» معتبر است، سپس بر آن تفریعی آورده «فلا تكفي المعاطاة»، معاطات کافی نیست. مراد علامه از «عدم کفایت» یعنی معاطات برای آن جهتی که از بیع مورد انتظار است، کفایت نمی کند. آن جهت نقل الملك است، برای چه چیزی مردم بیع انجام می دهند؟ برای انتقال ملک به دیگری. محقق ثانی در شرح عبارت به علامه اشکال می کند که چرا «لا تكفي»؟ بلکه کفایت می کند.

مرحوم محقق ثانی برای اثبات این مطلب، صغری و کبرایی می آورند. در صغرای می گویند: معاطات در اینکه مصداق برای بیع است، تردیدی نیست، یعنی وقتی به عرف و کلمات فقها مراجعه شود، همه قبول دارند که بر معاطات «بیع» اطلاق می شود. دو نفر که معاطاتی معامله ای را انجام می دهند، گفته نمی شود معامله آنها هبه یا صلح یا اجاره است. از مردم سوال شود، می گویند: بیع است، از خود فقها هم سؤال شود، می گویند بیع است. حتی فقهای که معاطات را فاسد می دانند، می گویند بیع

است، اما بیع فاسد.

حتی خود مرحوم علامه هرچند در کتاب «نهایه»، نفی بیعیت کرده است، اما در کتب متأخر از نهایه، مثل کتاب «مختلف»، قبول کردید که معاطات عنوان بیع را دارد.

بعد محقق ثانی در کبری می فرمایند: بعد از اثبات بیعیت معاطات، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» شاملش می شود. «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» می گوید هر چه را عرف به آن «بیع» می گوید، مورد امضای شارع است و به عنوان بیع، حکم صحت بر آن جاری می شود.

دو اشکال مقدر و جواب آنها در کلام محقق

اشکال و جواب اول

مرحوم محقق به این قسمت که می رسند، از اشکال مقدری جواب می دهند. اشکال این است که مشهور فقهای که معاطات را بیع می دانند، قائلند به اینکه در معاطات ملکیت وجود ندارد، بلکه مفید اباحه تصرف است.

محقق ثانی در جواب این اشکال می فرمایند: به دو دلیل، باید لفظ «اباحه» در کلمات فقها را بر غیرظاهرش، یعنی ملکیت متزلزله حمل کنیم.

1. وقتی دو نفر در عطا و إعطایی که انجام می دهند، مثلاً بایع نان را به مشتری می دهد و مشتری هم پول را به بایع می دهد، قصد تملیک دارند، لذا معامله یا با این قصد واقع می شود، یعنی معامله مفید ملکیت است، یا واقع نمی شود، از این دو حال خارج نیست، اگر واقع شود، معاطات مفید ملکیت است، اگر واقع نشود باید بگویید معامله از اساس فاسد است، چون آنچه را قصد کردند محقق نشده است. و اگر بخواهد چیز دیگری محقق شود، مورد قصد آنها نبوده. بنابراین معاطات یا مفید ملکیت است یا از اساس فاسد است.

2. اباحه مقتضی برای ملک نیست. در فقه معاملات، هیچ فقیهی نگفته یکی از اسباب ملکیت، اباحه است، در حالی که مشهور قائلند وقتی دو نفر با هم معاطاتی رد و بدل کردند، در صورت تلف مال در دست یکی از آنها، ملکیت محقق می شود، لازمه این بیان این است که اباحه خودش مقتضی برای ملکیت است، در حالی که اباحه اقتضای ملکیت را ندارد.

بنابراین باید اباحه را حمل کنیم بر معنای لغویش، یعنی جواز التصرف که با معنای اصطلاحی ملکیت سازگاری دارد و مرادشان از «اباحه» در واقع «ملکیت» است.

اشکال و جواب دوم

محقق ثانی معاطات را بیع دانست و فرمود: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» شامل آن می شود، لذا «اباحه» در کلمات فقها را به «ملکیت جائزه» توجیه کرد. این سوال به ذهن می آید، چرا ملکیت جائزه؟ اگر معاطات مثل بیع لفظی است، همانطور که «بیع به صیغه» مفید ملکیت لازمه است، معاطات هم مفید ملکیت لازمه باشد.

محقق ثانی در جواب از این اشکال می‌فرماید: فرق بین «معاطات» و «بیع به صیغه» در این است که «بیع به صیغه» لفظی است، اما معاطات از مقوله فعل است و افعال داللتشان قوی و محکم نیست، پس به همین مقدار اکتفا می‌شود که بگوییم: معاطات مفید ملکیت جائزه است نه ملکیت لازمه.

در ادامه از اینکه ملکیت جائزه است، نتیجه می‌گیرند «فیجوز التراد»، تراد یعنی رد طرفینی، یکی نان را داده و دیگری هم پول را. موضوع و متعلق تراد عوضین است، مادامی که عوضین باقی است می‌توانند رد کنند، کسی که پول داده، بگوید نان را بگیر و پول من را بده و بالعکس، اما اگر «احد العوضین» از بین رفت، موضوع «تراد» از بین می‌رود، چون تراد، متعلقش عوضین است.

تطبیق

«هذا كله»، این عبارت فقها بود که بیان شد و روشن شد محل نزاع در جایی است که متعاطیین قصد تملیک دارند، یک قرینه عامه هم بر این ادعا دلالت می‌کند، «مع أنَّ الواقع في أيد الناس»، معامله‌ای که در بین مردم موجود است «هي المعاطاة بقصد التملیک». معاطاتی است که در آن قصد تملیک شده باشد.

در نتیجه «و یبعدُ فرض الفقها من العامة والخاصة»، بعید است که فقها چه سنی و چه شیعی فرض کنند «الكلام»، یعنی نزاع را «فی غیر ما هو الشایع بین الناس»، در غیر آنچه بین مردم شایع است، فقها درصدد بیان حکم رایج بین مردم هستند، 99 درصد از معاطاتهایی که بین مردم واقع می‌شود معاطاتی است که طرفین قصد تملیک دارند این اولاً و ثانیاً «مع أنَّهم صرَّحوا»، خود فقها تصریح دارند «بإرادة المعاملة المتعارفة بین الناس»، مقصودشان معامله رایج بین مردم است، معامله‌ای که در آن «بعث و اشتریت» نمی‌گویند، ولی قصد تملیک دارند.

«ثمَّ انَّك قد عرفت»، دانستی ظهور اکثر عبارات گذشته را «فی عدم حصول الملك». از «ثم» جهت کلام به طرف مرحوم محقق ثانی است. دقت شود بین دو عنوان «قصد» و «مفید بودن» خلط نشود، محل نزاع جایی است که قصد ملکیت هست، آیا با وجود این قصد، ملکیت هم هست؟ یا فقط اباحه تصرف است؟ «فی عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها»، بعضی از عبارات صریح بودند در اینکه ملکیت حاصل نمی‌شود، مثل عبارت شیخ طوسی جایی که بالای آن دو قسمت عبارت خط کشیده شد.

شیخ طوسی تصریح کرد «لم يحصل الملك لهما»، «كالاخلاف والسرائر والتذکره والقواعد. و مع ذلك كله»، با اینکه عبارات فقها تصریح دارد در اینکه ملکیت حاصل نمی‌شود «فقد قال المحقق الثانی فی جامع المقاصد»، مرحوم محقق ثانی در کتاب «جامع المقاصد» فرموده: «أنَّهم» یعنی مشهور، «ارادوا بالاباحه، الملك المتزلزل»، مشهور از «اباحه»، ملکیت متزلزل را اراده کردند.

«فقال: المعروف بین الاصحاب»، معروف بین اصحاب این است که «أنَّ المعاطاة بیعٌ». مناسب بود مرحوم شیخ ابتدا کلام علامه که می‌گوید: «صیغه معتبر است، لذا معاطات در آن جهتی که مقصود از بیع است کفایت نمی‌کند» را بیاورد و بعد کلام محقق ثانی. در هر صورت محقق ثانی صغری و کبرایی برای ابطال حرف علامه بیان می‌کنند.

صغرایش این است «انَّ المعاطاة بیعٌ»، معاطات مصداق بیع است «و ان لم یکن کالعقد»، ولو مانند عقد لفظی در لزوم نباشد، یعنی هرچند بیع لازم نیست، اما بیع است. البته «خلافاً لظاهر عبارة المفید» که معاطات را بیع لازم هم می‌داند. «ولا یقول احد من الاصحاب بأنَّها بیع فاسدٌ». احدی از اصحاب نمی‌گوید که معاطات بیع فاسد است، «سوی المصنف». مگر مرحوم علامه،

آن هم در کتاب «نهایه»، «و قد رجع عنه فی کتبه المتأخره عنها»، در نهایه گفته: معاطات بیع فاسد است، اما از این فتوا در کتب بعدی خود، مثل کتاب «مختلف» - مختلف متأخر از نهایه است - عدول کرده است.

و کبرایش «وقوله تعالی احل الله البيع يتناولها»، است، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» شامل معاطات می شود، «لأنَّها بَيْعٌ بالاتفاق». معاطات باتفاق فقها، عنوان بیع را دارد، «حتى من القائلين بفسادها»، حتی آنهایی هم که می گویند معاطات فاسد است، «بفسادها»، یعنی «بفساد المعاطاة». «لأنَّهم يقولون هی بَيْعٌ فاسدٌ». «وقوله تعالی»، این «قوله تعالی» عطف به آن «قوله تعالی» اول است، «الّا ان تكون تجارةً عن تراضٍ»، هر رد و بدل مالی انجام که در بین مردم انجام شود و متصف به عنوان «تجارت از روی تراضی» باشد، مورد قبول شارع است.

معاطات هم «تجارةً»، «فأنت عامٌّ الا ما اخرجہ الدلیل». مگر تجارتهایی که دلیل خاص آنها را خارج کرده، مثل تجارت قماری و تجارت ربوی، اما جایی که دلیل نداشته باشیم داخل در آیه است و باید صحیح باشد، «و ما يوجد فی عبارة جمع»، این جواب از اشکال مقدر است، اگر معاطات بیع است و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» شاملش می شود، پس چرا همان فقهای که معاطات را بیع می دانند، آن را مثل بیع لفظی مفید ملکیت ندانستند و گفتند: مفید اباحه است؟

محقق ثانی می فرماید: «و ما يوجد فی عبارة جمع من متأخر الاصحاب»، آنچه در عبارت جمعی از متأخرین فقها یافت می شود «من آنها»، یعنی «انَّ المعاطاة تفيد الاباحه و تلزم» و لازم می شود «بذهاب أحد العینین»، اگر «أحد العینین» تلف شود، لازم می شود، «یریدون به عدم اللزوم فی اول الامر». اراده می کنند عدم لزوم را «من اول الامر»، یعنی وقتی معاطات محقق شد در ابتدا لزومی وجود ندارد، وقتی «أحد العینین» از بین رفت، «یتحقق اللزوم» معامله لازم می شود. همانطور که در باب خیارات گفته می شود: «ذوالخيار» خیار دارد، اما وقتی تصرف کرد، خیارش ساقط می شود یا اگر عیب جدیدی حادث شد، عیب جدید مسقط خیار است، پس این امکان دارد معامله اول جائز باشد بعداً به سببی از اسباب معامله، لازم شود.

تا زمانی که عینین باقی هستند، معامله جایز است، مثل اینکه در هبه گفته می شود: هبه از عقود جائزه است، لذا واهب می تواند هر زمانی رجوع کند، اما قیدی دارد، تا زمانی که عین موهوبه موجود است.

پس محقق می فرماید: به دو دلیل باید عبارت فقها را توجیه کنیم،

1. «لامتناع ارادة المجردة من اصل الملك»، اراده اباحه مجرد «من اصل الملك» امتناع دارد. اباحه بر دو گونه است؛ الف. اباحه همراه با ملک، ب. اباحه مجرد از ملک. ظاهر عبارت فقها این است که اباحه هست، ولی ملکیت نیست، این ممتنع است، چرا؟ «اذ المقصود للمتعاظین انما هو الملك»، مقصود طرفین ملک است، یا مقصود حاصل می شود که مدعا ثابت می شود، «فإذا لم يحصل»، یا حاصل نمی شود، که باید بگویید: «كانت فاسدة»، معامله فاسده است «ولم یجز التصرف فی العین»، تصرف در عین جائز نیست، در حالی که «وکافة الاصحاب علی خلافه»، همه فقها «علی خلافه»، مخالف عدم جواز تصرف هستند. یعنی همه فقها در معاطات قائلند: تصرف جائز است.

2. «فإنَّ الاباحة المحضة»، اباحه محضه یعنی اباحه مجرد از ملک، «لا تقتضى الملك اصلاً»، صد سال هم بماند اقتضای برای ملک ندارد، چون نه عقلاء و نه شارع، اباحه را یکی از اسباب ملکیت نمی دانند. مثال رایج برای «اباحه» این است که وقتی میزبان برای میهمان میوه یا طعام می آورد، می گویند: این طعام را برای او مباح کرده که در آن تصرف کند، اما اگر صد سال هم در این منزل بماند، این اباحه موجب ملکیت نمی شود، لذا حق برداشتن و بردن ندارد. «فکیف یتحقق ملک شخص بذهاب مال آخر فی یده»، پس چطور اگر «أحد العینین» از بین رفت، در مال دیگری ملکیت محقق می شود؟ «کیف یتحقق ملک شخص بسبب ذهاب مال» دیگری در ید دیگری، «ذهاب» یعنی تلف شدن، پس باید چیزی باشد که اقتضای ملکیت داشته باشد

که اگر «احد العینین» رفت، ملکیت محقق شود.

«و انما الافعال»، جواب از اشکال مقدر است، اشکال این است که با این ادله که اقامه کردید، بگویید: معاطات هم مثل بیع لفظی مفید ملکیت لازمه است، چرا قائل به ملکیت جائزه می شوید؟ «انما الافعال لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحة»، چون دلالتش صریح نیست، «كالاقوال»، یعنی مانند اقوال نیست «و انما تدل بالقرائن» و اگر بخواهد دلالتی داشته باشد، دلالتش با قرائن است، «منعوا من لزوم العقد بها»، منع کردند که عقد با معاطات لازم باشد، پس معاطات مفید ملکیت جائزه است، «فيجوز التراد مادام ممكنا»، «تراد» یعنی ردّ طرفینی جایز است، مادامی که ممکن است. موضوع «تراد»، عوضین است، یعنی مادامی که عوضین موجود هستند، «فمع تلف احدي العینین»، وقتی یکی از دو عین تلف شد، «یمتنع التراد»، چون موضوع از بین می رود «و یتحقق اللزوم»، چرا؟ «لان احدهما فی مقابل الآخر»، یعنی نمی توان گفت: یک طرف فقط لازم می شود، هر دو طرف باید لازم شود.

بعد می فرماید: «ویکفی تلف بعض احدي العینین»، لازم نیست کل عین تلف شود، «بعض احدي العینین» هم تلف شود، کفایت می کند، «لامتناع التراد فی الباقي»، مثلاً نانی را که یک سومش خورده شده نمی توان به نانوائی گفت: دو سومش را بگیر. چرا تراد ممتنع است؟ «اذ هو» اگر بخواهد این را رد کند «موجب لتبعض الصفقة» چون صفقه و مبیع تبعض پیدا می کند «و موجب للضرر» در کتابها آمده «والضرر»، در جامع المقاصد دارد «والضرر»، همین درست است، یعنی این موجب ضرر می شود، اینکه به نانوا گفته شود: یک سوم نان خورده شده، دوسومش را پس بگیر و به ازای این دو سوم پول را برگردان، موجب ضرر است.

فعل دلالتش دلالت روشن نیست، مجمل است، وقتی کتابی را به دیگری اعطا می کنید، معلوم نیست این اعطا، بیع است یا هبه یا عاریه، اما وقتی می گویید: «بعت» یا «آجرت» صریح است، چون فعل دلالتش بر مقصود انسان روشن نیست، می گوییم: فعل قاصر است از اینکه معامله را لازم کند.

«انتهی» کلام محقق ثانی در جامع المقاصد و «نحو» این کلام، حکایت شده از محقق ثانی «فی تعلیقه علی الارشاد»، در حاشیه اش بر ارشاد «وزاد فيه: ان مقصود المتعاطیین اباحة مترتبة علی ملک الرقبة»، مقصود متعاطیین اباحه مجرده نیست، بلکه اباحه مترتبه بر ملک رقبه است، «رقبه» یعنی عین مال. اباحه ای که بعد از ملکیت است «کسائر البیوع. فإن حصل مقصودهما»، اگر مقصود متعاطیین حاصل شود، «ثبت ما قلنا»، ادعای ما که مراد فقها از اباحه، ملکیت است، ثابت است.

«والا» اگر این مقصود حاصل نشود «لوجب ان لا تحصل اباحة بالکلیه»، یعنی اصلاً نباید مفید اباحه شود، «بل یتعین الحكم بالفساد»، باید معامله را فاسد دانست، چرا؟ «اذ المقصود غیر واقع»، آنچه قصد کردند قصد تملیک است و فرض این است که واقع نشده. «فلو وقع غیره»، اگر غیر مقصود که اباحه است، واقع شود، «لوقع بغیر قصد»، یعنی «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع»، «و هو باطل». وعلیه، بنابر اینکه معاطات مفید ملکیت باشد، «یتفرّع النماء»، اگر بایع گوسفندی را معاطاتی به مشتری داد و در زمانی که گوسفند در دست مشتری بود، بچه ای به دنیا آورد، همانطور که خود گوسفند ملک مشتری است، نماءش هم ملک مشتری می شود، «و جواز وطء جاریة»، اگر مولایی کنیز خودش را معاطاتی به دیگری داد، چون «لا وطئ الا فی ملک»، وطی باید در صورتی باشد که ملکیت هم محقق شده باشد، لذا اگر معاطات فقط مفید اباحه باشد، جواز وطی ندارد. «و من منع فقد اغرب»، آخرین شعاری که محقق ثانی داده این است که «من منع»، یعنی «منع ممّا ذکرنا»، کسی که منع کند و ردّ کند که معاطات مفید ملکیت جائزه است، «فقد اغرب»، «اغرب»، یعنی «أتی بشیء قریب»، حرف خیلی غریبی زده. «انتهی» کلام محقق ثانی.

کلام صاحب جواهر و مناقشه شیخ در آن

مرحوم شیخ قبل از بیان نظریه خودشان، به عنوان مقدمه، مطلبی را از صاحب جواهر(ره) نقل می کنند و رد می کنند، سپس فرمایشات محقق ثانی را دوباره توضیح می دهند و تقویت می کنند، وقتی حسابی به کرسی نشاندند، شروع می کنند به رد کردن آن. اما آنچه به عنوان مقدمه آورده است را امروز مطرح می کنیم، شیخ می فرماید: باید ظاهر کلمات فقها را به حال خودش باقی گذاشت، فقها که گفتند معاطات مفید اباحه است، نباید مثل محقق ثانی اباحه را بر ملکیت جایزه حمل کرد، بلکه مرادشان همان معنای ظاهر اباحه است. و آنچه صاحب جواهر فرموده که این اباحه با انشاء ابتدائی محقق می شود، فرمایش درستی نیست.

صاحب جواهر فرموده: وقتی یکی متعاطیین کتاب را داد، با همین انشاء ابتدائی، اباحه برای دیگری حاصل می شود. مرحوم شیخ می فرماید این اباحه ای را که فقها می گویند، معلول انشاء ابتدائی نیست، بلکه لازمه انشاء طرفینی است، یعنی چه؟ یعنی صاحب جواهر می گوید: همین که نانوا اعطای خارجی کرد، با این انشاء ابتدائی ولو دیگری هنوز پول را نداده، برای دیگری اباحه تصرف حاصل می شود، اما شیخ می فرماید: با دقت در کلمات فقها در می یابیم که اباحه معلوم این است که متعاطیین هر دو اعطا کنند و قصدشان این باشد که دیگری را بر مالشان مسلط کنند.

فرق این دو نظریه در این است که طبق فرمایش صاحب جواهر اگر به انشاء ابتدائی همان اعطاء خارجی ابتدائی کتاب را داد، برای دیگری تصرف در کتاب جایز است، اما طبق نظر شیخ، تا دیگری هم اعطا نکند، اباحه نمی آید، لذا مرحوم شیخ در ابتدا می فرماید: مراد از اباحه ای که فقها گفتند، اباحه ای نیست که صاحب جواهر معنا کرده، بلکه مراد معنایی است که بیان کردیم.

تطبیق

«والذی یقوی فی النفس ابقاء ظواهر کلماتهم»، کلمات فقها را باقی بگذاریم «علی حالها، وأنهم یحکمون بالاباحه المجردة عن الملك فی المعاطاة». فقها در معاطات، به اباحه مجرده از ملک حکم می کنند، با وجود اینکه فرض نزاع در جایی است که «مع فرض قصد المتعاطیین التملیک»، متعاطیین قصد تملیک دارند. «وأنّ الاباحه»، رد بر صاحب جواهر است، «وأنّ الاباحه لم تحصل بانشاءها ابتداءً». اباحه به انشاء ابتدائی اباحه، یعنی اعطای خارجی که «اعطاء من طرف واحد» است، حاصل نمی شود. «بل أنّما حصلت»، یعنی «حصلت الاباحه»، «كما اعترف به فی المسالك من استلزام اعطاء کل منهما»، روی کلمه «کل منهما»، یک علامت بگذارید که بزنگاه مطلب اینجاست، وقتی هر دو اعطا کردند «سلعته»، یعنی مال را، «مسلط علیها» به صیغه اسم فاعل خوانده شود، یعنی در حالی که «کلّ منهما»، دیگری را مسلط می کند «علیها»، یعنی بر «سلعته»، «الإنّ فی التصرف»، «الاذن» مفعول استلزام است، فاعل استلزام هم «اعطاء» است، این اعطاء طرفینی مستلزم اذن در تصرف در مال است، «بوجوه التصرفات». حالا که مقصود از «اباحه»، گفته شیخ شد، در ادامه نتیجه می گیرد: «فلا یرد علیهم»، ایرادی بر فقها وارد نمی شود «عدا ما ذکره المحقق المتقدم» در عبارت گذشته اش. از این قسمت شروع می کنند به بیان تلخیص کلام محقق ثانی که ان شاء الله فردا به آن می پردازیم.