

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

درس گفتارهایی درباره:

مکاسب

آیت الله سید حسن سعادت مصطفوی

تنظیم و ویرایش:

محمد امین کیخا فرزانه

فهرست مطالب

| | |
|---|----|
| سخن ناشر..... | ۱۱ |
| مقدمه | ۱۳ |
| فصل ۱. تعریف بیع و آثار آن | ۱۵ |
| ۱-۱. تعریف بیع | ۱۵ |
| ۱-۱-۱. بیع در لغت | ۱۷ |
| ۱-۱-۲. ثمن در بیع (عین بودن ثمن) | ۱۸ |
| ۱-۱-۳. فرق حق و حکم | ۲۰ |
| ۱-۱-۴. انواع حقوق | ۲۰ |
| ۱-۱-۵. اشکال صاحب جواهر درباره‌ی فروش دین | ۲۲ |
| ۱-۲. تعریف بیع در اصطلاح فقها و مناقشه در آن‌ها | ۲۶ |
| ۱-۲-۱. تعریف شیخ طوسی و علامه حلی از بیع | ۲۷ |
| ۱-۲-۲. نظر سایر فقها در تعریف بیع | ۲۷ |
| ۱-۲-۳. تعریف محقق کرکی از بیع و اشکالات تعریف ایشان | ۲۹ |
| ۱-۲-۴. تعریف شیخ انصاری از بیع و ایرادات آن | ۳۲ |
| ۱-۳. معانی دیگر واژه‌ی بیع | ۴۴ |
| ۱-۳-۱. نظر شیخ جعفر کاشف‌الغطاء و شیخ اسد... تستری درباره‌ی تعریف بیع | ۴۷ |

| | |
|----------|--|
| ۴۷..... | الف) بررسی معنای اول بیع |
| ۴۹..... | ب) بررسی معنای دوم بیع |
| ۵۰..... | ج) بررسی معنای سوم بیع |
| ۵۳..... | ۱-۳-۲. وضع بیع در خصوص اسم صحیح است یا اعم |
| ۵۵..... | ۱-۳-۳. اشکال شیخ بر شهیدین و توجیه آن |
| ۵۹..... | فصل ۲. تعریف معاطات و آثار آن |
| ۵۹..... | ۲-۱. تعریف معاطات |
| ۶۱..... | ۲-۱-۱. اقسام معاطات در مقام ثبوت (به اعتبار قصد طرفین) |
| ۶۲..... | ۲-۱-۲. اقوال موجود دربارهٔ حکم معاطات |
| ۶۴..... | ۲-۱-۳. محل نزاع در معاطات |
| ۶۸..... | ۲-۱-۴. اقوال علما دربارهٔ اباحه یا تملیک بودن معاطات |
| ۶۸..... | الف) نظر شیخ طوسی، شافعی، ابوحنیفه |
| ۷۲..... | ب) نظر ابن ادریس در کتاب سرائر |
| ۷۴..... | ج) نظرسید بن زهره در غنیه |
| ۷۸..... | د) نظر حلبی در کافی |
| ۷۹..... | ه) نظر محقق حلی و علامه حلی |
| ۸۲..... | م) نظر شهید در قواعد |
| ۸۳..... | ی) نتیجه‌گیری شیخ انصاری |
| ۸۴..... | ۲-۱-۵. بررسی نظر محقق کرکی توسط شیخ انصاری |
| ۸۹..... | الف) نتیجه ایراد محقق کرکی بر نظر مشهور |
| ۹۴..... | ب) جواب به ادله‌ی مآید نظر محقق کرکی |
| ۹۵..... | ۲-۲. شش نظر دربارهٔ اثر معاطات |
| ۹۸..... | ۲-۲-۱. بررسی اقوال (شش‌گانه) مربوط به اثر معاطات توسط شیخ انصاری |
| ۱۰۱..... | ۲-۲-۲. ادله تأیید قول محقق کرکی توسط شیخ |
| ۱۰۵..... | ۲-۲-۳. رد سه دلیل محقق کرکی توسط شیخ انصاری |
| ۱۰۵..... | الف) پاسخ به آیه‌های بیع و تجارت |

فهرست مطالب □ ۷

| | |
|---|-----|
| ب) پاسخ به سیره | ۱۰۸ |
| ۲-۲-۴. نظر مختار شیخ انصاری در این بحث | ۱۱۰ |
| ۲-۲-۵. نظر شیخ جعفر کاشف الغطاء | ۱۱۱ |
| الف) قواعد جدید منبعت از قول به اباحه | ۱۱۳ |
| ب) بررسی گفتار شیخ جعفر کاشف الغطاء توسط شیخ انصاری | ۱۱۸ |
| ۲-۳. لزوم و جواز معاطات | ۱۳۰ |
| ۲-۳-۱. ادله‌ی اصل لزوم | ۱۳۱ |
| الف) استصحاب لزوم | ۱۳۲ |
| ب) روایت نبوی «مردم بر اموالشان تسلط دارند» (الناس مسلطون علی اموالهم) .. | ۱۳۸ |
| ج) روایت (لایحل مال امرئ مسلم الا من طیب نفسه) | ۱۴۰ |
| د) آیه‌ی شریفه‌ی (لأنأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا أن تكون تجاره عن تراضٍ) .. | ۱۴۱ |
| ن) خیار مجلس «البیعان بالخیار مالم یفترقا» | ۱۴۳ |
| ه) آیه‌ی شریفه‌ی «أوفوا بالعقود» | ۱۴۴ |
| و) قاعده‌ی «المؤمنون عند شروطهم» | ۱۴۴ |
| ۲-۳-۲. اجتماعات منقول درباره‌ی لازم بودن معاطات | ۱۴۵ |
| ۲-۳-۳. تشکیک در انعقاد اجماع | ۱۴۸ |
| ۲-۳-۴. اثبات عدم لزوم از طریق اجماع | ۱۵۰ |
| ۲-۳-۵. ادله‌ی عدم لزوم معاطات | ۱۵۲ |
| الف) اجماع و سیره | ۱۵۲ |
| ب) استدلال به حدیث «أما یحلل الکلام» | ۱۵۴ |
| ۲-۴. (تنبیهات معاطات) | ۱۶۹ |
| ۲-۴-۱. رابطه معاطات و بیع | ۱۶۹ |
| الف) بیع حقیقی بودن معاطات | ۱۶۹ |
| ب) اعتبار شروط بیع در معاطات | ۱۷۳ |
| ج) نظر مختار شیخ انصاری | ۱۷۹ |
| د) ربا و خیار در معاطات | ۱۸۴ |

- ۲-۴-۲. حکم اعطاء مال از سوی یک طرف ۱۸۷
- الف) انعقاد معاطات با رسیدن ثمن و دریافت مبیع ۱۸۹
- ب) معیار اعطاء در معاطات ۱۹۰
- ۲-۴-۳. معیار تمیز بایع از مشتری در معاطات (رابطه شراء و معاطات) ۱۹۲
- ۲-۴-۴. انواع معاطات بر حسب قصد طرفین ۱۹۹
- الف) تملیک مال بآزاء مال ۱۹۹
- ب) تملیک مال بآزاء تملیک ۲۰۱
- ج) اباحه مال بآزاء عوض ۲۰۲
- د) اباحه‌ی مال بآزاء اباحه ۲۰۲
- م) اشکال در وجوه مطرح شده ۲۰۴
- ه) حکم اباحه بآزاء اباحه ۲۲۳
- ۲-۴-۵. معاطات در غیر بیع ۲۲۳
- الف) معاطلت در اجاره و هبه ۲۲۴
- ب) معاطات در رهن ۲۲۸
- ج) معاطات در وقف ۲۳۱
- ۲-۴-۶. جهات لازم کننده معاطات ۲۳۲
- الف) تلف عوضین ۲۳۳
- ب) تلف احد از عوضین یا بعض از آنها ۲۳۵
- ج) دین بر ذمه بودن احد از عوضین ۲۳۷
- د) ناقل عقد جایز ۲۴۰
- م) ناقل غیر از معاوضه ۲۴۰
- ن) انتقال مال غیر فضولتاً ۲۴۱
- ه) امتزاج دو عوض یا یکی از آنها ۲۴۲
- و) تصرف مغیر صورت مال ۲۴۳
- ۲-۴-۷. ماهیت معاطات (از جهت بیع بودن یا معاوضه‌ای مستقل بودن) ۲۴۶
- ۲-۴-۸. عقد غیر جامع شرایط لزوم ۲۵۳

فهرست مطالب □ ۹

| | |
|---|-----|
| الف) معاطات غیر جامع شرایط لزوم | ۲۵۳ |
| ب) تقابض، بدون رضا به تصرف غیر | ۲۶۰ |
| ج) رضا لاحق به تصرف مستقل از عقد قبلی | ۲۶۱ |
| د) تقابض بالفعل در معاطات | ۲۶۹ |
| فهرست منابع | ۲۷۱ |
| نمایه | ۲۷۷ |

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
فِي كُلِّ مَسْجِدٍ وَنَسْتَعِينُكَ
(قرآن کریم، سوره مبارکه النمل، آیه شریفه ۱۵)

سخن ناشر

فلسفه وجودی دانشگاه امام صادق علیه السلام که از سوی ریاست دانشگاه به کرات مورد توجه قرار گرفته، تربیت نیروی انسانی‌ای متعهد، باتقوا و کارآمد در عرصه عمل و نظر است تا از این طریق دانشگاه بتواند نقش اساسی خود را در سطح راهبردی به انجام رساند.

از این حیث «تربیت» را می‌توان مقوله‌ای محوری یاد نمود که وظایف و کارویژه‌های دانشگاه، در چارچوب آن معنا می‌یابد؛ زیرا که «علم» بدون «تزکیه» بیش از آنکه ابزاری در مسیر تعالی و اصلاح امور جامعه باشد، عاملی مشکل ساز خواهد بود که سازمان و هویت جامعه را متأثر و دگرگون می‌سازد.

از سوی دیگر «سیاست‌ها» تابع اصول و مبادی علمی هستند و نمی‌توان منکر این تجربه تاریخی شد که استواری و کارآمدی سیاست‌ها در گرو انجام پژوهش‌های علمی و بهرمندی از نتایج آنهاست. از این منظر پیشگامان عرصه علم و پژوهش، راهبران اصلی جریان‌های فکری و اجرایی به حساب می‌آیند و نمی‌توان آینده درخشانی را بدون توانایی‌های علمی - پژوهشی رقم زد و سخن از «مرجعیت علمی» در واقع پاسخ‌گویی به این نیاز بنیادین است.

دانشگاه امام صادق علیه السلام در واقع یک الگوی عملی برای تحقق ایده دانشگاه اسلامی در شرایط جهان معاصر است. الگویی که هم اکنون ثمرات نیکوی آن در فضای ملی و بین‌المللی قابل مشاهده است. طبعاً آنچه حاصل آمده محصول نیت خالصانه و جهاد علمی مستمر مجموعه بنیانگذاران و دانش‌آموختگان این نهاد است که امید می‌رود با اتکاء به تأییدات الهی و تلاش همه‌جانبه اساتید، دانشجویان و مدیران دانشگاه، بتواند به مرجعی تمام عیار در گستره جهانی تبدیل گردد.

معاونت پژوهشی دانشگاه امام صادق علیه السلام با توجه به شرایط، امکانات و نیازمندی جامعه در مقطع کنونی با طرحی جامع نسبت به معرفی دستاوردهای پژوهشی دانشگاه، ارزیابی سازمانی- کارکردی آن‌ها و بالاخره تحلیل شرایط آتی اقدام نموده که نتایج این پژوهش‌ها در قالب کتاب، گزارش، نشریات علمی و... تقدیم علاقه‌مندان می‌گردد. هدف از این اقدام - ضمن قدردانی از تلاش خالصانه تمام کسانی که با آرمان و اندیشه‌ای بزرگ و ادعایی اندک در این راه گام نهادند- درک کاستی‌ها و اصلاح آنهاست تا از این طریق زمینه پرورش نسل جوان و علاقه‌مند به طی این طریق نیز فراهم گردد؛ هدفی بزرگ که در نهایت مرجعیت **مکتب علمی امام صادق علیه السلام** را در گستره بین‌المللی به همراه خواهد داشت. (انشاءالله)

وَلِلَّهِ الْحَمْدُ

معاونت پژوهشی دانشگاه

مقدمه

«افوض امری الی الله ان الله بصیر بالعباد»

در بین منابع و کتب فقهی اثرگران قدر سلطان الفقهاء شیخ انصاری همیشه جایگاه ویژه‌ای داشته است از این روی برآن شدیم تقریرات استاد ارجمند حضرت آیت الله مصطفوی در زمینه‌ی قسمت بیع و معاطات کتاب گران سنگ مکاسب را جهت استفاده‌ی دانشجویان و طلاب گرامی تدوین نماییم، ایشان در ارائه و توضیح این قسمت‌ها تکیه بر متن داشته‌اند و سعی نموده‌اند از حیطه‌ی متن خارج نشوند. (بنابر این بیانات ایشان به صورت خارج مکاسب نمی‌باشد)

مطالب ارائه شده مشتمل بر دو فصل می‌باشد فصل اول به تعریف بیع و ویژگی‌های آن از جمله: ویژگی‌های ثمن و مبیع، معنای بیع در لغت و اصطلاح و... اختصاص دارد و در فصل دوم به تعریف معاطات، اقوال موجود درباره‌ی معاطات، حکم معاطات، لزوم و جواز معاطات، رابطه‌ی معاطات با سایر عقود و... پرداخته می‌شود.

لازم به ذکر است معیار ما در ارائه‌ی متن مکاسب، متنی است که کنگره‌ی شیخ انصاری چاپ کرده است (شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری - قسم - ایران، نوبت چاپ اول، ۱۴۱۵ ه. ق.).

خوانندگان محترم می‌توانند در صورت نیاز به این مجلدات رجوع کنند همچنین این متن جنبه‌ی آموزشی دارد امید است برای طالبین معارف دینی که قصد مطالعه‌ی متون فقهی را دارند مفید فایده واقع شود و در طی طریق الهیه و کسب علوم احمدیه و معارف صادقیه از این اثر بهره‌ی کافی و وافیه را ببرند. در پایان لازم است از برادر گرامی جناب آقای حجه الاسلام والمسلمین جواد بختیاری که در تدوین این اثر بنده را یاری کرده‌اند تشکر نمایم، امید که این قلیل مرضی حق تعالی و حضرت ولی عصر علیه السلام واقع گردد.

والسلام علی من اتبع الهدی

محمد امین کیخا فرزانه

تعريف بيع و آثار آن

۱-۱. تعريف بيع

متن:

[في معنى لبيع]

[لبيع لغة]

هو في لأصل كما عن لمصبا مباله ما بما .
لظاهر ختصا لمعول بالعين، فلا يعلم بد لمنافع غيرها،
عليه سقرا صطلا لفقها في لبيع
نعم، بما يستعمل في كلما بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر لك من
كثير من لأخبا، كالخبر لد على جو بيع خدمة للمكابر، بيع سكنى لد
لتي العلم صاحبها كأخبا بيع لأ لخرجية شرئها لظاهر نها
مسامحة في لتعبير، كما في لفظ لإجا يستعمل عرفا في نقل بعض لأعيا ،
كالتمر على لشجر .

ترجمه:

بيع آن طوریکه از کتاب مصباح المنیر نقل شده (مصباح المنیر: ۶۹) در
اصل عبارت است از معاوضه کردن مالی به مال دیگر و از ظاهر این عبارت
استفاده می شود که در بيع باید معرض عین، باشد. از این رو به ابداع منافع

به غیرشان بیع گفته نمی‌شود و این معامله شامل آن نیست و بر همین معنا اصطلاح فقهاء در بیع واقع شده است.

آری، چه بسا در عبارات برخی فقهاء (شیخ طوسی، المبسوط: ۱۷۲) بیع در نقل غیر اعیان نیز استعمال می‌شود. بلکه این معنا از بسیاری اخبار همچون خبری که دلالت بر جواز بیع خدمت مملوک مدبر^۱ (وسائل: ۷۴ باب ۳ از ابواب تدبیر، احادیث: ۳ و ۴) و جواز بیع سکناي خانه‌ای^۲ که صاحبش معلوم نیست دارد. (الوسائل: ۲۵۰، باب اول از ابواب عقد بیع و شروطش، حدیث ۵) ظاهر می‌شود.

و نیز مانند اخباری که در بیع و شراء اراضی فراجیه وارد شده از (وسائل: ۱۱۸، باب ۷۱ از ابواب جهاد با دشمن حدیث ۶، ۱ و ۱۲: ۲۷۵، باب ۲۱ از ابواب عقدالبیع و شروطش، حدیث ۵) ظاهر می‌شود. و نیز مانند اخباری که در بیع و شراء اراضی خراجیه وارد شده از (وسائل: ۱۱۸، باب ۷۱

۱. عبد مدبر: اگر مالک، آزادی بنده‌ی خویش را معلق بر وفات خود نموده باشد و به او بگوید تو بعد از وفات من آزادی، بنده مذکور را عبد مدبر می‌نامند.

۲. معاوضه‌ی سکناي خانه‌ای که صاحبش معلوم نیست، برای توضیح این مورد، ذکر مقدمه‌ای ضروری می‌نماید، و آن اینکه در روایتی آمده است که شخصی به حضور امام کاظم علیه السلام رسیده عرضه داشت که خانه‌ای در دست مردی قرار دارد که مال او نیست، لیکن در دست پدران او بوده، و نسل به نسل از پدرانش به او رسیده، و هر نسلی به نسل بعد از خود اعلام کرده که این خانه متعلق به ما نمی‌باشد، با این وجود آیا شخص می‌تواند خانه‌ی مذکور را بفروشد؟ امام فرمودند: دوست ندارم که شخص چیزی را بفروشد که مال او نیست، سپس سائل دو مرتبه سوال را تکرار کرده و گفت: با وجود اینکه صاحب اصلی خانه معلوم نیست، فروش آن چه اشکالی دارد؟ امام علیه‌السلام در جواب فرمودند: دوست ندارم که شخص چیزی را بفروشد که مالک آن نیست، پس پرسش کننده سوال نمود که اگر منفعت سکونت خانه را به دیگری بفروشد چه حکمی دارد؟ امام فرمودند: اشکالی ندارد.

چنانکه مشهود است در این روایت که کلمه‌ی «بیع» بر نقل منفعت، یعنی واگذاری سکونت خانه اطلاق شده است.

با توجه بدین مقدمه، معلوم می‌شود که در بعضی روایات نقل منفعت را بیع نامیده‌اند.

تعریف بیع و آثار آن □ ۱۷

از ابواب جهاد با دشمن حدیث ۶، ۱۲، ۱: ۲۷۵، باب ۲۱ از ابواب عقدالبیع و شروطش، حدیث ۹ و ۱۰)

ولی ظاهراً تعبیر به لفظ بیع در این روایات از باب مسامحه در تعبیر است چنانچه لفظ اجاره عرفاً در نقل برخی از اعیان همچون میوه بر درخت استعمال می‌شود.

شرح:

۱-۱-۱. بیع در لغت

شیخ انصاری می‌فرماید: بیع در لغت به معنای «مبادله‌ی مال به مال» است و از ظاهر این عبارت استفاده می‌شود که موضوع بیع معوض باید عین باشد. از این رو به ابدال منافع به غیرشان بیع نگفته‌اند.

مراد از مبادله‌ی مال به مال چیست؟ مراد از مبادله‌ی مذکور در تعریف بیع، قیام هر یک از دو مال مقام دیگری است در جمیع اوصاف اعتباری-عقلانی (جواز فروش، هبه، وقف، صدقه و ...) که از جمله‌ی آن ملکیت و قهراً ترتب همه‌ی آثار ملکیت می‌باشد.

آیا لازم است که مبیع معین باشد؟

شیخ انصاری می‌فرماید: ظاهر (عرف و شرع) این است که مبیع باید عین باشد. (مراد شیخ از واژه‌ی "عین" معنایی است که از آن در مقابل منفعت قصد می‌شود، نه عین در مقابل مجهول و نه عین در مقابل آنچه که در ذمه می‌باشد.)

دو نکته:

الف) مبیع نباید منفعت باشد، حال چه کلی در ذمه باشد یا کلی در خارج یا عین شخص، تفاوتی نخواهد داشت.

ب) اگر منفعتی را با مالی مبادله کنید نباید آنچه را که انجام داده‌اید مبیع بدانید بلکه نام آن را اجاره می‌نهند.

چرا گاهی ابدال منفعت به مال را بیع می‌نامند؟

در سخنان برخی از بزرگان دیده شده که بیع را بر مبادله‌ی منفعت با مال اطلاق کرده‌اند و حتی در بعضی از روایات نیز چنین به چشم می‌خورد. در کتاب مکاسب به سه مورد از اخباری که واژه‌ی "بیع" را بر مبادله‌ی منفعت به مال اطلاق کرده‌اند اشاره شده:

الف) معاوضه‌ی خدمت عبد مدبّر

ب) معاوضه‌ی سکنای خانه‌ای که صاحبش معلوم نیست. (کلمه بیع بر نقل منفعت یعنی واگذاری سکونت خانه اطلاق شده است.)

ج) خرید و فروش زمین‌های خراجی

مرحوم شیخ، اطلاق لفظ را بر منفعت یک تسامح شمرده چنانکه گاهی در مورد نقل عین نیز واژه‌ی اجاره استعمال می‌شود. [چنانکه در مورد میوه‌های درختان (میوه عین است). که در مقابل دریافت مالی به دیگری واگذار شود لفظاً اجاره گفته می‌شود].

نتیجه‌گیری می‌شود که مبیع باید حتماً عین باشد.

۲-۱-۱. ثمن دربیع (عین بودن ثمن)

متن:

لَقَوْلِهِمْ لَعُو ، فَلَا شَكَا فِي جَوْ كَوْنِهَا مَنفَعَةٌ ، كَمَا فِي غَيْرِ مَوَاضِعٍ مِّنْ لَّقَوْلِهِ عَنِ التَّذْكَرِ جَامِعٍ لِمَقَاصِدٍ لَا يَبْعَدُ عَدْلًا لِّخَلَا فِيهِ .
 نعم ، نَسَبَ لِي بَعْضُ الْأَعْيَاءِ لِّخَلَا فِيهِ ؛ لَعَلَّهُ لَمَّا شَتَّهَرُ فِي كَلَامِهِمْ :
 مِّنْ لِّبَيْعٍ لِّنَقْلِ الْأَعْيَاءِ ، لِظَاهِرِ تَهْمِ بَيَا لِمَبْيَعٍ ، نَظِيرِ قَوْلِهِمْ : لِّبَيْعٍ لِّجَا لِنَقْلِ لِمَنَافِعِ . لَقَوْلِهِمْ عَمَلُ لِحَرْزٍ ، فَا قُلْنَا : نَهْ قَبْلَ لِمَعَاضَةِ عَلَيْهِ مِّنْ لِّأَمْوٍ ، فَلَا شَكَا ، لِأَفْفِيهِ شَكَا ؛ مِّنْ حَيْثُ حَتْمًا عَتَبَا كَو لِعَوْضِينَ فِي لِّبَيْعِ «مَالًا» قَبْلَ لِمَعَاضَةِ ؛ كَمَا يَدَّ عَلَيْهِ مَا لَقَوْلُهُ عَنِ لِمَصْبَا .

ترجمه:

این بلا اشکال است که منفعت عوض قرار گیرد چنانچه در مواضع عریده از کتاب قواعد (قواعد: ۱۳۶ و ۲۲۵) و از کتاب تذکره (تذکره ۱: ۵۵۶

تعریف بیع و آثار آن □ ۱۹

و ۵۵۷ و ۲: ۲۹۲) و جامع المقاصد (جامع المقاصد ۱۰۳: ۷) این طور نقل شده و بعید نیست که در آن اختلافی نباشد آری به برخی از بزرگان (نسبت داده شده به شیخ در شرحش در قواعد: ۴۸) و اعیان (وحید بهبهانی در رساله عملیه اش «آداب التجاره» (رجوع شود به هدایه الطالب: ۱۴۹) نسبت اختلاف در این مساله داده شده است و شاید منشاء آن عبارتی است که در کلمات و تعبیر است علماء مشهور بیان شده است: «تبیح برای نقل اعیان وضع و جعل شده است» ولی این عبارت نباید منشاء اشتباه بشود زیرا ظاهراً فقهاء مقصودشان از اعیان مبیع است نه عوض. مانند اینکه می گویند اجاره برای نقل منافع وضع و جعل شده است و مرادشان معوض و مستاجر علیه است و اما عمل حر: اگر فائل شویم که عمل حر پیش از معاوضه بر آن از اموال محسوب می شود در آن اشکالی نمی باشد و بی تردید می توان آن را عوض در بیع قرار داد ولی غزیر این صورت مورد اشکال و تأمل است. و وجه اشکال آن است که احتمال می دهیم عوضین در بیع پیش از معاوضه، مال باشند و دلیل بر آن کلامی است که قبلاً از مصباح المنیر نقل شد.

شرح:

آیا عین بودن ثمن هم لازم است؟

اموری که ممکن است به عنوان ثمن قرار گیرند عبارت اند از:

اول) منفعت: زید می تواند فرشی را خریده و در مقابل یک سال سکونت خانه اش را به وی واگذار کند.

دوم) عمل حر: در برابر خرید ده متر پارچه، انجام ده روز خیاطی را برای فروشنده تعهد نماید.

در رابطه با عمل شخص آزاد دو مبنا وجود دارد:

الف) عمل فرد قبل از اینکه در معاوضه به عنوان ثمن قرار گیرد مال محسوب می شود. از این رو به عمل شخص خیاط که می تواند با انجام آن روزانه دستمزد گرفته و کسب درآمد کند، مال گفته می شود.

ب) عمل وی به خودی خود فاقد مالیت می‌باشد.
حال در صورت اول (الف)، بدون شک عوض قرار گرفتن آن در بیع صحیح و در صورت دوم (ب) عوض قرار گرفتن آن مواجهه با اشکال خواهد بود. چراکه احتمال می‌رود در بیع مالیت عوض و معوض قبل از معاوضه معتبر باشد.

سوم) حقوق: حق، سلطنتی است فعلی (تسلط بالفعل) منتهی این سلطنت گاهی قائم به یک شیء است، مثل: حق خیار و حق تحجیر و ... و گاهی قائم به شخص است مثل: حق قصاص؛ بدین معنی که صاحب حق تسلط بر شخص جنایتکار دارد، می‌تواند او را قصاص نموده و جنایت او را تلافی نماید (ملک، نسبت بین مالک و مال را می‌گویند و این نسبت اعتباری است مانند زوجیت لکن نسبت ضرب که بین ضارب و مضروب واقع می‌شود یک امر حقیقی و واقعی می‌باشد).

۳-۱-۱. فرق حق و حکم

حکم عبارت است از امری که از سوی شارع به اعتبار مصالح و مفاسد جعل می‌شود. حق و حکم دارای تفاوت مفهومی می‌باشند، چراکه در مورد حق، شارع برای صاحب آن تسلط جعل می‌کند به خلاف حکم که در مورد آن رخصت در فعل و ترک بدون تسلط شخص اعتبار می‌گردد. همانند جواز در عقد جائز که نوعی حکم محسوب می‌شود، زیرا آنچه که از طرف شارع در عقود جائز جعل شده چیزی جز رخصت در فسخ و ترک آن نیست بدون اینکه ملاحظه سلطنت یکی از طرفین عقد یا هردو شده باشد. از این رو به اسقاط ساقط نشده، قابلیت نقل و انتقال ندارد.

۴-۱-۱. انواع حقوق

۱) حقوقی که نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و نه قابل انتقال قهری:
۱. حق ابوت ۲. حق ولایت حاکم ۳. حق استمتاع از زوجه و...

تعریف بیع و آثار آن □ ۲۱

- ۲) حقوقی که قابل اسقاط بوده اما نقل و انتقال آن جایز نیست: (۱. حق شتم^۱ ۲. حق غیبت^۲ و ...)
- ۳) حقوقی که قابل انتقال قهری و اسقاط بوده لیکن نقل آن جایز نیست: (۱. حق خیار^۲ ۲. حق شفعه و ...)
- ۴) حقوقی که قابل نقل بلاعوض و اسقاط است لیکن قابل انتقال نیست: حق قَسَم.
- کدام نوع از حقوق بالا صلاحیت ثمن قرار گرفتن را دارد؟

متن:

أَلَمْ يَأْتِ لِحَقْوِي ، فَإِ لَمْ تَقْبَلْ لِمَعَاذَةِ بَالِمَا كَتَبْتُ لِحَضَانَةِ لَوْلَايَةِ فَلَا شَكَا ، كَذَا لَوْلَمْ تَقْبَلْ لِنَقْلِ ، كَتَبْتُ لَشَفْعَةِ ، كَتَبْتُ لَخِيَا ؛ لِبَيْعِ تَمْلِيكِ لَغَيْرِ .

ترجمه:

سپس مرحوم شیخ انصاری می فرمایند: اما درباره عوض قرار دادن حقوق گفته می شود اگر حق را بتوان با مال معاوضه کرد و همچون حق حضانت و حق ولایت، البته اشکال و تردیدی نیست که نمی توان آن را عوض در بیع قرار داد زیرا بیع تملیک غیر است و وقتی فرض کردیم عوض قابل نقل و تملیک به غیر نیست چطور بتوان آن را عوض قرار داد.

شرح:

حقوقی که با مال معاوضه نمی شوند چه قابلیت نقل را داشته باشند^۳ یا فاقد چنین صلاحیت باشند، نمی توانند ثمن واقع شوند؛ چراکه مال محسوب

۱. مثلاً زید به عمرو فحش داده، و از این رو عمرو بر زید حقی پیدا کرده که به موجب آن باید به وسیله رضایت خاطرش فراهم شود. این حق، حق شتم نام گرفته است.

۲. بنابر اینکه طلب حلیت از غیبت شونده واجب و توبه کافی نباشد.

۳. همانند حق حضانت که با وجود اینکه قابلیت نقل از یکی از پدر و مادر به طرف دیگر را دارد، به دلیل عدم قابلیت معاوضه با مال ثمن قرار داده نمی شود، مثلاً مادر نمی تواند در قبال کالائی که از پدر خریداری نموده حق حضانت خود را به عنوان ثمن قرار دهد.

نشده و... نیز حقوقی که فاقد قابلیت نقل اختیاری می‌باشند، ثمن قرار نمی‌گیرند. و از این رو حق شفعه و حق خیار را نمی‌توان ثمن کالا قرار داد. چراکه بیع تملیک‌الغیر است و حقوقی با ویژگی عدم قابلیت نقل، صلاحیت تملیک به غیر را ندارد.

۵-۱-۱. اشکال صاحب جواهر درباره‌ی فروش دین

متن:

لا ینتقض بیع لدین علی من هو علیه؛ لأنه لا مانع من كونه تمليكا
فيسقط؛ لذ جعل لشهيد في قوعد «لإبر» بين لإسقا لتمليک.
لحاصل: نه یعقل یکو مالکا لما فی ^{لک} فیؤثر تمليکه لسقو ،
لا یعقل یتسلط علی نفسه. ^{لک} ^{لک} هذ ل ^{لک} سلطنة فعلية لا یعقل قیا
طرفیها بشخص حد، بخلا لملك، فإنها نسبة بين لملك لمملو ، لا
یحتا لی من یملك علیه حتی یستحیل تحا لملك لمملو علیه، فافهم.

ترجمه:

(نقض)

این ایراد که چون بیع تملیک غیر است پس نمی‌توان حتی شفعه و حتی خیار را که قابل نقل و تملیک نمی‌باشند را عوض در بیع قرار داد چنین پاسخ داده می‌شود که: دینی که بر عهده شخص است به او می‌توان فروخت با اینکه آن دین نیز قابل تملیک و نقل نیست چنان‌که معقول نمی‌باشد شخص مالک ما فی الذمه خود بشود.

(جواب)

این ایراد وارد نمی‌باشد زیرا مانعی وجود ندارد که بیع تملیک باشد و حاصلش اسقاط ذمه باشد به‌همین جهت مرحوم شهید اول در کتاب قواعدش ابراء را مردّد بین اسقاط و تملیک دانسته است (القواعد و الفوائد: ۱: ۲۹۱).

تعریف بیع و آثار آن □ ۲۳

نتیجه این که مالک شدن شخص نسبت نسبت به مافی الذمه اش امری است معقول و اثر آن سقوط ذمه فرد می باشد و آنچه غیر معقول تلقی می شود مسلط و مستولی شدن فرد بر نفس خویش است و اینکه حتی بر خود پیدا نماید.

و سراین مطلب این است که حق سلطنتی است فعلی که واحد بودن دو طرف آن معقول نمی باشد (یعنی نمی شود هم یک نفر ذوالحق و مکنی علیه الحق باشد).

بر خلاف ملک که نسبت و اظافه ای است بین مالک و مملوک و هیچ احتیاجی به مکن یملک علیه ندارد تا موجب اتحاد و مالک و مملوک علیه (که امری محال است) بشود.

شرح:

در مورد حقوقی که قابل نقل نمی باشند به علت عدم تحقق تملیک به غیر که ویژگی بیع است گفته شده که: نمی توان ایشان را عوض قرار داد. صاحب جواهر اشکالی را طرح و آن را نقض بر استدلال ذکر شده به حساب آورده است و آن این است که: در صورت فروش دین به شخص بدهکار نمی توان تملیک الغیر را تصور نمود در حالی که فروش دین به شخص بدهکار به اتفاق علماء صحیح است. و اگر بیع عبارت از تملیک الغیر باشد، باید پس از انجام معامله، شخص بدهکار مالک آنچه که در ذمه او بوده گردد و بدون شک مالکیت شخص بر مافی الذمه خویشتن امری غیر معقول است. از این جهت نمی توان بیع را همیشه به معنای تملیک غیر دانست.

پاسخ شیخ انصاری: در مورد فروش دین به مدیون نیز تملیک الغیر صورت می گیرد، با این تفاوت که در مورد مذکور نتیجه ی تملیک، اسقاط مافی الذمه است.

در مورد اینکه مالکیت شخص بر آنچه که در ذمه اوست معقول نمی باشد، می گوئیم: عدم معقولیت در صورتی است که مالکیت شخص بر

آنچه که در ذمه‌اش می‌باشد پس از انجام معامله استمرار داشته باشد، و اما در صورت عدم استمرار و در صورتی که به مجرد مالک گشتن شخص بر مافی‌الذمه دین از ذمه‌اش ساقط گردد، جهتی برای عدم معقول بودن آن وجود نخواهد داشت.

آیا نمی‌توان فروش حق به کسی که ملزم به اداء آن است را به همان طریقی که فروش دین را تجویز نمودیم مجاز بدانیم و بگوییم در موردی که صاحب حق آن را به طرف مقابل که اداء حق بر عهده‌ی اوست بفروشد، نتیجه‌ی بیع اسقاط حق می‌باشد؟

متن:

قُوبِلَتْ بِالْمَا فِي الصَّلْحِ، لَأَنَّ فِي جَوْ قَوْعَهَا عَوْضًا لِلْبَيْعِ شَكَاةً، مَن خَذَ لَهَا فِي عَوْضِي لِمَبَايَعَةِ لُغَةِ عَرَفَا، مَعَ ظَهْرٍ كَلِمَا لِفَقْهَاءِ عِنْدَ لِبَعْثِ لَشْرٍ لِعَوْضِيْنَ كَمَا يَطْرُقُ يَكُو جَرِّ فِي لِجَا فِي حَصْرٍ لَثْمَنَ فِي لَمَا .

ترجمه:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: اگر حق از جمله حقوق قابل انتقال باشد مثل حق تحجیر و مانند آن، در واقع این قبیل حقوق اگرچه قابل نقل هستند و در صلح بامال مقابل می‌گردند (یعنی می‌توان حق ... خویش را به دیگری صلح نمود و در مقابل آن مالی را دریافت نمود) لکن در حین حال اینکه بتوان آن را عوض در بیع قرار داد مشکل است و خالی از اشکال نمی‌باشد. و چه اشکال این است که در بیع عرفاً و لغتاً عوفین باید مال باشند (و این معنا در عوفین لحاظ گردیده) علاوه بر این فقط زمانی که شروع عوفین را بیان می‌کنند و یا آنچه که در اجاره صحیح است اجرت واقع شود از ظاهر عباراتشان، منحصر بودن عوض و ثمن در مال بدست می‌آید و فهمیده می‌شود.

شرح:

حقوقی که قابلیت نقل را همراه با صلاحیت مقابله با مال دارا باشد مثل تحجیر، آیا صلاحیت ثمن قرار گرفتن را دارند یا خیر؟

شیخ انصاری می‌فرماید: نه؛ زیرا مالکیت از امور ذات‌الاضافه بوده و قائم به شخص مالک و مال (مملوک) می‌باشد، لیکن حق همواره به دو شخص قائم است: ۱. صاحب حق (من له الحق) ۲. کسی که موظف به اداء حق است (من علیه الحق)

پس: مقایسه‌ی ملکیت با حق صحیح نیست، بنابراین نتیجه‌گیری می‌شود که در مورد قسم دوم حقوق یعنی حقوق فاقد قابلیت نقل، شیخ معتقد است که این دسته از حقوق نمی‌توانند عوض قرار بگیرند.

در رابطه با حقوقی که قابلیت نقل را دارند و می‌توانند مقابل مالی قرار گیرند (قابل معاوضه می‌باشند) چه اشکالی وجود دارد؟ اشکال دو صورت دارد:

۱. عدم جواز

۲. جواز

عدم جواز: اولاً به حسب لغت و عرف، عوض باید مالیت داشته باشد و مال محسوب شود در حالیکه حق مرتبه‌ی ضعیفی از ملک بوده نه به نظر لغت و نه از دیدگاه عرف مال نیست. ثانیاً با دقت در سخنان علامه می‌توان دریافت که ثمن منحصرأ باید مال باشد. (کلمات فقها در مورد بیان شرائط عوضین و نیز اجرت اجاره، ظهور انحصار ثمن در مال را می‌فهماند.) (جواز: که شیخ بدان پرداخته: مال بر هر آنچه که عقلاً بدان رغبت می‌کنند و در قبالتش مالی پرداخت می‌شود، اطلاق می‌شود و حقوق مورد بحث نیز در نزد عقلاء با مال مقابل می‌گردد، پس می‌تواند ثمن قرار گیرد.)

۱-۲. تعریف بیع در اصطلاح فقها و مناقشه در آن‌ها

متن:

لَمْ يَظَاهِرْ لَهَا لَفْظُ «بَيْعٍ» لَيْسَ لَهُ حَقِيقَةٌ شَرْعِيَّةٌ لَا مَتَشْرَعِيَّةً، بَلْ هُوَ بِلَى عَلَى مَعْنَى لِعَرْفِي، كَمَا سَنُوضِّحُهُ شَاءَ لِلَّهِ، لَا يَظَاهِرُ لِفَقْهَائِهِ قَدْ خْتَلَفُوا فِي تَعْرِيفِهِ، فَفِي لِمَبْسُوتٍ لِسِرِّرٍ لَتَذَكَّرُ غَيْرَهَا «نَتَقَا عَيْنَ مَنْ شَخْصَ لِي غَيْرَ بَعُوهُ» عَلَى جِهَةِ لَتَرْضِي.

ترجمه:

(تحقیق درباره‌ی تعریف بیع)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: ظاهراً برای لفظ بیع حقیقت شرعیّه و متشرعه وجود دارد بلکه همان معنای عرفی بیع در شرع باقیمانده است و استعمال شده است که ان شاء الله به زودی توضیح خواهد شد.

لکن فقهاء در تعریف آن اختلاف داشته‌اند در گذشته چنان که شیخ طوسی در کتاب مبسوط (المبسوط ۲: ۷۶) (السرائر ۲: ۲۴) و علامه حلی در کتاب تذکره (التذکره ۱: ۴۶۲) و غیر این ۲ بزرگوار در تعریف بیع فرموده‌اند:

«بیع عبارت است از انتقال عین از شخصی به دیگری در مقابل عوض معین، به گونه رضایت و توافق طرفین».

شرح:

آیا واژه بیع حقیقت شرعیّه دارد و شارع این لفظ را از معنای لغوی خود که مبادله‌ی مال به مال باشد، بیرون آورده و در معنای جدید وضع نموده یا نه؟

۱. در علم اصول از جمله اصطلاحات متداول، دو واژه‌ی حقیقت شرعیّه و حقیقت متشرعه می‌باشد. حقیقت شرعیّه در موردی تحقق می‌یابد که شارع مقدس لفظ یا الفاظی را از معنای لغوی و عرفی خود بیرون آورده، و در معنایی جدید وضع کند. اما اگر چنین وضعی از سوی شارع مقدس واقع نشده، و آنچه که وی صورت داده، استعمال لفظ به معنای جدید به همراهی قرینه و به گونه‌ی مجاز باشد، و استعمال مجازی مذکور کثرت استعمال

تعریف بیع و آثار آن □ ۲۷

شیخ انصاری می‌فرماید: برای لفظ بیع، حقیقت شرعیه وجود ندارد. (به بیان دیگر، شارع لفظ بیع را از معنای لغوی و عرفی خود بیرون نیاورده است.) آیا در میان متشرعین و متدینین لغت بیع از معنای لغوی و عرفی خویش خارج گشته در معنای جدید استعمال شده تا به حد وضع تعینی رسیده است؟ شیخ انصاری می‌فرماید: خیر. پس لفظ بیع در معنای عرفی خود باقی است.

۱-۲-۱. تعریف شیخ طوسی و علامه حلی از بیع

ایشان می‌فرمایند: «انتقال عین من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی». یعنی: «منتقل گشتن عین از شخصی به شخص دیگر در برابر عوض معین، با توافق و رضایت طرفین، بیع است.»

اشکال این تعریف: در این تعریف تسامح وجود دارد چراکه انتقال متاع از شخصی به شخص دیگر، نه خود بیع، که لازمه‌ی بیع می‌باشد. در تعریف مذکور، لازم (انتقال) ذکر شده، و ملزوم آن (بیع) اراده گردیده است و ذکر لازم و اراده‌ی ملزوم یک تعبیر مجازی است

۱-۲-۲. نظر سایر فقها در تعریف بیع

متن:

حيث ^أ في هذ لتعريف مسامحة ضحة، عد خر لى تعريفه
: «لإيجا لقبو لدلين على لانتقا»، حيث ^أ لبيع من مقولة
لمعنى للفظ ^أ بشر قصد لمعنى، لا لم يعقل نشا باللفظ
عد جامع لمقاصد لى تعريفه : «نقل لعين بالصيغة لمخصوصة».

یافته، در زبان متشرعین و اهل دیانت، حقیقت گشتن لفظ در معنی جدید و رسیدن به سر حد وضع تعینی را موجب شود، حقیقت متشرعه تحقق یافته است. و به تعبیر دیگر: می‌توان گفت: حقیقت متشرعه در صورتی وقوع خواهد یافت که شارع لفظی را مجازاً در معنای جدید استعمال نموده، در میان متدینین لفظ مزبور معنی لغوی خود را از دست داده، در معنای جدید حقیقت تعینیه پیدا کند.

ترجمه:

چون در تعریف شیخ طوس و علامه حلی مسامحی واضح وجود دارد ناچار سایر علماء و فقها از این تعریف عدول کرده‌اند و تعریف بیع را چنین تعریف کرده‌اند: (از جمله محقق در المختصر النافع: ۱۱۸، و شهید در دروس ۳: ۱۹۱، و فاضل مقداد در التنقیح ۲: ۲۴)

«بیع یعنی: ایجاب و قبولی که بر انتقال دلالت می‌کنند».

و چون که بیع از مقوله‌ی معنی است (که به وسیله‌ی لفظ بر آن دلالت می‌شود) نه لفظ مجرد یا به شرط قصد معنی (یعنی چه که قصد معنی بشود یا نشود با بیان لفظ بعث و قبلت و بیع واقع می‌شود چه قصد معنی شده باشد چه در عالم خواب و بدون اراده این لفظ اداء شود) و گرنه انشاء بیع به لفظ معقول نمی‌باشد (چرا که لفظ وجودی تأصلی دارد و موجود است متأسفانه قابل انشاء نمی‌باشند، لذا لفظ را نمی‌توان برای انشاء لفظ دیگر به کار گرفت و تنها جهت انشاء معنی به کار می‌رود).

از جهت این‌یراد مرحوم محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد (جامع المقاصد ۴: ۵۵) از این تعریف عدول کرده است و در تعریف بیع می‌فرماید: «بیع عبارت است از بقل عین بواسطه‌ی صیغه‌ی مخصوص».

شرح:

عده‌ای از فقها در تعریف بیع چنین می‌فرمایند: (دروس الشرعیه^۱، لمعة الدمشقیه...): «الایجاب و القبول الدالان علی الانتقال» یعنی: «ایجاب و قبولی که دلالت بر انتقال می‌کنند».

اشکال این تعریف: ایجاب و قبول از مقوله‌ی لفظ می‌باشند در حالیکه بیع از مقوله‌ی معنی بوده امری است که با «بعث» تحقق می‌پذیرد، و بدین

۱. هو لإیجا لقبو من لکاملین، لدلا علی نقل لعین بعو ^{مبتدأ} مع لترضی، فالایجا بعث «۲» شریة ملک، لقبو بتعت شتریت تملکت قبلت بصیغة لماضی، فلا یقع بالأمر لمستقبل.

تعریف بیع و آثار آن □ ۲۹

لحاظ بیع معنای «بعث» و «قبلت» و نه خود آن دو است. [الفاظی وجود دارد که دلالت بر بیع می‌کند و بیع معنای آن الفاظ می‌شود نه خود آن‌ها، چه لفظ مجرد (بدون قصد) یا به شرط قصد معنی لفظ، ادا شود]. شیخ می‌فرماید: اگر بیع نفس ایجاب و قبول می‌بود انشاء آن به وسیله‌ی لفظ امری غیر معقول به نظر می‌رسید (و الا لم یعقل انشاءه باللفظ).

[توضیح: امورات متأصله‌ی در وجود و موجودات حقیقی که اصالت در وجود داشته باشند قابل انشاء نبوده، در وجود محتاج عدل و اسباب تکوینی خویش می‌باشند. اما در موجودات اعتباری که ما به ازاء خارجی ندارند در صورتی که شرائط لازم همراه گردد، قابلیت انشاء را داشته و با آن صورت وجود می‌پذیرند چنانکه زوجیت و ملکیت و حریت ... با گفتن الفاظ مخصوص محقق می‌گردند.) پس فقط امورات اعتباری، قابلیت انشاء را دارند نه موجودات متأصله و حقیقی.]

از طرف دیگر ایجاب و قبول یعنی بعث و قبلت وجود لفظی خارجی و حقیقی داشته دارای تأثیر در عالم کون می‌باشد.

و از این روست که هوا را به ارتعاش می‌آورد. پس لفظ بعث و قبلت قابل انشاء نخواهد بود و این الفاظ در وجود دست نیاز به سوی علل و اسباب می‌گشاید و لذاست که باید تکلم و نطق روی دهد تا لفظ موجود شود.

بنابر این نتیجه‌گیری می‌شود که اگر بیع به معنای ایجاب و قبول باشد با توجه به اینکه این از مقوله لفظ بوده وجود واقعی دارد، معقول نخواهد بود که با گفتن بعث و قبلت انشاء گردد چراکه آنچه با گفتن لفظ تحقق می‌یابد معنایی است که صورت هستی می‌گیرد نه لفظی دیگر.

۳-۲-۱. تعریف محقق کرکی از بیع و اشکالات تعریف ایشان

ایشان در تعریف بیع می‌فرمایند: «نقل العین بالصیغه المخصوصه» «نقل دادن عین مالی با صیغه‌ی مخصوص، بیع می‌باشد».

متن:

یر علیه مع ۱۰ نقل لیس مر فاللیبع؛ لذ ط۱۰ فی لتذکر: ۱۰
 یجا لیبع لا یقع بلفظ «نقلت»، جعله من لکنایا ، ۱۰ لمعاطا عند بیع
 مع ۱۰ها عن لصیغة- ۱۰ لنقل بالصیغة یضا لا یعقل نشا بالصیغة.
 لا یندفع هذ: ۱۰ لمر ۱۰ لیبع نفس لنقل لذ هو مدلو لصیغة،
 فجعله مدلو لصیغة شا لی تعیین لك لفر من لنقل، لا نه مأخو فی
 مفهومه حتی یکو مدلو «بعث»: نقلت بالصیغة؛ لأنه ید بالصیغة
 خصو «بعث» لز لد ؛ ۱۰ لمقصو معرفة ما «بعث»، ید بها ما
 یشمل «ملکت» جب لاقتصا علی ۱۰ لتملیک لنقل.

ترجمه:

شیخ انصاری می‌فرمایند: بر تعریف محقق کرکی ۲ ایراد وارد است:
 الف: نقل مترادف با بیع نمی‌باشد و تعریف بیع به آن صحیح نیست
 بنابراین مرحوم علامه حلی در کتاب التذکره (التذکره ۱: ۴۶۲) تصریح
 می‌فرماید به اینکه ایجاب بیع با لفظ «نقلت» واقع نمی‌شود و آن را از الفاظ
 کنائی قرار می‌دهند (سپس نقل لازمه‌ی بیع است و نه خود بیع).
 ب: ممعطات در نظر محقق کرکی ۱۰ بیع است با اینکه معاطات از صیغه
 خالی می‌باشد (بنابراین تعریف مذکور جامع نمی‌باشد) (محقق کرکی،
 جامع المقاصد ۴: ۵۸)

علاوه بر این ۲ ایراد یک اشکال اساسی هم وجود دارد و آن اینکه نقل
 به صیغه هم معقول نیست که با صیغه انشاء گردد زیرا لازمه‌اش این است که
 شیء را با خودش انشاء کنیم.
 (دفع اشکال اخیر)

لکن ممکن است در مقام رفع این اشکال اخیر بیان شود که: مقصود
 مرحوم محقق کرکی از (بیع) نقل بوده که مدلول آن صیغه می‌باشد و اینکه
 وی نقل را مدلول صیغه قرار داد به این خاطر است که از بین موارد نقل
 خواست این فروش را معین و مشخص کند نه اینکه صیغه در مفهوم بیع

تعریف بیع و آثار آن □ ۳۱

اخذ و اعتبار شده باشد تا بیان شود که مدلول بعث عبارتست از نقلت بالصیغه، بنابراین ایراد دوم وارد نمی‌باشد.

(تضعیف دفع اشکال)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: این بیان در مقام دفع اشکال صحیح نمی‌باشد و اشکال باقی است زیرا اگر مقصود از صیغه لفظ «بعث» به‌طور خاص است یعنی مرحوم محقق ثانی منظورش این است که: بیع عبارت است از نقل عین به واسطه صیغه «بعث».

با این تعریف دور رخ می‌دهد زیرا هدف علم پیدا کردن به معنای لفظ «بعث» است سپس صحیح نیست آن را به‌عنوان معرف بیاوریم، و اگر منظور از صیغه لفظی است که شامل «ملکت» نیز بوده یعنی مراد اعم از «ملکت» و «نقلت» است باید متذکر شد که باید در انشاء بیع بر مجرد لفظ «تملیک» و «نقل» اکتفاء نمود و نمی‌توان آن را با الفاظ دیگری مانند «بعث» یا «جعلت لک» و امثال آن انشاء نمود در حالی که این طور نیست.

شرح:

اشکالات تعریف محقق کرکی

۱. در تعریف، معرف و معرف از نظر وجود خارجی باید تساوی داشته باشند و یا دست کم معرف از مصادیق آن (معرف) به حساب آید (کلیت بین معرف و معرف باید رعایت شود) مانند: انسان حیوان ناطق. پس باید بین لغت بیع و نقل ترادف باشد درحالی‌که ترادف نیست و نمی‌توان گفت: البیع نقل یا النقل بیع.

چنان‌که مرحوم علامه در تذکره می‌فرماید: «ایجاب بیع با گفتن «نقلت» تحقق نمی‌یابد، بلکه «نقلت» از کنایات است نه صریح در بیع».

۲. یکی از اقسام معامله معاطات است که در آن صیغه وجود ندارد. اکثر علماء معتقدند که آن بیع نیست اما محقق کرکی آن را بیع می‌داند.

۳. نقل به صیغه مخصوص نیز قابل انشاء نخواهد بود چراکه مراد از صیغه مخصوص همان ایجاب و قبولی است که از مقوله‌ی لفظ می‌باشد. و

در صورتی که صیغه مخصوص در تعریف اخذ شده و جزء آن به حساب آید، این اشکال وارد خواهد گشت که انشاء ناممکن می‌باشد.
 عده‌ای از بزرگان در مقام توجیه سخن محقق کرکی برآمده و گفته‌اند:
 در تعریف محقق صیغه مخصوص جزو معنای بیع نیست، بلکه مقصود وی خود نقل است و علت ذکر صیغه مخصوص اشاره به نقل معینی در خارج می‌باشد. (نقل‌هایی که در خارج با الفاظ تحقق می‌یابد و با صیغه‌ای ویژه وقوع پیدا می‌کند بیع می‌باشد.)
 شیخ انصاری این دفاع را ردّ می‌کند و می‌فرماید: بر محقق لازم است بدین سؤال پاسخ گوید که مراد از صیغه مخصوص چیست؟ آیا مراد «بیعت» است یا چیزی که شامل ملکیت شود؟
 در صورت اول معنی عبارت او این می‌شود: البیع هو النقل بیعت و شکی نیست که معرفّ در معرفّ اخذ شده، دور رخ می‌دهد.
 و در صورت دوم اقتضای بر مجرد تملیک و نقل لازم خواهد بود.

۴-۲-۱. تعریف شیخ انصاری از بیع و ایرادات آن

متن:

فالألی تعریفه بأنه: «نشا تملیک عین بما»

لا یلز علیه شی أَمَّا بَعْدُ .

نعم، ببقی علیه مو:

منها: نه موقو علی جو لإیجا بلفظ «ملکت»

لا لم یکن مر فاله.

بُرَّأ : نه ل $\text{أَمَّا كَمَا سِيجِي}$.

منها: نه لا یشمل بیع لدین علی من هو علیه؛

لَإِنْسَا لا یملك مالا علی نفسه.

فیه مع ما عرفت ستعر من تعقل تملك ما علی نفسه جوعه

لی سقوطه عنه، نظیر تملك ما هو مسا لما فی لَإِنْسَا ، سقوطه بالتهاتر: نه

تعريف بيع وأثار آن □ ۳۳

لو لم يعقل لتمليك لم يعقل لبيع؛ ليس للبيع لغة عرفاً معني غير لمباله لنقل لتمليك ما يساها من لألفا؛ لذا فخر لدين: بُعِيَ معني «بعت» في لغة لعر: «ملكيت غير»، فإ لم يعقل مُكَلِّفَةٌ ما في بُعِيَ نفسه لم يعقل شي أَهْلًا يساها، فلا يعقل لبيع.

ترجمه:

اولی و مناسب تر این است که در تعریف بیع گفته شود: «بیع عبارت است از انشاء تملیک عین در برابر مال».

شیخ انصاری می فرمایند: و روشن است که در این تعریف اشکالات مطرح شده وجود ندارد هرچند اشکالاتی بر این تعریف نیز وجود دارد که بدانها اشاره می شود:

از جمله این اشکالات آن است که: ایجاب با لفظ «ملکت» بر اساس تعریف مذکور جایز می باشد (زیرا ایشان فرمودند بیع انشاء تملیک معین است سپس بیع با تملیک مترادف است) زیرا در غیر این صورت تملیک با بیع مترادف نمی باشد و به عنوان معرف نمی توان آن را در تعریف بیع آورد در حالی که این طور نیست و بکار بردن «مکلف» در ایجاب جایز نیست. (جواب به ایراد) لکن این ایراد چنین دفع می شود که حق همین است که ایجاب با «ملکت» وقوع می یابد چنانچه بزودی (در بیان الفاظ ایجاب و قبول) خواهد آمد.

از جمله اشکالات دیگر این است که تعریف مذکور شامل بیع دین به مدیون نمی شود زیرا در تعریف مذکور بیع سبب تملیک معز می شده در حالی که در این قسم از اقسام بیع شنهی مدیون مالک مالی که بر عهده اش است نمی شود.

(جواب به ایراد) لکن این اشکال هم صحیح نمی باشد زیرا هم قبلاً بیان شده و هم در آینده ذکر می شود که مالک شدن انسان نسبت به مافی الذمه اش امری است معقول، و برگشت مالکیت یاد شده به سقوط دین از ذمه شخص خواهد بود.

نظیر اینکه انسان مالک چیزی شود که مساوی است با آنچه که بر ذمه خود دارد (و در نتیجه) آنچه بر ذمه فرد است، به واسطه تهاثر ساقط می‌شود (چنان چه در واقع در این جا مالکیت مافی‌الذمه همان سقوط مافی‌الذمه می‌باشد علاوه بر این (دومین نقطه ضعف اشکال مذکور این است که اگر تملیک معقول نباشد بیع نیز معقول نیست زیرا از نظر لغتی و عرفی، معنایی غیر از مبادله و نقل و تملیک و آنچه مساوی با این‌ها است وجود ندارد فلذا مخزالمحققین فرموده است: (شرح الارشاد، مبنی بر آنچه نزد او حکایت کرده سیدالعاملی در مفتاح الکرامه ۴: ۱۵۲)

معنای «بعث» در لغت عرب یعنی «ملکت غیری».

اگر در این صورت مالک شدن مافی‌الذمه معقول نباشد آنچه با آن مساوی است نیز نباید معقول باشد در نتیجه بیع هم غیر معقول می‌گردد.

شرح:

ایشان در تعریف بیع می‌فرمایند: «انشاء تملیک عین در برابر مال» بیع خواهد بود.

ایرادات تعریف شیخ انصاری:

۱. مساوی بودن بیع و تملک

بر اساس این تعریف، باید بیع و تملک مساوی بوده و اگر به جای «بعث» ایجاب را با لفظ «ملکت» ابراز نمایند صحیح باشد. پاسخ شیخ: این درست است که با لفظ ملکت بیع واقع می‌شود.

۲. صحیح نبودن بیع دین

اگر بیع انشاء تملیک عین در برابر مال باشد، بیع دین به کسی که بدهی بر ذمه اوست، نباید صحیح باشد چراکه در آن تملیک وجود ندارد. پاسخ شیخ: فروش دین به مدیونی که بدهی بر ذمه اوست صحیح بوده و متضمن تملیک می‌باشد. و البته نتیجه‌ی تملیک سقوط دین خواهد بود. مانند این مطلب در فقه:

تعریف بیع و آثار آن □ ۳۵

زید مبلغ صد تومان به عمرو بدهی داشته و سر رسید پرداخت بدهی روز شنبه می‌باشد. بنابراین کتابی را که یکصد تومان ارزش دارد به عمرو می‌فروشد و از این رهگذر معادل آنچه را که در ذمه خود دارد در ذمه عمرو مالک می‌گردد. و در نتیجه عمرو از او صد تومان طلب دارد و وی نیز از عمرو همین مقدار طلبکار خواهد شد و نتیجه‌ی این امور سقوط مبلغ مزبور از ذمه طرفین است (تهاتر).

متن:

منها: نه یشمل لتملیک بالمعاطا ،

مع حکم لمشهو ، بل عو لإجما علی نهالیست بیعا.

فیه: ما سیجی من کو لمعاطا بیعا؛ $\text{ع}\text{ا}\text{و}$ مر لنافین نفی $\text{ط}\text{ا}\text{و}$.

منها: صدقه علی لشر ؛

$\text{ع}\text{ا}\text{و}$ لمشتر بقبوله للبیع یملك ماله بعو لمبیع. فیه $\text{ع}\text{ا}\text{و}$ لتملیک فیه $\text{ض}\text{م}\text{ا}\text{و}$ ، نما حقیقته لتملك بعو ؛ لذ لا یجو لشر بلفظ «ملکت»، $\text{ت}\text{ع}\text{ا}\text{و}$ علی لإیجا تأخر. به یظهر ندفا لإیر بانتقاضه بمستأجر لعین بعین $\text{ح}\text{ا}\text{و}$ لاستنجا $\text{ب}\text{ت}\text{ع}\text{ا}\text{و}$ تملیک لعین بما ، عنی: لمنفعة.

ترجمه:

(اشکال سوم بر تعریف شیخ انصاری) از جمله اشکالات این است که تعریف مذکور تملیک از راه معاطات را شامل می‌شود با آنکه مشهور آنرا بیع ندانسته بلکه بر عدم بیع بودنش ادعای اجماع شده است (ابن زهره درالعینه: ۲۱۴) در این اشکال هم ایراد و مناقشه وجود دارد و آن اینست که چنان‌که بزودی بیان می‌شود معاطات بیع است و از این نظر به تعریف مذکور ایرادی وارد نیست. و اینکه برخی فقها فرموده‌اند معاطات بیع نیست مرادشان اینست که بیع صحیح نیست نه آنکه اصلاً بیع نباشد اشکال دیگر اینکه تعریف مذکور بر شراء نیز صادق است که فعل مشتری است چرا که مشتری با قبول بیع مال خود را (یعنی ثمن را) در عوض مبیع تملیک می‌کند، سپس مشتری نیز انشاء تملیک عین می‌مند (سپس تعریف مذکور مانع از اغیار نیست).