



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرس طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه ی نود و چهارم؛ دوشنبه ۱۳۹۳/۲/۲۹

آیا إباحه‌ی بالعوض و إباحه در مقابل إباحه معاوضه است؟

جناب شیخ رحمته الله در بررسی وجه سوم و چهارم اقسام معاطات به حسب قصد متعاطین فرمودند این دو وجه یعنی «إباحه‌ی بالعوض» و «إباحه‌ی در مقابل إباحه» مبتلا به دو اشکال اساسی است.

اشکال اول که صغریاً و کبریاً مورد بحث قرار دادیم این بود که اگر مبیح قصد کرده باشد تمام تصرفات - حتی تصرفات متوقف بر ملک - برای مباح^۱ له باشد چنین چیزی مشروع نیست.

اشکال دوم این است که هیچ یک از این دو وجه، جزء معاوضات شناخته شده‌ی شرعی و عرفی نیست.

اما وجه سوم^۱ (إباحه‌ی بالعوض) جزء معاوضات شناخته‌ی شده‌ی شرعی و عرفی نیست به خاطر این که معنای معاوضات مالیه این است که هر یک از طرفین مالک عوض دیگر شود؛ مثلاً کسی که کتابش

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۹:

و أما الكلام في صحة الإباحة بالعوض سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها فمحصله: أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلا أن المباح له يستحق التصرف؛ فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً، مع التأمل في صدق التجارة عليها، فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبة له لغة؛ لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ «الصلح»، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين: «لك ما عندك و لى ما عندى»، و نحوه ما ورد في مصلحة الزوجين، و لو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم «الناس مسلطون على أموالهم»، و «المؤمنون عند شروطهم».

و على تقدير الصحة، ففي لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له؛ حيث إنه يخرج ماله عن ملكه، دون المبيح؛ حيث إن ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلط عليه، أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أولها، ثم أوسطها.

را با قلم معاوضه می‌کند به این معناست که کتاب را می‌دهد و مالک قلم می‌شود و طرف مقابل هم قلم را می‌دهد و مالک کتاب می‌شود. اما در إباحه‌ی بالعوض این قانون خدشه دار شده و معاوضه‌ای به این صورت محقق نمی‌شود؛ زیرا مبیح که مالش را به مباح^۱ له إباحه کرده آن مال از ملکش خارج نشده، از طرف دیگر مباح^۲ له در مقابل إباحه‌ی مبیح، عوض را تملیک مبیح کرده است. پس مبیح هم مالک عوض شده و هم مالک معوض و این خارج از معاوضات شناخته شده‌ی عرفی و شرعی بوده و امری غریب می‌باشد.

وجه چهارم^۱ (إباحه در مقابل إباحه) نیز از معاوضات مالیه‌ی معهوده نیست؛ چون در معاوضات مالیه ملک جا به جا می‌شود، ولی در وجه چهارم هیچ ملکی جا به جا نمی‌شود و از این حیث از وجه سوم نیز وضعش بدتر است؛ چون در وجه سوم ملک از یک طرف نقل می‌شد، هر چند وجه سوم از این حیث که یک طرف مالک عوض و معوض هر دو می‌شد وضعش از این وجه بدتر است.

صلح یا معاوضه‌ی مستقل بودن این دو وجه در نظر شیخ رحمته‌الله

جناب شیخ رحمته‌الله سپس می‌فرماید: جای تأمل است إباحه‌ی بالعوض تحت عنوان تجارت قرار گیرد، چه رسد به این که تحت عنوان بیع قرار گیرد! چون در تجارت لازم است چیزی از ملک تاجر خارج شده و چیزی داخل ملکش شود آن هم به صورت مکرر و فی الجمله از این عمل منتفع شود. صرف این که یک إباحه‌ی بالعوض انجام شود یا حتی به صورت مکرر انجام شود تجارت صدق نمی‌کند، کما این که واضح است بیع هم صادق نیست. اما دو راه حل وجود دارد که إباحه‌ی بالعوض را از معاوضات محسوب کنیم:

الف) این که بگوییم جزء عنوان شناخته شده‌ی «صلح» است؛ چون لباب آن سازش است و در واقع مباح بودن ملکش را در مقابل عوضی که می‌گیرد مصالحه می‌کند هر چند لفظ «صلح» را به کار نبرده است و این مهم نیست چنان که در روایت آمده که اگر متصالحین بگویند «لک ما عندک و لی ما عندی»^۲ بدون

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹۰.

و أما حکم الإباحة بالإباحة، فالإشکال فيه أيضاً يظهر مما ذکرنا فی سابقه، و الأقوی فیها أيضاً الصّحّة و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصالة التسلط.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، کتاب الصلح، باب ۵، ح ۱، ص ۴۴۵.

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلَيْنِ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَعَامٌ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَ لَا يَدْرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمْ لَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ لَكَ مَا عِنْدَكَ وَ لِي مَا عِنْدِي فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضِيَا

آن که لفظ صلح را به کار برده باشند مصالحه محقق می‌شود؛ چون لباب این حرف که «آنچه پیش تو است مال تو و آنچه پیش من است مال من» سازش است.

ب) این که بگوییم معاوضه‌ای مستقل است؛ چون حقیقت یک مبادله و معاوضه را دارد و می‌توانیم به عموماًتی مثل «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند شروطهم» برای تصحیح آن تمسک کنیم، هر چند اسمی در میان عرف ندارد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: علاوه بر تصحیح، لزوم چنین معامله‌ای را نیز می‌توانیم از عموم «المؤمنون عند شروطهم» استفاده کنیم. البته احتمال دارد لازم از جانبین نباشد، بلکه لازم از جانب مباح له باشد؛ چون عوض از ملکش خارج شده، ولی از طرف مبیح چون معوض از ملکش خارج نشده لازم نیست. احتمال هم دارد که کلاً جایز باشد. به هر حال اقوی لزوم عقد از دو طرف و در مرتبه‌ی بعد لزوم از جانب مباح له می‌باشد.

وجه چهارم (اباحه در مقابل اباحه) نیز معلوم است که تجارت عن تراض بر آن صادق نیست، لذا باید یا آن را مصالحه بدانیم یا این که بگوییم معاوضه‌ای مستقل است که صحت و لزوم آن را می‌توان از عموماًتی مانند «المؤمنون عند شروطهم» به دست آورد. البته مرحوم شیخ در لزوم آن کمی شک می‌کند و می‌فرماید: «و الأقوی فیها أيضاً الصحة و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصالة التسلط» به خاطر این که شک می‌کنیم آیا می‌تواند رجوع کند یا نه، به اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک می‌کنیم.

بررسی کلام شیخ رحمته الله

اما در مورد صلح بودن «اباحه‌ی بالعوض» و «اباحه در مقابل اباحه» می‌گوییم: مصالحه همان‌طور که قبلاً بیان کردیم انشاء سازش بوده و در واقع یک نوع کوتاه آمدن دو طرف یا حداقل یک طرف می‌باشد، در حالی که در ما نحن فیه چنین نیست. بله مصالحه‌ی بالمعنی الأعم که به معنای توافق است و در هر عقدی وجود دارد در این دو وجه نیز وجود دارد، ولی آن مصالحه‌ی مصطلح نیست.

وَ طَابَتْ أَنْفُسُهُمَا.

و رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ فَضَالَهٖ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ أَبِي جَعْفَرٍ رحمته الله وَ عَنِ صَفْوَانَ عَنِ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ رحمته الله وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ ابْنِ رَبَاطٍ عَنِ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ نَحْوَهُ وَ رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا رحمته الله مِثْلَهُ.

اما روایتی که می‌فرماید: اگر طرفین بگویند «لک ما عندک و لی ما عندی» این مصالحه است، می‌گوییم: حقیقت آن است که مصالحه بودن آن به خاطر وجود قرینه است؛ زیرا اصل روایت چنین است:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلَيْنِ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَعَامٌ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَ لَا يَدْرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمْ لَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ لَكَ مَا عِنْدَكَ وَ لِي مَا عِنْدِي فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضِيَا وَ طَابَتْ أَنْفُسُهُمَا.

محمد بن مسلم از امام باقر عليه السلام نقل می‌کند که حضرت درباره‌ی دو نفر که هر کدام طعامی (گندم) ^۲ نزد دیگری دارد و هیچ کدام مقدار آن را نمی‌دانند، لذا هر یک به دیگری می‌گوید «آنچه نزد توست مال تو آنچه نزد من است مال من» فرمودند: اشکالی ندارد وقتی طرفین راضی بوده و طیب نفس داشته باشند.

قرینه بر مصالحه بودن آن، این است که مقدار گندمی که نزد هر کدام از مال دیگری بوده مجهول بوده و هر یک از طرفین رضایت و طیب نفس داشتند که هر چقدر گندمشان نزد دیگری است مال وی باشد و این چیزی جز مصالحه نمی‌تواند باشد.^۳ اما در ما نحن فیه عوضین مشخص و معلوم است؛ مبیح می‌داند چه چیزی را با چه خصوصیاتی إباحه می‌کند و عوضی را که دریافت می‌کند چیست و چه مقدار است و هیچ

۱. روایت از لحاظ سند تمام است.

۲. مراد از طعام، گندم است:

✓ کتاب العین، ج ۲، ص ۲۵:

و الطَّعَامُ اسم جامع لكل ما يُؤْكَل، وكذلك الشراب لكل ما يشرب. و العالی فی كلام العرب: أن الطَّعَامُ هو البر خاصة. و يقال: اسم له و للخبز المخبوز، ثم يسمی بالطَّعَام ما قرب منه، و صار فی حده، و كل ما يسد جوعاً فهو طَعَامٌ. قال [تعالی]: أَجَلَ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ فَسَمِيَ الصَّيْدُ طَعَاماً، لأنه يسد الجوع.

✓ القاموس المحيط، ج ۴، ص ۱۰۴:

الطَّعَامُ: البرُّ، و ما يُؤْكَل.

✓ المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، ج ۲، ص ۳۷۳:

إِذَا أَطْلُقَ أَهْلُ الْجَبَاذِ لَفْظَ (الطَّعَامِ) عَنَوَا بِهِ الْبِرَّ خَاصَّةً وَ فِي الْغُرْفِ (الطَّعَامِ) اسْمٌ لِمَا يُؤْكَلُ مِثْلُ الشَّرَابِ اسْمٌ لِمَا يُشْرَبُ وَ جَمْعُهُ (أَطْعِمَةٌ).

✓ الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیة)، ج ۵، ص ۱۹۷۴:

الطَّعَامُ: ما يُؤْكَل، و ربما خُصَّ بِالطَّعَامِ الْبِرُّ. و فی حدیثِ أَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كُنَّا نَخْرُجُ صَدَقَةَ الْفِطْرِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ صَاعاً مِنْ طَعَامٍ، أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ».

۳. اگر مقدارها معین بود مصالحه نمی‌کردند بلکه به صورت دقیق محاسبه می‌کردند و هر کدام مال خود را أخذ می‌کرد، علاوه آن‌که اگر

بیع یا معاوضه‌ی دیگر بود چه بسا مبتلا به ربا می‌شد. (امیرخانی)

نوع کوتاه آمدنی هم احساس نمی‌شود. بنابراین نمی‌توان إباحه‌ی بالعوض یا إباحه در مقابل إباحه را صلح دانست.

و اما این که «معاوضه‌ی مستقل» باشد که برای تصحیح آن به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک کنیم، می‌گوییم: این روایت مرسله بوده و با این اطلاق قابل استناد نیست، هر چند مضمون آن فی الجمله جزء مسلمات است.

و اما تصحیح آن با تمسک به عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌گوییم: همان‌طور که در بحث لزوم معاطات نیز بیان کردیم «شرط» بر التزام ابتدایی که در ضمن عقد نیست اطلاق نمی‌شود و اگر جایی هم اطلاق شود علی نحو الحقیقه نیست یا حداقل احراز حقیقت نمی‌شود.

بنابراین تمسک به این دو روایت برای تصحیح چنین معاوضه‌ای درست نیست.

مایه‌ی تعجب است که چرا شیخ رحمته‌الله به عموم کریمه‌ی «**أوفوا بالعقود**» برای تصحیح و لزوم آن تمسک نفرمودند؟! چون «إباحه‌ی بالعوض» و «إباحه در مقابل إباحه» عرفاً یک عقد و قرارداد است، لذا مشمول اطلاق کریمه می‌باشد و دلیلی شرعی بر این که در معاوضه باید هر یک از عوضین داخل ملک دیگری شود وجود ندارد.

فرضاً اگر کسی در اطلاق کریمه مناقشه کند راه دیگری برای تصحیح آن وجود دارد و آن این که چنین معاوضه‌ای عند العقلاء وجود دارد و مورد ردع قرار نگرفته، پس به همان نحوی که عند العقلاء وجود دارد امضاء شده است.

بررسی صور مختلف إباحه‌ی بالعوض

إباحه‌ی بالعوض صور و مصادیق زیادی داشته و مورد ابتلاء می‌باشد. به عنوان مثال صاحبان باغ اجازه‌ی تفریح و خوردن از میوه‌های باغ به دیگران داده و در آخر عوضی می‌گیرند. یا در قدیم بیشتر مرسوم بود که در مطاعم هر چقدر کسی می‌توانست غذا می‌خورد و در آخر عوضی را پرداخت می‌کرد در حالی که این‌ها بیع نیست؛ چون مقداری که می‌خواهد بخورد و نیز قیمت آن را نمی‌داند و این غرر است و عرفاً نیز این‌ها را بیع نمی‌نامند.

بعضی از صور مهم إباحه‌ی بالعوض به شرح ذیل است:

۱. مبیح برای همیشه مالش را به مباح^۱ له و وراثت او در مقابل دریافت عوض ایباحه کند و خودش نیز از تصرف در آن محروم باشد، ضمان هم نداشته و اگر خراب شد مبیح وظیفه‌ای نداشته باشد و مباح^۲ له بتواند هر تصرفی در آن بکند.

چنین ایباحه‌ای در حقیقت بیع است؛ نه ایباحه؛ چون اگر تمام منافع یک شیء در اختیار دیگری باشد، به ارث به وراثت مباح^۳ له برسد، مبیح از تصرف در آن محروم باشد و ضمان نداشته باشد، دیگر ملکیت برای مبیح نسبت به آن معنا ندارد و در واقع حقیقت بیع با لفظ دیگری محقق شده است و همان‌طور که خواهد آمد صیغه‌ی خاصی در بیع لازم نیست، بلکه هر چیزی حقیقت بیع را بیان کند بیع می‌باشد.

۲. مبیح عین مورد ایباحه را برای مدت معینی مثلاً ده سال یا به اندازه‌ی عمر مباح^۴ له در مقابل دریافت عوض معین ایباحه کند و خودش از تصرف در آن محروم باشد، ولی ضامن سلامت و بقاء عین باشد.

چنین ایباحه‌ای حقیقت ایجاره را دارد؛ چون در واقع منفعت عین به مدت معینی در مقابل عوض معین با ضمان تملیک می‌شود. البته ممکن است بعضی صور آن شرعاً باطل باشد.

۳. مبیح عین را برای مدتی برای مباح^۵ له در مقابل دریافت عوض ایباحه می‌کند، ولی خودش هم می‌تواند تصرف کند و حتی مباح^۶ له را می‌تواند از تصرف محروم کند و اگر مباح^۷ له مُرد به مبیح برمی‌گردد و اگر مبیح مُرد به وراثش می‌رسد.

این ایباحه‌ی بالعوض همان چیزی است که جناب شیخ فرمود معاوضه‌ی مستقل است و با کریمه‌ی «اوفوا بالعقود» تصحیح می‌شود.

۴. مبیح عین را به مباح^۸ له در مقابل دریافت عوض ایباحه می‌کند و خودش را از تصرف در آن محروم می‌کند. اگر مباح^۹ له مُرد به مبیح برمی‌گردد و اگر مبیح مُرد به وراثش منتقل می‌شود.

این صورت هم عقد مستقلی است که تحت «اوفوا بالعقود» قرار می‌گیرد.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی