



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جزوه‌ی دوم

جلسه‌ی شانزدهم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۴/۸/۱۲

۲. اشتراط قصد در متعاقدين

دومین شرطی را که مرحوم شیخ رحمته الله علیه^۱ جزء شروط متعاقدين ذکر می‌فرماید، «قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به» است؛ یعنی متعاقدين وقتی إنشاء عقد می‌کنند - چه عقد بیع، اجاره، هبه، مضاربه، نکاح و... - باید آن الفاظی را که تلفظ می‌کنند بما لها من المعانی مقصودشان باشد.

مرحوم شیخ انصاری رحمته الله علیه می‌فرماید: اشتراط قصد به این معنا در صحّت عقد و بلکه در تحقق مفهوم عقد، امری نیست که کسی در آن اختلاف داشته باشد؛ زیرا اگر فرد اصلاً لفظ را قصد نکند - مثل نائم و غالط - در این صورت دیگر اصلاً عقد صادق نیست؛ مثلاً کسی که در خواب حرف می‌زند اگر بگوید «بعت قلمی» یا فردی که غالط است و اشتباهاً به جای «قمت» بگوید «بعت»، در این صورت با انتفاء چنین قصدی اصلاً مفهوم عقد محقق نمی‌شود.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۹۵:

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

و اشتراط القصد بهذا المعنى فى صحّة العقد بل فى تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف فيه و لا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما فى الغالط. أو إلى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته و إن أوجد مدلوله بالإنشاء، كما فى الأمر الصورى فهو شبيهه الكذب فى الإخبار كما فى الهازل. أو قصد معنى يغير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام. أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصّة.

هم چنین اگر فرد، معنای لفظ را اراده نکرده باشد؛ یعنی لفظ را قصد کرده و آن را در معنای خود نیز استعمال کرده اما اراده‌ی جدی آن را نداشته، بلکه بدون قصد جدی لفظ را در معنا استعمال کرده - که تعبیر می‌شود هزلآ استعمال کرده - است، باز مفهوم عقد محقق نمی‌شود، آن چنان که در اوامر صوریه است و شبیه کذب در اخبار می‌باشد.

هم چنین اگر متکلم به جدّ معنایی مغایر مدلول عقد را اراده کند؛ مثلاً قصد اخبار یا استفهام کند یا غلطاً غیر بیع را جدّاً قصد کند، بیع واقع نمی‌شود؛ چون قصد آن را نکرده است. و شیخ حتی اضافه می‌فرماید اگر مجازاً غیر بیع را جدّاً قصد کرده باشد، نه تنها بیع واقع نمی‌شود بلکه آن چه را هم که جدّاً قصد کرده واقع نمی‌شود، اگر برای تحقق آن عبارت خاصّه شرط شده باشد.

کلام محقق نائینی رحمته الله در اشتراط قصد

محقق نائینی رحمته الله^۱ در این جا - به حسب آنچه در منیة الطالب آمده است - مطالب مفیدی دارند که مناسب

۱. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۱۷۶:

ثم إنه لا شبهة أن لكل من الإخبار والإنشاء مراتب ثلاث الأولى القصد إلى اللفظ لا بمعنى أن يكون اللفظ بالنظر الاستقلالي ملحوظا فإن هذا خارج عن استعمال اللفظ في المعنى فإن الاستعمال عبارة عن إلقاء المعنى باللفظ فاللفظ غير منظور فيه و فان صرف بل بمعنى أن لا يكون اللفظ صادرا عن غير الملتفت والغافل كالتائم والغالط فإن اللفظ إذا صدر في حال النوم أو على غير عمد بأن سبق اللسان إليه فلا أثر له. والثانية أن يكون قاصدا للمعنى باللفظ أي بعد كونه قاصدا لصدور اللفظ كان قاصدا لمدلوله لا بمعنى كونه قاصدا لأصل المعنى فإنه بعد قصده اللفظ و علمه بمعناه لا يعقل عدم قصده معناه فإن استعمال اللفظ عبارة عن إلقاء المعنى باللفظ بل بمعنى كونه قاصدا للحكاية أو الإيجاد أي كان داعيه على استعمال اللفظ في المعنى الحكاكية عن وقوع هذا المدلول في موطنه من ذهن أو خارج أو إيجاد المنشأ بهذا اللفظ الذي هو آلة لإيجاده فلو كان قصده الهزل واللعب فلا أثر له و فقد هذين المرتبتين في الإخبار يوجب عدم صدق الحكاكية عليها و أما في المنشآت ففي العقود يوجب عدم صدق عنوان العقد و في الأحكام يوجب عدم صدق الحكم الواقعي بل يطلق عليه الحكم الصوري أو الهزلي أو نحو ذلك من الدواعي. و المرتبة الثالثة في الإخبار أن يكون مدلول اللفظ مطابقا لما يحكى عنه و إلا يكون كذبا و في الإنشاء أن يكون المنشأ متحققا في عالم الاعتبار بأن لا يكون المبيع خمرًا مثلا و لا يخفى أن هذه المرتبة في الإخبار و الإنشاء خارجة عن اختيار المتكلم لأنها أمر خارجي و ليست من مدلول لفظه أيضا.

✓ المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ۱، ص ۴۰۴:

اعلم ان كلمة القصد يستعمل على معان، أحدها قصد اللفظ حين استعمالها في المعنى بمعنى كون التلفظ بها مقصودا في مقابل النائم و الساهي إذا صدر عنهما التلفظ (و ثانيها) قصد المعنى من اللفظ حين الاستعمال في مقابل الهازل الذي لا يقصد في تلفظه إيقاع المعنى، و يتوقف تحقق العقد على القصد بهذين المعنيين معا. فلا يصدق العقد على الصادر من النائم و الساهي و الهازل لعدم قصد اللفظ من الأولين و عدم قصد المعنى من الأخير، و ليعلم ان القصد لا يطلق على قصد اللفظ و قصد المعنى بجامع واحد، ضرورة ان اللفظ في الاستعمال أمر مغفول عنه و لا يشعر به و لا يلتفت اليه، و انما الالتفات الى المعنى و جعل اللفظ فانيا فيه و هذا بخلاف المعنى حيث انه أمر ملتفت اليه فيكون قصد اللفظ في مقابل صدورهما عن المتكلم في حال النوم و السهو و قصد المعنى بمعنى الالتفات اليه و كونه في مقام إيقاعه على المخاطب في الاخبار أو إيجاده بآلة استعمال اللفظ في المعنى في الإنشاء في مقابل الهزل، و قد حقق في محله ان الإنشائية و الاخبارية انما هي من المدلولات السياقية

است خلاصه‌ی آن را ذکر کنیم. ایشان می‌فرمایند:

هر یک از إنشاء و إخبار، دارای سه مرحله است.

مرتبه‌ی اول این است که در إنشاء و إخبار، قصد به لفظ شرط می‌باشد و اگر متکلم قصد به لفظ نداشته باشد، دیگر آن لفظ متّصف به إنشاء یا إخبار نمی‌شود، کما این‌که لفظ صادر از غلط و نائم این‌گونه است؛ یعنی اگر لفظی از غلط یا نائم صادر شود، اثری ندارد و متّصف به إنشاء یا إخبار نمی‌شود.

مرتبه‌ی دوم این است که متکلم علاوه بر قصد لفظ، قاصد معنا به همان لفظ هم باشد. مراد از مرتبه‌ی دوم این نیست که متکلم، لفظ را در معنا استعمال کرده باشد؛ چراکه این مقدار مفروغ‌منه است و هر کسی که می‌داند فلان لفظ برای فلان معنا وضع شده و با اختیار و هوشیاری آن را استعمال می‌کند، معنای آن لفظ را قصد کرده است، بلکه مراد این است که متکلم با استعمال لفظ، در إخباریات قصد حکایت و در انشائیات قصد ایجاد را داشته باشد.

به تعبیر دیگر ظاهراً مراد ایشان این است که داعی جدی متکلم از استعمال لفظ در إخبار، حکایت از وقوع مدلول آن در موطن خودش باشد؛ اعم از این‌که موطن آن ذهن باشد یا خارج، و نیز داعی جدی او در إنشاء، ایجاد منشأ باشد. و اگر متکلم قصد حکایت یا ایجاد را نداشته باشد، هازل، لاعب و امثال آن خواهد بود.

انتفاء هر یک از مرتبه‌ی اولی یا ثانی - یعنی چه لفظ مقصود نباشد و چه معنا مقصود نباشد - همان‌طور که اشاره کردیم اگر در إخباریات باشد، موجب عدم صدق حکایت می‌شود و دیگر نمی‌توان گفت متکلم، حکایت از وقوع مدلول لفظ می‌کند.

بمعنی کون الکلام تارة مسوقا فی مقام الحکایة عن تحقق مدلوله فی موطن تحققه، و اخری یکون مسوقا فی مقام ایجاد مدلوله باستعماله و الأول إخبار و الثانی إنشاء و الإخبار و الإنشاء لیساً مدلولی اللفظ بحيث استعمل اللفظ فیهما خارجان عن المستعمل فیه. ثم الإنشاء فی باب الأمر و النهی لیس کالإنشاء فی باب العقود، فإنه فی الأول عبارة عن إیراد المادة علی المخاطب فی عالم التشريع المستلزم لاتنزاع الوجوب التشريعی عنه إذا کان أمراً أو الحرمة التشريعیة إذا کان نهياً سواء کان بالجمل الطلبیة أو بالجمل الخبریة مثل تسجد سجدة السهو مثلاً، و فی الثانی أى باب العقود عبارة عن ایجاد المادة التي تكون قابلة للإيجاد فی عالم الاعتبار بإیراد الهيئة علیها، ففی مثل بعت یوجد البیع فی عالم الاعتبار الذی هو موطن وجوده بإیراد الهيئة علی مفهومه، اعنی استعمال کلمة بعت فهذه الکلمة آلة لإيجاد مصداق البیع فی عالم الاعتبار و الغالب فی هذا هو الإنشاء بالجملة الفعلیة، و ربما یقع بالجملة الاسمیة أيضاً مثل هند طالق فی باب الطلاق و أنت حرّ فی باب العتق (الثالث) مما یطلق علیه القصد هو الداعی علی ایجاد الفعل، و بهذا المعنی یطلق قصد القرية فی باب العبادات بمعنی ان یکون الداعی علی الفعل هو قصد التقرب الیه سبحانه و تعالی لا غیر. و القصد بهذا المعنی لا یکون من مقومات العقد، ضرورة تحققه باستعمال اللفظ فی ایجاد المعنی الإیجادی و إنشاء المعنی بآلة استعمال اللفظ فی معناه و لو لم یکن لداع أصلاً (الرابع) الرضا بمضمون العقد و طیب النفس بما وقع الالتزام به. ثم المعتمد من القصد فی العقود من هذه المراتب الأربع هو المرتبتین الأولین، بمعنی کونهما من مقوماته.

هم چنین انتفاء هر یک از این دو مرتبه در إنشائیات، اگر در عقود باشد موجب عدم صدق عقد می شود. و اگر در احکام باشد، موجب عدم صدق حکم واقعی می شود بلکه به آن حکم صوری، هزلی و امثال آن می گویند.

مرتبه ی سوم: در إخبار این است که مدلول لفظ، مطابق محکی عنه آن باشد که اگر این مطابقت وجود داشته باشد، به آن خبر صدق می گویند و اگر وجود نداشته باشد به آن خبر کذب می گویند. بنابراین معلوم می شود که مرتبه ی سوم، مقوم عنوان إخبار و حکایت نیست بلکه چه این مرتبه وجود داشته باشد و چه منتفی باشد، عنوان إخبار و حکایت صادق است.

مرتبه ی سوم در إنشاء، تحقق منشأ در عالم اعتبار است؛ یعنی بعد از این که دو مرتبه ی قبل وجود داشت و منشأ پدید آمد، آن منشأ در عالم اعتبار محقق شود، و إلا إنشائی است که منشأ آن در عالم اعتبار محقق نشده است. به تعبیر دیگر انتفاء مرتبه ی سوم در إنشائیات نیز موجب انتفاء صدق إنشاء نمی شود بلکه هم چنان إنشاء صادق است اما إنشائی است که در عالم اعتبار متحقق نشده است.

محقق نائینی رحمته الله چنین مثال می زند: کسی که إنشاء بیع خمر می کند، هر چند دو مرتبه ی قبل را قصد کرده است یعنی هم لفظ را قصد کرده و هم قصد تحقق معنای آن را به جد کرده است، اما چون شارع بیع خمر را الغاء کرده، پس مدلول این إنشاء در عالم اعتبار محقق نمی شود، هم چنین است جایی که عقلاء مدلول بعض عقود را غیر متحقق بدانند.

سپس ایشان می فرماید: مرتبه ی سوم چه در إخبار و چه در إنشاء، خارج از اختیار متکلم است؛ زیرا این مرتبه یک امر خارجی است و مدلول لفظ نمی باشد؛ مثلاً اگر کسی در مقام إخبار بگوید «زید قائم»، این که مدلول کلام مطابق واقع باشد و زید فی الواقع قائم باشد، این خارج از اختیار متکلم است و مدلول لفظ نیست. هم چنین این که در نزد عقلاء یا شرع، منشأ تحقق داشته باشند، این نیز خارج از اختیار متلفظ است، بلکه مربوط به عقلاء یا شارع است.

محقق نائینی رحمته الله سپس اموری را بر فرمایشات خود مترتب می کنند که بعض این امور را ذکر می کنیم:

امر اول: از آن چه بیان کردیم معلوم می شود که اگر «قصد المتعاقدين لمدلول العقد» را جزء شرایط عقد بدانیم، اولی از این است که جزء شرایط متعاقدين باشد؛ زیرا با انتفاء این شرط، عقد کلاً منتفی می شود نه این که عقد صادق باشد ولی شرط آن موجود نباشد [و مجرد این که عدم تحقق عقد ناشی از جانب عاقد است، نمی توان این شرط را جزء شروط متعاقدين دانست و إلا باید عدم تلفظ به فارسی و عدم تقدم قبول

بر ایجاب را هم جزء شروط متعاقدين بدانيم. [ایشان در تقریرات دیگر خود یعنی المكاسب و البيع^۱ می‌فرمایند:] از این جهت که این قصد قائم به متعاقدين است، مانعی ندارد کسی آن را جزء شرایط متعاقدين بداند، ولی اولی این است که از شرایط عقد باشد.^۲

امر دوم: این که شیخ انصاری رحمته الله فرمودند امر صوری، شبیه کذب در إخبار است، این کلام وجهی ندارد؛ زیرا از ما ذکرنا روشن می‌شود که کذب در إخبار، مربوط به مرتبه‌ی سوم است که خارج از اختیار مکلف بوده و مدلول لفظ نیست [و با انتفاء آن، إخبار منتفی نیست بلکه فقط متّصف به وصف کذب می‌شود]، اما امر صوری مربوط به مرتبه‌ی دوم است که متکلم، لفظ را بما له من المعنا قصد نکرده باشد که با انتفاء این مرتبه، اساساً إنشاء منتفی است نه این که إنشاء باشد اما مرتبه‌ی ثالثه را واجد نباشد. بنابراین این که مرحوم شیخ رحمته الله امر صوری را به کذب در إخبار تشبیه فرمودند، درست نیست.^۳

۱. المكاسب و البيع، ج ۱، ص ۴۰۶:

(منها) فی جعل القصد من شرائط المتعاقدين مع انک عرفت مما تقدم انه من شروط تحقق العقد و مقوماته، اللهم آلا ان یکون باعتبار کون المتعاقدين محلاً له اعنی کون قصدهما دخیلاً فی تحققه و یکون من مقوماته فیسند الشرط الی المتعاقدين و یقال بأنه من شرائطهما.

۲. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۱۷۷:

و قد ظهر ممّا ذکرنا أمور الأول أن جعل القصد من شرائط العقد أولى من أن یجعل من شرائط المتعاقدين إذ بدونه لا یتحقق العقد لعدم تحقّقه بالفصل بین الإيجاب و القبول و بعدم تطابق الإيجاب و القبول و مجرد أن عدم تحقّقه نشأ من قبل العاقد لا یوجب عدّه من شرائطه و إلیا لصحّ أن یقال و من شرائط العاقدان لا یتلفظ بالفارسی و أن لا یقدم القبول علی الإيجاب.

۳. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۱۷۷:

التأني أن قیاس الأمر الصوری علی الكذب فی الإخبار لا وجه له لأنّ الكذب مرتبة ثالثة فی الإخبار و الأمر الصوری یشبه الهزل فی الإخبار لأنه لم یقصد به البعث نحو المطلوب و هكذا فی العقود لو لم یقصد إیجاد المادّة بالهیئة بل قصد الهزل و نحوه فحکمه حکم الهازل فی الحکایة و شبیه الكذب فی الإخبار منحصر فی الإنشاء فی عدم وقوع المنشأ فی عالم الاعتبار و عدم المطابقة فی الإخبار لعدم وقوع المنشأ فی الإنشاء کلاهما خارجان عن مدلول اللفظ و إمكان القصد إلیه.

۴. المكاسب و البيع، ج ۱، ص ۴۰۶:

(و منها) تنظیر انتفاء قصدا لمعنی فی الإنشاء کالهازل بالكذب فی باب الاخبار و هذا أيضا لیس بصحیح، حیث ان فی الهزل لم یقصد إیجاد المعنی و المدلول بإیراد الهیئة علی المادّة الموجب لانتفاء العقد بعدم قصده، و هذا بخلاف الكذب، فإنه عبارة عن عدم مطابقة المدلول مع المحکی عنه فی مقام الحکایة، و هو خارج عن القصد و الاختیار و لیس مناط الكذب بأن یقصد عدم المطابقة و لا بأن لا یکون فی مقام الحکایة لما عرفت من ان الخبریة و الإنشائیة من المدالیل السیاقیة. فإذا قصد اللفظ و استعمل فی المعنی بقصد الحکایة عن الواقع یتحقق الكذب إذا لم یکن مطابقا مع الواقع بلا دخل فی کذیبته علی قصد الالفاظ أصلا.

و عبارة أوضح: الهزل یقع فی الدرجة الثانية أعنی فی مقام عدم قصد إیجاد المعنی بالاستعمال و الموجب لانتفاء الإنشاء، و الكذب یقع فی الدرجة الثالثة أعنی فی مقام عدم مطابقة الحکایة مع المحکی عنه بعد تحقق الخبر و صدق الخبر علیه كما لا یخفی، فالأولی تشبیه الهزل فی باب الإنشاء بالهزل فی باب الاخبار و هو ما إذا لم یکن المقصود فی الحکایة عن الواقع أصلا فی مقابل الإنشاء الذی انتفی فی حقه قصد إیجاد

بله، اگر می‌خواهید به کذب در اخبار تشبیه کنید، باید این‌طور بگویید که مثلاً کلام بایع خمر که لفظ را بما له من المعنا إنشاء می‌کند و مرتبه‌ی اول و دوم را واجد است اما مرتبه‌ی سوم را واجد نمی‌باشد و مُنشأش در عالم اعتبار متحقق نمی‌شود، کلام چنین شخصی مثل کذب در اخبار است. پس اگر می‌خواهید إنشاء را به کذب در اخبار تشبیه کنید، باید مشبّه، انشائی باشد که مرتبه‌ی سوم را واجد نباشد؛ چراکه کذب در اخبار مربوط به مرتبه‌ی سوم است.^۱

جلسه‌ی هفدهم؛ شنبه ۱۳۹۴/۸/۱۶

نقد و بررسی کلام محقق نائینی رحمته‌الله

عرض می‌کنیم [در آن‌چه که محقق نائینی رحمته‌الله در تحلیل إنشاء و اخبار فرمودند و نیز در دو امری که مترتب بر کلام خود کردند، مواردی برای نظر وجود دارد. اما در مورد اخبار می‌گوییم]:

اولاً: این‌که محقق نائینی رحمته‌الله سه مرتبه برای اخبار بیان کردند و مرحله‌ی سوم یعنی «مطابقت کلام با واقع» را جزء مراحل اخبار ذکر فرمودند، این کلام تمام نیست، بلکه اخبار با تحقق مرتبه‌ی اولی و ثانیة متحقق می‌شود و مرحله‌ی سوم اصلاً از مراحل اخبار نیست؛ زیرا همان‌طور که در ادبیات و منطق آمده است، خبر یعنی «قولٌ یحتمل الصدق و الکذب»؛ خبر قولی است که صلاحیت اتّصاف به صدق و کذب را داشته باشد؛ در حالی که محقق نائینی رحمته‌الله قابلیت اتّصاف به صدق و کذب را جزء مراحل خبر گرفته‌اند؛ گرچه در کلمات ایشان به نوعی نفی این معنا نیز موجود است.

به هر حال نفس حکایت از محکی^۲ عنه، کافی در تحقق حقیقت خبر است و مطابقت و عدم مطابقت آن با واقع، از اوصافی است که عارض بر خبر می‌شود (الخبر تارةً یطابق الواقع فهو صادقٌ و تارةً لا یطابق الواقع فهو کاذبٌ).

ثانیاً: این‌که فرمودند مطابقت خبر با محکی^۲ عنه، خارج از اختیار متکلم است، عرض می‌کنیم این تعبیر هم مناسب نیست و مطابقت خبر با محکی^۲ عنه خارج از اختیار متکلم نیست بلکه متکلم می‌تواند به گونه‌ای تکلم

المعنی بآلة اللفظ و الاستعمال.

۱. البته مرحوم نائینی رحمته‌الله این تنظیر را در منیة الطالب نیاورده‌اند، بلکه در مکاسب و البیع به گونه‌ی دیگری آورده‌اند که هر دو از مرتبه‌ی ثانی باشد، به این صورت که هزل در باب إنشاء، نظیر هزل در باب اخبار است که مرتبه‌ی دوم یعنی حکایت از وقوع مدلول خود را فی الواقع نداشته باشد. (احمدی)

کند که قول صادر از او مطابق واقع باشد. پس هم اصل خبر در اختیار متکلم است و هم انواع آن، و إلا تکلیف به راست گفتن و پرهیز از دروغ، تکلیف به ما لایطاق بود. بله، این که خارج و واقع چگونه است، این در اختیار متکلم بما هو متکلم نیست بلکه واقع، علل خود را دارد و متکلم نمی تواند آن را منقلب کند.

اما درباره‌ی آن چه که در مورد انشاء فرمودند عرض می کنیم:

ثالثاً: این که ایشان در انشاء نیز سه مرتبه ذکر کردند و تحقق انشاء در عالم اعتبار را از مراحل انشاء دانستند، این کلام نیز ناتمام است؛ زیرا حقیقت انشاء با دو مرتبه‌ی اولی و ثانیه محقق می شود و مرتبه‌ی سوم ربطی به حقیقت انشاء ندارد. به تعبیر دیگر، انشاء یعنی «ایجاد المعنی باللفظ» پس مرتبه‌ی سوم که موجب انشاء را شارع یا عقلاء پذیرند، خارج از حقیقت انشاء است؛ مثلاً اگر کسی اعتبار ریاست برای زید بر قومی کند و آن را انشاء کند، در این صورت انشاء صادق است هر چند عقلاء یا شارع، این انشاء را امضاء نکنند.

بنابراین قوام انشاء به مرتبه‌ی اولی و ثانیه است و مرتبه‌ی سوم هر چند موجب تقسیمی برای انشاء است، اما مرتبه‌ای از آن نمی باشد. مثلاً در انشاء بیع خمر، منشأ در نزد بایع و بلکه در نزد عقلاء محقق می شود و آثار هم بر آن مترتب می شود، الا این که شارع مقدس چنین انشائی را رد کرده است.^۱

رابعاً: در مورد دو امری که محقق نائینی رحمته الله متفرع بر مطالب خود کردند، عرض می کنیم:

این که ایشان در امر اوّل فرمودند بهتر است لزوم قصد را جزء شروط عقد بدانیم نه شروط متعاقدين، عرض می کنیم همان طور که خود ایشان هم در *المکاسب و البیع* توجه کرده اند، مانعی ندارد این شرط را جزء شروط متعاقدين بدانیم؛ چراکه قصد، قائم به متعاقدين است، کما این که می توان آن را از شروط عقد هم دانست.

اما امر دومی که محقق نائینی رحمته الله ذکر کردند که «تشبیه امر صوری به کذب در اخبار در کلام شیخ انصاری رحمته الله صحیح نیست؛ چراکه در امر صوری مرتبه‌ی دوم منتفی است یعنی در بعث نحو المطلوب استعمال نشده، اما کذب در اخبار مربوط به فقدان مرتبه‌ی ثالثه یعنی عدم مطابقت با واقع است، و تشبیه چیزی که مربوط به مرتبه‌ی ثانیه است به چیزی که مربوط به مرتبه‌ی ثالثه است صحیح نیست»، خدمت ایشان عرض می کنیم:

اوامر صوری دو قسم است؛ یک موقع متکلم فقط لفظ را در معنا استعمال کرده اما قصد جدی نسبت به معنا ندارد - که به آن هازل در استعمال لفظ می گویند - فرمایش مرحوم نائینی در این قسم صحیح است؛

۱. بارها گفته ایم روش عقلاء، غیر از روش عقل است، یکی از مواردش بیع خمر است که عقلاء از روی بی عقلی، بیع خمر را امضاء می کنند اما شارع مقدس که کارش مطابق عقل است، آن را امضاء نمی کند «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع».

چراکه وقتی قصد جدی معنا نباشد، اصلاً إنشاء صادق نیست. قسم دیگر اوامر صوری، اوامری است که در آن علاوه بر قصد لفظ، قصد جدی معنا هم وجود دارد، اما این قصد جدی به بعث نحو المطلوب تعلق نگرفته بلکه به امتحان، استهزاء، تعجیز و امثال آن تعلق گرفته است. پس متلفظ، لفظ را در معنا استعمال کرده و معنا را هم جداً اراده کرده، منتها این قصد جدی به استهزاء - مانند کریمه **﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾**^۱ که درباره‌ی ابوجهل است - و یا تعجیز - مثل این که مولایی به عبد خود امر می‌کند که سنگ عظیمی را با دست بلند کند، که قصد جدی مولا تعجیز است - و امثال آن تعلق گرفته است.

بنابراین در اوامر، منشأ گاهی بعث نحو المطلوب است حقیقتاً، مثل این که مولایی تشنه است و قصد نوشیدن آب دارد و به عبد خود امر می‌کند که لیوان آبی برای او بیاورد، که در این موارد امر هم در بعث استعمال شده و هم قصد جدی بعث نحو المطلوب بوده است.

گاهی هم مولا امر را در معنای خود استعمال کرده و قصد جدی هم دارد، اما این قصد جدی به استهزاء، تعجیز، امتحان و ... تعلق گرفته است. پس در این جا هم إنشاء صادق است اما انشائی است که به داعی جدی برای بعث نحو المطلوب استعمال نشده است.

از آن چه گفتیم معلوم می‌شود که اوامر صوری به معنای دوم دارای مرتبه‌ی ثانیه می‌باشند، یعنی بر آنها صدق إنشاء می‌شود، منتها انشائی است که داعی جدی آن تمسخر و امثال آن است؛ نه بعث نحو المطلوب.

جلسه‌ی هجدهم؛ دوشنبه ۱۳۹۴/۸/۱۸

آیا قصد مالکین، در عقد شرط است؟

یکی از مسائل مهمی که شیخ انصاری رحمته‌الله علیه^۲ در ضمن شرط دوم از شروط متعاقدین - یعنی اشتراط قصد -

۱. سوره‌ی دخان، آیه‌ی ۴۹.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۹۶.

[کلام صاحب المقابس فی اعتبار تعیین المالکین و المناقشات فيه]

و اعلم أنه ذکر بعض المحققین ممن عاصرناه کلاماً فی هذا المقام، فی أنه هل يعتبر تعیین المالکین اللذین يتحقق النقل و الانتقال بالنسبة إليهما، أم لا؟ و ذکر، أن فی المسألة أوجهاً و أقوالاً، و أن المسألة فی غاية الإشکال، و أنه قد اضطرت فیها کلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم فی تضاعف أبواب الفقه. ثم قال:

و تحقیق المسألة: أنه إن توقّف تعین المالك علی التعیین حال العقد؛ لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعینیه فی النیة، أو مع اللفظ به أيضاً کبیع الوکیل و الولی العاقد عن اثنين فی بیع واحد، و الوکیل عنهما و الولی علیهما فی البیوع المتعددة، فیجب أن یعیّن من یقع له البیع أو الشراء، من نفسه أو غیره، و أن یمیز البائع من المشتري إذا أمکن الوصفان فی کل منهما.

مطرح می‌کند، این است که در بیع و هر عقد دیگری علاوه بر قصد لفظ و معنا، آیا تعیین مالکینی که عقد از جانب آن‌ها واقع می‌شود نیز شرط است یا نه؟

مرحوم شیخ رحمته الله مستقلاً وارد این مسأله نشده‌اند بلکه با نقل عبارت محقق تستری رحمته الله و نقد و بررسی آن، جهات مربوط به مسأله را بررسی کرده‌اند.

کلام محقق تستری رحمته الله در اشتراط قصد مالکین

محقق تستری رحمته الله در مقابس الأنوار^۱ می‌فرماید: [در این‌که آیا تعیین مالکینی که نقل و انتقال نسبت به آن‌ها واقع می‌شود، شرط است یا نه، وجوه و اقوال مختلفی وجود دارد و مسأله در نهایت اشکال است] و کلمات اصحاب نیز در این مسأله مضطرب بوده و احتمالاتی در آن وجود دارد که نیاز به تنقیح دارد.

[تحقیق مسأله این‌که تعیین مالک، یا متوقف بر تعیین حال العقد است و یا این‌که متوقف بر آن نیست بلکه مالک، معین می‌باشد.] اگر تعیین مالک متوقف بر تعیین حال العقد باشد - به خاطر این‌که عقد، تعدد وجه وقوع دارد و به أنحاء مختلف ممکن است واقع شود - در این صورت در بیع و هر عقد دیگری شرط است که مالک در نیت یا با تلفظ به آن مشخص شود.

سپس محقق تستری رحمته الله دو مثال برای عقدی که وجه وقوعش متعدد است ذکر می‌کند؛ یکی بیع واحد و دیگری بیوع متعددی که وجه وقوعشان متعدد است، و ظاهراً مراد ایشان از عقدی که تعدد وجه وقوع دارد - چه در بیع واحد و چه در بیوع متعدده - عقدی است که در ذمه انجام می‌شود؛ یعنی بیع در ذمه.

بیع واحدی که وجه وقوعش متعدد است، مثل این‌که یک نفر، وکیل از جانب دو نفر باشد استقلالاً که چیزی را در ذمه‌ی هر کدامشان بفروشد؛ مثلاً زید و عمرو هر کدام استقلالاً بکر را وکیل می‌کنند که یک کیلو

فإذا عيّنت جهة خاصة تعينت، وإن أطلق: فإن كان هناك جهة يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره إذا لم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد وإلا وقع لاغياً، وهذا جارٍ في سائر العقود من النكاح وغيره.

۱. مقابس الأنوار و نفايس الأسرار، ص ۱۱۵:

هل يعتبر تعيين المالکين الذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة اليهما أم لا فيه اوجه و اقوال و المسألة في غاية الاشكال و قد اضطربت فيها کلمات الاصحاب قدس الله ارواحهم في تضاعيف ابواب الفقه و تحقيق المسألة انه ان توقف تعيين المالک على التعيين حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعاً نعتبر تعيينه في النية او مع التلفظ به أيضاً و ذلك كبيع الوکیل و الولی العاقد عن اثنين في بيع واحد و الوکیل عنهما و الولی عليهما في البيوع المتعددة فيجب ان يعين من يقع له البيع او الشراء من نفسه و من غيره و ان يميز البائع من المشتري اذا امکن الوصفان في كل منهما فاذا عين جهة خاصة تعينت و لم يصح تغييرها و ان أطلق فإن كان هناك جهة معينة يصرف إليها الاطلاق كان كالتعيين كما لو دار الامر بين نفسه و بين غيره و لم يقصد الإبهام و التعيين بعد العقد و الا وقع لاغياً و هذا جارٍ في سائر العقود من النكاح و غيره.

گندم در ذمه‌ی آن‌ها بفروشد (یک کیلو گندم در ذمه‌ی زید و یک کیلو گندم در ذمه عمرو)، اگر بکر یک بیع از جانب زید انجام دهد و یک بیع از جانب عمرو، در این صورت دیگر بحثی وجود ندارد؛ زیرا دو بیع انجام شده و بایع در هر بیعی معلوم است. اما اگر بکر فقط یک بیع انجام دهد و به مشتری بگوید «یک تن گندم از جانب موکلم به تو فروختم» و ذمه را مشخص نکند، چنین بیعی هم قابلیت این را دارد که از جانب زید واقع شده باشد و هم قابلیت این را دارد که از جانب عمرو واقع شده باشد. پس بیع، تعدد وجه وقوع دارد و وکیل باید در نیت و یا با تلفظ، مشخص کند این بیع واحد از جانب کدام موکلمش واقع شده است.

مثال بیوع متعدد هم مثل این که بکر که وکیل از جانب دو نفر است، به یک مشتری بگوید یک تن گندم از جانب موکلم می‌فروشم و به مشتری دیگر نیز بگوید یک تن گندم از جانب موکلم به تو فروختم، که در این جا بیوع متعدد است و امکان وقوع هر یک از دو عقد برای هر یک از دو موکلم وجود دارد.

مثال واضح‌تر این که بکر یک تن گندم را به مشتری اوّل به پنج میلیون تومان و به مشتری دوم به شش میلیون تومان بفروشد، اما قصد نمی‌کند که کدام بیع برای کدام یک از موکلینش واقع شود، در این جا نیز بیوع متعدده، تعدد وجه وقوع دارد و تعیین مالک در نیت یا همراه با تلفظ، شرط می‌باشد.

این که گفتیم به نظر می‌آید ظاهراً مراد محقق تستری رحمته الله از مثالی که زدند، بیع در ذمه باشد، به این خاطر است که در تشقیقی که ایشان ذکر کردند، ابتدا می‌فرمایند: «إن توقف تعیین المالك علی التعیین حال العقد» و در شق دیگر که آن را با فاصله ذکر کرده، می‌فرمایند: «و اما إذا لم يتوقف علیه»؛ یعنی اگر تعیین مالک متوقف بر تعیین حال عقد نباشد بلکه مالک معین باشد، که به حسب معمول مالک در جایی متعین است که ملک، عین شخصیه باشد، مانند فلان کتاب و انگشتر که مالکش مشخص است. بنابراین کأن محقق تستری چنین می‌فرماید که اگر وکیل در ذمه بفروشد، باید مالک را در نیت یا با تلفظ معین کند، اما اگر عین شخصیه و جزئی را فروخت، در این صورت احوط قول سوم است؛ یعنی نیاز به تعیین در حال عقد نیست مگر در صورتی که بیان خواهیم کرد.

به خاطر همین فاصله‌ای که در کلام محقق تستری رحمته الله بین شق اوّل و دوم عقد افتاده است، بعضی

۱. مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ۱۱۵:

و اما اذا لم يتوقف علیه بان يكون العوضان معینین و لا يقع العقد فیهما علی وجه صحیح الا لمالکیهما ففی وجوب التعیین او الاطلاق المنصرف الیه او عدمه مطلقا او التفصیل بین التصریح بالخلاف فیبطل و عدمه فیصحّ اوجه احوطها الاخیر و اوسطها الاوسط و اشبهها بالقاعدة الاوّل.

محشین محقق مثل جناب سید^۱ مراد ایشان را درست بیان نکردند و برای شقّ اوّل که تعیین مالک متوقف بر تعیین حال العقد است، به عین شخصیه مثال زده‌اند؛ چه در بیع واحد و چه در بیوع متعدده، و چون عین شخصیه نمی‌تواند تعدد وجه وقوع داشته باشد، ایشان مثال را از بیع، به اشتراء تغییر داده‌اند؛ یعنی دو مشتری، یک فرد را وکیل کرده‌اند که فلان مبیع شخصیه را برای آن‌ها خریداری کند و وکیل مثلاً فلان کتاب جزئی را خریده ولی معین نکرده که برای کدام موکل خریده است.

عرض می‌کنیم هرچند مثال مرحوم سید^۲ درست است و عقد تعدد وجه وقوع دارد، اما تعبیر محقق تستری^۳ این بود که بیع، تعدد وجه وقوع دارد - هرچند در ادامه شراء را هم ذکر می‌کنند - اما جناب سید^۴ مثال را مختص در اشتراء کردند.

با این حال می‌توان مثالی بیان کرد که هم عین شخصیه و جزئی باشد و هم این‌که بیع، تعدد وجه وقوع داشته باشد و آن این‌که: اگر دو نفر مثلاً به طور مشاع مالک منزلی باشند و هر دو بکر را وکیل در بیع نصف مشاع خود کنند و بکر به مشتری بگوید نصف مشاع این منزل را از جانب موکلم به تو فروختم، در این صورت با این‌که عین، شخصیه و واحد است، اما بیع تعدد وجه وقوع دارد و امکان وقوع بیع از جانب هر یک از موکّلین وجود دارد.

بنابراین بیع عین شخصیه را نیز می‌توان به گونه‌ای تصویر کرد که تعدد وجه وقوع داشته باشد، پس این‌که بعضی محشین^۵ مثال را در ما نحن فیه مختص به بیع کلی در ذمه کرده‌اند، می‌گوییم چنین نیست بلکه بیع کلی در ذمه یک مصداقش است و مصداق دیگر آن، بیع کسر مشاع است. کما این‌که کلی فی المعین هم

۱. حاشیة المکاسب (اللیزدی)، ج ۱، ص ۱۱۶:

أقول الظاهر أنّ المراد من كونه وكيلاً عن اثنين في بيع واحد ما إذا كان المبيع واحداً كأن يقول كلّ منهما اشتر لي هذا الكتاب بعشرة دراهم فاشتره من غير تعيين أحدهما والمراد من البيوع المتعدّدة ما إذا قال كل واحد منهما اشتر لي كتاباً فاشترى كتاباً واحداً ولم يعيّن كونه لأحدهما.

۲. هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۲۵۴:

و قوله ره لتعدّد إلى آخره

علّة للتوقّف و الممكن صفة للوقوع أو الوجه و ذلك كما إذا كان أحد العوضين أو كلاهما كلياً فإنّ مالک الكلّ لا يتعيّن حال العقد إلّا بالتعيين حال العقد بالنيّة أو مع التلفظ به أيضاً

✓ هدى الطالب في شرح المكاسب، ج ۴، ص ۱۰۶:

علّة لتوقف التعيّن على التعيّن حال العقد، یعنی: أنّ لزوم التعيّن ينشأ من قابلية البيع لوقوعه لكلّ شخصين من الطائفتين، بأن يكون البائع أحد الموكّلين في البيع، و يكون المشتري أحد الموكّلين في الشراء. و الوجه في هذه القابلية تعدد أفراد الموكّلين في البيع و الشراء، بحيث يكون لكل واحد منهم عوض مماثل لما يملكه الآخرون، و من المعلوم أنّ مالک الكلّ لا يتعيّن حال العقد إلّا بالتعيين حينه إمّا بالنيّة مع التلفظ بها، أو بالنيّة المجردة.

تعدد وجه وقوع دارد که البته می‌توان آن را ملحق به کلی کرد، هر چند تفاوتی با هم دارند.

إشتراء نیز چنین می‌باشد؛ یعنی اگر اشترائی تعدد وجه وقوع داشته باشد، ولی یا وکیل از دو نفر باید در نیت یا با تلفظ، معین کند که این إشتراء از جانب چه کسی واقع می‌شود.

محقق تستری رحمته الله در ادامه می‌فرماید: حتی اگر عقدی خوانده شود که نتوان بایع را از مشتری تشخیص داد، در این صورت هم باید در نیت یا همراه با تلفظ، تعیین کرد که چه کسی بایع و چه کسی مشتری است و إلا چنین بیعی صحیح نیست؛ مثلاً زید، مالک قلم است و عمرو مالک کتاب، و هر دو بکر را وکیل در نقل و انتقال قلم و کتاب کرده‌اند به هر نحوی که خودش بخواهد، و بکر این انتقال را محقق می‌کند بدون این که لفظی به کار ببرد که معلوم شود چه کسی بایع و چه کسی مشتری است.

ادله‌ی محقق تستری رحمته الله بر لزوم تعیین مالکین

محقق تستری رحمته الله دو دلیل برای لزوم تعیین مالکین در فرض اوّل که عقد تعدد وجه وقوع دارد بیان می‌کند:

دلیل اول: این که اگر مالک تعیین نشود و عقد هم صحیح باشد، لازمه‌اش بقاء ملک است بلا مالک معین فی نفس الامر؛ مثلاً اگر بکر وکیل از دو نفر باشد در خرید کتاب و یک کتاب بخرد اما مشتری را معین نکند، در این صورت کتاب از ملک مالک خارج شده اما به ملک مشتری داخل نشده است؛ چرا که نمی‌توان ملتزم شد که به ملک هر دو داخل شده؛ زیرا فرض این است که هر دو می‌خواهند مالکیت استقلالی داشته باشند، دخول در ملک یکی دون دیگری هم ترجیح بلامرجح است، پس این ملک فی نفس الامر مالک معین ندارد.

ظاهراً مراد ایشان این است که ملک یعنی مملوک، و مملوک هم نسبت به مالک متضایف است و چون متضایفان قوّه و فعلاً متکافئ هستند، پس نمی‌شود مملوک بالفعل صادق باشد اما مالک بالفعل نداشته باشد (المتضایفان متکافئان قوّه و فعلاً)، پس اگر مملوک بالفعل است، باید مالک بالفعل هم داشته باشد.^۱

۱. مقابس الأنوار و نقائس الأسرار، ص ۱۱۵:

و الدلیل علی اشتراط التعیین و لزوم متابعتہ فیما ذکر انه لو لا ذلك لزم بقاء الملك المملوک بلا مالک معین فی نفس الامر و ان لا یحصل الجزم بشیء من العقود التی لم یتعین فیها العوضان و لا بالاحکام و الآثار المترتبة علی ذلك و فساد ذلك ظاهر و لا دلیل علی تاثیر التعیین المتعقب و لا علی صحّة العقد المبهم لانصراف الادلة الی ما هو الشائع المعروف من الشریعة و العادة فوجب الحكم بعدمه و علی هذا فلو شری الفضولی لغيره فی الذمّة فان عین ذلك الغير تعین و وقف علی اجازته سواء وقع التعیین فی اللفظ و النبیة او فی النبیة خاصة و ان ایهم و قد صرح بكونه لغيره بطل و لا یقف الی ان یوجد له مخیر فیقع عنه و ان فسخ المعین انفسخ العقد و ان اجاز لزم و انتقل الیه و توقف الانتقال الی غیره علی عقد اخر و ان تردّد و لم یجز اجازة الغير و لا اثر له و لو شری الوصیّ مبهما عازما علی ان یجعله للصغیر ان رأى فی ذلك المصلحة و الا وقع عن نفسه کان باطلا و هذا کله بالنظر الی الاحکام الواقعیة.

دلیل دوم محقق تستری^۱

اگر در عقودی که تعیین مالکین متوقف بر تعیین حال العقد است، مالکین تعیین نشود، لازمه‌اش آن است که نتوان جزم به آن عقود و نیز جزم به احکام و آثار آن پیدا کرد، در حالی که فساد چنین چیزی ظاهر است.^۱ شاید بتوان کلام ایشان را این‌گونه توضیح داد که اگر بدون تعیین مالکین عقد صحیح باشد، معلقاً صحیح است در حالی که تعلیق در عقود پذیرفته شده نیست. همچنین با وجود صحت عقد، آثار و احکام آن هم مترتب می‌شود، از جمله این که چه کسی باید مبیع را بدهد و چه کسی ثمن را و این که چه کسی صاحب اختیار است و چه کسی نیست و ...، در حالی که در هر عقد صحیحی باید آثار و احکام مترتب شود. **إن قلت:** بعد از عقد هم می‌توان مالکین را معین کرد و مانعی ندارد.

قلت: گرچه عقلاً چنین چیزی امکان دارد، اما معنای این حرف آن است که مادامی که مالکین تعیین نشده‌اند، آثاری که مترتب بر تعیین مالکین است، مترتب نباشد و با تعیین بعد از عقد مترتب شود، در حالی که دلیلی نداریم که تعیین بعد از عقد اثر داشته باشد، [هم‌چنین دلیلی برای صحت عقد مبهم وجود ندارد؛ چراکه ادله‌ی صحت بیع و عقود، منصرف به عقدی است که معهود در شرع و عادت باشد، پس معلوم می‌شود عقد مبهم اصلاً عقد نیست].^۲

۱ کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۹۶:

و الدلیل علی اشتراط التعین و لزوم متابعتہ فی هذا القسم: أنه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالک معین فی نفس الأمر، و أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة علی ذلك، و فساد ذلك ظاهر. و لا دلیل علی تأثیر التعین المتعقب، و لا علی صحة العقد المبهم؛ لانصراف الأدلة إلى الشائع المعهود من الشريعة و العادة، فوجب الحكم بعدمه. و علی هذا، فلو شری الفضولی لغيره فی الذمة، فإن عین ذلك الغير تعین و وقف علی إجازته، سواء تلفظ بذلك أم نواه، و إن أبهم مع قصد الغير بطل، و لا یوقف إلى أن يوجد له مجیز إلى أن قال:- و إن لم يتوقف تعین المالك علی التعین حال العقد بأن يكون العوضان معینین، و لا يقع العقد فیهما علی وجه یصح إلا لمالکهما، ففي وجوب التعین أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصیل بین التصريح بالخلاف فیبطل، و عدمه فیصح، أوجه، أقواها الأخير، و أوسطها الوسط، و أشبهها للأصول الأول.

۱. مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ۱۱۵:

و الدلیل علی اشتراط التعین و لزوم متابعتہ فیما ذکر انه لو لا ذلك لزم بقاء الملك الملوک بلا مالک معین فی نفس الامر و ان لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان و لا بالاحکام و الآثار المترتبة علی ذلك و فساد ذلك ظاهر.

۲. مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ۱۱۵:

و لا دلیل علی تأثیر التعین المتعقب و لا علی صحة العقد المبهم لانصراف الادلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة فوجب

شق دیگری که محقق تستری^۱ ذکر می‌کند این است که اگر تعیین مالکین، متوقف بر تعیین حال العقد نباشد بلکه مالکین معین باشند، [و این در جایی است که عوضین، جزئی و معین باشد؛ چراکه عقد علی وجه الصحيح واقع نمی‌شود مگر برای مالک عوضین] - مثلاً زید، مالک کتاب است و عمرو مالک قلم، وکیل وقتی می‌گوید کتاب را به قلم فروختم، چنین عقدی صحیحاً واقع نمی‌شود مگر این که بایع، مالک کتاب و مشتری، مالک قلم باشد - در این صورت آیا «تعیین مالکین یا اطلاق که منصرف به تعیین باشد شرط است، و یا این که تعیین مالک مطلقاً واجب نمی‌باشد، و یا این که تفصیل بدهیم بین جایی که تصریح به خلاف کنند و در نتیجه عقد باطل باشد و بین جایی که تصریح به خلاف نکنند که عقد صحیح است»، وجوه و اقوالی وجود دارد که احوط، قول اخیر است؛ یعنی در صورتی که تصریح به خلاف نکرده باشند، عقد صحیح است و تعیین مالکین شرط نیست، ولی اگر تصریح به خلاف کرده باشند عقد باطل است. هم‌چنین در حکم مالک معین است، جایی که ملک به ذمه‌ی شخص خاصی اضافه شود؛ مثلاً وکیل بگوید یک تن گندم در ذمه زید می‌فروشم به صد دینار.

نظر شیخ رحمته الله در حکم این مسأله

مرحوم شیخ رحمته الله^۲ بعد از نقل کلام محقق تستری رحمته الله، نظر خود را بیان کرده و می‌فرماید: تعیین مالکین شرط نیست؛ زیرا مقتضای مبادله این است که هر یک از عوضین، داخل ملک مالک دیگر شود و الا بر آن دو، صدق

الحکم بعدمه.

۱. مقابیس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ۱۱۵:

و اما اذا لم يتوقف عليه بان يكون العوضان معنيين و لا يقع العقد فيهما على وجه صحيح الا لمالكيهما ففى وجوب التعيين او الاطلاق المنصرف اليه او عدمه مطلقا او التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصح اوجه احوطها الاخير و اوسطها الاوسط و اشبهها بالقاعدة الاول و فى حكم المعين ما اذا عين الكلى بكونه فى ذمة زيد مثلا و على الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير لزم عنه و لغى قصد كونه عن الغير و كذلك تسميته و لو باع مال زيد عن عمرو وقع عن زيد فإن كان وكلا عنه صح و لزم و إن كان فضوليا وقف على اجازته و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد فان لم يكن وكلا عن زيد وقع عنه و تعلق المال بذمته لا عن زيد ليقف على اجازته ...

۲. كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۲۹۹:

أقول: مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين فى ملك مالك الآخر، و إلا لم يكن كل منهما عوضاً و بدلاً. و على هذا، فالقصد إلى العوض و تعيينه يبنى عن تعيين المالك، إلا أن ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك؛ فإن من الأعراض ما يكون متشخصاً بنفسه فى الخارج كالأعيان. و منها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك ك«ما فى الذم»؛ لأن ملكية الكلى لا يكون إلا مضافاً إلى ذمته، و إجراء أحكام الملك على ما فى ذمة الواحد المراد بين شخصين فصاعداً غير معهود. فتعيين الشخص فى الكلى إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما فى الذم على تعيين صاحب الذمة. فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء فى العوض المعين أو فى الكلى.

عوض و بدل نمی‌شود و در نتیجه معاوضه هم محقق نمی‌شود، لذا قصد عوض و تعیین آن، ما را از تعیین مالک بی‌نیاز می‌کند. [الا این که ملکیت عوض و ترتب آثار ملکیت بر آن، گاهی متوقف بر تعیین مالک است.

توضیح بیشتر این که: [عوض از جهت ملکیت، دو قسم است؛ اگر عوض عین خارجی باشد، مالک آن معلوم است و نیاز به تعیین ندارد، مثل کتاب زید، قلم عمرو و امثال آن که در معاوضه، مبیع داخل ملک کسی می‌شود که ثمن از ملکش خارج شود و بالعکس.

اما اگر عوض کلی باشد، ظاهر عبارت جناب شیخ این است که کلی، زمانی می‌تواند عوض واقع شود که هم مال باشد و هم ملک، و کلی مادامی که اضافه‌ی به شخص خاصی نشود، بر آن ملک صادق نیست؛ مثلاً کلی در ذمه‌ی احد الفردین اصلاً ملک نیست و وقتی ملک نبود نمی‌تواند عوض در مبادله قرار گیرد؛ چراکه مبادله یعنی تبدیل ملکین، در حالی که کلی مبهم، ملک نیست. هم‌چنین شیخ رحمته‌الله در انتهای کلام خود تعبیری دارند که از آن استفاده می‌شود کلی مادامی که به ذمه‌ی شخص خاصی اضافه نشود، مال هم نیست، در حالی که عوض باید مال باشد.

بنابراین اگر کلی می‌خواهد به عنوان عوض واقع شود، باید به ذمه‌ی شخص خاصی اضافه شود تا هم ملک شود و هم مال، و وقتی به ذمه‌ی شخص خاصی اضافه شد، قهراً مالک ذمه هم معلوم است. پس دیگر نیازی نیست که قصد مالکین را شرط صحت عقد بدانیم.

نقد و بررسی کلام محقق تستری رحمته‌الله

عرض می‌کنم گرچه کلام محقق تستری فی الجمله صحیح و مورد پذیرش است چنان‌که خواهد آمد، اما اما اطلاق ظاهر کلام ایشان را که باید ثبوتاً در همه‌ی موارد معلوم باشد که ایجاب و قبول از جانب چه کسی محقق می‌شود، قبول نداریم؛ و نمی‌پذیریم که عدم تعیین مالکین در ایجاب بیع و سایر عقود، مطلقاً موجب این می‌شود که ملک، بلا مالک معین فی نفس الامر شود و یا این که جزم به این عقود و آثار و احکام آن حاصل نشود؛ مثلاً اگر بایع به دو نفری که در مقابلش هستند بگوید «بعث احدکما کتابی» و مشتری را معین نکند اما یک نفر معین از آن‌ها بیع را قبول کند، در این صورت چه محذوری پیش می‌آید؟! نه ملک بلا مالک می‌شود؛ چراکه مشتری تا «قبلت» را نگوید، هنوز مبیع در ملک بایع است و با گفتن «قبلت یا اشتریت» است که مبیع به ملک او داخل می‌شود. هم‌چنین محذور عدم جزم به عقد و آثار و احکام عقد هم وجود ندارد، بلکه به مجرد این که مشتری بیع را قبول کرد، می‌توان جزم به عقد و آثار و احکام آن پیدا کرد.

و اگر کسی بگوید چنین بیعی معمول نیست، در جواب می‌گوییم بعد از شمول اطلاق نسبت به چنین فردی و عرفیت چنین عقدی، به صرف ندرت نمی‌توان ادعا کرد ادله‌ی صحت عقود منصرف از آن است. بنابراین این‌که ایشان می‌فرماید «فیجب أن یعین من یقع له البیع او الشراء من نفسه و من غیره» می‌گوییم قبول نداریم که حتی در ایجاب هم لازم باشد که تعیین کنیم عقد برای چه کسی واقع می‌شود، بلکه ایجاب مبهم هم صحیح است البته در صورتی که قبول معین باشد.

جلسه‌ی بیستم؛ شنبه ۱۳۹۴/۸/۲۳

همان‌طور که ایجاب مبهم صحیح است، آیا قبول مبهم نیز صحیح است؟

همان‌طور که بیان کردیم، ایجاب مبهم مانعی ندارد و اگر بایع به دو یا چند نفر بگوید «بعث احدکما أو احدکم کتابی»، و یک نفر معین قبول کند، بیع صحیح است و محذوری ندارد. اما اگر در جایی که ایجاب مبهم است، قبول هم مبهم باشد مثلاً ولی یا وکیل از جانب دو نفر در اشتراء بگوید «قبلت لاحد موکلی» آیا چنین عقدی صحیح است و ابهام قبول، ضربه‌ای به صحت عقد نمی‌زند؟

عرض می‌کنیم گرچه محقق تستری رحمته‌الله این فرض را خیلی توضیح نداده‌اند، اما ما در این‌جا قائل به تفصیل می‌شویم، به این‌که: «احد» را می‌توان به دو نحو تصور کرد؛ احد مفهومی و احد مصداقی مردد.

اگر بایع احد مفهومی را اراده کرده باشد؛ یعنی مبیع را تملیک به «عنوان احدکما» کرده و مشتری هم «احد مفهومی» را اراده کرده و برای عنوان «احدهما» قبول کرده باشد، چنین بیعی صحیح است و عنوان «احدهما» مالک مبیع می‌شود، کما این‌که سایر عناوین نیز چنین می‌باشد، مثل این‌که کسی چیزی را به عنوان فقراء بفروشد و کسی که ولایت بر آن‌ها دارد بپذیرد یا چیزی را به عنوان مسجد بفروشد و قابلی که ولایت دارد نیز برای عنوان مسجد قبول کند.

توضیح مطلب

ما در اوائل بحث مکاسب عرض کردیم که بنا بر اصح، اطلاقاتی وجود دارد که بیان می‌کند در صورتی که [عناوین] عرفیت داشته باشد و ولایت افراد هم بر آن عرفی باشد، بیع و سایر معاملات با آن عناوین صحیح است. بدین جهت ما مؤسسات حقوقی، شرکت‌های سهامی، بانک‌ها و امثال آن را به عنوان یک شخصیت حقوقی تصحیح کردیم و وفاقاً للسیّد الیزدی رحمته‌الله قائل شدیم که با این اطلاقات و عمومات می‌توان

چنین بیع‌ها و لوازم آن را تصحیح کرد. پس در نظر ما عناوینی مانند شرکت، مؤسسه، مسجد، حسینیه و... به طور مطلق قابل تملیک و تملک هستند، بر خلاف غیر واحد من الاعلام که ملتزم به این اطلاق نیستند.

بنابراین در ما نحن فیه اگر بایع بگوید «بعث احدکما کتابی» و وکیل یا ولی از دو نفر هم به واسطه‌ی این که ولایت یا وکالتش عرفاً توسعه دارد و می‌تواند برای عنوان «احدهما» چیزی بخرد، بیع را قبول کند، چنین بیعی صحیح است و عنوان «احدهما» مالک می‌شود^۱ ولی عنوان یا حتی هر یک از دو نفر می‌توانند به عنوان مصداق «احدهما» در این ملک تصرف کنند. اما تعیین این که چنین بیعی چه آثاری دارد، فعلاً خارج از محل بحث ماست و باید از لحاظ عرفی و قراردادی که طرفین با هم بسته‌اند بررسی شود.

اما اگر بایع «احدکما» مصداقی را اراده کرده باشد؛ یعنی وقتی می‌گوید «بعث احدکما کتابی»، مرادش فرد باشد که مردد بین دو نفر است، چنین بیعی باطل است؛ چراکه «احد مردد» عرفاً و عقلاً وجود ندارد «لا ماهیة له و لا هویة»؛ زیرا هر فردی خودش هست و غیر خودش نیست اما «احد مردد» یعنی چیزی خودش باشد و احتمالاً غیر خودش هم باشد که چنین چیزی عقلاً محال و عرفاً غیر واقع است. بنابراین عرف، هر عقدی را که احد طرفینش فرد مردد باشد، نمی‌شناسد و امضاء نمی‌کند، لذا اطلاقات و عموماتی که بیع و عقود عرفیه را امضاء می‌کند، شامل چنین عقدی نمی‌شود.

اما إن قلتی که مطرح شد که درست است الان عقد نیست، اما بعداً که مالکین تعیین شد عقد می‌شود، عرض می‌کنیم: هر چند چنین بیعی عقلاً ممکن است؛ چراکه محاذیری که محقق تستری^۲ فرمودند لازم نمی‌آید^۲، اما عرف با چنین عقد مبهمی که بعد از تمام شدن انشاء، مالک را تعیین کنند آشنایی ندارد و آن را بیع و عقد نمی‌داند، لامحاله عمومات و اطلاقات، شامل آن نمی‌شود. و حتی اگر شک کنیم که عرف چنین معامله‌ای را بیع می‌داند یا نه، همین مقدار کافی است که نتوان به اطلاقات و عمومات تمسک کرد؛ چراکه تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه می‌شود، و لا محاله استصحاب عدم تحقق جاری است.

۱. همان‌طور که کسی چیزی را برای دو نفر به عنوان «احدهما» وقف کند که در آن‌جا به حسب عموم «الوقوف بحسب ما یوقف اهلها» به آن ملتزم می‌شویم و تمام آثار وقف بر آن بار می‌شود، در ما نحن فیه نیز چنین است؛ یعنی کسی که برای عنوان احدهما چیزی می‌خرد، تمام آثار بیع بر آن مترتب می‌شود.

۲. همان‌طور که قبلاً بیان کردیم، در این صورت نه ملک بلا مالک می‌شود؛ زیرا تا مالک تعیین نشود، عقد واقع نمی‌شود و مبیع هم‌چنان در ملک بایع است. هم‌چنین بعد از تعیین مالک می‌توان جزم به عقد و آثار و احکام آن پیدا کرد.

بررسی شق دوم عقود (عقودی که عوضین، عین شخصیه باشد)

اما شق دوم عقود که محقق تستری^۱ ذکر کردند که اگر تعیین مالکین، متوقف بر تعیین حال العقد نباشد بلکه مالکین معین باشند، و این در جایی است که عوضین، جزئی و معین باشد - مثلاً زید مالک کتاب است و عمرو مالک قلم، وقتی وکیل از جانب هر دو می‌گوید «کتاب را به قلم فروختم»، این عقد علی وجه الصحيح واقع نمی‌شود مگر این که بایع، مالک کتاب و مشتری، مالک قلم باشد - در این صورت ایشان فرمودند وجوه و اقوالی وجود دارد که آیا «تعیین مالکین یا اطلاقی که منصرف به تعیین باشد شرط است، و یا این که تعیین مالک مطلقاً واجب نیست حتی اگر تصریح به خلاف شود، و یا این که تفصیل بدهیم بین جایی که تصریح به خلاف کنند و در نتیجه عقد باطل باشد و بین جایی که تصریح به خلاف نکنند که عقد صحیح است»، احوط، قول اخیر است؛ یعنی در صورتی که تصریح به خلاف نکرده باشند، عقد صحیح است و تعیین مالکین شرط نیست، ولی اگر تصریح به خلاف کرده باشند عقد باطل است.

در بررسی این قسمت از کلام محقق تستری^۱ عرض می‌کنیم که به نظر می‌آید ایشان آن توجهی که در ابتدا نسبت به مقام ثبوت و اثبات کردند، در این جا از آن غافل شده و این دو مرحله را از هم تفکیک نکرده‌اند، لذا ما ابتدا حکم این مسأله را در **عالم ثبوت** بررسی می‌کنیم و سپس در **عالم اثبات**.

تعیین مالک در عالم ثبوت به این معناست که آیا لازم است متعاقدین در نیت قصد کنند که بیع از قبل چه کسی واقع می‌شود یا نه؟ و مراد از عالم اثبات هم این است که آیا علاوه بر تعیین مالکین در عالم ثبوت، ابراز به آن هم اثباتاً شرط است یا نه؛ مثلاً وکیل بگوید «یک تن گندم به ذمه‌ی زید می‌خرم»؟

لزوم قصد مالکین در عالم ثبوت

اما در **عالم ثبوت** و با صرف نظر از عالم اثبات و ابراز، عرض می‌کنیم: تعیین مالکین در عالم ثبوت شرط است، ولو با قصد ارتکازی و ضمنی؛ چراکه ثبوتاً امکان دارد کسی، ملک جزئی دیگری را به فرد ثالثی بفروشد؛ مثلاً عمرو قصد کند که کتاب مکاسب زید را از جانب بکر می‌فروشم، و ثبوتاً چنین چیزی محال

۱. مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ۱۱۵:

و اما اذا لم يتوقف عليه بان يكون العوضان معنيين و لا يقع العقد فيهما على وجه صحيح الا لمالكهما ففى وجوب التعيين او الاطلاق المنصرف اليه او عدمه مطلقا او التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصح اوجه احوطها الاخير و اوسطها الاوسط و اشبهها بالقاعدة الاول و فى حكم المعين ما اذا عين الكلى بكونه فى ذمة زيد مثلا و على الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير لزم عنه و لغى قصد كونه عن الغير و كذلك تسميته و لو باع مال زيد عن عمرو وقع عن زيد فان كان وكيلا عنه صحَّ و لزم و إن كان فضوليا وقف على اجازته و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد فان لم يكن وكيلا عن زيد وقع عنه و تعلق المال بدمته لا عن زيد ليوقف على اجازته ...

نیست. لامحاله چون با قصد خلاف، عقد بالفعل صادق نیست و اهمال هم ممکن نیست، پس متعاقدين اگر می‌خواهند عقد صحيح انجام دهند باید ثبوتاً مالکین را تعیین کنند، ولو با قصد ضمنی و ارتكازی.

اما این که محقق تستری رحمته الله در استدلال بر عدم لزوم تعیین مالکین در شق دوم فرمودند «لا يقع العقد فيهما على وجه صحيح الا لمالكيهما»، می‌گوییم این استدلال ما را بی‌نیاز از قصد مالکین در عالم ثبوت نمی‌کند؛ چراکه اگر مالکین ثبوتاً قصد نشوند، اصلاً عقد واقع نمی‌شود، مثل این که کسی اخلال به بعض مقومات عقد کند که موجب بطلان آن می‌شود. پس ثبوتاً شرط است که من يقع له البيع و من يقع له الشراء معین شوند ولو از تکازاً.

هم‌چنین در صورتی که اصلاً قصد نکنند که ثبوتاً عقد از جانب چه کسی واقع می‌شود، باز هم عقد باطل است؛ زیرا در این صورت بایع و یا مشتری، فی نفس الامر مجهول است و عرف چنین معامله‌ای را بیع و عقد نمی‌داند.

مسأله‌ی دیگری که مطرح می‌شود آن است که اگر ثبوتاً مالک را قصد نکرده باشند و بعد از إنشاء او را معین کنند و یا این که قصد غیر مالک کرده باشند و مالک بعداً اجازه کند، آیا این عقد صحيح است؟ عرض می‌کنیم اگر ثبوتاً قصد نکرده باشند که عقد از جانب چه کسی واقع می‌شود، در این صورت عقد باطل است؛ چراکه بیان کردیم چنین معامله‌ای عرفیت ندارد.

اما اگر در عالم ثبوت، غیر مالک را قصد کرده و مشتری هم عقد را قبول کرده باشد و مالک بعداً اجازه دهد - مثل این که عمرو قصد کند که کتاب مکاسب زید را از جانب بکر بفروشد و بعداً بکر این معامله را اجازه دهد - و سایر شرایط صحت عقد هم موجود باشد از جمله این که بکر مالک کتاب مکاسب شده باشد، این بیع از مصادیق فضولی می‌شود و حکم آن إن شاء الله در بحث بیع فضولی خواهد آمد.

لزوم قصد مالکین ثبوتاً در کلی فی الذمه

هم‌چنین در مورد کلی در ذمه که محقق تستری رحمته الله فرمود چون مضاف به شخص خاصی است نیاز نیست که مالک حال العقد معین شود و مرحوم شیخ رحمته الله نیز این را اصل گرفتند و فرمودند چون کلی بدون اضافه به شخص خاصی، نه ملک است و نه مال، لذا این اضافه ما را بی‌نیاز از تعیین مالکین می‌کند، خدمت این دو بزرگوار عرض می‌کنیم:

در کلی در ذمه هم ممکن است کسی چیزی را [مثلاً برای خود] بخرد و ثمنش را در ذمه‌ی زید قرار دهد.

بنابراین چون امکان چنین چیزی وجود دارد و چه بسا اتفاق هم افتاده، پس می‌گوییم ثبوتاً باید متصلی عقد، بایع و مشتری را معین کند ولو به نحو ضمنی یا ارتکازی. بله، کلام این دو بزرگوار در مقام اثبات درست است؛ یعنی بعد از این که ثبوتاً قصد مالکین شد، اضافه‌ی کلی به شخص ما را بی‌نیاز از ابراز مالکین می‌کند.

جلسه‌ی بیست و یکم؛ یکشنبه ۱۳۹۴/۸/۲۴

آیا تعیین مالکین در مقام اثبات لازم است؟

بعد از این که بیان کردیم در مقام ثبوت، تعیین بایع و مشتری لازم است حتی در کلی فی الذمه، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تعیین مالکین در مقام اثبات هم لازم است به این که متعاقدين ابراز کنند که چه کسی بایع و چه کسی مشتری است؟

به نظر می‌آید تعیین مالکین در مقام اثبات لازم نیست و در نزد عقلاء همین مقدار که اثباتاً انشاء مبادله شود، بیع صادق است هر چند طرفین آن ابراز نشوند. سایر معاوضات خاصه از جمله اجاره و امثال آن نیز همین حکم را دارد؛ یعنی ابراز طرفین عقد در مقام اثبات لازم نیست.

آیا شرط است هر یک از بایع و مشتری بدانند که طرف مقابل عقد کیست؟

همان‌طور که عرض کردیم لازم نیست که در مقام اثبات، در ایجاب و قبول ابراز شود که بایع و مشتری کیست، اما آیا شرط است که بایع بدانند مشتری حقیقی کیست و نیز مشتری بدانند بایع حقیقی کیست، ولو به حسب مقوله‌ای که قبل از عقد انجام داده‌اند؟

عرض می‌کنیم که بایع یا مشتری اگر عنایت نداشته باشند که با فرد خاصی معامله کنند - کما این که اغلب موارد چنین است - و قصد آن‌ها فقط فروش یا خرید متاع باشد، در این صورت لازم نیست که بایع بدانند مشتری حقیقی چه کسی است و یا مشتری بدانند بایع واقعی کیست، بله باید ثبوتاً قصد بایع و مشتری واقعی را اجمالاً ولو ارتکازاً داشته باشند، اما دانستن آنان به تفصیل لازم نیست.

اما اگر بایع یا مشتری به هر دلیل - مثل این که بایع تخفیف زیادی داده و می‌خواهد به دست خویشان خود یا مثلاً به دست فلان فقیر برسد - قصد معامله با فرد خاصی را داشته باشند، در این صورت اگر ظاهر حالی وجود داشته باشد که طرف مقابل برای چه کسی می‌خرد یا می‌فروشد، این ظاهر حال مانند لفظ

حجت است و در واقع بایع یا مشتری می دانند که چه کسی طرف معامله‌ی آنهاست.^۱

اما اگر ظاهر حالی وجود نداشته باشد و در عین حال قصد بایع یا مشتری، معامله‌ی با فرد خاص باشد، در این صورت لامحاله حکم به فساد معامله می‌شود؛ زیرا همان‌طور که در سال گذشته عرض کردیم، تطابق بین ایجاب و قبول شرط است؛ یعنی ایجاب و قبول باید دقیقاً مطابق هم باشند حتی از حیث خصوصیت بایع و مشتری، و در چنین جایی چون شک در تطابق بین ایجاب و قبول و در نتیجه شک در تحقق نقل و انتقال داریم، استصحاب عدم تحقق عقد و عدم تحقق نقل و انتقال جاری شده و در نتیجه حکم به بطلان معامله می‌شود.

بنابراین اگر کسی وکیل از جانب چند نفر در خرید یا فروش متاعی باشد و ظاهر حالی وجود نداشته باشد که از جانب کدام موکلش عقد را انجام می‌دهد، در این صورت اگر بایع یا مشتری خاصی مورد عنایت باشد، لا محاله باید از او پرسیده شود که عقد از جانب کدام موکلش است و الا حکم به فساد معامله می‌شود. بله اگر بعداً بفهمند که اتفاقاً هر دو قصد واحد داشتند، در این صورت اگر انشاء از آنها صادر شده باشد، حکم می‌شود که معامله فی الواقع محقق شده است.

آیا بایع می‌تواند ملک دیگری را با رضایت مالک، از جانب خود بفروشد؟

مسأله‌ی دیگری که در ما نحن فیه مطرح می‌شود این است که اگر مالک راضی باشد که فرد دیگری مثلاً کتاب او را از جانب خود بفروشد، چنین معامله‌ای چه حکمی دارد؟^۲

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۰۳:

[هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري والقابل للبائع؟]

و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب، والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره، إلاً فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع والإجازات فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله: «ملكك كذا أو منفعة كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. و يحتمل عدم اعتباره إلاً فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية. [مختار المؤلف و دليله]

و الأقوى هو الأول؛ عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، و تبعية العقود للقصد.

و على فرض القول بالثاني، فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب أتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فأشكال، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد. و هذا الإشكال و إن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع و السيرة إلاً أنه مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۰۱:

و أما ما ذكره من مثال «من باع مال نفسه عن غيره» فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير؛ لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة، و هو معنى لغويته؛ و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجيء و لا

تقریباً همه‌ی اعلام حکم به بطلان چنین بیعی کرده‌اند؛ زیرا بیع یعنی معاوضه و [مقتضای معاوضه این است که] معوض از ملک هر کسی که خارج می‌شود، عوض نیز داخل ملک او شود و بالعکس، در حالی که در بیع مذکور، چنین اتفاقی نمی‌افتد؛ چراکه معوض مثلاً از ملک عمرو که مالک است خارج می‌شود اما عوض داخل در ملک زید می‌شود.

اما از آن‌جا که چنین معاملاتی در بعض موارد واقع می‌شود، لذا در صدد توجیه آن برآمده و توجیحات متعددی ذکر کرده‌اند. از جمله این‌که بعضی گفته‌اند حقیقت این معامله آن است که عمرو ابتدا مال را به زید می‌بخشد و سپس زید مال را برای خود می‌فروشد. برخی دیگر هم گفته‌اند حقیقت این معامله چنین است که مالک به بایع وکالت می‌دهد که ملک او را بفروشد و ثمن آن را هم اخذ کند، سپس برای خودش مصرف کند.

عرض می‌کنیم حقیقت این است که عرف هیچ یک از این دو توجیه و امثال این دو را نمی‌فهمد؛ یعنی این معاملات را نه از باب این‌که بایع وکیل مالک است درست می‌داند و نه از باب این‌که مالک، مبیع را تملیک بایع کرده باشد، بلکه چنین معامله‌ای را به خاطر وجه دیگری صحیح می‌داند که إن شاء الله در آینده به طور مفصل بررسی می‌شود که آیا لازم است بایعین، مالکین باشند و یا این‌که اگر مأذون از جانب مالک هم بودند کافی است؟ اما فی‌الجمله در این‌جا عرض می‌کنیم که:

صرف نظر از روایاتی که بیان می‌کند «لا بیع إلا فی ملک» و مقدار دلالت آن‌ها، عرف این موارد را بیع می‌داند، پس معلوم می‌شود که آن‌چه در بیع لازم است، معاوضه و تبدیل ملکی به ملک دیگر است و لازم نیست که حتماً خود بایع، مالک باشد بلکه همین اندازه که مأذون از طرف مالک باشد که این مال را داخل در

يقع عن نفسه أبداً.

نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه؛ فإنَّ القائل به لا يفرق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكة، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه.

إلا أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية، لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية، أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع كما سيأتي أن المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه؟ و حينئذٍ فيحكم ببطلان المعاملة؛ لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

و من هنا ذكر العلامة و غيره في عكس المثال المذكور: أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل، و كذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام و قال: اشتر به لنفسك طعاماً.

هذا، و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة و لغوية القصد المذكور؛ لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاوضة. و أمّا حكمهم ببطلان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أن المخاطب إذا قال: «بعته لنفسي»، أو «اشتريته لنفسي» لم يقع لمالكة إذا أجاز.

و بالجمله، فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثم إن ما ذكرنا كله حكم و وجوب تعيين كل من البائع و المشتري من يبيع له و يشتري له.

ملک دیگری کند، کافی برای صحت بیع است [و بیش از این تبدیل و مبادله، در صدق بیع شرط نیست].
هم‌چنین فرع دیگری این‌جا مطرح می‌شود که اگر مالک بعداً به بیع بایع راضی شود و اجازه دهد - چه راضی شود به بیعی که انشاء شده، و چه راضی شود که بیع برای خودش واقع شود - آیا این بیع صحیح است یا نه؟ که ان شاء الله در مبحث بیع فضولی بررسی می‌شود.

تخالف بین قصد بایع و مشتری در معامله‌ای که شخص خاص مورد عنایت باشد

اگر ظاهر حال این بود که بایع یا مشتری به قصد فرد خاصی معامله نمی‌کند اما بعد از عقد یکی از آنها مثلاً بایع ادعا کند که قصدش بیع به فرد خاصی بوده اما مشتری به حسب ظاهر حال استفاده کرده بود که قصد بایع، فروش به شخص خاصی نیست، حکم این معامله چگونه است؟

عرض می‌کنیم: اگر بعد از عقد بدانند که قصد یکی از متعاقدين معامله‌ی با فرد خاصی بوده، در این صورت بیع باطل است؛ زیرا تطابق واقعی بین ایجاب و قبول وجود ندارد.

اما اگر اختلاف کردند، در این‌جا دو مسأله مطرح می‌شود:

مسأله اول این‌که اگر متبایعین به قاضی مراجعه کنند و بایع بگوید من قصدم بیع به فرد خاصی بوده و معامله باطل است، اما مشتری بگوید ظاهر حال، بیع به فرد خاص نبوده، در این‌جا قول مشتری مقدم می‌شود؛ چراکه قول او مطابق دلیل و قاعده است. بلکه همان‌طور که گفتیم اگر مشتری بدانند که قصد بایع فروش به فرد خاصی بوده، این بیع فی الواقع باطل است.

مسأله‌ی دوم اگر بایع قصدش بیع به فرد خاصی بوده و مشتری به حسب ظاهر حال یا حتی بواسطه‌ی علم خطایی، گمان کرده که قصد بایع بیع به هر فردی است، در این‌جا مشتری چون حجت دارد می‌تواند در مبیع تصرف کند، اما بایع که می‌داند فرد خاصی را ارده کرده بود، نمی‌تواند در ثمن تصرف کند و باید راه تخلصی پیدا کند [که فعلاً خارج از محل بحث ماست].

جلسه‌ی بیست و دوم؛ دوشنبه ۱۳۹۴/۸/۲۵

آیا در نکاح و طلاق، اثباتاً لازم است که طرفین معین شوند؟

همان‌طور که بیان کردیم در بیع و سایر عقود، شرط است که در عالم ثبوت قصد کنند که عقد از جانب چه کسی واقع می‌شود، پس در عقد نکاح هم شرط است که طرفین قصد کنند چه کسی زوج و چه کسی

زوجه است و بدون قصد اصلاً نکاح محقق نمی‌شود، اما آیا در مقام اثبات هم لازم است که در لفظ ابراز کنند که طرفین نکاح کیست؟

عرض می‌کنیم ابراز به لفظ لازم نیست، بلکه به نظر می‌رسد با فرض تعیین واقعی لازم نیست موجب و قابل بدانند که طرف مقابل کیست؛ بلکه اگر بعداً برای متعاقدین معلوم شد که در قصد موجب، فلان فرد معین زوج و فلان فرد معین زوجه بوده است، کافی است گرچه خلاف احتیاط است. کما این که اگر ایجاب از حیث قابل مبهم باشد و قابل با قصد فرد معین قبول کند، بعید نیست در عقد نکاح هم همچون عقد بیع، صحت آن را بپذیریم گرچه احتیاط در این جا اشد است، کما این که احتیاط نیز در ذکر طرفین عقد نکاح است ولو به نحو اجمال.^۱

طلاق نیز چنین می‌باشد و طلاق مبهم صحیح نیست؛ یعنی کسی که چند تا زوجه دارد اگر زوجه‌ی خاصی را قصد نکند و مبهماً بگوید «طلقتُ احدی زوجاتی»، این طلاق صحیح نیست و واقع نمی‌شود. و این که بعداً یکی از زوجات را معین کند، این هم عرفاً طلاق نیست و تعیین بعدی نمی‌تواند طلاق سابق را اثبات کند. خودش هم نمی‌تواند طلاق باشد؛ چراکه با روایاتی که بیان می‌کند در طلاق، صیغه‌ی خاصی شرط است سازگاری ندارد.

استثناء یک مورد از عدم صحت انشاء مبهم

ظاهراً فقط یک مورد وجود دارد که ابهام، تعبداً موجب بطلان نمی‌شود و آن به نوعی در مسأله‌ی عتق است.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۰۴:

و قد یقال فی الفرق بین البیع و شبهه و بین النکاح: إن الزوجین فی النکاح کالعوضین فی سائر العقود، و یختلف الأغراض باختلافهما، فلا بد من التعین و توارد الإیجاب و القبول علی أمر واحد، و لأن معنی قوله: «بعتک کذا بکذا» رضاه بکونه مشتریاً للمال المبیع، و مشتری یطلق علی المالك و وکیلہ، و معنی قولها: «زوجتک نفسی» رضاها بکونه زوجاً، و الزوج لا یطلق علی الوکیل، انتهى.

و یرد علی الوجه الأول من وجهی الفرق: أن کون الزوجین کالعوضین إنما یصحّ وجهاً لوجوب التعین فی النکاح، لا لعدم وجوبه فی البیع؛ مع أن الظاهر أن ما ذکرنا من الوقف و إخوته کالنکاح فی عدم جواز قصد القابل القبول فیها علی وجه الثیابة أو الفضولی، فلا بد من وجهٍ مطردٍ فی الكلّ.

و علی الوجه الثانی: أن معنی «بعتک» فی لغة العرب کما نصّ علیه فخر المحققین و غیره هو ملکتنک بعوض، و معناه جعل المخاطب مالکاً، و من المعلوم أن المالك لا یرد علی الولیّ و الوکیل و الفضولی.

فالأولی فی الفرق ما ذکرنا من أن الغالب فی البیع و الإجارة هو قصد المخاطب لا من حیث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من کونه أصالةً أو عن الغیر، و لا ینافی ذلك عدم سماع قول مشتری فی دعوی کونه غیر أصیل فتأمل بخلاف النکاح و ما أشبهه؛ فإن الغالب قصد المتکلم للمخاطب من حیث إنه رکن للعقد، بل ربما یستشکل فی صحّة أن یراد من القرینة المخاطب من حیث قیامه مقام الأصل، کما لو قال: «زوجتک» مریداً له باعتبار کونه وکیلاً عن الزوج، و کذا قوله: «وقفت علیک» و «أوصیت لک» و «وکلتک»، و لعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العوانات علی الوکیل فیها، فلا یقال للوکیل: الزوج، و لا الموقوف علیه، و لا الموصی له، و لا الوکیل، بخلاف البائع و المستأجر، فتأمل؛ حتّی لا یتوهم رجوعه إلی ما ذکرنا سابقاً و اعترضنا علیه.

اگر کسی نذر کند یا قسم بخورد که «اولین عبدی را که مالک شوم، آزاد می‌کنم»، و مقصودش آن باشد هرچند چند عبد در آن واحد مالک شوم، و بعداً در آن واحد چند عبد داخل در ملک او شود - مثلاً مورث فوت می‌کند و تمام اموالش از جمله عبید و ایمائی که دارد به او برسد - در این جا با این که إنشاء مبهم است و فی نفسه چنین نذری منعقد نمی‌شود؛ چراکه اوّل بودن در این جا نسبت به هیچ کدام از عبید یا ایماء معنا ندارد و همه در آن واحد داخل ملک او شده‌اند، اما با این حال روایاتی وجود دارد که بیان می‌کند چنین نذر یا قسمی صحیح است و با قرعه، یکی از عبید را معین کرده و آزاد می‌کند.

صاحب وسائل رحمته الله این روایات را در بابی به نام «بَابُ أَنْ مَنْ نَذَرَ عَتَقَ أَوَّلَ مَمْلُوكٍ يَمْلِكُهُ فَمَلَكَ مَمَالِكًا دَفْعَةً اسْتَخْرَجَ وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ فَأَعْتَقَهُ...» ذکر کرده که ما روایت اوّل این باب را می‌خوانیم:

- صحیح‌ه‌ی حلبی:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ^۱ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي رَجُلٍ قَالَ: أَوْلُ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ فَوْرَثَ سَبْعَةً جَمِيعاً قَالَ: يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ وَ يُعْتَقُ الَّذِي قُرِعَ.^۲

این روایت را شیخ طوسی رحمته الله با سند صحیح خود از الحسین بن سعید ثقه نقل می‌کند. باقی روات هم از اجلاء و ثقات می‌باشند. پس روایت از لحاظ سند صحیح است.

حلبی می‌گوید امام صادق عليه السلام درباره‌ی مردی که چنین گفته بود «اولین مملوکی که مالک شوم، حُرّ باشد» و هفت تا عبد با هم مالک شده بود، فرمودند: بین عبید قرعه انداخته می‌شود و عبدی که قرعه به نامش درآمد آزاد می‌شود.

همان‌طور که عرض کردیم عرف، إنشاء مبهم را کافی ندانسته و مصداق عقد یا ایقاع نمی‌داند و آثار بالفعل را هم بر آن مترتب نمی‌کند، پس باید ملتزم شویم چنین نذری هم منعقد نمی‌شود؛ چراکه مبهم است و هیچ‌کدام در فرض مذکور متصف به اوّل بودن نمی‌شوند، اما روایت می‌فرماید این نذر صحیح است و با

۱. تهذیب الأحکام، المشیخة، ص ۶۳:

و ما ذکرته فی هذا الكتاب عن الحسين بن سعيد فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبید الله و احمد بن عبدون کلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الولید عن ابيه محمد بن الحسن بن الولید و اخبرني به أيضا ابو الحسين ابی جید التمی عن محمد بن الحسن بن الولید عن الحسين بن الحسن بن ابان عن الحسين بن سعید.

و رواه أيضا محمد بن الحسن بن الولید عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد بن الحسين بن سعید.

۲. وسائل الشیعة، کتاب العتق، ج ۲۳، باب ۵۷، ح ۱، ص ۹۲ و تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۲۲۵.

قرعه، یک عبد را انتخاب کرده و آزاد می‌کنند.^۱

بنابراین در ما نحن فيه نصّ خاص وجود دارد که نذر عتق مبهم، صحیح است. اما در سایر موارد اگر نصّ خاصی وجود نداشته باشد، عقد یا ایقاعی که مبهم یا در قوه‌ی مبهم باشد، صحیح نیست و اثری بر آن مترتب نمی‌شود. بله، در بعض موارد ممکن است با اجازه‌ی بعدی، صحّت عارض شود، که آن بحث دیگری است [و هر مورد باید به طور جداگانه در جای خود بررسی شود].

کلام شهید ثانی رحمته الله در عدم تحقق قصد در مُکره و نقد آن

شیخ انصاری^۲ از شهید ثانی^۳ نقل می‌کند که ایشان فرموده‌اند مُکره، فاقد قصد است. به جناب علامه و نیز شهید اول رحمتهما الله هم نسبت داده شده که مُکره و نیز فضولی را فاقد قصد می‌دانند.

۱. ظاهر بدوی عبارت روایت این است که فرد، به نحو شرط نتیجه نذر کرده که اول مملوکم آزاد باشد «أَوَّلُ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ». اما می‌گوییم چنین نیست و به نحو شرط نتیجه نذر نکرده است؛ چراکه حضرت در جواب می‌فرمایند «يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ وَيُعْتِقُ الَّذِي قُرِعَ» یعنی عبدی که قرعه به نامش درآمده را آزاد می‌کنند، در حالی که اگر به نحو نتیجه بود قاعدتاً باید چنین می‌فرمودند «يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ فَهُوَ حُرٌّ». مضافاً به این‌که روایت دوم این باب صریح در این است که «اعتاق» مراد است؛ چراکه «واحداً» مفعول «يعتق» است.

۲. وسائل الشیعة، کتاب العتق، ج ۲۳، باب ۵۷، ح ۲، ص ۹۲ و تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۲۲۵:
وَعَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ] عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبِيَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلَيْمَانَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ أَوَّلُ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ فَلَمْ يَلْبَثْ أَنْ مَلَكَ سِتَّةَ أَيَّامٍ يُعْتِقُ قَالَ: يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ ثُمَّ يُعْتِقُ وَاحِدًا الْحَدِيثَ.
۳. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۹۵:

ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره كما صرح به في المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد؛ مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

۳. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۵۶:
و يمكن أن يقال: إن القصد من المكره حاصل دون من سبق، لأن غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ ولا إلى مدلوله، بخلاف المكره، فإنه باعتبار كونه عاقلاً قاصد إلى ما يتلفظ به و يفعله بشعوره، لكنه بالإكراه غير قاصد إلى مدلوله، وذلك كاف في صلاحيته و قبوله للصحة إذا لحقه القصد إلى مدلوله بإجازته.

و منله القول في عقد الفضولي فإنه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لأن المفروض أهليته و جمعه للشرائط المعبرة في صحة العقد إلا الملك. و لا يتحقق منه قصد مدلوله - أعني نقل الملك و التسليط على التصرف و غيرهما من احكام العقد - لأن ذلك من وظائف المالك، فإذا أجاز المالك و قصد إلى ذلك صحّ. و يتفرع عليه ما لو عقد الفضولي في حالة لا يكون فيها أهلاً للقصد إلى اللفظ - كالتائم و السكران و الصبي و المجنون - فإن الإجازة اللاحقة له من المالك لا تؤثر. و من ثمّ حكموا بأن الولي لو أجاز عقد الصبي لم يصحّ. و هذا واضح بين.

۴. الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۱۹۲:
فعد الصبي باطل و إن أذن له الولي أو أجازته أو بلغ عشراً في الأشهر، وكذا عقد المجنون.
و لا فرق بين عقدهما على مالهما أو غيره بإذن مالكة أو غيره و في معناه السكران و اختيارهما، ففقد المكره باطل، إلا أن يرضى بعد

اما این کلام شهیدین و مرحوم علامه رحمتهما مورد تأمل شیخ رحمتهما و دیگران قرار گرفته است؛ چراکه اگر مکره فاقد قصد باشد، اصلاً عقدی از او صادر نشده است، در حالی که خود شهید و دیگران قائلند که مفهوم و مصداق عقد توسط مکره محقق شده است اما شرط صحّت [که طیب خاطر باشد] مفقود است.

توضیح بیشتر این که: همان طور که در ابتدای بحث اشتراط قصد توضیح دادیم، قصد دو مرحله دارد؛ یکی «قصد لفظ بما له من المعنی» و دیگری «قصد تحقق جدی آن معنا». و بیان کردیم که انتفاء هر یک از این دو مرحله، موجب انتفاء اصل عقد می شود. حال می گوئیم اگر مراد شهیدین و مرحوم علامه رحمتهما از این که می فرمایند مکره فاقد قصد است، این باشد که یکی از این دو مرحله مفقود است، لا محاله باید قائل شویم که مکره اصلاً عقدی انجام نداده است، در حالی که این مطلب با کلام خود شهیدین و سایر فقهاء و نیز با شواهدی که در مسأله‌ی بعد ذکر خواهیم کرد سازگاری ندارد، از جمله‌ی این شواهد این که فقهاء «اختیار» را به عنوان شرط دیگری برای متعاقدين ذکر کرده‌اند؛ یعنی یکی از شرایط متعاقدين قصد است و شرط دیگر اختیار، و اگر این کلام درست باشد که مکره فاقد قصد است، در این صورت باید بیع مکره با شرط اول که لزوم قصد است خارج می شد، در حالی که فقهاء با شرط بعدی یعنی لزوم اختیار آن را خارج کرده‌اند و قائل به عدم صحت بیع مکره شده‌اند.

بنابراین معلوم می شود که مکره فاقد قصد نیست؛ یعنی مرحله‌ی اول و دوم را دارد، اما فاقد اختیار می باشد.

والحمد لله رب العالمین

تقریر متن: جواد احمدی

برای مشاهده و دریافت متن دروس و بیانات حضرت استاد دامت برکاته می توانید به سایت معظّم له (پایگاه اطلاع رسانی مؤسسه‌ی پرتو ثقلین) به نشانی زیر مراجعه فرمایید:

www.Qommpth.ir

الإكراه. و الأقرب أن الرضا كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله، فلو أكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران. و قصدهما، فلا يتعقد من الغافل و النائم و الساهي و الهازل و الغالط.