

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه استدلالی ۳

سطح ۲

درس ۴۷

استاد: حجت‌الاسلام والمسلمین امینی

آموزشیار: آقای خادمی

مقدمه

مباحث کتاب بیع بعد از بررسی احکام عقد و شرایط متعاقدين، در درس پيشين به مساله شروط عوضين رسيد. ملكيت داشتن هر يك از عوضين براي متبايعين، اولين شرط از شروط ثمن و مثن بود كه در درس قبل از مستند و دليل آن تحقيق شد.

قدرت بر تسليم عوضين توسط متعاملين، شرط ديگري است كه از «حديث غرر» و بيان ميرزاي نائيني براي اثبات اعتبار آن استدلال آورده شده است. اين دو دليل مواجه با اشكالات و مناقشاتي است كه مانع تمام بودن آن براي اثبات شرطيت قدرت بر تسليم عوضين مي‌گردد. اما غير از اين دو، روايات ديگري نيز وجود دارد كه در آنها از فروش برده فراري بدون ضميمه آن با چيز ديگري نهی شده است، كه بهترين مستند براي اثبات اعتبار قدرت بر تسليم به شمار مي‌رود. بررسی مستندات ارائه شده پيرامون شرطيت قدرت بر تسليم عوضين، بخش مهمي از مباحث درس حاضر را به خود اختصاص داده است.

معلوم بودن مقدار هر يك از ثمن و مثن، شرط ديگري است كه به اتفاق فقهای اماميه رعايت آن در عوضين معتبر است. احاديث زيادي وجود دارد كه از آنها اعتبار اين شرط در ارتكاز متشرعه استفاده مي‌شود، كه با تقرير معصوم عليه‌السلام در قبال آن، شرطيت معلوم بودن مقدار به اثبات خواهد رسيد. ارتكاز، الغاي خصوصيت، تنقيح مناط از اصطلاحات مهم فقهی هستند، كه به مناسبت بحث شرط معلوميت عوضين، در اين درس به تفصيل از آنها سخن گفته خواهد شد.

كفايت مشاهده در مواردی كه حدّ و اندازه عوضين با آن مشخص مي‌شود، از احكام مربوط به شروط عوضين مي‌باشد، كه طرح آن بحث پاياني درس پيش رو مي‌باشد.

بررسی دلائل شرائط ديگر عوضين مانند لزوم عين بودن مبيع و اشتراط ماليت ثمن و مثن در درس بعدي پيگيري مي‌شود.

متن عربى

٢- و اما القدرة على التسليم، فلم يعرف خلاف في اعتبارها. و استدلل على ذلك بعدة وجوه نذكر منها:

أ- التمسك بالنبوى المعروف: «نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر» بعد تفسير الغرر بالمخاطرة المتحققة بشراء ما لا يقدر على تسليمه و وضوح ظهور النهى فى باب المعاملات فى الارشاد الى الشرطية و المانعية دون الحرمة التكليفية.

و هو اذا كان خاصاً بحالة الشك فى القدرة فيمكن بعد ضم الاولوية اثبات التعميم لحالة الجزم بعدمها. و فيه: ان الحديث ضعيف سنداً بالإرسال، و دلالة لإمكان اندفاع الغرر باشتراط الخيار على تقدير عدم تحقق التسليم خلال مدة مضبوطة.

ب- ما تمسك به الشيخ النائيني من زوال المالية عما لا يقدر على تسليمه.

و فيه: انه على تقدير اعتبار شرط المالية فى عوضى البيع لا نسلم زوالها بعدم القدرة، لأنه مخالف للوجدان.

ج- و أحسن ما يمكن التمسك به الروايات الناهية عن بيع الآبق بلا ضمانة، كما فى موثقة سماعة عن أبى عبد الله عليه السلام: «الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا ان يشتري معه شيئاً آخر و يقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فان لم يقدر على العبد كان الذى نَقَّده فيما اشترى منه».

ثم انه إذا لم يحتمل اختصاص مثل الرواية المذكورة بموردها أمكنت الفتوى باعتبار الشرط المذكور و إلا فلا بد من التنزل إلى الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور و الاجماع المدعى على الشرطية.

٣- و اما وجه الاستثناء، فواضح من خلال الموثقة المتقدمة بعد فهم العرف عدم الخصوصية لموردها.

٤- و اما اعتبار ضبط العوضين، فلا خلاف فيه بين الأصحاب، و تدل عليه روايات كثيرة، كصحيحة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: «سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدّه فيكالم بمكيال ثم يعدّ ما فيه ثم يكالم ما بقى على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به»، و غيرها.

و هى تدل على ارتكاز عدم جواز بيع المعدود بلا عدّ، و الامام عليه السلام قد أمضى الارتكاز المذكور. و موردها و ان كان هو المعدود، إلا ان الخصوصية له غير محتملة فيتعدى إلى غيره.

و اما اعتبار ضبط الثمن، فيمكن ان يستفاد من الروايات السابقة بعد تنقيح المناط و الغاء العرف خصوصية المورد حيث يفهم ان المعلوماتية معتبرة فى العوضين بلا خصوصية للمبيع.

٥- و اما كفاية المشاهدة فيما ينضبط بها، فلأنّ المستفاد من النصوص السابقة اعتبار معلوماتية العوضين، فإذا تحققت بالمشاهدة كفت، و لا دليل على اعتبار ما هو أكثر منها.

دلیل اعتبار قدرت بر تسلیم

عدم وجود مخالف

در توضیح شرایط عوضین بیان شد که هر یک از بایع و مشتری باید قدرت بر تسلیم عوضین را داشته باشند. در این مسأله از بین فقهاء مخالفی شناخته نشده است، لذا محقق ثانی بر شرطیت آن ادعای اجماع کرده است.^۱ غیر از اجماع برای اثبات شرطیت قدرت تسلیم، ادله‌ای نیز اقامه شده است که مورد طرح و بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. حدیث نبوی

حدیث غرر از رسول خدا صلی الله علیه وآله نقل شده با این مضمون که آن حضرت از معامله غرری، نهی کرده است. در تمسک به این حدیث برای اثبات اشتراط قدرت تسلیم باید به سه نکته توجه شود:

نکته اول

برای غرر معانی متعددی ذکر شده است.^۲ یکی از آنها خطر به معنای انجام کاری که در آن احتمال ضرر وجود دارد، می‌باشد. در تمسک به حدیث برای اثبات شرطیت قدرت بر تسلیم، این تفسیر از غرر باید مورد توجه قرار بگیرد.

نکته دوم

در این که مراد از «نهی» در حدیث، حرمت تکلیفی است یا ارشاد به شرطیت و مانعیت، بین فقهاء اختلاف است. مصنف این نهی را به دلیل این که موضوع روایت «معاملات» است، ظاهر در ارشاد به شرطیت و مانعیت دانسته^۳، که اثبات مطلوب نیز متوقف بر همین ظهور می‌باشد.

۱. جامع المقاصد، ج ۴ ص ۱۰۱.

۲. محقق اصفهانی در حاشیه مکاسب می‌نویسد: اهل لغت برای غرر معانی متعددی ذکر کرده‌اند؛ مانند غفلت، خدعه، خطر، انجام کاری که در آن ایمنی از ضرر نیست، چیزی که مورد تعهد و اطمینان نیست، آن چه ظاهری پسندیده و باطنی ناپسند دارد، و به احتمال قوی، همگی معنای حقیقی غرر نیستند. برخی توضیح معنای حقیقی، برخی بیان لازم دائم، برخی لازم غالب و برخی بیان مصداق هستند. با توجه به موارد استعمال واژه غرر، معنای نزدیک به آن، معنای خدعه است که لازم دائم آن غفلت، لازم غالب آن خطر و مصداق آن چیزی است که ظاهری پسندیده و باطنی ناپسند دارد. شیخ محمد حسین اصفهانی: حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۳۰۰.

۳. غرض و ظهور غالب نهی‌هایی که در شریعت بر روی معاملات رفته است، حرام بودن آن‌ها نمی‌باشد، بلکه اغراض دیگری است که در این گونه موارد شکی در بطلان معامله در صورت تحقق متعلق نهی نیست. به بعضی از این موارد در ضمن مثال اشاره خواهیم کرد: بعضی از نهی‌ها اشاره به مانعیت متعلق نهی دارند، مانند: «لا تئصل فی ما لایوکل لحمه»؛ «در لباسی که از پوست حیوان حرام گوشت تهیه شده است نماز نخوان». در این مثال مسلماً مراد شارع مقدس این نیست که اگر کسی لباسی را که از حیوان حرام گوشت تهیه شده است استفاده کند، مرتکب حرام شده است. بلکه مقصود مانعیت این نوع لباس از صحت نماز می‌باشد.

بعضی نهی‌ها نیز بر شرطیت نقیض متعلق خود دلالت می‌کنند؛ مانند: بدون اندازه و محاسبه وزن، معامله نکن. در این نهی‌ها در واقع قصد شارع حرمت معامله در صورت عدم وزن نیست. بلکه در صدد بیان شرطیت نقیض آن یعنی لزوم مکیل یا موزون بودن مورد معامله است. بدیهی است در این گونه موارد نیز در صورت عدم رعایت شرط، معامله محکوم به بطلان خواهد بود. «برگرفته از مباحث حلقة ثانیة شهید صدر میبحث اقتضاء الحرمة للبطلان».

نکته سوم

همان گونه که در توضیح معنای غرر بیان شد، اقدام به انجام کاری است که در آن احتمال ضرر وجود دارد، اما در بحث ما امر فراتر از احتمال بوده و در صورت عدم قدرت بر تسلیم هر یک از عوضین، اقدام به معامله امری است که ضرری بودن آن قطعی می‌باشد. لذا باید برای اثبات عمومیت این حدیث نسبت به اموری که ضرری بودن آن مسلم است، قاعده اولویت^۱ ضمیمه شود. «FG»

نکات قابل توجه در تمسک به حدیث غرر

نکته اول: تفسیر غرر به خطر و اقدام به کار مخاطره انگیز.

نکته دوم: ظهور نهی از بیع غرری در ارشاد به شرطیت و مانعیت.

نکته سوم: استفاده عمومیت از حدیث با ضمیمه قاعده اولویت.

دلالت حدیث نبوی بر اعتبار قدرت بر تسلیم

انجام معامله در فرض عدم قدرت بر تسلیم هر یک از عوضین اقدام به امری است که وجود ضرر در آن قطعی است. و حدیث نبوی به طریق اولی شامل معاملاتی می‌شود که ضرری بودن آنها قطعی است، و مراد از نهی وارده در آن ارشاد به مانعیت ضرر و شرطیت عدم آن در صحت معامله است، در نتیجه با تمسک به آن شرطیت قدرت بر تسلیم عوضین ثابت می‌شود. «FG»

دلالت حدیث نبوی بر اعتبار قدرت بر تسلیم

صغری: ضرری بودن معامله در صورت عدم قدرت بر تسلیم عوضین.

کبری: دلالت حدیث نبوی بر مانعیت ضرری بودن از صحت معامله.

نتیجه: اثبات شرطیت قدرت بر تسلیم و مانعیت عدم آن از صحت معامله.

بررسی حدیث نبوی

بررسی سندی

سند این روایت به دلیل مرسل^۲ بودن ضعیف می‌باشد.

۱. قیاس اولویت در جایی محقق است که دو شرط حاصل باشد: یک: حکم در منطوق و مفهوم از یک سنخ باشد. مثلاً اگر حکم در منطوق وجوب است در مفهوم نیز چنین باشد و اگر در آن حرام است در مفهوم نیز حرمت باشد. دو: ملاک حکم در مفهوم اقوی از ملاک حکم در منطوق باشد. مثلاً در آیه «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ» اف گفتن به پدر و مادر مورد نهی قرار گرفته است. دلالت این نهی بر ناسزا گفتن و آزار کردن پدر و مادر دارای اولویت است. اعتبار و حجیت این نوع از قیاس نیز بین فقیهان مورد خلاف است، بیشتر فقها آن را معتبر و حجت دانسته و از قیاس باطل مستثنی می‌دانند. و بعضی آن را حجت و معتبر ندانسته و بر این اعتقادند که ادله منع از عمل قیاس شامل آن نیز می‌شود. پس قیاس اولویت هنگامی معتبر است که ثبوت حکم در غیر منطوق به دلیل قویتر بودن علت حکم در آن قطعی و ناگزیر باشد و اما اگر چنین نباشد سریان حکم از مورد نص به غیر مورد نص جایز نخواهد بود. چون مجرد اولویت ظنی مجوز سریان حکم نبوده و از نوع قیاس باطل به حساب می‌آید. «برگرفته از کتاب اصول فقه مظفر مبحث قیاس و سایت ویکی علوم اسلامی»

۲. حدیث مرسل - اصطلاحی در علم درایه و - حدیثی است که راوی، آن را از معصوم. نشنیده، لیکن بدون واسطه از وی نقل کرده باشد و یا با واسطه نقل کرده، اما واسطه را فراموش کرده و به فراموشی تصریح نموده و یا از روی عمد یا سهو آن را نیآورده باشد و یا واسطه را با ابهام ذکر کرده باشد، مانند تعبیر «عن رجل» یا «عن بعض اصحابنا»؛ واسطه حذف شده یکی باشد یا بیشتر. «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳، ص: ۲۷۰».

بررسی دلالتی

حدیث مذکور بر بطلان بیع در صورت غرری بودن دلالت می‌کند. در نتیجه اگر در معامله برای هر یک از بایع یا مشتری که طرف مقابل ایشان قدرت بر تسلیم ندارد، شرط خیار قرار داده شود که اگر تا مدت زمان مشخصی عوض تسلیم او نشد، حق فسخ معامله را داشته باشد، بیع غرری نبوده و حدیث شامل آن نمی‌شود.

نتیجه

با توجه به ضعف سندی و دلالتی حدیث نبوی، استناد به آن برای اثبات شرطیت قدرت تسلیم عوضین برای هر یک از متبایعین، تمام نیست. «FG»

<p>بررسی سندی: ضعف سند به دلیل مرسل بودن.</p> <p>بررسی دلالتی: امکان اندفاع غرر با اشتراط خیار در صورت عدم تحقق تسلیم در مدت مشخص شده.</p> <p>نتیجه: عدم صلاحیت استناد به آن برای اثبات شرطیت قدرت بر تسلیم به دلیل ضعف سند و دلالت.</p>	}	<p>بررسی حدیث نبوی</p>
--	---	------------------------

۲. استدلال میرزای نائینی

میرزای نائینی با قبول این مطلب که یکی از شرائط عوضین «مالیت» آن دو می‌باشد، برای شرطیت قدرت بر تسلیم این گونه استدلال آورده است:

صغری

هر یک از عوضین که قدرت بر تسلیم آن‌ها وجود نداشته باشد، مالیت آن زائل می‌شود. زیرا عقلاء چیزی را که قدرت بر تسلیم آن وجود نداشته باشد، مال به شمار نمی‌آورند.

کبری

معامله در صورت عدم مالیت عوضین باطل است.

نتیجه

در صورت عدم قدرت بر تسلیم عوضین، معامله باطل است. «FG»

<p>صغری: عدم مالیت شیء غیر قابل تسلیم.</p> <p>کبری: بطلان معامله بر شیء فاقد مالیت.</p> <p>نتیجه: بطلان معامله در صورت عدم قدرت بر تسلیم.</p>	}	<p>استدلال میرزای نائینی</p>
---	---	------------------------------

اشکال مصنف

با فرض قبول کبری استدلال میرزای نائینی مبنی بر اشتراط مالیت در عوضین و بطلان معامله در صورت عدم مالیت هر یک از آن دو، صغرای استدلال ایشان که شیء غیر قابل تسلیم را فاقد مالیت به شمار آورده‌اند، قابل قبول نیست، زیرا وجدان عرفی، عدم قابلیت تسلیم را دلیل زوال مالیت شیء به شمار نمی‌آورد. در نتیجه استدلال میرزای نائینی هم برای اثبات شرطیت قدرت بر تسلیم عوضین توسط متبایعین تمام نیست.

۳. تمسک به روایات ناهی از بیع عبد اَبَق

دلیل سوّمی که برای اثبات اشتراط قدرت بر تسلیم ارائه شده، روایاتی هستند که طبق مضمون آن‌ها از فروش برده فراری بدون ضمیمه شدن چیز دیگری به آن، نهی شده است.^۱

موثقه سماعه

در خصوص خریدن عبدی که از صاحب خود فرار کرده است از امام صادق علیه السلام سوال می‌شود. حضرت در جواب سائل حکم به بطلان بیع مذکور فرموده و در ادامه راه حلی برای تصحیح آن به این شرح ارائه می‌فرمایند: «اگر مشتری همراه با عبد فراری، چیز دیگری نیز از بایع خریداری کند، معامله صحیح است. و در صورتی که مشتری به عبد دسترسی پیدا نکند، ثمن پرداخت شده از سوی مشتری به ازای همان شیء ضمیمه خریداری شده خواهد بود»^۲.

نظر مصنف

اگر احتمال اختصاص روایت به مورد آن - عبد فراری - داده نشود، و به عبارت دیگر از روایت الغای خصوصیت^۳ شود با تمسک به آن فتوای به اعتبار شرطیت قدرت بر تسلیم عوضین ممکن خواهد بود. و اما در صورت عدم الغای خصوصیت و احتمال اختصاص روایت به مورد آن، باید در مورد اعتبار این شرط طریقه احتیاط در پیش گرفته شود. و از باب احتیاط این شرط در صحت معاملات رعایت شود. زیرا مشهور فقها بر اعتبار آن فتوا داده و حتی بر شرطیت آن ادعای اجماع شده است.

(FG)

۱. اجماع و عدم قول به خلاف در شرطیت آن: مستند احتیاط در شرطیت قدرت بر تسلیم در صورت عدم تام بودن موثقه سماعه.
۲. حدیث نبوی: ضعف سندی و دلالتی.
۳. استدلال میرزای نائینی: عدم تام بودن آن به دلیل عدم زوال مالیت از شیء غیر قابل تسلیم.
۴. موثقه سماعه: تام بودن آن در صورت عدم احتمال اختصاص به مورد.

بررسی ادله اعتبار شرطیت
قدرت بر تسلیم

۱. محمد بن حسن حرّ عاملی اعلی الله مقامه در کتاب تجارت وسائل الشیعه بابی را به همین روایات اختصاص داده است.

۲. از ظاهر روایت مذکور این‌گونه استفاده می‌شود که اگر مشتری با علم به عدم قدرت بایع بر تسلیم عبد در هنگام عقد، آن را به ضمیمه شیء دیگری خریداری کند، در صورت عدم دسترسی به عبد، حق رجوع به بایع را ندارد و تمام ثمنی که پرداخته به ازای همان ضمیمه به شمار خواهد آمد. این استظهار با فتوای مرحوم مجلسی اول نیز موافق است.

۳. الغای خصوصیت، حذف اوصاف و ویژگی‌هایی است که در دلیل حکم، همراه با موضوع است، اما نزد عرف دخالتی در ثبوت آن حکم برای آن موضوع ندارد و نتیجه آن، شمول حکم به مواردی است که فاقد آن اوصاف است. برای مثال، آیه ۴ سوره نور «و الذین یرمون المحصنات ثم لم یاتوا باریعة شهداء فاجلدوهم ثمانین جلدة» حذف کننده زنان محصن را بیان می‌کند و نسبت به قذف کننده مردان محصن ساکت است، اما با الغای خصوصیت زن بودن، حذف یاد شده نسبت به قذف کننده مردان نیز جاری می‌شود.

وجه استثناء

در تبیین شرطیت قدرت بر تسلیم بیان شد که اگر در معامله‌ای که هر یک از متعاملین قادر بر تسلیم عوض خود نیستند، ضمیمه‌ای قرار داده شود، معامله صحیح می‌باشد. و از حکم بطلان معامله در صورت عدم قدرت بر تسلیم عوضین این مورد استثناء شده است. دلیل این حکم از روایت موثقه سماعه قابل استفاده است. زیرا موثقه در صحت بیع عبد فراری در صورت ضمیمه شدن آن به چیز دیگر صراحت دارد. و با توجه به الغای خصوصیت از روایت مذکور عمومیت این حکم در سائر موارد ثابت می‌شود.

تطبیق

۲- و اما القدرة علی التسليم، فلم يعرف خلاف فی اعتبارها^۱.

۲- و اما قدرت داشتن بر تسلیم، پس اختلافی در معتبر بودن آن معلوم نیست.

و استدلال علی ذلك بعدة وجوه نذكر منها:

و بر آن استدلال شده به چند وجه که تعدادی از آن را ذکر می‌کنیم:

أ- التمسك بالنبوي المعروف: «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغر»^۲

أ- تمسك به حدیث نبوی معروف: «پیامبر صلی الله علیه و آله از بیع غری نهی فرمود»

بعد تفسیر الغر بالمخاطرة المتحققة بشراء ما لا يقدر علی تسليمه

بعد از تفسیر کردن غرر به نگرانی که به وسیله خریدن چیزی که قدرت بر تسلیم آن نیست حاصل می‌شود.

و وضوح ظهور النهی فی باب المعاملات فی الارشاد الی الشرطية و المانعية دون الحرمة التکلیفية.

و واضح بودن ظهور نهی در باب معاملات در ارشاد به شرط بودن یا مانع بودن، نه حرمت تکلیفی.

و هو اذا كان خاصاً بحالة الشك فی القدرة فيمكن بعد ضم الاولوية اثبات التعميم لحالة الجزم بعدمها.

و حدیث اگر اختصاص به حالت شک در قدرت در تسلیم دارد، پس بعد از ضمیمه کردن اولویت، اثبات شمول

آن برای حالت یقین به عدم قدرت ممکن است.

و فيه: انّ الحديث ضعيف سندا بالإرسال؛

و اشکال این بیان: حدیث از نظر سند به سبب ارسال ضعیف است؛

و دلالة لإمكان اندفاع الغرر باشرط الخيار علی تقدير عدم تحقق التسليم خلال مدة مضبوطة.

و از نظر دلالت ضعیف است به دلیل این که امکان دفع شدن غرر با شرط کردن خيار، بر فرض محقق نشدن

تسلیم در مدت مشخص شده، وجود دارد.

ب- ما تمسك به الشيخ النائيني من زوال المالیة عما لا يقدر علی تسليمه^۳.

۱. تذكرة الفقهاء: ۱/۴۶۶؛ جامع المقاصد: ۴/۱۰۱؛ الغنية: ص ۲۱۱.

۲. وسائل الشیعة ۱۲: ۳۳۰ الباب ۴۰ من أبواب آداب الت جارة الحدیث ۳.

۱. منية الطالب ۱: ۳۷۸.

ب- آن چه شیخ نائینی به آن تمسک کرده که: مالیت از آن چه که قدرت بر تسلیم آن نیست زائل می‌شود. و فیه: انه علی تقدیر اعتبار شرط المالیه فی العوضی البیع لا نسلم زوالها بعدم القدرة، لانه مخالف للوجدان. و اشکال این بیان: بنابراین که مالیت در عوضین بیع شرط است، قبول نمی‌کنیم که مالیت با عدم قدرت از بین برود، زیرا این مطلب مخالف با وجدان است.

ج- و أحسن ما يمكن التمسک به الروایات الناهیه عن بیع الآبق بلا ضمیمه،

ج- و بهترین چیزی که می‌توان به آن تمسک کرد روایاتی است که از فروختن بنده فراری بدون ضمیمه کردن چیز دیگر به آن نهی کرده است.

كما فی موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلاً ان يشتري معه شيئاً آخر و يقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فان لم يقدر علی العبد كان الذی نقده فيما اشتري منه»^۱.

همچنان که در موثقه^۲ سماعه از امام صادق علیه السلام است: «مردی می‌خرد بنده ای را در حالی که او از صاحب خود فرار کرده است، حضرت فرمود: جائز نیست مگر این که همراه آن چیز دیگری هم بخرد و بگوید: از تو می‌خرم این چیز و بندهات را به فلان و فلان، پس اگر نتوانست عبد را به دست بیاورد آن چه پرداخت کرده به ازای آن چیزی قرار می‌گیرد که از او خریده است».

ثم انه إذا لم یحتمل اختصاص مثل الروایة المذكورة بموردها أمكنت الفتوی باعتبار الشرط المذكور

سپس اگر احتمال اختصاص مثل این روایت به موردش داده نشود، فتوای به معتبر بودن شرط ذکر شده ممکن است.

و إلاً فلا بدّ من التنزل إلى الاحتیاط تحفظاً من مخالفة المشهور و الاجماع المدعی علی الشرطية.

و در غیر این صورت چاره‌ای از تنزل از فتوا به احتیاط نیست به دلیل محفوظ ماندن از مخالفت با مشهور و اجماعی که برای شرطیت قدرت بر تسلیم ادعا شده است.

۳- و اما وجه الاستثناء، فواضح من خلال الموثقة المتقدمة بعد فهم العرف عدم الخصوصية لموردها.

۳- و اما وجه استثناء، پس واضح است از لابه‌لای عبارات موثقه‌ای که گذشت بعد از این که عرف عدم اختصاص موثقه به موردش را می‌فهمد.

Sco۱♦ ۱۸:۲۲

۲. وسائل الشیعة ۱۲: ۲۶۳ الباب ۱۱ من أبواب عقد البیع و شروط الحدیث ۲.

۳. حدیث موثّق از اصطلاحات علم درایه است. حدیثی را موثّق گویند که روایان آن به رغم فساد و انحراف اعتقادی، همچون واقفی یا از عامه بودن، از سوی امامیه توثیق شده باشند، یا حدیثی که بعضی روایان آن چنین و بعضی دیگر، امامی و عادل یا ممدوح باشند. حدیث موثّق، حدیث قوی نیز نامیده شده است. «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳، ص: ۲۷۷».

دلیل اعتبار اندازه‌گیری عوضین

در شرطیت معلوم بودن مقدار عوضین در بین اصحاب اختلافی نیست. و روایات زیادی نیز بر اعتبار این شرط در مبیع دلالت می‌کنند.

صحیحۀ حلبی

مضمون این صحیحۀ عبارت است از این که با توجه به عدم مقدور بودن شمارش گردو بعضی آن را با پیمانۀ ای کیل کرده و تعداد گردوهای داخل پیمانۀ را شمارش می‌کردند، و طبق همان عدد، باقی گردوها را پیمانۀ می‌کردند. از امام صادق علیه‌السلام حکم این مسأله سوال شد و ایشان در پاسخ می‌فرمایند: «مانعی از آن نیست».

دلالت صحیحۀ

با توجه به مضمون صحیحۀ، مشخص می‌شود که شرطیت شمارش گردو و تعیین عدد آن برای فروش و بطلان بیع در صورت عدم شمارش آن در ارتکاز^۱ متشرع و وجود داشته و با فراغت از اعتبار آن، در مورد صحّت شمارش آن به صورتی که یاد شد از حضرت سوال می‌کنند. و امام علیه‌السلام نیز ارتکاز ایشان را تقریر^۲ فرموده، و چگونگی انجام آن را مورد تأیید قرار می‌دهند. حاصل این که تقریر ارتکاز متشرع - مبنی بر بطلان بیع معدودات بدون شمارش آن‌ها - توسط امام علیه‌السلام، دلیل اعتبار تعیین مقدار و اندازه مبیع می‌باشد.

۱. ارتکاز عبارت است از رسوخ مفهومی خاص در ذهن گروهی یا اکثر و یا همه مردم مانند ارتکاز محترم بودن قرآن و کعبه نزد مسلمانان و ارتکاز حرمت داشتن امامان معصوم علیهم‌السلام نزد شیعیان.

کاربرد واژه ارتکاز به عنوان دلیل، نزد اصولیان معاصر رایج شده که در اصول فقه، بحث حجّیت خبر واحد آن جا که از سیره به عنوان دلیل بر حجّیت خبر واحد بحث می‌شود بدان اشاره کرده‌اند. برخی نیز برای ارتکاز متشرع باب جداگانه‌ای گشوده و به اختصار از آن سخن گفته‌اند. مراد از ارتکاز به عنوان دلیل، بنا بر آنچه از موارد استعمال آن در کلمات فقیهان و اصولیان استفاده می‌شود ارتکازی است که سیره عملی بر طبق آن موجود باشد و ارتکاز در حقیقت پشتوانۀ علمی سیره به شمار می‌آید.

البته از ظاهر سخنان برخی برمی‌آید که ارتکاز پشتوانۀ علمی سیره است؛ هر چند سیره عملی به جهت نظری بودن موضوع ارتکاز یا عدم تحقّق موضوع آن تا به حال بر طبق آن وجود نداشته باشد.

ویژگی ارتکاز نسبت به سیره در آن است که سیره از آن جهت که ماهیت آن فعل یا ترک است نسبت به نوع حکم اجمال دارد، برخلاف ارتکاز که نوع حکم را تعیین می‌کند.

انواع ارتکاز: ارتکاز به ارتکاز عقلا و متشرع تقسیم می‌شود. مراد از عقلا، عقلای جامعه، قطع نظر از آیین آنان است مانند ارتکاز پذیرش خیر ثقه، و مراد از متشرع افرادی هستند که به مذهب و شریعت پایبند می‌باشند مانند ارتکاز قیح و ناپسندی تراشیدن ریش نزد آنان. ارتکاز متشرع در زمره راه‌های یقینی دستیابی به سنت شمرده شده است.

حجّیت ارتکاز: حجّیت ارتکاز همانند حجّیت سیره است؛ به این معنا که ارتکاز اگر به زمان معصوم علیه‌السلام متصل باشد و امام با آگاهی از آن و توان نهدی از آن، مردم را از آن نهدی نکرده باشد، حجّت است. ارتکازی که چنین ویژگی‌ای ندارد حجّت نیست، مگر آن که به گونه‌ای رضایت و موافقت معصوم علیه‌السلام با آن محرز شود. ارتکاز همچون اجماع و سیره از دلیل‌های لّبی است و اطلاق ندارد.

«فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ج ۱، ص: ۳۴۶».

۲. مراد از تقریر این است که در محضر معصوم علیه‌السلام گفتار یا کرداری از شخصی صادر شود و معصوم علیه‌السلام بدون داشتن عذری همچون تقیّه، فاعل را از آن عمل باز ندارد. سکوت معصوم علیه‌السلام در این صورت، تقریر آن گفتار و کردار نامیده می‌شود. تقریر به معنای یاد شده برای اثبات احکام الهی، حجّت و سند شرعی است و در قلمرو دلالت و شعاع مفاد آن، می‌توان حکم الهی را در مورد تقریر به دست آورد.

«فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ج ۲، ص: ۵۷۳».

سوال

چگونه صحیحۀ حلبی - در حالی که موضوع آن بیع گردو است و گردو از کالاهائی است که مقدار آن با شمارش مشخص می‌شود - بر اعتبار اندازه‌گیری در کالاهائی که مقدار آن با شمردن تعیین نمی‌شود، دلالت می‌کند؟

جواب

با توجه به این که موضوعیت گردو هیچ‌گونه احتمالی برای اختصاص داشتن حکم برای آن ایجاد نمی‌کند، از مورد روایت تعدی شده و شرطیت تعیین اندازه مبیع در تمام کالاها ثابت می‌شود.

فائده

هر چند ظاهر صحیحۀ مذکور بر اعتبار تعیین اندازه در جانب مبیع دلالت دارد، لکن بعد از تنقیح مناط^۱ و الغاء خصوصیت، این شرط در جانب ثمن نیز ثابت می‌شود. زیرا عرف از ذکر این شرط برای مبیع در روایت، اختصاص شرطیت آن به مبیع را نمی‌فهمد بلکه با الغای خصوصیت از ذکر مبیع در صحیحۀ، شرطیت معلوم بودن عوضین را استفاده می‌کند. «FG»

<p>مقدمه اول: دلالت صحیحۀ بر ارتکاز موجود بین متشرعه بر بطلان بیع معدودات بدون شمارش و تقریر این ارتکاز توسط امام علیه‌السلام.</p> <p>مقدمه دوم: عدم احتمال اختصاص حکم به معدودات - مورد مذکور در صحیحۀ - و تعدی از آن به تمام کالاها.</p> <p>مقدمه سوم: استفاده عمومیت اعتبار ضبط مستفاد از صحیحۀ نسبت به ثمن با تنقیح مناط و الغای خصوصیت از مبیع.</p>	}	<p>کیفیت دلالت موثقه بر اعتبار ضبط عوضین</p>
--	---	--

۱. تنقیح مناط، از اصطلاحات اصول فقه و از شیوه‌های استنباط حکم است که در پرتو اجتهاد و نظر، علت حکم از اوصاف غیر دخیلی که در نص آمده، شناسایی و در نتیجه، حکم به تمامی مواردی که علت در آنها وجود دارد تعمیم داده می‌شود.

از مثالهای تنقیح مناط در فقه ماجرای مردی بیابان‌نشین است که نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آمده و از عمل آمیزش خود با همسرش در روز ماه رمضان خبر داد و آن حضرت او را به آزاد کردن یک برده امر کرد.

فقها از این حدیث استنباط کرده‌اند که ارتکاب چنین عملی در ماه رمضان از سوی هر فرد روزه‌داری موجب کفاره می‌شود و خصوصیت بادیه‌نشینی سائل و وقوع عمل در آن موقعیت زمانی و مکانی، دخلی در علت حکم «وجوب کفاره» ندارد و تنها علت حکم، وقوع آن در ماه رمضان است.

تنقیح مناط گاه قطعی و یقینی است و گاه ظنی. اولی - مانند مثال یاد شده - حجت است ولی دومی - مانند حذف خصوصیت آمیزش و تعدی از آن به دیگر مفطرات - حجت نیست.

برخی گفته‌اند: اگر علت حکم به صورت قطعی استنباط گردد تنقیح مناط نامیده می‌شود و اگر به صورت ظنی باشد قیاس مستنبط العله خواهد بود.

از دیگر شیوه‌های استنباط حکم، الغای خصوصیت است. برخی آن را با تنقیح مناط یکی دانسته‌اند؛ لیکن بعضی بین آن دو، تفاوت قائل شده و گفته‌اند: در الغای خصوصیت یا الغای فارق، علت تعیین نمی‌شود و به صرف الغای فارق، فرع - موضوع بدون ویژگیهای موجود در موضوع منصوص - به اصل - موضوع منصوص دارای اوصاف - ملحق می‌گردد. درحالی‌که در تنقیح مناط، با حذف ویژگیهایی که احتمال می‌رود جزء علت باشند، علت تعیین می‌گردد و در نتیجه حکم تعمیم پیدا می‌کند. «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۲، ص: ۶۴۵».

تطبيق

۴- و اما اعتبار ضبط العوضين، فلا خلاف فيه بين الأصحاب^۱، و تدلّ عليه روايات كثيرة،
 ۴- و اما معتبر بودن تعيين مقدار عوضين، پس در اين مطلب اختلافی بين اصحاب نیست، و روايات زيادی بر آن
 دلالت می کند.

كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه ثم
 يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به»^۲، و غيرها.

مثل صحیحہ حلبی از امام صادق علیه السلام: «سؤال شد از گردو که نمی توانیم آن را بشماریم پس با پیمانہ کیل
 شده سپس تعداد گردوهای داخل پیمانہ شمرده می شود سپس طبق همان عدد باقی گردوها پیمانہ می شود، حضرت
 فرمود: اشکالی در آن نیست»، و غیر این صحیحہ.

و هی تدلّ علی ارتکاز عدم جواز بیع المعدود بلا عدّ، و الامام علیه السلام قد أمضى الارتکاز المذكور.
 و صحیحہ بر ارتکاز عدم جواز فروش چیزهای شمردنی بدون شمارش دلالت می کند. و امام علیه السلام به تحقیق
 ارتکاز ذکر شده را تأیید کرده است.

و موردها و ان كان هو المعدود، إلّا ان الخصوصية له غير محتملة فيتعدي إلى غيره.
 و مورد صحیحہ هر چند شمردنی است، اما خصوصیت داشتن آن احتمال داده نمی شود. در نتیجه حکم به غیر آن
 سرایت داده می شود.

و اما اعتبار ضبط الثمن، فيمكن ان يستفاد من الروايات السابقة بعد تنقيح المناط و الغاء العرف خصوصية المورد حيث
 يفهم ان المعلوماتية معتبرة في العوضين بلا خصوصية للمبيع.

و اما اعتبار معلوم بودن ثمن، پس ممکن است استفاده آن از روايات گذشته بعد از مشخص شدن ملاک و این که
 عرف خصوصیت مورد را کنار می گذارد، زیرا می فهمد معلوم بودن در عوضین شرط است بدون این که برای مبيع
 خصوصیتی باشد.

Sco ۲۴: ۲۷

دليل كفايت مشاهده

همان گونه که از مضمون روايات استفاده می شود ملاک و معيار، معلوم بودن عوضين است. لذا اگر از راه مشاهده
 کردن این ملاک محقق شود، کافی است و دلیلی بر اعتبار چیزی بیشتر از آن نیست. برای نمونه معامله کالایی
 همچون لباس و حیوان که جنس و اوصاف دخیل در قیمت آن با رؤیت معلوم می شود، با مشاهده- بدون ذکر
 اوصاف- صحیح است.

۱. الغنية: ص ۲۱۱؛ تذکرة الفقهاء: ۴۶۷/۱.

۲. وسائل الشیعة ۱۲: ۲۵۹ الباب ۷ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ۱.

تطبيق

۵- و اما كفاية المشاهدة فيما ينضبط بها، فلأنّ المستفاد من النصوص السابقة اعتبار معلومية العوضين، فإذا تحققت بالمشاهدة كفت، و لا دليل على اعتبار ما هو أكثر منها.

۵- و اما كافي بودن دیدن در آن چه با مشاهده معلوم می‌شود، به دلیل این است که آن چه از نص‌های گذشته استفاده می‌شود شرطیت معلوم بودن عوضین است، در نتیجه اگر با دیدن این شرط محقق شود کفایت می‌کند، و دلیلی بر معتبر بودن چیزی بیشتر از آن وجود ندارد.

Sco³ ♦ ۲۵:۵۹

چکیده

۱. استدلال به حدیث نبوی نفی غرر برای اثبات شرطیت قدرت بر تسلیم به دلیل ضعف سندی و دلالتی تمام نیست.
۲. میرزای نائینی با قبول این مبنا که مال بودن در عوضین شرط می‌باشد، عدم قدرت بر تسلیم را سبب زوال مالیت و با این بیان برای شرطیت قدرت بر تسلیم، استدلال کرده است.
۳. کبرای استدلال میرزای نائینی مبنی بر عدم مالیت شیء غیر قابل تسلیم، خلاف وجدان است.
۴. بهترین دلیل برای اثبات شرطیت قدرت بر تسلیم، روایاتی است که در آن از فروش عبد فراری بدون ضمیمه شدن چیز دیگری، نهی شده است.
۵. در صورت عدم احتمال اختصاص موثقه سماعه به مورد آن صدور فتوا مستند به آن جائز است و در غیر این صورت برای این که با مشهور مخالفت نشود، رعایت شرطیت قدرت بر تسلیم از باب احتیاط لازم است.
۶. با توجه به روایات نهی از فروش عبد فراری بدون ضمیمه با چیز دیگر، دلیل استثناء - معامله چیزهایی که قدرت بر تسلیم آن‌ها نیست با ضمیمه کردن آن به چیز دیگر - از حکم بطلان روشن می‌شود.
۷. از صحیحۃ حلبی استفاده می‌شود که بطلان بیع معدودات بدون شمارش آن‌ها مورد ارتکاز بوده و این ارتکاز به سبب تقریر معصوم علیه‌السلام امضاء و مشروع می‌باشد.
۸. با عدم احتمال خصوصیت داشتن معدودات در صحیحۃ حلبی، عمومیت آن نسبت به بقیه کالاها ثابت می‌شود و با تنقیح مناط و الغاء خصوصیت از مبیع، اعتبار ضبط برای ثمن نیز اثبات می‌گردد.
۹. ملاک در عوضین معلوم بودن آن است. و اگر این ملاک با مشاهده نیز محقق شود، کفایت می‌کند.