

مفهوم بیع در لغت و اصطلاح

دکتر احمد باقری*

چکیده

عقد بیع، از جمله مهمترین عقود معین و مشهورترین آنهاست و نسبت به سایر عقود و تصرفات قانونی، کاربرد بیشتری در روابط میان افراد دارد و نه تنها امروز بلکه در گذشته نیز اساس معاملات و روابط تجاری بر آن مبتنی بوده است. این بدان جهت است که انسان طبعاً مدنی و اجتماعی است و نمی‌تواند به تنهایی و بی‌آنکه با دیگران ارتباط داشته باشد، زندگی کند و نیازهای خود را برطرف سازد. از اینرو در کتب فقهی و حقوقی، بحث از بیع، مقدم بر همه عقود دیگر، مطرح می‌شود چندان که قواعد و شروط مربوط به آن، مبنای سایر تصرفات نیز واقع شده است و در اغلب موارد، قواعد عمومی مربوط به بیع به آنها تسری پیدا می‌کنند در این نوشتار سعی شده است مفهوم اصطلاحی بیع با مطالعه تطبیقی آرای فقیهان ارزیابی گردد.

واژگان کلیدی

عقد، ایجاب، قبول، اراده، انشاء، اسقاط، نقل، انتقال، ملکیت.



* دانشیار دانشگاه تهران و عضو هیأت علمی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه آزاد واحد تهران شمال.

تعریف بیع الف) معنای لغوی

بیع اجوف یابی و مصدر «باع بیع» و از جمله عناوینی است که از اضداد^۱ به شمار می‌آید و مانند «شراء» هم بر خرید و هم بر معنای ضد آن، یعنی فروش، اطلاق می‌گردد.^۲

باید دانست که استعمال لفظ بیع در معانی متضاد به نحو حقیقت است نه این که در یکی حقیقت و در دیگری مجاز باشد به عبارت دیگر، بیع مشترک لفظی است میان خرید و فروش. فیومی می‌نویسد: «به هر یک از متعاقبین با بیع گفته می‌شود ولی علی الاطلاق آنچه که از لفظ با بیع به ذهن سبقت می‌گیرد فروشنده است نه خریدار»^۳ طبرسی ذیل آیه «یا ایها الذین آمنوا اتفقوا مما رزقناکم من قبل ان یأتی یوم لا بیع فیہ و لا خله و لا شفاعه و الکافرون هم الظالمون»^۴ می‌نویسد: «بیع به معنای مبادله کالا با ثمن و نیز مبادله ثمن با کالا است»^۵.

بیع در معنای هم به کار می‌رود و «بیع جید» یعنی «مبیع جید» بعثت در حقیقت متعدی به دو مفعول است که غالباً به مفعول دوم بسنده می‌شود مثلاً به «جای بیعت زیداً الدار» می‌توان گفت، «بعثت الدار» چون «الدار» مقصود به اسناد است بنابراین وقتی گفته می‌شود «بعثت الدار» تمام مراد متکلم حاصل شده است. حتی در مواقعی که اشتباه رخ ندهد می‌توان به مفعول اول هم اکتفا کرد. برای مثال می‌توان گفت، «بعثت الامیر» یعنی به امیر فروختم، نه این که امیر را فروختم، زیرا امیر، مملوک نیست که متعلق بیع قرار گیرد.

شیخ انصاری گفته است: «لفظ بیع در اصل وضع به معنای مبادله مال در مقابل مال است. همچنان که فیومی اعتقاد دارد.^۶ بدین معنا که هر یک از متعالمین، آنچه را نزد دیگری است برای خود بر می‌گیرد و آنچه را که پیش خود دارد به وی می‌سپارد؛ به گونه‌ای که هر کدام، دیگری را مالک آن چیزی می‌گرداند که موضوع مبادله، واقع شده است»^۷.

معنای دیگر بیع

گاهی بیع بر معامله خاصی که قائم به طرفین است اطلاق می‌شود مانند این قول خدای تعالی که «اٰخُلَّ اللهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا»^۸ و آیه «رَجَالَ لَا تُلَهِیْهِمْ تِجَارَةٌ وَ لَا بَیْعٌ عَنِ ذِکْرِ اللهِ»^۹ و نیز این سخن خداوند که

۱. لسان العرب، ج ۱، صفحه ۵۵۶، المصباح المنیر، ج ۱، صفحه ۵۵۶؛ المصباح المنیر، ج ۱، صفحه ۶۹ مفردات راغب ماده بیع
۲. همانند الفاضی چون قرء، نبل، مولی و ...
۳. المصباح المنیر، ج ۱، صفحه ۶۹ همچنین ر ک: معجم المصطلحات الاقتصادیه فی لغة الفقهاء، ص ۸۳
۴. مجمع البیان، ج ۲، صفحه ۱۵۵
۵. آیه ۲۵۴ از سوره بقره
۶. مکاسب، ج ۶، صفحه ۹
۷. المصباح المنیر، ج ۱، صفحه ۶۹
۸. سوره بقره آیه ۲۷۵
۹. سوره نور آیه ۳۷



«فاسعوا الى الله و ذروا البيع»^۱ هم چنین وقتی فقها می نویسند، «کتاب البیع» و «احکام البیع» و «اقسام البیع»، بیع به همین معنا به کار رفته است.

در برخی موارد، لفظ مبیع بر عقد هم اطلاق می شود.^۲ ناگفته نماند که ممکن است این دو معنای اخیر اصطلاحی باشد، هم چنین محتمل است معنای اول لغوی باشد که سخن صاحب مصباح هم ناظر به آن است و اطلاق لفظ بیع بر عقد نیز ممکن است از باب اطلاق اسم سبب بر مسبب مجاز باشد، چون عقد، سبب تملیک و تملک است.

محمد کاظم یزدی می نویسد: در تعریف صاحب مصباح مسامحه وجود دارد، زیرا مطلق مبادله مال در مقابل مال، بیع نیست که اگر چنین باشد تعریف، صلح، اجاره و امثال آن را در بر می گیرد و انگهی بیع، مبادله نیست؛ بلکه تملیک عین در مقابل عوض است، به دلیل این که در ایجاب آن نمی توانیم بگوییم «بادلنا» یا «تبادلنا» یا «عاملنا» یا «...» از اینها گذشته مبیع باید عین باشد در حالی که مال اعم از عین و غیر آن است.^۳

طبرسی بیع را به تجارت معنا کرده است^۴ و علامه طباطبایی در تفسیر آیه «رجال لاتلهیهم تجاره و لابیع عن ذکر الله»^۵ می نویسد: «هرگاه تجارت در مقابل بیع به کار می رود به حسب عرف مراد از آن استمرار است و این که در آیه پس از نفی تجارت، بیع نفی شده است برای تفهیم این مطلب است که نه تجارت دائمی آنها را از یاد خدا باز می دارد و نه یک داد و ستد موقت و گفته شده است که نفع تجارت بسیار و نفع بیع ناچیز است و چون نفی تجارت دائم مستلزم نفی معامله موقت نمی باشد، لذا آیه هر دو را نفی کرده است یعنی: نه بهره بسیار و نه بهره کم آنها را از یاد خدا باز نمی دارد.^۶

شرایط عوضین در عقد بیع

از مباحثی که به دنبال لغوی بیع مطرح شده، این است که عوض و معوض در عقد بیع باید چه شرایطی داشته باشند؟ آیا عین و منفعت و حق می توانند عوض یا معوض واقع شوند؟ آیا عوضین باید شخصی باشند یا کلی هم بلامانع است؟ آیا باید در ذمه مستقر باشند مانند دین یا مضمون باشند مثل مسلم فیه؟ شیخ انصاری معتقد است که لفظ بیع ظهور دارد در اینکه معوض باید عین باشد و نفع نمی تواند معوض باشد.

منشأ این ظهور دو چیز است:

الف) تبادر: وقتی که شخصی لفظ بیع را به طور مطلق به کار می برد و می گوید «بعت» آنچه که از

۱. سوره جمعه آیه ۹

۲. الروضه البهیة، ج ۳، ص ۲۲۱

۳. حاشیه سید محمد کاظم یزدی بر مکاسب، صفحه ۵۳

۴. به نقل از قاموس قرآن، ج ۱، صفحه ۲۵۲

۵. سوره بقره آیه ۲۵۴

۶. تفسیر المیزان، ج ۱۶-۱۵ صفحه ۱۲۷



این استعمال، به ذهن متبادر می‌شود بیع اعیان است نه بیع منافع و پر واضح است که تبادر علامت حقیقت است.

ب) صحت سلب: لفظ بیع را می‌توان از تملیک منفعت در مقابل عوض، سلب کرد یعنی وقتی گفته می‌شود:

«بعتک منفعه الدار سنه بعشره دنانیز» می‌توانیم بگوییم بیع منافع، بیع نیست، لذا استعمال لفظ بیع در منفعت مجاز است چون صحت سلب نشانه مجاز است.^۱

حاصل آنکه به نظر می‌آید در این قول که مبیع باید عین باشد، میان فقها اختلاف نظر وجود ندارد و به همین جهت است که میان علما، بیع اعیان اشتها رد پیدا کرده، همچنان که اجاره به نقل منافع مشهور شده است.^۲

برخی از فقهای امامیه استعمال لفظ بیع در تبدیل منافع را جایز دانسته و معتقدند که منفعت می‌تواند مبیع و معوض واقع شود و مثلاً صحیح است که بگوییم «بعتک منفعه الدارسه»^۳ این قول را اخبار فراوانی تأیید می‌کند که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

(الف) عن ابی مریم ابی عبدالله (ع) قال: سئل عن الرجل یعتق جاریته عن دبر أیطوها ان شاء أو ینکحها، او یبیع خدمتها حیاته؟ قال: نعم ای ذلک شاء فُعل.^۴
شاهد در عبارت «یبیع خدمتها حیاته» است که لفظ بیع در خصوص خدمت کردن کنیز مدبر^۵ (که همان منفعت کنیز است) به کار رفته است.

(ب) اخباری که بر خرید و فروش اراضی خراجیه دلالت دارند از جمله:
- عن محمد بن سلم قال: سألته عن شراء ارضهم، فقال: لا بأس أن تشتريها فتكون - إذا كان ذلک - بمنزلتهم تؤدی فیها کما یودون فیها^۶
شاهد در اطلاق شراء و خریدن است بر مبادله منافع.

(ج) در خبر آمده است که می‌توان سکونت خانه‌ای را که صاحبش معلوم نیست مورد معامله قرار داد. محل مورد استناد در حدیث مزبور، این عبارت است: قلت: بیع سکنها أومکانها فی یده فیقول: أبیعک سکنای و تکون فی یدک کما هی فی یدی؟ قال: نعم بیعها علی هذا^۷ شاهد، به کار رفتن لفظ بیع در مورد مبادله منافع است.

ظاهراً استناد به این اخبار جهت اثبات مطلب و استدلال بر مدعا نمی‌تواند تمام باشد، زیرا به نظر

۱. مکاسب، ج ۶ صفحه ۱۰

۲. جواهر الکلام، ج ۸، صفحه ۱۰۸

۳. به نقل از مکاسب، ج ۶ صفحه ۱۰

۴. من لایحضره الفقیه جزء ۳، صفحه ۷۲، حدیث شماره ۷

۵. کنیز مدبر برده‌ای که آزادیش متوقف بر موت آقایش شده است مثل اینکه آقا به بنده‌اش بگوید: «ان مت فانت حر»

۶. وسائل الشیبه، ج ۱۲، صفحه ۲۷۵، حدیث شماره ۷

۷. همان، صفحه ۲۵۰، باب سوم از ابواب عقد بیع حدیث شماره ۵

می‌آید که استعمال لفظ بیع در مبادله منافع، نوعی مسامحه در تعبیر باشد؛ همچنان که لفظ اجاره در عرف برای نقل و انتقال برخی از اعیان (مثل ثمره بر روی درخت) به کار می‌رود.

در اینکه منافع می‌توانند عوض واقع شوند میان فقها اختلافی وجود ندارد، البته به برخی از بزرگان^۱ نسبت داده شده است که گفته‌اند هم عوض و هم معوض باید عین باشند نه منافع و شاید این توهمی است که از این سخن مشهور ناشی شده است که بیع برای نقل اعیان است و پر واضح است که این سخن بر نحو عموم نیست بلکه خصوص معوض اراده شده است نظیر اجاره که می‌گویند برای نقل منافع می‌باشد و قطعاً مرادشان معوض است نه عوض.

صاحب جواهر می‌نویسد: آنچه که از اطلاق ادله و فتاوی ظهور دارد آن است که هر چه در مقابل معوض قرار گیرد می‌تواند عوض باشد؛ اعم از این که شخصی، کلی، عین یا منفعت باشد، لذا از این جهت با اجاره تفاوتی ندارد؛ بلکه از حیث معوض ممتاز از اجاره است چون معوض در بیع، به عین اختصاص دارد و در اجاره، به منافع.^۲

در اینجا دو سؤال مطرح است که باید بدانها پاسخ داده شود:

سؤال اول: آیا عمل انسان می‌تواند عوض مبیع باشد؟

پس از اینکه روشن شد که معوض قطعاً باید عین باشد ولی عوض می‌تواند عین یا منفعت واقع شود؛ سؤال این است که آیا کار شخص مثل کتابت، بنایی، خیاطی، تجارت و ... که از جمله منافع می‌باشد می‌تواند عوض واقع شود یا روا نیست؟

در پاسخ گفته شده است اگر عمل قبل از معاوضه مال محسوب می‌شود و عوض دارد، مانعی ندارد که عوض واقع شود چون عرفاً مقصود عقلاً واقع می‌گردد.

اما اگر بگوییم عمل، مال به حساب نمی‌آید و عوض مالی ندارد در عوض واقع شدن آن اشکال وجود دارد،^۳ زیرا همان‌طور که قبلاً گفتیم بیع یعنی مبادله مال در مقابل مال با مراجعه به عرف و سیره عقلا، می‌توان دریافت که عمل، مالیت دارد و می‌تواند عوض مبیع واقع شود،^۴ هر چند که برخی گفته‌اند: «عمل، قبل از شروع، مال نیست تا بتواند مورد معامله قرار گیرد و بعد از شروع هم تدریجی الحصول است یعنی وقتی در خارج تحقق می‌یابد که به پایان برسد، لذا با توجه به اعتبار مالیت در بیع، عمل نمی‌تواند عوض مبیع واقع شود».^۵

سؤال دوم: آیا حقوق می‌تواند عوض مبیع واقع شوند؟

چون در تعریف حق و تمیز آن از حکم میان متأخرین آرای مختلفی وجود دارد، لازم است که قبل از پاسخ دادن به سؤال مذکور به آن بپردازیم:

۱. وحید بهبهانی و شیخ جعفر کاشف الغطاء بر این عقیده‌اند که نقل از باورقی سید محمد کلاتر بر مکاسب، ج ۶، صفحه ۱۳

۲. جواهر، ج ۸، صفحه ۱۰۸

۳. مکاسب؛ ص ۲۹؛ حقوق مدنی (محمد عبده) ص ۱۸۳

۴. منیه الطالب، ج ۱، ص ۱۰۳

۵. مکاسب، ج ۶، ص ۱۴ (باورقی اش ش ۳)



حقوق جمع حق است و حق دارای معانی مختلفی است که قدر جامع آنها ثبوت و وجوب است. این امر در آیات زیر می‌توان ملاحظه کرد:

«لقد حق القول علی اکثرهم، فهم لا یؤمنون»^۱ که حق به معنای ثبوت و وجوب است.

«لیحق الحق و یبطل الباطل»^۲ که یحق به معنای یثبت و یظهر می‌باشد.

«جاء الحق و زهق الباطل»^۳ که حق در این آیه به معنای یک امر موجود و ثابت است.

«للمطلقات متاع بالمعروف حقاً علی المتقین»^۴ حقاً به معنای واجباً علیهم است.

کلمه حق بر سهم و بهره محدود هم اطلاق می‌شود «والذین فی اموالهم حق معلوم، للسائل و

المحرور»^۵ همچنان که به معنای عدل در مقابل ظلم هم به کار می‌رود «والله یقضى بالحق»^۶

حاصل اینکه حق به اعتبار معنای مصدری آن «ثبوت» یعنی وجود حقیقی و به اعتبار معنای وصفی

آن «ثابت» یعنی موجود حقیقی می‌باشد و در مقابل آن، باطل چیزی است که ثابت نباشد.

در اصطلاح فقها^۷ حق بدون شک یک ماهیت اعتباری است که در بعضی موارد از اعتبار عقلایی و

در مواردی شرعی است؛ مانند اعتباری بودن ملکیت، سلطنت، ولایت و حکومت و ... در این هم تردیدی

نیست که حق، ماهیت واحدی است که در جمع موارد، معنای واحد دارد؛ نه اینکه در هر موردی معنایی

داشته باشد؛ به عبارت دیگر میان مصادیق خود مشترک معنوی است.

اختلاف در این است که آیا حق همان سلطه و توانایی است یا عین ملکیت است یا چیز دیگری

در مقابل اینها؟

از ظاهر کلام شیخ انصاری برمی‌آید که حق نوعی سلطنت است در مقابل ملکیت^۸

گروهی دیگر از محققین آن را مرتبه ضعیفی از ملکیت و نوعی از آن می‌دانند و آن را به «ملکیت

نارسیده» تعبیر می‌نمایند.^۹

امام خمینی می‌گوید که حق نه عین ملکیت است و نه عین سلطنت زیرا «فهم عرف و ارتکاز

عقلا میان سلطنت و ملکیت و حق تفاوت قائل است؛ لذا در صورتی که آنها را یکی بدانیم، برخلاف

عرف عقلا عمل کرده‌ایم که پسندیده نیست. وانگهی مواردی وجود دارد که حق صدق می‌کند، ملی

۱. سوره یس، آیه ۷

۲. سوره انفال، آیه ۸

۳. سوره اسراء، آیه ۸۱

۴. سوره بقره، آیه ۲۴۱

۵. سوره الذاریات، آیه ۱۹؛ سوره معراج، آیه ۲۴

۶. سوره غافر، آیه ۲۰

۷. حت از حق از جمله مباحثی است که متأخرین مطرح کرده و به تفصیل درباره آن سخن گفته‌اند و در متون کهنه فقهی

شعبه و اهل سنت یا به چشم نمی‌خورد یا بسیار سطحی و گذرا از آن بحث شده است.

۸. مکاسب، ج ۶، صفحه ۱۵ به بعد

۹. تعلیق میرزای نائینی بر مکاسب شیخ، صفحه ۹۲، نهج الفقاهه (تعلیق بر مکاسب شیخ) از سید محسن طباطبایی حکیم،

صفحه ۶، حاشیه سید محمد کاظم یزدی بر مکاسب، چاپ سنگی، صفحه ۵۵



ملکیت و سلطنت صادق نیست؛ برای مثال فردی که نسبت به جایی مثل مسجد، سبقت می‌گیرد قطعاً آنجا به ملکیت وی در نمی‌آید.^۱ اما حق اولویت پیدا می‌کند و نسبت به دیگران احق است. همچنین حق تحجیر یا استحلاف یا قذف که به صغیر منتقل شده باشد، وی قطعاً صاحب حق است؛ اما بی‌تردید دارای سلطنت و توانایی نیست. این قدرت از آن ولی قانونی و شرعی اوست. به عکس در برخی موارد، سلطنت وجود دارد بی‌آنکه حق و ملکیت صدق کند، مانند توانایی و قدرت شخص بر خویش که یک اصل عقلایی است بر نفس خویش نیز قادر است؛ اما قطعاً مالک خویش نیست همان‌طور که حق داشتن بر خودش هم قابل تصور نیست.^۲

در میان علمای اهل سنت نیز در تعریف حق، اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای آن را به حکم ثابت شرعی تعبیر کرده، گروهی آن را مصلحت مستحقه شرعی دانسته‌اند و برخی از اندیشمندان آنها گفته‌اند حق ارتباط خاصی است که شارع، آن را موجب قدرت و تکلیف می‌داند.^۳

و اما در اصطلاح حقوقدانان، حق توانایی خاصی است که برای کس یا کسانی نسبت به چیز یا کسی اعتبار شده است و به مقتضای آن توانایی در آن چیز یا کس تصرفی نموده و یا بهره‌ای برگیرد. کسی که این توانایی برای او اعتبار شده، صاحب حق (ذوالحق یا من له الحق) و کسی که صاحب حق، این توانایی را نسبت به او دارد من علیه الحق نامیده می‌شود.^۴

مثلاً حق قصاص، توانایی ولی دم است نسبت به قاتل. وی می‌تواند اعدام او را از دادگاه بخواهد همین‌طور حق قذف، حق تعزیر، حق دیه و غیره. بنابراین، حق همیشه با تکلیف و وظیفه توأم است و بدیهی است که من علیه حق موظف به رعایت حق ذوالحق است مثلاً والدین باید در حضانت، تعلیم و تربیت، تهذیب اخلاق، تهیه وسایل معیشت و به طور کلی در تحویل یک فرد سالم و مفید به جامعه بکوشند و حتی همه افراد جامعه وظیفه دارند حق صاحب حق را محترم شمارند. و چون میان حق و احکام تریخی جامع قریبی وجود دارد که احياناً ممکن است موجب اشتباه و عدم تمیز این دو از یک دیگر گردد، چنان که در مورد حقوق، صاحبان حق می‌توانند کاری را انجام دهند و می‌توانند انجام ندهند، در مورد این احکام نیز انسان می‌تواند کاری را انجام دهد یا انجام ندهد لذا در مقام فرق بین این دو، مناسب است مختصراً احکام تریخی را توضیح دهیم آن گاه به تفاوت میان آنها پرداخته شود:

حکم یعنی چه؟

در تعریف حکم میان اصولین اختلاف است^۵ برخی، خطاب‌های شرعی در کتاب و سنت را، عین حکم

۱. البیع ج اول، صفحه ۲۱

۲. نه ملکیت ضعیف و نه ملکیت قوی و صد البته این در صورتی است که شدت و ضعف در ملکیت قابل تصور باشد در حال که چنین نیست.

۳. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، صفحه ۸ و ۹

۴. مقالات حقوقی از دکتر ابوالقاسم گرگی، ج اول، صفحه ۲۷۹

۵. تفصیل این اختلاف را می‌توان در مبادی فقه و اصول از دکتر علیرضا فیض، صفحه ۱۰۷ تا ۱۰۹ دید



دانسته‌اند و حکم را به خطابات شرعی متعلق به افعال مکلفین تعریف کرده‌اند برخی دیگر حکم را چنین تعریف کرده‌اند «خطاب الشارع المتعلق بافعال المكلفین بالاقتضا او التخییر» که این تعریف احکام وضعی را در بر نمی‌گیرد حال آنکه آنها هم بخشی از احکام شرعی فرعی هستند مثل صحت، بطلان، فساد، شرطیت، مانعیت، سبب. اما در تعریف حکم آنچه که به نظر دقیق و جامع‌تر می‌آید آن است که بگوییم: حکم شرعی عبارت است از قانون صادر از خدای تعالی برای سامان بخشیدن به زندگی مادی و معنوی انسان‌ها و فرق نمی‌کند که جعل حکم مستقیماً به فعل مرتکب قرار گیرد یا به خود او یا به چیزهای دیگر در رابطه با او.

اقسام حکم شرعی

با توجه به تعریف اخیر حکم، باید گفت که حکم بر دو قسم است: حکم تکلیفی - حکم وضعی
حکم تکلیفی، حکم شرعی است که مستقیماً به فعل یا ترک مکلفان تعلق می‌گیرد مثل وجوب نفاقه عیال واجب النفاقه، وجوب اجرای حدود و قصاص و حرمت تعطیل آنها، احیای زمین مرده، حرمت شرب خمر، وجوب نماز و ...

حکم وضعی قسم دیگری از احکام شرعی است که مستقیماً به فعل یا ترک مکلفان تعلق نگرفته باشد، بلکه وضع مشخص و معینی را قانون‌گذاری می‌کند که به طور غیرمستقیم بر اعمال و رفتارشان اثر می‌گذارد مثل مالکیت شیء، یا زوجیت شخص.

اقسام حکم تکلیفی

حکم تکلیفی بر پنج قسم است که احکام پنج‌گانه تکلیفی (احکام خمسہ تکلیفیه) نامیده می‌شود:
الف) وجوب: خواستن شارع مقدس کار یا ترک کاری را به نحوی که به هیچ‌وجه به خودداری از آن کار یا انجام کاری که ترک آن خواسته شده است راضی نباشد، وجوب نامیده می‌شود مانند وجوب اجرای حدود.

ب) حرمت: تنفر شدید شارع مقدس از کار یا ترک کاری، به نحوی که به هیچ‌وجه به انجام آن کار یا ترک، راضی نباشد حرمت نامیده می‌شود مانند حرمت غضب و دزدی و خودداری از ادای شهادت.

ج) استحباب: خواستن شارع مقدس کار یا ترک کاری را لیکن نه به اندازه وجوب بلکه به اندازه که از خودداری از آن نیز راضی باشد استحباب نامیده می‌شود مانند: خواستن دستگیری از بینوایان و توسعه بر عیال و غیر ذلک.

د) کراهت: ناپسند داشتن شارع، کار یا ترک کاری را لیکن نه به اندازه حرمت، بلکه به اندازه‌ای که از انجام کار یا ترک نیز راضی باشد کراهت نامیده می‌شود. مانند: کراهت کارهای جلف و سبک و خوردن گوشت برخی از حیوانات مانند اسب و الاغ.



ه) اباحه: اذن شارع مقدس در فعل و ترک عملی را به طور متساوی به طوری که هیچ‌یک را بر دیگری ترجیحی نباشد اباحه نامند. مانند خوردن، آشامیدن، رفت‌وآمد کردن و نشستن و برخاست نمودن در مواردی که شارع مقدس هیچ‌یک از فعل و ترک این اعمال را بر دیگری مزیت نداده است.

دو حکم اول (وجوب و حرمت) را که از ناحیه شارع الزام وجود دارد احکام الزامی گویند و سه حکم دیگر (استحباب، کراهت، اباحه) را از این جهت که شارع مقدس الزام نکرده بلکه رخصت داده و فعل یا ترک آن را به اختیار مکلف گذاشته است احکام ترخیصی گویند و به همین مناسبت این سه حکم را اباحه به معنای اعم گویند چنانکه قسم اخیر را که در مورد آن فعل و ترک کاملاً متساوی است.

اباحه به معنای اخص گویند موضوعاتی را که این احکام بدان‌ها تعلق گرفته است به ترتیب واجب، حرام، مستحب، مکروه و مباح گویند.

فرق میان حق و حکم

میان احکام الزامی و حق اشتباهی رخ نخواهد داد؛ چرا که در این احکام، مکلف در فعل یا ترک موضوعات اختیاری ندارد؛ اگر حکم، وجوب است ملزم است متعلق آن را انجام دهد و اگر، حرمت است ملزم است آن را انجام ندهد و به همین جهت است که می‌توان آنها را حق‌الله نامید، چون اختیار وضع و رفع آنها در دست شارع مقدس است اما در مورد احکام ترخیصی این سؤال پیش می‌آید که اگر در مورد این احکام مکلف می‌تواند عمل را انجام دهد و می‌تواند ترک کند پس چه فرق است میان احکام و حقوق؟ چنانکه در مورد ماکول مباح مثلاً مکلف می‌تواند آن را بخورد یا نخورد و در مورد حقوق مثل حق قصاص، ولی دم می‌تواند اعدام قاتل را از دادگاه بخواهد یا نخواهد. پس چرا یکی را اباحه و دیگری را حق می‌نامیم؟ آیا نمی‌توان هر دو را اباحه یا هر دو را حق بنامیم؟ فرق بین آن دو چیست؟

برخی گفته‌اند: حق آن است که قابلیت اسقاط دارد؛ ولی حکم را نمی‌توان ساقط کرد؛ لذا در موردی که این قابلیت محرز باشد آنجا را حق می‌نامیم و جایی که در این قابلیت تردید باشد اصاله عدم اسقاط جاری می‌شود که با اجرای این اصل، حکم ثابت نمی‌شود؛ اما آثار حکم بر آن مترتب می‌گردد پس حقیقت حق همان توانایی و تسلط برای شخص است نسبت به چیزی که می‌تواند آن را اعمال کرده یا اسقاط کند همچنان که گفته‌اند خیار یعنی ملک فسخ عقد و ابقای آن^۱.

گروهی دیگر گفته‌اند:^۲ تفاوت حق و حکم به حسب مفهوم واضح است، زیرا حق نوعی از سلطنت است که بر چیزی که ممکن است عین باشد مثل حق تجعیر، حق الزهانه، حق غرمای میت بر ترکه او و ... یا غیر عین مثل خیار (که متعلق به عقد است) یا بر شخص مثل حق قصاص، حق حضانت حق قسم و ... تعلق گیرد پس حق مرتبه ضعیفی از ملکیت بلکه نوعی از آن است و صاحب آن مالک چیزی

۱. این قول را مرحوم نائینی از شهید نقل کرده و آن را قوی می‌داند تعلیق بر مکاسب شیخ از محمد حسین غروی نائینی،





است که امرش به دست اوست همچنانکه شخص در ملکیت مالک شیء است اعم از اینکه عین باشد یا منفعت؛ اما حکم، مجرد جعل رخصت است در فعل یا ترک چیزی؛ و به عبارت دیگر، حکم عبارت است از ترتیب اثر بر فعل یا ترک مثلاً حق خیار در عقود لازم که از جمله حقوق به شمار می‌آید. شارع برای متعاقبین یا یکی از آنها سلطنت بر عقد یا متعلق عقد را قرار داده است و حکم کرده که وی از حیث فسخ و امضا و رد و استرداد مالک امر عقد است؛ ولی جواز در عقود جایز که از جمله حکم محسوب می‌شود صرف رخصت دادن شارع در فسخ و امضا است نه به این معنا که برای طرفین یا یکی از آن دو از طرف شارع سلطنتی اعتبار شده است و این مثل جواز شرب آب و اکل گوشت است چرا که شارع در این جا توانایی و سلطنت را اعتبار نکرده است به این معنا که گفته شود که وی در آنها صاحب چیزی است؛ بلکه آنها مورد و متعلق حکم هستند.

نتیجه اینکه اگر شارع، مالکیت شخص بر امری و توانایی وی بر چیزی را اعتبار کرد، آن از باب حقوق است و اگر نبود مگر مجرد عدم منع از انجام چیزی یا ترتیب اثر بر فعل یا ترک عملی، در این صورت از باب حکم است. همچنان که حکم شارع به اینکه شخص مالک عین یا منفعتی است حکم می‌باشد. همان طور که جعل خیار توسط شارع حکم است؛ ولی نفس خیار که برای او جعل شده، حق است برای شخص.

اما به حسب مصادیق و صغریات، تمیز حق از حکم بسیار دشوار است، اباحه مباحات را از این جهت که یکی از مقررات شرعی است حکم و از این جهت که مکلف در مورد آن عملی را انجام دهد و می‌تواند ترک کند حق است همین طور حق قصاص چون از مقررات شرعی است حکم باشد و از این جهت که ولی دم در مورد آن می‌تواند مطالبه قصاص بکند یا از آن بگذرد، حق می‌نامیم.

بنابراین در چنین مواردی باید به دلیل مراجعه کرد و این دلیل می‌تواند اجماع باشد، می‌تواند لسان دلیل باشد به گونه‌ای که اگر در لسان روایت، لفظ حق به کار برده شده، آن را حق بنامیم و چنانکه لفظ حکم، آن را حکم بنامیم. هم چنین می‌توانیم به ملاحظه آثار و لوازم، آن دو را از هم تشخیص دهیم مثلاً چنانچه قابل نقل یا اسقاط باشد می‌گوییم از باب حق است.^۱

و اگر با این موازین قابل تشخیص نباشد به اصل مراجعه کنیم و آن اصالت عدم اسقاط و اصالت عدم نقل است.

گروهی از دانشمندان حقوق اسلامی در مقام فرقی میان حق و حکم گفته‌اند:^۲

حق یک نوع توانایی است که زمام اختیار آن در دست صاحب حق است، می‌تواند آن را اسقاط کند و احياناً آن را به دیگری منتقل کند و چه بسا پس از فوت صاحب حق، خود به خود به ورثه او منتقل می‌شود برخلاف حکم که جز حاکم کسی نمی‌تواند در آن دخل و تصرفی بنماید و به هیچ وجه قابل

۱. البته عکس آن صحیح نیست و نمی‌توانیم بگوییم اگر قابل نقل یا اسقاط نباشد حکم است زیرا ممکن است حق مختص یا لازم باشد مثل حق حضانت، حق ابوه و ...

۲. عیناً از مقالات حقوقی ج اول، صفحه ۲۸۳ و ۲۸۴ نقل شده است.

نقل و انتقال نمی‌باشد مثلاً؛ ولی دم حق قصاص دارد یعنی می‌تواند از دادگاه اعدام قاتل را بخواهد و می‌تواند نخواهد. علاوه بر این توانایی، توانایی دیگری هم دارد می‌تواند از این توانایی خود صرف‌نظر کند؛ یعنی قاتل را عفو کند در این صورت حق او ساقط شده و دیگر نمی‌تواند از دادگاه اعدام قاتل را بخواهد همین طور نسبت به نقل و انتقال این حق و بعضی از حقوق دیگر.

اما اباحه مباحات که حکم شرعی است بر این گونه نیست؛ زیرا درست است که انسان می‌تواند عمل مباح را انجام دهد یا ندهد؛ ولی بدون شک نمی‌تواند اباحه آن را از بین ببرد تنها شارع مقدس است که می‌تواند حکم را ساقط کند یا در آن دخل و تصرفی بنماید. بنابراین در مورد حق، دو توانایی وجود دارد:

یکی توانایی مکلف بر عملی که متعلق حق است مثلاً قصاص، چه ولی دم می‌تواند اعدام قاتل را بخواهد یا نخواهد، دوم توانایی او بر اسقاط توانایی اول یا احیاناً نقل و انتقال آن به دیگری، می‌تواند حق قصاص را ساقط کند، یا احیاناً به دیگری نقل کند و چنانچه فوت کند به وارثش منتقل خواهد شد؛ اما در مورد حکم، مثلاً اباحه مباح تنها، مکلف می‌تواند عمل مباح، چون خوردن و آشامیدن شیء مباح را انجام دهد یا ترک کند؛ اما اسقاط یا نقل و انتقال آن به هیچ‌وجه تحت قدرت مکلف نمی‌باشد و تنها شارع مقدس است که می‌تواند چنین کند. در این که دو نوع توانایی وجود دارد جای هیچ‌گونه شبهه نیست؛ ولی آیا هر دو مجعول شارع نیستند؟ پس چرا هر دو را حکم تنامیم؟ آیا در مورد هر دو، مکلف نمی‌تواند عملی را انجام دهد یا ترک کند؟ پس چرا هر دو را حق تنامیم؟ آیت‌الله خوئی^۱ در این زمینه مفصل بحث کرده و در خصوص ملک و حق حکم چنین می‌نویسد:

تردید نیست که احکام به طور کلی از قبیل امور اعتباری هستند چه احکام شرعی و چه احکام عقلی و چه وضعی و چه تکلیفی اعم از الزامی و ترخیصی یعنی معنای وجوب اعتبار فعل است بر ذمه مکلف و معنای ملکیت اعتبار احاطه مالک است به مملوک و معنای زوجیت اعتبار عدل بودن هر یک از زوجین است برای دیگری. پس حقیقت ملکیت همان سلطنت و احاطه است که گاهی به اعیان خارجی تعلق می‌گیرد مثل سلطنت بر مملکت یا «الناس مسلطون علی اموالهم» و گاهی به افعال مانند تسلط شخص بر خیاطی، بنایی، کتابت و ... تفاوت ملکیت از حق و حکم در همین است که حکم و حق فقط به افعال تعلق می‌گیرند برخلاف ملکیت که هم به افعال و هم به اعیان خارجی تعلق می‌گیرد اباحه خوردن نان و آشامیدن، آب حکم است همچنان که وجوب اتیان نماز واجب بر مکلف، حرمت اکل ربا و شرب مسکر، کراهت گوش دادن به غنا و خوردن گوشت الاغ همه و همه حکم هستند و به افعال تعلق گرفته‌اند مطالبه مسکن، نفقه و مضاجعه برای زن، اختیار صاحب خیار بر فسخ عقد، فروش مال مرهون از طرف مرتبه‌ن برای استیفای حق در زمانی که راهن از دادن آن امتناع می‌کند و اقدام اولیا به انجام امور مولی‌علیهم همه و همه حق هستند که همچون حکم به افعال تعلق گرفته‌اند. بنابراین فارق میان حق و حکم و ملک این است که دو تای اول متعلق به افعالند بر خلاف ملک که هم به اعیان و هم به

فصل دوم
در بیان
اصطلاح



افعال تعلق می‌گیرد. و اما میان حق و حکم قطعاً فرقی نیست چون قوام هر دو به اعتبار است با اینم توضیح که به طور کلی مجعولات شرعی شش قسم هستند:

(الف) تکلیفی الزامی مثل واجبات و محرمات

(ب) تکلیفی غیرالزامی مثل مستحبات، مکروهات، مباحات

(ج) وضعی الزامی قابل فسخ مثل بیع، اجاره و صلح که به اقاله و امثال آن فسخ می‌شود.

(د) وضعی الزامی غیرقابل فسخ مثل ازدواج که فسخ نمی‌شود مگر در موارد خاص

(هـ) وضعی ترخیصی که قابل اسقاط است مثل حق شفعه و حق خیار که در این موارد صاحب حق

می‌تواند از حق خویش بگذرد و آن را اسقاط نماید.

(و) وضعی ترخیصی غیر قابل اسقاط مثل جواز هبه که حکم مجعول از طرف شارع است که با

اسقاط، مرتفع نمی‌شود.

این امور شش‌گانه اگر چه از حیث آثار اختلاف دارند؛ اما از حیث اعتبار و قوامشان به اعتبار یکی

هستند.

با اندکی دقت می‌توان دریافت که میان جواز قتل مشرک که حکم نام دارد و سلطنت ولی دم بر قتل قاتل که حق نام دارد تفاوتی وجود ندارد؛ هر چند دومی قابل اسقاط است که این نمی‌تواند معیار تفاوت باشد.

مثالی دیگر، آیا بین حضانت و ابوت و ولایت و شبیه آنکه قابل اسقاط نیستند با حق شفعه و خیار که قابل اسقاط هستند تفاوتی وجود دارد؟ گروهی می‌گویند حق قابلیت سقوط و اسقاط دارد یا این که حق قابل نقل و انتقال است برخلاف حکم که هیچ‌یک از این قابلیت‌ها را ندارد. دلیل ما بر این که حق و حکم اتحاد دارند معنای لغوی حق است؛ زیرا حق در لغت به معنای ثبوت است پس صحیح است بر هر امری که در ظرف ثابت خویش مستقر شده است اطلاق شود و به این معنا در موارد متعددی در قرآن آمده است که ذکر آن گذشت. بنابراین می‌توانیم کلمه حق را بر خبر صادق اطلاق کنیم به جهت ثبوت مضمون آن در واقع و همین‌طور آن را در کورد خداوند به کار ببریم به جهت باطل بودن غیر او. نتیجه اینکه مفهوم حق، تمامی مجعولات شرعی بلکه جمیع امور ثابت در هر ناحیه‌ای از نواحی را در برمی‌گیرد.

برخی از فقها می‌گویند:^۱ حق به معنای اخص دست‌کم باید یکی از سه اثر زیر را داشته باشد:

(الف) قابلیت اسقاط، مانند طلبکاری که حق خود را از طریق ابراء اسقاط می‌کند.

(ب) قابلیت نقل، یعنی صاحب حق به اراده خود، حق خود را به دیگری منتقل کند مانند موجر

که حق استفاده از منافع ملک خود را به مستأجر منتقل می‌سازد.

(ج) قابلیت انتقال، یعنی بدون اراده صاحب حق، حق او به دیگری منتقل می‌شود.

اما حق به معنای اعم عبارت است از آنچه که شازع وضع کرده است خواه حقوق به معنای اخص باشد خواه تکالیف.

شهید در قواعد، ضابطه در حق و حکم را قابلیت اسقاط یا عدم آن دانسته است، یعنی آنچه را که شخص می‌تواند اسقاط کند حق است؛ مانند خیار فسخ؛ ولی آنچه را که انسان اختیار اسقاط آن ندارد، حکم است مانند تحریم ربا و غرر^۱

اقسام حقوق

حق به اعتبارات مختلف تقسیمات مختلف دارد. فقها در یک تقسیم‌بندی کلی، حق را به حق‌الله و حق‌الناس بخش کرده‌اند ولی از مطاوی کلمات آنان به دست می‌آید که حق بر چهار قسم است:^۲

الف) حق‌الله مضم مثل حد زنا و حد لواط

ب) حق‌الناس محض مثل حق شفعه

ج) حق‌الله آمیخته با حق‌الناس که حق‌الله غلبه دارد مثل حقی که قانون‌گذار در رابطه با کل جامعه اسلامی و امت مسلمان قانون‌گذاری کرده است از قبیل کمک به نیازمندان، اصلاح ذات‌البین، به پاداشتن نظام دین و ...

د) حق‌الناس آمیخته با حق‌الله به نحوی که حق‌الناس غلبه دارد مثل حد قذف و حد سرقت و حد قصاص و ...

حقوق در رابطه با اثبات نیز بر اقسامی است:^۳

الف) حق‌الله که به گواهی چهار مرد عادل ثابت می‌شود چون لواط و مساحقه

ب) حق‌الله که به گواهی چهار مرد عادل یا سه مرد و زن نیز ثابت می‌شود چون زناى موجب رجیم

ج) حق‌الله که به گواهی دو مرد و چهار زن نیز ثابت می‌شود چون زناى موجب تازیانه.

د) حق‌الله که به گواهی دو مرد ثابت می‌شود چون حد سرقت و قذف و شرب و ارتداد

هـ) حق‌الناس که به گواهی دو مرد ثابت می‌شود و گواهی زنان به تنهایی یا به ضمیمه مردان مفید نیست؛ چون اسلام، بلوغ، ولاء جرح و تعدیل، عفو از قصاص، وکالت، وصیت، عیوب نساء، نسب، رویت هلال و هر امری که مقصود از آن مال نباشد.

و) حق‌الناس که به گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن یا حتی یک مرد به ضمیمه یک سوگند و نیز بنا بر قول قوی‌تر به گواهی دو زن به ضمیمه سوگند مدعی ثابت می‌شود و آن یا مستقیماً از امور مالی است، مانند اموال عینی و مال مضمون یا مستقیماً مال نیست، بلکه مقصود از آن

۱. القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۴۲ و ۴۳

۲. مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام

۳. همان، ص ۴۸ و ۴۹



مال است، چون جنایت موجب خون‌ریزیها مثل قتل شبه عمد و سرقت در رابطه با مال مسروق و وصیت نسبت به مال مورد وصیت و نکاح نسبت به مهریه و خلع نسبت به مال خلع و شهادت زنان در مورد نکاح در صورتی که پیوسته با شهادت مرد باشد پذیرفته است.

ز) حق الناس که آگاهی مردان از آن غالباً مشکل تست. شهادت مردان و شهادت زنان به تنهایی و به طور پیوسته با مردان صحیح است و دعوی را اثبات می‌کند مثل این که چهار زن یا یک مرد و دو زن یا دو مرد گواهی دهند بر بکارت دوشیزه‌های یا ولادت کودکی یا بر وجوب عیوب باطنی زنان، نه عیوب ظاهری چون کوری و لنگی.

سید محمد کاظم یزدی^۱ نیز حق را از نظر نقل و انتقال و اسقاط آن چنین تقسیم‌بندی می‌کند: الف) حقوقی که با مرگ صاحب حق به دیگری منتقل نمی‌شود و ساقط کردن آن و نقل به دیگری صحیح نیست؛ چون حق پدری، حق ولایت حاکم، حق بهره بردن و تمتع از زن، حق وصایت و ممکن است بگوییم همه یا برخی از آنها از جمله احکامند نه حقوق.

ب) حقوقی که اسقاط آنها جایز است؛ ولی منتقل کردن آن به دیگری صحیح نیست و با مرگ صاحب حق به طور قهری به دیگری منتقل نمی‌شود؛ مانند حق غیبت، حق دشنام، حق آزار و اذیت به وسیله اهانت کردن یا کتک زدن در صورتی که راضی کردن و حلالیت طلبیدن از صاحب حق واجب باشد و توبه کفایت نکند.

ج) حقوقی که با مرگ صاحب حق به ورثه منتقل می‌شود و ساقط کردن آن نیز جایز است؛ ولی منتقل کردن آن به دیگری جایز نیست مانند حق شفعه بنا بر وجهی.

د) حقوقی که نقل و انتقال و اسقاط آن جایز است چون خیابار، حق قصاص و حق گرفتن رهن و حق تحجیر.

ه) حقوقی که اسقاط و منتقل کردن آن بدون عوض، جایز است؛ چون حق قسم بنا بر آنچه گروهی از فقها مثل علامه در قواعد و شهید در لمعه گفته‌اند.

ز) حقوقی که اسقاط و نقل و انتقال آن مشکوک است؛ مثل حق نفقه اقارب چون والدین و اولاد و حق رجوع در عده رجعی و حق فسخ ناشی از عیوب در نکاح و همین‌طور حق سبقت در امامت جماعت و حق مطالبه در قرض، ودیعه و عاریه و حق عزل در وکالت و حق رجوع در هبه و حق فسخ در عقود جایز مانند شرکت، مضاربه و ...

پس از این بحث مختصر پیرامون حق و حکم و ملکیت و اقسام حق بر می‌گردیم به این بحث که آیا حقوق می‌توانند در عقد بیع عوض مبیع واقع شوند؟ با عنایت به تقسیم‌بندی اخیر حق، شیخ در جواب تفصیل داده و می‌نویسد:^۲

الف) حقوقی که قابل معاوضه با مال نیستند مثل حق حضانت و حق ولایت نمی‌توانند عوض واقع

۱. حاشیه سید محمد کاظم یزدی در مکاسب شیخ، چاپ سنگی، ص ۵۶.

۲. مکاسب، ج ۶ ص ۱۵.



شوند و در این مسئله هیچ اختلافی وجود ندارد.

ب) حقوقی که قابل نقل نیستند نمی‌توانند عوض واقع گردند؛ مثل حق شفعه و حق خیار؛ زیرا بیع مالک ساختن دیگری است در حالی که مثلاً حق شفعه و حق خیار در فرض مزبور قابل نقل نیستند پس نمی‌توان دیگری را مالک آنها ساخت. لذا نمی‌توانند عوض مبیع واقع شوند.

صاحب جواهر به جواب شیخ اشکال کرده و گفته است:^۱ می‌گویید که این حقوق نمی‌توانند در بیع نه عوض و نه معوض واقع شوند به جهت این که قابل معاوضه با مال نیستند؛ چون بیع تملیک غیر است و در حقوق این معنا ممکن نیست. در حالی که فقها به جایز بودن بیع دین به مدیون فتوا داده‌اند، با وجودی که همان علت و مناط ذکر شده موجود است؛ یعنی عدم قابلیت معاوضه با مال؛ زیرا چیزی وجود ندارد تا فروخته شود و به ملکیت دیگری درآید مثلاً زید یکصد دینار به عمرو بدهکار است. آنگاه داین که عمرو باشد این دین را در مقابل نود دینار به وی می‌فروشد و او هم قبول می‌کند. بنابراین، ذمه مدیون از دین، ساقط می‌شود؛ چرا که داین طلب خود را به مدیون فروخته است یعنی در حقیقت آنچه را ذمه اوست، ساقط کرده است و وقتی ما فی‌الذمه ساقط شد دیگری چیزی باقی نمی‌ماند تا داین آن را به ملکیت مدیون درآورد بنابراین جواز چنین بیعی قاعده «ان البیع تملیک الغیر» را خدشه دار می‌کند. شیخ در پاسخ می‌نویسد: سقوط ما فی‌الذمه بدهکار فرع بر تملک دین توسط اوست. یعنی بدهکار اول طلب داین را تملک می‌کند. بعد سقوط حاصل می‌شود. یعنی در مثال مذکور ابتدا مدیون آن یکصد دینار را پس از خرید، مالک می‌شود. آنگاه ذمه‌اش از دین ساقط می‌گردد. بنابراین، مفهوم بیع در اینجا صادق است و قاعده همچنان به حال خود باقی است؛ چون مانعی بر اجتماع تملیک و اسقاط وجود ندارد. شاهد بر آن این است که شهید در قواعد، ابراء ذمه مدیون از دین را چیزی مردد میان تملیک و اسقاط دانسته است.^۲ بدین معنا که ابراء در خارج وقتی تحقق پیدا می‌کند که داین طلب خود را به تملیک مدیون درآورد و آن، وقتی است که ذمه مدیون ساقط می‌گردد یعنی حصول ابراء متوقف بر دو چیز است: اول تملیک سپس اسقاط. پس این، قابل تصور است که بگوییم مدیون ابتدا مالک ما فی‌الذمه خویش می‌شود. آنگاه این تملیک (تملیک داین مدیون را) قهراً موجب سقوط ذمه او می‌شوند نه این که بگوییم بر علیه خویش مسلط شده است تا محذور «لا یعقل أن يتسلط علی نفسه» پیش بیاید.

دلیل دیگر بر اینکه حقوق نمی‌توانند در عقد بیع عوض واقع شوند این است که:

حق نوعی سلطه و قدرت فعلی است که دو طرف دارد، من له الحق و من علیه الحق و بر واضح است که تحقق آنها در خارج وقتی است که هر دو طرف به آن اقدام کنند و اقدام به آن از طرف شخص واحد ممکن نیست، زیرا اتحاد لازم می‌آید و آن محال است یعنی اگر این سلطه فعلی که احتیاج به مسلط علیه دارد از من له الحق به من علیه الحق منتقل شود اجتماع دو عنوان متقابل (مسلط و مسلط علیه) در شخص واحد لازم می‌آید که محال است. برخلاف ملکیت که نسبت اضافی است میان مالک



۱. جواهر الکلام - ج ۸، ص ۱۰۸

۲. منتهی الارب

و مملوک، و تحقق این نسبت در خارج نیاز به «من یملک علیه الحق» (یا مملوک علیه) ندارد تا اقدام به دو طرف آن با یک شخص واحد امکان‌پذیر نباشد بلکه نفس علاقه و ارتباط در تحقق ملکیت در خارج کافی است. پس اشکالی در اتحاد آنها نیست و استحاله هم لازم نمی‌آید.

ج) حقوقی که هم قابل اسقاط و هم قابل نقل هستند مانند حق تجحیر و حق سبق و حق اولویت این حقوق هم اگرچه قابلیت نقل دارند و قابل معاوضه با مال هم هستند؛ ولی در اینکه عوض مبیع واقع شوند به دلایل زیر قابل اشکال است:

۱- از نظر لغوی گفتیم که عوضین باید مالیت داشته باشند؛ لذا چون مال بر حق تجحیر صدق نمی‌کند، پس نمی‌تواند عوض واقع شود.

۲- در عرف هم آنچه که از بیع استفاده می‌شود، مبادله مال در مقابل مال است.

۳- علاوه بر دلالت لغت و عرف بر اخذ مفهوم مالیت در بیع، دلیل دیگری نیز وجود دارد که جایز نمی‌داند حق تجحیر عوض مبیع واقع شود و آن، تصریح فقها در دو موضع از ابواب فقه است که گفته‌اند، ثمن منحصرأ باید مال باشد. نخست در شرایط عوضین در بیع که باید مالیت داشته باشند و دیگری تصریح به مالیت داشتن اجرت در اجاره است. بنابراین، تصریح مذکور با عوض واقع شدن حق تجحیر منافات دارد؛ زیرا حق تجحیر مال نیست هر چند که قابل نقل می‌باشد.

حال که سخن از مال به میان آمد بهتر است به منظور روشن‌تر شدن بحث، ابتدا در خصوص مال و تعریف آن در دیدگاه‌های مختلف سخن بگوییم و آنگاه ببینیم که مثلاً حق تجحیر مال است یا غیر مال؟

مال یعنی چه؟

مال در لغت به معنای خواسته و آن چیزی است که در ملک کسی باشد بادیه‌نشینان به مواشی و چارپایان، مال می‌گویند. مال در عرف از شی انتزاع می‌شود و به ملاحظه اینکه فی حد ذاته نوع انسان به آن رغبت دارد و جهت رفع نیاز آن را نگه می‌دارد، پول و غیره عوض آن است. مثلاً از یک من گندم عنوان مالیت انتزاع می‌شود برخلاف یک من خاک مال در اصل اختصاص به طلا و نقره داشته است سپس مفهوم آن توسعه یافته و شامل هر چیز قابل انتفاعی گردیده است بنابراین، هر چیزی که برای انسان سودمند بوده و استفاده از آن ممکن باشد آن را مال گویند، به شرط این که مملوک یا قابل تملک باشد یعنی انسان بتواند از راه حیزات آن را تحت اختیار و سلطه خود درآورد. بنابراین، چیزهایی که اختصاص به اشخاص معینی ندارد و قابل تملک نباشد مثل آفتاب و ماه و هر چیزی از این قبیل، مال نیستند پس نسبت مال و شیء از حیث مفهوم، عموم و خصوص مطلق است. بدین معنا که شیء اعم از مال است؛ اما در نظر عرف این دو مترادف هستند و با هم فرقی ندارند. بنابراین در اصطلاح هر شیء قابل تملکی را مال گویند گرچه بالفعل برای آن مالکی نباشد.



اموال در ابتدای امر به اشیای مادی اختصاص داشته؛ لکن اکنون هر آنچه که قسمتی از ثروت را تولید نماید و بتوان آن را تملک نمود مال محسوب می‌شود؛ بنابراین، منازل و اراضی و همچنین اشیای منقول و حقوق ارتفاقی^۱ و انتفاع و حق تالیف و حق اختراع و هر چه از این قبیل باشد، داخل در اموال است. پس اموال به اشیاء غیرمادی نیز اطلاق می‌شود.^۲

مال بودن و مالیت داشتن، امری است اعتباری و عقلایی که به جهت منافی که از آن به دست می‌آید و نیازی که مردم بدان دارند چیزهایی مثل عرضه و تقاضا نیز دارای ارزش می‌شود و منفعت بردن و سود جستن از مال نیز به سهم خود دارای مالیت و ارزش است. همچنین پاره‌ای از حقوق مثل حق شفعه و حق خیار از جهت اینکه برای صاحب حق سودی دارد دارای ارزش است پس مال را می‌توان به سه بخش تقسیم کرد: الف) عین چیزی ب) منفعت چیزی ج) حق.^۳

برخی از حقوقدانان با توجه به اینکه عین بودن یا منفعت بودن را از عناصر مال می‌دانند حق خیار، حق شفعه، حق تحجیر و ... را مال نمی‌نامند، بلکه آنها را منسوب به مال دانسته و از آن به حق مالی یا حق منسوب به مال تعبیر کرده‌اند که مفهومی وسیع‌تر از مال دارد.^۴

آیت‌الله خوئی مال را از نظر فقها چنین معنا می‌کند:

«ما یجری فیہ البذل و المنع فیخرج الرمد و التراب و المیتة التي ماتت حتف انفها»^۵

مال هر آن چیزی است که قابل بذل و منع باشد بنابراین چیزهای بی‌ارزشی که بذل و منع در آنها معنا نمی‌دهد نمی‌تواند مال باشد مثل خاکستر، خاک و مردار.

فقهای اهل سنت، دو معنا را برای مال ارائه کرده‌اند:

۱- حنفیه معتقدند مال چیزی است که قابلیت حیازت و احراز را داشته باشد و معمولاً قابل انتفاع باشد. بنابراین با قید حیازت و احراز، امور معنوی مثل غلم، صحت، شرافت، ذکاوت و حرارت خورشید و نور و ماه و ... از تعریف خارج می‌شود و با قید قابل انتفاع بودن گوشت مردار و غذای مسموم و ... از تعریف خارج هستند.

بنابراین، حنفیه مال را منحصر در اشیاء و اعیان مادی می‌دانند که دارای جرم بوده و محسوس باشد؛ یعنی آنها منافع و حقوق را مال نمی‌دانند بلکه ملک می‌دانند.^۶

۲- جمهور اهل سنت بجز حنفیه می‌گویند: سال هر چیزی است که دارای قیمت بوده و تلف‌کننده،

۱. از قبیل حق المجری، حق العبور، حق آبچک و غیره

۲. حقوق مدنی از محمد بروجردی عبده، ص ۲

۳. مبادی فقه و اصول از دکتر علیرضا فیض، ص ۳۶۰

۴. مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام از دکتر لنگرودی، ص ۱۰، همین صفحه در ترمینولوژی حقوق چنین می‌نویسد: مال در اصطلاح چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد بنابراین حقوق مالی مانند تحجیر، حق شفعه حق صاحب علامت تجاری هم مال محسوب می‌شود.

۵. مصباح الفقها از ابوالقاسم خوئی

۶. الفقه الاسلامی و أدلته، ج ۴، ص ۴۰ و ۴۲؛ شرح المجله، ص ۷۰، ماده ۱۲۶



ضامن آن باشد لذا طبق این تعریف منافع و حقوق، مال محسوب می‌شوند، زیرا منافع اشیا هستند که مقصود عقلا واقع می‌شوند نه ذوات آنها و اگر اشیا منفعت نداشته باشند هرگز مقصود عقلا و مورد رغبت مردم قرار نمی‌گیرند.^۱

مال در شرع

در شرع، مالیت هر چیزی به اعتبار وجود و نافع محلل در آن است و خوک و شراب که منفعت محلل ندارند مال نیستند طریحی در مجمع البحرین مال را به اعیان اختصاص داده و این وجهی ندارد؛ زیرا مال هم در لغت و هم در عرف، منافع را هم در بر می‌گیرد و شاید غرض از تخصیص، بیان فرد غالب بوده است.

حاصل سخن اینکه با توجه به تعریف لغوی و عرفی، مال هر آن چیزی است که مقصود عقلا باشد خواه عین بوده یا منفعت یا حق، پس اینکه شیخ انصاری حقوقی قابل انتقال مثل حق تحجیر و حق سبق و ... را مال ندانسته شاید به این خاطر باشد که وی فقط نقود و طلا و نقره را مال می‌داند. در خاتمه باید دانست که نسبت میان ملک و مال عموم و خصوص من وجه است: یک حبه گندم ملک است اما مال نیست و مباحات اصلیه قبل از حیزات مال هستند؛ اما ملک نیستند و موارد زیادی وجود دارد که هم مال هستند و هم ملک.

بیع در اصطلاح

شیخ انصاری^۲ و بیشتر فقهای امامیه منکر حقایق شرعی هستند؛ بدین معنا که شارع الفاظ وارد شد در عبادات و معاملات را برای این ماهیات و معانی مخترع با وضع تعیینی وضع نکرده است؛ بلکه این الفاظ در معانی عرفی خود باقی هستند که در بیع معنای عرفی، مبادله مال در مقابل مال است. بنابراین، شکی نیست که شارع، الفاظ مذکور را در معانی مخترع به کار می‌برد؛ اما کیفیت استعمال شارع مجهول است که آیا به نحو نقل است یا به سبب غلبه استعمال در زمان شارع به طوری که استعمال این الفاظ در معانی جدید به قدری شهرت پیدا کرده باشد که بدون قرینه نیز افاده آن ماهیات مخترع کند. به هر حال بنابر مبنای شیخ این الفاظ بر معنای عرفی خود باقی هستند و اگر در شرطیت یا جزئیت چیزی شک کنیم اصاله البرائت را جاری می‌کنیم.

با این توضیح می‌پردازیم به تعریف اصطلاحی بیع که در آن میان فقها اختلاف وجود دارد که در زیر آنها را ذکر کرده و ایرادات و پاسخ‌های مربوط به هریک را مطرح می‌کنیم:

الف) گروهی از علما، بیع را انتقال دانسته و چنین تعریف کرده‌اند:

«هو انتقال عین من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی»^۳

۱. الاشیاء و النظائر (سیوطی) ص ۲۵۸

۲. مکاسب، ج ۶، ص ۲۳

۳. المبسوط، ج ۲، ص ۷۶، تذکره الفقها، ج ۱، ص ۱۴۶

بیع یعنی انتقال کالا از طرف بایع به مشتری در مقابل عوض مشخص که دو طرف معامله بدان راضی باشند.

در این تعریف، مسامحه وجود دارد؛ زیرا بیع انتقال نیست بلکه انتقال، اثر بیع است نه خود بیع، یعنی بیع موجب حصول انتقال عین به مشتری است. به بیانی دیگر، بیع امری است قائم به بایع و انتقال وصف برای عوضین است پس بیع را می‌توان به آن توصیف کرد نه تعریف.

ب) برخی دیگر به جهت اشکال فوق، بیع را چنین تعریف می‌کنند:

«هو الايجاب و القبول الدالان علی الانتقال»^۱

بیع عبارت از ایجاب و قبولی است که بر انتقال دلالت دارد. ایراد این تعریف نیز این است که ایجاب و قبول از مقوله لفظ هستند؛ حال آنکه بیع از مقوله معناست^۲ یعنی مقصود از لفظ بعث و قبلت مدلول آن یعنی نقل و انتقال است نه مجرد لفظ آن بدون در نظر گرفتن دلالتشان بر قصد مذکور.

وانگهی ایجاب و قبول وسیله‌ای برای انشا هستند و بیع نمی‌تواند مسبب آنها باشد. مثل مسبباتی که از اسبابشان تولید می‌شوند. علاوه بر این که بیع عبارت از مجموع ایجاب و قبول نیست، بلکه وقتی این مرکب با هر دو جزئش تحقق یابد، ایجابش بیع و قبولش شراء است.^۳

ج) محقق ثانی جهت گریز از ایرادات فوق، تعریف دیگری از بیع دارد و چنین می‌نویسد: «نقل العین بالصیغه المخصوصه»^۴

بیع یعنی منتقل کردن عین به وسیله صیغه مخصوص که همان ایجاب و قبولی است که با لفظ بعث و قبلت بر نقل و انتقال دلالت دارند. به این تعریف نیز ایراداتی به شرح زیر وارد است:

۱- نقل مرادف با بیع نیست، چون صلح را نیز اگر عقد مستقل بدانیم شامل می‌شود و هبه معوضه و غیرمعوضه را نیز در بر می‌گیرد و از همین روست که در تذکره تصریح شده که ایجاب بیع «نقلت» منعقد نمی‌شود چون به کار بردن لفظ نقل برای بیع از باب کنایه است و در محل خود ثابت است که استعمال الفاظ کنایی در تعریف جایز نیست.

۲- محقق کرکی خود، معاطاه را بیع می‌داند حال آنکه در معاطا و صیغه‌ای نیست چه برسد به صیغه مخصوص و تعریف وی در اینجا معاطاه را شامل نمی‌شود و این برخلاف نظر خود اوست.

میرزای نائینی در پاسخ به این اشکال می‌گوید:

۱. علامه در مختلف الشیعه این تعریف را از بیع دارد و آیت‌الله خوئی در مصباح الفقاهه، آن را مشهور میان فقها می‌داند (ر ک: مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۲)

۲. چون اگر بیع از مقوله لفظ باشد در حقیقت انشاء لفظ به سبب لفظ لازم می‌آید که قابل تعقل نیست، توضیح بیشتر این که در اینجا چهار صورت ممکن است: الف) بگوییم بیع از مقوله معناست و لفظ هیچ نقشی در ایجاد بیع ندارد که در این صورت چنانچه بتوانیم بدون لفظ بیع تعبیر کنیم بیع معاطاتی را می‌شود تصحیح کرد ب) بگوییم که بیع از مقوله لفظ است و عنا هیچ مداخلتی در ایجاد بیع ندارد که در این صورت بیع معاطاتی الانتفاء است ج) بگوییم که بیع از مقوله لفظ است اما به شرط قصد معنا د) بگوییم که بیع از مقوله معناست به شرط این که با لفظ از آن تعبیر کنیم که در دو صورت اخیر هم نمی‌شود بیع معاطاتی را تصحیح کرد.

۳. تعلیق میرزای نائینی بر مکاسب شیخ، ص ۹۶

۴. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۵۵



ممکن است مراد محقق از صیغه، وسیله‌ای باشد برای انشاء به معنای اعم چه قولی چه فعلی. یا ممکن است مراد از معرف، خصوص غیرمطالعاتی باشد که همه متفقاً می‌گویند بیع است.^۱

۳- محقق در تعریفش، «انشاء بالصیغه» را در مفهوم بیع داخل کرده است در حالی که صیغه قطعاً به سبب لفظ قابل انجام است بنا بر این چگونه «انشاء اللفظ باللفظ» قابل تعقل است. میرزای نائینی این اشکال را نیز وارد نمی‌داند و می‌نویسد:

غرض محقق از تعریف این است که وی نقل را به عنوان جنس بعید برای تعریف آورده و کلمه «بالصیغه» به منزله فصل برای آن است؛ لذا مجموع این دو، معرف بیع هستند پس باید گفته شود که حقیقت بیع عبارت است از نقل واقع به صیغه نه نقل بالصیغه که «بالصیغه» واقع شود مثل این که در تعریف انسان گویند «حیوان ناطق» و صحیح نیست که بر آن ایراد بگیریم و بگوییم «ان الحيوان الناطق، ناطق» ممکن است گفته شود مراد محقق از نقل در تعریف، خود نقل است که مدلول صیغه است و انشا در مفهوم بیع مدخلیتی ندارد تا بدین صورت اشکال (عدم تعقل انشاء بیع بالصیغه) رفع گردد. یعنی بیع محقق می‌شود ولو بدون صیغه، همان‌طور که در معاوضه چنین است. بنا بر این در تعریف، فقط اشاره به تعیین آن فرد از نقل که بیع انشا شده به صیغه از طرف بایع را دارد. یعنی مدلول بعث، نقلت بالصیغه نیست پس محذور عدم تعقل انشا بیع بالصیغه لازم نمی‌آید.^۲

شیخ انصاری پاسخ می‌دهد که: اگر مراد از صیغه مخصوص، خصوص لفظ بعث باشد این مستلزم دور است، چرا که معرف واقع شده است یعنی عبارت البیع، نقل العین... می‌شود «البیع نقل العین بالبیع» و این دور است و باطل یعنی «توقف الشيء علی نفسه» اگر مراد وی از صیغه مخصوص، لفظی غیر از بعث باشد مثل ملکیت، در این حال بهتر بود وی به ذکر نقل و تملیک بسنده می‌کرد و می‌گفت: «البیع هو النقل او التملیک»^۳

(د) تعریف دیگر این است که بگوییم «انه انشاء تملیک عین بمال»^۴

بر این تعریف نیز فقها اشکالاتی وارد کرده‌اند که بدانها می‌پردازیم:

۱- لازمه تعریف این است که انشاء بیع و ایجاد آن به لفظ ملکیت باشد در حالی که همه به اتفاق می‌گویند که بیع با الفاظی مثل نیز منعقد می‌شود.^۵

۲- تعریف، بیع دین به بدهکار را شامل نمی‌شود، چون انسان به ضرر خود مالی را مالک نمی‌شود. جواب همان است که قبلاً گفتیم، زیرا انسان می‌تواند مالی را این‌گونه تملیک کند و هیچ محذور عقلی ندارد. وانگهی این نوع از تملک سرانجامش سقوط ما فی‌الذمه بدهکار است مثل تهاجر قهری مثلاً شخصی به دیگری صد دینار بدهکار است. آنگاه وی صد من گندم را به طلبکار می‌فروشد. در

۱. تعلیق میرزای نائینی بر مکاسب، ص ۹۹

۲. همان

۳. مکاسب ج ۶ ص ۳۲

۴. شیخ انصاری این تعریف را برگزیده و آن را نسبت به بقیه تعاریف اولی می‌داند: مکاسب، ج ۶ ص ۳۳

۵. این اشکال را خود شیخ وارد ساخته و آن را حق می‌داند مکاسب، ج ۶ ص ۳۴



قبال صد دینار، که در چنین حالتی ذمه هر کدام از طلبکار و بدهکار (که بایع است) به صد دینار مشغول است. یعنی داین ذمه‌اش به ثمن گندم مشغول است و بدهکار به دینی که از قبل داشت در اینجا ذمه هر کدام از آنها به سقوط قهری که آن را تهاتر می‌نامند ساقط می‌شود. بنابراین اگر در چنین حالتی بگوییم تملک امر معقولی نیست درست مثل آن است که گفته‌ایم بیع معقول نیست و این خطایی واضح است.

۳- تعریف، شامل تملیک معاطاتی هم می‌شود در حالی که حکم مشهور و بلکه اجماع آن را بیع نمی‌داند پاسخ به این اشکال نیز روشن است، زیرا در جای خود ثابت شده است که معاطاه بیع است و مراد نفی‌کنندگان نفی صحت آن است نه نفع بیع بودن آن و اجماع هم ثابت نیست؛ چون جماعت زیادی از محققین گفته‌اند بیع معاطاتی صحیح است؛ بلکه برخی پا را فراتر گذاشته و گفته‌اند چنین بیعی لازم است و به فرض ثابت بودن اجماع وجهی برای تمسک بدان نیست؛ چون صدق بیع بر معاطاه یک امر عرفی است و بر یک امر عرفی نمی‌توان اجماع تعبدی را اقامه کرد؛ زرا محل اجماع تعبدی مسائل شرعی است.

۴- دیگر از اشکالات این است که تعریف شامل شراء و خریدن هم می‌شود. چون که خریدار با قبئل بیع، مال خود را در مقابل مبیع به تملیک فروشنده در می‌آورد.

جواب این است که مشتری کالای خود را با تملیک ضمنی و نه مستقل به ملکیت بایع در می‌آورد. یعنی مشتری در ضمن این که بایع کالای خود را به ملکیت او در می‌آورد، او هم مال و متاع خود را به ملکیت وی وارد می‌سازد و به همین جهت است که مشتری می‌تواند به لفظ ملکیت خرید کند چون تملیک او ضمنی است نه مباشرتاً و به طور مستقل.

۵- این تعریف در دو مورد قابل نقض است: ۱- صلح بر عین در مقابل مال ۲- هبه معوض در حالی که هیچ یک از آنها بیع نیستند. در پاسخ به این اشکال می‌گوییم:

حقیقت صلح تسالم بین متخاصمین است نه تملیک بر وجه مقابله و معاوضه (گرچه به عین تعلق بگیرد) یعنی مدلول مطابقی صلح، انشای تسالم در برابر امر معلومی است و دلیل ما بر این مطلب این است که لفظ صلح به خودی خود متعدی به مال نیست یعنی گفته نمی‌شود «صالحتک المال» بلکه گفته می‌شود «صالحتک علی کذا» یعنی به سبب حرف جر متعددی است برخلاف بیع که متعدی به متعلقش است «بعثک متاع الفلانی بكذا»

آری صلح وقتی به عین تعلق بگیرد متضمن تملیک است نه اینکه صلح مستقلاً تملیک باشد؛ بلکه ضمناً مفید تملیک است و دلیل بر این امر، موارد زیر است:

الف) صلح ممکن است به مال تعلق بگیرد (عین یا منفعت) که افاده تملیک نمی‌کند

ب) صلح ممکن است به انتفاع تعلق بگیرد که مفید عاریه است و مجرد تسلیط

ج) صلح ممکن است به حقوق تعلق بگیرد که مفید اسقاط یا انتقال است

د) ممکن است متعلق صلح تقریر امری میان متصالحین باشد. مثلاً یکی از دو شریک به دیگری بگوید «صالحتک ان یكون الربح لک و الخسران علیک» که در این حال افاده تقریر می‌کند. بنابراین اگر همه این موارد، حقیقت صلح باشند لفظ صلح باید میان این معانی مشترک لفظی باشد. در حالی که با استناد به اصل عدم اشتراک که ناظر به عدم تعدد وضع است می‌گوییم چنین نیست. پس باید گفت که مفهوم صلح چیز دیگری است و آن تسالم است که در هر جایی به حسب آنچه که متعلقش اقتضا دارد فایده‌ای بر آن مترتب است. بنابراین، صلح بر عین در مقابل عوض تسالم است که متضمن تملیک است نه اینکه مفهوم صلح در این مقام، انشای تملیک است. از همین روست که طلب صلح از خصم اقرار نیست بر این که آن عین مال خصم است، در حالی که طلب تملیک از خصم اقرار است به این که متنازع فیہ ملک خصم است.

اما هبه معوضه: مراد از هبه معوضه آن است که در آن عوض شرط شده باشد، یعنی واهب در مقابل هبه‌ای که به متهدب می‌کند عوض را شرط می‌نماید، پس در حقیقت هبه معوضه نوعی تملیک مستقل است که صرفاً قصد از آن، واقع شدن هبه است به عنوان عوض در مقابل آنچه دیگری به او هبه می‌کند و بر خلاف بیع، حقیقت معاوضه و مقابله در آن وجود ندارد، زیرا در بیع وقتی بایع می‌گوید «بعتک» می‌خواهد به مجرد ایجاب، عین را به مشتری منتقل کند و مشتری وقتی می‌گوید «قبلت» می‌خواهد به مجرد قبول مالش را که همان ثمن است به بایع منتقل سازد. بنابراین اگر هر یک از آن دو از انتقال کالای خود امتناع کند، بیع باطل است؛ لذا اگر قرار باشد مفهوم هبه معوضه انشای تملیک عین در مقابل مال باشد بر جهت مقابله و معاوضه، نباید تملک یکی از عوض بدون اینکه دیگری عوض را به واهب نداد وی می‌تواند در هبه‌اش رجوع کند. یعنی ماهیت هبه تملیک مجانی است و اشتراط عوض آن را از حقیقت و ماهیت خویش خارج نمی‌سازد و شأن عوضی که در هبه شرط شده شأن سایر شروطی است که در بقیه عقود شرط می‌شود و شاهد مدعای ما این است که اگر متهدب از عمل به شرط تخلف کند هبه باطل نمی‌شود؛ بلکه برای واهب خیار تخلف شرط ثابت است.

حاصل اینکه در این مقام، میان هبه معوضه و غیر معوضه فرقی نیست، چرا که هر دو تملیک مستقل هستند و فقط در هبه معوضه، هبه به قصد عوض واقع شده نه اینکه در هر یک از عوضین حقیقت معاوضه و مقابله مقصود است.

ممکن است گفته شود با این تعریف از بیع، قرض در تعریف داخل است و به اصطلاح تعریف مانع اغیار نیست، چون قرض هم مثل بیع تملیک عین در مقابل مال است. در پاسخ می‌گوییم که در بحث بیع، معاوضه حقیقی ملاک است؛ در حالی که مفهوم قرض همان معاوضه نیست. بلکه عبارت است از تملیک بر وجه ضمان مثل یا قیمت نه معاوضه عین با مثل یا قیمت. یعنی مقتضی باید مثل را بپردازد چون اقرب به تالف است و اگر نبود قیمت را. بنابراین قرض نمی‌تواند مقتضی را به دلیل ضمان ید

مجبور به رد عین کند؛ چون ید مقترض به مال دیگری تعلق نگرفته است و به همین جهت است که در قرض ریای معاوضه (ریا در بیع) جریان ندارد؛ یعنی هر نوع ربا در قرض حرام است اعم از آنکه عوضین مکیل و موزون باشند یا خیر، از یک جنس باشند یا متعدد. همین طور دلیل دیگر بر اینکه مفهوم قرض یک مفهوم معاوضی نیست بلکه تملیک عین بر وجه ضمان به مثل یا قیمت است، این است که در آن غرر منفی که در معاوضه (یعنی بیع) جریان دارد جاری نیست، زیرا غرر به معنای خطر است پس در معاوضه، متعاقدین باید به عوضین علم داشته باشند. بایع قدرت بر تسلیم مبیع به مشتری و نیز مشتری قدرت تسلیم ثمن به بایع را داشته باشند در حالی که هیچ‌یک از این شروط در قرض جریان ندارد. یعنی می‌توان قرض گرفت و در عین حال به مقدار و اوصاف مال قرض گرفته شده آگاه نبود و اگر قرض از باب معاملات معاوضی بود باید علم به مقدار اوصاف عوضین شرط باشد. در حالی که اگر مقرض مقدار نامعلومی از دراهم موجودش را به شخص قرض دهد بدون اینکه به مقدار آنها علم داشته باشد قرض صحیح است آری مقترض باید مقدار آن را بداند تا تمکن از ادا داشته باشد پس باید گفت که مفهوم قرض بیگانه از مفهوم معاملات معاوضی است و گرنه می‌بایست در آثار با آن متحد باشد که چنین نیست.

۶- میرزای نائینی نیز بر تعریف برگزیده شیخ دو اشکال وارد کرده و می‌نویسد:

چون شیخ انصاری انشا را در مفهوم بیع وارد کرده است پس: اولاً همان اشکالی که بر صاحب جامع المقاصد آوردیم در اینجا هم وارد است، زیرا «انشاء انشاء التملیک» محال است چون انشاء الانشاء قابل تعقل نیست.

ثانیاً این تعریف بر ایجاب صدق می‌کند، حال آن که در بیع، ایجاب قطعاً بایستی با قبول همراه باشد، زیرا تحقق بیع از طرف بایع در ظرفی است که در آن تحقق قبول از جانب مشتری صورت می‌گیرد.

بنابراین تعریف شیخ با دو اصطلاح به صورت زیر می‌تواند بهترین تعاریف باشد:

۱- لغت انشا را به جهت اشکال اول حذف کنیم.

۲- با توجه به معنای لغوی بیع که مبادله مال در مقابل مال است و مضمون اولی بیع، تبدیل است نه تملیک، لذا فقط تبدیل را به جای تملیک قرار داده و بیع را چنین تعریف کنیم: «انه تبدیل عین بمال»

۷- آیت الله خوئی نیز به تعریف شیخ ایراداتی به شرح زیر وارد می‌کند.^۲

الف) در تعریف، لفظ عین آورده شده و آن اعم از اعیان متمول و غیر متمول است در حالی که خود شیخ مالیت را در عوضین شرط دانسته است. بنابر این تعریف مانع اغیار نیست.

ب) اگر بیع انشای تملیک عین به مال باشد لازم می‌آید که تبدیل در بیع فقط در اضافه ملکی باشد حال آنکه تبدیل اعم است از این که در اضافه ملکی یا مالی و غیر آن باشد.

۱. تعلیق میرزای نائینی بر مکاسب، ص ۱۰۰

۲. مصباح الفقاهه، تقریرات درس آیت‌الله ابوالقاسم خوئی



ج) این تعریف مبین شرط مالیت در ثمن نیست، حال آنکه در تحقق مفهوم بیع باید عنوان معاوضه صدق کند.

خوئی پس از ایرادات فوق و قبل از اینکه تعریف موردنظر خود را ارائه دهد در خصوص مفهوم و تعریف انشا مباحثی را طرح می‌کند که مناسبت دارد عیناً بازگو کنیم:

مفهوم و تعریف انشا: بین علما مشهور است که می‌گویند «ان الانشاء ایجاد المعنی باللفظ» یعنی انشا به وجود آوردن معنا به وسیله لفظ است این تعریف قابل مناقشه است با این بیان که: مراد از ایجاب معنی توسط لفظ یا ایجاد خارجی است یا ایجاد اعتباری اما ایجاد خارجی که بطلان آن بدیهی است، زیرا تمامی موجودات خارجی در وجودشان به علل خاصه، اسباب معینه و مقدمات اعدادی خود مستند هستند و پر واضح است که لفظ از این معدت بیگانه است.

فساد ایجاد اعتباری هم واضح است، زیرا اگر منظور، وجود آن اعتبار در درون متکلم باشد، از آنجا که اعتبار نفسانی از افعال نفس است بدیهی است که به سبب فاعلشان موجود می‌شوند بدون اینکه به عالم الفاظ نیاز داشته باشند. خلاصه اینکه چه ایجاد اعتباری و چه ایجاد خارجی مراد باشد در تعریف انشا، ایجاد معنا به وسیله لفظ قابل تعقل نیست. پس می‌گوییم انشا در حقیقت ابراز و اظهار اعتبار نفسانی است به وسیله یک ابرازکننده خارجی همچنان که خبر اظهار قصد حکایت است از ثبوت یا سلب توسط یک اظهارکننده خارجی.

حقیقت وضع و تفاوت جمله خبری و انشایی

حقیقت وضع تعهد و التزام نفس است به وسیله جعل لفظ یا هیئت خاصی که ابرازکننده امری است که غرض متکلم به تفهیم آن تعلق گرفته است و این معنای وضع موافق وجدان و ذوق سلیم و ارتکاز عقلایی و فهم عرفی و معنای لغوی است، چرا که در وضع در لغت به معنای جعل و اثبات آمده است. بنابراین التزام متکلم به ابراز مقاصدش توسط الفاظی خاص، نوعی وضع است و به همین جهت است که در محاکم عرفی به قانونگذار، واضع گفته می‌شود. در همین راستا هر کس که ملتزم مقاصدش را با الفاظ متداول میان اهل زبان جهت امری که غرض وی بدان تعلق گرفته است، تفهیم کند در حقیقت، واضع است؛ نهایت اینکه اطلاق لفظ واضع به جاعل اولین به خاطر سبقت زمان وی می‌باشد در این سخن که اجمالاً بیان کردیم میان جمله خبری و انشایی و الفاظ مفرد و مرکب و غیر اینها تفاوتی نیست.

«آری تفاوت جمله خبری و انشایی در این است که جمله انشایی با هیئت انشائیه‌اش برای ابراز امری از امور نفسانی وضع شده است و این امر نفسانی ممکن است اعتباری از اعتبارات باشد همچنان که در امر و نهی و عقود و ابقاعات چنین است و ممکن است وصفی از اوصاف همان‌طور که در تمنی و ترجی است و به همین خاطر است که جمله انشایی گاهی به صدق و گاهی به کذب متصف نمی‌شود

چون در خارج موردی ندارد که با نسبت کلامی مطابقت کند یا مخالف و این برخلاف جمله خبریه است که موضوع برای ابراز قصد حکایت است از ثبوت یا سلب.

بنابراین هیأت‌های ترکیبی برای جملات خبری اماره‌ای هستند بر قصد متکلم جهت حکایت از نسبت و این حکایت ممکن است با واقع مطابقت داشته باشد که آن جمله خبریه صادق است و ممکن است با واقع مخالف باشد که در این صورت جمله کاذب است.

حاصل آنکه استعمال لفظ در معنا صرفاً مقاصد نفسانی است به وسیله یک ابرازکننده خارجی خواه در جملات انشایی باشد یا اخباری پس انشا از مصادیق استعمال لفظ در معناست بدون اینکه ارتباطی به ایجاد معنا به وسیله لفظ داشته باشد.

مرحوم خوئی پس از این توضیحات بیع را چنین تعریف می‌کند:

«انه انشاء تبدیل شیء من الاعیان بعوض فی جهه الاضافه»

در توضیح باید گفت غرض صاحب مصباح از آوردن قید مبادله در تعریف بیع اشاره است به اینکه بیع از سنخ مبادله است، البته این مبادله مثل تبدیل عبا به لباسی دیگر یا تبدیل سکنی در خانه‌ای به خانه دیگر و تبدیل رکوب از اسبی به اسبی دیگر، مبادله مکانی و دیگر مبادلات خارجی تکوینی نیست، بلکه مراد وی از مبادله، مبادله در جهت اضافه مالی است به این معنا که هر یک از متبایعین هنگام بیع، مالش را در جهت اضافه مالی تبدیل به مال دیگری می‌کند و فیومی جهت اشاره به همین نکته دقیق، قید مال را در تعریف بیع آورده است: تحقیق آنکه، مفهوم بیع از مفاهیم ارتکازی است که هر کس آن را می‌فهمد و عبارت است از تبدیل دو چیز در جهت اضافه اعم از اینکه اضافه ملکی باشد یا مالی یا حتی اینها. بنابر این به اضافه ملکی یا مالی مختص نیست.

اما وجه عدم اختصاص این اضافه به اضافه ملکی را در موارد زیر می‌توان ملاحظه کرد:

(الف) سهم سبیل‌الله از زکات، ملک شخص خاصی نیست و برای جهت معینی هم نیست و با وجود این، بیع سهم مزبور و صرف ثمن آن در سبیل‌الله جایز است.

(ب) بیع نمای عین موقوفه در سبیل‌الله و صرف ثمن آن در راه خدا و موارد قرب الهی جایز است با وجود این که عین و نمای آن ملک هیچ کس نیست.

(ج) شخصی وصیت کرده است که مالش در راه خدا صرف شود و در وصیتش تصریح کرده است به این که ملک کسی هم نشود لذا اگر این مال فروخته شود تا ثمنش در راه خدا مصرف گردد در اینجا تبدیل عوضین در اضافه ملکی نیست بلکه در جهت دیگری از اضافه است.

در وجه عدم اختصاص این اضافه مالی هم، باید گفت چون دلیلی بر اعتبار مالیت در بیع نداریم و ملاک و مناط در تحقق مفهوم بیع صدق عنوان معاوضه بر آن است. سخن صاحب مصباح هم نمی‌تواند دلیل بر آن باشد؛ چون قول وی حجت نیست. لذا اگر کالایی مقصود مشتری باشد، خواه پیش عقلا مال محسوب شود یا ارزش مالی نداشته باشد (مثل حشرات)، ولی وی آن را به بالاترین قیمت بخرد، بدون



شک مفهوم بیع بر آن صادق است.

سخن دیگر این که نهایتاً معامله آنچه را که مال نیست ممکن است بگوییم معامله سفهی است که بر بطلان چنین بیعی دلیلی نداریم، چرا که ادله صحت بیع آن را شامل می‌شود و آنچه که شرعاً فاسد است معامله سفیه است و دلیل بر فساد آن است که سفیه شرعاً از معامله ممنوع است بنابراین، آوردن قید مال در تعریف وجهی ندارد.

از اینها گذشته اگر بپذیریم که بر اعتبار مالیت در بیع دلیل داریم می‌گوییم این حکم شرعی غیر مربوط به مفهوم بیع است و نمی‌توان آن را در مفهوم بیع اخذ نمود و اگر آوردن آن در مفهوم بیع صحیح باشد باید تمام احکام بیع را در مفهوم بیع بیاوریم که فساد این سخن روشن است. ناگفته نماند که مفهوم بیع تحقق نمی‌یابد مگر اینکه عوض به ملکیت شخصی در آید که معوض از ملکیت وی خارج شده است بدین معنا که باید تعلق خود را از متاع برگیرد و آن را به ثمن قائم سازد و همین طور مشتری تعلق خود را از ثمن برگیرد و به متاع واقع سازد مثلاً وقتی زید درمی‌آید و اگر چنین نباشد و مثلاً به ملکیت بکر درآید دیگر به هیچ‌وجه مفهوم بیع بر آن صادق نیست.

آیات زیر شاهد بر این سخن ماست:

«اولئك الذین اشتروا الضلالة بالهدی»

«ان الذین اشتروا الکفر بالایمان»

«ولا نشترُوا بایاتی ثمناً قلیلاً»

«ان الله اشتری من المؤمنین انفسهم و اموالهم بأن لهم الجنة»

و امثال این آیات که بر اعتبار دخول عوض به جای معوض در مفهوم بیع و شراء دلالت دارند. در

لغت هم آمده است که «کل من ترک شیئاً و تمسک بغیره فقد اشتراه»

تعریف بیع در قوانین حقوقی کشورهای مختلف:

ماده ۳۳۸ ق. م ایران: «بیع، عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»

ماده ۲۲۶۶ ق. م ائوبوی: «بیع عقدی است که یک طرف به نام بایع متعهد به تسلیم چیزی با

انتقال ملکیت آن می‌شود»^۱

در قانون بیع انگلیس ۱۹۷۹، قرارداد بیع کالا چنین تعریف شده است: «قرارداد بیع کالا، قراردادی

است که به واسطه آن، بایع، مالکیت کالا را به ازای عوض که «ثمن» نامیده می‌شود به مشتری منتقل

می‌نماید یا توافق بر انتقال آن می‌نماید»^۲

در حقوق تعهدات سوئیس نیز، بیع به شرح زیر تعریف شده است:

قرارداد فروش، قراردادی است که به وسیله آن، فروشنده، خود را متعهد به تسلیم موضوع فروش

و انتقال مالکیت آن به خریدار می‌نماید و خریدار نیز خود را موظف به پرداخت بهای آن به فروشنده

می‌نماید»^۳

۱. دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت ج ۱، ص ۴۶۱

۲. مجله کانون، ش ۸-۹ ص ۳۴۰

۳. همان