

ملاحظات در ماهیت شناسی عقود با رویکردی تطبیقی در بیع*

مهدي محقق فر

Mohaghfar@gmail.com

چکیده

به کارگیری درست احکام عقود مستلزم شناخت صحیح ماهیت هر یک از آنها است. گرچه برخی از فقهای معاصر به پاره‌ای از زوایای ماهیت‌شناسی آنها در بین مباحث عقد بیع پرداخته‌اند، اما تاکنون متن مستقل و مکفی در فقه العقود امامیه نگاشته نشده است. در این مقاله سعی شده است با طرح چند ملاحظه مهم، درآمدی بر روش کلی شناخت ماهیت عقود ارائه شود. تفکیک رویکرد وجودشناختی و مفهوم‌شناختی؛ تفکیک عناصر تقییدی و تعلیلی؛ تفکیک حیثیت عقدی و عهدی؛ تبیین نگرش سببی و مسببی به عناوین عقود؛ تفکیک ماهیت و آثار عقود؛ مرکبه بودن و یا بسیطه بودن ماهیات عقود؛ ملاحظات در یافتن هسته مرکزی عقود و رتبه ایجاد ماهیت، مواردی است که در این مجال به اجمال بررسی شده است. برای اخذ نتیجه بهتر، دایره عقود مورد بررسی به عقود معاوضی محدود شده، همچنین در رویکردی تطبیقی برخی از کاربردهای این ملاحظات در عقد بیع بررسی شده است.

کلیدواژه‌ها

فقه العقود، عقود معاوضی، عقد بیع، ماهیت شناسی، بررسی تطبیقی.

مقدمه

الف. اهداف و ضرورت تحقیق

در بین فقهای شیعه تفکیک حوزه مباحث مشترک و مختص عقود و بررسی مستقل هر یک از آنها معمول نبوده است. هر یک از ابواب عقود در متون "فقه العقود" امامیه، به‌طور معمول شامل مسائل مشترک بین همه عقود و مباحث اختصاصی آن باب به-

* تاریخ وصول ۱۳۸۷/۷/۲۲، تاریخ تصویب ۱۳۸۷/۱۰/۲۱

صورت مندرج و درهم‌تنیده است. این الگو کمابیش در تمامی ابواب عقود حاکم است. مباحث مربوط به چگونگی شکل‌گیری عقود و آثار کلی مترتب بر آنها، چگونگی زوال عقد و شرایط وجود و صحت آن، در کنار مسائل مرتبط به بررسی ماهیت و احکام مخصوص هر یک از عقود آمده‌است. فهرست عناوین کتاب المکاسب شیخ انصاری (ره) که به بررسی عقد بیع پرداخته، با توجه به جایگاه این کتاب و این عقد در فقه العقود شیعه، مؤید این مطلب است.

علی‌رغم این امر، برای تسلط بر مباحث "فقه العقود"، بهتر است مفاهیم و اسلوب‌های مشترک حاکم بر عقود و مباحث اختصاصی هر عقد به تفصیل و مستقل بررسی شود. دستیابی به این تسلط بدون تفکیک بین این دو حوزه و بررسی مکفی هر یک از آنها، امری دیریاب و دشوار است. آنچه در این خصوص توهم می‌شود این است که این اشراف تنها با صرف وقت بسیار و مطالعه مجموعه گسترده‌ای از مسائل در ابواب مختلف "فقه العقود" به دست آید. بنابراین تمایل کمتری برای انتخاب این گرایش فقهی مشاهده می‌شود.

صرف نظر از این توهم، آسیب‌هایی در روش متعارف مطالعات "فقه العقود" وجود دارد. مهم‌ترین آنها، عدم امکان تمرکز کافی در مسایل اساسی این قسمت است. فقیه به علت مواجهه با انبوهی از مسائل، معمولاً فرصت کمتری برای تعمیق و نوآوری کافی به دست می‌آورد و احتمال بروز خطا در پژوهش‌ها بیشتر می‌شود. در حالی که وجود این الگو باعث می‌شود حجم بالایی از مسایل هر باب، با عنوان "مشترکات العقود" جدا شود و در مباحث اختصاصی هر عقد، حجم کمتری باقی بماند. در نتیجه مسایل کلی ابواب مختلف عقود شناسایی می‌شود و به صورت یکجا و در مجالی کافی تحلیل و موشکافی خواهد شد و نتایج حاصل می‌تواند به صورت منضبط و موجه در ابواب مختلف عقود تعمیم یابد. فقیه با این روش توان خود را برای بررسی متمرکز مسایل اختصاصی عقود ذخیره می‌کند.

در این راستا برخی از فقها نیز بنابر تجربیات متمادی تدریس و تحقیق در "فقه العقود"، به ضرورت تفکیک بین این دو بخش اشاره داشته و به بررسی قواعد و اسلوب‌های کلی و مشترک حاکم بر عقود، پرداخته‌اند. یکی از نخستین رویکردهای

کلی و تفکیک‌گرا به عقود در کتاب تحریر المجله (کاشف الغطاء، محمد حسین) آمده‌است. این کتاب پس از شرح قواعد عامی که در شرح المجله (رستم باز، سلیم) آمده است، خود نیز قواعد دیگری به این مجموعه افزوده‌است. به‌علاوه در سال‌های اخیر تمایلی به مطالعه کلیات عقود- هرچند به صورت محدود مشاهده می‌شود (الحسنی، کتاب نظریه العقد فی الفقه الجعفری).

گرچه ماهیت عقود بالحمل‌الشایع از جمله موارد اشتراکی در عقود نیست، می‌توان بالحمل‌الاولی و در یک نگرشی کلی، آن را مورد بررسی قرارداد. لذا این نوع بررسی می‌تواند از جمله مباحث اختصاصی مهم "فقه‌العقود" باشد.

یافتن معیار تمییز عقود از یکدیگر تنها جنبه نظری ندارد و در عمل نیز آثار مهمی بر آن مترتب است. با شناخت ماهیت عقود می‌توان ادله مربوط به هر یک از عقود و احکام و آثار خاص آن را به درستی در موضوع خود به‌کار بست. مثلاً پاره‌ای از خيارات، ویژه عقد بیع است و در عقد دیگری راه ندارند. از جمله این ادله "البیعان بالخیار ما لم یفتراً" (کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، ج ۵، باب الشرط و الخیار فی البیع، ص ۱۶۹) برای اثبات خیار مجلس و «الشرط فی حیوان ثلاثه آیام للمشتري اشترط أو لم یشرط» (همان) برای اثبات خیار حیوان در عقد بیع است. در این راستا مرحوم گلپایگانی (ره) این ضرورت را در عقد بیع این‌گونه بیان می‌کند: «لابد من الوقوف علی معنی البیع و حقیقته فی اللغه و العرف، وانه هل له حقیقه شرعیه أو لا، لیتسنى لنا التمسک بعمومات البیع صحه وفسادا و غیر ذلک» (گلپایگانی، سید محمد رضا، ج ۱، ص ۷).

همچنین، می‌توان در خصوص ضرورت شناخت ماهیت عقود، به لزوم پای‌بندی طرفین آن به مفاد عقد اشاره کرد. برای شناخت مفاد عقود علاوه بر توجه به متن اصلی هر عقد، لازم است شروط تعیین‌کننده هر یک از عقود و روایی آنها بررسی شود. این دو امر متکی به دریافت دقیقی از معنای هر عقد است. (نک: کاتوزیان ناصر، ج ۳، ص ۳) مهم‌تر از این، بعد از شناخت مفهوم هر یک از عقود و قدرت یافتن بر تمییز آن از سایر عقود، تحدید دایره شمول هر یک از عقود و به‌دست‌آوردن مؤلفه‌های معتبر در صدق مفهوم آنها، گرچه از دایره مفهوم‌شناسی عقود خارج نیست؛ نیاز به بررسی بیشتر و دقیق‌تری در مفهوم عقود دارد. شیخ انصاری (ره) نیز

از این نوع بررسی مفهومی یاد می‌کند (نک: شیخ انصاری، کتاب الطهاره، ج ۱، ص ۶۸ - ج ۱، ص ۷۳ - ج ۲، ص ۱۰۷ - ج ۳، ص ۳۶۵ - ج ۵، ص ۳۰۱ - ج ۵، ص ۳۲۳). همین طور محقق خویی (ره) به‌طور ضمنی به این امر اشاره می‌کند: «انما هو التعرض لمفهوم ... [بیع]... سعه و ضيقا لکی يتوضح مقدار صدقهما. و قد سمی المصنف أشباه ذلك في أول كتاب الطهاره بالشبهه في الصدق، و مرجعه في الحقيقه إلى الشبهه المفهوميه و لذا أن الأصحاب لم يجعلوها قسما آخر وراء الشك في أصل المفهوم» (خویی سید ابوالقاسم، ج ۲، ص ۱۷۳).

علی‌رغم این ضرورت تاکنون متن مستقلی درباره چگونگی شناخت مفهوم عقود در بین فقهای شیعه نگاشته نشده‌است. تنها کتاب در این زمینه رساله فی تحقیق معنی البیع (نک: اصفهانی، فتح‌الله بن محمد جواد) است که درباره مفهوم بیع نوشته شده است. این کتاب بیش از آنچه فقها به‌طور معمول گفته‌اند نیست. در همین راستا بعضی از فقهای متأخر به بیان پاره‌ای نکات کلی در خلال عقد بیع پرداخته‌اند. از جمله میرزای نائینی (ره) در ابتدای کتاب المکاسب و البیع و همچنین در منیه الطالب، مرحوم سید یزدی (ره) در حاشیه المکاسب خود، محقق اصفهانی (ره) در حاشیه المکاسب خود پیش از شروع مباحث مربوط به تعریف بیع و یا در بین آن، ملاحظاتی را از این دست بیان کرده‌اند. مرحوم امام (ره) نیز در ابتدای کتاب البیع قبل از تعریف بیع ملاحظات نسبتاً مفصلی را در این باره مطرح کرده است (موسوی خمینی سید روح‌الله، ج ۱، ص ۹).

ب. روش و محدوده بررسی

به‌دست آوردن روشی برای تعریف ماهیات عقود، مجالی بیش از این نوشته می‌طلبند. در این مقاله سعی شده است برخی از ملاحظات مهم در مفهوم‌شناسی عقود فهرست شده، به اختصار تبیین شود. تفکیک رویکرد وجودشناختی و مفهوم‌شناختی در تحلیل عقود، تفکیک عناصر تقییدی و تعلیلی در ماهیت عقود، تفکیک حیثیت عقدی و عهدی در این بررسی، تبیین اتصالات مختلف از عناوین عقود، تفکیک ماهیت

و آثار آن در تعاریف عقود، مرکبه بودن و یا بسیطه بودن ماهیات عقود و رتبه ایجاد ماهیت، مواردی است که در ادامه به اجمال بررسی می‌شود.

بیان این ملاحظات به منظور جلوگیری از خطا در تحلیل ماهیت عقود است. به عبارتی دیگر از بازخوانی مناقشات و مباحثات فقها در تعریف مفاهیم عقود در ابواب مختلف، ملاحظات کلی و فراگیری به دست می‌آید که تبیین، بررسی این موارد و اتخاذ موضع درباره آنها باعث می‌شود ریشه منازعات در مفهوم شناسی عقود شناخته شده، با تفکیک مناقشات مبنایی و بنایی از یکدیگر و ارائه تحلیل‌های روشن‌تری در شناخت مفاهیم عقود، از بروز اشتباه در ماهیت‌شناسی عقود پرهیز شود.

برای اخذ نتیجه بهتر در این نوشتار، دایره عقود مورد بررسی به عقود معاوضی محدود می‌شود. عقود در یک تقسیم‌بندی (نائینی محمد حسین، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۸۵) به عقود اذنیه مانند وکالت و عقود عهدیه تقسیم می‌شود. عقود عهدیه نیز خود به عقود معاوضی مانند بیع و عقود غیر معاوضی مانند رهن تقسیم می‌شود. این تحقیق ملاحظاتی درباره شناخت ماهیت عقود معاوضی یعنی عقودی که متضمن نحوی از معاوضه هستند، دارد.

به منظور تبیین بیشتر، مقاله در رویکردی تطبیقی، برخی از کاربردهای این ملاحظات را در عقد بیع بررسی می‌کند. در متون فقهی، عقد بیع عملاً فرد شاخص عقود معاوضی شمرده شده است. حجم بالای بررسی‌های فقهی فقها و مناقشات در این باب مؤید این ادعا است. متناظر با این حجم مطالعات، بررسی‌های مفهوم-شناختی بیع در مقایسه با سایر عقود در بین متون فقهی قابل توجه است. بنابراین، علی‌رغم فراگیری این ملاحظات در ابواب مختلف عقود معاوضی، به نظر می‌رسد با توجه موارد اشاره شده، حوزه عقد بیع برای تطبیق این ملاحظات و تبیین کاربردهای آن، انتخابی مناسب باشد.

ج. یادسپاری

ابتدا لازم است چند نکته مدنظر قرار گیرد:

۱. آنکه این ملاحظات حاکی از یک حقیقت و مبین یک کل به هم پیوسته است که در یک الگوی اندام‌وار به یکدیگر وابسته‌اند. در اینجا بنا بر سهولت در تحلیل و گریز از پیچیدگی‌های مغل به این مقام، آنها از هم جدا شده و به بررسی مستقل هر یک پرداخته شده‌است. این امر ممکن است در پاره‌ای از موارد محدودیت‌هایی را در تحقیق فراهم کرده باشد.
۲. دومین نکته اینکه بین ارایه پاره‌ای از ملاحظات کلی و تبیین قواعد فراگیر در تعریف مفاد عقود فاصله زیادی وجود دارد. همان طور که گفته شد این نوشتار در حیطه اول تلاش کرده، ضرورت اخیر را بر زمین نهاده‌است.
۳. و آخر آنکه احصاء ملاحظات مذکور در این مقاله و بررسی آنها، به هیچ وجه تام نبوده‌است. آنچه در این خصوص ارایه شده تنها درآمدی بر مساله مذکور محسوب می‌شود.

ملاحظه اول: تفکیک حیث وجود شناختی و مفهوم شناختی

تحلیل‌های وجودشناختی چگونگی وجود یافتن و هستی چیزی را توضیح می‌دهند و در عوض در تحلیل ماهیت‌شناختی از چیستی شیء سوال می‌شود. در تعریف عقود، شناخت ماهیت و چیستی آنها مد نظر است. فقیه در تعریف عقود به دنبال یافتن مقومات مفهومی است. اگر این عناصر نباشند عنوان عقود از آن ماهیت، صحت سلب خواهد داشت. در مرحله مفهوم‌شناسی عقود، نباید تحلیل‌های وجودشناختی آن را مطرح کرد و از هستی و چگونگی تکون آنها صحبت کرد. وجود به مقام تصدیق بر- می‌گردد و ماهیت به مقام تصور برمی‌گردد. در تعریف بیع فرای وجود داشتن و یا نداشتن بیع، به بیان تقرر ذهنی آن پرداخته می‌شود. زیرا در تعریف مفاهیم عقود، باید ماهیت را از وجود جدا کرد. در غیر این صورت در تحلیل مفاهیم عقود خطا پیش خواهد آمد.

کاربست ملاحظه اول در عقد بیع

این ملاحظه در باب بیع مناقشات متعددی را به وجود آورده است:

الف. جایگاه لفظ "انشاء" در تعریف بیع

اولین مناقشه، آوردن لفظ "انشاء" در تعریف بیع است. برخی از فقها (شیخ انصاری مرتضی، ۱۴۱۵ ه.ق.، ج ۱، ص ۳۰۷) بیع را "انشاء تملیک عین بمال" تعریف کرده‌اند. بنابر توضیحات فوق، دخالت "انشاء" در تعریف بیع صحیح نیست. بیع وجودی انشائی است یعنی وجودی که با انشاء ایجاد می‌شود. این لفظ، نحوه وجود بیع را توضیح می‌دهد. نهایتاً این قید تخصیص می‌کند در این باره مرحوم اصفهانی (ره) می‌گوید: «أن الإنشائية ليست جزء مقومًا لمعنى البيع، بل محصلا له (اصفهانی محمد حسین، ج ۱، ص ۶۴).

محقق یزدی (ره) گرچه حذف انشاء را بهتر می‌داند، وجه افزودن آن را شمول بیع بر بیع ذو آثار و غیر آن می‌داند: «لا يخفى أن الأولى إسقاط لفظ الإنشاء إذ الغرض من زيادته بيان أن البيع ليس تمليكًا خارجيًا بمعنى إيجاد الملكيه الواقعيه بأن يكون ممّا أمضاه العرف أو الشارع بل هو تمليك إنشائي من الموجب و إن لم يحصل به الملكيه عند العرف ... لا حاجة إلى ذكر هذا اللفظ لبيان هذا المطلب بل هو معلوم من لفظ التمليك و على فرض الحاجة إليه لا ينبغي جعله جنسًا للحدّ بل الأولى أن يقال إنّه تمليك إنشائي» (یزدی سید کاظم، ج ۱، ص ۵۹). همچنین محقق نائینی (ره) با این توجه نیز دخالت انشاء را در تعریف مناسب نمی‌داند: «فلا وجه للتعريف بما لا يدخل في حقيقه المعرف» (نائینی محمد حسین، ۱۳۷۳ ه.ق، ج ۱، ص ۴۵).

در هر صورت در بیان حقیقت بیع و تعریف آن دو محذور وجود دارد:

۱. اگر مطلق گفته شود شامل تملیک غیر انشایی خواهد شد و تعریف مانع نیست.
۲. اگر انشاء در تعریف آورده شود که انشاء با انشاء ایجاد نمی‌شود. به هر صورت، گرچه آوردن انشاء در تعریف بیع درست نیست، مساله اخیر یکی از دشواری‌های تعریف بیع و سایر عقود انشائی است.

ب. جایگاه لفظ "ایجاب و قبول" در تعریف بیع

دومین کاربست این ملاحظه، آوردن "ایجاب و قبول" در برخی از تعاریف بیع است که ریشه در عدم این تفکیک دارد: «الایجاب و القبول الدالان علی الانتقال» (نک:

حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه؛ عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه؛ فاضل مقداد، جمال‌الدین مقداد بن عبد‌الله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع). جدای از اینکه این ایجاب و قبول به لفظ باشد و یا به غیر آن، این امر دخالت عنصر وجود شناختی در مقام ماهیت شناختی بوده و خطا در تحلیل روی داده‌است. علاوه بر آن، بیع انشاء لفظ است نه خود لفظ: «أنّ البیع هو المنشأ باللفظ لا أنّه نفس اللفظ (نائینی، ۱۳۷۳ ه.ق، ج ۱، ص ۴۴).

ج. جایگاه "صیغه مخصوصه" در تعریف بیع

سومین مناقشه آوردن "صیغه مخصوصه" در تعریف بیع است: «نقل العین بالصیغه المخصوصه» (شیخ انصاری مرتضی، ۱۴۱۵ ه.ق، ج ۱، ص ۳۰۷) در حالیکه "صیغه مخصوصه" مؤلفه‌ای وجود شناختی است و نباید در مفهوم آورده شود.

د. جایگاه "متعاقدين" در ارکان عقد

در این راستا یکی دیگر از تطبیقات این ملاحظه در کلام آیت‌الله شاهرودی آمده- است. ایشان بر خلاف مشهور که ارکان عقد را شامل عقد و متعاقدين و عوضین می- دانند، متعاقدين را جزء ارکان نمی‌داند. بلکه وجود آنها را شرط عقلی در تحقق عقد می‌داند گرچه در کتاب خود این نکته را رعایت نکرده‌است: «المشهور جعلوا ارکان العقد ثلاثه، الانشاء و المتعاقدين و العوضین. ثم تکلموا فی کل رکن عن شروطه ... و قد ذکرنا فی بحث کلیات العقود ان المتعاقدين لیسوا من ارکان العقد و ان کان وجودهما شرطاً فی تحقق العقد» (هاشمی شاهرودی سید محمود، ج ۱، ص ۵۹).

یک اشکال

بنابر آنچه گفته شد مفهوم بیع و چیستی آن و نیز مفاهیم سایر عقود، مستقل از چگونگی به‌وجود آمدن آنها است و در تحلیل مفاهیم نباید عناصر وجودشناختی وارد

شود. در عین حال یکی از مهم‌ترین مناقشه‌ها در این باره این است که تعریف عقود به عناصر سببی‌ای که آن را ایجاد کرده نیز صحیح است. در مقام استدلال گفته می‌شود که فعل تولیدی و متولد منه آن با هم اتحاد دارند گرچه اعتباراً با هم مختلف هستند. این مطلب همیشه درست نیست القاء در آتش و سوختن، فعل تولیدی و متولد منه هستند که با هم غیر متحد هستند. القاء ایجاد ملاقات است و احراق ایجاد سوختن. همان طور که ملاقات و سوختن دو چیز هست، ایجاد این دو نیز با هم متحد نیستند. محقق اصفهانی (ره) در مورد عقد بیع این نکته را طرح کرده، رد می‌کند: «رَبِّمَا يَصِحُّ تَعْرِيفُ الْبَيْعِ بِسَبَبِهِ الْمَتَوْلَدِ مِنْهُ، بِدَعْوَى اتِّحَادِ الْفِعْلِ التَّوْلِيدِيِّ مَعَ الْمَتَوْلَدِ مِنْهُ، فَالْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ إِيجَادُ الْبَيْعِ، وَالْإِيجَادُ الْوُجُودُ مَتَّحِدَانِ بِالذَّاتِ مُخْتَلِفَانِ بِالْإِعْتِبَارِ... أَنْ الْإِلْقَاءَ وَالْإِحْرَاقَ كُلَّ مِنْهُمَا إِيجَادُ لِمَا هُوَ غَيْرُ مَتَّحِدٍ مَعَ الْمَوْجُودِ بِالْآخِرِ، فَالْإِلْقَاءُ إِيجَادُ لِلْمَلَاقَاهِ، وَالْمَمَاسَةَ وَالْإِحْرَاقَ إِيجَادُ لِلْحَرْقِ، فَكَمَا لَا يَعْقِلُ اتِّحَادُ... وَجُودِ الْمَلَاقَاهِ وَوُجُودِ الْحَرْقِ، فَكَذَا لَا يَعْقِلُ اتِّحَادُ إِيجَادِهِمَا...» (اصفهانی محمدحسین، ج ۱، ص ۵۸).

ملاحظه دوم: تفکیک عناصر تقییدی و عناصر تعلیلی در ماهیت عقود

منظور از عناصر تقییدی یک مفهوم، عناصری است که درون آن مفهوم و جزئی از آن است به نحوی که اگر آن عناصر نباشند آن مفهوم نخواهد بود و عناصر تعلیلی، علت (غایی) به وجود آمدن مفهوم و بیرون از مفهوم (معلول) هستند. با توجه به این ملاحظه، عناصر مؤثر در عقود در یک تقسیم به دو دسته درون‌عقدی و برون‌عقدی و یا علت به وجود آمدن ماهیت، مقوم مفهومی ماهیت تقسیم می‌شوند. لازم است برای تعریف عقود، عناصر تقییدی (شیء و قیودات آن) شناسایی شده، به صورت منسجم و منضبط در کنار هم چیده شود. برای شناسایی عناصر تقییدی در عقود باید به رفتار متعاملین دقت کرد و دریافت که آنان در عقد خود چه کرده، بر سر چه توافق می‌کنند. اینکه چرا متعاملین عقد را انجام می‌دهند و غرض آنها از این توافق چیست، حیثیات تعلیلیه این توافق است. به عبارت روشن‌تر پاسخ "چه کردم؟" حیث تقییدی است و پاسخ "برای چه کردم؟" حیث تعلیلی است. گرچه اغراض، مصحح

تاسیس آن نهادهای عرفی هستند، بیرون از مفاهیم آن نهادها هستند. فرق اجزاء و شروط عقود هم در این است که اجزای مفهوم، حیث تقییدیه نسبت به آن دارند ولی شروط، حیث تعلیلیه در این نسبت دارند.

کاربست ملاحظه دوم در عقد بیع

این ملاحظه در عقد بیع، منشأ مناقشاتی شده است:

الف. مقایسه بیع با سایر عقود معاوضی

اولین تطبیق در این خصوص، هنگام مقایسه عقود با یکدیگر قابل طرح است. مثلاً در مقایسه بیع و هبه معوض در کتاب مکاسب این ملاحظه حاکم است. گرچه "عوض" هم در بیع و هم در هبه معوض وجود دارد، نسبت آن با این دو عقد متفاوت است. "عوض" در بیع حیث تقییدیه دارد اما در هبه معوض، حیث تعلیلیه دارد. به نحوی که اگر "عوض" از مفهوم بیع برداشته شود دیگر ماهیت باقی مانده بیع نخواهد بود. شیخ انصاری (ره) تملیک را در هبه معوض مشروط به پرداخت "عوض" از طرف موهوب له می‌داند. این اشتراط خارج از حقیقت هبه است. در بیع "عوض"، مقوم ماهیت و جزء آن است: «و أمّا الهبه المعوّضه و المراد بها هنا: ما اشترط فیها العوض فلیست إنشاء تملیک بعوض علی جه المقابل، ... بل غایه الأمر أنّ المتّهب لو لم یؤدّ العوض کان للواهب الرجوع فی هبته، فالظاهر أنّ التعویض المشترط فی الهبه کالتعویض الغیر المشترط فیها فی کونه تملیکاً مستقلاً یقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقیقه المعوضه و المقابله مقصوده فی کلّ من العوضین ...» (شیخ انصاری مرتضی، ۱۴۱۵ ه. ق.، ج ۳، ص ۹).

ب. انتخاب عنصر اصلی در تعریف بیع

دومین کاربرد این ملاحظه در بیع، در مفاد تعاریفی است که از این عقد شده است. برخی از فقها در تعریف بیع چنین گفته‌اند: «انتقال عین من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی» (نک: طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، ج ۲ ص ۲۴۰؛

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ج ۱ ص ۴۶۲؛ حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور، ج ۲ ص ۲۴۰؛ حلی، علامه حسن بن یوسف، ج ۱ ص ۱۲۳ و حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ج ۱، ص ۱۶۴). در این تعریف، مرحوم شیخ (ره) مسامحه واضحی می‌یابد اما توضیح بیشتری نمی‌دهد. می‌توان در این مورد چنین استدلال کرد: بنابر اینکه در معنای بیع باید به دنبال حیثیت تقییدیه بود و نه حیثیت تعلیلیه، تراضی و مشخص بودن مقدار عوض، که شرط بیع هستند نباید در تعریف بیع بیاید. همچنین در این باره می‌توان تعریف شیخ انصاری (ره) در مورد بیع را مطرح کرد. بر مبنای شیخ، در تعریف بیع "تملیک در مقابل عوض" عنصری تقییدی است. لذا در تعریف ایشان، تملیک وارد می‌شود. به نظر برخی دیگر از فقها این غرض حیث تعلیلیه در عقد بیع دارد. بنابراین نباید در تعریف اخذ شوند (اصفهانی محمد حسین، ج ۱، ص ۶۵).

ملاحظه سوم: تفکیک حیث عقدی و حیث عهدی

در مفهوم شناسی عقود، تعیین عناصر قراری و عهدی مد نظر است. به عبارت بهتر آنچه در مفهوم شناسی عقود تحلیل می‌شود این است که طرفین بر سر چه چیزی توافق می‌کنند؟ متعلق عقد چیست؟ آنچه طرفین انشاء می‌کنند چیست؟ حیثیت عقدیت و ربط غیر از حیثیت عهدیت و قرار است. محقق اصفهانی (ره) در این باره می‌گوید: "حیثیه العهديه غير حیثیه العقدیه" (همان، ج ۱، ص ۱۴۴ و ج ۱، ص ۲۸۴). "حیثیت عهدیت"، آن چیزی است که طرفین به آن التزام نفسانی پیدا کرده‌اند و یا التزام به آن را به عهده گرفته‌اند. مرحوم اصفهانی (ره) در این خصوص می‌گوید: «حیثیه القرار من کل البایع و المشتري عهد منهما» (همان، ج ۱، ص ۱۴۴) و «ان الالتزام النفسانی او الجعل و القرار المعاملی عهد» (همان، ج ۱، ص ۲۰۰) همچنین «ان العهد عبارة عن الالتزام القلبي او الجعل و القرار المعاملی» (همان، ج ۱، ص ۲۸) و حیثیت عقدیت ربط بین این دو التزام و قرار است. ایشان می‌گوید: «حیثیه ارتباط القرار من موجب بالقرار من القابل عقدهما» (همان، ج ۱، ص ۱۴۴) و «ان حیثیه ارتباط احد الالتزامین بالآخر او احد القرارین بالآخر» (همان، ج ۱،

ص ۲۰۰) و سرانجام «ان العقد عبارة عن ربط احد الالتزامين بالآخر او ربط احد القرارين بالآخر» (همان، ج ۱، ص ۲۸۴).
محقق نائینی (ره) نیز عقد را از عهد جدا دانسته، آن را عهد مؤکد می‌داند: «العقد عبارة عن العهد الموثق» (نائینی محمد حسین، ۱۳۷۳ هـ.ق.، ج ۲، ص ۴). بنابراین نسبت عهدی با نسبت عقدی فرق می‌کند و باید در تعریف عقود از هم تمییز داده شده و رویکرد عهدی در شناخت ماهیت عقود به کار گرفته شود.

کاربست ملاحظه سوم در عقد بیع

این ملاحظه در عقد بیع مناقشاتی ایجاد کرده است:

الف. دخالت نگاه عقدی در تعریف بیع

در ادبیات متأثر از نگاه عقدی، از سهم متفاوت هر کدام از متعاملین در بیع، لزوم وجود مطاوعه در یکی از طرفین بیع و اصولاً طرفینی بودن بیع و امکان اتصاف بیع به صحیح و فاسد دفاع می‌کند. امام (ره) در مخالفت با این نگرش، عقد را سبب ایجاد بیع دانسته، در نگاه عهدی به حقیقت بیع و با تعبیر مسبب، امکان این اتصاف را رد می‌کند: «فیقال: "بیع صحیح" أو "فاسد" فإنهما یطلقان علی الأسباب، و أمّا المسببات فلا تتّصف بهما، بل یدور أمرها بین الوجود و العدم» (موسوی خمینی سید روح الله، ج ۱ ص ۱۲). توضیح بیشتر سبب و مسبب در ملاحظه بعدی خواهد آمد. همچنین به نظر می‌رسد مرحوم شیخ انصاری (ره) تحت تأثیر نگاه عقدی، بسیاری از مباحث مربوط به عقد را در بحث بیع با عنوان «الإشارة إلى بعض ألفاظ عقد البیع» مطرح کرده‌اند (شیخ انصاری مرتضی، ۱۴۱۱ هـ.ق.، ج ۱، ص ۳۶۴).

ب. مبنای محقق نائینی (ره) در تفکیک بین عقد و عهد

علاوه بر این محقق نائینی (ره) در یک نظر منحصر به فرد و در راستای این ملاحظه، تحقق بیع را بدون عقد نیز ممکن می‌داند. جدای از ارزش‌داوری درباره این نظریه، تفکیک عقد و عهد (در اینجا بیع) قابل توجه است. ایشان معتقد است هر گاه عقد

معامله‌ای جاری شود دو مدلول محقق می‌شود: یکی مدلول مطابقی که همان مضمون معامله است مانند نقل ملکیت در بیع و دیگری مدلول التزامی که همان عقد است به معنای التزام طرفین به مفاد معامله. بنابراین در منظر ایشان چون در معاطات، معامله با فعل محقق می‌شود و در فعل نیز دلالتی بر التزام نیست، معاطات را عقد نمی‌داند گرچه نقل ملکیت به واسطه معاطات هم حاصل می‌شود. (نک: نایینی، محمد حسین، ۱۳۷۳ ه. ق.، ج ۲، ص ۳).

ج. اطلاقات بیع

مهم‌ترین کاربست این ملاحظه را می‌توان در اطلاقات بیع برشمرد. سید یزدی (ره) معنای اصطلاحی بیع را از معنای لغوی آن جدا می‌کند و در این معنای اصطلاحی با کاربست این نکته، معنای عهدی را انتخاب می‌کند: «لا یخفی أن البیع قد یطلق علی ما یقابل الشراء ... و قد یطلق علی الشراء ... و الظاهر أنه حقیقه فیهما ... و قد یکون اللفظ فی المشترك اللفظی منصرفاً إلى أحد هذا المعنیین أو المعانی و قد یطلق علی المعامله الخاصه القائمه بالطرفین كما فی قوله تعالی أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ قَوْلُهُ تَعَالَى رَجُلًا لَا تُلْهِیهِمْ تِجَارَهُ وَ لَا بَيْعٌ عَنْ ذِکْرِ اللَّهِ وَ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ فَاسْعَوْا إِلَى ذِکْرِ اللَّهِ وَ ذَرُوا الْبَيْعَ وَ قول الفقهاء کتاب البیع و أحكام البیع و أقسام البیع و نحو ذلك و قد یطلق علی العقد و الظاهر أن المعنیین الأخيرین اصطلاحیان و یحتمل کون الأول منهما لغویاً» (یزدی سید محمد کاظم، ج ۱، ص ۵۳). همچنین در همین راستا محقق نائینی (ره) بنابراین ملاحظه، اطلاق بیع را بر مجموعه مرکب از ایجاب و قبول بالعنايه و المجاز می‌داند: «إطلاق البیع علی العقد المركّب من الإيجاب و القبول مبنيّ علی عنايه و رعايه علاقته غیر خاليه من الاعتساف. فإن علاقته السببیه و المسببیه حاصله بین العقد و ما یحصل من الإيجاب و القبول و من الإيجاب المتعقب بالقبول» (نائینی محمد حسین، ۱۳۷۳ ه. ق.، ج ۱، ص ۳۶). در بین فقهای معاصر نیز محقق گلپایگانی (ره) در بلغه الطالب با توجه به این تفکیک حیثی، تعابیر فقها را از بیع دسته‌بندی می‌کند و در انتها به نگاه عهدی متمایل می‌شود: «وَأما الفقهاء: فتارة یريدون من البیع عمل البائع - أي بأذل السلعه - وأخرى المعامله الخاصه المتحققه

من فعل المتعاملين في قبالات المعاملات الأخرى كالصلح والإجاره . . وهذا هو مرادهم من عنوانهم " كتاب البيع " في الكتب الفقهيه ، وهو أيضا المراد في قوله تعالى "أحل الله البيع " وثالثه يقصدون من البيع السبب وهو "العقد" المركب من الايجاب والقبول» (گلیایگانی، سید محمد رضا، ج ۱، ص ۷).

ملاحظه چهارم: تفکیک بین ماهیت سببی و ماهیت مسببی

در متون فقها گاهی اطلاق ماهیت می‌شود و منظور اسباب و علل به وجود آمدن آن ماهیت مدنظر است. در برخی از موارد منظور خود ماهیت و مسبب است. به عبارت دیگر در اطلاق دوم آنچه از سبب حاصل می‌شود مراد است. بنابراین هنگام اطلاق تعبیر عقود باید مراد فقیه را دریافت و در آن فضا با او وارد مفاهمه شد. هر چند بین حیث سببی و حیث مسببی عقود باید تفکیک قائل شد، این دو حیث از هم مستقل نیستند و سبب و مسبب در هم تنیده‌اند. این دو حیث، دو نوع نگاه به یک پدیده است. هنگام انعقاد عقد بر مضمونی توافق می‌شود. بالحمل الشائع، عقد و مضمون آن، به طور هم زمان و همزاد شکل گرفته‌اند. در نگاه سببی به حیث صدور این پدیده توجه می‌شود و در نگاه مسببی به حیث وقوعی آن توجه می‌شود. علاوه بر این تحلیل در نظری دقیق‌تر، مرحوم سید مصطفی خمینی (ره) در مورد قیود معتبر در اسباب و دخالت آن در مسبب عقد قائل به تفصیل می‌شود، هر چند که در مورد عقد بیع کاربری مشخصی از این تفصیل ارایه نمی‌کند. وی معتقد است قیود معتبر در اسباب که دخالت آنها در مسبب، شرعی است در ماهیت مسبب دخالت ندارد؛ اما در بین قیودی که تأثیرشان در مسبب به حکم عرف است باید تفصیل قائل شد. آن دسته از قیودی که در اثر دخالت دارند نه در ذات، در ماهیت مسبب مؤثر نیستند. تنها آن دسته از قیودی که در ذات مسبب دخیل هستند در ماهیت دخالت دارند: «حقیقه البیع، من المعانی الاعتباریه المتوسل إلیها بالأسباب المختلفه، کالألفاظ، و الإشارة، و الفعل المطلق، أو المخصوص. و القیود المعبره فیها إما من الأمور الدخیله فیها عرفا، أو شرعا: فما کان من الثانی، فهو لیس داخلا فی ماهیتها، کما لا یخفی. و ما کان من الأوّل، فرّما یختلج بالبال دعوی تقوّمها به، لأنّها ترجع إلی صحّه سلبها

عند فقد ذلك القيد عرفا. و لكنّه غير تامّ، لشهاده اللغه و الإطلاقات الدارجه على خلافه، فهي عندهم على نحوين: منها: ما هو الدخيل في الأثر. و منها: ما هو الدخيل في الذات. و على هذا يصحّ التمسك بإطلاقات الأدلّه الشرعيّه لرفع القيود المحتمله دخالتها، إلّا إذا رجع إلى الشكّ في الاسم» (موسوی خمینی سید مصطفی، ج ۱، ص ۱۰).

کاربست ملاحظه چهارم در عقد بیع

تفکیک بین سبب و مسبب در عقد بیع نیز مطرح است. برخی از فقها تعبیر مسببی را انتخاب کرده و در تحلیل‌های خود به آن پایبند بوده‌اند. مرحوم اراکی (ره) از جمله فقیهان معاصری است که در استظهار خود از آیه "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" به این تفکیک اشاره می‌کند و اطلاق مسببی بیع را برمی‌گزیند: «أَنَّ قَوْلَهُ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ظَاهِرٌ فِي الْبَيْعِ الْمَسْبُوبِ، أَعْنَى: النُّقْلَ وَ الْإِنْتِقَالَ، دُونَ السَّبَبِ، أَعْنَى: الْإِنْشَاءَ الْمُظْهِرَ بِاللَّفْظِ» (اراکي محمد علی، ج ۲، ص ۲۰۳). ایشان در جایی دیگر از این کتاب می‌گوید: «البيع المسببى، أَعْنَى: التَّمْلِيكَ الْمُتَعَقَّبَ بِالتَّمْلِكِ، ... وَ ... الْبَيْعِ السَّبَبِ، أَعْنَى: مُجَرِّدٌ قَوْلَ بَعْتِ وَ قَبَلْتِ، - مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنِ حُصُولِ النُّقْلِ وَ الْإِنْتِقَالِ -» (همان، ج ۱، ص ۳۵۴). مرحوم امام (ره) نیز مسبب و سبب بیع را از هم تفکیک کرده، بیع مسببی را مبادله مال بمال بدون تقيید به هیچ سبب خاصی تعریف می‌کند: «... الْبَيْعِ الْمَسْبُوبِ الْمَعْبَرُ عَنْهُ بِ "مِبَادَلَةِ مَالٍ بِمَالٍ" وَ هُوَ مَسْبَبٌ أَوْ مَعْتَبَرٌ مِنَ الْأَسْبَابِ الْخَاصَّةِ، كَالْإِجَابِ وَ الْقَبُولِ، لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ بِهِمَا، بَلْ لَا يَعْقِلُ تَقَوُّمَ الْمَسْبَبِ بِسَبَبِهِ، ... وَ كَذَا لَا يَعْقِلُ تَقْيِيدَ الْمَسْبَبِ ... بِسَبَبِهِ ...؛ لِلزُّومِ تَقَدُّمِ الشَّيْءِ عَلَى نَفْسِهِ، وَ هُوَ مُحَالٌ. فِإِذَنْ مَا هُوَ مَاهِيَّةُ الْبَيْعِ الْمَسْبُوبِ عِبَارَةٌ عَنِ مِبَادَلَةِ مَالٍ بِمَالٍ، مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِسَبَبٍ خَاصٍّ» (موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۴۴). همچنین ایشان تعبیر بیع به ماهیت سببی را قبول نمی‌کند: «أَنَّ الْإِنْشَاءَ أَى الْإِسْتِعْمَالَ الْإِجَادَى لِلْإِجَابِ وَ الْقَبُولِ لَيْسَ بِيَعًا» (موسوی خمینی، سید روح الله، ج ۱، ص ۱۲). به علاوه همان طور که در ملاحظه قبل بیان شد این محقق تعبیر بیع صحیح و فاسد را در مورد بیع به معنای مسببی درست نمی‌داند و آن را در مورد بیع سببی وارد می‌داند: «فَيُقَالُ:

"بيع صحيح" أو "فاسد" فإنهما يطلقان على الأسباب، و أما المسببات فلا تتصف بهما، بل يدور أمرها بين الوجود و العدم (همان). « و بالجمله: ليس الإيجاب و القبول بعنوانهما مقومين لماهيته البيع، بل هما من أسباب تحققها، كما أن إنشاء المبادله بما ذكر من أسبابه » (همان).

ملاحظه پنجم: تفکیک بین ماهیت عقود و آثار آن

بین آثار عقود باید تفصیل قابل شد. این آثار دو گونه است:

۱. آثاری که پیامد تکوینی امر منشأ است.

۲. آثاری که غیر تکوینی است.

آثار تکوینی در تعریف ماهیت می‌آیند برخلاف آثار غیر تکوینی که دخالت آنها در مرحله شناخت ماهیت اشتباه است. مثلاً آثاری که شارع بر ماهیت بار می‌کند تکوینی نیست و مسلماً از تعریف عقود خارج است. یکی از موقعیت‌هایی که این ملاحظه خود را نشان می‌دهد اشتراط سلب برخی از آثار عقد است. مطابق کلام متعارف بین فقها این اشتراط وقتی که مخالف مقتضای عقد نباشد مورد قبول است. ملاک این مخالفت تکوینی بودن اثر است. اگر اثری که در شرط خواهان سلب آن شده‌اند عرفاً جزو منشأ و حقیقت آن باشد، خلاف اقتضای عقد افتاده‌است.

کار بست ملاحظه پنجم در عقد بیع

مرحوم امام (ره) همان طور که سبب را بیع نمی‌داند آثار غیر تکوینی را نیز از حقیقت بیع خارج می‌داند: «كما أن الإنشاء أي الاستعمال الإيجابي و القبول ليس بيعاً، و كذا الأثر الحاصل اعتباراً عقيب إنشاء التمليك و التملك» (همان). ایشان شاخصه این دسته از آثار را بیرون بودن از حقیقت بیع و ترتب آنها بعد از تمامیت بیع می‌داند در حالیکه آثار تکوینی هم‌زمان با شکل‌گیری بیع و با بیع هستند: «أن الآثار المتوقعه من العقود إنما تترتب عليها بعد تماميتها» (همان، ج ۱، ص ۱۶). شیخ انصاری (ره) تملیک عین به عوض را اثر تکوینی عقد بیع می‌داند. در نتیجه ایشان حقیقت بیع را تملیک می‌داند. اما انتقال را اثر غیر تکوینی بیع می‌داند و بنابراین به

تعاریف شامل این نوع اثر خدشه وارد می‌کند: «الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط (نک: شیخ طوسی، ج ۲، ص ۷۶) و غیره (نک: ابن ادریس، ج ۲، ص ۲۴۰)... فلم يوجد في اللغة و لا في العرف» (شیخ انصاری مرتضی، ۱۴۱۵ ه. ق.، ج ۳، ص ۱۷).

ملاحظه ششم: مرکب یا بسیط بودن متعلق عقود

به طور کلی "متعلق عقد"، دو طرفه نبوده و بسیط است در حالی که "عقد"، امری دو طرفه و مرکب است. به عبارت روشن‌تر، مشارکت متعاملین در رتبه علت و سبب است و عقد (نه به معنای معقود) دائر مدار مشارکت طرفین است. محقق نائینی (ره) با اشاره به بسیط بودن معنای منشاء، ترکیب را در آن نفی می‌کند: «المعنى المنشأ بالعقود معنى بسيط لا تركيب فيه من جزء و جزء» (نائینی محمد حسین، ۱۴۱۳ ه. ق.، ج ۲، ۱۲۸). بنابراین مطابق اوصاف امور بسیط، "معقود بسیط" جنس و فصل ندارد، ذو مراتب و ترکیب‌پذیر نیست و آنی‌الوجود است و قابلیت انصاف به شدت و ضعف، قوت و ضعف، زیاده و نقصان ندارد. به عبارت دیگر "متعلق عقد" دائر مدار بود و نبود است.

کاربست ملاحظه ششم در عقد بیع

در عقود معاوضی و از جمله عقد بیع این ملاحظه حاکم است. مرحوم نائینی (ره) به این نکته اشاره کرده، در نتیجه به تدریجی نبودن ایجاد بیع اذعان می‌کند: «لا شبهه في أنّ البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود و الإيقاعات عنوان بسيط ليس مركباً من الجنس و الفصل فإذا كان بسيطاً فلا يمكن إيجاد هذا المعنى تدريجاً» (نائینی محمد حسین، ۱۳۷۳ ه. ق.، ج ۱، ص ۱۰۵). مرحوم امام (ره) نیز به این ملاحظه تصریح می‌کند: «و علی‌ایّ حال المعنى المنشأ بلفظ "بعث" أمر بسیط، و لا يمكن أن يوجد تدريجاً» (موسوی خمینی سید روح الله، ۱۳۷۶ ه. ش.، ص ۲۰۲).

درک این ملاحظه در این دسته از عقود با دشواری همراه است. عقد، گره‌خوردن دو اراده است. در این جا این دو اراده بر یک معاوضه توافق می‌کند. این معاوضه در حالی

که بسیط است و نتیجه عقد محسوب می‌شود، نیاز به وجود عوض و معوض دارد و تحقق آن قائم به طرفین است. اما در عقود غیر معاوضی فرای طرفینی بودن ناشی از عقد، عوض و معوض و هیچ مفهوم دیگری حاوی ترکیبی این چنین وجود ندارد. مرحوم نائینی (ره) این دشواری را در عقد بیع این گونه ترسیم می‌کند: «و بالجمله البیع أمر بسیط قائم بفعل شخصین» (نائینی محمد حسین، ۱۳۷۳ ه. ق.، ج ۱، ص ۳۶).

ملاحظه هفتم: چگونگی یافتن هسته مرکزی مفهوم عقود معاوضی

تلاش اصلی در مفهوم‌شناسی عقود، یافتن هسته مرکزی این مفهوم است. این هسته مرکزی در هر عقد خاص، قیوداتی به خود می‌پذیرد و در یک ترکیب اتحادی ماهیت آن عقد را شکل می‌دهد. این ماهیت باید به نحوی باشد که آن عقد را از سایر عقود متمایز کند. برای این امر باید در حقیقت کاری که عرف انجام می‌دهد دقت کرد. مثلاً برخی از فقها با بازخوانی رفتار عرف در عقد بیع، رکن عقود معاوضی را تبدیل بین مالین می‌دانند (همان، ج ۱، ص ۲۲۶). محقق بروجردی (ره) نیز طرفدار این نظریه است: «ان كان اللزوم في المعاملة المعاوضيه، إعطاء شيء في مقابل ما أخذه» (بروجردی محمد حسین، ص ۱۳۳).

کار بست ملاحظه هفتم در عقد بیع

در عقد بیع نیز این امر قابل طرح است. مثلاً شیخ انصاری (ره) با دقت در عرف و کاری که در بیع می‌کنند عنصر تملیک را کلیدی می‌یابد. بنابراین در تعریف بیع هسته مرکزی مفهوم را تملیک می‌داند: «فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال و لا يلزم عليه شيء مما تقدم» (شیخ انصاری مرتضی، ۱۴۱۱ ه. ق.، ج ۱، ص ۳۰۷) و همچنین: «فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلا البیع» (همان). در مقابل برخی از فقها با توجه به مواردی که بیع هست و تملیک نیست مثل بیع عمودین (منظور پدر و مادر هر فرد است)، بیع وقف و بیوع زکوی این عنصر را در تعریف بیع، محوری نمی‌دانند از جمله محقق اصفهانی (ره) در این باره می‌-

گوید: «نعم الالتزام بالتملیک فی جمله من الموارد مشکل» (اصفہانی محمد حسین، ج ۱، ص ۶۴). اما محقق انصاری (ره) با توجه به مبنای خود، در این موارد سعی در توجیه وجود تملیک می کند ولو آنما که مورد قبول محقق اصفہانی (ره) قرار نمی گیرد (نک: همان).

ملاحظه هشتم: دقت در رتبه مباحث مفهوم شناختی عقود و اقتضائات آن
در این راستا می توان در یک نگرش فرایندی به تکون و منشأ آثار عقود معاوضی، ابتدا به شکل گیری یک توافق شخصی در بین طرفین (طرفیت اعتباری در اینجا کافی است). اشاره کرد. گاهی این توافق مورد پذیرش عرف قرار می گیرد و گاهی شرایط صحت عرفی را ندارد. مثلاً ممکن است سارقی مالی را بفروشد و فردی با علم به غضب، آن مال را از او بخرد. در این صورت گرچه توافق شخصی حاصل شده است، عرف ممکن است به این رفتار معاملی بیع نگوید چون بر این باور باشد که فرد، مال دیگری را بدون اذن و یا اجازه صاحب آن نمی تواند بفروشد. با این توضیح توافق شخصی مذکور، پس از تأیید عرف یک توافق عرفی را ایجاد می کند. در مرحله بعدی این توافق عرفی، موضوعی برای حکم شرعی صحت می شود. در این مرحله، اقتضای آثار این توافق به وجود می آید. در مرحله آخر چنانچه از لحاظ شارع مانعی نباشد این اقتضا به فعلیت می رسد. مفهوم شناسی عقود مبحثی در مقام دوم است. در این مقام نباید از شروط صحت عقد و جریان آثار آن گفتگو کرد.

کاربست ملاحظه هشتم در عقد بیع

محقق ایروانی (ره) در حاشیه مکاسب خود به این تفکیک اشاره می کند: «تحققه فی النظر الشارع غیر دخیل فی معنی البیع و انما العبره بتحققه فی نظر العرف الا ان یکون للفظ حقیقه شرعی» (ایروانی علی بن عبد الحسین نجفی، ج ۱، ص ۷۵). فقهای امامیه در برخی از تعاریف، این تفکیک را مدنظر قرار نداده اند و در تحلیل دچار خطا شده اند: «انتقال عین من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی» (نک: طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، ج ۲، ص ۷۶؛ حلی (ابن ادریس)، محمد بن

منصور بن احمد، ج ۲، ص ۲۴۰ و حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ج ۱، ص ۵). "رضایت" و "مقدر بودن عوض" از جمله شرایط صحت شرعی عقد است و دخالتی در مفهوم بیع ندارد.

نتیجه

بنابر آنچه آمد می‌توان نتیجه گرفت که در تعریف عقود باید با رویکردی مفهوم-شناختی به دنبال عناصر تقییدی در مفهوم عقد بود. لازم است در تعریف مفاهیم عقد، عقود که جنبه عهدی دارد معرفی شود. همچنین در بین دو رویکرد سببی و مسببی در مفهوم‌شناسی عقود، اطلاق مسببی راهگشا است. نیز در شناخت مفهوم عقد باید ماهیت را از آثار تفکیک کرده و تنها ماهیت را بررسی کرد. چنانچه در این بین اثری تکوینی بود و عرفاً جزء ماهیت عقد شمرده‌شد، لازم است که در تعریف بیاید. علاوه بر این توجه به بسط بودن متعلق عقد در ماهیت‌شناسی عقود، می‌تواند بروز برخی از خطاها را در تحلیل کاهش دهد. نهایت آنکه در شناخت مفهوم عقد بیشترین تلاش و ورزیدگی ذهنی در بدست‌آوردن هسته مرکزی ماهیت عقد متمرکز خواهد بود. به هر صورت همان‌طور که گفته شد تبیین این ملاحظات درآمدی برای به‌دست‌آوردن قواعد کلی در مفهوم‌شناسی عقود است اما بررسی این مهم مجال فراتر از این مقاله می‌طلبد.

فهرست منابع

۱. اراکى محمد على، کتاب البيع، چاپ اول: قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ ق.
۲. اصفهانی، شيخ الشریعه، فتح اللہ بن محمد جواد، رساله فی تحقیق معنی البيع، بی جا، بی تا.
۳. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، چاپ اول: قم، چاپ اول، ذوی القری، ۱۴۱۹ ق.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، چاپ اول: قم، کنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، چاپ اول: قم، منشورات دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب الطهاره، چاپ اول: قم، کنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. ایروانی علی بن عبد الحسین نجفی، حاشیه المکاسب.
۸. حائری، سید کاظم، فقه العقود، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۹. حسنی، هاشم معروف، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، چاپ اول: بیروت، منشورات مکتبه هاشم، بی تا؛
۱۰. حلّی (ابن ادريس)، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، چاپ اول: قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا.
۱۲. حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحكام الشرعيه على مذهب الإمامیه، چاپ اول: قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۰ ق.
۱۳. حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، چاپ ششم: قم، مؤسسه المطبوعات الدینی، ۱۴۱۸ ق.
۱۵. خویی سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، چاپ اول: بیروت، دار الهدای، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. رستم باز سلیم، شرح المجله، چاپ سوم: بیروت، دار المکتب العلمیه، بی تا.

۱۷. طباطبائی بروجردی، سید محمد حسین، *تقریرات ثلاث*، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، چاپ سوم: تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۱۹. عاملی، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه*، چاپ اول: قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبد الله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، چاپ اول: قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ دوم: تهران، شرکت انتشارات با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶ ش.
۲۲. کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، چاپ اول: نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۲۳. کرکی، علی بن حسین عاملی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم: قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۴. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم: تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. گلپایگانی، سید محمد رضا، *بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المكاسب*، قم، بی نا، ۱۳۹۹ ق.
۲۶. موسوی خمینی سید روح الله، (مقرر قدیری حسن)، *کتاب البیع (تقریرات)*، چاپ اول: تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۶ ق.
۲۷. موسوی خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، چاپ اول: تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۹ ق.
۲۸. موسوی خمینی، سید مصطفی، *کتاب البیع*، چاپ اول: تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۴۱۸ ق.
۲۹. نائینی، محمد حسین بن عبد الرحیم غروی، *منیه الطالب*، چاپ اول: تهران، المکتبه - المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۳۰. نائینی، محمد حسین، *المکاسب و البیع*، چاپ اول: قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.

۳۱. هاشمى شاهرودى سيد محمود، كتاب الاجاره، چاپ اول: قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامى، ۱۴۲۳ق.

۳۲. يزدى، سيد محمد كاظم بن عبد العظيم طباطبائى، حاشيه كتاب المكاسب، چاپ اول: قم، دار المصطفى لاحياء التراث، ۱۴۲۳ق.

