

بررسی تطبیقی قدرت بر تسلیم ثمن و مثن از نظر امام خمینی^(س) و شیخ انصاری

عبدالجبار زرگوش نسب^۱

چکیده: در صورتی عقد صحیح واقع می‌شود که بایع و مشتری این قدرت را داشته باشند، که بتوانند مورد تعهد را در زمان و مکان مطلوب به قبض دیگری درآورند. موضوع شرط قدرت بر تسلیم از دو امر ترکیب یافته است: یکی قدرت بر تسلیم و دیگری علم طرفین به این قدرت، بنابراین، اگر طرفین هنگام معامله علم بر قدرت داشته باشند، ولی پس از عقد معلوم شود که در حقیقت قدرت وجود نداشته و در اشتباه بوده‌اند، بیع باطل است؛ چون عنوان مرکب، یعنی قدرت معلوم تحقق نداشته است و چنین معامله‌ای غرری محسوب می‌شود؛ زیرا معامله غرری عقدی است که به علت مجهول بودن وضعیت معامله یا تصورات خلاف واقع طرفین هنگام تشکیل آن، می‌تواند سبب بروز اختلاف و کشمکش بین دو طرف شود، علاوه بر اینکه اقدام به معامله‌ای با علم به عدم قدرت بر تسلیم، یک معامله سفهی است. مواردی که در این پژوهش مورد کنکاش قرار می‌گیرد: مبانی شرط قدرت بر تسلیم مورد معامله، غرر و جهلی که موجب بطلان معامله می‌شود، آیا غرر به طور مطلق موجب بطلان معامله می‌شود یا در مواردی قابل مسامحه است؟ و آیا قدرت واقعی بر تسلیم و علم طرفین به این قدرت شرط است، به طوری که در صورت منتفی بودن هر یک از این دو، عقد باطل خواهد بود، یا اینکه علم به قدرت بر تسلیم شرط صحت نیست؟

کلیدواژه‌ها: قدرت بر تسلیم، امام خمینی، شیخ انصاری، غرر، ثمن، مثن.

مقدمه

شروط و ضوابط قدرت بر تسلیم ثمن و مثنی از دو فقیه برجسته امام خمینی و شیخ انصاری با تفاوت‌هایی در آرا و نظرات ایشان استنباط و بیان گردیده است. مستندات فقهی اعم از روایات، آیات، عقل و اجماع از جمله مباحثی است که این پژوهش به آن پرداخته است. شرط قدرت بر تسلیم به صورت تطبیقی بین نظرات و آرای امام خمینی و شیخ انصاری انجام شده. عوضین (ثمن و مثنی) در بیع شروطی دارند که با رعایت آن شروط، بیع واقع می‌شود، و در صورت عدم تحقق آن شروط، در مواردی اصل بیع محقق نمی‌شود. کالایی که مورد معامله است باید مقدور برای تحویل دادن باشد، و در صورتی که مشتری برای تحویل ثمن تعهد نمی‌کند و فروشنده برای تحویل گرفتن اطمینان ندارد این بیع غرری است. در مورد میزان غرر و جهل مورد معامله نظرات متفاوتی بین امام خمینی و شیخ انصاری وجود دارد؛ امام خمینی بر بعضی دیدگاه‌های شیخ انصاری در این زمینه اشکالاتی وارد کرده است؛ در این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی و تطبیقی صورت پذیرفته، نظرات دو فقیه بزرگ مطرح و بررسی شده است.

۱) مفهوم شناسی تسلیم

تسلیم در لغت، معانی متعددی دارد، مانند گردن نهادن، رضایت دادن، رام کردن و ... (ابن منظور ۱۴۱۰ج ۱۲: ۲۹۶-۲۹۵) در اصطلاح به معنای استقلال و استیلا بر شیء به گونه‌ای که مبیع باید طوری تحت سیطره قابض قرار گیرد، که او بتواند هر فردی را از تصرف در آن منع نماید (حسینی عاملی ۱۴۲۵ج ۴: ۶۹۴) و به معنای استیلا و استبداد نمودن فرد بر شیء بدون اینکه نیاز به ضمیمه شدن تصرف خارجی باشد (نائینی ۱۴۱۳ج ۲: ۱۸۶).

به نظر محقق حلی تسلیم عبارت است از تخلیه، چه مبیع غیر منقول باشد، مانند: عقار، و چه منقول باشد مانند: پارچه و جواهرات (محقق حلی ۱۳۸۳ ج ۲: ۲۸۴).

امام خمینی تسلیم را استیلا به تخلیه و قرارداد مبیع، تحت ید مشتری شمرده، به طوری که مشتری، هر عملی را که خواست بر آن انجام دهد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۵۵۱).

موضوع تسلیم: چیزی است که متعلق قصد مشترک طرفین عقد واقع شده و طرفین ملزم به تسلیم آن می‌باشند. می‌تواند عین معین، یا کلی در ذمه و یا کلی در معین باشد. هرگاه موضوع عین معین باشد، فروشنده باید آن را همان گونه که در عقد توصیف شده است به خریدار تحویل دهد

و مسئول هرگونه عیب و نقصی در آن است در معامله‌ای که مبیع عین معین است، هیچ چیز نمی‌تواند جانشین متعلق قصد مشترک شود، حتی اگر مرغوب‌تر و گران‌بها تر باشد، و نیز هرگونه تبدیل یا تغییر در آن، فقط با تراضی طرفین امکانپذیر می‌باشد (جعفری لنگرودی ۱۳۶۹ ج ۱: ۲۲۳) اما اگر موضوع تسلیم کلی باشد خواه در ذمه یا در معین، باید کالایی تسلیم شود، که دارای همان جنس و وصف مورد توافق است. تسلیم منافع و توابع موضوع: منافع مبیع، به تبعیت از ملکیت آن از لحظه تراضی و کمال عقد به مشتری منتقل می‌شود. از این پس، هر ثمره‌ای که از مبیع به دست آید، به خریدار تعلق دارد، فروشنده باید در زمان تسلیم اصل مبیع، ثمره و نمائات حاصل شده را نیز تسلیم خریدار نماید (رک: شهید ثانی ۱۳۹۶ ج ۳: ۲۵۱-۲۵۰).

۲) قدرت بر تسلیم

عقد بیع، عقدی تملیکی است که باع و مشتری در ضمن آن متعهد می‌شوند که مبیع و ثمن را به یکدیگر تسلیم نمایند.

۲-۱) لزوم و کیفیت تسلیم

در مورد منشأ لزوم تسلیم، اقوال مختلفی وارد شده است:

به نظر امام خمینی لزوم تسلیم عوضین، از احکام عقلایی مترتب بر بیع است. به همین لحاظ صحیح است که گفته شود: بیع عبارت از اخذ و اعطاست، چون بیع، طریقی برای وصول به عوضین بوده و لزوم تسلیم از احکام عقلایی است، که باید عمل شود، مگر اینکه دلیل شرعی بر رد آن دلالت کند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۵۶۲) امام خمینی کیفیت تسلیم و قبض را به نظر عرف واگذار کرده است به نظر ایشان قبض عبارت است از استیلائی مشتری بر مبیع به نحو متعارف (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۵۵۵).

شیخ انصاری بعد از نقض و ابرام نظرات و اقوال مختلف درباره قبض و تسلیم می‌گوید: لفظ قبض که ظهور در فعل مشتری دارد عبارت است از استیلا بر مبیع در منقول و غیرمنقول؛ زیرا قبض

۱. برخی از فقها لزوم تسلیم عوضین را ناشی از قرارداد می‌دانند، بدین صورت که ملزم بودن هریک از طرفین عقد به تسلیم عوضین، ناشی از شرط و تعهد ضمنی در عقد است. بنابراین باع و مشتری، علاوه بر آنکه عوضین را به یکدیگر تملیک کرده‌اند، متعهد می‌شوند که آنچه را تملیک شده است، به طرف آن تسلیم نمایند (نائینی ۱۴۲۴ ج ۲: ۱۸۸).

در لغت مطلق اخذ است خواه با دست یا با غیر دست و یا اخذ به دست یا با تمام کف دست بر حسب اختلاف اقوال اهل لغت، اگر منظور اخذ به وسیله دست به عنوان عضو باشد، در تمام مبیع‌ها امکان ندارد در حالی که احکام قبض در تمام موارد جاری است، پس لازم است از آن اراده اخذ هر چیزی بر حسبش شود که همان استیلا و سلطنت است (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۲۴۸-۲۴۷) و در جایی دیگر می‌گوید: قبض یک معنی دارد با اختلاف موارد تفاوت، تفاوت پیدا می‌کند (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۲۵۱).

۲-۲) قدرت بر تسلیم، شرط؛ عجز و ناتوانی، مانع

آیا قدرت بر تسلیم شرط است یا عجز و ناتوانی مانع است؟

به نظر شیخ انصاری عجز، مانع نیست؛ در ابتدا بر صاحب **جوهر اشکال** وارد می‌کند، چون صاحب **جوهر** گفته: سید بن زهره قدرت را شرط نمی‌داند بلکه عجز را مانع می‌داند و ثمره‌اش در شک ظاهر می‌شود (نجفی ۱۳۶۷ ج ۲۲: ۳۸۵).

شیخ انصاری می‌گوید: این برداشت صاحب **جوهر** با تصریح خود سید بن زهره منافات دارد، زیرا سید فرموده: «عند انتفاء القدرة ینتفی البیع»؛ یعنی اگر قدرت احراز نشود معامله باطل است (ابن زهره بی تا: ۲۱۱).

علاوه بر آن، عجز یک امر عدمی است، نه امر وجودی. عجز یعنی عدم قدرت و غالباً عدم قدرت، امر عدمی است و مانع امر وجودی. پس چطور به این معنای عدمی، اسم مانع اطلاق کردید.

شیخ انصاری اشکالی دیگر وارد می‌کند به اینکه فرقی نمی‌کند که قدرت را شرط بدانیم یا عجز را مانع، هر کجا در قدرت و ناتوانی شک کنیم با اینکه مبنای حالت سابقه آن قدرت بر تسلیم بوده است، قدرت را استصحاب می‌کنیم. یا اینکه سابقاً عجز از تسلیم نبوده الآن شک می‌کنیم، عدم عجز را استصحاب می‌کنیم. پس بین اینکه قدرت را شرط یا عجز را مانع بدانیم فرقی وجود ندارد؛ چه شک موضوعی باشد، مانند مثال مذکور و چه شک حکمی باشد، یعنی شک کنیم که آیا آن عجزی که مانع است عجز مستمر است و آن قدرتی که شرط است نیز قدرت مستمری است یا اینکه غیرمستمر است، اینجا که شک در صحت و عدم صحت است، می‌توان به ادله

صحت بیع تمسک کرد. پس فرق گذاشتن بین جایی که قدرت شرط باشد یا عجز مانع، درست نیست (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۷-۱۸۶).

امام خمینی نظرات شیخ انصاری را مورد نقد قرار می‌دهد به اینکه آنچه درباره معنی شرط و مانع ذکر شد، در منطق و فلسفه به طور مسامحه واقع شده، سپس می‌گوید: سخن محققانه این است که مانع یک امر وجودی ضد امر وجودی دیگر است که تمناع میان این دو بالذات است؛ یعنی اجتماع هر دو در یک محل و مکان امکان ندارد مادامی که هریک از آن دو موجود است، مانع از وجود ضدش می‌شود به حکم تضاد و تنافی، سفیدی در جسمی مادامی که موجود است مانع از وجود سیاهی است. هریک از شرط و مانع و سبب قابلیت جعل به طور مستقل در تشریح دارند، و انکار آن از خلط بین امور تکوینی و تشریحی ناشی شده است (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۱۰-۳۰۹).

معقول نیست عدم، یک شرط باشد و با امتناع شرط بودن عدم یا مانع بودنش، راهی نیست جز تأویل ظاهرش که بر شرط و مانع بودن دلالت می‌کند، در این مطلب اگر فرض شود دلیلی در مانع بودن عجز ظهور دارد؛ باید آنرا به شرط بودن قدرت بازگشت داد، به دلیل امتناع اینکه عجز-عدم قدرت-مانع و دافع شیء باشد. سپس استدراک می‌کند و می‌فرماید: بلی، اگر گفته شود: عجز یک امر ثبوتی ضد قدرت است، مانع بودنش صحیح است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۱۲-۳۱۱).

۲-۳) شرط قدرت معلوم و واقعی

آیا قدرت معلوم شرط است یا قدرت واقعی؟

به نظر شیخ انصاری: شرط قدرت متباین بر تسلیم ثمن و مضمن قدرت واقعی نیست، بلکه قدرت معلوم است؛ یعنی قدرتی است که مشتری و بایع علم داشته باشند و بدانند که قدرت بر تحویل دادن و تحویل گرفتن را دارند، نه اینکه واقعاً قدرت تسلیم و تسلیم داشته باشند؛ زیرا اگر منظور، قدرت واقعی بود این معامله غرری است، چون این دو نفر نمی‌دانند که آیا قدرت بر تسلیم دارند یا نه. پس برای اینکه از غرری بودن خارج بشود باید قدرت، قدرت معلوم باشد. اگر کسی علم به قدرت داشت ولی علمش جهل مرکب بود در واقع عاجز بوده، اما اگر عقد را انجام داد ولی در زمان استحقاق تسلیم، قدرت بر تسلیم پیدا کرد، چنین عقدی صحیح است؛ چون علم که داشته و تسلّم هم که غرض اصلی است، حاصل شده. اگر فروشنده‌ای با توجه به تمکن تحویل کالا، آن را بفروشد، اما در زمان بیع معلوم شود که از تحویل آن ناتوان است و پس از آن قدرت

بر تحویل پیدا کند، معامله صحیح است، اما اگر قدرت پیدا نکند بیع باطل می‌شود. آنچه معتبر است، همان وثوق و اطمینان به تمکن است. بنابراین هرگمانی کفایت نمی‌کند و یقین هم ضرورتی ندارد. شکی نیست که اگر مجری عقد، خود مالک باشد، قدرت بر تحویل کالا، شرط صحت عقد است، اما اگر عاقد، وکیل است که تنها در اجرای عقد و کالت دارد، نه قدرت بر تحویل معتبر است و نه علم او به قدرت. ولی در صورتی که وکیل در بیع و لوازم آن بود، به نحوی که موکل او نسبت به این معامله بیگانه محسوب شود، شکی نیست که قدرت وکیل کفایت می‌کند (رک: انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۹۳).

اما آیا قدرت موکل هم برای صحت عقد کفایت می‌کند یا نه؟ در ظاهر کفایت می‌کند، منتها به شرطی که مشتری از ناتوانی عاقد وکیل و قدرت موکل آگاهی داشته باشد. البته اگر معتقد است که عاقد قدرت تحویل را دارد، دیگر اطمینان او به قدرت عاقد، شرط نیست (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۹۳).

بیان متن فوق با تفصیل: سؤالی که مطرح می‌شود این است: اگر مشتری، علم به قدرت وکیل نداشت ولی علم به قدرت مالک داشت، آیا این علم کفایت می‌کند یا نه؟ در این باره چند قول است. اما بنا بر نظرات شیخ انصاری اگر وکیل، وکیل تام‌الاختیار باشد و معامله در دست وکیل باشد او باید قدرت داشته باشد. پس علم مشتری به قدرت مالک ربطی به این معامله ندارد. وقتی وکیل قدرت تام بر تحویل دادن نداشت این معامله غرری می‌شود؛ چه مالک راضی باشد و چه راضی نباشد، و اگر بگوییم با علم به قدرت مالک و با رضایت این دو نفر بر تسلیم و تسلم معامله صحیح می‌شود، عقد فضولی باطل می‌شود، زیرا فضول، علم به قدرت و رضایت مالک ندارد، لذا قدرت بر تحویل دادن مال دیگری را ندارد و تا مالک، معامله فضول را برای خودش اجازه نکند تسلیم کردن فضول ممکن نیست و در نتیجه معامله غرری و باطل می‌شود؛ اگرچه شخص فضول، علم داشته باشد که می‌تواند رضایت مالک را تحصیل کند، چون عاقد در عقدی که انجام گرفته قدرت بر تسلیم ندارد. بنابراین ولو فضول به تحصیل اجازه و رضایت مالک هم علم داشته باشد، این علم کافی نیست؛ چون این معامله که برای مالک انجام گرفته یا برای فضول، اگر برای مالک انجام گرفته باید راضی باشد. و هنگام عقد اجازه دهد، و فرض این است که هنگام عقد اجازه نداده و اگر برای فضول انجام گرفته در هنگام عقد، قدرت بر تسلیم وجود نداشته است؛ هر چند

بعداً قدرت بر تسلیم حاصل شود. بنابراین معلوم شد که عقد فضولی برای خودش، عقد فاسدی است (رک: انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۹۴-۱۹۳).

نقد و بررسی نظر شیخ انصاری

امام خمینی نظر شیخ انصاری را مورد نقد قرار داده، و در این زمینه اظهار می‌دارد که شرط در چند صورت زیر قابل تصور است:

یک- قدرت واقعی شرط است به طوری که تمام موضوع باشد. در این صورت بیع با عدم علم صحیح است، بلکه با علم به خلاف آن اگر قدرت داشته باشد نیز بیع صحیح است.

دو- علم به قدرت شرط است به طوری که تمام موضوع باشد. در این صورت بیع با وجود علم صحیح است هر چند با واقع مطابقت نداشته باشد.

سه- قدرت معلوم شرط است به طوری که موضوع دارای دو جزء باشد: قدرت واقعی و علم به قدرت. در این صورت بیع با اعتقاد به وجود قدرت صحیح است، و اینکه قدرت محقق است و متعلق به علم است.

چهار- شرط دو امر است: علم به قدرت هر چند تحقق نیابد، و خود قدرت هر چند معلوم نباشد. در این صورت بیع صحیح است اگر معتقد باشد که قدرت دارد ولی مخالف واقع باشد، و بعداً قدرت حادث و پیدا شود، اما اگر قدرت به وجود نیاید بیع باطل است.

امام می‌فرماید: آنچه شیخ انصاری اظهار داشت بر این صورت چهارم متفرع و مترتب است، نه اینکه شرط، قدرت معلوم باشد (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۲۵) سپس امام می‌گوید: دلیلی بر اینکه قدرت معلوم شرط است، به طوری که قدرت جزء موضوع باشد وجود ندارد، چون آنچه از روایت حکیم^۱ ظاهر می‌شود، اعتبار قدرت بر تسلیم هنگام بیع است. و آنچه از حدیث غرر استفاده می‌شود کفایت علم به قدرت بر تسلیم است نه تسلیم، و جمع کردن میان این دو اقتضای اعتبار قدرت واقعی حین بیع دارد، و علم به قدرت بر تسلیم هنگام و جوب تسلیم و ضمیمه کردن یکی بر دیگری، افاده اعتبار قدرت معلوم نمی‌کند، اگر اجماع هم بر حدیث غرر ضمیمه گردد همچنین افاده اعتبار قدرت معلوم نمی‌کند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۲۶-۳۲۵).

۱. حدیث «لا تبع مالیس عندک» (بیهقی بی‌تاج ج ۵: ۲۶۷)؛ آنچه نزد تو نیست، نفروش؛ یعنی آنچه مال تو نیست نفروش.

در مورد کفایت قدرت و کیل امام خمینی می‌فرماید: از روایت حکیم اعتبار قدرت مالک و عدم کفایت قدرت و کیل در صورتی که وکیل مطلق باشد به دست می‌آید، چون آنچه از روایت استفاده می‌شود یک امر تعبدی است نه عقلی و به غرر ارتباط ندارد، پس اعتبار این شرط نسبت به بایع مالک است نه اینکه به وکیل تعمیم داده شود؛ چون دلیلی بر تعمیم وجود ندارد و آنچه از حدیث غرر استفاده می‌شود، اعتبار علم به قدرت بر تسلّم یا قرارداد دادن و حصول مبیع در دستش است نه اعتبار قدرت بایع مالک یا وکیلش (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۲۶).

۴-۲) حکم امتناع از تسلیم و زمان استحقاق

به نظر امام خمینی ملاک و معیار تسلیم، زمان استحقاق است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۱۷) لذا اگر بایع در زمان انعقاد عقد، دارای قدرت بر تسلیم نبود، اما بعداً این قدرت برایش حاصل شد، یعنی در زمان استحقاق مشتری، عقد صحیح بوده و طرفین ملزم هستند، که مال مورد تعهد را به طرف دیگر تسلیم نمایند. و اگر موعد مقرر برای تسلیم فرا رسیده و بایع قدرت بر تسلیم مورد تعهد را نداشت، اگر این عدم قدرت، به صورت غیر ارادی باشد، مثلاً مبیع تلف شده یا امکان تسلیم نباشد، در این صورت با توجه به نظر امام خمینی مبنی بر اینکه ملاک تسلیم زمان استحقاق است، تعهد بایع در تسلیم مبیع به قوت خود باقی است، اما، مشتری مختیر است بین فسخ بیع و استرداد ثمن، یا اینکه صبر کند. تا بایع قدرت بر تسلیم پیدا کرده و آن را به او تسلیم نماید. امام در *تحریر الوسیله* فرموده: اگر فروشنده بر تسلیم توانایی و قدرت نداشته باشد ولی مشتری قدرت تسلیم را داشته باشد، ظاهر آن است که بیع صحیح است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲: ۴۰۵-۴۰۴) اگر طرفین عقد، قدرت بر تسلیم مورد تعهد را داشته باشند، ولی در مقام تقدم و تأخیر تسلیم عوضین، اختلاف کنند، بایع و مشتری به تسلیم ثمن و مثن، به طور هم زمان مجبور می‌شوند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۵۶۳).

هرگاه یکی از بایع و مشتری، یا هر دو از تسلیم امتناع کرده، و به حاکم رجوع نمایند، حاکم او را به تسلیم مجبور می‌کند. نه از باب امر به معروف، بلکه از باب ثبوت حق برای هر دو، مرجع در این کار همانا حاکم است، چنانکه عدم حق مطالبه مترتب بر آن است هرگاه از ادای حق طرف مقابل خود امتناع ورزد؛ زیرا حق او از دیدگاه عرف، مقید است نه مطلق، پس نمی‌تواند از طرف مقابل مال خود را مطالبه نماید، در حالی که خود، عوض آن را تسلیم نمی‌کند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۵۶۳-۵۶۲) در صورتی که بایع و مشتری، شرط تأخیر نکرده باشند، واجب است که عوض و معوض

را بعد از عقد تسلیم نمایند. پس برای هیچ یک از آنها در صورت امکان، تأخیر انداختن جایز نیست، مگر اینکه با رضایت طرفش باشد. اگر هر دو امتناع کنند اجبار می‌شوند، و اگر یکی از آنها امتناع کند، اجبار به آن می‌شود، و اگر هر یک از بایع و مشتری شرط کند که تسلیم آن تا مدت معینی تأخیر بیفتد، جایز است، و طرف او - در زمانی که او با شرط، تأخیر انداخته - حق خودداری و امتناع از تسلیم را ندارد. ولی اگر اتفاقاً تا رسیدن آن وقت به تأخیر افتد، در صورتی که شخصی که شرط به نفع او شده از تسلیم خودداری نماید، طرف مقابل نیز حق خودداری از تسلیم را دارد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲ و ۱: ۴۱۶).

پس نظر نهایی امام خمینی این است: در صورتی که هر یک از بایع و مشتری، با وجود قدرت بر تسلیم، از تسلیم مورد تعهد خودداری کرد، اجبار می‌شود و اگر هر دو امتناع نمودند، هر دو مجبور به تسلیم می‌شوند.

نظر شیخ انصاری

به نظر شیخ انصاری ملاک و مناط در اشتراط قدرت بر تسلیم، همان زمان استحقاق تسلیم مبیع است، لذا اگر قدرت در زمان عقد وجود داشته باشد، اما در زمان استحقاق و تسلیم علم به عدم وجود قدرت داشته باشیم، قدرت زمان عقد هیچ فایده‌ای ندارد؛ چنان که اگر پیش از زمان استحقاق و حتی در زمان عقد قادر به تحویل نبوده و هنگام استحقاق، قدرت یابد، خللی در صحت عقد پدید نمی‌آید.

از این مسأله چند حکم فرعی به دست می‌آید:

- الف- هر گاه مبیع در دست مشتری باشد، هیچ گاه قدرت در صحت عقد اعتباری ندارد.
- ب- در مواردی که تسلیم مبیع از همان ابتدا شرط نشده و اعتبار ندارد؛ مثل جایی که مشتری عبدی را خریده که پدر اوست، چون به مجرد خریداری، آزاد می‌شود؛ لذا تسلیم هیچ اعتباری ندارد.
- ج- جایی که مشتری به مجرد عقد مستحق تحویل نمی‌شود به سبب اشتراط تأخیر مدت یا به جهت متزلزل بودن عقد است، مانند جایی که بیع فضولی انجام داده است؛ زیرا در این صورت تنها بعد از اجازه مالک، مستحق تسلیم می‌شود، لذا قدرت بر تسلیم قبل از اجازه مالک اعتباری ندارد (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۸-۱۸۷).

نتیجه: عدم امکان تسلیم تنها در خرید و فروش‌هایی مانع صحت عقد است که تسلیم کالا و پرداخت بهای آن از احکام عقد باشد، یعنی عقد به طور کامل انجام گرفته باشد، نه از شروط تأثیر عقد. راز این مطلب هم این است که در چنین بیعی تحویل دادن جزو ناقل آن است، یعنی به منزله قبول و عامل انتقال عوض و معوض است، لذا از تعلق عقد به غیر مقدور، غرری لازم نمی‌آید (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۸-۱۸۷).

۵-۲) مناط و صورت قدرت بر تسلیم

شیخ انصاری ملاک و مناط قدرت را، قدرت معلوم و محرز می‌داند، یعنی همین که مطمئن باشند، که چنین قدرتی دارند، برای صحت معامله کافی است، چرا که صرف دارا بودن قدرت واقعی، برای رفع غرر کافی نیست (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۵-۱۸۴).

۶-۲) ادله و مبانی شرط قدرت بر تسلیم

شیخ انصاری و امام خمینی ادله استناد فقها را مورد بررسی قرار داده‌اند. از ادله مورد استناد: اجماع، حدیث مشهور (نهی پیامبر^(ص) از بیع غرر) و روایات دیگر است. بیانات امام خمینی و شیخ انصاری به شرح زیر است:

۱-۶-۲) اجماع

شیخ انصاری گفته در ظاهر؛ همانطور که در کتاب *جامع المقاصد* (محقق کرکی ۱۴۰۸ ج ۴: ۱۰۱) گفته شده، اشتراط قدرت بر تحویل عوضین، فی الجمله^۱، اجماعی است. سپس ادعای اجماع فقهای دیگر را بیان می‌کند و می‌گوید: علامه در *تذکره* (علامه حلی بی‌تاج ۱: ۴۶۶) فرموده: اشتراط قدرت، اجماعی است، در کتاب *مبسوط* (شیخ طوسی بی‌تاج ۲: ۱۵۷) نیز آمده: بین فقها اجماع است که بیع ماهی در آب و پرنده در هوا جایز نیست، از کتاب *مغنیه* (ابن زهره بی‌تا: ۲۱۱) نیز نقل شده: کالایی که مورد معامله است باید مقدم برای تحویل دادن باشد، تا از مالی که امکان تسلیم ندارد حفظ شده

۱. گفته فی الجمله به دلیل این است که می‌توان بین مصادیق قدرت تفاوت گذاشت و گفته شود: برخی از مصادیق جایز و برخی غیرجایز، مثلاً چیزی اول ملکش بوده و اکنون داخل آب افتاده، جایز است.

باشد؛ مانند ماهی در آب و پرنده در هوا، پس اختلافی در عدم جواز بیع چنین اموالی وجود ندارد (انصاری ۱۴۳۴ج ۴: ۱۷۵).

امام خمینی دربارهٔ اجماع در این زمینه بحثی نکرده‌اند و تنها چیزی که بیان داشته‌اند این است که اگر اجماع به حدیث غرر در دلالت داشتن بر اعتبار قدرت ضمیمه شود، و قدر متیقن از آن داشتن قدرت فی الجمله در مقابل عجز و ناتوانی باشد، نیز [با این ضمیمه شدن] دلالتی بر اعتبار قدرت معلوم نخواهد داشت، بلکه تنها گمان به اعتبار قدرت بر تسلیم از آن استفاده و به دست می‌آید [نه علم به اعتبار قدرت] هر چند این گمان و باور برخلاف واقع باشد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۲۶).

۲-۶-۲) حدیث مشهور نهی پیامبر^(ص) از بیع غرری

شیخ انصاری می‌گوید: علامه حلی در کتاب *التذکره* برای اثبات اعتبار اشتراط قدرت این گونه استدلال کرده است: «پیامبر^(ص) از بیع غرری نهی فرموده است» (حرعاملی ۱۳۹۱ ج ۱۲: ۳۳۰) اگر قدرت بر تسلیم عوضین نباشد عقد غرری خواهد بود (علامه حلی بی‌تاج ۱: ۴۶۶).

نهی در این حدیث، موجب فساد معامله است، و این مسأله اجماعی است. شهرت حدیث مزبور میان شیعه و سنی، موجب جبران مرسله بودنش می‌شود (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۷۶). شیخ انصاری در جایی دیگر می‌گوید: ظاهراً فقهای شیعه نسبت به استدلال به این حدیث اتفاق نظر دارند، و تمام فقهای اهل سنت نیز برای اثبات اشتراط قدرت بر تسلیم به همین حدیث نبوی استناد کرده‌اند (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۷۹).

امام خمینی گفته: عمده‌ترین دلیل که مشهور فقهای امامیه برای اشتراط قدرت بر تسلیم بدان استدلال نموده‌اند حدیث مشهور «نهی النبی عن بیع الغرر» است. امام، استدلال مذکور را برای قدرت بر تسلیم، دارای اعتبار ندانسته، بلکه اعتبار حدیث مذکور را از دو جنبه بررسی می‌نمایند:

الف- کفایت علم به قدرت بر تسلیم و اخذ مبیع از جانب مشتری برای رفع غرر.

ب- کفایت نمودن علم و اطمینان مشتری برای رفع غرر نسبت به حصول مبیع برای او.

با وجود هر کدام از این دو اعتبار، دیگر نیازی به قدرت تسلیم نبوده و صرف قدرت تسلّم و اطمینان نسبت به حصول مبیع به دست مشتری، باعث می‌شود که هیچ‌گونه غرر و جهالتی در معامله تحقق پیدا نکند. بنابراین، ایشان صرف قدرت بر تسلیم را برای صحت و لزوم بیع از سوی

بایع لازم ندانسته و استدلال به حدیث مذکور را برای قدرت بر تسلیم مورد معامله، صحیح نمی‌دانند (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۹۲-۲۹۱).

شیخ انصاری برای بیان اینکه عدم قدرت بر تسلیم غرر است یا نه؟ به سخنان اکثر فقها و اهل لغت استناد می‌کند و می‌گوید: از سخنان بسیاری از فقها و اهل لغت به دست می‌آید که عدم قدرت بر تسلیم، غرر است، آنجا که برای معامله غرری مثال زده‌اند به بیع ماهی در آب و پرنده در هوا. علاوه بر اینکه معنای غرر بر اساس اظهارات بسیاری از اهل لغت، بر عدم قدرت بر تسلیم صدق می‌کند، و نیز از امیرالمؤمنین (ع) روایت شده است که غرر، عملی است که با وجود آن مصون از ضرر و زیان نیست (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۷۸).

شیخ انصاری بعد از نقل اقوال اهل لغت به طور مفصل می‌گوید: تمام فقها بر این مطلب اتفاق نظر دارند که در معنای غرر جهالت درج گردیده است، چه این جهالت نسبت به اصل وجود شیء باشد و چه نسبت به حصول کالا به دست کسی باشد که بدان منتقل شده، و چه نسبت به صفات آن از جهت کمی و کیفی باشد (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۷۸). سپس نظر صاحب **جوهر** را (نجفی ۱۳۶۷ ج ۳۳: ۳۸۸) نقل می‌کند و می‌گوید: چه بسا گفته شود معنای متبادر از غرری که در حدیث از آن نهی شده خطری باشد که از جهت عدم اطلاع نسبت به صفات و مقدار مبیع حاصل می‌شود، نه هر گونه خطری که شامل تحویل و عدم تحویل نیز گردد؛ زیرا بدیهی است که این خطر و جهالت شامل هر بیع غایبی می‌شود، بخصوص اگر مبیع در دریا و مانند آن باشد؛ بلکه مجهول بودن تحویل کالا در بیع میوه و محصولات کشاورزی آشکارتر است (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۷۸-۱۷۹).

نتیجه اینکه به روشنی پیداست در کالایی که تحویل یا عدم تحویل آن مجهول است، خطرش قطعی نیست؛ بخصوص که در صورت عدم امکان تحویل، با اعمال خیار جبران می‌گردد.

اشکال بر نظر صاحب **جوهر**: شیخ انصاری می‌گوید: در این سخن این اشکال وارد می‌شود؛ خطری که ناشی از حصول یا عدم حصول مبیع به دست مشتری است بزرگ‌تر و بیشتر از خطر ندانستن صفات کالا، با یقین به وصول آن است. بنابراین اگر جهل به صفات مبیع را غرر و خطر دانستید، به طریق اولی باید جهل به تحویل دادن خطر و غرر محسوب شود، از این رو وجهی ندارد که سخن اهل لغت، که غرر را به طور مطلق تفسیر نموده‌اند، مقید سازیم؛ بخصوص که آنها این دو مثال (ماهی در آب و پرنده در هوا) را بیان کردند، و این احتمال که منظورشان از ذکر این دو مثال برای صورت جهل به صفات مبیع است، نه جهل به وصول کالا به دست مالک، مردود است،

و این طور از بین می‌رود که در اظهار فقها برای ناتوانی از تسلیم کالا این دو مثال شهرت یافته‌اند، نه اینکه ذکر این مثال صرفاً برای جهل به صفات باشد. علاوه بر آن، استدلال فقهای شیعه و سنی به حدیث «نهی النبی عن بیع الغرر» برای اعتبار و اشتراط قدرت بر تسلیم مؤید همین مطلب است چنان که از عبارت سیدمرتضی در کتاب *الاتصار* به دست می‌آید (رک: انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۷۹-۱۷۸؛ علم الهدی ۱۴۰۵: ۲۰۹).

نظر نهایی شیخ انصاری

اشکالی در صحت تمسک به حدیث نبوی برای اثبات اعتبار قدرت بر تسلیم وجود ندارد، مگر اینکه دلیل ما (حدیث نبوی) اخص از مدعا است؛ چون فروش آنچه عادتاً تحویلش ممکن نباشد، مثل کالایی که در دریا غرق شده و معمولاً بیرون آوردنش امکان ندارد و مانند آن، خطری ندارد، چون خطر در موردی صادق است که احتمال ایمنی وجود نداشته باشد؛ اگر چه این احتمال ضعیف باشد. منتها برای اثبات بطلان این مورد می‌توان اینگونه استدلال کرد که اقدام برای خریدن چنین کالایی سفیهانه است و دریافت پول در برابر آن، اکل مال به باطل محسوب می‌گردد؛ حتی چنین کالایی عرفاً مال به حساب نمی‌آید؛ هر چند ملک باشد و آزاد ساختنش صحیح باشد و اگر به آن دسترسی داشته باشد مال او است. البته عدم مالیت عرفی هیچ منافاتی با ملکیت آن کالا ندارد؛ لذا بر غاصب آن واجب است که تمام قیمتش را به مالک آن پرداخت کند. و بر اساس نظر مشهور در صورت بقای عین، همچنان در ملکش باقی است (رک: انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۳).

اما امام خمینی استناد به حدیث نبوی را برای استدلال به لزوم اشتراط قدرت بر تسلیم نپذیرفته و علم و اطمینان مشتری، برای رفع غرر، نسبت به حصول مبیع به دستش را کافی می‌داند (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۹۲-۲۹۱).

امام خمینی اشکال در مستتند شرط قدرت کرده، اما اصل اعتبار قدرت بر تسلیم یا اعم از تسلیم و تسلّم، یا اعم از تسلیم، تسلّم و حصول در دست طرف، جای اشکال و شبهه نیست (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۹۴).

۳-۶-۲) استدلال به روایات خاص بر شرطیت قدرت

از این روایات، روایت مشهور پیامبر^(ص) است که فرموده: «لا تبع مالیس عندک» (بیهقی بی‌تاج: ۵: ۲۶۷)؛ آن چه نزد تو نیست، نفروش یعنی آنچه مال تو نیست نفروش، و بیع آن باطل است.

شیخ انصاری می‌گوید: مراد از «عند» حضور نیست، چون تمام فقها اجماع دارند که بیع غایب و سلف جایز است. پس واژه «عند» کنایه است، اما نه از مجرد ملک؛ زیرا در این صورت بهتر بود که به جای آن لفظ «لام» ذکر می‌کرد، یعنی می‌گفت «لا تبع مالیس لک» و نیز کنایه از مجرد تسلط و قدرت داشتن بر تحویل نیست، چون فقهای فریقین با این روایت برای اثبات ممنوعیت و فروش کالای جزئی، در صورتی که متعلق به دیگری بوده و سپس فروشنده آن را از مالک خریداری نماید؛ بخصوص اگر فروشنده از طرف مالک در فروختن کالا حتی به خودش و کالت داشته باشد، استفاده کرده‌اند (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۴-۱۸۳).

معلوم است که در صورت مزبور تسلط و قدرت بر تحویل کالا وجود دارد. به علاوه اینکه از نظر فقها روایت ناظر به همین مورد است. پس تعیین پیدا می‌کند در اینکه کنایه از سلطنت تام فعلی باشد که متوقف بر مالکیت کالای تحت اختیارش است. به نحوی که گویا نزد او است؛ هر چند غایب باشد. البته باید عقد فضولی را از آن خارج کرد، یا با ادله عقد مزبور یا با این توجیه که نهی دلالت بر بطلان می‌کند، به این معنا که بیع برای بایع فضولی واقع نمی‌شود، در صورتی اگر بخواهد برای خودش بفروشد. پس می‌توان با این روایت در مورد محل بحث استدلال نمود. اما این اشکال، که هدف روایت مذکور خرید و فروش متعارفی است که در آن زمان رایج بوده؛ از جمله فروش کالایی که متعلق به دیگری است و خریداری آن از مالک و تحویل به مشتری و مانند آن، و این روایت دیگر شامل این مورد نمی‌شود، اشکال درستی نیست، چون دلیلی وجود ندارد که این روایت را تنها به همین مورد اختصاص دهیم (رک: انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۳-۱۸۴). به نظر شیخ انصاری روایت بر فساد و باطل شدن بیع دلالت دارد که می‌گوید: امکان دارد گفته شود: آنچه روایت مزبور و حتی روایت اولی (نهی النبی عن بیع الغرر) دلالت دارد بر فساد و باطل شدن بیع، بر این معنی که عقد صورت گرفته علت تامه برای نقل و انتقال نیست تا آثار مورد نظر را بر آن مترتب سازیم دلالت دارد. این منافات ندارد با واقع شدن عقد به طور معلق بر انتفای غرر و تحقق تسلط تام (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۴) در پایان این بحث اظهار می‌دارد: انصاف این است که از ظاهر اتفاق همه فقها به دست می‌آید که بیع غرری مطلقاً فاسد است، یعنی از ابتدا هیچ تأثیری ندارد (انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۵).

امام خمینی چند روایت مطرح کرده و مورد نقد و بررسی قرار داده است، این روایات عبارتند از:

الف- نهی رسول الله (ص) عن بیع المضطر وعن بیع الغرر (شیخ صدوق ۱۴۰۳ ج ۲: ۴۵) پیامبر (ص) از بیع مضطر و غرری نهی کرده است.

ب- از امیرالمؤمنین: «سیأتی علی الناس زمان یقدم الاشرار و لیسوا بأخیار، و یباع المضطر، و قد نهی رسول الله (ص) عن بیع المضطر، و عن بیع الغرر، و عن بیع الثمار حتی تدرک» (نوری طبرسی ۱۴۰۷ ج ۱۳: ۲۸۳)؛ امیرالمؤمنین (ع) در خطبه‌ای فرموده: زمانی خواهد آمد که آدم‌های شرور برتری داده می‌شوند که آنها بدند و از روی اضطرار می‌فروشند، در حالی که رسول خدا (ص) از بیع مضطر و غرری نهی کرده است.

ج- «لا تبع ما لیس عندک» (بیهقی بی تا ج ۵: ۲۶۷)؛ آنچه نزد تو نیست نفروش.

امام خمینی می‌فرماید: روایت اول ظهور در کراهت دارد؛ چون بیع غرری را بر بیع مضطر عطف کرده است، و بیع مضطر مکروه است، ظاهر این است که نهی در هر دو بیع به یک معنا است، و امکان دارد با این تناسب آن را بر بیع شخص غافل و بر بیع با فریب و خدعه حمل کرد. ولی ناچاریم به حمل نهی بر حرمت در آن، اما حمل کردن بر عدم قدرت بر تسلیم یا بر معنایی اعم و ارشاد بر فساد بعید است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۰۰).

اما روایت دوم احتمال دارد که منظور کراهت باشد، به دلیل عطف بر بیع مضطر و حرمت، و حمل بر بیع با خدعه و فریب، پس روایت سه نوع مکروه، و سه نوع حرام، و یک فرد بیع باطل را در بر گرفته است. اما حمل کردن بر مجهول و ارشاد به باطل بودن بیع نیز بعید است، بخصوص که غرر به معنای مجهول نیست. ولی انصاف این است که حکم ثابت است، هر چند مستند مخدوش است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۰۰) امام نیز استناد به حدیث سوم را ضعیف دانسته است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۰۱).

۲-۷) توقف انتفاع بر تسلیم

غرض از بیع، انتفاع است و تحقق انتفاع متوقف بر تسلیم است؛ غرض از بیع این است که هر یک از طرفین از مالی که به آنها رسیده نفع ببرند، و این انتفاع تنها با تسلیم ثمن و مثنی تحقق می‌یابد. البته این دلیل تضعیف می‌شود به اینکه هر انتفاعی متوقف بر تسلیم نیست، حتی می‌توان گفت که منظور از داد و ستد بهره‌برداری از کالا پس از تحویل آن است، نه بهره‌برداری به طور مطلق، بنابراین غرض از بیع انتفاع مطلق است، نه انتفاع بعد از تسلیم (رک: انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۵).

۸-۲) سفاقت لازمه عدم قدرت بر تسلیم

پرداخت ثمن در برابر کالایی که تحویل آن مقدور نیست، نوعی سفاقت است و ممنوع بوده و تصرف در آن، اکل مال به باطل است.

اشکال بر این دلیل پرداخت بهای اندک در مقابل مال زیادی که احتمال حصولش هست، سفیهانه نیست؛ بلکه ترک این کار به بهانه عدم علم به حصول عوض، سفیهانه است. بنابراین، از اجماع برمی آید که قدرت تسلیم شرط است؛ چنان که در تکالیف شرعی نیز وجود قدرت شرط است (انصاری ۱۴۳۴ج ۴: ۱۸۶).

۹-۲) ممنوع بودن تکلیف به محال

لازمه عقد این است که هریک از طرفین می بایست عوضین را به دیگری تحویل دهند، لذا واجب است که این تسلیم و تحویل دادن، امکان داشته باشد؛ زیرا در غیر این صورت تکلیف به محال است و آن هم ممنوع است.

این استدلال تضعیف می شود به اینکه اگر منظور از اینکه لازمه عقد، وجوب تسلیم کالا است، وجوب مطلق است و ملازمه بین وجوب تسلیم و عقد را نمی پذیریم. اما اگر مقصود، مطلق وجوب باشد، همان طور که اگر در هنگام عقد، بایع قادر به تسلیم بوده و پس از عقد، عاجز گردد، عقد صحیح و تسلیم در صورت تمکن، واجب است. ممکن است اعتراض شود به اینکه اصل آن است که وجوب مقید و مشروط به تمکن نباشد؛ جواب داده می شود به اینکه اصل با اصالت عدم تقیید بیع به این شرط تعارض دارد (انصاری ۱۴۳۴ج ۴: ۱۸۵).

امام خمینی این دلیل را چنین بیان می کند: وجوب تسلیم از احکام عقلائی بیع است، اگر تسلیم عوضین یا یکی از آن دو برای همیشه مقدور نباشد، قصد جدی به معامله تحقق پیدا نمی کند و معقول نیست؛ معاملات - جز موارد نادر- ابزار و آلت برای رسیدن به عوضین است، و مقصود از استقلال رسیدن فروشنده به ثمن، و مشتری به مثنی است. و با بیانی دیگر بیع مبنی بر التزام هریک از دو طرف به تسلیم عوض به طرف دیگر است، و با عجز و ناتوانی از تسلیم التزام معقول نیست و با فقدان التزام، معامله جدی نیست (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۰۶).

سپس امام خمینی بر این دلیل و بر بعضی اظهارات شیخ انصاری در این زمینه اشکال وارد می کند، که به شرح زیر است: این دلیل اخص از مدعا است؛ زیرا امتناع قصد تنها در صورتی است

که بایع و مشتری علم به ناتوانی و عدم قدرت بر تسلیم برای همیشه داشته باشند، اما با امید اینکه ناتوانی و عدم قدرت از بین برود مانعی از تحقق قصد معتبر نیست، چنان که فعلاً و اکنون ناتوان باشد با علم به رفع و برطرف شدن عجز و ناتوانی در آینده، قصد به بیع امکان دارد. سپس می‌گوید: منع ظاهر استدلال مذکور واضح است، چون اشکال بر آن می‌شود به اینکه وجوب تسلیم مطلقاً ممنوع است، و مطلق وجوب منافات ندارد به اینکه مشروط به توانایی باشد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۰۶).

اما اعتراض بر آن به اینکه اصل عدم تقیید وجوب تسلیم، و دفع آن به وسیله تعارض با اصل عدم اشتراط بیع به قدرت بر تسلیم، صحیح نیست در صورتی که منظور از دو اصل، استصحاب باشد. اما اگر منظور از دو اصل، اصل لفظی باشد؛ یعنی اصالت اطلاق در آیه «اوفوا بالعقود» (مانده: ۱) به این بیان که اطلاق اقتضای وجوب تسلیم در عقود به نحو اطلاق است، و اطلاق با عجز و ناتوانی معقول نیست، لذا وضعیت موضوع کشف می‌شود به اینکه مشروط به قدرت است به خاطر اطلاق و عدم خدشه وارد کردن بر آن، و منظور از تعارض، تعارضش با اصل اطلاق در دلیل نفوذ بیع مانند آیه «أحل الله البيع» (بقره: ۲۷۵). مقتضای اطلاق این آیه عدم دخالت قدرت بر تسلیم در صحت بیع است. با بیانی دیگر، محذور عقلی، موجب کشف قید موضوع یعنی عقد، یا کشف قید وارد بر وجوب وفا می‌شود، و هیچ یک بر دیگری ترجیح ندارد، پس حجتی بر اشتراط نیست، بنابراین اعتراض وارد نیست همچنین تعارض؛ چون اطلاق دلیل نفوذ بیع بدون معارض است (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۰۸-۳۰۷).

۱۰-۲) قدرت بر تسلیم در بیع صرف، بیع سلف و بیع رهن

از مواردی که قدرت بر تسلیم شرط نیست جایی است که رهن، عین مرهونه را بدون اجازه مرتهن بفروشد.

اشترط قدرت بر تسلیم در بیع رهن، تنها از جهت اشتراط تحویل است، منتها بنا بر اینکه قبض در صحت بیع معتبر است؛ لذا احراز آن در زمان رهن و علم به تحقق آن بعد از عقد، لازم نیست. بنابراین اگر کالایی که تحویل دادنش ممکن نیست، رهن گذاشته شود و به طور تصادفی برای مرتهن حاصل شود، عقد تأثیر خودش را خواهد گذاشت. مگر اینکه گفته شود: آنچه در حدیث نبوی، نفی شده، معامله‌ای است که بر حسب عرف غرر باشد. بنابراین در عقدی مثل صرف و سلف

(سلم) که تحویل کالا شرط تأثیر آنها است اگر بهای کالا قبل از تحویل مجهول یا ناممکن باشد از نظر عرف غرر محسوب می‌شود، چون اشتراط قبض در نقل و انتقال عوضین، شرعی است نه عرفی، لذا اگرچه شرعاً غرر نباشد، اما از نظر عرف غرر و خطر صدق می‌کند، چون غرر شرعی جایی صدق می‌کند که تمام عقد تحقق یابد، اما در اینجا تحقق نیافته است، زیرا قبل از تسلیم کالا انتقالی صورت نگرفته و بعد از تسلیم هم خطر و غرری ندارد. بنابراین نهی و فساد شامل بیعی می‌شود که عرفاً غرری باشد (رک: انصاری ۱۴۳۴ ج ۴: ۱۸۹-۱۸۸).

پس به نظر شیخ انصاری قدرت بر تسلیم در بیع سلف و صرف شرط نیست؛ چون تأثیر عقد قبل از تسلیم در مجلس عقد، متوقف بر تحقق آن است، پس غرر لازم نمی‌آید. امام خمینی بر نظر و استدلال شیخ انصاری در سه نوع بیع فوق (بیع رهن، سلف و صرف) اشکالاتی وارد می‌کند و در مواردی گفته خلط مبحث شده است. امام در نقد سخن شیخ انصاری می‌گوید: بین آنچه دخیل در ماهیت معامله از نظر عرف است؛ مانند قبول و مال بودن عوضین، و بین آنچه شرعاً از شرایط صحت است یا از موانع است، خلط شده؛ چون آنچه داخل در ماهیت است مشمول ادله اعتبار شرایط صحت و عدم موانع نیست؛ زیرا شرایط در بیع بعد از صدق عرفی شرایطی نیست جز در آنچه عرفاً بیع است. سپس عجز قبل قبول، و عدم علم به ضمیمه شدن قبول به ایجاب بلکه علم به عدم ضمیمه شدن، اگر اتفاقی ضمیمه شود به ایجاب و صحت معامله ضرری نمی‌رساند. همچنین بین آنچه موضوع اعتبار شرایط، یا عدم موانع است خلط واقع شده، چون موضوع در تمام اینها بیع عرفی است نه با شرطی دیگر، شرایط در بیع بالعرض معتبر است، هیچ یک از اینها دخیل در موضوع نیست، پس عدم غرر در بیع معتبر است نه در بیع که قبض در مجلس در آن معتبر است، بلکه معقول نیست، اینکه قول پیامبر (ص) (نهی النبی عن بیع الغرر) دلیلی بر اعتبار عدم غرر در غیر بیع صرف و سلم نسبت به خود بیع باشد، در این دو با اعتبار شرط قبض است (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۲۳-۳۲۱).

بین آنچه شرط در سلف است و بین آنچه شرط در مطلق بیع است نیز خلط واقع شده است؛ چون شرط بیع سلف قبض است نه قدرت و نه علم به قدرت بر قبض، و شرط بیع قدرت بر تسلیم بر اساس مقتضای روایت حکیم بن حزام است، و علم به قدرت بر تسلیم بر اساس مقتضای حدیث غرر است. بیع صرف در صورت عدم قبض در مجلس باطل است، و انتفای غرر در آن موجب تصحیح آن نمی‌شود. اما عقد رهن به نظر امام با بیع سلف تفاوت دارد بنابر اینکه مشمول حدیث

غرر نیست و به بیع اختصاص دارد، همچنین حدیث «لا تبع مالیس عندک» ارتباط به رهن ندارد، جز قبض در آن شرط نیست. پس آنچه در عقد رهن معتبر است، قبض است و آنچه در مطلق معاملات معتبر است، قدرت بر تسلیم و تسلیم به وجهی است (رک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۲۴-۳۲۱).

نتیجه‌گیری

در این پژوهش نتایج زیر به دست آمده است:

۱. به نظر امام خمینی تسلیم به معنای استقلال و استیلا بر شیء است، به گونه‌ای که مبیع، باید طوری تحت سیطره قبض قرار گیرد که او بتواند هر فردی را از تصرف در آن منع نماید.
۲. امام خمینی لزوم تسلیم را از احکام عقلایی مترتب بر بیع می‌داند، و استناد به حدیث نفی غرر برای استدلال به لزوم اشتراط قدرت بر تسلیم را نپذیرفته، و علم و اطمینان مشتری برای رفع غرر، نسبت به حصول مبیع به دستش را کافی می‌داند.
۳. به نظر شیخ انصاری؛ ملاک بطلان بیع غرری، وجود غرر در هنگام معامله از نظر متعاقدين است، لذا اگر معامله از دیدگاه دوطرف، به دلیل تردید در مجهول بودن معامله، خطری و نزاع برانگیز باشد، باطل خواهد بود، هرچند در واقع قدرت بر تسلیم وجود داشته و عوضین از لحاظ ارزش با یکدیگر برابر باشند.
۴. امام خمینی و شیخ انصاری، غرر را عرفی و شخصی می‌دانند.
۵. به نظر شیخ انصاری عدم امکان تسلیم تنها در خرید و فروش‌هایی مانع صحت عقدند که تسلیم کالا و پرداخت بهای آن از احکام عقد باشند، یعنی عقد به طور کامل انجام گرفته باشد، نه از شروط تأثیر عقد.
۶. به نظر شیخ انصاری هرگاه مبیع در دست مشتری باشد، هیچ گاه قدرت در صحت عقد اعتباری ندارد.
۷. شیخ انصاری ملاک و مناط قدرت را، قدرت معلوم و محرز می‌داند، یعنی همین که مطمئن باشند، که چنین قدرتی دارند، برای صحت معامله کافی است، چرا که صرف دارا بودن قدرت واقعی، برای رفع غرر کافی نیست.

۸. به نظر شیخ انصاری نهی شارع از بیع غرری به خاطر برچیدن باب ریسک است که منجر به نزاع در معاملات می‌شود، ولی به نظر امام خمینی نهی به ذات ثمن و مبیع و صفات کمی آنها اختصاص دارد.
۹. غرر مؤثر غرری است مربوط به موضوع معامله و موجب بطلان معامله آن می‌شود؛ مانند معلوم نبودن قدرت بر تسلیم، غرر نباید به اندازه‌ای باشد که باعث توصیف معامله به آن شود.
۱۰. قدرت بر تسلیم مورد تعهد یکی از شروط عوضین است که برای تأثیر و صحت عقد لازم بوده و در صورت فقدان آن، معامله باطل و بی اثر است، از لوازم عقدی که صحیح منعقد می‌شود قدرت داشتن بایع بر تسلیم مبیع و مشتری بر تسلیم ثمن است.

منابع

- ابن زهره، ابوالمکارم. (بی تا) *الفتیه*، قم: منشورات امام صادق^(ع)، چاپ اول.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۰ق) *لسان العرب*، بیروت: دارالصادر، چاپ دوم.
- امام خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۲۱ق) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۳۴ق) *المکاسب*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ سوم.
- بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین. (بی تا) *سنن البیهقی*، بیروت: دارالمعرفه، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۹) *حقوق تعهدات (عقود و ایقاعات)*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول.
- حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۳۹۱ق) *وسائل الشیعه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم.
- حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۲۵ق) *مفتاح الکرامه*، قم: مؤسسه آل البیت^(ع)، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۳۹۶ق) *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: انتشارات و چاپخانه علمیه، تصحیح و تعلیق سیدمحمد کلانتر، چاپ دوم.
- شیخ صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی. (۱۴۰۳ق) *الخصال*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
- شیخ طوسی، محمدحسن. (بی تا) *المبسوط*، قم: المكتبة المرتضویة، چاپ اول.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (بی تا) *تفهیمة الفقهاء*، قم: المكتبة المرتضویة، چاپ اول.
- علم الهدی موسوی، سید شریف مرتضی. (۱۴۰۵ق) *الاتصار*، بیروت: دارالاضواء، چاپ اول.

- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۳۸۳) *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: استقلال.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۸ق) *جامع المقاصد*، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول.
- نائینی، محمد حسین. (۱۴۱۳ق) *المکاسب و البیع (تقریر محمد تقی آملی)*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- _____ . (۱۴۲۴ق) *منیة الطالب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیة، چاپ اول.
- نوری طبرسی، میرزا حسین. (۱۴۰۷ق) *مستدرک الوسائل*، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ دوم.