

تحول آرای فقیهان امامی در باب روشها و ابزار انشای عقد همراه با تحلیل دیدگاه امام خمینی^(س)

محمد تقی فخلعی^۱

چکیده: بحث از حقیقت عقد و روشهای انشای آن از مباحث دامنۀ دار در منابع فقهی کهن و حاضر است. این نوشتار در پی آن است که دیدگاههای فقهی از گذشته تاکنون را در این باره و موضوعات پیرامونی آن مورد تحلیل قرار دهد. دستاورد اصلی آن اذعان به دگرگونی اندیشه فقهی و سیر آن از قالب گرایی افراطی گذشته تا روی آوردن به حقیقت و روح اعمال حقوقی و برجسته یافتن کارکردهای عرف و سیره عقلا در این میدان در دوران معاصر است. نگاه ویژه تحلیلی به نگرش امام خمینی در این بین، نقش این فقیه تحول خواه معاصر را در تکامل اندیشه فقهی به وضوح آشکار می کند.

کلیدواژه ها: عقد، معاطات، کتابت، اشاره، اراده انشایی، مبرز.

طرح مسأله

از جمله مباحث دیرپای فقهی که در همه تاریخ گذشته فقه همواره مورد توجه بوده و پرونده قطوری از بحث را به خود اختصاص داده، بحث از روشها و ابزار انشای عقد است. بازخوانی این پرونده بیش از هر چیز ما را به زمینه های دگرگونی در آرای فقهی در این بحث رهنمون می سازد و بار دیگر این واقعیت را به طور عریان در برابرمان نمایان می کند که برخلاف پندار جزم گرایانه ای که همه جنبه های فقه را برخوردار از ویژگی ثبات شرعی می داند، آرای فقیهان، شدیداً متأثر از شرایط عرف و دگرگونی احوال زمان و اختلاف در شیوه نگرش به نصوص و آثار نقلی بوده است.

۱. استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد.

e-mail: fakhlaei@ferdowsi.um.ac.ir

این مقاله در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۲۰ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۸۸/۸/۲ مورد تأیید قرار گرفت.

در حالی که فقیهان گذشته بر به کارگیری صیغه لفظی به عنوان روش انحصاری انشای عقد تأکید و بر شرايطی چون عربیت و ماضویت تحفظ می‌ورزیدند و به کارگیری طرق دیگر، از قبیل اشاره و کتابت، را فقط در صورت ناتوانی از به کارگیری صیغه روا می‌دانستند، و بر داد و ستدهای فعلی و عقود معاطاتی با دیده تردید نظر می‌کردند، در دوران معاصر در همه ابعاد این نظریه دگرگونی جدی پدید آمد و فقیهان معاصر با بازخوانی حقیقت عقد و روشهای انعقاد آن، نقش عرف را در همه زمینه‌های مذکور جدی انگاشتند و بر فهم عرفی تکیه ورزیدند.

این نوشتار با بازخوانی آرای گذشته و حال در این مسأله درصدد است ابعاد رویکرد فقهی معاصر را تثبیت کند. نگاه ویژه به دیدگاههای فقهی امام خمینی از این رو است که این فقیه بزرگ معاصر با نگاه تیزبینانه خود به اینگونه مباحث سهم وافر در تثبیت نقش عرف و عقلا در نهادهای حقوقی داشته است.

سیری در آرای فقهی گذشته تا حال

در عبارتهای فقیهان گذشته گفته‌هایی می‌یابیم چون: «وجود صیغه لفظی آن سان که دلالت بر رضایت باطنی کند ضروری است»^۱، «برای تحقق عقد وجود ایجاب و قبول لفظی که بر رضای باطنی دلالت کند ضروری است»^۲ در این میان، شهید ثانی در *مسالك الافهام* پس از ذکر عبارتی از محقق حلّی که در آن آمده است: «داد و ستد غیر لفظی کفایت نمی‌کند هر چند اماره‌هایی وجود داشته باشد بر اینکه بیع، مراد است»^۳ گوید: به رغم شهرت و بلکه اجماعی بودن این قول در بین اصحاب امامیه، هیچ دلیل روشنی بر آن وجود ندارد. با وجود این، خود، درنگ کردن با مشهور را ترجیح می‌دهد (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۳: ۱۴۷). فقیهان پس از وی با جرأت افزون‌تری به مصاف مشهور رفتند و دیدگاه تازه‌ای در این باره نمایان ساختند. فیض کاشانی و محقق اردبیلی از این گروه هستند. فیض بر آن می‌شود که تراضی و داد و ستد به تنهایی در صحت بیع کفایت می‌کند. به شرط آنکه قرینه‌ای بر اینکه بیعی در کار است وجود داشته باشد. به طوری که این قرینه هر

۱. «و لابد من الصیغة الدالة على الرضا الباطني» (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۲: ۱۶).

۲. «لابد فيها من ایجاب و قبول لفظيين دالین على الرضا الباطني» (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۵: ۳۸).

۳. «ولا يكفي التقابض من غير لفظ و إن حصل من الامارات ما يدل على ارادة البيع» (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۳: ۱۴۷).

اشتباهی را بردارد و زمینه‌ای برای نزاع و اختلاف باقی نگذارد (فیض کاشانی بی‌تا ج ۳: ۴۸). وی چنین نتیجه می‌گیرد: لفظ به خودی خود سبب برای نقل و انتقال مال نیست بلکه دلیل بر آن است. همان طور که فعل نیز پیوسته نزد عرف بر این معنی دلالت دارد. چنان که بدان نیاز می‌رود و سیره پیشینیان نیز گواه بر آن است (فیض کاشانی بی‌تا ج ۳: ۴۸). وی این سخن را برخلاف نظر مشهور، بل، قول در حد اجماع فقیهان در باب سایر عقود نیز مطرح یافت (فیض کاشانی بی‌تا ج ۳: ۴۹). گفته محقق اردبیلی نیز در این راستا تحلیل می‌شود:

ظاهر آن است که در عقد بیع - بیعی که موجب انتقال ملکیت از بایع به مشتری و بالعکس است - به رغم آنچه مشهور یافته‌اند نیازی به صیغه معین نیست، بلکه هر آنچه بر قصد بیع دلالت کند و با اقباض همراه شود کفایت می‌کند (محقق اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۸: ۱۳۹).

بازپژوهی آرای فقیهان در باب معاطات

سخن از ضرورت به کارگیری الفاظ در عقود بیش از هر چیز در زمینه معاملات معاطاتی اثر آفرین است. مقصود از اینگونه معاملات، همان داد و ستدهای فعلی فارغ از به کارگیری لفظ است. فقیهان لفظ گرا آنگاه که شرایط عقد لفظی را در معاطات، کامل نیافتند نتوانستند با آن به مثابه عقدی تمام عیار رفتار کنند. در چنین فضای فکری آرای متعددی از سوی آنان بروز کرد. از جمله اینکه معاطات مفید اباحه تصرف است و چون یکی از دو مال تلف شود ملکیت حاصل آید (شیخ طوسی ۱۳۸۷ ج ۲: ۸۷؛ ۱۴۰۷ ج ۳: ۴۱؛ ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۲۵۰؛ ابن زهره ۱۴۱۷: ۲۱۴؛ علامه حلی بی‌تا ج ۱: ۴۶۳؛ ۱۴۱۰ ج ۱: ۳۵۹)، یا مفید تصرفات غیر موقوف به ملکیت است (عاملی بی‌تا ج ۴: ۱۵۸). و یا اینکه مفید ملکیت متزلزل است که با از بین رفتن یکی از دو عوض، لزوم می‌یابد (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۴: ۵۸) و حتی از احتمال بطلان بیع معاطاتی نیز سخن گفتند (علامه حلی بی‌تا ج ۲: ۴۴۹). از طرف دیگر، فقهای متأخر که خود را از قید لفظ رها یافته بودند، بیع معاطاتی را همچون بیع لفظی مفید ملکیت و لزوم یافتند. فقیهانی چون فیض کاشانی (بی‌تا ج ۳: ۴۸) و محقق اردبیلی (۱۴۰۳ ج ۸: ۱۳۹) بدین قول ملتزم شدند و در دوران معاصر نیز مورد توجه اکثر فقها قرار گرفت.

تحلیل و نقد دیدگاهها

در این مرحله از بحث، صرفاً به بیان ادله و تحلیل دو دیدگاه اصلی در مسأله، یعنی دو نگرش مشهور فقیهان پیشین و دوران معاصر، می‌پردازیم.

تحلیل قول مشهور

مشهور فقیهان که معاطات را مفید اباحه تصرف یافته بودند به ادله‌ای تمسک کردند که اهم آن عبارت بود از:

- ۱- عقد حکمی شرعی است و هیچ دلیل شرعی بر اینکه معاطات، عقد است وجود ندارد ولی اجماع صورت گرفته که مفید اباحه تصرف است (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ج ۳: ۴۱).
- ۲- برخی از فقیهان ادعای اجماع را مطرح کردند (ابن زهره ۱۴۱۷: ۲۱۴). به گفته شیخ انصاری گرچه اجماع قطعی بر عدم لزوم معاطات محقق نیست لیکن گمان قوی به تحقق آن می‌رود (انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۵۹).

۳- اغلب فقیهان در تحلیل این قول از آن به عنوان مشهور یاد کردند (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۳: ۱۴۷؛ انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۵۸)، لیکن علامه حلی در *تمذکره الفقهاء* از آن به عنوان قول اشهر یاد کرده است (علامه حلی بی‌تا، ج ۱۰: ۷). این گفته دلیل بر آن است که در مسأله مخالفت قابل توجهی وجود دارد. چرا که اگر قول مخالف، شاذ بود در مقابل آن با عنوان مشهور تعبیر می‌شد. همین فقیه در *مختلف الشیعه* قول مورد بحث را به اکثر نسبت داد (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۵: ۵۱) و در *تحریر الاحکام* اقوی یافت (علامه حلی بی‌تا، ج ۱: ۱۶۴).

تفاوت رویکرد فقیهان در اعتبار بخشی به چنین شهرتی نیز قابل توجه بود. در حالی که فقهی چون شهید ثانی را به رغم آنکه دلیلی بر این رأی نمی‌یافت یارای آن نبود که از همراهی با مشهور سرباز زند (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۳: ۱۴۷)، فقیه دیگری چون محقق اردبیلی از بی‌توجهی به چنین شهرتی ابا نمی‌ورزید.^۱

۴- به شماری از روایات نیز استدلال شده بود بر اینکه معاطات مفید لزوم نیست. از این روایات برمی‌آید که انشای لفظی بیع در عصر متشرعه در بین تاجران و بازاریان امری متعارف بوده است^۲ (انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۵۹).

۵- به گفته شیخ انصاری، می‌توان ادعا کرد که سیره متشرعه قائم بوده است بر اینکه در معاملات بزرگ به تراضی اکتفا نمی‌کرده‌اند و دست کم به هنگام معامله به یکدیگر دست داده و

۱. عبارت وی چنین است: «والشهرة ليست بحجة و هو ظاهر» (محقق اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۸: ۱۴۲).

۲. برای یافتن این روایات ر.ک. به: (حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۱۲، باب ۳۱ از ابواب «مایکتسب به» و باب ۸ و ۱۴ از ابواب «احکام العقود»).

عباراتی چون «بارک الله لک» به کار می‌برده‌اند (انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۶۰). گرچه این دلیل مثبت مدعای مشهور نیست، لیکن در جای خود قابل درنگ است.

تحلیل دیدگاه معاصر

چنان که گذشت در دیدگاه فقهی معاصر با معاطات به مثابه یک عقد تمام عیار، که واجد همه آثار عقد لفظی است، برخورد شده است. به طور مثال، بیع معاطاتی را هم مفید ملکیت و هم لزوم دانسته‌اند. فقیهانی که بر این باورند، در هر دو زمینه استدلال کرده‌اند: نخست اینکه معاطات موجد ملکیت است و دوم اینکه مفید لزوم است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۱۰ - ۸۹؛ خویی بی‌ناج ۲: ۱۵۵ - ۹۲). محقق اردبیلی نخستین فقیهی است که با این رویکرد تفصیلاً وارد سخن شده و چهارده دلیل بر مدعای خود اقامه کرده است (محقق اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۸: ۱۴۲ - ۱۳۹).

۱- تکیه بر مفهوم عرفی عقد را شاید بتوان مهم ترین دلیل این گروه فقیهان به شمار آورد. اینان برخلاف دیدگاه پیشین که در صدد بود برای مقوله عقد، مفهومی شرعی بیابد، بر مفهوم عرفی آن تکیه کرده‌اند. در نگاه محقق اردبیلی مفهوم عرفی بیع عبارت است از هر آنچه همراه با به قبض درآوردن، بر قصد انتقال ملکیت دلالت کند. از این رو، هرگاه شخصی از اهالی عرف در مقام بیع قرار گیرد چه بسا هیچ توجهی به مقوله صیغه نداشته باشد (محقق اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۸: ۱۳۹). به باور وی، بیع لفظ مفهومی شناخته شده‌ای در لغت و عرف و شرع نیست. هیچ اصل شرعی در کتاب یا سنت بر آن دلالت ندارد و اجماعی نیز مستلزم آن نیست (محقق اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۸: ۱۳۹). وی در این باره چنین استدلال می‌کند:

در صورتی که مفهوم عرفی بیع نزد شارع معتبر نبود، شایسته نبود که نسبت به آن اهمال ورزد، چرا که چنین اهمال ورزیدنی اغراء به جهل محسوب می‌شد. بلکه سکوت شارع و نبود بیان او در مانند چنین جایگاهی صراحت در این معنی دارد که شارع مسأله را به عرف حواله داده است (محقق اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۸: ۱۴۰).

در این دلیل بر دو نکته اساسی تکیه شده است: نخست اینکه مفاهیم عقود، لغوی یا عرفی هستند و هیچ مصطلح شرعی در این باره وجود ندارد. معاطات نیز در لغت و عرف، بیع محسوب می‌شود و به گفته صاحب بلغة الفقیه هیچ حقیقت شرعیه‌ای خواه به وضع تعینی یا تعینی ثابت نشده

است تا اینکه کلام شارح در خطاباتى چون «أحلّ الله البيع» بر آن حمل شود (بحر العلوم ۱۴۰۳ ج ۲: ۸۷). دوم اینکه، الفاظ و اسامى عقود همچون بيع و اجاره برای واقعیت حقوقی و امر اعتباری نفسانی، وضع و حقیقت شده است. این نگرش در برابر دیدگاه فقیهان پیشین قرار گرفته است که حقیقت عقد را ایجاب و قبول لفظی عنوان کرده بودند. چنانچه به نگرش آنان ملتزم شویم چاره‌ای نیست از اینکه خود را برای تحقق عقد نیازمند لفظ بیاییم و نتوانیم داد و ستدهای فعلی را عقد نام نهیم (بحر العلوم ۱۴۰۳ ج ۲: ۸۸).

آیت الله خویی از فقیهان معاصر، عقد را اعتباری نفسانی می‌داند که با کاشف و مبرزى، خارجی آشکار می‌شود. به باور ایشان فرقی نیست در اینکه این مبرز، فعل یا قول باشد. در نتیجه معاطات به حمل شایع، بيع عرفی و مشمول عمومات و اطلاقات صحت بيع است (بحر العلوم ۱۴۰۳ ج ۲: ۹۲). وی با نقد سخن منسوب به شهید ثانی گوید:

اینکه به شهید ثانی نسبت داده شده است که بيع بر عقد مرکب از ایجاب و قبول اطلاق می‌شود را نه در لغت یافتیم و نه در عرف. چنین معنایی غلط آشکار است... می‌توان گفت هیچ موردی وجود ندارد که لفظ بيع در عقدی که سبب بيع است به کار رفته باشد. چنین اطلاقی جزء اغلاط واضع است نه استعمالی مجازی (بحر العلوم ۱۴۰۳ ج ۲: ۸۷).

البته ایشان معتقد است که حقیقت عقد بيع مادام که به مبرز خارجی مقرون نشود صرف اعتبار نفسانی نیست، چرا که این نیز ضرورتاً باطل است. بنابراین هرگاه کسی مبادله مال خود با مال دیگری را در قصد خود اعتبار کند، سپس آن را با مبرزى اظهار کند، بر این کار، مفهوم بيع حقیقتاً صدق می‌کند. این حالت در مورد سایر امور انشایی، اعم از عقود و ایقاعات و اوامر و نواهی، نیز مطرح است (بحر العلوم ۱۴۰۳ ج ۲: ۵۳).

امام خمینی نیز حقیقت عقد را مطلق معامله به لحاظ ربط دو اعتبار متقابل دانسته است. در نگاه این فقیه عقد از مقوله معنی است و لفظ صرفاً ابزار ایجاد آن است. نتیجه اینکه در تحقق عقد فرقی بین لفظ و فعل نیست. لفظ نه در مفهوم عقد بلکه در ایجاد آن دخیل است. همان طور که این مسأله در مورد معاطات نیز مطرح است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۱۰۸).

دیگران نیز که حقیقت عقد را «عهد مؤکد» (نائینی ۱۳۷۳ ج ۱: ۳۳، ۷۹؛ موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۳: ۱۳۵، ۱۳۷) یا حیثیت ربط دو تعهد یا دو قرار معاملی (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۲۸۳؛ امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲:

۵۱۴) معنی کرده‌اند به این حقیقت کاملاً نظر دوخته‌اند که عقد از سنخ امور قلبی است نه از جنس لفظ و الفاظ که صرفاً ابزار انشاء هستند (ر.ک. به: موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۱: ۱۳۷).

بنابراین یکی از ریشه‌های اختلاف میان مشهور فقیهان پیشین و بعدی بر سر مسأله معاطات به مفهوم عقد برمی‌گردد. کسانی که حقیقت عقد را ایجاب و قبول لفظی تعریف کرده‌اند (علامه حلی ۱۴۱۰ ج ۱: ۳۵۹؛ شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۳: ۲۲۱) چاره‌ای ندارند جز اینکه معاطات را عقد شمارند و اثر عقد را بر آن بار نکنند (ر.ک. به: شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۳: ۲۲۲). البته چه بسا فقیهانی که حقیقت عقد را از سنخ لفظ ندانند و برای لفظ ویژگی کاشفیت و سببیت را قائل شوند، لیکن آن را به دلیل توقیفی یافتن یا دلیل دیگر سبب انحصاری و تنها ابزار کاشف از اراده باطنی دو طرف معامله به حساب آورند (ر.ک. به: بحر العلوم ۱۴۰۳ ج ۲: ۸۹).

نتیجه سخن اینکه دیدگاه فقیهان پیشین در باب معاطات بر یکی از چند گزاره ذیل به صورت مانعة‌الخلو استوار است:

الف) مفهوم عقد به طور کلی و عناوین خاصه عقود چون بیع و اجاره و نکاح، شرعی و توقیفی است.

ب) گرچه عقد دارای مفهوم عرفی یا لغوی است لیکن این مفهوم چیزی جز ایجاب و قبول لفظی نیست.

ج) عقد از امور قلبی است و الفاظ ایجاب و قبول سبب تحقق آن است. لیکن این سبب، توقیفی است و هیچ چیز دیگری در عرض آن نمی‌نشیند.

از طرف دیگر، دیدگاه فقیهان معاصر بر چند پایه ذیل به صورت مجموعی استوار است:

الف) مفهوم عقد و عناوین عقود، عرفی است و هیچ مصطلح شرعی در این باره وجود ندارد.

ب) حقیقت عقد که از سنخ امور قلبی است، چیزی جز حیثیت دو قرار معاملی و عهد مؤکد طرفینی نیست.

ج) تحقق اعتبار نفسانی در گرو وجود مُبرز و کاشف است. مُبرزات، اسباب شرعی و تعبیدی نیستند بلکه عرفی‌اند. فعل نیز به مثابه لفظ از ویژگی کاشفیت و مُبرز بودن عرفی برخوردار است.

۲- سیره مستمر و قطعی: دومین دلیل فقیهان مخالف مشهور، سیره مستمر قطعی است. شیخ انصاری به این دلیل بدبینانه نگریسته و آن را مانند دیگر سیره‌ها ناشی از کم‌مبالائی و مسامحه‌ورزی در امر دین دانسته است (انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۴۲). گویا وی به ماهیت حقیقی این دلیل

توجه نکرده که آن را از گونه سیره متشرعه یافته است. در حالی که سیره مذکور بنا بر باور اغلب شارحان و حاشیه نگاران مکاسب، سیره مستمر عقلا در همه عالم است که امضا یا دست کم عدم ردع شارع را از آن خود کرده است (آخوند خراسانی ۱۴۰۶: ۱۲؛ خویی بی تاج ۲: ۹۳).

به باور امام خمینی، این سیره از آغاز مدنیت و نیاز بشر به مبادلات اقتصادی تا زمان حاضر جریان داشته است. بلکه ظاهر آن است که بیع معاطاتی از قدمت فزون تر و دامنه گسترده تری نسبت به بیع لفظی برخوردار است. این سیره بی هیچ گونه شبهه ای در عصر نبوت و پس از آن نیز متعارف بوده است و اگر نزد شارع صحیح یا مفید ملکیت نبود بر وی بیان در مقام ردع واجب بود و چنین ردعی موجب دگرگونی بازار مسلمین در امر معاملات می شد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۸۹).

در میان حاشیه نگاران مکاسب، محمد کاظم یزدی ابایی نمی ورزد از اینکه از این سیره به عنوان سیره متشرعه یاد کرده و پایه آن را تثبیت کند. وی معتقد است متشرعه از زمان پیامبر^(ص) تا به امروز احکام بیع را بر مأخوذ به معاطات جاری می کردند و فرقی بین آن و مأخوذ به صیغه نمی نهادند. او این ادعا را که سیره مزبور ناشی از بی مبالاتی باشد کاملاً باطل می داند. چرا که ائمه و اصحابشان و دیگر مردم، اعم از عالمان و عوام، در مورد هدایا و عطایا تصرف مالکانه می کردند بدون آنکه اجرای صیغه نزدشان مرسوم باشد. این نکته را نیز باید افزود که بین هبه و بیع در معتبر نبودن صیغه لفظی هیچ فرقی نیست (یزدی بی تاج ۱: ۶۸).

به هر حال چه بازگشت دلیل سیره به سیره عقلا باشد یا سیره متشرعه، در هر دو صورت دلالت آن در این بحث مستحکم و خدشه ناپذیر است. تنها نکته قابل توجه در این بین وجوه تمایز آن دو از یکدیگر است. از جمله اینکه گفته اند: سیره متشرعه هر گاه با همه شرایط آن تحقق یابد ردعی در آن محتمل نیست؛ چرا که این سیره جوشیده از احساس متدینانه متشرعه و کاشف از بیان شرعی و معلول آن است، لیکن در مورد سیره عقلا چنین نیست. در هر قضیه عقلایی این احتمال می رود که شارع موضع رادع اتخاذ کرده باشد (صدر ۱۴۱۷ ج ۴: ۲۴۷).

نکته دیگر اینکه در باب حجیت سیره عقلا، خواه به لزوم احراز عدم ردع گرایش یابیم (صدر ۱۴۱۷ ج ۴: ۲۴۴) یا به کفایت عدم ثبوت ردع ملتزم شویم (اصفهانی ۱۳۷۴ ج ۲: ۲۳۳؛ ج ۳۰: ۳۱ - ۳۰)، طبق هر دو مبنا حجیت سیره عقلا در باب صحت و لزوم معاملات ثابت است. چرا که طبق مبنای دوم احتمال وجود رادع نیز در مسأله اشکالی وارد نمی کند و تنها ردع قطعی و ثابت مانع از حجیت سیره است. طبق مبنای نخست نیز گرچه ردع احتمالی مانع تحقق شرط حجیت سیره است، لیکن

در مسأله مورد بحث صرف عدم وصول ردع، کاشف از عدم ردع است. چرا که در مانند چنین مسأله عام البلوایی اگر ردعی از سوی شارع صورت گرفته بود، انگیزه‌های کافی در نقل و انتشار آن وجود داشت و تأثیر خود را در نظام بازار مسلمین به بار می‌آورد. بنابراین نبود ردع و اصل، حتماً کاشف از عدم ردع است (آخوند خراسانی ۱۴۰۶: ۱۲).

نکته دیگر این است که بنا بر اینکه این سیره به سیره عقلای بازگردد ضروری است به فرق آن با دلیل نخست توجه شود، چرا که دلیل نخست بر پایه به رسمیت شناختن فهم عرفی در موضوعات احکام استوار بود و دلیل دوم بر پایه رفتار و سلوک عملی عقلا. در اندیشه اصولی شهید صدر که به قلم یکی از مقرران وی عرضه شده از هر دو به عنوان اقسامی از سیره تعبیر شده است. نخست سیره‌ای که در تنقیح و تثبیت موضوع حکم شرعی دخیل است و دوم سیره‌ای که ارزش تشریعی دارد و به عنوان کبرای دلیل شرعی مورد استدلال واقع می‌شود. به نظر وی حجیت قسم اول بنابر قاعده ثابت است و معاصرت با معصوم در آن شرط نیست. در حالی که حجیت قسم دوم در گرو احراز معاصرت و عدم ردع شرعی است. سیره‌هایی که در تنقیح و تثبیت موضوع دخیلند تحقق دهنده صغرای ادله صحت و نفوذ معاملات چون «احل الله البيع»، «أوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و مانند آن هستند. به همین دلیل فقیهانی که بر عرفی بودن موضوعات عقود پای فشرده‌اند، معاطات را به حمل شایع مصداق عقد بیع و به مثابه صغرای ادله صحت و نفوذ عقد و مشمول عمومات و اطلاعات صحت بیع دانسته‌اند (به طور مثال ر.ک. به: خویی بی تا ج ۲: ۹۲).

یکی از فقیهان پس از آنکه معاطات را بیع عرفی و لغوی می‌شناسد برای اثبات صحت آن به عموم «احل الله البيع و حرم الربا» تمسک می‌کند. خلاصه اینکه می‌گوید دلیل صحت معاملات مرکب از صغرای وجدانی و کبرای برهانی، یعنی عموم آیه است (بحر العلوم ۱۴۰۳ ج ۲: ۸۷، ۸۸). دیگر فقیهان نیز که حدیث مشبعی از دلالت عموماتی چون «احل الله البيع»، «أوفوا بالعقود»، «تجارة عن تراض»، «المسلمون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی أموالهم» بر ملکیت و لزوم معاملات آورده‌اند (خویی بی تا ج ۲: ۹۳، ۹۴؛ امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۱۴۳ - ۹۰) از این آیات به عنوان کبرای شرعی قیاس استنباط برای صغرای عرفی و وجدانی آن استفاده کرده‌اند و به هر ترتیب نقش عرف و عقلا در تنقیح موضوع و تثبیت این صغرا ثابت است. در حالی که در دلیل دوم از نقش کبروی سیره عقلا در اثبات حکم شرعی معاطات استفاده می‌شود و در این مورد اثبات حجیت سیره بنابر

گفته‌های مشهور اصولیین به شرحی که گذشت در گرو امضا یا عدم ردع شارع است. نتیجه اینکه در هر دو دلیل عمده فقیهان معاصر کارکرد عرف و سیره به وضوح نمایان است.

معاطات در سایر عقود

همه بحثهای گذشته بر محور بیع معاطاتی مطرح شد. در مرحله دیگری از بحث، پرسش از جریان معاطات در سایر عقود است. پرسشی که اذهان فقیهان را به خود جلب کرده و در منابع فقهی متأخر بحث قابل توجهی را به خود اختصاص داده است.

مشهور فقها که معاطات را موجد آثار بیع نیافته بودند، همین باور را در مورد سایر عقود و ایقاعات نیز تعمیم دادند. با این استدلال که هر عقدی مشتمل بر ایجاب و قبول است و اراده باطنی طرفین عقد فقط به وسیله لفظ کشف می‌شود (علامه حلی بی‌تا: ۳۴۲) و اما فقیهان متأخر پس از آنکه از معاطات در بیع فراغت یافتند و آن را بیعی تمام عیار تلقی کردند دایره بحث را به دیگر عقود کشاندند.

محقق کرکی از نخستین فقیهانی بود که جریان معاطات را در اجاره و هبه مطرح کرد (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۴: ۵۹). شیخ انصاری نیز جریان یافتن معاطات در اجاره و هبه را مانند بیع آشکارتر یافت (انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۹۳). حاشیه‌نگاران مکاسب و دیگر فقیهان معاصر بحث مبسوطی در این باره طرح کردند. از آنجا که در گفته‌های آنان نکات جالب و بدیعی به چشم می‌خورد، بیان این دیدگاهها خالی از فایده نیست.

اینان در وهله نخست در صدد تأسیس اصل و قاعده برآمدند، چرا که معتقد بودند اگر معاطات بر خلاف قاعده باشد برای اینکه در غیر بیع جریان یابد نیازمند دلیل است و چون دلیل اصلی سیره است بایستی در محدوده آن بسنده و در سایر موارد به بطلان معاطات حکم کرد. به باور آنان سیره در مواردی چون هبه و اجاره و قرض و عاریه و رهن و وقف جاری و معاملات معاطاتی چون لفظی واجد اثر است (یزدی بی‌تا ج ۱: ۸۱؛ اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۸۲؛ خویی بی‌تا ج ۲: ۱۹۲). در این حال اغلب آنان اصل را جریان معاطات در عقود و ایقاعات یافتند. به طور مثال، محمد کاظم یزدی بر این باور بود که عموماً و ادله خاص مربوط به عناوین معاملات شامل معاملات فعلی نیز چون قولی می‌شود. بنابراین طبق قاعده، معاطات در همه عقود جریان می‌یابد مگر در مواردی چون نکاح که اجماع بر شرط بودن صیغه معین واقع شده است (یزدی بی‌تا ج ۱: ۸۱).

محمدحسین نائینی در حاشیه خود بر مکاسب، استدلال به ادله صحت معاملات بر صحت معاطات را در گرو اثبات دو مقدمه یافته است: نخست اینکه فعل به خودی خود مصداق عنوان معامله یا مصداق امر ملازم با عنوان معامله باشد تا به حکم عادت و سیره مستمر حکم عنوان بر ملازم آن نیز ترتب یابد و دوم اینکه فعلی که مصداق عنوان معامله است در صورت توأم بودن با قصد، عنوان معامله را تحقق بخشد و اگر این فعل، مشترک و چند وجهی است با قرائنی همراه شود که عنوان عقد را تعیین بخشد. به طور مثال، اینکه شخص مُعطی در مقام بیع یا هبه یا اجاره و مانند آن باشد، خود قرینه‌ای است بر اینکه اعطای وی به قصد انشای یکی از این عناوین انجام شده است. البته قرینه معینه اثری در انشای فعلی ندارد و انشای معامله پس از آنکه جهت فعل معلوم شده باشد صرفاً با فعل انجام می‌شود (نائینی ۱۳۷۳ ج ۱: ۸۰).

با توجه به این دو مقدمه، وی جریان معاطات را در بیع و هبه و قرض و اجاره و عاریه و ودیعه پذیرفته است، چرا که در این قبیل موارد یا فعل به خودی خود مصداق عنوان عقد است یا ملازم با عنوان. به طور مثال، اگر اعطای مال به دیگری بیع نباشد دست کم تسلیط است و چون در آن قصد بیع وجود دارد به حکم عادت و سیره مستمر به وسیله این فعل، بیع واقع می‌شود (نائینی ۱۳۷۳ ج ۱: ۸۰).

وی معاطات را در چند جا جاری نمی‌داند. نخست، موردی که انشای عقد جز به طریق لفظ امکان پذیر نیست. دوم، موردی که به حکم شرع انشای فعلی عقد صحیح نیست. در مورد نخست از وصیت تملیکی یا عهدی، تدبیر و ضمان یاد کرده است که به زعم وی این دو جز با قول انشاء نمی‌شود، چرا که هیچ فعلی مصداق این عناوین نیست. به طور مثال، امکان ندارد که انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر به روش فعلی انجام شود. در مورد دوم نیز از نکاح یاد کرده است، چرا که فعل ملازم ضد آن، یعنی زنا و سفاح، بلکه مصداق حقیقی زنا و سفاح است. در مورد ایقاعاتی چون طلاق و عتق نیز وی هیچ فعلی را مصداق آنها ندانسته است. به طور مثال، افکندن روبند به زوجه و اخراج برده از خانه و امثال آن هیچ کدام مصداق طلاق و عتق نیستند بلکه از آثار این عناوین هستند. در مورد وقف، وی قول به تفصیل را اختیار کرده و بر آن شده که در موارد وقف عام، فعل، مصداق حبس عین و رها کردن منفعت است لیکن در وقف خاص چنین نیست. وقف خاص جز به طریق لفظ انجام نمی‌شود (نائینی ۱۳۷۳ ج ۱: ۸۱).

محمدحسین اصفهانی، این تفصیل نائینی را که در برخی از موارد معاطات، مصداق معامله است و در مواردی دیگر معاطات اصلاً راه نمی‌یابد (به طور مثال بر بیع معاطاتی عرفاً نام بیع صدق می‌کند لیکن بر اخراج زوجه از خانه به قصد جدایی، طلاق صدق نمی‌کند) بر نتابیده و چنین پاسخ داده است:

الفاظ معاملات در لغت یا عرف یا برای حقایق معاملات و مسببات وضع شده است، یعنی آنچه که به حمل شایع مصداق بیع و طلاق و مانند آن است و یا برای اسباب، یعنی آنچه که سبب حصول ملکیت در بیع و سبب حصول جدایی در طلاق است. در صورتی که این عناوین برای مسببات وضع شده باشد، آشکار است که سبب خواه لفظی باشد یا فعلی نه مقوم سبب و نه در مسمای آن داخل است. به طور مثال، طلاق به حمل شایع چیزی جز جدایی و نکاح چیزی جز علقه زوجیت نیست. بنابراین با تمسک به اطلاق دلیل، حکم به صحت و نفوذ طلاق یا نکاح با هر سبب قولی یا فعلی می‌شود و اگر عناوین معاملات برای اسباب وضع شده باشد. این عناوین با یکدیگر فرقی ندارد و این طور نیست که برخی برای لفظ خاصی وضع شده باشند و برخی برای هرگونه لفظی و برخی نیز برای اعم از لفظ و فعل. بلکه این عناوین برای هر چه که در لغت و عرف سبب برای حقیقت معامله است وضع شده‌اند. گرچه در مصداق سبب تفاوتی در نظر عرف و شارع وجود داشته باشد. به طور مثال، اخراج زوجه از خانه به قصد جدایی سبب برای طلاق است لیکن مصداق شرعی سبب آن در الفاظ «هی طالق» و «أنت طالق» منحصر است (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۸۳).

این فقیه در مقام نتیجه‌گیری تمسک به اطلاق ادله عقود را برای جریان معاملات ممکن یافته است. به این معنی که انشای فعلی نیز به مانند انشای قولی در باب عقود و ایقاعات درست است. حتی اگر بر این انشای فعلی مفهوم لغوی معاطات صدق نکند، چرا که عنوان معاطات در هیچ آیه یا روایتی وارد نشده است تا اینکه مسأله دایر مدار عنوان باشد. جز اینکه درباره برخی از عقود ایقاعات، از قبیل طلاق و عتق، دلیل خاص شرعی بر شرط بودن سبب لفظی و صیغه مخصوص قائم شده است (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۸۳).

محقق اصفهانی به نقد و تحلیل این ادعا نیز پرداخته است که در باب نکاح تمکین زوجة نمی‌تواند سبب تحقق آن واقع شود. مطابق با این ادعا هرگاه سببیت وطی و آمیزش را برای تحقق نکاح بپذیریم، موجب می‌شود که زنا فقط به حالت عنف و اکراه اختصاص یابد. حتی اشکال عقلی وارد شده است به این صورت که عمل وطی و آمیزش محال است سبب نکاح باشد، چرا که خود این عمل نیازمند سبب محلل است و اگر قرار باشد خود سبب حلیت خود شود اتحاد سبب و مسبب لازم می‌آید و محال است چیزی در خود مؤثر واقع شود (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۸۴).

به گفته این فقیه، بر پایه اشکال پیش گفته، این سخن که زنا به صورت عنف و اکراه منحصر می‌شود غلط است. چرا که عمل آمیزش گاه به مثابه سبب ایجاد علقه زوجیت همراه با تراضی است و گاه صرفاً عمل جنسی رضایتمندانه است، بدون اینکه ویژگی اولی را داشته باشد. صورت دوم زنا محسوب می‌شود و سبب برای زوجیت نیست (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۸۴).

ایشان اشکال عقلی را بنا بر مشرب عقلی و فلسفی خود اینگونه تقریر کرده است که از آنجا که عمل آمیزش، مبغوض است، سبب مبغوض در زوجیت مؤثر نیست. آمیزشی که در زوجیت مؤثر است مشروط به حلیت است در حالی که مطابق فرض، حلیت خود از مقتضیات زوجیت است. بنابراین حلیت آمیزش خود به تأثیر در حصول زوجیت موقوف است و تأثیر آن در حصول زوجیت موقوف به حلیت آن است (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۸۴).

آنگاه از این اشکال به سه صورت پاسخ می‌دهد که به گفته خود او وجه سوم درست‌تر و متین‌تر است. توضیح جواب اینکه: درست است که عمل وطی و آمیزش در زوجیت مؤثر است، زیرا انشای عقد ثبوتاً به وسیله فعل درست است، مقتضی برای چنین تأثیری اثباتاً نیز حاصل است لیکن سخن در باب مانعیت است و هیچ مانعی در کار نیست مگر مبغوضیت عمل وطی، لیکن آشکار است که عمل مبغوض وطی غیرمقارن با زوجیت است و مبغوضیت وطی مقارن با زوجیت عین مدعا است. خلاصه آنکه تأثیر عمل وطی در حصول نکاح تام‌الاقتضا است، لیکن مبغوضیت آن غیر تام‌الاقتضا است و نمی‌تواند مانعی محسوب شود.

سرانجام نتیجه می‌گیرد: هیچ مانع عقلی در مورد جریان معاطات در نکاح حاصل نیست، جز اینکه به حکم اجماع فقها معاطات در نکاح جاری نمی‌شود (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۸۴). ابوالقاسم خوئی نیز بر این باور است که هیچ آیه یا روایت یا اجماعی وارد نشده بر اینکه اراده نفسانی در عقود و ایقاعات باید با ابزار و ادوات مخصوصی ابراز شود. بنابراین می‌توان ملتزم شد به اینکه

معاملاتی که با ابزار فعلی انشاء می‌شود مشمول عمومات و اطلاعات دال بر صحت عقود و ایقاعات است (خویی بی‌تا ج ۲: ۱۹۲). به باور وی، قاعده اولیه مقتضی آن است که معاطات در همه عقود و ایقاعات جریان می‌یابد. چرا که عناوین عقود و ایقاعات صرفاً اعتبارات نفسانی هستند که با مبرزی فعلی یا قولی آشکار می‌شوند (خویی بی‌تا ج ۲: ۱۹۴). وی نیز معتقد است اگر شرط بودن لفظ در انشای عقد نکاح یا طلاق ثابت شود، در این صورت قاعده مذکور دچار تخصیص می‌شود (خویی بی‌تا ج ۲: ۱۹۴).

وی این مدعای نائینی را که برخی از عناوین معاملات چون وصیت و تدبیر و ضمان قابلیت انشاء به غیر گفتار را ندارند و هیچ فعلی مصداق عناوین مذکور نیست، پذیرفته و بر آن اینگونه ایراد وارد کرده که انتقال ذمه در باب ضمان امری است که در عالم اعتبار روی می‌دهد و اعتبار امری نفسانی و لفظ و فعل صرفاً ابزار آن است و هیچ مانعی وجود ندارد که در باب ضمان نیز مصداقی از فعل مبرز اعتبار نفسانی باشد. چرا که عنوان معاطات در هیچ دلیلی وارد نشده است تا اینکه تحقق آن در داد و ستد فعلی محصور باشد، بلکه اگر به مشروعیت معاملات معاطاتی ملتزم شده‌ایم از این رو بوده است که در ابراز اعتبار نفسانی فعل نیز قائم مقام لفظ است. بنابراین انشاء فعلی در داد و ستد خارجی محصور نیست بلکه مواردی چون اشاره را نیز در بر می‌گیرد، از این رو طلاق اخرس با اشاره مفهم درست انگاشته می‌شود (خویی بی‌تا ج ۲: ۱۹۳).

آیت الله خویی این بخش از مدعای نائینی را که نکاح معاطاتی با زنا و سفاح ملازم بلکه مصداق آن است، نیز به نقد کشیده است. وی گوید:

ایراد این سخن این است که اینکه فعل وطی و آمیزش ضد نکاح باشد از ناحیه آن است که شارع در عقد نکاح مبرز معینی چون لفظ را معتبر دانسته باشد، در حالی که بحث جاری با قطع نظر از این مسأله است. بنابراین زوجیت به خودی خود و با قطع نظر از اعتبار شرعی لفظ، قابلیت انشای فعلی را نیز دارد. افزون بر اینکه حتی اگر استدلال نائینی را بپذیریم، این به فعل معینی چون وطی اختصاص می‌یابد و شامل هر فعلی از قبیل اشاره و مانند آن نمی‌شود. نهایت امر اینکه در نگاه شارع زوجیت با انشای فعلی واقع نمی‌شود نه اینکه در نگاه عرف و عقلا فعل مصداق تزویج عرفی نباشد (خویی بی‌تا ج ۲: ۱۹۲).

امام خمینی نیز مقتضای قاعده را این یافته است که معاطات در هر عقد و ایقاعی که انشاء آن با فعل ممکن باشد جریان می‌یابد. چرا که فعل نیز به مانند قول ابزار ایجاد و ایقاع امر اعتباری است. در این صورت، اعتبار انشاء شده مصداقی از عناوین عامه و خاصه عقود و ایقاعات است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۶۷). البته ایشان احتمال می‌دهد که در مواردی از عقود چون وصیت، انشای فعلی امکان‌پذیر نباشد و این موارد از محل بحث خارج باشد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۶۷).

امام خمینی مدعای نائینی را در مورد نکاح فعلی با عبارت «و هو کما تری» رد می‌کند و چنین گوید: به حکم ضرورت زنا در تلقی عرفی چیزی غیر از نکاح قولی و فعلی است. به طور مثال، هرگاه زوجین به قصد ازدواج گفتگوهای انجام دهند و آنگاه زن به همراه اثاثیه خود وارد منزل مرد شود و مرد نیز او را در خانه خود جایی بخشد، زوجیت معاطاتی تحقق می‌یابد و همه احکام و آثار ناشی از نکاح صحیح بر آن مترتب می‌شود. بلی، اگر آن دو صرفاً با عمل و طی و آمیزش قصد حصول نکاح داشته باشند، گرچه چنین عملی حرام است لیکن مانعی نیست از اینکه امر ازدواج بر آن ترتب یابد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۶۸ - ۲۶۷).

امام خمینی در ادامه دیدگاه خود به نکته مهمی اشاره می‌کند: اینکه معاطات بنابر قاعده اولیه در مطلق معاملات جریان می‌یابد، مقصود از آن هر فعل یا اشاره و مانند آن نیست بلکه مراد اسباب عقلایی است. بنابراین در مواردی چون وصیت به عتق پس از مرگ، گرچه تفهیم آن با اشاره و مانند آن امکان‌پذیر است، لیکن چنین فعلی جزء اسباب عقلایی محسوب نمی‌شود، همان طور که عمل و طی نیز جزء اسباب عرفی و عقلایی ازدواج محسوب نمی‌شود (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۶۸). امام خمینی جریان معاطات در طلاق را نیز مغایر ادله شرعی، بلکه حتی انشای فعلی نکاح را نیز مغایر ارتکاز متشرعه و تسالم اصحاب یافته است و بر آن شده که در مورد عدم جریان معاملات در نکاح و طلاق اختلافی بین فقها نیست (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۶۹). بنابراین گرچه مطابق نظر امام خمینی انشای فعلی عقود و ایقاعات بنابر قاعده درست است، لیکن این مسأله مشروط است به کارگیری اسباب عرفی و عقلایی و نبود دلیل شرعی خلاف آن.

شهید مصطفی خمینی نیز جریان معاملات در همه عقود و ایقاعات را بنابر قاعده پذیرفته و بر آن شده است که همه اقسام لفظ و فعل این امکان را دارند که وسیله انشای عقد واقع شوند، چرا که انشای عقد دایر مدار طریق عقلایی است و طرق عقلایی نیز اعم از لفظ و فعل است، بلکه حتی صلاحیت فعل در انشای معامله بیش از قول است (خمینی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۳۴). ایشان دو دسته از عقود و

ایقاعات را از این قاعده استثنا کرده است: دسته نخست، عقود و ایقاعاتی است که انشای فعلی آنها امکان‌پذیر نیست. این موارد از اصل و قاعده مذکور موضوعاً خارجند، چرا که بحث در صحت و لزوم معاطات فرع بر امکان آن است و از این قبیل است مواردی که روش فعلی در آن غیرمتعارف است. به این معنی که بنای عقلا در آنها بر قول قائم شده است. به طور مثال، اگر کسی اراده کند خانه خود را به عنوان مسجد وقف کند، گرچه عملاً می‌تواند در بها را بگشاید و اثاث شخصی را تخلیه کند، لیکن چنین اقدامی غیرمتعارف است. در حالی که احداث ساختمان مسجد به همین عنوان یک فعل متعارف محسوب می‌شود (خمینی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۳۵). دسته دوم عقود و ایقاعاتی است که شارع در سبب آن تصرف و الفاظ مخصوصی را برای اعتبار بخشیدن به آن قرار داده است، به طوری که انشای این عناوین جز با این الفاظ انجام نمی‌شود.

ایشان برخلاف والد خود غیرمتعارف بودن فعل در مواردی چون نکاح و طلاق و مانند آن دو را نپذیرفته است. به طور مثال، مهیا شدن زن همراه با اعطای مهر از سوی مرد را موضوع اعتبار عرفی نکاح دانسته است (خمینی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۳۶-۱۳۵).

تحلیل و نقد آراء

با تحلیل دیدگاه‌های فقیهان، به چند نکته اساسی می‌توان دست یافت:

نخست اینکه، مطابق دیدگاه فقیهان معاصر، جریان معاطات در عقود و ایقاعات امری استثنائی نیست که در هر مورد نیازمند دلیل باشد یا اختصاص به بیع داشته باشد، بلکه موافق اصل و قاعده اولیه است. طبق این اصل، عناوین معاملات، امور اعتباری هستند و قول و فعل ابزار ایجاد آن. معامله‌ای که به روش فعلی انشاء شود، مصداق حقیقی عنوان عقد است. قول و فعل نقشی بیش از وسیله کشف اراده باطنی طرفین در انجام معامله دارا نیست. بیع و اجاره و رهن و مضاربه و هبه معاطاتی، مصداق حقیقی این عناوین معاملاتی و مشمول ادله عام صحت و نفوذ عقود و ادله خاص هر باب هستند.

دوم اینکه، همان طور که مطابق با قاعده اولیه نقش عرف در تعمیم روشها و ابزار انشای عقود و ایقاعات از قول به فعل تثبیت گردید، توجه به این نکته نیز ضروری است که بنای عرف و عقلا در به رسمیت شناختن ابزارها و ساز و کارهای انشای فعلی معاملات، نقش و اثر تعیین کننده دارد. با هر گونه فعلی، گرچه جزء اسباب عرفی و عقلایی محسوب نشود نمی‌توان به انشای عقد یا

ایقاعی مبادرت ورزید. البته این را نیز نباید از نظر دور داشت که مقصود از عرفی و عقلایی بودن سبب، متعارف و متداول بودن آن نیست بلکه مقصود آن است که بر پایه نیاز معقول استوار شود و موضوع برای ارتکاز عقلایی واقع شود.

سوم اینکه، اصل و قاعده اولیه در چند مورد دچار محدودیت می‌شود: (۱) جایی که انشای فعلی معامله‌ای امکان‌پذیر نباشد و لفظ تنها ابزار بیانگر اراده انشائی به شمار آید. (۲) جایی که فعل، ابزار شناخته شده و معمول نزد عرف و یا موضوع ارتکاز عقلایی نباشد. (۳) موردی که شرع در روشها و ابزار انشاء تصرف کرده و بر به کارگیری لفظ و صیغه مخصوص در انشاء امر اعتباری تأکید ورزیده باشد.

اینکه در کلام فقیهان از ناکافی بودن فعل و ضرورت به کارگیری لفظ در مواردی چون ضمان، برخی از اقسام وصیت و نکاح و طلاق و مانند آن، سخن به میان آمده بود در چهارچوب محدودیتهای فوق قابل تحلیل است. گرچه مدعای مرحوم نائینی در مورد استثنای نخست توسط فقیهان بعدی به نقد کشیده شد. در مورد بنای شرع در ایجاد محدودیت در برخی از موارد نیز شاید بتوان اینگونه دخالت‌های شارع را در راستای رفتارها یا ارتکازات عقلایی تحلیل کرد.

چهارم اینکه، مدعای نائینی در مورد نکاح معاطاتی که آن را ملازم یا مصداق واقعی زنا و سفاح دانسته بود، توسط فقیهان پس از او به چالش کشیده شد. آن طور که از گفته‌های دقیق آنان برآمد، نکاح معاطاتی نیز همچون سایر موارد طبق قاعده و اصل اولیه، مصداق نکاح حقیقی است. جز اینکه باید گفت: سیره عقلای عالم از بدو ظهور جوامع متمدن همواره بر احتیاط ورزی و به کارگیری تشریفات لفظی در مورد آن قائم شده است و شاید بتوان از ارتکاز متشرعه و تسالم اصحاب در ضرورت به کارگیری صیغه نکاح، در این راستا رازگشایی کرد. این نکته در مورد طلاق نیز قابل طرح است.

صورتها و اشکال معاطات

مستفاد از مفهوم لغوی معاطات همان داد و ستد طرفینی است، لیکن صور و حالات دیگری از معاملات فعلی در کار است و سؤال این است که آیا معاطات در این صورتها نیز موضوعاً یا حکماً جاری است یا خیر؟ به طور مثال، آیا بر معامله‌ای که اعطا از یک طرف و اخذ از سوی طرف مقابل انجام شود، بدون آنکه طرف دیگر متقابلاً در مقام معطی قرار گیرد — آن طور که در بیع

نسیه و سلم مطرح است - نیز معاطات صدق می‌کند؟ یا در موردی ایصال ثمن و اخذ مثنی به نحوی انجام می‌شود، که عامل انسانی در آن دخیل نیست و دادوستد فیزیکی صورت نمی‌گیرد، آیا چنین کنشی را نیز می‌توان در راستای معاطات تحلیل کرد؟ (ر.ک. به: خمینی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۲۴ - ۱۲۳) فقها همه موارد فوق را در شمول حکمی معاطات قرار داده‌اند. به باور آنان ملاک مسأله شمول دلیل است نه صدق عنوان معاطات چرا که عنوان معاطات در هیچ آیه یا روایتی وارد نشده و اجماعی درباره آن منعقد نشده است تا اینکه تحفظ بر عنوان لازم باشد یا به قدر متیقن از آن بسنده شود، بلکه محور بحث این است که معامله همان طور که با انشای لفظی واقع می‌شود با انشای فعلی نیز تحقق می‌یابد. طبق مبنای پیش گفته، ملاک مسأله صدق عرفی عنوان معامله است با هر فعل و اقدامی که قابلیت ابراز قصد باطنی فرد در ایجاد امر اعتباری را داشته باشد، حتی اگر مفهوم معاطات بر آن صدق نکند (ر.ک. به: خویی بی تا ج ۷: ۱۹۹ - ۱۹۷؛ یزدی بی تا ج ۱: ۷۷؛ آخوند خراسانی ۱۴۰۶: ۱۷). با این دیدگاه گشایش مطلوبی در عرصه معاملات نوین پدید می‌آید و صحت معاملاتی که با به کارگیری ماشین و بدون دخالت مستقیم انسان واقع می‌شود و همه مصادیق تجارت الکترونیک، معاملات از راه دور، نقل و انتقال اسناد مالی به کمک خودپردازها و تجارت در شبکه جهانی اینترنت به خوبی توجیه می‌شود.

تحول آرای فقیهان در باب انشای عقد به وسیله کتابت و اشاره

کتابت و اشاره را باید از دیگر ابزار انشای عقد دانست که در منابع فقهی کهن و جدید، دو رویکرد متفاوت درباره آن دو پدید آمده است. لفظ گرایی شدید فقیهان پیشین موجب شد به این دو مقوله نیز خوش نشان ندهند و آن دو را سایه نشین لفظ و سخن کنند. در آثار فقهی علامه حلی و بسیاری از فقیهان قبل و بعد از وی، عبارات فراوانی از این دست به چشم می‌خورد که کتابت و اشاره در صورت توانایی سخن گفتن کفایت نمی‌کند و فقط در مورد اخرس و مانند او کفایت می‌کند.^۱ این قبیل گفته‌ها را در ابواب گوناگون عقود اعم از بیع و نکاح و طلاق و ضمان

۱. «و لا یکنی الاشارة و لا الكتابة مع القدرة ... و یجزی الأخرس و شبهه الاشارة»، (علامه حلی بی تا ج ۱: ۱۶۴) «و یشرط امور: ... الثالث، النطق، فلا تکتفی الاشارة إلا مع العجز» (علامه حلی بی تا ج ۱۰: ۹؛ ج ۱۳: ۱۹؛ ج ۱۴۱۳: ۲: ۱۵۵، ج ۲: ۴۵۵، ج ۳: ۱؛ شهید اول ۱۴۱۷ ج ۳: ۹۲؛ شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۵۵).

و عتق و رهن و مانند آن می‌توان دید. طبق نگرش این فقیهان، اشاره و کتابت نه به عنوان سببی مستقل، بلکه سببی در طول لفظ محسوب می‌شوند. چنانچه در عبارت **جواهر**، اشاره به عنوان قائم مقام لفظ و در حالت عذر از به کارگیری لفظ موجه شمرده شده است.^۱

رویکرد مذکور در بین فقیهان دوره‌های اخیر دچار دگرگونی شد. محقق اردبیلی و نراقی از نخستین فقیهانی بودند که نگرش متفاوتی به مسأله یافتند، فقیه نخست پس از اینکه به این نکته اشاره کرد که کتابت و اشاره در صورتی که احتمال برود حاکی از قصد و رضا نیستند کفایت نمی‌کنند، آن دو را همچون لفظ می‌داند و معتقد است در این باره، هیچ فرقی بین الفاظ و اشارات و نوشته‌ها نیست. هر کدام دلالت لازم داشته باشند کفایت می‌کند و چون دلالت نداشته باشند کفایت نمی‌کند (محقق اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۹: ۱۳۳ - ۱۳۲). از این گفته فقیه مذکور می‌توان نتیجه گرفت که در نگاه وی تأثیر ابزارهای متفاوت اعم از قول و نوشته و اشاره در گرو دلالت آنها بر قصد و رضای طرفین است. بنابراین هیچ کدام ارزش استقلالی ندارند و بعضی جانشین بعضی دیگر نیستند.

نراقی نیز بر این باور بود که هرگاه اشاره و کتابت به طور قطع دلالت بر عقد بیع داشته باشد کفایت می‌کند، خواه سخن گفتن امکان پذیر باشد یا نباشد.^۲ دیدگاه این فقیه بر این پایه استوار بود که: اولاً، مفاهیم بیع و شراء، مفاهیم واضح عرفی هستند که در بازارهای اهل شرع و غیر اهل شرع متداولند. ثانیاً، در نگاه عرف گر چه وجود فعل یا لفظی که دلالت بر مبادله مال کند لازم است، لیکن تحقق بیع عرفی در گرو لفظ و صیغه مخصوص نیست. ثالثاً، نه تنها دلالت بر مبادله مال در بیع وابسته به لفظ مخصوص نیست، بلکه به مطلق لفظ نیز وابسته نیست. رابعاً، پس از آنکه مفهوم عرفی بیع و ابزار تحقق آن معلوم شد به کمک اصل عدم نقل، مفهوم شرعی آن نیز معلوم می‌شود و موضوع عمومات حلیت بیع قرار می‌گیرد (نراقی ۱۴۱۵ ج ۱۴: ۲۵۱ - ۲۴۸).

۱. «و يقوم مقام اللفظ الإشارة مع العذر ولا تكفي مع القدرة» (نجفی بی‌تا ج ۲۲: ۲۵۱، ج ۳۴: ۹۹).

۲. «قد ظهر مما ذكرنا انه تكفي الإشارة المفهمة للنقل بعنوان البيع اذا أفادت القطع وكذا الكتابة سواء تيسر التكلم أو تعذر» (نراقی ۱۴۱۵ ج ۱۴: ۲۵۸).

این نگرش مرحوم نراقی را شاید بتوان به عنوان یکی از گامهای نخست در تثبیت نهاد عرفی بیع و ابزارهای عرفی آن تحلیل کرد. برای اینکه زمینه مناسب برای تحلیل مقایسه‌ای دیدگاههای پیشینیان و معاصران فراهم آید بحث را به تفکیک در مورد کتابت و اشاره دنبال می‌کنیم.

الف) تحلیل آرای فقهی در باب کتابت

از گفته‌های قبلی معلوم شد که مشهور فقیهان به کتابت با دیده تردید می‌نگریستند و آن را فقط به صورت عجز از سخن گفتن اختصاص داده بودند. بسیاری از آنان کتابت را در ذیل اشاره تحلیل می‌کردند و دلالت آن را به همراه اشاره می‌پذیرفتند. آنان تصریح می‌کردند کتابت بدون اشاره کفایت نمی‌کند (علامه حلی بی تا ج ۱۳: ۹۰؛ ۱۴۱۳ ج ۲: ۴۵۵) مگر آنکه اشاره متعذر باشد (کاشف الغطاء بی تا ج ۴: ۲۴۴). البته فقیهانی نیز حضور داشتند که کتابت را در عرض اشاره یا مقدم بر آن تحلیل می‌کردند. در رویکرد مشهور فقیهان در مورد عدم اعتبار کتابت از جمله استدلال شده بود به اینکه:

۱- حقیقت عقد همان ایجاب و قبول لفظی است، همچنان که بر معاطات عنوان عقد صدق نمی‌کند بر عقدی که با کتابت انشاء شود نیز عنوان عقد صدق نمی‌کند. در نتیجه، مشمول ادله وجوب وفای به عقد قرار نمی‌گیرند (نجفی بی تا ج ۲۲: ۲۱۸).

۲- اسباب شرعی امور توقیفی هستند که بایستی از شرع گرفته شوند و چون جواز انشای معامله به وسیله کتابت ثابت نیست لاجرم باید به عدم آن حکم کرد (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۱۰: ۲۰).

۳- کتابت به تنهایی دلالت بر مقصود نمی‌کند چون در آن عدم جدیت راه می‌یابد یا احتمال می‌رود که غیر از انشای عقد چیز دیگری اراده شود و این فراگیرترین دلیلی بود که در عبارات علامه حلی و پس از او تکرار شده بود (علامه حلی بی تا ج ۱۰: ۹؛ ۱۴۱۳ ج ۲: ۱۵۵؛ محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۵: ۳۰۹؛ شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۵۵). بعضی نیز می‌گفتند: کتابت از افاده مقاصد باطنی قاصر است (مکارم شیرازی ۱۴۲۲: ۱۰۹ به نقل از مصابیح).

این نگرش فقهی نیز در مدار زمان دچار دگرگونی شد و به ویژه در دوران حاضر، فقیهان به موازات گسترش فرایندهای قانون گذاری در کشورهای اسلامی اهتمام مضاعفی به امر نوشته و اسناد مکتوب ورزیدند و آن را با ملفوظ یکسان یافتند. حتی بر آن شدند که انشای معامله به روش

کتابت از دقت و ظهور بیشتری نسبت به انشای لفظی برخوردار است. بنابراین مقایسه آن با اشاره اخرس یا فرو کاستن شأن کتابت نسبت به انشای اخرس فاقد دلیل است (مکارم شیرازی ۱۴۲۲: ۱۱۷). دلایل مشهور نزد معاصران اینگونه پاسخ داده شد: اولاً، حقیقت عقد، ایجاب و قبول نیست. الفاظ ابزار انشاء و سبب تحقق آنند (مکارم شیرازی ۱۴۲۲: ۱۱۵). ثانیاً، اسباب انشای عقد امور شرعی و توقیفی نیستند، بلکه عرفی‌اند. شارع اسلام در این باره بنا بر تأسیس نداشته و درصدد امضا بوده است. عمومات «أوفوا بالعقود» معاملات عرفی و عقلایی را مورد امضا قرار داده است.

امام خمینی در کتاب *البیع* پس از فراغت از بحث بیع معاطاتی، ظاهراً بر آن می‌شود که بیع عرفی و عقلایی در عقد لفظی و معاملاتی منحصر نیست، بلکه با هر وسیله‌ای که حقیقت بیع را آشکار کند، از قبیل کتابت و اشاره، واقع می‌شود. زیرا حقیقت بیع همان مبادله دو مال یا تملیک عین در برابر عوض است. بنابراین اشاره مفهم و کتابت و جز آن دو ابزار انشای امر اعتباری هستند. هیچ لفظ یا فعل مخصوصی در این باره ویژگی خاصی ندارد بلکه همه مُبرزات، وسیله انشاء، در عرض یکدیگر و سبب مستقلاً در ایقاع معامله هستند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۰۲). ثالثاً، هرگاه الفاظ مکتوب در افاده مقصود از صراحت یا ظهور کافی برخوردار باشند هیچ قصوری در آنها نیست. در جای خود اثبات شده است که حجیت ظواهر الفاظ مسموع و مکتوب را در برمی‌گیرد. حتی می‌توان ادعا کرد الفاظ مکتوب از ظهور و صراحت بیشتری نسبت به مسموع برخوردارند. بنابراین با وجود قرائنی که دلالت بر مقصود یابد احتمال عبث و عدم جدیت درباره کتابت منتفی می‌شود. افزون بر اینکه می‌توان ادعا کرد این احتمال در باب الفاظ مسموع نیز قائم است که با وجود قرائن منتفی می‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۲۲: ۱۱۵).

به هر حال، روح این نگرش فقهی جدید را باید در این مسأله یافت که موضوعات معاملات به دست عرف سپرده شده و نقش شارع صرفاً بیان حکم است. بنابراین هرگاه عقدی نزد عقلاً اعتبار کافی یابد حکم شارع مقدس در وجوب وفای به عقد بر آن مترتب می‌شود. هرچند از عقود نوپیدایی باشد که در ازمنه گذشته نشانی از آن وجود نداشته است. این سخن درباره سببهای انشای عقد نیز مطرح است. هر آنچه سبب عقلایی محسوب شود، نزد شارع نیز اعتبار می‌یابد. خلاصه آنکه مسأله انشای عقد نزد عقلاً امری پر دامنه است. گاه با سبب لفظی انجام می‌شود گاه همچون معاطات با سبب فعلی و گاه با کتابت. باید توجه داشت این سببها می‌تواند با مرور زمان دچار

دگرگونی شود. ابزاری که در گذشته از اهمیت و اعتبار لازم برخوردار نبوده، امروزه این اهمیت را به دست آورده است (مکارم شیرازی ۱۴۲۲: ۱۰۸).

ب) تحلیل آرای فقهی در باب اشاره

پیش‌تر مطرح شد که بنا بر نگرش مشهور فقیهان، اشاره به عنوان جانشین صیغه لفظی در مورد اشخاصی که قدرت بر گویایی ندارند، همچون اخرس، اعتبار می‌یابد و قدر متیقن از اجماع و نصوصی که درباره ضرورت به کارگیری لفظ وارد شده است صورتی است که شخص قدرت بر سخن گفتن دارد (انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۱۱۷؛ یزدی بی‌تا ج ۱: ۸۵) لیکن فقیهان معاصر در رویکرد جدید خود حقیقت عقد را همان اعتبار نفسانی یافته‌اند که با مبرز و کاشف خارجی بروز می‌کند و ابراز این امر اعتباری به وسیله اشاره‌ای که حاکی از مراد است به حمل شایع مصداق عقد و در نتیجه مشمول عمومات صحت و نفوذ عقد است (خویی بی‌تا ج ۳: ۱۳).

پرسشی برای صاحبان هر دو دیدگاه پیش آمده است و آن اینکه در صورتی که اشاره و کتابت هر دو از ابزارهای ابراز امر اعتباری باشند آیا شخص بین یکی از آن دو مخیر است یا یکی از آن دو بر دیگری مقدم است؟

اغلب فقیهان پیشین برای اشاره اعتباری افزون‌تر از کتابت قائل شده بودند. به طوری که کتابت را به همراه اشاره پذیرفته بودند (علامه حلی بی‌تا ج ۳: ۹۰؛ ۱۴۱۳ ج ۲: ۴۵۵؛ کاشف‌الغطاء بی‌تا ج ۴: ۲۲۴). دلیل این گروه این بود که اشاره در انشای عقد از صراحت بیشتری نسبت به کتابت برخوردار است (انصاری ۱۴۱۵ ج ۳: ۱۱۸) و اینکه در کتابت بدون اشاره عبث راه می‌یابد (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۵۵). برخی از فقیهان نیز به عکس کتابت را بر اشاره ترجیح می‌دادند. نخستین بار ابن ادریس حلی بر این باور شد که کسی که توانایی سخن گفتن ندارد، در صورتی که آشنای به نوشتن است، طلاق را به دست خود بنگارد و اگر نتواند این کار را نیکو انجام دهد به آن اشاره کند (ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۶۷۸). صاحب حدائق نیز از آن دسته فقیهانی بود که دلالت کتابت را قوی‌تر از اشاره یافته بود (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲: ۲۱۶).

در میان فقیهان معاصر، محقق اصفهانی ملاک در سنجش آن دو را قوت دلالت و کشف از معنای مقصود می‌داند و بر آن بود که کتابت از اشاره مضبوط‌تر است، چون کتابت در صراحت و ظهور تابع لفظ است و کمتر از اشاره نیست. ولی سرانجام بر این باور گشت که چون اشاره مفهوم

به مثابه عهد مؤکد از سوی آخرس محسوب می‌شود، اصرح بودن کتابت موجب نمی‌شود که بر اشاره برتری یابد و هر آنچه نشانه عهد مؤکد و تحقق دهنده حقیقت عقد است در این باره کفایت می‌کند (اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۱: ۲۵۷-۲۵۶).

آیت الله خویی نیز وجوهی را که دو طرف قضیه بدان تمسک کرده بودند، استحسانی و در استنباط حکم شرعی غیرقابل استناد می‌پنداشت و بر آن بود که حتی اگر اصرح یا اضبط بودن یکی از آن را بپذیریم باز دلیلی بر برتری یکی بر دیگری در دست نیست (خویی بی‌تا ج ۳: ۱۴). طبق مبنای این فقیه هر چه صلاحیت ابراز اعتبار نفسانی را داشته باشد کفایت می‌کند مگر آن که در موردی دلیل خاص در دست باشد. چنانچه از بعضی روایات وارد در باب طلاق آخرس استفاده می‌شود که کتابت مقدم بر اشاره است^۱ (خویی بی‌تا ج ۳: ۱۵).

تحلیل دیدگاه امام خمینی

امام خمینی از جمله فقیهان معاصر است که در تحلیل این مسأله موشکافیهای منحصر به فردی انجام داده است. آشنایی با ابعاد نگرش ایشان بسیار فایده‌مند است. امام در مرحله نخست، به ظاهر، بر آن می‌شود که عقد بیع نزد عرف و عقلا در عقد لفظی و معاطاتی منحصر نیست بلکه بیع عقلایی با هر مظهری از قبیل کتابت و اشاره و جز آن دو نیز واقع می‌شود. طبق این مدعا که حقیقت بیع جز مبادله دو مال یا تملیک عین در برابر عوض نیست. بنابراین اشاره مُفهم، کتابت و جز آن دو ابزار و ادواتی برای انشای معنی اعتباری هستند و هیچ لفظ یا فعل مخصوصی در این باره ویژگی خاصی ندارد. اشاره و دیگر مُبرزات، ابزار انشاء در عرض یکدیگر و در ایقاع معامله سبب مستقلند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۰۲).

ایشان در مرحله دوم به طرح اشکالی می‌پردازد که بنابر آن، گرچه ماهیت بیع همان مبادله مال است، لیکن این کار با اسباب عقلایی تحقق می‌یابد. مُبرزاتی چون اشاره از این قبیل نیستند و موجد طبیعت بیع واقع نمی‌شوند. همان طور که اگر به طور مثال متعاملین با یکدیگر توافق کنند که عطسه یکی، نشانه ایجاب و به هم زدن دو دست دیگری نشانه قبول باشد، با این کار هرگز بیع واقع نمی‌شود، چرا که چنین رفتاری، جزء اسباب عقلایی محسوب نمی‌شود. بنابراین اگر اشاره را

۱. روایت مورد نظر را بنگرید در: (حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۱۵: ۳۰۰ ح ۱).

سببی عقلایی در عرض سایر اسباب ندانیم، ناگزیر بایستی ملتزم شویم که عجز از نطق شرط در سببیت آن است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۰۳).

امام خمینی، در مرحله سوم، بر این باور است که آنچه در باب معامله اخرس متعارف است معامله وی به صورت معاملاتی و اشارات پیش از انشای عقد است که جایگزین گفتگوهای مقدماتی برای تعیین میع و قیمت می‌شود. این امر مسلم نیست که اشاره وی در مقام انشای معامله باشد، به طوری که اخرس از دیگر عقلا که معامله معاطاتی انجام می‌دهند استثنا شود بلکه خلاف آن مسلم است. به این معنا که بیع وی به روش اشاره در مقام اجرای صیغه امری فراگیر نیست. خلاصه اینکه امام این ادعا را نمی‌پسندد که اشاره اخرس سبب عقلایی محسوب شود، در حالی که اشاره دیگران چنین نیست (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۰۴).

سرانجام به باور ایشان همان طور که اشاره غیر اخرس جانشین لفظ نیست، اشاره اخرس نیز چنین نیست. اشاره از سوی هر کس باشد به طور ابتدایی ابزار انشای عقد است نه اینکه جایگزین لفظ باشد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۰۵ - ۳۰۴). لیکن از گفته‌های پیشین ایشان برآمد که اشاره اساساً به عنوان یک سبب عقلایی متعارف محسوب نمی‌شود.

در جای دیگر، به قلم یکی از مقرران ایشان چنین آمده است: چنانچه بر آن شویم در معاملات عقلاییه ضروری است طریقه عقلا در خصوص مسببات پیروی شود، یعنی در تشخیص حقیقت بیع به ایشان نظر شود، ممکن است اسباب حصول ملکیت در بیع را به نظر متعاملین موکول کنیم. در این صورت بیع با هر سببی اعم از لفظ و فعل و اشاره یا کتابت حاصل می‌شود حتی اگر سبب مجعولی باشد که طرفین بر آن توافق کرده باشند. بنابراین اشاره به عنوان یکی از اسباب در عرض دیگر موارد شمرده می‌شود و اگر بر آن شویم که پیروی از عقلا در مورد اسباب انشای معامله نیز لازم است، در این صورت باید دانست که با وجود قدرت بر لفظ یا فعل، بیع به طریق اشاره حتی نسبت به اخرس نیز متعارف نیست، چرا که معاملات وی یا معاطاتی صورت می‌گیرد یا به طریق توکیل (امام خمینی بی تا: ۱۹۶ - ۱۹۵).

از نظر امام خمینی مبنای نخست، پذیرفتنی نیست. چرا که آنچه موضوع دلیل امضای شارع است، همان چیزی است که عرف آن را عقد و بیع می‌شمارد و ظاهر آن است که بیع عرفی در همه اسواق با اسباب متعارف حاصل می‌شود که شامل لفظ و فعل است. چیز دیگری جز این دو متعارف نیست و نمی‌توان مسأله را به نظر متعاملین موکول کرد (امام خمینی بی تا: ۱۹۶). گرچه

سرانجام با بررسی روایات طلاق اخرس نتیجه گرفته است که بر پایه مناسبت عرفی در این روایات اشاره قائم مقام لفظ شده است یعنی سرّ اینکه می‌توان به اشاره بسنده کرد عجز از تلفظ است. بنابراین اشاره در صورت عجز از گفتن جانشین لفظ است (امام خمینی بی‌تا: ۱۹۷).

در این گفته‌ها مهم‌ترین نکته‌ای که مورد تأکید واقع شده این است که ملاک در سببیت انشای معهود و متعارف بودن آن است. به این باور امام خمینی می‌توان به دیده تردید نگریست، درست تر آن است که گفته شود ملاک در مسأله نیاز معقول است چنانچه به گفته شهید مصطفی خمینی، تکیه بر جمیع مُبرزات به هنگام نیاز صحیح است. بلی یا نبود غرضی معقول هر رفتار غیرمتعارفی در مقام انشای عقد، عرفاً شوخی و مزاح محسوب می‌شود و در این صورت وقوع عقد با اشاره و غیر آن دچار اشکال می‌گردد (خمینی ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۷۸). طبق این دیدگاه هر سببی که بر پایه نیاز معقول مطرح شود خود موضوع ارتکاز عقلایی است و ضروری نیست در عرصه واقع به طور فراگیر معمول واقع شده باشد. بنابراین مواردی چون اشاره می‌تواند بر پایه نیازی معقول نه تنها برای اخرس بلکه برای غیراخرس نیز در شرایطی چون بیم و اکراه و تقیه سبب برای انشای عقد واقع شود. علاوه بر آن طبیعت پاره‌ای از معاملات همچون حراجها و مزایده‌ها که بر پایه رقابت مشتریان بنا شده است نیز اقتضا می‌کند که اشاره به عنوان روش فراگیری برای کشف از مقاصد طرفهای معامله به کار گرفته شود. در همه موارد یاد شده، اشاره به عنوان روشی متعارف و بر پایه نیاز معقول نقش انکارناپذیری در انشای معامله را داراست.

سخن آخر

هدف راقم این سطور صرفاً این نبود که بر سر یک یا چند گزاره فقهی به داوری نشیند و با مقارنه و سنجش آراء، رأی و سخن صواب را برگزیند، بلکه این بود که دگرگونی آرای فقهی در چند مسأله کلان را از گذشته تاریخ تا کنون به نظاره نشیند. اگر این نگرش در دیگر عرصه‌های حقوقی فقه امتداد یابد دستاورد ملحوظی در باب شناسایی رویکردهای فقهی متفاوت در ادوار گوناگون و عناصر ویژه مندرج در این رویکردها به بار خواهد آورد. در پی آن می‌توان منهجی قویم به سوی تکمیل و اصلاح اندیشه فقهی و روز آمد کردن آن گشود و نقش کارساز عرف و سیره را در تثبیت پایه‌های اندیشه حقوقی اسلام به دور از هر گونه تندروی و کندروی نهادینه کرد. در این بین دیدگاههای روشن فقیهان تیزبین و جسوری چون امام خمینی که تحول خواهی و پایبندی به

معیارهای اجتهاد سنتی را یکجا در اندیشه خود گرد آورده‌اند در برافراشتن بنای شامخ نظام حقوقی اسلام هماهنگ با نیازمندیهای دوران جلوه گر می‌شود.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۶) *حاشیه المکاسب*، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ابن ادریس، محمد. (۱۴۱۰) *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷) *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق.
- اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸) *حاشیه المکاسب*، قم: مطبعة العلمية.
- _____ . (۱۳۷۴) *نهاية الدراية فی شرح الکفاية*، قم: انتشارات سید الشهداء.
- امام خمینی، سیدروح الله. (بی تا) *کتاب البیع* (تقریرات حسن قدیری)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- _____ . (۱۳۷۹) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (چاپ و نشر عروج)، چاپ اول.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵) *المکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳) *بلغة الفقه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵) *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹) *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم: مؤسسه آل البيت.
- خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویی، ابو القاسم. (بی تا) *مصباح الفقاهة* (تقریرات محمد علی توحیدی)، بی جا، بی نا.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۷) *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳) *مسالك الافهام فی تنقیح سرائح الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- _____ . (۱۴۱۰) *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: کتابفروشی داوری.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷) *الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- _____ . (۱۳۸۷) *المبسوط فی فقه الامامیة*، قم: المکتبة المرتضویة لاحیاء الاثار الجعفریة.
- صدر، محمد باقر. (۱۴۱۷) *بحوث فی علم الاصول*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- عاملی، جواد بن محمد. (بی تا) *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة*، بی جا، بی نا.

- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰) *ارشاد الاذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۱۴۱۳) *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۱۴۱۳) *مختلف الشیعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (بی تا) *تحریر الاحکام*، چاپ قدیم، بی جا، بی نا.
- (بی تا) *تذکرة الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت.
- (بی تا) *تذکرة الفقهاء*، چاپ قدیم، بی جا، بی نا.
- (بی تا) *نهاية الاحکام فی معرفة الاحکام*، بی جا، بی نا.
- فیض کاشانی، ملا محسن. (بی تا) *مفاتیح الشرایع*، بی نا، بی جا.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. (بی تا) *کشف الغطاء عن مبهات الشریعة الغراء*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳) *مجمع الفائدة و البرهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴) *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت.
- مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳) *المقنعة*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲) *بحوث هامة*، قم: مدرسه الامام امیر المؤمنین.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۱۹) *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی.
- نائینی، محمد حسین. (۱۳۷۳ق) *منية الطالب* (تقریرات موسی نجفی خوانساری)، تهران: کتابخانه محمدی.
- نجفی، محمد حسن. (بی تا) *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵) *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم: مؤسسه آل البيت.
- یزدی، محمد کاظم. (بی تا) *حاشیة المکاسب*، بی جا، بی نا.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.