

بیع و خيارات؛ سير مباني تا آثار

دوره اول: بیع

بر مباني فقه استدلالی

به همت:

انجمن علمی حقوق

استاد: دکتر رضا مقصودی

استخراج متن: ملیکا کریمی

ویراستار: علی حمزه‌ای

جلسه اول

مبادی و مبانی دوره

در این جلسه می‌کوشیم مباحث را به «مبادی و مبانی» اختصاص دهیم؛ یعنی مطالبی که آگاهی از آن‌ها برای ورود به مباحث اصلی دوره ضروری است و به‌منزله پیش‌نیاز فهم درست و جامع مطالبی خواهد بود که در ادامه ارائه می‌شود.

اگر بتوانیم در این جلسه، مقدمات شش‌گانه لازم برای ورود به مباحث بعدی را تبیین کنیم، تصویری کلی از روند، ساختار و محتوای مباحث دوره به دست خواهد آمد و زمینه لازم برای فهم مباحث آتی فراهم خواهد شد. مقدمه اول: اهمیت و جایگاه مسئله

تفکر و تعمق در فقه استدلالی، برای فهم درست و اصولی قانون مدنی، دست‌کم از دو جهت اهمیت دارد: از جهت منبع و سرچشمه و از جهت مبنا و چرایی.

در این جا میان «منبع» و «مبنا» باید تفکیک کرد: منبع ناظر به «کجایی» و سرچشمه یک قاعده یا حکم است و مبنا ناظر به «چرایی» آن.

مقدمه اول: فقه به‌عنوان منبع و مبناي قانون مدنی

۱. از حیث منبع و سرچشمه

از حیث منبع و سرچشمه، مطالعه سير مباحث فقهی، ریشه و خاستگاه بسیاری از مواد قانون مدنی را آشکار می‌کند و از این طریق، فهم و تفسیر دقیق آن‌ها را آسان‌تر می‌سازد. همان‌گونه که در تفسیر صحیح مواد قانونی و کشف مراد قانون‌گذار، مراجعه به مشروح مذاکرات نمایندگان در زمان طرح و تصویب قانون توصیه می‌شود، مطالعه مباحث فقهی نیز می‌تواند در کشف منشأ و زمینه شکل‌گیری بسیاری از قواعد قانون مدنی راهگشا باشد.

برای مثال، هنگامی که بخواهیم بدانیم مقصود قانون‌گذار از یک اصطلاح، عبارت یا حکم قانونی چه بوده است، صرفاً نباید به متن نهایی و ظاهراً جامد ماده قانونی اکتفا کنیم؛ بلکه آشنایی با زمینه، بستر و نیازهای اجتماعی و حقوقی زمان وضع قانون، در فهم مراد قانون‌گذار نقش مهمی دارد.

به همین دلیل، نسلی که هم‌زمان با تصویب یک قانون، مذاکرات مربوط به آن را دنبال می‌کند و شرایط اجتماعی و حقوقی زمان وضع قانون و مشکلات موجود در جامعه را از نزدیک می‌شناسد، طبیعتاً زمینه بیشتری برای فهم مقصود قانون‌گذار دارد تا نسلی که سال‌ها بعد تنها با متن نهایی و ثابت قانون مواجه می‌شود.

همین نسبت میان قانون مدنی و مباحث فقهی نیز وجود دارد. سلسله مباحث فقهی که در این دوره بررسی خواهد شد، به یک معنا هم سرشت و هم سرنوشت بسیاری از مواد قانون مدنی را در خود جای داده است؛ زیرا از یک سو، ماهیت و ریشه برخی از این مواد در مباحث فقهی شکل گرفته و از سوی دیگر، تاریخچه و مسیر شکل‌گیری آن‌ها نیز در همان مباحث قابل پیگیری است.

نمونه‌هایی از تأثیر مباحث فقهی بر قانون مدنی

برای روشن شدن این رابطه، چند نمونه را به‌عنوان «مشت نمونه خروار» می‌توان مطرح کرد.

الف) ماده ۹۵۹ قانون مدنی و سلب کلی حقوق

ماده ۹۵۹ قانون مدنی درباره سلب کلی حقوق است. با دقت و تعمق در تاریخچه مباحث مربوط به شروط و التزامات و مطالعه دیدگاه‌های فقهی در این زمینه، روشن می‌شود که این حکم با یکی از مباحث مربوط به شرایط صحت شرط ارتباط دارد.

در مباحث فقهی، فقیهانی مانند میرزای قمی در بحث شرطی که موجب تحریم حلال یا تحلیل حرام می‌شود — یعنی شرط نامشروع — علاوه بر نامشروع دانستن چنین شرطی، این مسئله را نیز مطرح کرده‌اند که اگر شخصی بخواهد تمام مباحثات را یک‌جا و به‌طور کلی بر خود حرام کند، چنین شرط و التزامی نیز می‌تواند در شمار شروط نامشروع قرار گیرد.

بنابراین، تحلیل کلی سلب و منع حقوق مباح نیز در بستر همین مباحث فقهی قابل مشاهده است. این امر نشان می‌دهد که تدوین‌کننده قانون مدنی، مرحوم سید محمد فاطمی، که خود از فقها بوده و از قلم و انشایی موزون، متین و روان برخوردار بوده است، با این مباحث آشنایی داشته و در تدوین مواد قانون مدنی از دیدگاه‌های فقهی منتخب بهره برده است. چنان‌که به نقل مرحوم دکتر لنگرودی از مرحوم دکتر امامی، تمام قانون مدنی به انشای این بزرگوار بوده است.

ب) مبحث حق و حکم

نمونه دیگر، بحث «حق و حکم» است که در علم حقوق کاربرد فراوان دارد و در این سلسله مباحث نیز به آن خواهیم پرداخت؛ از جمله برای شناخت ماهیت حق، حکم و ملک و تشخیص این‌که چه چیزی حق است و قابلیت اسقاط دارد و چه چیزی حکم است و قابل اسقاط نیست.

این بحث، با وجود آثار و نتایج مهمی که در علم حقوق دارد، در بستر یکی از مباحث فقهی مربوط به عقد بیع مطرح شده است.

فقها در بحث بیع این مسئله را بررسی کرده‌اند که آیا مبیع باید الزاماً «عین» باشد یا این که حق، دین و منفعت نیز می‌توانند موضوع معامله و عوض قرار گیرند. هنگامی که «حق» به عنوان موضوع یا عوض در عقد بیع مطرح می‌شود، طبیعتاً مسئله ماهیت حق و تفاوت آن با حکم نیز مورد توجه قرار می‌گیرد.

بنابراین، بخش مهمی از مباحث مربوط به حق و حکم در همین بستر فقهی شکل گرفته و پرورش یافته است.

ج) مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی و شرط کمیت (مقدار)

نمونه دیگر، مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی و بحث مربوط به شرط کمیت و مقدار است؛ مسئله‌ای که از مباحث مهم و مورد اختلاف در فقه به شمار می‌رود.

ریشه و جایگاه این احکام را نیز باید در مباحث فقهی مربوط به شروط و التزامات جست‌وجو کرد. حتی ماده ۳۵۵ قانون مدنی بر اساس یکی از دیدگاه‌های غیرمشهور فقهی وضع شده است؛ دیدگاهی که از این جهت قابل تأمل است و در صورت فراهم بودن فرصت، می‌توان در دوره بعدی به تفصیل به آن پرداخت.

د) مواد ۲۳۲ تا ۲۳۹ قانون مدنی و شروط ضمن عقد

نمونه مهم دیگر، مواد ۲۳۲ تا ۲۳۹ قانون مدنی است. تحلیل صحیح مبنا و آثار این مواد، به‌طور کامل با مطالعه عمیق و کاربردی مباحث فقهی مربوط به شروط و التزامات ارتباط دارد.

به‌ویژه، ترتیبی که در ماده ۲۳۹ قانون مدنی مقرر شده، شایسته توجه است. مطابق این ماده، در صورت خودداری مشروط‌علیه از انجام شرط، الزام وی به انجام شرط بر اعمال حق فسخ از سوی مشروط‌له مقدم دانسته شده است؛ به این معنا که مشروط‌له ابتدا باید الزام مشروط‌علیه را به انجام شرط درخواست کند و تنها در صورتی که الزام ممکن نباشد، حق فسخ مطرح می‌شود.

این حکم در عمل، در بسیاری از موارد، ناکارآمد و حتی ناعادلانه به نظر می‌رسد؛ زیرا ممکن است مشروط‌له را در فرایندی طولانی و بی‌ثمر برای الزام طرف مقابل گرفتار کند و حمایت مؤثر از حق او را با دشواری مواجه سازد.

با مطالعه مباحث فقهی مرتبط، می‌توان دیدگاه‌هایی را یافت که از حیث حمایت از منافع مشروط‌له و توجه به فلسفه جعل و وضع حق، متناسب‌تر، کاربردی‌تر و گره‌گشایتر هستند. قانون مدنی می‌توانست با بهره‌گیری از این دیدگاه‌ها، زمینه اجرای بهتر عدالت قضایی و قراردادی و حمایت مؤثرتر از حقوق و منافع متعاملین را فراهم آورد.

نتیجه

بنابراین، از جهت منبع و سرچشمه، مطالعه فقه استدلالی برای فهم قانون مدنی اهمیت اساسی دارد؛ زیرا بسیاری از قواعد و احکام قانون مدنی را نمی‌توان بدون شناخت ریشه‌ها، مباحث و دیدگاه‌های فقهی شکل‌دهنده آن‌ها به‌درستی فهم و تفسیر کرد.

در واقع، مراجعه به فقه در این حوزه، صرفاً مطالعه یک دانش پیشین یا آشنایی با تاریخچه احکام نیست؛ بلکه راهی برای شناخت خاستگاه، زمینه شکل‌گیری و مسیر تحول بسیاری از قواعد قانون مدنی و در نتیجه، ابزاری برای فهم دقیق‌تر و اصولی‌تر خود قانون است.

۲. از حیث مبنا و چرایی

اهمیت فقه استدلالی در فهم قانون مدنی، تنها به منبع و سرچشمه بودن آن محدود نمی‌شود؛ بلکه از حیث مبنا و چرایی نیز قانون مدنی به فقه استدلالی وابستگی عمیق دارد.

بنابراین، فقه استدلالی را باید هم خاستگاه و منشأ حقوق مدنی دانست و هم مبناي آن. به تعبیر دیگر، اگر «منبع» پاسخ به این پرسش باشد که قواعد حقوق مدنی از کجا آمده‌اند، «مبنا» پاسخ به این پرسش است که این قواعد چرا و بر چه اساس شکل گرفته‌اند. از هر دو جهت، فهم درست و عمیق قانون مدنی، بدون فهم صحیح و کامل فقه امامی، دشوار و در بسیاری از موارد ناممکن است.

به تعبیر مرحوم دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی از «شیر مادر» (= فقه) تغذیه کرده است. این تعبیر، بیانگر جایگاه عمیق و بنیادین فقه در شکل‌گیری و فهم حقوق مدنی است.

از این‌رو، احترام عمیقی که بزرگان حقوق نسبت به فقه امامی داشته‌اند، ناشی از شناخت همین جایگاه و درک درست آنان از رابطه میان فقه و حقوق مدنی بوده است. صرف آشنایی با نتایج و احکام فقهی و نقل اقوال فقها، به‌تنهایی برای فهم عمیق حقوق کافی نیست. بدون دستیابی به شهود عقلی در فقه، دستیابی به شهود عقلی در حقوق مدنی نیز میسر نخواهد بود.

در غیر این صورت، دانش حقوقی در حد نقل اقوال و انبارگردانی اطلاعات باقی می‌ماند؛ یعنی مطالب صرفاً از ذهن استاد به ذهن دانشجو منتقل می‌شود، بی‌آنکه کلید فهم و تحلیل مسائل در اختیار او قرار گرفته باشد. هدف آموزش علمی آن است که قوه استنباط و قدرت تحلیل متعلم تقویت شود و به تعبیر دیگر، به جای تحویل ماهی، ماهیگیری به او آموخته شود. دستیابی به چنین توانایی‌ای، بدون شناخت مبانی و مقدمات فقه استدلالی امکان‌پذیر نیست.

مقدمه دوم: تفاوت روش تحقیق در عبادات و معاملات

مقدمه مهم دیگری که در ورود به مباحث این دوره باید مورد توجه قرار گیرد، تفاوت روش تحقیق در حوزه عبادات با حوزه معاملات است.

کارکرد فقیه و حقوق‌دان در این دو قلمرو یکسان نیست و روش استدلال و منابع مورد استفاده در هر یک، تفاوت اساسی دارد.

۱. روش استدلال در حوزه عبادات

در حوزه عبادات، هنر فقیه آن است که بیش از هر چیز به ادله نقلی، یعنی آیات و روایات، تکیه کند و در مدار تعبد حرکت نماید؛ زیرا عبادات مشتمل بر اسرار و ملاک‌هایی است که بخش مهمی از آن‌ها برای عقل بشری شناخته‌شده و قابل دسترسی نیست.

از این رو، در این قلمرو، تعبد و التزام به ادله نقلی محور اصلی حرکت فقیه است و نمی‌توان همه احکام عبادی را صرفاً بر پایه درک عرفی یا تحلیل عقلایی تبیین کرد.

۲. روش استدلال در حوزه معاملات

در مقابل، در حوزه معاملات، وضعیت متفاوت است. در این قلمرو، یکی از مهم‌ترین وظایف فقیه و حقوق‌دان، توجه دقیق به عرف مردم، سیره عقلا و شیوه متعارف رفتار اجتماعی است.

در بسیاری از مباحث معاملاتی، ادله نقلی تفصیلی و مستقیمی وجود ندارد. برای مثال، در باب بیع، روایات موجود نسبت به گستره وسیع مسائل این عقد، محدود است و بسیاری از مسائل آن را باید با تکیه بر عقل، بنای عقلا و عرف معاملاتی مردم تحلیل و حل کرد.

بنابراین، در حوزه معاملات، رفتار مردم و سیره عقلا، سرمایه اولیه و مواد خامی را فراهم می‌کند که فقیه و حقوق‌دان بر اساس آن به تحلیل و استنباط می‌پردازند.

علت این امر آن است که بخش مهمی از معاملات، امضایی است، نه تأسیسی. شارع مقدس بسیاری از نهادهای معاملاتی را از ابتدا ایجاد نکرده است؛ بلکه این نهادها پیش از اسلام نیز در میان مردم وجود داشته و جوامع انسانی برای رفع نیازهای اجتماعی و اقتصادی خود از خرید و فروش و انواع معاملات استفاده می‌کرده‌اند. شارع نیز اصل این معاملات را مورد تأیید قرار داده و تنها در مواردی که در آن‌ها انحراف یا مفسده‌ای مشاهده شده، مداخله و محدودیت مقرر کرده است؛ مانند مواردی که معامله به ربا منتهی می‌شود.

بنابراین، اصل بر این است که شارع در حوزه عقود، ایقاعات و معاملات، نقش عمده‌ای در امضا و تنظیم نهادهای عقلایی موجود دارد، نه در تأسیس تمام این نهادها از نقطه صفر.

از همین رو، بسیاری از احکام معاملاتی با سیره‌های عقلایی و شیوه متعارف رفتار مردم ارتباط مستقیم دارند. این احکام به حوزه معیشت و زندگی روزمره انسان‌ها مربوط‌اند و برخلاف بسیاری از امور عبادی، مشتمل بر اسراری نیستند که عقل بشر اساساً از درک ملاک‌های آن‌ها ناتوان باشد. ملاک بسیاری از این احکام در رفتار و فهم عقلای بشر قابل جست‌وجو و شناسایی است.

۳. تأثیر این مبنا در تحلیل مسائل حقوقی

با توجه به این مبنا، هنگامی که در مسئله‌ای مانند عقد فضولی با این پرسش مواجه می‌شویم که عقد فضولی صحیح، باطل یا غیرنافذ است و در فرض غیرنافذ بودن، اجازه مالک کاشف است یا ناقل و شرط متأخر چگونه قابل توجیه است، نمی‌توان این مسائل را صرفاً با نقل اقوال و بدون توجه به مبانی عقلایی آن‌ها تحلیل کرد. در چنین مباحثی، بخش مهمی از تحلیل باید بر اساس سیره عقلا، عملکرد خردمندان و عرف اجتماعی و معاملاتی صورت گیرد.

از این رو، در حوزه معاملات، هرچه تحلیل ما به عرف و واقعیت‌های عقلایی نزدیک‌تر باشد و بتوانیم دریابیم که عرف و عقلای جامعه یک رابطه یا نهاد معاملاتی را چگونه می‌فهمند و تحلیل می‌کنند، امکان فهم عمیق‌تر و تحلیل دقیق‌تر آن نیز بیشتر خواهد بود.

۴. الزامات روش‌شناختی برای حقوق‌دان

بر این اساس، حقوق‌دان در تحلیل مسائل معاملاتی، دست‌کم باید دو ویژگی اساسی داشته باشد: نخست، عقلانی و برهانی بیندیشد. یعنی از منطق حقوقی برخوردار باشد، روابط میان مقدمات و نتایج را به‌درستی تشخیص دهد و بداند چگونه از استدلال‌های عقلی و منطقی برای دستیابی به نتیجه مطلوب استفاده کند. دوم، به بنای عقلا و عرف توجه کند و بتواند رفتار متعارف و فهم عقلایی جامعه را در تحلیل نهادهای حقوقی دخالت دهد.

در کنار این دو، یک نکته اساسی دیگر نیز باید همواره مورد توجه باشد و آن، تفکیک امور تکوینی از امور اعتباری است. بسیاری از دشواری‌های تحلیل مسائل حقوقی از آنجا ناشی می‌شود که امور تکوینی و اعتباری با یکدیگر خلط می‌شوند؛ حال آن‌که شناخت تفاوت این دو، برای فهم درست بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوقی ضروری است.

بحث تفصیلی درباره تفاوت امور تکوینی و امور اعتباری از مباحث مهم بعدی است که در ادامه دوره به آن خواهیم پرداخت.

مقدمه سوم: رابطه عقل و شرع

در قلمرو استنباط احکام، باید توجه داشت که در فقه امامی، ادله اجتهاد احکام عبارت‌اند از کتاب، سنت، اجماع و عقل. بنابراین، عقل در برابر «شرع» قرار نمی‌گیرد؛ بلکه عقل در برابر نقل قرار دارد. در این تقسیم، کتاب، سنت و اجماع در زمره ادله نقلی قرار می‌گیرند و عقل، دلیل دیگری است که در برابر نقل قرار دارد. بنابراین، تعبیر دقیق این نیست که یک مطلب «عقلی یا شرعی» است؛ بلکه باید گفت یک مطلب عقلی یا نقلی است.

مقصود از دلیل عقلی آن است که مرکز و سرچشمه کشف آن، قوه عقل و سیره‌های عقلایی باشد؛ و مقصود از دلیل نقلی آن است که حکم از طریق کتاب، سنت یا اجماع به ما رسیده باشد. اما این که دلیل، عقلی باشد، به معنای آن نیست که حکم حاصل از آن، شرعی نباشد. عقل در برابر شرع قرار ندارد. حکم شرعی، حکمی است که شخص در برابر شارع نسبت به آن مسئولیت دارد؛ خواه این حکم از طریق نقل کشف شده باشد و خواه از طریق عقل.

بنابراین، اگر وجوب امری با دلیل نقلی مانند آیه یا روایت اثبات شود، امتثال آن موجب استحقاق ثواب و سرپیچی از آن موجب استحقاق عقاب خواهد بود. همین امر در مورد حکمی که با دلیل عقلی معتبر کشف شده نیز جاری است.

برای مثال، اگر وجوب انفاق نسبت به افراد واجب‌النفقه از طریق دلیل عقلی کشف شود، این حکم، از نظر شرعی نیز الزام‌آور است. شخص نمی‌تواند در برابر تکلیف خود عذر بیاورد که آیه یا روایت صریحی در این زمینه وجود نداشته است؛ زیرا عقل نیز یکی از راه‌های کشف اراده شارع است.

بنابراین، دین و حکم خدا در یک سوی تقسیم و عقل در سوی دیگر آن قرار ندارند. اراده خداوند یا از طریق نقل برای ما کشف می‌شود یا از طریق عقل. نقل شامل کتاب، سنت و اجماع است و عقل نیز در جایگاه دلیل مستقل عقلی قرار می‌گیرد.

شناخت این تفکیک برای مباحث آینده ضروری است؛ زیرا در بسیاری از استدلال‌ها باید روشن باشد که سخن از دلیل عقلی است یا دلیل نقلی.

مقدمه چهارم: تفاوت عقل و جهل

در مقدمه پیشین روشن شد که عقل در برابر شرع قرار ندارد، بلکه در برابر نقل قرار می‌گیرد. اما در معارف دینی، مفهوم «جهل» نیز نیازمند دقت است؛ زیرا جهل در اینجا الزاماً به معنای نداشتن علم نیست. در استعمال لغوی، جهل در برابر علم قرار دارد. به کسی که دانشی را نمی‌داند، جاهل گفته می‌شود؛ برای مثال، کسی که علم حقوق را نیاموخته است، از حیث علم حقوق جاهل محسوب می‌شود.

اما در اصطلاح معارف دینی، جهل در برابر عقل قرار می‌گیرد، نه در برابر علم. از این رو، ممکن است شخصی عالم باشد، اما جاهل محسوب شود.

عقل در این معنا، قوه‌ای است که انسان به وسیله آن حقایق را درک می‌کند؛ در مقابل، جهل قوه‌ای است که انسان را درگیر موهومات می‌سازد.

از همین منظر است که در «الکافی» عنوانی با نام «کتاب العقل و الجهل» وجود دارد؛ یعنی جهل در برابر عقل قرار گرفته است، نه در برابر علم.

بر این اساس، ممکن است فردی در یک علم، مانند حقوق، به بالاترین مراتب علمی دست یافته باشد، اما به سبب غلبه کینه، حسد، حب جاه، حب مال، شهرت‌طلبی یا دیگر رذایل، از عقلانیت به این معنا فاصله گرفته باشد. چنین شخصی از حیث اطلاعات و دانش، عالم است؛ اما از حیث معرفتی، گرفتار جهل است.

در مقابل، ممکن است فردی از دانش تخصصی فراوانی برخوردار نباشد، اما به عناصر انسانی و فضایل اخلاقی مانند ایثار، فداکاری، صداقت، راستی، احسان و نیکوکاری آراسته باشد و از این جهت، از نور عقل بهره‌مند باشد.

عقل و پیشرفت مادی

بر همین اساس، نباید هر پیشرفت مادی و فناورانه بشر را محصول «عقل» به این معنا دانست. بخش مهمی از این پیشرفت‌ها، حاصل هوش و توانایی فنی انسان است، نه الزاماً عقل به معنای درک خیر، حقیقت و فضیلت. اگر این پیشرفت‌ها صرفاً محصول عقل بود، نباید در مواردی به تخریب، تجاوز، بی‌رحمی، شقاوت، انهدام و تقویت خشم، شهوت، شهرت‌طلبی، قدرت‌طلبی و مصرف‌گرایی منتهی می‌شد.

امروز انسان می‌تواند با یک ابزار و با فشردن یک دکمه، در زمانی بسیار کوتاه، ویرانی و کشتاری در مقیاس بسیار گسترده ایجاد کند. این نشان‌دهنده پیشرفت هوش و توانایی فنی بشر است؛ اما عقل، به معنای حقیقی آن، انسان را به ظلم و خشونت و رذایل اخلاقی دعوت نمی‌کند. مقتضای عقل، درک حسن و فضیلت، عدالت، احسان و پرهیز از ظلم و خشونت است.

علم مولد و علم عقیم

این نکته برای دانشجوی حقوق اهمیت ویژه‌ای دارد. انسان باید از یک سو به علم حقوق مجهز شود و از سوی دیگر، عقل انسانی و عقل اخلاقی خود را تقویت کند و به فضایل اخلاقی آراسته شود؛ به‌ویژه اگر قرار باشد در آینده در مشاغلی مانند قضاوت، وکالت یا کارشناسی به ایفای نقش بپردازد.

بسیاری از بزرگان علمی ما توانسته‌اند این دو ویژگی را در کنار یکدیگر جمع کنند؛ هم از توان علمی و استدلالی بالایی برخوردار بوده‌اند و هم از فضایل انسانی و اخلاقی بهره داشته‌اند. همین امر به علم آنان برکت، اثر و نور بخشیده است.

از این رو، علم را می‌توان به دو گونه تصور کرد: علم موگد و علم عقیم. علم موگد، علمی است که بارور می‌شود، نوآوری ایجاد می‌کند، افق‌های تازه می‌گشاید و علم را یک گام به پیش می‌برد؛ اما علم عقیم، در حد محفوظات و نقل مطالب باقی می‌ماند.

این تفاوت، تا حد زیادی به آن «بال دوم» بازمی‌گردد؛ یعنی به میزان بهره‌مندی انسان از عقل، فضایل اخلاقی و صفای باطن در کنار دانش و مقدمات علمی.

مقدمه پنجم: تفاوت عرف و علم در تبیین مفهوم بیع

در حوزه عقود و معاملات، عرف و عملکرد عقلا سرمایه اولیه و مواد خامی را در اختیار فقیه و حقوق‌دان قرار می‌دهد؛ اما فقه و حقوق این مواد خام را همان‌گونه که در عرف وجود دارد، رها نمی‌کند، بلکه آن‌ها را تحلیل، تفکیک، طبقه‌بندی و نظام‌مند می‌کنند و از دل آن‌ها مفاهیم و ماهیت‌های حقوقی را استخراج می‌نمایند. برای توضیح این رابطه می‌توان از مثال داروساز استفاده کرد: همان‌گونه که داروساز عصاره و مواد اولیه یک گیاه را دریافت و با ترکیب و تنظیم آن‌ها در فرمولی خاص، دارویی مؤثر تولید می‌کند، فقیه و حقوق‌دان نیز مواد خام عرفی را دریافت و با استفاده از منابع و مبانی علمی خود، آن‌ها را به مفاهیم و نهادهای حقوقی منظم تبدیل می‌کنند.

عرف، مواد اولیه را فراهم می‌کند؛ اما علم، این مواد را در دستگاه تحلیلی و استدلالی خود سامان می‌دهد. فقیه در استنباط احکام از منابعی مانند کتاب، سنت، اجماع و عقل بهره می‌گیرد و حقوق‌دان نیز در کنار حقوق موضوعه و مواد قانونی، از رویه قضایی و دیدگاه‌های حقوق‌دانان استفاده می‌کند. مفاهیم عرفی مربوط به معاملات، اختصاص به دوره خاصی ندارند. خرید و فروش، اجاره، صلح، هبه، قرض و مانند آن‌ها، در میان عقلای بشر پیش از اسلام نیز وجود داشته، پس از اسلام نیز استمرار یافته و در آینده نیز به اشکال مختلف ادامه خواهد داشت.

کار فقه و حقوق این است که در میان این روابط عرفی، وجوه مشترک و ویژگی‌های متمایز را شناسایی کند و بر اساس ویژگی‌های خاص هر رابطه، ماهیت حقوقی مستقل آن را تبیین نماید. برای مثال، صلح، بیع، اجاره، هبه معوض و قرض، در اصل وجود نوعی رابطه مالی و انتقال مال یا منفعت با یکدیگر اشتراک دارند؛ اما هر یک، در لایه عمیق‌تر، ویژگی خاص خود را دارد.

برای نمونه، اجاره، انتقال منفعت در برابر عوض است؛ در حالی که بیع، انتقال عین در برابر عوض است. همین ویژگی اختصاصی، بیع را از اجاره جدا می‌کند و آثار و احکام متفاوتی برای هر یک به وجود می‌آورد. بنابراین، عرف ممکن است همه این روابط را در سطح ابتدایی، صرفاً «معامله» یا «خرید و فروش» بداند؛ اما علم حقوق و فقه، این روابط را تجزیه و تحلیل می‌کند، عناصر سازنده آن‌ها را شناسایی می‌کند و برای هر یک، ماهیت حقوقی و آثار ویژه‌ای در نظر می‌گیرد.

برای مثال، عرف وقتی می‌بیند شخصی گوشت را از قصاب می‌گیرد و در برابر آن پول می‌پردازد، به سادگی می‌گوید «خرید و فروش انجام شد». اما فقیه و حقوق‌دان این رابطه را در دستگاه تحلیلی خود بررسی می‌کند و می‌پرسد این رابطه دقیقاً چه ماهیتی دارد، از چه عناصری تشکیل شده و چه آثاری بر آن مترتب است. در تحلیل یک عقد بیع، روشن می‌شود که با یک پیمان دوطرفه مواجهیم؛ پیمانی که با ایجاب و قبول و انشای دو طرف شکل می‌گیرد. این عقد، آثاری نیز به دنبال دارد؛ از جمله تعهد بایع به تسلیم مبیع و تعهد مشتری به تأدیه ثمن و نیز ضمانت‌های مربوط به درک مبیع و ثمن.

در نهایت، حقیقت این پیمان با ماهیت سایر پیمان‌ها متفاوت است و همین تفاوت در ماهیت، موجب تفاوت در آثار و احکام آن با نهادهایی مانند رهن، هبه، اجاره و سلم می‌شود.

بنابراین، تفاوت عرف و علم در این است که عرف، مواد خام روابط اجتماعی را در سطح عملی به کار می‌گیرد؛ اما علم، همین مواد را تحلیل و نظام‌مند می‌کند و در قالب مفاهیم و ماهیت‌های حقوقی قرار می‌دهد.

مقدمه ششم: مقدمات علمی و شهود عقلی

برای آن‌که فقیه یا حقوق‌دان بتواند مواد خام عرفی را در دستگاه استنباطی و تحلیلی خود به صورت منظم و منسجم درآورد، دو امر اساسی لازم است: نخست، مقدمات علمی؛ و دوم، شهود عقلی.

۱. مقدمات علمی

مقدمات علمی عبارت است از شناخت منابع، مبانی و سرچشمه‌های هر علم و هر مسئله و تسلط بر قواعد و روش‌های استدلالی آن.

اگر کسی مقدمات لازم یک علم را به درستی فراگیرد و در کنار آن، قواعد تفکر و استدلال را رعایت کند، می‌تواند مسائل دشوار آن علم را تحلیل و حل کند. از این رو، مقدمات علمی، زمینه تفکر و صاحب نظر شدن انسان در یک علم را فراهم می‌کند. اما مقدمات علمی، به تنهایی برای درک عمق چرایی و مبانی مسائل کافی نیست.

۲. شهود عقلی

شهود عقلی، در این بحث، به معنای درک مبنا، چرایی و حقیقت یک مسئله علمی است؛ یعنی انسان تنها حکم یا نتیجه را نداند، بلکه بتواند مبنای آن را درک و تحلیل کند.

برای دستیابی به این مرحله، علاوه بر مقدمات علمی، نوعی ملکه قدسی و قوه قدسی لازم است. مرحوم دکتر لنگرودی نیز کتابی با عنوان «قوه قدسیه» دارد که مطالعه آن در این زمینه قابل توصیه است.

توفیق درک مبانی و رازهای علوم و توانایی ایجاد و تأسیس نظریه‌های علمی، تنها با انباشتن محفوظات به دست نمی‌آید. ممکن است شخصی با مطالعه فراوان، به یک بانک اطلاعاتی تبدیل شود، اقوال بسیاری را حفظ کند و در نقل مطالب بسیار توانا باشد؛ اما میان این وضعیت و توانایی تحلیل مبانی، تولید نظریه و پیش بردن علم، تفاوتی اساسی وجود دارد.

شهود عقلی، به انسانی عطا می‌شود که از طینت پاک، روح زلال، نفس صاف و ضمیر آگاه برخوردار باشد و در یک کلمه، صفت انسانیت را در خود پرورش داده باشد.

مقصود از انسانیت در اینجا، خدمت به انسان‌ها و جامعه، گشودن گره‌های زندگی مردم، تسهیل جریان زندگی و تلاش برای احقاق حق است. این جهت‌گیری با رذایل اخلاقی مانند کینه، حسد، انتقام‌جویی، شهرت‌طلبی و منفعت‌جویی افراطی سازگار نیست.

از همین رو، در مطالعه احوال بزرگان علم، مشاهده می‌کنیم که بسیاری از آنان در کنار توانایی علمی و استدلالی، از شرافت، صفای نفس و فضایل انسانی نیز برخوردار بوده‌اند.

قطب‌الدین رازی در «مطالع الأنظار» می‌گوید:

«تفکر، مقتضی است، نتیجه از واهب الصور است.»

یعنی انسان می‌اندیشد و مقدمات را فراهم می‌کند، اما نتیجه نهایی و گشایش معرفتی به او افاضه می‌شود. افرادی که ممکن است از هوش بالایی برخوردار باشند، اما درگیر هواهای نفسانی و تعلقات دنیوی‌اند، لزوماً از قدرت استنباط و تولید نظریه برخوردار نیستند. چه‌بسا در حفظ و نقل مطالب توانا باشند، اما نتوانند صاحب سبک، نظریه و ابتکار علمی شوند.

۳. نمونه‌ای از شهود عقلی

برای روشن شدن معنای شهود عقلی، می‌توان به یک مثال ساده در ریاضیات توجه کرد.

کسی که معنای «سه پنج‌تا» را تنها حفظ کرده است، یک مطلب ریاضی را می‌داند؛ اما کسی که درک می‌کند «سه پنج‌تا» در واقع به معنای پنج به اضافه پنج است، به تحلیل ماهیت ضرب دست یافته است. این همان درک مبنا و چرایی یک مفهوم است و نمونه‌ای از شهود عقلی در علم به شمار می‌آید.

در علم حقوق نیز همین وضعیت وجود دارد. برای مثال، در نظریه موازنه مرحوم دکتر لنگرودی، با تحلیل ماهیت عقود معاوضی، سه عنصر اساسی برای این عقود مورد توجه قرار گرفته است:

- توازن در تملیک در برابر تملیک؛

- توازن در تسلیم در برابر تسلیم؛

- توازن در ارزش اقتصادی عوضین.

بر اساس این تحلیل، این سه موازنه از عناصر سازنده ماهیت عقود معاوضی به شمار می‌روند. بنابراین، اگر شرطی به یکی از این عناصر اساسی آسیب وارد کند، می‌تواند در قلمرو بحث شرط خلاف مقتضای ذات عقد معاوضی قرار گیرد.

بر همین مبنا، اگر توازن در ارزش اقتصادی عوضین را از عناصر سازنده ذات عقد معاوضه بدانیم، اسقاط خيار غبن را نمی‌توان به‌گونه‌ای تحلیل کرد که با این عنصر اساسی تعارض پیدا کند؛ زیرا نمی‌توان با شرط، اثری را که با یکی از عناصر بنیادین ماهیت عقد مرتبط است، نادیده گرفت.

این همان شهود عقلی است: یعنی انسان صرفاً حکم یا نظریه را حفظ نمی‌کند، بلکه با تعقل و تدبیر، مبنای آن را می‌فهمد و می‌تواند آثار و نتایج آن را نیز استخراج کند.

در حوزه عقود و معاملات، این شهود عقلی، نوعاً برای عقلای جامعه قابل دستیابی است؛ زیرا بسیاری از ملاک‌های معاملات در قلمرو فهم عقلایی قرار دارند. البته مواردی نیز وجود دارد که خردمندان جامعه از درک راز برخی احکام عاجزند؛ مانند تفاوت میان حرمت ربا و جواز بیع که تبیین تمام ملاک آن، در حد درک عقلایی انسان قرار نمی‌گیرد.

جمع‌بندی مقدمات

با بیان این شش مقدمه، چارچوب لازم برای ورود به مباحث اصلی دوره فراهم می‌شود:

مقدمه اول: اهمیت و جایگاه فقه استدلالی در فهم قانون مدنی، از حیث منبع و مبنا.

مقدمه دوم: تفاوت روش تحقیق در عبادات و معاملات و نقش اساسی عرف و سیره عقلا در حوزه معاملات.

مقدمه سوم: رابطه عقل و شرع و این نکته که عقل در برابر نقل قرار دارد، نه در برابر شرع.

مقدمه چهارم: تفاوت مفهوم عقل و جهل در معارف دینی و تمایز آن از معنای لغوی جهل.

مقدمه پنجم: تفاوت عرف و علم و نقش علم در تحلیل، تفکیک و نظام‌مند کردن مواد خام عرفی و تبدیل آن‌ها به مفاهیم و ماهیت‌های حقوقی.

مقدمه ششم: ضرورت جمع میان مقدمات علمی و شهود عقلی برای دستیابی به فهم عمیق مبانی و توانایی تحلیل و تولید علمی.

با فراهم شدن این مقدمات، می‌توان وارد مبحث اصلی دوره شد؛ یعنی شناخت مفاهیم حقوقی و اعتباری و تبیین تفاوت آن‌ها با امور واقعی و تکوینی؛ بحثی که در فهم صحیح بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوقی، نقشی اساسی و کاربردی خواهد داشت.

جلسه دوم:

مفهوم موجود اعتباری در فقه و حقوق

حوزه‌های فقه، اصول فقه و حقوق از جمله قلمروهایی‌اند که با امور اعتباری پیوندی وثیق دارند. بنیاد این علوم بر این نکته استوار است که انسان در فضای اعتباری زیست می‌کند و تعامل می‌ورزد. مفاهیمی که در این دانش‌ها به‌کار می‌رود، وجود خارجی و مادی ندارند، بلکه ساخته و پرداخته ذهن یا اعتبار شارع و قانون‌گذارند.

تفکیک وجود حقیقی و وجود اعتباری

برای درک دقیق این موضوع باید میان دو گونه وجود تمایز نهاد: وجود حقیقی یا خارجی، مانند انسان‌ها، اشیاء، درختان و اعمال فیزیکی؛ و وجود اعتباری، مانند مالکیت، زوجیت، ریاست، ولایت و دیگر مفاهیم فقهی و حقوقی.

به عنوان نمونه، حضور افراد در نماز جماعت امری واقعی و خارجی است؛ اما عنوان «نماز جماعت» که این رفتارها را وحدت می‌بخشد، صرفاً اعتباری است.

تحلیل ماهیت انتقال مالکیت

پرسش محوری در فقه و حقوق این است که در فرایند انتقال مالکیت چه رخ می‌دهد: شخصی که پیش‌تر مالک مالی بوده و همه اوصاف مالکیت (از جمله حق تصرف، حق منع دیگران و حق انتفاع) را دارا بوده، چگونه با ایجاب و قبول، این اوصاف به دیگری منتقل می‌شود؟

مالکیت امری خارجی و مادی نیست که جابه‌جا گردد. آنچه تغییر می‌پذیرد، نسبت اعتباری میان شخص و مال است. مالکیت رابطه‌ای اعتباری است که میان مالک و ملک برقرار می‌شود و با انشای عقد (یعنی ایجاب و قبول)، ایجاد، تغییر یا زوال می‌یابد.

از این‌رو، انتقال مالکیت به معنای جابه‌جایی شیء خارجی نیست، بلکه به معنای خلق اعتبار جدید و زوال اعتبار پیشین است. عقود از این منظر ابزارهای انشاء در عالم اعتبارند.

مفهوم خلق اعتبار

پیش از ورود به بحث عقود و ایقاعات، باید وجود اعتباری را از وجود خارجی بازشناخت. در عالم اعتبار، انسان قادر است اموری را بیافریند که در خارج وجود مادی ندارند، اما آثار واقعی و حقوقی بر آن‌ها مترتب می‌شود. اعتبار یعنی «اعطای حدّ یک شیء واقعی به شیء دیگری که فاقد آن حد است». ذهن یا شارع یا قانون‌گذار، حد و وصفی متعلق به امری واقعی را به موضوعی دیگر نسبت می‌دهد و از این راه رابطه‌ای حقوقی نو می‌آفریند.

تشبیه ادبی برای تقریب مفهوم اعتبار

در ادبیات، گاه شاعر صفات شیئی را به شیء دیگر نسبت می‌دهد. در مصرع: «ستاره‌ای بدرخشید و ماه مجلس شد»، ستاره نماد درخشندگی و ماه نماد زیبایی و روشنایی است. شاعر این صفات را به معشوق انسانی نسبت می‌دهد؛ نسبتی که واقعی و خارجی نیست، بلکه ساخته‌ای ذهنی و اعتباری است.

جمع‌بندی مفهومی

در امور اعتباری، با اشیاء واقعی سروکار نداریم، بلکه با نسبت‌ها و جعل‌ها روبه‌رو هستیم. انتقال مالکیت تغییر رابطه‌ای اعتباری است، نه جابه‌جایی شیء خارجی. عقود و ایقاعات ابزارهای انشای اعتبار در فقه و حقوق‌اند.

اعتبار مالکیت: تحلیل فلسفی و حقوقی

پرسش اساسی در باب ملکیت این است که حقیقت اولیه و واقعی که انسان از آن الهام گرفته و مفهوم اعتباری مالکیت را بر پایه آن ساخته و در عالم حقوق بازآفریده، چیست؟ ذهن انسان بر چه مبنای واقعی، مفهوم مالکیت اعتباری را شکل داده است؟

در این‌باره دو تحلیل عمده مطرح شده است:

۱. تحلیل مبتنی بر مالکیت حقیقی خداوند

منشأ الهام مفهوم مالکیت اعتباری، مالکیت حقیقی خداوند بر جهان هستی دانسته می‌شود. مالکیت حقیقی تنها از آن خداوند است؛ زیرا همه موجودات در اصل وجود و استمرار آن وابسته به اویند و هیچ استقلال در ذات و بقاء برای مخلوقات متصور نیست. بر این اساس، تنها ملکیت الهی حقیقی و واقعی است و سایر اقسام مالکیت (از جمله مالکیت انسان بر اشیاء) اعتباری و قراردادی‌اند. انسان با مشاهده این رابطه حقیقی، الگویی برای ساخت مفهوم مالکیت در سطح حقوقی می‌آفریند.

۲. تحلیل مبتنی بر مالکیت نفس بر قوای خویش

منشأ اعتبار مالکیت، ادراک انسان از رابطه خویش با قوای درونی‌اش دانسته می‌شود. انسان رابطه‌ای واقعی میان خود و قوای نفسانی (اراده، فکر، احساس و بدن) درک می‌کند. این تعلق، نوعی مالکیت حقیقی است؛ زیرا نفس بر قوا و افعال خود سلطه دارد. سپس ذهن این رابطه واقعی را الگو قرار می‌دهد و آن را در سطح اجتماع بازسازی می‌کند و میان خود و اشیاء خارجی رابطه‌ای مشابه برقرار می‌سازد.

نتیجه این فرایند، شکل‌گیری مفهوم مالکیت اعتباری است که آثاری چون جواز تصرف، منع دیگران، امکان نقل و انتقال و مانند آن بر آن مترتب می‌شود. مالکیت اعتباری در واقع وسیله‌ای برای تنظیم نیازها و اهداف انسان در زندگی اجتماعی است.

ویژگی‌های ادراکات اعتباری

ادراکات اعتباری مانند مالکیت، زوجیت، ریاست و مانند آنها، برخلاف ادراکات حقیقی، ویژگی‌های خاص خود را دارند:

۱. قابل لغو بودن

ادراکات اعتباری دائمی و تغییرناپذیر نیستند. با جعل یا قرارداد تازه می‌توان آنها را ایجاد کرد یا از میان برد.

۲. وابستگی به «باید»

اعتبارات حقوقی و اخلاقی بر اساس یک «باید اولیه» شکل می‌گیرند. انسان برای رسیدن به هدفی مشخص، اعتباری را جعل می‌کند.

۳. عدم عمومیت و عدم شمول همیشگی

اعتبارات در همه زمان‌ها و مکان‌ها به یک شکل واحد وجود ندارند. آنها تابع قراردادها، فرهنگ‌ها و نظام‌های حقوقی‌اند.

۴. نیازمند بودن به جعل و قرارداد

ادراکات اعتباری به‌خودی‌خود در خارج وجود ندارند. آنها نیازمند انشاء، جعل یا قرار دادن از سوی ذهن، شارع یا قانون‌گذارند.

ثمره تفکیک احکام امور اعتباری از امور حقیقی

یکی از نتایج مهم جدایی امور اعتباری از امور حقیقی این است که احکام و خواص مربوط به امور حقیقی به امور اعتباری سرایت نمی‌کنند. قواعدی که در عالم تکوین و واقعیت خارجی جریان دارند، لزوماً در عالم اعتبار و قرارداد قابل اجرا نیستند.

از همین‌جا روشن می‌شود که برخی اصول عقلی فلسفی، مانند: تقدم شیء بر نفس، محال بودن ترجیح بلامرجح، تقدم معلول بر علت، و محال بودن تقدم زمانی مشروط بر شرط، تنها در نظام تکوین و حقیقت خارجی معنا دارند و در حوزه اعتبارات حقوقی و فقهی به همان معنا جاری نیستند؛ زیرا اعتبار تابع جعل و قرارداد است، نه قوانین علی و تکوینی.

تحلیل کاربرد لفظ بیع در عرف و فقه

واژه «بیع» در عرف و کاربردهای فقهی به معانی مختلفی به کار می‌رود. برای فهم دقیق ماهیت بیع باید کاربردهای آن تفکیک شود:

۱. بیع به معنای فعل فروشنده

در برخی استعمالات عرفی بیع» به صرف عمل فروشنده اطلاق می‌شود؛ اما در نظام حقوقی و فقهی، صرف عمل یک طرف برای نامیدن آن به «بیع» کافی نیست. بیع یک عقد» است و تحقق آن نیازمند ایجاب و قبول دو اراده متقابل است.

بنابراین عمل فروشنده به تنهایی بیع حقوقی کامل محسوب نمی‌شود؛ مگر آنکه با قبول طرف مقابل همراه گردد.

۲. بیع به معنای سبب عقد (انشاء)

در معنای دوم بیع» ناظر به سبب ایجاد قرارداد است؛ یعنی عاملی که موجب تحقق تعهد می‌شود. این سبب می‌تواند دو صورت داشته باشد:

- قولی (ایجاب و قبول لفظی)

- فعلی (بیع معاطاتی - رفتاری)

در این معنا بیع به فرآیند انشاء قرارداد اشاره دارد، نه نتیجه آن.

۳. بیع به معنای اثر عقد (نقل و انتقال)

در معنای سوم بیع به نتیجه و اثر حقوقی عقد اطلاق می‌شود. در این تحلیل، مال از بایع به مشتری منتقل می‌شود و ثمن از مشتری به بایع انتقال می‌یابد. در اینجا بیع مساوی با انتقال مالکیت و تحقق اثر عقد است نه خود عقد.

۴. بیع به معنای تعهد و رابطه حقوقی

در معنای چهارم بیع عبارت است از مجموعه یک رابطه حقوقی متقابل میان بایع و مشتری. در این نگاه، بیع یک «ساختار تعهدی» است که در آن حقوق و تکالیف دو طرف در برابر یکدیگر قرار می‌گیرد و رابطه عوض و معوض شکل می‌گیرد. در فقه غالباً بحث‌ها ناظر به همین معناست؛ یعنی بیع به عنوان یک «نظام تعهدات متقابل».

جمع بندی نهایی

- احکام عالم تکوین قابل تعمیم به عالم اعتبار نیستند.

- واژه بیع» در فقه و عرف دارای چهار لایه معنایی است:

۱. فعل فروشنده

۲. سبب انشاء عقد

۳. اثر = انتقال مالکیت

۴. رابطه تعهدی بین طرفین - فهم دقیق بیع، وابسته به تفکیک این سطوح معنایی است.

جلسه سوم:

مقدمات ورود به تعریف عقد بیع

در جلسات گذشته مبانی و مقدمات لازم برای ورود به سلسله مباحث عقود بیان شد. اکنون آرام آرام وارد تعریف بیع می‌شویم؛ یعنی ماهیت بیع چیست؟ برای واکاوی این موضوع چند مقدمه ضروری است.

مقدمه اول: تقدم شناخت ارکان بر شرایط صحت

شناخت برخی مقدمات از خودِ ذی‌المقدمه مهم‌تر است. ممکن است در ناحیه آثار و احکام دچار اشتباهاتی شویم که ریشه‌اش در عدم فهم درست مقدمات و مبانی باشد.

در تحلیل هر عقد، ابتدا باید به اسباب، عناصر محوری و ارکان سازنده ماهیت آن توجه کرد. شناخت عناصر تشکیل‌دهنده عقد بر شرایط صحت آن مقدم است و رتبه آن پیش از شرایط صحت قرار دارد. بنابراین ابتدا باید دید چه عناصری در تشکیل ساختمان حقوقی عقد نقش دارند و سپس به بحث شرایط صحت پرداخت.

ساختمان بر فونداسیون و ستون‌هایی استوار می‌شود. آن ستون‌ها چارچوب ساختمان را می‌سازند. پس از تشکیل ساختمان، نوبت به امکانات لازم برای سکونت می‌رسد: پنجره، سقف، دیوار، رنگ و مانند آن.

عناصر سازنده هر ماهیت حقوقی مانند ستون‌های ساختمان‌اند و شرایط اساسی صحت، مانند امکانات لازم برای سکونت. ابتدا باید عقد با قصد انشای صحیح تشکیل شود تا بتوان از آثار و شرایط سخن گفت. پس از استقرار عقدی که ارکان و اجزایش کامل و سالم است، نوبت به طرح شرایط صحت می‌رسد.

برای نمونه، بند ۱ ماده ۲۳۲ قانون مدنی می‌گوید «شرط نامقدور باطل است». شرطی که عادتاً غیرممکن یا عقلاً محال باشد، اساساً شکل نمی‌گیرد تا نوبت به شرایط صحت آن برسد. اگر عقدی در عالم اعتبار حقوقی تشکیل نشود، اصلاً نوبت به شرایط صحت آن نمی‌رسد. شرطی که ممتنع قانونی باشد باطل است، اما شرطی که عقلاً یا عادتاً محال باشد، اساساً در ساختار حقوقی تحقق پیدا نمی‌کند.

در دایره عقود، نخست درباره ارکان سازنده سخن می‌گوییم. وقتی می‌گوییم بیع تملیک عین به عوض است، دو رکن (ثمن و مثن) آن را می‌سازند. عقد ابتدا باید شکل بگیرد، سپس شرایط صحت آن بررسی شود.

اگر عقدی عناصر تشکیل‌دهنده نداشته باشد، اساساً در عالم اعتبار شکل نمی‌گیرد. اما اگر ارکان لازم را داشته باشد و از شرایط صحت محروم بماند، بسته به مورد باطل یا غیرنافذ خواهد بود.

برای مثال، اگر بیعی بدون عوض باشد، اساساً بیع نیست؛ زیرا رکن اصلی ماهیت بیع، عوض و معوض است. اما اگر عوض داشته باشد و آن عوض نامعلوم باشد، بیع هست ولی باطل است. در این حالت نمی‌توان نام عقد دیگری بر آن نهاد یا آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی تصحیح کرد؛ زیرا نام آن «بیع باطل» است.

اما اگر خلل در عناصر سازنده ماهیت باشد و خواست مشترک طرفین قابل انطباق با ماهیت عمل حقوقی دیگری باشد، می‌توان اراده مشترک را به سمت آن عنوان دیگر تفسیر کرد تا عقد از معرض بطلان خارج شود و در قالب یکی از عقود معین یا ماده ۱۰ قانون مدنی شکل صحیح بگیرد.

از این‌رو ابتدا به ارکان سازنده و عناصر تشکیل‌دهنده بیع می‌پردازیم؛ زیرا این اصل است. ابتدا باید ساختمان تشکیل شود، سپس شرایط صحت آن بررسی گردد.

مقدمه دوم: جایگاه فقه و حقوق در تعریف بیع

بیع در علم فقه و حقوق تعریف شرعی ندارد. آنچه حقیقت شرعیه نامیده می‌شود برای بیع وجود ندارد. بیع همان معنایی است که در عرف مردم و سیره عقلا جریان دارد. فقه و حقوق آثار و لوازم همین بیع عرفی را بررسی می‌کنند.

در همه نظام‌های حقوقی، نخست واژگان اساسی عقود و ایقاعات - مانند بیع، نکاح، اجاره، وقف، مزارعه، مساقات، ودیعه، عاریه و وکالت - تعریف می‌شوند و سپس شرایط، احکام و آثار آن‌ها بیان می‌گردد. بنابراین ابتدا باید عناصر اساسی و تعریف عقد بیع را بیان کنیم.

تعاریف فقهی بیع

تحلیل علمی پیش‌گفته سبب شکل‌گیری چند نظریه درباره عقد بیع در فقه شده است. شیخ طوسی و علامه حلی تعریفی ارائه دادند؛ گروهی دیگر از فقها موضوعی متفاوت اختیار کردند. محقق کرکی در جامع المقاصد تعریف دیگری مطرح نمود و سرانجام شیخ انصاری و هم‌فکرانش تعریف چهارمی عرضه کردند. قانون مدنی به تأسی از شیخ انصاری و پیروان او، بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده است.

از این‌رو چهار تعریف را بیان می‌کنیم، ایرادات هر یک را بررسی می‌نماییم و به تعریف شیخ انصاری می‌رسیم؛ سپس اشکالات آن را مطرح و پاسخ می‌دهیم تا تصویر روشنی از ساختمان حقوقی عقد بیع شکل گیرد. پس از آن، در جلسات آینده به شرایط صحت بیع در ناحیه متعاضین، نفس تعویض و عوضین خواهیم پرداخت.

تعریف نخست: انتقال عین به مال

نخستین تعریف را شیخ طوسی در دو کتاب مبسوط و تذکره الفقهاء بیان کرده است:

«بیع، انتقال عین به مال است».

شیخ انصاری و برخی دیگر از فقها این تعریف را نقد کرده‌اند. اشکال آن است که در این تعریف، بیع «انتقال عین» دانسته شده است. بیع آن مجموعه قراردادی است که میان بایع و مشتری از یک سو و میان عوض و معوض از سوی دیگر بسته می‌شود. بیع نفس پیمان است، نه انتقال عین که نتیجه و اثر آن پیمان است.

هنگامی که توافقی میان بایع و مشتری منعقد می‌شود، اثر آن این است که مبیع از فروشنده به مشتری و ثمن از مشتری به بایع منتقل می‌گردد. پس انتقال، ثمره و محصول بیع است، نه خود بیع. در عرف، مردم خرید و فروش می‌کنند و در اثر آن انتقال حاصل می‌شود، اما حقیقت بیع خود این انتقال نیست. بنابراین نباید در تعریف بیع از لفظ «نقل» یا «انتقال» که اثر بیع است استفاده کرد. بیع همان تعهد و پیمانی است که مردم آن را می‌پذیرند و فقیه و حقوق‌دان به این ماده خام عرفی نظم علمی می‌بخشند. پس از انعقاد پیمان بیع، لازمه آن انتقال مبیع به مشتری و ثمن به بایع است. در تعریف نخست، اثر (انتقال) جای مؤثر (پیمان) نشسته و از این‌رو تعریف ناتمام و ناقص است.

تعریف دوم: ایجاب به عوض

پس از آنکه فقها دریافتند تعریف شیخ طوسی اشکال دارد، آن را بازبینی کردند و تعریف تازه‌ای ارائه دادند:

«بیع، ایجاب به عوض است.»

به جای «انتقال»، واژه «ایجاب» را نهادند تا پیمان و تعهد بیان شده باشد. اما این تعریف نیز مورد نقد قرار گرفته است. ایجاب و قبول اسباب انعقاد و برقراری بیع‌اند، نه خود پیمان و تعهد. پیمان دوجانبه از طریق ایجاب و قبول پدید می‌آید؛ نه آن‌که ایجاب و قبول خود بیع باشند. بیع از سنخ تعهد و پیمان است، نه از سنخ لفظ. بیع با ایجاب و قبول حاصل می‌شود؛ یعنی با الفاظی چون «بعت» و «اشتریت» یا «فروختم» و «خریدم» محقق می‌گردد. اگر حقیقت بیع را ایجاب و قبول بدانیم، لازم می‌آید بگوییم ایجاب با لفظ ایجاد می‌شود؛ یعنی ایجاب، ایجاب را پدید می‌آورد.

پس ایجاب و قبول علت و سبب پیدایش بیع‌اند، نه خود حقیقت بیع. حقیقت بیع همان تعهد و پیمان ویژه‌ای است که با این الفاظ محقق می‌شود. از این‌رو تعریف دوم نیز ناقص است.

تعریف سوم: نقل ملک از مالک به غیر

این تعریف از آن محقق کرکی است. سیر تحولات و رد و اشکالاتی که بر نظریه‌ها وارد می‌شود، علم را شکل می‌دهد و پیش می‌برد. هیچ فکری بدون نقد رشد نمی‌کند؛ باید صیقل یابد، جرح و تعدیل شود و بازبینی گردد تا به حد مطلوب نزدیک شود. مطالب بزرگان فقه و حقوق در طول تاریخ، در هر دوره کامل‌تر شده و به شکل امروز به دست ما رسیده است.

محقق کرکی در جامع المقاصد، برای رهایی از اشکالات تعریف شیخ طوسی، بیع را چنین تعریف کرده است:

«بیع، نقل ملک از مالک به غیر اوست، به وسیله صیغه مخصوص.»

به جای «انتقال» که شیخ طوسی گفته بود، واژه «نقل» را نهاد و عامل به وجودآورنده را نیز (صیغه مخصوص) در تعریف گنجانده.

شیخ انصاری بر این تعریف نیز اشکالاتی وارد کرده است. نخستین اشکال آن است که تعریف به اعم است. تعریف باید جامع و مانع باشد؛ یعنی هم همه افراد مشمول را دربرگیرد و هم اغیار را بیرون راند. تعریف محقق کرکی - نقل عین به مال به صیغه - فقط به بیع اختصاص ندارد. اگر حقیقت بیع «نقل» باشد و «نقل» مرادف بیع تلقی شود، باید تنها صیغه «نقلت» برای عقد بیع استعمال گردد. اما صیغه «نقلت» منحصر به بیع نیست؛ با آن می‌توان بسیاری از عقود دیگر - مانند اجاره، مزارعه، مساقات و مضاربه - را نیز منعقد کرد، زیرا در آنها نیز نقل وجود دارد. پس صیغه نقل مخصوص عقد بیع نیست و افراد دیگری را نیز دربرمی‌گیرد. تعریف مانع اغیار نشد؛ در حالی که نقل در اجاره، مزارعه، مساقات و مضاربه بیع نیست و ماهیت این عقود با بیع متفاوت است.

ادامه نقد تعریف سوم

اشکال دوم بر تعریف محقق کرکی آن است که تعریف به اخص است. اشکال نخست این بود که تعریف به اعم است و مصادیق دیگری غیر از بیع را نیز دربرمی‌گیرد. اشکال دوم در مقابل آن قرار دارد. اولاً، بیع با الفاظ مختلفی محقق می‌شود، نه تنها با لفظ «نقلت». اگر حقیقت بیع «نقل» باشد، باید تنها با این لفظ محقق گردد؛ اما چنین نیست. حقیقت بیع با هر لفظی که مفید معنای نقل و انتقال در عرف باشد و پیمان را تفهیم کند - مانند «بعث»، «ملکت» و مانند آن - نیز محقق می‌شود. بنابراین تعریف، به اخص است و تنها یکی از مصادیق بیع را که با صیغه «نقلت» انجام می‌شود بیان کرده است.

ثانیاً، بیع اعم از قولی و فعلی است. اگر ادعا شود که حقیقت بیع تنها با صیغه حاصل می‌شود، باز هم تعریف به اخص خواهد بود؛ زیرا نقل گاه با صیغه است (بیع قولی) و گاه با فعل (بیع معاطاتی). قانون مدنی نیز بیع را با «داد و ستد» محقق می‌داند. عقد اعم از قول و فعل است. صیغه مخصوص قول است، در حالی که بیع با عقد حاصل می‌شود و معاطات در مقابل عقد نیست، بلکه در مقابل بیع لفظی است. عقد اختصاص به قول ندارد؛ گاهی با قول و لفظ و گاهی با فعل و داد و ستد منعقد می‌گردد. آوردن «صیغه» در تعریف، بیع معاطاتی را - که صیغه در آن نیست - از دایره بیع خارج می‌کند، در حالی که معاطات نیز بیع است. این اشکال دوم بر تعریف محقق کرکی است.

اشکال سوم نیز به نوعی به همان بازمی‌گردد: ابزار تحقق بیع (صیغه) که علت به وجودآورنده آن است، در ماهیت بیع قرار داده شده است. عامل تحقق عمل حقوقی نمی‌تواند خود ماهیت آن باشد. بیع تعهد و پیمانی است که

گاه با قول، گاه با فعل و گاه با لفظ خاص محقق می‌شود. ابزار تحقق جدای از ماهیت است و در دایره آن قرار نمی‌گیرد.

در برخی ایقاعات مانند طلاق، لفظ خاص لازم است («أنت طالق»)، اما در انشای عقد، لفظ خاصی شرط نیست و هر لفظی که مقصود را برساند کافی است. در حقیقت بیع جایی برای لفظ خاص - مانند حقیقت طلاق - وجود ندارد. از این‌رو نباید صیغه را در تعریف بیع لحاظ کرد.

تعریف چهارم: تملیک عین به عوض

پس از بیان اشکالات سه تعریف پیشین، نوبت به تعریف شیخ انصاری در مکاسب می‌رسد که قانون مدنی نیز آن را پسندیده است. علامه طباطبایی این تعریف را «اخصر و اسد» - خلاصه‌ترین و محکم‌ترین - دانسته است. شیخ انصاری می‌گوید:

«بیع، انشای تملیک عین به عوض بر وجه تراضی است.»

قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

«بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.»

قانون مدنی شرط صحت (معلوم بودن) را در تعریف آورده که اشکال دارد؛ زیرا شرایط صحت پس از ارکان تشکیل‌دهنده قرار دارند و معلوم بودن در ماهیت عقد بیع دخیل نیست، بلکه در شرایط صحت نقش دارد. تفاوت دیگر آن است که قانون مدنی «تملیک عین به عوض» گفته و شیخ انصاری «انشای تملیک عین به عوض». تعریف شیخ بر انشای پیمان و تملیک تأکید می‌کند و از محدودیت تعاریف پیشین رها شده و جامعیت بیشتری دارد. انشای تملیک گاه با صیغه است (بیع قولی) و گاه با فعل (بیع معاطاتی).

به نظر شیخ انصاری، اشکالات سه تعریف قبلی بر تعریف او وارد نیست. تعریف‌های پیشین یا به پیش از بیع ناظر بودند (ایجاب و قبول که از اسباب‌اند) یا به پس از آن (نقل و انتقال که اثرند). آنچه در میان است، تملیک عین به عوض است؛ همان موجود اعتباری که پیش از آن ایجاب و قبول و پس از آن انتقال مالکیت قرار دارد. با این حال، برخی منتقدان همان اشکال تعریف محقق کرکی را متوجه تعریف شیخ نیز دانسته‌اند: اگر حقیقت بیع انشای تملیک عین به مال باشد، باید بتوان به جای «بعث» گفت «ملکت». تملیک در عقود دیگر - مانند اجاره - نیز واقع می‌شود.

شیخ انصاری پاسخ می‌دهد که تملیک اعم از تملیک عین، تملیک منفعت و تملیک انتفاع است. برای آنکه در تعریف بیع بنشیند، باید پس از واژه تملیک قید خاصی بیاید تا از اجاره (تملیک منفعت) و عاریه (تملیک انتفاع)

متمایز گردد. ماده ۳۳۸ قانون مدنی نیز می‌گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض.» با افزودن قید «عین»، تملیک منفعت و تملیک انتفاع از دایره بیع خارج می‌شوند و تعریف به بیع اختصاص می‌یابد.

اشکال تعریف محقق کرکی اصلاح‌پذیر نیست؛ زیرا واژه «نقل» قید خاصی ندارد که آن را منحصر به بیع کند. افزون بر این، نقل گاه اعتباری (همراه با تملیک) و گاه حقیقی است (مانند جابه‌جایی چمدان توسط باربر). اما واژه عام تملیک با قید خاص «عین» مقصود را تعیین می‌کند و عقد را به بیع منصرف می‌سازد.

اشکال دیگری نیز بر تعریف شیخ وارد شده است: آوردن «انشاء» در تعریف. انشاء (مانند ایجاب) از اسباب تحقق بیع است، نه خود بیع. انشاء ضروری نیست؛ تملیک به تنهایی کفایت می‌کند. انشاء صرفاً عامل تحقق تملیک است. بیع، تملیک و تملک متقابل است که با لفظ یا فعل انشاء می‌شود و اثر آن نقل و انتقال اعتباری است. اصل بیع تملیک و تملک است و انشاء سبب ایجاد این اثر.

خلاصه آن‌که اشکال نخست بر تعریف شیخ انصاری - جامع نبودن به دلیل شمول تملیک منفعت و انتفاع - با افزودن قید «عین» رفع می‌شود. انشاء نیز جزء سبب ایجاد است، نه جزء ماهیت. به نظر می‌رسد تعریف قانون مدنی - تملیک عین به عوض - قابل اعتمادتر است؛ مشروط بر آنکه «معلوم» از تعریف خارج و در شمار شرایط صحت قرار گیرد.

اکنون به مسئله «بیع دین به مدیون» می‌رسیم: آیا انسان می‌تواند مالک ما فی‌الذمه خود شود یا نه؟

جلسه چهارم:

در جلسه قبل، تعریفی که شیخ انصاری از بیع کرد، بیان شد. به نظر می‌رسد قانون مدنی هم از این تعریف پیروی کرده است؛ زیرا همان عناصر تشکیل دهنده‌ای را که شیخ اعظم در تعریف بیع به کار برده است، در ماده ۳۳۸ ذکر کرده است. اشکالات این تعریف بیان و پاسخ آنها داده شد. (درک درست این اشکالات و فهم صحیح پاسخ‌هایی که به آنها داده شده ذهن یک حقوقدان را از اختلاط و اشتباه بین عقد بیع با سایر عقود معین باز می‌دارد. بنابراین، وقتی با تعریف بیع آشنا شدید، صلح را هم از نظر ماهیت می‌شناسید، هبه معوض را نیز تحلیل علمی خواهید کرد و عقد قرض را هم در این میان شناسایی می‌کنید و مرز فارق این عقد را از عقد بیع خواهید شناخت. بر این مبنا می‌توانید ذهن خود را از اشتباهاتی که بین این عقود معین در عناصر سازنده در ذهن ایجاد می‌شود، مصون نگه دارید. بنابراین، تصور نشود که صرفاً در حال بیان یک سری تعریف و نظریه هستیم زیرا کار کرد این نظریات در عمل بسیار بالاست و کاربرد آنها در رویه قضایی نیازمند شناخت تعاریف و مبانی آنهاست و بدون این مرحله موفق به ورود به مرحله کاربرد صحیح این عقود در عمل نخواهیم شد).

اشکال دوم: بیع دین به مدیون

اشکال دیگری که امروز به آن می‌پردازیم، معطوف به این است که تعریف شیخ انصاری که بیع را انشای تملیک عین به عوض می‌داند همه مصادیق بیع را در بر نمی‌گیرد. چرا؟ زیرا یکی از مصادیق بیع، «بیع دین به مدیون» است که اصطلاحاً به آن «بیع دین بر من هو علیه» گفته می‌شود؛ یعنی فروش دین به خود متعهد. برای مثال «اگر علی ده من گندم از حسین طلب داشته باشد، یعنی حسین به علی بدهکار است و علی طلبکار و بستانکار ده من گندم است. حال علی می‌تواند این طلب خود را به خود حسین بفروشد و بگوید این ده من گندمی را که از من قرض گرفته‌ای و من از تو طلب دارم را به مبلغ صد میلیون تومان به خودت فروختم». به این معامله، بیع دین به مدیون گفته می‌شود.

اشکالی که به تعریف شیخ انصاری وارد می‌کنند این است که اگر بیع تملیک باشد لازمه آن این است که حسین مالک دینی شود که بر ذمه خودش قرار دارد؛ یعنی علی طلب خود را که بر ذمه حسین است به خود حسین تملیک کند. در نتیجه حسین مالک ما فی الذمه خود می‌شود (مالکیت ما فی الذمه، با اشکال جمع دو عنوان بستانکاری و بدهکاری در شخص واحد مواجه است).

چگونه ممکن است یک شخص هم مالک باشد یعنی هم طلبکار باشد و هم بدهکار؟ یعنی هم طلب و هم بدهی هر دو در یک شخص جمع شوند؟ گفته می‌شود چنین چیزی قابل تصور نیست؛ زیرا مالکیت یا به عین خارجی تعلق می‌گیرد یا به ذمه دیگری نه به ذمه خود شخص. بنابراین اولاً این مورد بیع نیست و ثانیاً تعریف شیخ

انصاری نیز صحیح نخواهد بود؛ زیرا اگر بگوییم بیع تملیک عین به عوض است در بیع دین به مدیون، مدیون مالک ما فی الذمه خود می‌شود و این نیز قابل تصور نیست؛ زیرا دو وصف بدهکاری و بستانکاری در یک شخص جمع می‌شود. البته اگر خود مدیون بدهی اش را پرداخت کند مشکلی وجود ندارد؛ اما بدهی را به شخص دیگری یعنی طلبکار پرداخت می‌کند. ولی وقتی طلبکار می‌گوید طلبم را به تو فروختم، معنایش این است که خود مدیون مالک بدهی‌ای شده که بر عهده خودش بوده است؛ در نتیجه در «آن واحد» هم بدهکار است و هم بستانکار.

پاسخ این است که اولاً: مالکیت ما فی الذمه جایز است و هیچ اشکالی ندارد. این اشکال برای بعضی‌ها از آن جهت پیش آمده که بین دو مفهوم ملک و حق خلط کرده اند؛ یعنی این دو را با هم اشتباه گرفته‌اند. ان شاء الله در ادامه مباحث پس از پایان تعاریف بیع هنگامی که وارد شرایط اساسی صحت بیع می‌شویم به مناسبت این بحث که مبیع باید عین باشد یا میتواند منفعت یا حق نیز باشد تفاوت میان «حق، ملک و حکم» را بیان خواهیم کرد. اما اجمالاً کسانی که می‌گویند انسان نمی‌تواند مالک ما فی الذمه خود باشد، ملک و حق را با هم اشتباه گرفته‌اند

دقت کنید؛ ملک دو طرف بیشتر ندارد. در مالکیت همیشه دو رکن وجود دارد: «مالک و مملوک». شما مالک خانه‌ای هستید که متعلق به شماست و آن خانه مملوک شما محسوب می‌شود. در مالکیت رکن دیگری لازم نیست. بنابراین، انسان می‌تواند مالک ده من گندم باشد چه این گندم در خارج موجود باشد چه در ذمه خودش و چه در ذمه دیگری. پس در مالکیت فقط دو عنصر محوری لازم است: «مالک و مملوک». اما حق این گونه نیست. در حق سه رکن وجود دارد: یک، متعهد که همان مدیون یا بدهکار است. دو، متعهدله که بستانکار است و در فقه به او «من له الحق» گفته می‌شود و به متعهد یا مدیون نیز «من علیه الحق» می‌گویند. رکن سوم نیز خود حق یعنی «موضوع حق» است. پس حق سه رکن دارد: «متعهد متعهدله و موضوع حق».

اشکالی که مطرح شد، ناشی از این است که برخی گمان کرده اند ملک نیز مانند حق باید سه رکن داشته باشد و در غیر این صورت، انسان نمی‌تواند مالک ما فی الذمه خود باشد. در حالی که ما می‌گوییم ملک با دو رکن استوار است اما حق ساختاری سه ضلعی دارد: «صاحب حق طرف حق و موضوع حق».

بنابراین در مالکیت بیش از دو رکن لازم نیست؛ اما حق به سه رکن نیاز دارد. کسی که می‌گوید انسان نمی‌تواند مالک ما فی الذمه خود باشد در حقیقت مالکیت را با حق اشتباه گرفته است؛ در حالی که در مالکیت انسان می‌تواند مالک ما فی الذمه خود باشد؛ زیرا یک مالک داریم که خود شخص است و یک مملوک که همان ما فی الذمه است و بیش از این دو چیز دیگری لازم نیست؛ اما در حق سه رکن وجود دارد: صاحب حق که به او

«متعهدله یا بستانکار» می‌گوییم؛ طرف مقابل که «متعهد یا بدهکار» است و «موضوع حق» که ممکن است مبلغی پول یک خودرو یا انجام یک عمل باشد.

پس در علم حقوق، مالکیت ما فی الذمه هیچ اشکالی ندارد. البته توضیحات بیشتری نیز دارد که برای رعایت اختصار بسیاری از مطالب را حذف میکنیم تا بتوانید لب مطلب و جان کلام را دریافت کنید و خسته نشوید.

اشکال سوم: شمول معاطات

اشکال سومی که به تعریف شیخ انصاری از بیع به عنوان انشای تملیک عین به عوض وارد کرده اند، این است که این تعریف مانع اغیار نیست؛ زیرا شامل معاطات نیز می‌شود؛ در حالی که برخی معتقدند معاطات بیع نیست. در فقه درباره معاطات بسیار بحث شده و باب مفصلی به آن اختصاص یافته است که ماهیت آن چیست؟ منتقدان میگویند ما قبول نداریم که معاطات بیع باشد؛ اما تعریفی که شما ارائه کرده اید شامل معاطات نیز می‌شود. معاطات یعنی بدون استفاده از صیغه لفظی عقد از طریق دادوستد و عمل خارجی واقع شود. اینجا گفته می‌شود که در تعریف شما صیغه یا امثال آن ذکر نشده و هر تملیک عین به عوضی از جمله معاطات را در بر می‌گیرد. اگر هر تملیک عین به عوض بیع باشد معاطات هم که تملیک عین به عوض است، باید بیع محسوب شود در حالی که گفته می‌شود معاطات، بیع نیست.

پاسخ این است که اولاً: ما این ادعا را که می‌گویید معاطات بیع نیست، قبول نداریم.

همان طور که در جلسه قبل عرض کردم گاهی درباره ارکان سازنده یک عقد صحبت می‌کنیم و گاهی درباره شرایط اساسی صحت آن. ممکن است عقدی ارکان اساسی خود را داشته باشد، اما شرایط صحت را نداشته باشد. در این صورت آن عقد، نام مخصوص دارد ولی عقد باطلی است. برای مثال اگر تملیک عین به عوض باشد، اما عوض، معلوم نباشد یا بایع یا مشتری یکی از شرایط اساسی صحت معامله را نداشته باشند یا موضوع معامله از اموال نامشروع مانند مواد مخدر باشد یا جهت معامله نامشروع باشد این معامله همچنان بیع است؛ زیرا تملیک عین به عوض صورت گرفته اما چون شرایط اساسی صحت را ندارد، بیعی است باطل.

در مورد معاطات نیز همین گونه است. معاطات بیع است؛ اما برخی معتقدند شرایط اساسی لازم را ندارد. بنابراین آن را بیع باطل می‌دانند. برخی نیز در صحت و فساد آن تردید دارند و بعضی دیگر درباره لزوم یا جواز آن بحث می‌کنند؛ یعنی می‌گویند اگر با دادوستد و بدون صیغه لفظی مالی مورد معاوضه قرار گیرد، آیا این عقد مانند عقد لفظی لازم است یا جایز و قابل رجوع؟ محل بحث فقها نیز همین جاست.

وگرنه در این که معاطات تملیک عین به عوض است، هیچ شکی نیست. پس معاطات هم بیع است و این تعریف ما شامل معاطات نیز می‌شود. آنهایی که معاطات را نمی‌پذیرند، می‌گویند معاطات را به عنوان بیع صحیح یا به عنوان بیع لازم قبول نداریم، اما در هر حال بیع است؛ هر چند مخالفان آن را بیع فاسد می‌دانند. علاوه بر این نظر صحیح آن است که معاطات بیع صحیح و لازم است و قانون مدنی نیز بیع ناشی از دادوستد را پذیرفته است. ماده ۳۳۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود...» بلافاصله پس از آن نیز بیان می‌کند که: «ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع گردد». بنابراین قانون مدنی نیز معاطات را پذیرفته است.

اشکال چهارم: عدم شمول نسبت به شراء

اشکال چهارمی که مطرح میکنند اشکال ظریفی است. ابتدا به صورت ساده بیان میکنم و سپس توضیح آن را عرض میکنم تا بعد وارد بحث بعدی شویم و ببینیم تفاوت بیع و مرز فارق آن با صلح معوض هبه معوض و قرض چیست؟

اشکال چهارم این است که منتقد مدعی است تعریف شیخ انصاری که بیع را «انشای تملیک عین به عوض» می‌داند، شامل شراء نمی‌شود. قبلاً گفتیم که بیع به معنای فروختن است؛ هر چند در عرف هم بر خرید و هم بر فروش اطلاق می‌شود. مثلاً وقتی گفته می‌شود: در عقد بیع؛ یعنی در «خرید و فروش». بنابراین هم خریدن و هم فروختن را بیع می‌نامند. منتقد می‌گوید تعریفی که شما ارائه کرده‌اید شامل شراء نمی‌شود؛ زیرا مشتری نیز هنگام خرید مال خود را به بایع تملیک می‌کند. شما عقد بیع را فقط از دیدگاه بایع نگاه کرده‌اید، در حالی که اگر از دیدگاه مشتری نیز نگاه کنیم، مشتری هم تملیک عین به عوض انجام می‌دهد. برای مثال من خودروی خود را به مبلغ یک میلیارد و پانصد میلیون تومان فروختم و شما نیز ثمن را در مقابل آن خودرو به من تملیک کرده‌اید. بنابراین همان طور که بایع کالا را در برابر عوض تملیک می‌کند، مشتری نیز ثمن را در برابر مبیع به بایع تملیک می‌کند. پس اگر بگویید «تملیک عین به عوض» این تعریف فقط قسمت فروش را در بر می‌گیرد و شامل خرید نمی‌شود.

دو پاسخ به این اشکال داده شده است:

پاسخ اول: در علم فقه و حقوق وقتی از «عقد بیع»، «کتاب بیع» یا «مبحث بیع» سخن می‌گوییم منظور ما همان تعریفی است که قبلاً پذیرفتیم. یعنی مقصود از بیع «پیمان و تعهدی است که بین بایع و مشتری منعقد می‌شود». اصلاً بحث ما بیع در مقابل شراء نیست تا اشکال شما وارد باشد. ما در صدد تعریف پیمانی هستیم که دو ضلع دارد: ضلع اول بر عهده بایع است. ضلع دوم بر عهده مشتری است. هر دو نیز تملیک عین به عوض را در بر

می‌گیرند. پس این پیمان همان اندازه که بر دوش بایع است، بر دوش مشتری نیز قرار دارد. بنابراین وقتی می‌گوییم: «بیع تملیک عین به عوض» است، منظور همان پیمان و مجموعه توافقی است که بین «دو طرف عقد» از یک سو و بین «عوض و معوض» از سوی دیگر برقرار می‌شود. یک طرف آن بر عهده بایع است و طرف دیگر بر عهده مشتری. پس ما کاری به بیع در مقابل شراء نداریم؛ بلکه در حال تعریف خود پیمان هستیم.

از همین رو، این سؤال نیز مطرح می‌شود که آیا تقدم قبول بر ایجاب جایز است یا خیر؟ یعنی اگر مشتری ابتدا بگوید: من ثمن را در مقابل مبیعی که به من تملیک می‌کنید، تملیک می‌کنم، آیا تقدیم قبول بر ایجاب، صحیح است یا خیر؟

پاسخ این است که بله پذیرفته شده است و لازم نیست حتماً ایجاب بر قبول مقدم باشد. پس آن هم بیع است و منظور ما از بیع همان پیمانی است که این دو طرف با یکدیگر منعقد می‌کنند.

پاسخ دوم: پاسخ دیگری نیز به این اشکال داده شده که از نظر کاربردی بسیار مهم است و شاید در جای دیگری کمتر با آن مواجه شوید. در واقع بیع همان «تملیک عین به عوض» است؛ یعنی محور اصلی بیع کاری است که بایع انجام می‌دهد. به تعبیر دیگر اصالتاً و استقلالاً، آنچه بیع نامیده می‌شود تملیکی است که از سوی بایع صورت می‌گیرد. اما تملیک مشتری، اصیل و مستقل نیست؛ بلکه مشتری ثمن را در مقابل مبیع تملیک می‌کند. در حقیقت کانون توجه در عقد بیع، مبیع است. به همین دلیل، تفاوت میان معاوضه و بیع نیز از همین جا روشن می‌شود. در معاوضه نیز دو طرف وجود دارند و هر یک مال خود را با مال دیگری مبادله می‌کند؛ اما در معاوضه هر دو مال به یک اندازه مقصود اصلی طرفین هستند و هر دو موضوع معامله قرار می‌گیرند؛ اما در بیع محور اصلی و هدف نخستین، مبیع است و ثمن در مرتبه بعد قرار می‌گیرد. در معاوضه هر دو مال به یک اندازه مورد هدف و غرض طرفین هستند؛ اما در بیع یک مال هدف اصلی است که همان مبیع است و در اختیار بایع قرار دارد. مال دیگری که در اختیار مشتری است، در واقع معیار ارزش‌گذاری و سنجش مبیع محسوب می‌شود. بنابراین، در عقد بیع، ثمن اصالت ندارد، بلکه اصالت، با مبیع است. در واقع، تفاوت ظریف عقد بیع با معاوضه دقیقاً در همین نکته نهفته است.

این امر، در تحلیل قراردادهایی که در آینده با آنها مواجه می‌شوید و نیز در تحلیل عقود که میان مردم رایج است، می‌تواند بسیار تأثیرگذار باشد و به شما کمک کند.

اکنون وارد یکی از چالش‌های اصلی بحث می‌شویم:

اشکال پنجم

اشکال پنجم معطوف به این است که منتقد می گوید تعریف شیخ انصاری از بیع، یعنی «انشای تملیک عین به عوض»، مانع اغیار نیست؛ زیرا

اولاً: شامل صلح معوض نیز می شود.

ثانیاً: شامل هبه معوض نیز می شود

ثالثاً: شامل قرض نیز می شود.

این مباحث را در حقوق مدنی نیز مطالعه خواهید کرد، اما در اینجا مبانی فقهی آن را می آموزید تا در آنجا فهم مطالب برای شما بسیار آسان تر باشد.

ابتدا به **صلح معوض** می پردازیم. در صلح معوض دو طرف اختلاف با یکدیگر مصالحه می کنند؛ زیرا صلح ناظر به **رفع نزاع** است. دو طرف که با یکدیگر اختلاف دارند، در نقطه ای به توافق و سازش می رسند و این عمل حقوقی نیز همراه با تملیک در برابر عوض است. بنابراین اشکال می شود که تعریف شما شامل صلح معوض نیز شده است.

اما در هبه، گاهی بخشش بدون عوض و به صورت رایگان و یک طرفه انجام می شود (که محل بحث ما نیست). گاهی نیز هبه، معوض است؛ یعنی شخص مالی را به دیگری می بخشد به شرط آنکه طرف مقابل نیز مالی را به او ببخشد. به این هبه معوض گفته می شود. هبه معوض را گاهی برای این انجام می دهند که عمل حقوقی آنها مشمول احکام بیع نباشد؛ برای مثال احکام مخصوص بیع مانند: «خیار مجلس»، «خیار حیوان» و «خیار تأخیر ثمن» و سایر احکام اختصاصی بیع بر آن جاری نشود. به همین دلیل آن را در قالب هبه معوض منعقد می کنند؛ یا به تعبیر حقوق دانان «هبه به شرط تملیک».

در این حالت شخص می گوید: «مالم را به تو می بخشم، به شرط آنکه تو نیز مال خود را به من ببخشی». در هبه معوض هر یک از طرفین مالی را به دیگری تملیک میکند به شرط آنکه طرف مقابل نیز مالی را به او تملیک کند. پس این هم تملیک عین در برابر عوض است؛ اما حقیقت آن هبه است، نه بیع.

بنابراین گفته می شود تعریف شیخ انصاری مانع اغیار نیست؛ زیرا هم شامل صلح معوض میشود و هم شامل هبه معوض.

اما نکته اصلی و مرکز ثقل بحث دقیقاً همین جاست: برای بررسی هر ماهیت حقوقی باید به ساختار درونی و ارکان سازنده آن توجه کنیم. دقت کنید؛ برای شناخت هر ماهیت حقوقی باید ببینیم عنصر اصلی و رکن تشکیل دهنده آن عقد چیست. اگر این مسئله روشن نشود، ماهیت های حقوقی با یکدیگر اشتباه گرفته می شوند؛ چرا که ممکن است چند ماهیت حقوقی در آثار با یکدیگر مشترک باشند، اما در ارکان و عناصر سازنده تفاوت داشته

باشند؛ مانند بیع صلح معوض و هبه معوض. این سه ماهیت حقوقی، از نظر آثار شباهت دارند؛ زیرا هر سه موجب تملیک عین در برابر عوض می‌شوند؛ اما ماهیت آنها متفاوت است و راز این تفاوت، در ارکان سازنده آنها نهفته است.

اکنون به ترتیب آنها را بررسی می‌کنیم:

مقایسه بیع با صلح معوض

ماهیت عقد صلح اساساً تملیک عین به عوض نیست. برای شناخت هر ماهیت حقوقی باید به ارکان سازنده آن توجه کرد.

جوهره و محور اصلی عقد صلح، تسالم است؛ یعنی توافق بر سازش و رفع نزاع. دو طرف در موضوعی با یکدیگر اختلاف دارند و به موجب عقد صلح، اختلاف خود را برطرف می‌سازند. بنابراین جوهره عقد صلح تسالم است؛ در حالی که محور اصلی و عنصر سازنده عقد بیع، تملیک عین به عوض است و آن پیمان بر همین اساس شکل می‌گیرد.

ماهیت صلح: رفع نزاع در قالب‌های گوناگون

در صلح، طرف با توافق و سازش روبه‌روست. ماهیت صلح در واقع رفع نزاع است؛ اما این رفع نزاع می‌تواند صورت‌های مختلفی پیدا کند.

صلح یک جان‌مایه دارد و آن تسالم و سازش است. اما این تسالم در قالب‌های گوناگون ظاهر می‌شود:

- گاهی رفع نزاع در قالب تملیک عین به عوض جلوه می‌کند که شبیه بیع است.
 - گاهی در قالب تملیک منفعت ظاهر می‌شود که مانند اجاره است.
 - گاهی در قالب تملیک انتفاع تحقق پیدا می‌کند که شبیه عاریه است.
 - گاهی نیز در قالب اسقاط حق ظاهر می‌شود که مانند ابراء است و ایقاع محسوب می‌شود.
 - گاهی هم به صورت یک عقد مستقل و جدید جلوه می‌کند؛ مانند برخی مصادیق صلح در مضاربه.
- در حقیقت صلح خمیرمایه‌ای است که می‌توان آن را در قالب‌های مختلف شکل داد، اما جوهره آن در همه این قالب‌ها یکی است و آن سازش و رفع اختلاف است.

قالب‌های گوناگون تسالم در عقد صلح

شما می‌توانید سازش را در قالب تملیک عین به عوض قرار دهید که شبیه بیع می‌شود؛ یا در قالب تملیک منفعت که شبیه اجاره است؛ یا در قالب تملیک انتفاع که مانند عاریه خواهد بود. حتی می‌توانید اختلاف را از طریق اسقاط حق پایان دهید؛ مانند طلبکاری که حق خود را نسبت به بدهکار ابراء می‌کند.

همچنین ممکن است صلح به صورت یک عقد مستقل ظاهر شود. برای مثال در مضاربه ممکن است طرفین توافق کنند که یکی هشتاد درصد سود و دیگری بیست درصد سود را ببرد و تمام خسارت نیز بر عهده یکی از آنها باشد. چنین شرطی با ماهیت عقد مضاربه سازگار نیست؛ زیرا در مضاربه سود و زیان باید مطابق قواعد آن میان طرفین تقسیم شود. اما اگر این توافق در قالب عقد صلح و به صورت شرط ضمن عقد انجام شود، امکان‌پذیر خواهد بود.

بنابراین طرفین با استفاده از عقد صلح، پیمان جدیدی ایجاد می‌کنند که در آن سود، خسارت و سایر تعهدات را به گونه‌ای که مورد توافقشان است تنظیم می‌نمایند.

جوهره واحد صلح در قالب‌های متعدد

در نتیجه، صلح در هر عقدی می‌تواند متناسب با همان عقد نقش ویژه‌ای ایفا کند و آثار متفاوتی داشته باشد؛ اما اساس و جوهره آن تملیک نیست، بلکه رفع خصومت و ایجاد سازش است. پس عنصر محوری صلح، رفع نزاع است که در هر مورد اثر خاص خود را بر جای می‌گذارد.

اگر بگوییم صلح در هر قالبی همان حقیقت آن قالب را دارد، باید بپذیریم که صلح دارای چندین حقیقت مختلف است: گاهی تملیک عین، گاهی تملیک منفعت، گاهی تملیک انتفاع، گاهی اسقاط حق و گاهی عقدی مستقل. در حالی که صلح فقط یک حقیقت دارد و آن رفع نزاع، رفع خصومت و ایجاد سازش است.

بازشناسی عقود بر اساس ماهیت و ارکان

بنابراین اگر بخواهیم عقود را از یکدیگر بازشناسیم، باید به ماهیت و ارکان سازنده آنها توجه کنیم، نه صرفاً به آثارشان. درست است که اثر بیع، صلح معوض و هبه معوض ممکن است یکسان باشد، اما ماهیت آنها یکسان نیست. ماهیت صلح تسالم است؛ اما ماهیت بیع تملیک عین به عوض است.

تفاوت بیع و هبه معوض

اکنون وارد بررسی تفاوت بیع و هبه معوض می‌شویم. بیع و هبه معوض چند تفاوت اساسی دارند. نخستین تفاوت آنها در توازن یا عدم توازن ارزش اقتصادی عوضین است.

در هبه معوض، تملیک عین به عوض مانند بیع نیست؛ زیرا جوهره و حقیقت بیع، تملیک عین در برابر عوضی است که از نظر اقتصادی معادل ارزش مبیع محسوب می‌شود.

وقتی شخص خانه خود را می‌فروشد، در حقیقت قصد دارد معادل مالی و ارزش اقتصادی آن خانه را از مشتری دریافت کند. بنابراین ثمن و مثنی از نظر ارزش اقتصادی در دو کفه متعادل قرار می‌گیرند. به همین دلیل بیع را عقد معاوضی می‌نامند؛ زیرا هر یک از طرفین می‌کوشد بهترین منفعت اقتصادی را برای خود به دست آورد. بایع

تلاش می‌کند کالا را گران‌تر بفروشد و مشتری سعی می‌کند آن را ارزان‌تر بخرد. پس نگاه به عوض در بیع، نگاهی معاوضی و مبتنی بر تقابل ارزش اقتصادی است.

بنابراین هرگاه از ماهیت بیع پرسیده شود، پاسخ این است که بیع عبارت است از تملیک عین در برابر عوض؛ یعنی در این فرایند بایع کالا را به مالکیت مشتری درمی‌آورد و اعلام می‌کند که این مال را در برابر ثمن معین به او فروخته است. هنگامی که مشتری این ایجاب را قبول می‌کند، مبیع وارد مالکیت مشتری و ثمن وارد مالکیت بایع می‌شود.

خیار غبن در عقود معاوضی

اگر توازن اقتصادی دو عوض به هم بخورد، خیار غبن ایجاد می‌شود. خیار غبن مخصوص عقود معاوضی و عقود مقابله‌ای است؛ اما در عقودی که بنای آنها بر مسامحه و گذشت است - مانند هبه - خیار غبن وجود ندارد. در بیع، ارزش اقتصادی دو عوض در اراده انشایی طرفین نقش اساسی دارد. به همین دلیل گفته می‌شود طرفین در بیع از خصوصیات مال خود صرف‌نظر می‌کنند، نه از ارزش اقتصادی آن. برای مثال وقتی می‌خواهم خودروی خود را بفروشم، قصد دارم خصوصیت مال خود را تغییر دهم؛ یعنی خودرو را به پول، سکه یا ارز تبدیل کنم، اما از ارزش اقتصادی آن صرف‌نظر نمی‌کنم.

تفاوت محور عوض در بیع و هبه معوض

اما در هبه وضعیت متفاوت است. در هبه معوض، عوض در مقابل خود مال قرار نمی‌گیرد، بلکه در مقابل فعل بخشش قرار می‌گیرد.

حقیقت بیع، تملیک عین به عوض است و محور آن معاوضه است؛ به گونه‌ای که میان عوض و معوض تقابل برقرار است. اما در هبه معوض، عوض در برابر مالی که بخشیده شده قرار نمی‌گیرد، بلکه در برابر عمل بخشیدن قرار می‌گیرد. برای مثال واهب می‌گوید: «این خودرو را به تو می‌بخشم به شرط آنکه تو نیز دو چرخه‌ات را به من ببخشی».

محور عوض در هبه معوض: تقابل دو عمل بخشش

در اینجا دو چرخه‌ای که متهم می‌بخشد، در برابر ارزش اقتصادی خودرو نیست، بلکه در برابر عمل بخشش واهب قرار دارد. به بیان دقیق‌تر، واهب می‌گوید: «من این عمل - یعنی بخشیدن - را انجام می‌دهم به شرط آنکه تو نیز عمل بخشیدن را انجام دهی»؛ نه آنکه بگوید: «این مال را در برابر مال تو به تو واگذار می‌کنم». در اینجا دیگر دادوستد و معاوضه اقتصادی مطرح نیست. البته در هبه نیز تملیک عین به شرط عوض وجود دارد، اما حقیقت آن بیع نیست؛ بلکه حقیقت آن تقابل دو عمل بخشش است.

بنابراین اگر معاوضه میان دو مال باشد و ارزش اقتصادی آنها مورد نظر قرار گیرد، آن عقد بیع است؛ اما اگر معاوضه میان دو عمل بخشش باشد - یعنی بخشیدن در برابر بخشیدن - آن عقد هبه معاوض خواهد بود. پس هبه معاوض یعنی بخشش و اهب مشروط به بخشش متهب است. در نتیجه، معاوضه میان دو عمل هبه صورت می‌گیرد، نه میان ارزش اقتصادی دو مال.

بنابراین جوهره بیع و هبه معاوض با یکدیگر تفاوت دارد؛ همان‌گونه که میان بیع و صلح معاوض نیز تفاوت ماهوی وجود داشت. در هبه معاوض، محور اصلی معاوضه میان دو فعل بخشش است، نه میان دو مال.

تفاوت دیگر: خیار تخلف از شرط

هبه معاوض یک تفاوت مهم دیگر نیز با بیع دارد که بسیار ظریف است و در مبحث شروط ضمن عقد مطرح می‌شود. در هبه معاوض، اگر به صورت شرط فعل باشد، در صورت تحقق نیافتن شرط، خیار تخلف از شرط ایجاد می‌شود؛ اما در بیع چنین نیست، زیرا تملیک‌های دو طرف به صورت هم‌زمان تحقق پیدا می‌کند.

جلسه پنجم

ادامه تعاریف فقهی عقد بیع

در ادامه مباحث مربوط به تعریف فقهی عقد بیع، به تعریفی رسیدیم که شیخ انصاری از این عقد ارائه کرده بود و ایراداتی که فقهای ادوار بعدی بر آن وارد ساخته‌اند، همراه با پاسخ‌هایی که خود شیخ انصاری به این ایرادات داده است.

ایراد اول: عدم مانع اغیار بودن تعریف

ایراد اخیر، آن بود که تعریف شیخ انصاری از عقد بیع - یعنی «تملیک عین در برابر عوض» - مانع اغیار نیست؛ زیرا عقود تملیکی دیگری مانند صلح معوض و هبه معوض نیز وجود دارند که در تعریف آنها نیز می‌توان گفت «تملیک عین به عوض». اجمالاً مباحث مربوط به صلح معوض و تفاوت آن با عقد بیع بیان شد و سپس به اشکالی رسیدیم که بر تعریف شیخ انصاری از جهت شمول آن نسبت به هبه معوض وارد شده است. در هبه معوض نیز شخصی مالی را به دیگری می‌بخشد به شرط آنکه متهب نیز مالی را در ازای آن به واهب ببخشد. در ظاهر، اینجا نیز تملیک در برابر عوض وجود دارد.

تحلیل تفاوت بیع و هبه معوض از جهت تقابل ارزش اقتصادی

در تحلیل بیع و هبه معوض، اگر شخصی کالایی را به تملیک دیگری درآورد و بگوید: «این مال را در مقابل ثمن معین به تو فروختم»، پس از قبول مشتری، تبادل مالکیت میان مبیع و ثمن صورت می‌گیرد. این تبادل به گونه‌ای است که ارزش اقتصادی عوضین باید به صورت متعادل لحاظ شود؛ یعنی میان ارزش اقتصادی مبیع و ثمن نوعی تعادل و توازن برقرار باشد. اگر این توازن بر هم بخورد، در صورت وجود شرایط قانونی، خيار غبن ایجاد می‌شود. اما در هبه به شرط عوض، عوضی که متهب به واهب می‌دهد در مقابل خود مال بخشیده شده نیست، بلکه در مقابل عمل بخشیدن و تملیک قرار دارد. بنابراین تفاوت جوهری هبه معوض با بیع این است که در بیع، ارزش اقتصادی عوضین محور اصلی معامله است و تقابل و توازن اقتصادی اهمیت اساسی دارد؛ اما در هبه معوض، عوض در برابر فعل بخشیدن قرار می‌گیرد.

تفاوت دوم: تقابل یا عدم تقابل هم‌زمان تملیک‌ها

تفاوت دوم - که موضوع بحث امروز است - به تقابل یا عدم تقابل هم‌زمان تملیک‌ها در بیع و هبه معوض مربوط می‌شود.

در بیع، تملیک در برابر تملیک به صورت هم‌زمان انجام می‌شود. به عبارت دیگر، فروشنده با تملیک مبیع به مشتری، در همان لحظه مستحق تملک ثمن می‌شود. این دو تملیک و تملک - یعنی تبادل مالکیت - هم‌زمان با

انعقاد عقد تحقق پیدا می‌کند. برای مثال، هنگامی که فروشنده می‌گوید: «این خانه را به پنج میلیارد تومان فروختم» و مشتری نیز قبول می‌کند، در همان لحظه انعقاد عقد، خانه به مالکیت مشتری و ثمن به مالکیت فروشنده منتقل می‌شود.

اما در هبه معوض چنین وضعیتی وجود ندارد. در هبه معوض، واهب به محض تملیک مال موهوبه به متهب، مالک عوض نمی‌شود. برای مثال، اگر واهب بگوید: «این فرش را به تو هبه می‌کنم به شرط آنکه تو نیز این ساعت را به من هبه کنی»، با انشای هبه فرش، فوراً ملک متهب می‌شود؛ اما تا آن لحظه واهب مالک ساعت نشده است. واهب زمانی مالک عوض می‌شود که متهب به شرط مقرر در ضمن عقد عمل کند و ساعت را به واهب ببخشد. بنابراین تنها پس از وفای متهب به شرط، واهب مالک مال مورد عوض خواهد شد.

امکان تخلف متهب و آثار آن

آیا ممکن است متهب که مشروط‌علیه است از انجام شرط خودداری کند و عوض را به واهب تملیک نکند؟ بله، چنین امری ممکن است. برای مثال ممکن است شخصی خانه‌ای را بفروشد و ضمن عقد شرط کند که خریدار او را وکیل خود قرار دهد یا خانه‌ای برای او بسازد یا از انجام عملی خودداری کند. در این موارد به محض انعقاد عقد بیع، تملیک و تملک تحقق پیدا می‌کند؛ اما اگر مشروط‌علیه به شرط عمل نکند، مشروط‌له می‌تواند مطابق مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی، ابتدا الزام مشروط‌علیه را به انجام شرط از دادگاه درخواست کند و اگر اجبار او ممکن نباشد، آنگاه حق فسخ خواهد داشت.

در هبه معوض نیز اگر متهب از عمل به شرط تخلف کند، واهب مالک عوض نمی‌شود. اثر حقوقی این موضوع آن است که واهب می‌تواند یا الزام متهب به اجرای شرط را از دادگاه درخواست کند یا از هبه رجوع کرده و عقد را فسخ کند. در واقع اگر عقد را فسخ کند، مال موهوبه باید به او بازگردد.

بنابراین پیامد تخلف از شرط در هبه معوض این است که اگر متهب از انجام شرط خودداری کند یا آن را فراموش کرده و عوض را به واهب نبخشد، واهب مالک عوض نخواهد شد. در این صورت می‌تواند یا الزام متهب به اجرای شرط را بخواهد و یا اگر امکان الزام وجود نداشت، از هبه رجوع کرده و عقد را فسخ کند.

نتیجه‌گیری: تفاوت ماهوی و مانع اغیار بودن تعریف

این فرایند حقیقت هبه معوض را به خوبی نشان می‌دهد و بیانگر آن است که ماهیت آن با بیع متفاوت است. در عقد بیع به محض ایجاب و قبول و انعقاد عقد، هر دو تملیک به طور هم‌زمان انجام می‌شود؛ مبیع به مالکیت مشتری درمی‌آید و ثمن در مالکیت فروشنده قرار می‌گیرد. اما در هبه معوض یا هبه به شرط عوض، این تملیک و تملک هم‌زمان رخ نمی‌دهد. ابتدا مال واهب به تملک متهب درمی‌آید و سپس اگر متهب در راستای اجرای

شرط، مال مورد شرط را به واهب ببخشد، در آن صورت واهب مالک عوض خواهد شد. اگر هم متهب از انجام شرط تخلف کند، عوض وارد دارایی واهب نمی‌شود و واهب می‌تواند یا الزام متهب را به انجام شرط بخواهد و یا در صورت عدم امکان، عقد را فسخ کرده و مال موهوبه را پس بگیرد.

با این توضیح روشن می‌شود که تعریف بیع - یعنی انشای تملیک عین به عوض - مانع اغیار است؛ زیرا هبه معوض هرچند در ظاهر تملیک عین به عوض است، اما ماهیت آن با بیع تفاوت دارد. در بیع، تملیک متقابل در همان لحظه انعقاد عقد به وجود می‌آید؛ اما در هبه معوض، تملیک واهب مقدمه است و تملیک متهب به واهب مشروط به اجرای شرط است. بنابراین تعریف شیخ انصاری از بیع، هبه معوض را در بر نمی‌گیرد و میان این دو تفاوت ماهوی وجود دارد.

تأکید بر تفاوت ماهوی بیع با صلح و هبه معوض

روشن است که واهب زمانی مالک عوض می‌شود که متهب - یعنی هبه‌گیرنده - به شرط عمل کرده و عوض را به او ببخشد. بنابراین همان‌گونه که گفته شد، بیع با صلح تفاوت ماهوی دارد؛ زیرا محور اصلی بیع تملیک است، در حالی که محور اصلی صلح تسالم و سازش است. صلح ممکن است گاهی در قالب تملیک، گاهی در قالب تملیک منفعت، گاهی در قالب ابراء و گاهی به صورت عقدی مستقل ظاهر شود، اما جوهره آن رفع نزاع و ایجاد سازش است.

در هبه نیز - حتی در هبه معوض - محور اصلی تملیک بلاعوض است؛ هرچند ممکن است شرط عوض در آن قرار داده شود. در همین فرض نیز هبه معوض دو تفاوت اساسی با بیع دارد:

۱. تقابل و معاوضه ارزش اقتصادی عوضین در آن وجود ندارد.
۲. تملیک مال موهوبه و انتقال عوض به صورت هم‌زمان انجام نمی‌شود؛ برخلاف عقد بیع.

اشکال دیگر بر تعریف بیع: شمول نسبت به عقد قرض

اشکال دیگری که بر تعریف بیع - یعنی «انشای تملیک عین به عوض» - وارد شده آن است که این تعریف شامل عقد قرض نیز می‌شود؛ زیرا قرض نیز نوعی تملیک عین به عوض است.

در اینجا در واقع عقود تملیکی را بررسی می‌کنیم و ارکان و عناصر اساسی آنها را توضیح می‌دهیم تا تفاوت هر یک با دیگری روشن شود. در حقوق مدنی، شش بخش نخست مربوط به عقود تملیکی است که شامل بیع، صلح، قرض و معاوضه می‌شود و این عقود با مقایسه با عقد بیع - که سرسلسله عقود تملیکی است - مورد بررسی قرار می‌گیرند تا مرزها و تفاوت‌های ماهوی آنها مشخص شود.

اشکال این است که تعریف بیع شامل قرض نیز می‌شود؛ زیرا قرض هم تملیک عین به عوض است.

تفاوت دین و قرض

اکنون باید تفاوت دین و قرض را بررسی کنیم؛ زیرا در عرف این دو گاهی با یکدیگر اشتباه گرفته می‌شوند و یکسان پنداشته می‌شوند.

هر قرضی دین است، اما هر دینی قرض نیست. این بیان درست است اما نیاز به توضیح دارد. قرض یکی از عقود معین است و دارای ایجاب و قبول بوده و مانند سایر عقود معین شرایط و احکام خاص خود را دارد که رعایت آنها ضروری است؛ در غیر این صورت عقد باطل خواهد بود. اما دین دایره شمول گسترده‌تری دارد.

تفاوت دین و قرض و تفاوت ضمان معاوضی با ضمان ید

دین دایره شمول گسترده‌تری از قرض دارد. فرض کنید شخصی مالی را به صورت نسیه خریداری کند؛ یعنی مالی را بگیرد و بهای آن را پنج ماه بعد پرداخت کند. این شخص در اینجا مدیون است، اما از لحاظ اصطلاح دقیق حقوقی مقروض محسوب نمی‌شود؛ گرچه در عرف ممکن است بگویند مقروض است. می‌توان گفت بدهکار یا مدیون است، اما مقروض نیست. بنابراین هر دینی قرض نیست.

همچنین اگر کسی مال دیگری را تلف کند یا ضامن مال دیگری شود، یا مرتکب قتل خطایی گردد یا در اثر تصادف مسئول جبران خسارت شود، در همه این موارد شخص بدهکار، مدیون و ضامن است؛ اما از نظر دقیق حقوقی و فقهی مقروض محسوب نمی‌شود.

قرض در معنای دقیق خود یک عقد تملیکی است؛ در حالی که دین هر نوع اشتغال ذمه شخص را شامل می‌شود که یکی از مصادیق آن عقد قرض است. عقد قرض نیز شخص را مدیون می‌کند، اما ممکن است شخص به سبب یکی از اسباب مسئولیت قهری و خارج از قرارداد نیز مدیون شود، بدون آنکه عقد قرضی میان طرفین وجود داشته باشد.

ماهیت قرض، انشای تملیک مال به عوض است؛ یعنی شخص مال خود را به دیگری تملیک می‌کند تا مقترض مثل یا قیمت آن مال را در موعد مقرر به او بپردازد.

بنابراین تفاوت ماهوی دین و قرض روشن می‌شود. دین اعم از قرض است؛ یعنی هر قرضی دین محسوب می‌شود، اما هر دینی قرض نیست؛ زیرا ممکن است دین بر اثر یکی از اسباب مسئولیت مدنی و خارج از قرارداد ایجاد شده باشد.

بازگشت به بحث اصلی و تفاوت قرض با هبه معوض

حال به بحث اصلی بازمی‌گردیم. هنگامی که مقرض مال خود را در برابر عوض به دیگری قرض می‌دهد، آن مال به مقرض تملیک می‌شود. این عمل حقوقی نه تبرعی و رایگان است، نه از سنخ امانت و عاریه و انتقال منفعت، و نه حتی شبیه هبه معوض است که عملی در برابر عمل دیگر قرار گیرد؛ بلکه عوضی که مقرض از مقرض مطالبه می‌کند در برابر خود مال مقروض است.

از این جهت قرض با هبه معوض تفاوت دارد؛ زیرا در هبه معوض عوض در مقابل عمل بخشیدن قرار می‌گیرد، اما در قرض همانند عقد بیع میان ارزش اقتصادی دو عوض تناسب، معاوضه، تقابل و توازن برقرار است. یعنی مقرض مال خود را به شرط تملیک مال دیگری منتقل نکرده، بلکه اساساً شرطی در میان نیست و تنها میان ارزش اقتصادی دو مال توازن برقرار است.

بنابراین پاسخی که درباره هبه معوض ارائه شد، در مورد قرض قابل استفاده نیست؛ زیرا در قرض میان ارزش اقتصادی دو مال توازن وجود دارد و از این جهت به بیع شباهت دارد.

تفاوت عقد بیع و عقد قرض از جهت نوع ضمان

حال باید دید پاسخ به تفاوت عقد بیع و عقد قرض چیست. وقتی ماهیت قرض را تحلیل می‌کنیم روشن می‌شود که برخلاف بیع، ضمان در قرض از نوع دیگری است. در عقد بیع، ضمان از نوع ضمان معاوضی است؛ اما در عقد قرض، ضمان از نوع ضمان ید است.

ضمان معاوضی

ضمان معاوضی یعنی در عقود معاوضی، مسئولیتی که هر یک از طرفین بر عهده می‌گیرند تابع توافق و قرارداد میان آنهاست. برای مثال اگر فروشنده بگوید: «این ماشین را به سه میلیارد تومان فروختم»، ضمان خریدار نسبت به همان سه میلیارد تومان است که مورد توافق قرار گرفته است. همچنین فروشنده نیز ضامن تسلیم همان خودروی معین است که موضوع قرارداد بوده است. بنابراین در ضمان معاوضی، مسئولیت تابع قرارداد و توافق طرفین است.

ضمان ید

اما ضمان ید مستند به قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» است؛ یعنی هر کس مالی را در اختیار بگیرد، ضامن آن خواهد بود. در ضمان ید، مسئولیت تابع قانون است نه تابع توافق طرفین. اگر مال باقی باشد شخص موظف است همان مال را مسترد کند و اگر تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بپردازد.

اما در ضمان معاوضی طرفین بر ارزش مال توافق کرده‌اند؛ برای مثال ارزش ماشین را سه میلیارد تومان تعیین کرده‌اند. بنابراین خریدار ضامن همان مبلغ توافق شده است؛ خواه قیمت بازار بعداً بیشتر شود یا کمتر. از این رو در ضمان معاوضی، مسئولیت بر اساس قرارداد تعیین می‌شود نه بر اساس تغییرات قیمت بازار.

ادامه تفاوت ضمان معاوضی و ضمان ید

در ضمان معاوضی طرفین ضامن همان ارزش اقتصادی هستند که در قرارداد و پیمان بر آن توافق کرده‌اند؛ اما در ضمان ید چون توافقی وجود ندارد یا توافق مورد قبول قانون نیست، ضمان تابع قانون است و به مثل یا قیمت تبدیل می‌شود. یعنی اگر مال مثلی باشد ضامن باید مثل آن را بپردازد و اگر قیمی باشد متعهد به پرداخت قیمت آن خواهد بود.

تعریف مال مثلی و مال قیمی و ارتباط آن با عقد قرض

حال که نامی از مال مثلی و قیمی برده شد، چون این دو مفهوم در ابواب مختلف فقه و حقوق کاربرد فراوانی دارند، مناسب است آنها را نیز به‌طور اجمالی تعریف کرده و ضابطه تشخیص آنها را بیان کنیم. نظر مشهور در تعریف مال مثلی این است که مال مثلی مالی است که اجزای مساوی آن از نظر قیمت مثل هم و مساوی باشند؛ به‌گونه‌ای که با کم و زیاد شدن مقدار اجزا، قیمت آن نیز به همان نسبت کم و زیاد شود. مانند شیر، گندم یا حبوبات از یک نوع.

برای مثال فرض کنید مقدار مشخصی شیر با جنس و اوصاف یکسان در یک پاتیل وجود دارد. گفته می‌شود این مال مثلی است؛ زیرا اجزای مساوی آن از نظر قیمت برابرند و با افزایش یا کاهش مقدار آن، قیمت نیز به همان نسبت تغییر می‌کند. برای نمونه اگر قیمت یک کیلوگرم از این شیر صد هزار تومان باشد، یک کیلوگرم دیگر از همان شیر نیز صد هزار تومان ارزش دارد. بنابراین اجزای مساوی آن از نظر قیمت برابر هستند. همچنین اگر یک کیلوگرم شیر صد هزار تومان باشد، نیم کیلوگرم آن پنجاه هزار تومان و یک‌چهارم کیلوگرم آن بیست و پنج هزار تومان خواهد بود. پس هر چه مقدار مال کم یا زیاد شود، قیمت نیز متناسب با آن تغییر می‌کند.

اما مال قیمی چنین ویژگی‌ای ندارد. در مال قیمی اجزای مساوی از نظر قیمت برابر نیستند. برای مثال گوسفند مال قیمی است؛ زیرا قیمت یک کیلوگرم ران گوسفند با قیمت یک کیلوگرم سر یا گردن آن یکسان نیست هرچند وزن آنها برابر باشد. بنابراین با افزایش یا کاهش مقدار، قیمت به همان نسبت تغییر نمی‌کند. برای مثال اگر قیمت یک گوسفند ده میلیون تومان باشد، لزوماً قیمت نصف آن پنج میلیون تومان نخواهد بود و ممکن است کمتر یا بیشتر باشد.

همچنین یک قطعه جواهر نیز مال قیمی محسوب می‌شود. ممکن است یک قطعه جواهر به وزن یک مثقال صد واحد ارزش داشته باشد، اما اگر آن را نصف کنیم ارزش هر نیمه الزاماً پنجاه واحد نخواهد بود و ممکن است کمتر یا بیشتر باشد.

بنابراین در مال مثلی اجزای مساوی از نظر قیمت برابر هستند و با کم و زیاد شدن مقدار، قیمت نیز به همان نسبت تغییر می‌کند؛ اما در مال قیمی چنین وضعی وجود ندارد.

ماهیت ضمان در عقد قرض

حال با این توضیح روشن می‌شود که ضمان در عقد قرض شبیه ضمان ید است. در عقد قرض، مقرض مال خود را با وصف ضمان به مقترض تملیک می‌کند؛ یعنی مال را مجاناً در اختیار او قرار نداده است. قرض نه هبه است، نه عاریه و نه انتقال منفعت؛ بلکه در برابر عوض واقع می‌شود.

اگر مال قرض داده شده موجود باشد، مقترض باید همان مال را بازگرداند؛ اما اگر آن را مصرف کرده یا از بین برده باشد باید مثل یا قیمت آن را بپردازد. اگر مال مثلی باشد باید مثل آن را از بازار تهیه کرده و تحویل دهد و اگر مال قیمی باشد باید قیمت آن را بپردازد.

بنابراین در درجه نخست ذمه مقترض به استرداد همان مال مشغول است و اگر مال موجود باشد مقترض ضامن عین آن است؛ اما اگر مال از بین رفته باشد ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود.

این ماهیت عقد قرض است و ارتباطی با تملیک عین به عوض به معنای ضمان معاوضی ندارد. در عقد بیع ضمان از نوع ضمان معاوضی است؛ اما در عقد قرض ضمان از نوع ضمان ید است.

تفاوت عقد اجاره با عقد بیع و تکمیل تعریف شیخ انصاری

یکی دیگر از عقود تملیکی، عقد اجاره است. تفاوت عقد اجاره با عقد بیع در نگاه نخست بسیار روشن است؛ زیرا بیع تملیک عین به عوض است، در حالی که اجاره تملیک منفعت به عوض محسوب می‌شود. در اجاره، موجر منفعت را تملیک می‌کند نه عین را.

اما اگر عقد اجاره را از زاویه تملیک مستأجر بررسی کنیم، ملاحظه می‌شود که مستأجر الزاماً نباید اجاره‌بها را منفعت قرار دهد، بلکه می‌تواند عین مالی را به عنوان مال الاجاره تعیین کند. برای مثال مستأجر می‌تواند بگوید: «این مؤسسه را برای دو سال اجاره کردم و مال الاجاره را این ماشین قرار دادم.» در این صورت مستأجر خودروی خود را به موجر تملیک می‌کند و در مقابل، حق انتفاع از منافع آن مؤسسه را برای مدت دو سال به دست می‌آورد.

اگر این عمل حقوقی را از نگاه مستأجر بررسی کنیم، به نظر می‌رسد که مستأجر نیز عین مالی را در برابر عوض تملیک کرده است؛ همان‌گونه که در عقد بیع گفته می‌شود «تملیک عین در برابر عوض». در اینجا نیز مستأجر خودروی خود را به موجر تملیک کرده و در مقابل، منفعت دوساله مؤسسه را دریافت می‌کند.

پاسخ به اشکال

پاسخ فقیه یا حقوقدان به این اشکال چیست؟ در اینجا با فقه استدلالی و حقوق تحلیلی روبه‌رو هستیم؛ یعنی با مباحثی که در آن استدلال‌ها مطرح و بررسی می‌شوند تا اشکال و پاسخ آن به‌خوبی روشن گردد. شیخ انصاری در پاسخ می‌فرماید: تملیکی که از سوی مستأجر انجام می‌شود، امری ضمنی و تبعی است. محور اصلی عقد اجاره، تملیک منفعت از سوی موجر و قبول آن از سوی مستأجر است. همان‌گونه که در عقد بیع، عمل اصلی را فروشنده با ایجاب و تملیک مبیع انجام می‌دهد و مشتری تنها آن تملیک را می‌پذیرد و در ضمن آن، ثمن را به فروشنده تملیک می‌کند - تملیک ثمن از سوی مشتری امری تبعی و ضمنی است - در عقد اجاره نیز محور اصلی، تملیک منفعت از سوی موجر به مستأجر است و مالی که مستأجر به‌عنوان مال‌الاجاره به موجر می‌دهد، امری تبعی و ضمنی محسوب می‌شود. بنابراین محور اصلی عقد اجاره، تملیک منفعت است نه تملیک عین.

در مقابل، محور اصلی عقد بیع، تملیک عین در برابر عوض است.

نتیجه‌گیری از مقایسه عقود تملیکی

گفتیم که در تفاوت میان عقود باید عناصر اصلی و سازنده هر عقد را شناخت؛ هرچند ممکن است برخی آثار آنها مشابه باشد. تفاوت در همین عناصر اساسی موجب تمایز ماهوی هر عقد از سایر عقود تملیکی می‌شود. اکنون از این مباحث فارغ شده و به شرایط اساسی صحت عقد بیع می‌پردازیم.

تکمیل تعریف شیخ انصاری و اشکال تعقب قبول

اشکال دیگری که بر تعریف شیخ انصاری وارد شده این است که ایشان بیع را «انشای تملیک عین به عوض» تعریف کرده‌اند، اما مرحوم کاشف‌الغطاء قیدی به این تعریف افزوده و آن را تکمیل کرده است. ایشان می‌فرماید: «بیع انشای تملیک عین به عوض به شرط تعقب قبول است».

منظور از تعقب قبول آن است که پس از ایجاب فروشنده، قبول مشتری نیز تحقق پیدا کند؛ زیرا عقد بیع از ایجاب و قبول تشکیل می‌شود و اگر در تعریف تنها به انشای تملیک از سوی فروشنده اشاره شود، رکن دیگر عقد - یعنی قبول مشتری - مورد اشاره قرار نگرفته است.

این اشکال مورد تأیید صاحب جواهر نیز قرار گرفته است. ایشان نیز می‌فرماید: بیع انشای تملیک عین به عوض مقید به قبول است؛ یعنی ایجاب باید به قبول ملحق شود.

پیش‌تر نیز بیان شد که اگر تعریف شیخ انصاری را به همین صورت بپذیریم، ممکن است شامل عمل مشتری نیز بشود؛ زیرا مشتری نیز نوعی انشای تملیک عین به عوض انجام می‌دهد. پاسخی که پیش‌تر به این اشکال داده شد در اینجا نیز قابل استفاده است.

معنای لغوی و اصطلاحی بیع

گاهی واژه بیع را در معنای لغوی به کار می‌بریم؛ در این صورت مراد همان ایجاب فروشنده است؛ یعنی همان عبارتی که فروشنده با گفتن «فروختم» بر زبان جاری می‌کند. بنابراین در معنای لغوی، بیع تنها بر عمل فروشنده دلالت دارد و تعریف نیز تنها ناظر به انشای تملیک از سوی بایع است، نه تملیک عوض از سوی مشتری.

اما اگر بیع را در اصطلاح حقوقی و فقهی بررسی کنیم، مقصود همان عقدی است که از ایجاب و قبول تشکیل شده و تمام آثار حقوقی آن بر این اساس تحلیل می‌شود. مراد، بیعی است که ثمربخش باشد و دارای آثار حقوقی باشد. بیع زمانی دارای آثار حقوقی است که ایجاب آن به قبول پیوند بخورد؛ یعنی مقید به قبول باشد، نه صرف ایجاب از طرف بایع که همان تملیک عین به عوض است.

دیدگاه شیخ انصاری

بنابراین اینکه شیخ انصاری در تعریف خود می‌فرماید «انشای تملیک عین به عوض» و قید «به شرط تعقب قبول» را ذکر نمی‌کند، به این معنا نیست که قبول برای تحقق عقد بیع لازم نیست. روشن است که عقد مرکب از ایجاب و قبول است؛ یک طرف آن ایجاب بایع و طرف دیگر آن قبول مشتری است.

شیخ انصاری می‌فرماید عنصر سازنده ماهیت عقد بیع همان ایجاب و تملیک از سوی بایع است و قبول را از قرینه خارجی می‌فهمیم. از نظر ایشان، ایجابی اثر حقوقی دارد و ثمربخش است که به آن قبول ملحق شود؛ زیرا ایجاب بدون قبول در عالم حقوق هیچ اثری ندارد. بنابراین شیخ نیز قبول دارد که ایجاب بدون قبول بیع محسوب نمی‌شود؛ اما معتقد است که قبول در ساختمان اصلی تعریف بیع لحاظ نشده، بلکه از قرینه خارجی فهمیده می‌شود.

برای مثال وقتی فروشنده می‌گوید «این خانه را در مقابل یک میلیارد ریال فروختم»، عرف از این عبارت تملیکی را می‌فهمد که همراه با قبول مشتری باشد. بنابراین به کمک قرینه خارجی و فهم عرف روشن می‌شود که مقصود از ایجاب، ایجاب مؤثر و ثمربخش است؛ یعنی ایجابی که قبول مشتری به آن ملحق شود.

دیدگاه کاشف‌الغطاء و صاحب جواهر

اما کسانی مانند کاشف الغطاء و صاحب جواهر معتقدند که قبول در خود ماهیت بیع لحاظ شده است. آنان می‌گویند ما بیع را از دیدگاه قانون‌گذار و شارع تعریف می‌کنیم و از نظر قانون، بیع زمانی دارای اثر است که به شرط تعقب قبول باشد. بنابراین ایجاب صرف در حقوق و فقه بیع محسوب نمی‌شود؛ زیرا ایجاب بدون قبول هیچ اثر حقوقی ندارد.

در مقابل، شیخ انصاری می‌گوید تعقب قبول را نه از کالبدشکافی ذات بیع، بلکه از قرینه خارجی می‌فهمیم. بنابراین بیع یعنی عمل بایع، و عمل بایع همان ایجاب و انشای تملیک است. قبول نیز حتماً لازم است اما در متن تعریف ذکر نشده و از قرینه خارجی فهمیده می‌شود.

عرف نیز چیزی را بیع می‌داند که با قبول مشتری همراه باشد. همچنین از دیدگاه قانون و شارع، ایجاب مؤثر ایجابی است که به قبول پیوند بخورد. از این رو اگر بخواهیم بیع را از نگاه قانون‌گذار تعریف کنیم باید قید «به شرط تعقب قبول» را در تعریف بیاوریم؛ اما اگر از منظر لغوی تعریف کنیم و بگوییم قبول از قرینه خارجی فهمیده می‌شود، همان تعریف «تملیک عین به عوض» که بیانگر عمل بایع است کفایت می‌کند.

نقد تعریف قانون مدنی

به همین دلیل گفته می‌شود تعریف قانون مدنی که بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» دانسته و در آن قید «به شرط تعقب قبول» را نیاورده است، از نظر برخی حقوقدانان و فقها تعریفی کامل و دقیق نیست؛ زیرا از دیدگاه حقوقی ایجاب به تنهایی بیع محسوب نمی‌شود و باید با قبول همراه باشد. البته این به آن معنا نیست که ایجاب و قبول هیچ ارتباطی با یکدیگر ندارند؛ بلکه دقیقاً برعکس، این دو به یکدیگر وابسته‌اند و در کنار هم عقد را تشکیل می‌دهند.

رابطه ایجاب و قبول: استعداد و فعلیت

به بیان دیگر، هنگامی که بایع ایجاب را بیان می‌کند، به تعبیر فقها «اهلیت عقد» ایجاد می‌شود؛ یعنی عقد قابلیت و استعداد تحقق پیدا می‌کند. این ایجاب آمادگی آن را دارد که اگر مشتری قبول کند و مفاد آن را بپذیرد، به یک عقد کامل و مؤثر تبدیل شود و به مرحله فعلیت برسد. در حقیقت قبول مشتری، ایجاب بایع را از مرحله استعداد به مرحله فعلیت می‌رساند.

به همین دلیل مرحوم دکتر لنگرودی در تعریف عقد می‌گوید: «عقد، تلاقی دو رضای متقابل و متوازن موگد التزام است.» یعنی از نظر ایشان دو اراده و دو التزام با یکدیگر تلاقی می‌کنند، بر یکدیگر منطبق می‌شوند و در نتیجه التزام متقابل ایجاد شده و عقد به وجود می‌آید.

این نیز پاسخ به اشکالی است که گفته می‌شد تعریف شیخ انصاری جامع نیست و باید قید «به شرط تعقب قبول» نیز در تعریف ذکر شود. اگر این ایراد را بپذیریم، در واقع همین ایراد بر تعریف قانون مدنی در ماده ۳۳۸ نیز وارد خواهد بود؛ زیرا قانون مدنی نیز در تعریف بیع قید «به شرط تعقب قبول» را ذکر نکرده است.

پیوند ایجاب و قبول در تحقق عقد بیع

در این صورت چنین به نظر می‌رسد که دو ایقاع مستقل و جدا از هم، بدون هیچ ارتباط، پیوند و تعلقی، عقد بیع را ایجاد می‌کنند؛ در حالی که مقصود قانون‌گذار، بیع مؤثر، ثمربخش و دارای آثار حقوقی است؛ یعنی بیعی که ایجاب و قبول در آن به یکدیگر پیوند بخورند.

بنابراین بیع از دو ایقاع مستقل و بی‌ارتباط - مانند طلاق یا ابراء - تشکیل نشده است؛ بلکه عقدی است که از پیوند و اتصال ایجاب و قبول به وجود می‌آید و آثار حقوقی خود را از همین ارتباط می‌گیرد.

جلسه ششم:

گذار از ماهیت عقد بیع به شرایط اساسی صحت آن

اگر سیر مباحثی که تا اینجا مطرح کردیم مد نظر باشد، کار را از تعاریف بیع در فقه امامیه آغاز کردیم و سپس وارد ماهیت بیع شدیم. همان‌گونه که بیان شد، هر موجودی — چه موجود حقیقی خارجی و چه موجود اعتباری که در فقه و حقوق با آن‌ها سروکار داریم — دارای ستون و قوامی است که بر آن استوار است. در موجودات واقعی، مانند ساختمان، قوام آن به ستون‌هایی است که بنا را برپا نگه می‌دارد. روح انسان نیز قوامش به اموری است که هم‌سنخ با روح‌اند و از سنخ امور معنوی‌اند. به همین دلیل گفته می‌شود اگر انسان تمام فکر، ذهن و همت خود را در زندگی صرف امور مادی، شهرت، ثروت یا محبوبیت کند، در واقع عمود و ستون قوام روح خود را از این امور قرار داده است و با از میان رفتن آنها ممکن است خود را نابود و تهی تصور کند و زندگی برایش قابل دوام نباشد.

اصل این است که هر موجودی ستون‌ها و پایه‌هایی دارد که به آن‌ها متکی است. در امور اعتباری نیز عقود و ایقاعات دارای ستون و ارکانی‌اند که این عقود بر آن ستون‌ها و ارکان استوار شده‌اند. ما به آن‌ها ارکان سازنده یا عناصر تشکیل‌دهنده عقد می‌گوییم که ماهیت و حقیقت آن عقد را شکل می‌دهند.

در عقد بیع گفتیم که وقتی آن را به «تملیک عین به عوض» تعریف می‌کنیم، دو ستون سازنده این بیع یکی عوض است و دیگری معوض؛ یعنی مبیع و ثمن. تعریفی که از بیع مطرح شد و ایراداتی که به این تعبیر گرفته شد و سپس پاسخ‌هایی که به اشکالات داده شد، همگی در راستای همین ستون‌ها و ارکان تشکیل‌دهنده و عناصر سازنده عقد بیع است.

ورود به شرایط اساسی صحت عقد بیع

اکنون وارد شرایط اساسی صحت بیع می‌شویم. وقتی ساختمانی با ستون‌های لازم ساخته و برپا شد، نوبت به جزئیات داخلی آن می‌رسد؛ مثلاً باید پنجره داشته باشد و شرایطی داشته باشد تا سرپا بایستد و تعریف آن تحقق یابد. پس اگر طرفین بخواهند عقدی بخوانند که مالی را به ازای ثمن مشخصی به طرف دیگر تملیک کنند، این عقد بیع نام می‌گیرد. حالا که نام آن بیع شد، قانون‌گذار و شارع برای آنکه این بیع درست باشد و آثار یک عقد صحیح بر آن بار شود، شرایطی می‌گذارند. بنابراین شرایط همیشه پس از ماهیت و حقیقت عقد شکل می‌گیرد و مطرح می‌شود.

سه محور مطالعه شرایط عقد بیع

برای مطالعه شرایط عقد بیع سه محور در نظر گرفته می‌شود:

۱. شرایط مربوط به نفس تعویض (خود مبادله و معاوضه)؛

۲. شرایط مربوط به دو طرف عقد (معاوضین، عاقدین، متعاقدان یا متبایعین)؛

۳. شرایط مربوط به دو رکن عقد (عوضین: مبیع و ثمن).

در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط اساسی صحت معاملات را بیان می‌کند، اهلیت طرفین یکی از شرایط است که مربوط به بایع و مشتری می‌شود. معلوم بودن و معین بودن (یا مجهول نبودن) عوض و معوض مربوط به عوضین است. مشروعیت جهت معامله و شرایط ایجاب و قبول (لفظی بودن یا قبول معاطات) ناظر بر خود عقد و نفس تعویض است.

ما از محور سوم — شرایط عوضین — آغاز می‌کنیم، زیرا شرایط آن اهمیت بیشتری دارد.

شرایط عوضین: مبیع و ثمن

عوضین یعنی مبیع و ثمن. مبیع در یک طرف و ثمن — که ارزش آن مبیع را نمایندگی می‌کند — در طرف دیگر قرار دارد.

اگر مبیع عین باشد، عقد بیع قطعاً صحیح است. برخی فقها گفته‌اند که مبیع حتماً باید عین باشد، اما عوض مقابل (ثمن) می‌تواند عین یا منفعت باشد. منظور از عین آن است که منفعت یا چیز دیگری مانند حق یا عمل نباشد. بنابراین عین در مقابل سه چیز ممکن است قرار گیرد: منفعت، کار (ارزش نیروی کار انسان آزاد) و حق. فقها برخی گفته‌اند مبیع نمی‌تواند یکی از آن سه باشد و حتماً باید عین باشد، اما درباره عوض گفته‌اند که می‌تواند عین یا منفعت باشد.

دلیل اختصاص مبیع به عین

دلیل آنان این است که وقتی در عرف بازار به معاملات مردم نگاه می‌کنیم، متوجه می‌شویم مردم جایی که عینی رد و بدل می‌شود، واژه «بیع» و «خرید و فروش» را به کار می‌برند. اگر کسی منفعتی را به دست بیاورد، در عرف نمی‌گویند آن منفعت را خرید، یا اگر منفعتی را به دیگری انتقال دهد، نمی‌گویند این منفعت را فروخت. خرید و فروش فقط در مورد عین به کار می‌رود.

این را در علم اصول «تبادر» می‌گویند و تبادر نشان‌دهنده حقیقت است. بنابراین شیخ انصاری می‌فرماید آنچه از عنوان بیع فهمیده می‌شود، نقل عین است نه منفعت. اگر کسی به منفعت بگوید بیع، مجازاً و از روی مسامحه است.

بنابراین در طی قرون گذشته فقط عین به عنوان مبیع یا مثن قرار می‌گرفت و این بدان معناست که استعمال عنوان بیع برای نقل منفعت به صورت مجازی است نه حقیقی؛ زیرا استعمال آن در عرف تنها نسبت به عین است.

اشکال بر نظریه اختصاص بیع به عین

ولی بر این نظریه اشکال کرده‌اند که ما این را کاملاً قبول نداریم که در عرف فقط به انتقال عین «بیع» بگویند. بلکه در عرف، بیع به معنای خرید و فروش است؛ خواه عین مال باشد و خواه منفعت. در سیره عقلا — یعنی رفتار عقلای اجتماع — انتقال منافع و حقوق نیز در قالب عقد بیع به نحو حقیقی انجام می‌شود. وقتی در جامعه می‌روید، می‌بینید یکی می‌گوید «خانه را خریدم». همان‌طور که می‌گویند خانه را خریدم و منظورشان این است که این مال را خریدم، می‌گویند «سرقفلی این مغازه را خریدم» یا «فروختم». سرقفلی عین است یا حق یا منفعت؟ پاسخ: سرقفلی حق است. می‌گویند «حق سرقفلی»، اما در جامعه می‌گویند خرید و فروش سرقفلی. می‌گویند «احمد آقا سرقفلی مغازه را فروخت» یا «واگذار کرد» یا «خرید».

اهمیت برداشت عرف و بنای عقلا

بنابراین در ابتدای این جلسه و در مقدمات گفتیم آن چیزی که مهم است، برداشت عرف جامعه است. ما باید ببینیم عرف جامعه و بنای عقلا چه چیزی را دریافت می‌کند و از این عقود و ایقاعات چه چیزی را می‌فهمد. پس وقتی به بنای عقلا مراجعه می‌کنیم، نقل منفعت را نیز مانند نقل عین، بیع می‌دانند. یعنی این‌طور نیست که اگر کسی بگوید «سرقفلی فلان مغازه را خریدم» یا «فروختم»، این را مجازی بدانند؛ بلکه به نحو حقیقی می‌گویند این را خرید و فروختم، همان‌طوری که می‌گویند خود خانه را خریدم یا فروختم. همین‌طور خرید و فروش حقوق معنوی و مالکیت فکری. در جامعه می‌گویند «حق اختراعش را فروخت»، «حق تألیفش را فروخت»، «حق فناوری را فروخت». این‌ها همه به نحو حقیقی، عقد بیع بر آن‌ها اطلاق می‌شود و مجازی هم نیست.

شاید عرف زمان شیخ انصاری این‌گونه بوده، اما در عرف زمان ما — با پیشرفت فناوری، گسترش شبکه‌های اجتماعی، اموال مجازی، بیت‌کوین، رمزارزها، نرم‌افزار و اموال نرم‌افزاری — این‌ها همه عین نیستند، ولی به صورت حقیقی خرید و فروش می‌شوند و عرف نیز این‌ها را قبول می‌کند و به آن‌ها بیع می‌گوید. همین که عرف این‌ها را بیع تلقی می‌کند، کافی است که ما بگوییم بیع این‌ها صحیح است.

دو کاربرد واژه «عین»

حالا وقتی می‌گوییم «عین»، دو کاربرد دارد. گاهی فقط در مقابل منفعت به کار می‌رود؛ مانند آنجا که عقد بیع را در مقابل عقد اجاره تعریف می‌کنید و بیع را «تملیک عین به عوض» و اجاره را «تملیک منفعت به عوض» می‌گویید. اما گاهی عین در مقابل همه موارد دیگر به کار می‌رود؛ یعنی چهار عنوان و مفهوم مخالف دیگرش

می‌شود: دین، منفعت، حق و عمل. هر کدام از این موارد می‌توانند در مقابل عین قرار گیرند. بنابراین وقتی می‌گوییم مبیع عین است، می‌توانیم بگوییم دین نباشد، منفعت نباشد، حق نباشد یا عمل نباشد.

شواهد روایی بر اطلاق بیع بر نقل منفعت

ما در روایاتی هم که وارد شده، گاهی به بیع منفعت — یعنی واگذار کردن منفعت — بیع گفته شده؛ در صورتی که بنابر نظریه پیشین، بیع باید نقل عین باشد نه نقل منفعت.

برای مثال، جایی کسی از امام صادق (ع) سؤال کرده که این خانه در دست منفعت پدر ما بوده و به ما منتقل شده، ولی ما نمی‌دانیم مالکش چه کسی است. مالکش پدر ما نبوده؛ پدر ما فقط از منافع این ملک استفاده می‌کرده. حالا که به دست ما رسیده، آیا می‌توانیم آن را بفروشیم؟ یعنی منفعتش را بفروشیم؛ چون مالکیت عینش که مال پدر این‌ها نبوده و خودشان هم نمی‌دانستند مالکش چه کسی است.

امام نیز سکونتش را اجازه داده و فرموده شما این حق سکونت را که داشتید و از پدرتان به شما رسیده، می‌توانید بفروشید و واگذار کنید. بنابراین به واگذار کردن حق سکونت، «فروختن» گفته شده است.

اماره ید و تصرف

شاهد مثال ما این است که برای منفعت از واژه بیع (فروش) استفاده کرده‌اند. در این روایت، سؤال‌کنندگان ادعای مالکیت نداشتند. گفتند ملکی دست پدرمان بوده، او از آن استفاده می‌کرده، حالا به دست ما رسیده؛ می‌توانیم منفعتش را بفروشیم؟ امام فرمود: آری، فروختن منفعت اشکال ندارد.

در این میان، بحث اماره تصرف (ید) نیز مطرح می‌شود. قانون‌گذار می‌گوید تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است. یعنی اگر شما مالی را در اختیار دارید و ادعای مالکیت آن را می‌کنید، صرف این تصرف به عنوان مالکیت، خودش دلیل مالکیت است. کسی که ادعای خلاف می‌کند، باید ثابت کند. ید وقتی اماره مالکیت است که همراه با ادعای مالکیت باشد؛ وگرنه صرف تسلط بر مال، تنها دلیل بر جواز تصرفات است، نه دلیل بر مالکیت. در مورد روایت، وراثت ادعای مالکیت نداشتند و صرفاً از جواز فروش منفعت سؤال می‌کردند و امام آن را تأیید فرمود.

نمونه دیگر: اراضی خراجی

مثال دیگر راجع به اراضی خراجی است. اراضی خراجی زمین‌های آبادی هستند که مسلمانان با قهر و غلبه از کفار می‌گرفتند، به شرط آنکه جنگ با اذن امام باشد و شرایط دیگری نیز داشته باشد. این زمین‌ها جزو منابع ملی هستند؛ یعنی تا ابد ملک همه مسلمانان است و خرید و فروش عین این اراضی جایز نیست. در حال حاضر بخش

وسیعی از اراضی عراق از این نوع است. عین این اراضی قابل خرید و فروش نیست، اما آثار و منافع آنها را می‌توان خرید و فروش کرد.

در روایت، به واگذار کردن منافع این اراضی «بیع» (فروختن) گفته شده است؛ همان‌گونه که به نقل منفعت نیز بیع اطلاق کرده‌اند. این نیز از باب نمونه است.

بنابراین هدف آن است که نشان دهیم گاهی واگذار کردن منفعت را بیع گفته‌اند، در حالی که منفعت عین نیست و ما بیع را «تملیک عین به عوض» تعریف کرده بودیم.

بازگشت به شرایط اساسی صحت بیع در عوضین

پس از این نکته، به شرایط اساسی که باید در عوضین وجود داشته باشد می‌پردازیم. پیش‌تر گفتیم ماهیت بیع چیست. قانون مدنی گفته «تملیک عین»، اما قبلاً بیان شد که تملیک اثر بیع است؛ یعنی قانون مدنی کارکرد و اثر بیع را به جای ماهیت آن نشانده است. بیع چیزی است که کارکرد و اثرش انتقال عین به مشتری و انتقال ثمن به بایع است. این اثر و کارکرد بیع است، نه خود ماهیت آن. ماهیت بیع آن است که از مجموع توافق میان بایع و مشتری بر ثمن و مثنی، یک موجود اعتباری خلق می‌شود که ما به آن «منشأ» یا «معتبر» می‌گوییم. این موجود اعتباری آثاری از جمله تملیک و تملک دارد.

شرایط صحت بیع در مورد عوضین و معاوضین

اکنون به شرایط صحت بیع در مورد عوضین و معاوضین می‌پردازیم. یک سری از این شرایط راجع به دو رکن بیع — یعنی ثمن و مثنی (عوض و معوض) — است و یک سری راجع به دو طرف عاقدان، یعنی بایع و مشتری. دو رکن یعنی موضوع عقد، و دو طرف یعنی دو انسان یا دو شخصیت حقیقی یا حقوقی که این دو عوض را مورد نقل و انتقال قرار می‌دهند.

شرط محوری در مورد عوضین

شرط محوری در مورد عوضین (مبیع و ثمن) این است که آنها باید «مال» باشند؛ یعنی مالیت و ارزش مالی داشته باشند یا به عبارتی قابلیت تملک داشته باشند. پس اگر چیزی مالیت نداشته باشد — مانند شراب و خوک از نظر شرعی — بیع باطل است. یا در حقوق موضوعه، مانند خرید و فروش اسلحه یا مواد مخدر: این‌ها مالیت دارند، اما قابلیت تملک توسط اشخاص حقیقی برای آنها قائل نشده‌اند.

بنابراین عوضین باید مال باشند، ارزش مالی داشته باشند، مالیت داشته باشند و قابل تملک باشند. این شرط محوری در مورد عوضین است.

شرط اساسی در مورد معاوضین: ملک بودن

شرط اساسی در مورد معاوضین (بایع و مشتری) این است که آن‌ها باید «مَلِک» باشند (با فتح میم و کسره لام). مَلِک؛ یعنی باید نفوذ حقوقی و قدرت بر نقل و انتقال داشته باشند.

گاهی شخصی مالک است، اما مَلِک نیست؛ یعنی آن مال در سلطه و اختیار قانونی او قرار ندارد و حق نقل و انتقال آن از او گرفته شده است. به همین دلیل در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، اهلیت طرفین به‌عنوان یکی از شرایط اساسی آمده است. اهلیت طرفین مربوط به معاوضین است.

معاوضین باید مَلِک باشند. نمونه‌های کسانی که مالک‌اند، اما مَلِک نیستند: محجورین — مجنون دائمی و ادواری در زمان جنون، سفیه در امور مالی، و اطفال (طفل غیرمميز و طفل ممیز بدون اذن). این‌ها قدرت نقل و انتقال مال، سلطه بر مال و نفوذ حقوقی در معاملات را، به حکم قانون‌گذار و شارع، از دست داده‌اند.

بنابراین ممکن است مالک باشند، اما مَلِک نباشند. گاهی یکی از دو طرف معامله مالک است، اما تصرفاتش نفوذ حقوقی ندارد؛ مانند صغیر، یا مانند میت نسبت به بیش از ثلث مال. شخص تنها نسبت به ثلث دارایی خود می‌تواند وصیت تملیکی بکند، اما نفوذ وصیت او برای زاید بر یک‌سوم اموالش به رسمیت شناخته نشده است. پس انسان نسبت به بیش از ثلث مالش در وصیت تملیکی، در واقع مَلِک نیست.

وضیعت معکوس: غیرمالک اما مَلِک

گاهی برعکس است؛ یعنی شخص با وجود اینکه مالک نیست، تصرفاتش دارای نفوذ حقوقی است. نمونه‌ها: وکیل (نماینده قراردادی). وکیل مالک نیست، اما در حدود اختیاراتی که موکل به او داده است، تصرفاتش دارای نفوذ حقوقی است و آثار معامله دامن موکل را می‌گیرد. همچنین قیم، ولی قهری و نایب حاکم — این‌ها همه تصرفاتشان نافذ است؛ یعنی مَلِک هستند، با اینکه مالک نیستند.

جمع‌بندی دو شق

بنابراین دو حالت داریم:

- گاهی شخص مالک است، اما تصرفاتش نفوذ حقوقی ندارد.
- گاهی با وجود عدم مالکیت، دارای تصرفات حقوقی نافذ است.

حدیث «لا بیع إلا فی ملک / مُلک» و دو قرائت آن

ما حدیثی داریم به این صورت که: «لا بیع إلا فی ملک» (با کسر میم) یا «لا بیع إلا فی مُلک» (با ضم میم). به هر دو صورت خوانده شده است.

از این حدیث دو قرائت می‌توان داشت. اگر حدیث را با کسر میم بخوانیم، به یکی از دو شرط اشاره می‌کنیم؛ و اگر با ضم میم خوانده شود، به شرط دیگر می‌پردازد.

قرائت با کسر میم: «لا بیع إلا فی ملک»

اگر بگوییم «لا بیع إلا فی ملک»، یعنی بیع جز در ملک صحیح نیست. مراد آن است که موضوع بیع باید قابلیت تملک و ارزش مالی داشته باشد. بنابراین به شرط اول — راجع به عوضین — اشاره می‌شود. بر این اساس، بیع شراب و خوک از بیع صحیح بیرون می‌رود و باطل می‌شود.

قرائت با ضم میم: «لا بیع إلا فی مُلک»

اما اگر بگوییم «لا بیع إلا فی مُلک» (با ضم میم)، در حقیقت شرط دوم را بازگشایی می‌کنیم که به متبایعین — یعنی معاوضین، بایع و مشتری — اشاره دارد. مراد آن است که بایع و مشتری باید سلطه و مُلک بر مال داشته باشند و قدرت نقل و انتقال قانونی داشته باشند. پس «لا بیع إلا فی مُلک» یعنی بیع باید در حوزه قدرت تصرف عاقد واقع شود.

کاربرد در بیع وقف

بر این اساس، بیع وقف در شرایط خاص جایز است؛ زیرا با وجود آنکه مال وقفی به ملکیت کسی در نمی‌آید و متولی مالک نیست، اما متولی، مُلک است؛ یعنی قدرت و سلطه دارد. بنابراین می‌تواند مال وقفی را در شرایط خاصی بفروشد، با آنکه مالک آن نیست.

تأثیر یک حرکت در معنا

بدین‌سان با یک کسره یا ضمه، معنای عبارت عوض می‌شود:

- اگر گفتیم «فی ملک»، یعنی مورد معامله باید قابلیت تملک داشته باشد.
- اگر گفتیم «فی مُلک»، یعنی بایع و مشتری باید قدرت نقل و انتقال مال مورد تصرفشان را داشته باشند.

دو عنصر محوری در عقد بیع

پس در بیع دو عنصر محوری لازم داریم: یکی آنکه عوضین قابل تملک باشند، و دیگری آنکه طرفین معامله حق فروش و واگذاری داشته باشند.

کدام یک از این دو شرط اساسی است؟ آیا بایع و مشتری حتماً برای صحت عقد باید مالک عوض و معوض باشند، یا می‌توان در حالی که طرفین مالک نیستند، عقد را صحیح تلقی کرد؟

پیش‌تر گفتیم شرط دوم تفسیری دوگانه دارد و به مُلک بودن اشاره می‌کند، نه لزوماً مالک بودن. گاهی شخص مالک است اما تصرفش نفوذ حقوقی ندارد؛ گاهی برعکس، مالک نیست اما تصرف حقوقی دارد.

محور اساسی: مُلک بودن نه مالک بودن

کدام یک برای عقد بیع مهم و اساسی است: مالک بودن یا مُلک بودن؟ آیا مبیع و ثمن حتماً باید ملک طرفین باشد، یا کافی است که آن‌ها قدرت تصرف و نفوذ داشته باشند؟

چون معاملات افرادی که دارای سمت قراردادی، قانونی یا قضایی هستند — مانند وکیل، قیم، ولی قهری، حاکم و نایب — در حدود صلاحیتشان صحیح است، با آنکه مالک نیستند. اما معاملات محجورین، با آنکه مالک هستند، باطل یا غیرنافذ است.

پس آن چیزی که مرکز ثقل و نقطه اصلی توجه است، مُلک بودن است نه مالک بودن. ممکن است مالک باشید اما حق خرید و فروش نداشته باشید؛ و برعکس، ممکن است مالک نباشید اما به دلیل یکی از عناوین شش‌گانه (وصی، وکیل، قیم، حاکم، نایب و مانند آن) معاملاتتان صحیح باشد.

هفت قسم سلطه بر مال

سلطه بر مال هفت قسم است. تنها یک قسم آن سلطنت مالکيه است؛ یعنی جایی که فرد هم مالک است و هم صلاحیت و قدرت نفوذ تصرف و نقل و انتقال قانونی دارد (مانند شما نسبت به گوشی یا لپ‌تاپ خود). شش قسم دیگر سلطنت مالکی نیست:

- سلطه متولی بر مال وقفی
- سلطه ولی و قیم بر مال مولی‌علیه
- سلطه وصی بر موصی‌به
- سلطه نایب، وکیل و حاکم بر مورد تصرف

در این شش قسم، طرف مالک نیست؛ تنها سلطنت بر کار (تصرف) دارد. به او اجازه داده‌اند که آن کار را از طرف مالک انجام دهد. تنها سلطنت مالک بر مال خودش، سلطه مالکانه است؛ شش قسم دیگر سلطه مالکی بر خود مال ندارند، بلکه تنها بر تصرف در آن مال سلطه دارند و تصرفاتشان شرعاً و قانوناً جایز است.

در بیع بیش از این مقدار سلطه لازم نیست. همین‌که قانون‌گذار یا شارع تصرفات کسی را در موردی مشروعیت بخشیده باشد، معامله صحیح است. لازم نیست فرد حتماً سلطه مالکی داشته باشد؛ اگر سلطه بر کار هم داشته باشد، معاملاتش صحیح تلقی می‌شود.

بازگشت به ماهیت مبیع

پیش‌تر گفتیم مبیع باید عین باشد. اکنون می‌گوییم شاید مراد شیخ انصاری از اینکه مبیع باید عین باشد، مصداق رایج و فرد شایع مبیع بوده است؛ یعنی یکی از موارد متداول را در عرف گرفته و در تعریف مبیع به‌عنوان شرط قرار داده است. وگرنه این‌طور نیست که خرید و فروش منفعت یا حق یا کار را نتوان در عقد بیع گنجانده.

بنابراین اگر مبیع حق هم باشد، می‌تواند موضوع عقد بیع قرار گیرد. پس معوض اعم از عین یا حق یا منفعت است. اگر هم گفته شود مبیع حتماً باید عین باشد، این عین در مقابل منفعت و دین است (نه در مقابل کلی). ما عین معین داریم، کلی در ذمه داریم و کلی در معین.

از این بحث استفاده می‌شود که مبیع حتماً نباید عین باشد؛ می‌تواند منفعت، حق یا ارزش کار انسان باشد.

عمل انسان به عنوان ثمن

پس نیروی کار می‌تواند حداقل به عنوان عوض (ثمن) قرار گیرد. یعنی فرد در مقابل انتقال عین، ارزش کار خود را به عنوان ثمن معامله قرار دهد. برای مثال کسی خانه‌ای را می‌خرد و می‌گوید: برای ثمنش من کل باغ شما را با قناتش تا پنج سال به عهده می‌گیرم، یا کل این مجموعه آپارتمانی را سیم‌کشی می‌کنم، یا لوله‌کشی‌اش کلاً به عهده من باشد.

در اجاره اشخاص، وقتی فردی اجیر می‌شود، عملش ملک مستأجر است و مستأجر مالک منفعت او می‌شود. حالا که مستأجر مالک منفعت شد، می‌تواند این منفعت را ثمن معامله دیگری قرار دهد.

مثال: مالکی با پیمانکار قراردادی می‌بندد که پیمانکار کل نازک‌کاری مجتمع را انجام دهد و در مقابل دو واحد دریافت کند. پیمانکار برای لوله‌کشی، شخص دیگری را اجیر می‌کند. بدین‌سان مالک عمل آن اجیر می‌شود و می‌تواند ارزش این عمل را به عنوان ثمن در مقابل واحدی از مالک اصلی قرار دهد. بنابراین منافع عمل کسی به عنوان ثمن در عقد بیع قرار گرفته است.

همین‌طور خود فرد که دارای مهارت یدی یا فکری است، می‌تواند مستقیماً ارزش نیروی بدنی یا فکری خود را قرار دهد. می‌گوید: من برای شما یک سایت طراحی می‌کنم، در مقابلش فلان ماشین مبیع من باشد؛ یا نقشه ساختمان می‌کشم؛ یا مشاوره حقوقی می‌دهم؛ یا جوشکاری کل درهای مجتمع را انجام می‌دهم و در مقابل یک واحد برمی‌دارم.

این در عرف متداول است؛ به‌ویژه هنگامی که مالک پول نقد ندارد و در مقابل کارهای عمده، واحد واگذار می‌کند. چون عرف این را قبول می‌کند، عمل (کار کردن) می‌تواند ثمن معامله قرار گیرد و عرفاً صحیح تلقی می‌شود.

معیار نهایی: سیره عقلا

چون ما گفتیم معیار در عقود و ایقاعات، رفتار عقلای جامعه و سیره خردمندان است، عمل انسان آزاد نزد عقلا مال به حساب می‌آید. وقتی مال به حساب آمد، می‌تواند ثمن معامله قرار گیرد و از کیسه دارایی خریدار به کیسه دارایی فروشنده منتقل شود.

جلسه هفتم:

امکان وقوع غیر عین به عنوان مبیع و ورود به مبحث حق

وارد این بحث شدیم که در عقد بیع، مبیع می‌بایست عین باشد و اگر مبیع عین باشد، هیچ تردیدی در صحت و درستی عقد بیع نیست. اما اگر غیر از عین — یعنی دین، منفعت، عمل یا حق — باشد، آیا امکان‌پذیر است؟ در این باره اختلاف نظر وجود دارد.

فقها به طور مستقل و در فروعی که مربوط به عقد بیع می‌شود، به این مناسبت که آیا در عقد بیع عوض مبیع حتماً باید عین باشد یا خیر، و اینکه آیا حق هم می‌تواند به عنوان عوض مبیع در عقد بیع واقع شود، اختلاف نظر کرده‌اند. به همین مناسبت وارد بررسی مفهوم حق شده‌اند.

آیا حقوقی مانند حق خيار، حق شفعه، حق تألیف، حق سرقتی و دیگر حقوق می‌توانند عوض و معوض قرار بگیرند و موضوع عقد بیع باشند؟

ورود به مبحث مهم حق و نسبت آن با ملک و حکم

در اینجا به همین مناسبت وارد مبحث مهم حق می‌شویم و نسبت این حق را با ملک و حکم بررسی می‌کنیم. یکی از گردنه‌های مهم مباحث فقهی و حقوقی، شناخت ماهیت حق و تشخیص آن از حکم و از ملک است. البته «حق» دو معنا دارد. یک معنای اعم دارد که شامل عین و منفعت نیز می‌شود؛ یعنی وقتی می‌گوییم «حق»، گاهی این حق در مقابل عین و منفعت قرار دارد، اما گاهی منظور از حق، حقی است که در مقابل حکم قرار می‌گیرد.

پس وقتی می‌گوییم «این حق است» یا «طرف حق دارد»، گاهی به این معناست که این شیء عین و منفعت نیست، و گاهی به این معناست که «حکم» نیست بلکه «حق» است.

بنابراین گاهی حق در مقابل عین و منفعت قرار می‌گیرد و گاهی در مقابل حکم. اما در تعریفی که در اینجا ارائه خواهیم کرد، حق هیچ‌گاه در مقابل ملک قرار نمی‌گیرد؛ زیرا بنابر نظریه‌ای که از آن پیروی می‌کنیم، حق زیرمجموعه و از مصادیق ملک است.

پس به لحاظ ماهیت حقوقی می‌توان گفت یا ملک است یا حق، و آن چیزی که در مقابل این دو قرار دارد، حکم است.

آنچه اکنون درباره آن بحث می‌کنیم، حق به معنای اعم نیست؛ یعنی حقی نیست که در مقابل عین و منفعت باشد، بلکه حقی است که در مقابل حکم قرار می‌گیرد و زیرمجموعه ملک است.

این بحث بسیار مفید است و آثار فراوانی در علم حقوق دارد. اگر حق را درست بشناسیم و آن را از مفهوم حکم به خوبی تشخیص دهیم، در تحلیل بسیاری از مسائل حقوقی از اشتباهات فاحشی که غالباً در مقام قضاوت، وکالت و دیگر مشاغل حقوقی رخ می دهد، جلوگیری خواهد شد.

محورهای مبحث حق

بحث پیرامون حق دارای سه محور است:

۱. تعریف حق (الحق ما هو؟)

۲. دلیل و راه های اثبات حق (لِمَ هو؟)

۳. در مقام شک بین حق و حکم، تکلیف چیست؟

از محور دوم آغاز می کنیم؛ یعنی می خواهیم ببینیم سرچشمه حق کجاست؟ گاهی از چیستی حق بحث می کنیم؛ یعنی ماهیت حق چیست و ماهیت حکم کدام است. اما گاهی از کجایی حق بحث می کنیم؛ یعنی سرچشمه این حق از کجاست و چگونه به وجود آمده است.

سرچشمه وجود حق و ملک

سرچشمه وجود حق و ملک چیست؟ چه کسی این مالکیتی را که اکنون برای انسان ها وجود دارد، به رسمیت شناخته است؟ در واقع می خواهیم ببینیم جاعل حق و ملک کیست. آیا خود انسان این حق و ملک را برای خویش ایجاد کرده است یا منشأ حق و ملک، اراده شارع یا قانون گذار است؟ این مبحث بسیار طولانی و دامنه دار است و صرفاً یک مسئله فقهی نیست، بلکه بحثی کلامی است. اینکه جاعل حق چه کسی است و چه کسی می تواند به انسان بگوید حق انجام کاری را دارد یا ندارد، به جهان بینی انسان ها و مکاتب مختلف الهی یا بشری بازمی گردد.

افرادی که به مکاتب اومانیستی و مادی گرا معتقدند، می گویند منشأ حق، پذیرش مردم، افکار عمومی، مردم سالاری و دموکراسی است. از دیدگاه آنان، انسان سرنوشت خویش را تعیین می کند و هیچ کس جز خود او نمی تواند برایش قانون وضع کند و بگوید چه حقی دارد و چه حقی ندارد. بنابراین هرچه مردم حق بدانند، می توانند از طریق نمایندگان خود آن را وضع کنند و هرچه را نخواهند، رد کنند. حقوق بشر نیز بر همین مبنا شکل گرفته است.

اما در جهان بینی الهی گفته می شود تحقق دهنده حق، کسی است که بشر و جهان هستی را آفریده است. تنها کسی اختیار قانون گذاری برای انسان را دارد که خالق و مالک هستی است. چون مالک است، حق وضع هرگونه قانونی

را درباره مملوک خود دارد. بنابراین حقوق بشر در جهان‌بینی الهی با حقوق بشر سکولار تفاوت دارد؛ زیرا سرچشمه اولی، قوانین الهی است و سرچشمه دومی، درک و شناخت عقلای بشر در هر عصر و نسل. البته این بحث درباره منشأ حق، از مباحث کلامی است و ارتباط مستقیمی با بحث فقهی ما ندارد. آنچه به بحث ما مربوط می‌شود، بررسی ماهیت حق است؛ یعنی اینکه حق چیست. به تعبیر دیگر: الحق ما هو؟ پس گاهی درباره منشأ حق بحث می‌کنیم که به جهان‌بینی انسان‌ها بستگی دارد و گاهی درباره ماهیت حق سخن می‌گوییم. در مکاتب توحیدی، منشأ حق، خالق هستی است و اوست که می‌تواند حدود حقوق و احکام را برای انسان مشخص کند. اما در محور ماهیت حق، بحث فقهی می‌شود.

ماهیت حق: سلطنت و اختیارداری

در ماهیت حق می‌توان گفت که حق، سلطنت، سلطه و اختیارداری‌ای است که میان مُحق (دارنده حق) و موضوع حق برقرار می‌شود. بنابراین وقتی می‌گوییم حق نوعی سلطنت است، مقصود این است که حق یکی از شعب و شاخه‌های سلطه و احاطه بر مال محسوب می‌شود؛ سلطه‌ای که میان دارنده حق و موضوع حق برقرار می‌گردد و به دارنده حق اجازه می‌دهد که در موضوع حق تصرف و دخالت کند. تا اینجا روشن است که ماهیت حق را نوعی سلطه، تصرف، سلطنت و اختیارداری دانستیم.

مراتب شدت و ضعف در سلطنت

این سلطه دارای مراتبی از شدت و ضعف است؛ زیرا انسان گاهی مالک عین مال، گاهی مالک منفعت مال و گاهی مالک حقی نسبت به اموال می‌شود. بنابراین حقیقت مالکیت عین، منفعت و حق یکی است؛ یعنی ماهیت هر سه از جنس سلطه و اختیارداری است، اما این حقیقت اختیارداری در عالم خارج دارای مراتب شدت و ضعف است.

این مطلب مانند حقیقت نور است. نور یک حقیقت واحد دارد و حقیقت آن، روشن بودن و روشن‌کنندگی است؛ یعنی هم خود ظاهر است و هم اشیای پیرامون خود را آشکار می‌کند. به تعبیر دیگر، نور «ظاهرٌ لِنفسِهِ و مُظْهِرٌ لِّغَیْرِهِ» است. بنابراین نوری که یک حقیقت واحد دارد، دارای مراتب مختلف و متفاوتی نیز هست.

همین مطلب درباره حق نیز صادق است. گفتیم حق، سلطنتی است که میان دارنده حق و موضوع حق برقرار می‌شود. این سلطنت دارای مراتب مختلف از نظر شدت و ضعف است. همان‌گونه که نور در بالاترین مرتبه خود نور خورشید است و سپس به ترتیب به نور ستارگان و دیگر نورها می‌رسد تا در ضعیف‌ترین مرتبه مانند نور شمع قرار گیرد، حقیقت همه آن‌ها یکی است و تفاوتشان تنها در شدت و ضعف است.

مالکیت نیز همین‌گونه است. مالکیت عین، مالکیت منفعت و سلطه‌ای که در حق وجود دارد، همگی از یک حقیقت هستند و آن، اختیارداری و سلطنت است؛ اما تفاوت آن‌ها در شدت و ضعف این سلطنت است. اگر سلطنت بسیار قوی باشد، انسان مالک عین می‌شود؛ مانند مالکیت خانه، خودرو، زمین، فرش یا رایانه. مالکیت عین قوی‌ترین نوع سلطه است؛ همان‌گونه که نور خورشید قوی‌ترین مرتبه نور است. اگر سلطنت انسان بر چیزی در حد متوسط باشد، مالک منفعت است؛ مانند مستأجری که مالک منفعت خانه می‌شود. مستأجر نسبت به عین مال مالکیتی ندارد، بلکه تنها حق استفاده از منافع آن مال را در نتیجه عقد اجاره به دست می‌آورد. بنابراین سلطنت او از نوع متوسط است. اما اگر سلطنت در پایین‌ترین مرتبه خود قرار گیرد، از آن به «حق» تعبیر می‌شود؛ مانند حق تحجیر، حق حضانت، حق شفعه و حق خيار.

جمع‌بندی مراتب سلطنت

پس هر سه مرتبه سلطنت — یعنی سلطنت قوی، متوسط و ضعیف — زیرمجموعه ملک هستند؛ زیرا ماهیت همه آن‌ها اختیارداری و سلطنت است. این سلطه گاهی کامل و شدید است که همان مالکیت عین است، گاهی متوسط است که مالکیت منفعت است و گاهی ضعیف است که از آن به حق تعبیر می‌شود. بنابراین حق مرتبه ضعیفی از مالکیت است؛ مرتبه بالاتر از آن، سلطنت بر منفعت و بالاترین مرتبه، سلطنت بر عین است. پس حق در ردیف عین و منفعت قرار می‌گیرد؛ با این تفاوت که عین در بالاترین مرتبه، منفعت در مرتبه میانی و حق در پایین‌ترین مرتبه قرار دارد، اما همه آن‌ها از جنس ملک و سلطنت هستند. تا اینجا حق به معنای استیلا و سلطنت فرد بر مال تعریف شد.

تمایز ماهوی حق از حکم

مطلب مهمی که ماهیت حق را از حکم متمایز می‌کند این است که در قلمرو حق، صاحب سلطنت و اختیار، خود دارنده حق است؛ یعنی صاحب حق بر موضوع حق تسلط دارد و می‌تواند در آن تصرف کند. اما در مقابل، حکم قرار دارد. حکم آن چیزی است که شارع یا قانون‌گذار وضع می‌کند و سلطنت بر آن تنها در اختیار خود شارع یا قانون‌گذار است. تنها قانون‌گذار است که در قلمرو حکم حق دخالت، تغییر و تصمیم‌گیری دارد. هیچ‌کس بر حکم سلطه ندارد و انسان‌ها در محدوده احکام، مأمور اجرای حکم هستند، نه صاحب اختیار آن. بنابراین تفاوت حق با حکم در همین نکته است که در حق، صاحب اختیار و صاحب سلطنت، دارنده حق است؛ اما در حکم، صاحب اختیار، شارع یا قانون‌گذار است و انسان حق تغییر، تصرف یا اسقاط حکم را ندارد.

نمونه‌ای از حکم: ولایت

اگر گفته می‌شود ولایت برای پدر و جد پدری است، این پدر و جد پدری نمی‌توانند ولایت را از خودشان ایجاد کنند یا آن را به دیگری واگذار کنند. در اینجا ممکن است گفته شود که ولایت حق است؛ اما در واقع ولایت از جنس حکم است؛ زیرا صاحب اختیار واقعی، خودِ واضع — یعنی قانون‌گذار یا شارع — است. در مواجهه با حکم، اختیار در دست شارع یا قانون‌گذار است، نه بندگان. بنابراین اگر خداوند یا قانون‌گذار چیزی را به‌عنوان حکم مقرر کند و آن حکم با نظم عمومی و اخلاق حسنه ارتباط داشته باشد، انسان نمی‌تواند در آن دخالت کند، آن را تغییر دهد، به دیگری منتقل کند، اسقاط نماید یا به ارث بگذارد. انسان‌ها تنها مأمور اجرای حکم هستند، نه صاحب سلطنت و اختیار نسبت به آن.

پس هر جا انسان سلطان و صاحب اختیار باشد — یعنی ذی‌حق باشد — آن موضوع از جنس حق است.

ویژگی‌های حق

این حق سه کارکرد مهم دارد؛ یعنی انسان نسبت به موضوعی که درباره آن حق دارد، می‌تواند اعمال سلطه، تصرف و تغییر انجام دهد. به عبارت دیگر، حق سه ویژگی دارد:

اول: قابل نقل ارادی است.

صاحب حق می‌تواند موضوع حق را — چه به‌صورت رایگان و چه در مقابل عوض — به دیگری واگذار کند. برای مثال، اگر شخصی حق خیار داشته باشد، می‌تواند حق خیار خود را به دیگری منتقل کند.

دوم: قابل انتقال قهری از طریق ارث است.

با مرگ صاحب حق، آن حق به ورثه منتقل می‌شود. بنابراین حق شفعه یا حق خیار، در صورت فوت صاحب آن، به ارث می‌رسد.

سوم و مهم‌ترین ویژگی: قابل اسقاط بودن است.

صاحب حق می‌تواند از حق خود صرف‌نظر کرده و آن را اسقاط کند.

بنابراین اگر حقی کامل باشد، هر سه ویژگی را با هم دارد؛ یعنی:

۱. قابل اسقاط است؛

۲. قابل نقل ارادی (اعم از رایگان یا در مقابل عوض) است؛

۳. با فوت صاحب حق به ورثه منتقل می‌شود.

برای نمونه، حق تألیف، حق تحجیر، حق خیار و حق شفعه از جمله حقوقی هستند که دارای مراتب مختلف‌اند.

گفتیم حق، مرتبه ضعیف‌تری از سلطنت و اختیارداری است و خودِ حقوق نیز دارای مراتب مختلف هستند. برخی از حقوق کامل‌اند؛ یعنی هر سه ویژگی یادشده را دارا هستند. اما برخی دیگر در مرتبه پایین‌تری قرار دارند و همه این ویژگی‌ها را ندارند.

تقسیم‌بندی حقوق از دیدگاه مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی یزدی

محقق یزدی این حقوق را به چند دسته تقسیم کرده است. برای آشنایی ذهن، نمونه‌های هر دسته را بیان می‌کنیم.

دسته اول: فاقد همه ویژگی‌های حق

گاهی حقی هیچ‌یک از این اوصاف را ندارد؛ یعنی نه قابل اسقاط است، نه قابل نقل ارادی و نه قابل انتقال از طریق ارث. مانند:

- حق حضانت
- ولایت پدر
- ولایت حاکم
- وصایت
- و موارد مشابه

در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که اگر چیزی هیچ‌یک از ویژگی‌های حق را نداشته باشد، آیا واقعاً می‌توان آن را «حق» نامید یا در حقیقت از جنس حکم است؛ هرچند عنوان «حق» بر آن گذاشته شده باشد؟ در واقع می‌توان گفت اگر انسان هیچ اختیاری نسبت به موضوعی نداشته باشد — نه بتواند آن را اسقاط کند، نه به دیگری منتقل کند و نه پس از مرگش به ارث برسد — آن موضوع به حکم نزدیک‌تر است؛ زیرا زمام اختیار آن در دست شارع یا قانون‌گذار است.

برای مثال، درباره ولایت، هرچند اصطلاح «حق ولایت» به کار می‌رود، اما ولایت نه قابل اسقاط است، نه قابل انتقال ارادی و نه از طریق ارث به دیگری منتقل می‌شود. بنابراین چیزی که هیچ‌یک از ویژگی‌های حق را ندارد، تنها به صورت مجازی حق نامیده می‌شود و در حقیقت از جنس حکم است. وصایت نیز از همین قبیل است. حضانت نیز تا حد زیادی همین وضعیت را دارد؛ یعنی فقط میان پدر و مادر یا اشخاصی که قانون برای آنان سمت قانونی شناخته است، امکان واگذاری وجود دارد و نمی‌توان حضانت را به شخص بیگانه — چه رایگان و چه در برابر عوض — واگذار کرد. همچنین حضانت قابل اسقاط هم نیست. از این رو حضانت نیز بیش از آنکه به حق شباهت داشته باشد، به حکم نزدیک است.

دسته دوم: دارای همه ویژگی‌های حق

در مقابل، برخی حقوق هر سه ویژگی را دارند؛ یعنی هم قابل اسقاط‌اند، هم قابل نقل ارادی و هم قابل انتقال قهری از طریق ارث. برای مثال:

- حق ناشی از خيار شرط
- حق ناشی از خيار اشتراط
- حق فسخ قرارداد
- حق قصاص
- حق رهن
- حق تحجير
- و حقوق مشابه

اگر صاحب این حقوق پیش از اعمال آن‌ها و در زمانی که حق هنوز معتبر است فوت کند، این حقوق به ورثه منتقل می‌شود. همچنین صاحب حق می‌تواند آن‌ها را رایگان یا در برابر عوض به دیگری منتقل کند یا از آن صرف‌نظر کرده و اسقاط نماید.

بنابراین اگر موضوعی هر سه ویژگی را داشته باشد، بدون تردید حق است؛ همان‌گونه که اگر هیچ‌یک از این ویژگی‌ها را نداشته باشد، می‌توان آن را حکم دانست.

دسته سوم: فقط قابل اسقاط

گاهی حق فقط قابل اسقاط است، اما نه قابل نقل ارادی است و نه با فوت صاحب حق به ارث می‌رسد. برای مثال، حق شکایت ناشی از توهین، دشنام، اهانت یا ضرب و جرح.

اگر کسی به دیگری توهین کند یا حیثیت او را مخدوش سازد، حق شکایت تنها برای شخص زیان‌دیده وجود دارد. این حق قابل اسقاط است، اما قابل انتقال به دیگری یا انتقال از طریق ارث نیست (مگر آنکه توهین متوجه مقام خانوادگی یا اصل و نسب شخص باشد). صاحب حق نمی‌تواند این حق را به دیگری واگذار کند؛ یعنی نمی‌تواند بگوید: «من این حق را به تو می‌فروشم تا به جای من از شخص به اتهام توهین، هتک حیثیت یا افترا شکایت کنی».

بنابراین این حق فقط قابل اسقاط است، اما قابل نقل ارادی یا انتقال از طریق ارث نیست.

مواردی که قابل اسقاط و ارث هستند اما قابل نقل ارادی نیستند

گاهی نیز حق قابل اسقاط و قابل انتقال از طریق ارث است، اما قابل نقل ارادی نیست؛ مانند حق شفعه. در صورتی که یکی از شرکا سهم خود را در مال مشاع به شخص ثالث بفروشد، شریک دیگر حق شفعه پیدا می‌کند. اگر

پیش از اعمال حق شفعه فوت کند، این حق به ورثه او منتقل می‌شود. همچنین شفیع می‌تواند حق شفعه خود را اسقاط کند؛ اما نمی‌تواند این حق را به دیگری بفروشد یا به‌طور رایگان واگذار کند.

موارد تردیدآمیز

برخی موضوعات نیز وجود دارند که درباره قابل اسقاط بودن، قابل نقل بودن یا انتقال آن‌ها از طریق ارث تردید وجود دارد؛ مانند حق رجوع در عده رجعیه.

فرض کنید زنی که حق طلاق ندارد، برای رهایی از رابطه زوجیت با طلاق رجعی از همسر خود جدا شده است. در طلاق رجعی، شوهر در مدت عده حق رجوع دارد و برای رجوع نیازی به عقد مجدد نیست؛ زیرا زن در مدت عده همچنان در حکم زوجه محسوب می‌شود و مرد تنها با اراده خود می‌تواند به زوجیت رجوع کند. حال این پرسش مطرح می‌شود که حق رجوع از جنس حکم است یا حق؟ اگر مرد هنگام طلاق حق رجوع خود را اسقاط کند و بگوید «در مدت عده حق رجوع نخواهم داشت»، آیا با وجود این اسقاط باز هم می‌تواند در مدت عده رجوع کند؟

- اگر بگوییم حق رجوع حکم است، اسقاط آن هیچ اثر و اعتباری ندارد؛ زیرا حکم قابل اسقاط نیست.
- اگر بگوییم حق رجوع حق است، در این صورت قابل اسقاط خواهد بود و مرد پس از اسقاط آن دیگر نمی‌تواند در مدت عده به زوجیت رجوع کند.

نمونه دیگر، حق رجوع زوجه به مابذل در طلاق خلع است. در طلاق خلع، زن مالی را به شوهر می‌بخشد تا رضایت او را برای طلاق جلب کند. از آنجا که این بذل مال نوعی هبه است، امکان رجوع به مابذل وجود دارد. بنابراین زن می‌تواند در مدت عده از مالی که بخشیده است رجوع کند. حال اگر زن در توافق‌نامه یا صورت‌جلسه طلاق توافقی حق رجوع به مابذل را از خود اسقاط کرده باشد اما بعداً در مدت عده به مابذل رجوع کند، آیا این رجوع معتبر است؟

- اگر بگوییم حق رجوع زن حق است، چون قابل اسقاط است، اسقاط او معتبر خواهد بود و رجوع بعدی اثری ندارد.

- اگر بگوییم حکم است، اختیار آن در دست انسان نیست بلکه در اختیار شارع یا قانون‌گذار است. انسان در قلمرو حکم تنها مجری است نه صاحب اختیار. بنابراین اسقاطی که انجام داده اعتباری ندارد. همین مسائل است که سرنوشت پرونده‌ها را تغییر می‌دهد. گاهی حقوق اشخاص تضییع می‌شود، گاهی حتی برای آنان ایجاد می‌شود و حتی ممکن است سرنوشت یک زندگی مشترک از بین برود یا دوباره احیا شود. از این رو شناخت دقیق تفاوت حق و حکم در رویه قضایی اهمیت بسیار زیادی دارد.

از دیگر نمونه‌های قابل بحث می‌توان به حق مطالبه در قرض، ودیعه و عاریه، همچنین حق عزل در عقد وکالت اشاره کرد. برای مثال، آیا می‌توان شرط کرد که موکل حق عزل وکیل را نداشته باشد؟ آیا عزل وکیل از جنس حکم است یا حق؟ این موضوع خود بحث مستقلی دارد که پیش‌تر مطرح شده است. همچنین حق رجوع در هبه، حق فسخ در سایر عقود و موارد مشابه نیز از جمله موضوعاتی هستند که محل بحث و اختلاف نظر فقها و حقوقدانان است.

جمع‌بندی ویژگی‌های حق و موارد مشکوک

پس اجمالاً می‌توان گفت گاهی درباره برخی موضوعات هیچ تردیدی وجود ندارد که از جنس حق هستند؛ زیرا هر سه ویژگی حق را دارند. برخی موضوعات نیز حق هستند اما هر سه ویژگی را ندارند؛ مانند حق شفعه که قابل اسقاط و قابل انتقال از طریق ارث است، اما قابل انتقال ارادی نیست. همچنین حق شکایت ناشی از توهین، هتک حیثیت و افترا، قابل انتقال ارادی و قابل انتقال از طریق ارث نیست، اما قابل اسقاط است. در حقیقت، همین که یک موضوع ویژگی قابلیت اسقاط را داشته باشد، برای شناسایی آن به عنوان حق کافی است. البته برخی موضوعات نیز مشکوک‌اند که آیا قابل اسقاط هستند یا خیر؛ یعنی مشخص نیست مهم‌ترین ویژگی حق را دارند یا نه. از جمله این موارد می‌توان به حق رجوع در عده رجعیه، حق نفقه اقارب، حق فسخ به سبب برخی عیوب، حق مطالبه، حق رجوع به مابذل و موارد مشابه اشاره کرد.

اسقاط حق در برابر عوض

در برخی موارد، دارنده حق می‌تواند در برابر اسقاط حق، مبلغی از متعهد یا شخصی که حق علیه اوست، دریافت کند؛ اما این به معنای فروش حق به شخص ثالث نیست. به عبارت دیگر، صاحب حق می‌تواند حق خود را نسبت به طرف مقابل اسقاط کند و در برابر این اسقاط مبلغی از همان طرف دریافت نماید؛ اما نمی‌تواند این حق را به شخص ثالث منتقل کند.

برای مثال، حق خیار را در نظر بگیرید. اگر کسی حق فسخ قرارداد را داشته باشد، می‌تواند از این حق صرف‌نظر کند و در مقابل مبلغی از طرف مقابل دریافت کند؛ اما نمی‌تواند حق خیار خود را به شخص دیگری بفروشد تا آن شخص جایگزین او شده و صاحب حق فسخ شود. بنابراین حق خیار قابل فروش نیست.

وقتی گفته می‌شود شخص حق خیار خود را اسقاط می‌کند، یعنی از حق خود می‌گذرد. برای مثال می‌گوید: «من حق داشتم تا بیست روز قرارداد را فسخ کنم، اما در برابر دریافت صد میلیون تومان از این حق صرف‌نظر می‌کنم.» این گذشت از حق ممکن است رایگان باشد یا در برابر دریافت عوض انجام شود. نکته مهم این است که اسقاط در برابر عوض به معنای فروش حق نیست؛ بلکه به معنای صرف‌نظر کردن از حق در قبال دریافت مبلغی است.

این موضوع شبیه تفاوتی است که میان هبه معوض و بیع وجود دارد. در هبه معوض شرط عوض وجود دارد، اما آنچه دریافت می‌شود در برابر عمل بخشش است نه در برابر خود مال. در بیع مال در برابر مال قرار می‌گیرد؛ اما در هبه معوض یک بخشش در برابر بخشش دیگر انجام می‌شود. به همین دلیل ماهیت هبه معوض با بیع متفاوت است. اسقاط حق خیار نیز همین وضعیت را دارد: صاحب خیار حق خود را اسقاط می‌کند نه اینکه آن را بفروشد. طرف مقابل نیز به این دلیل مبلغی پرداخت می‌کند که نگران برهم خوردن معامله است و می‌خواهد صاحب خیار از حق فسخ خود صرف‌نظر کند. بنابراین پولی که پرداخت می‌شود در برابر اسقاط حق است نه در برابر خود حق.

بازگشت به تمایز حق و حکم

به این ترتیب تفاوت میان حق و حکم روشن می‌شود. در قلمرو حکم، صاحب اختیار شارع یا قانون‌گذار است و این اختیار را به هیچ‌کس واگذار نکرده است. اما در قلمرو حق، برای اشخاص سلطنت و اختیار در نظر گرفته شده است و انسان می‌تواند حق خود را اعمال کند. در نتیجه انسان صاحب حق است؛ اما در قلمرو حکم تنها مجری حکم است. واضع حکم شارع یا قانون‌گذار است و انسان تنها مأمور اجرای حکم است، نه حاکم بر آن و نه صاحب اختیار آن.

لزوم و جواز حقی و حکمی

بحث مهم دیگری که در ادامه مطرح می‌شود مربوط به عقود جایز است؛ مانند وکالت، ودیعه، عاریه و هبه. این عقود دو دسته‌اند: عقود جایز اذنی (که منشأ و بقای آن‌ها بر پایه اذن است) و عقود جایز غیراذنی. در مقابل، عقود لازم قرار دارند. البته گاهی در ضمن یک عقد لازم طرفین شرط خیار قرار می‌دهند.

فرض کنید برای خریدار، فروشنده یا شخص ثالث تا مدت معینی حق فسخ قرارداد پیش‌بینی شده باشد. در این صورت کسی که دارای خیار است می‌تواند عقد را بر هم بزند؛ همان‌گونه که در عقود جایز نیز هر زمان بخواهد می‌تواند عقد را فسخ کند. حال سؤال این است که تفاوت این دو نوع جواز چیست؟

از یک سو در بیع خیاری صاحب خیار می‌تواند عقد بیع را — که ذاتاً عقدی لازم است — در مدت مقرر فسخ کند. از سوی دیگر در عقود اذنی مانند وکالت، عاریه و هبه نیز امکان برهم‌زدن عقد وجود دارد. پس تفاوت این دو نوع جواز در چیست؟

در اینجا باید دو مفهوم را از هم تفکیک کنیم:

۱. لزوم و جواز حقی

۲. لزوم و جواز حکمی

اکنون که تفاوت حق و حکم روشن شد، این مفاهیم را در قلمرو عقود بررسی می‌کنیم:

جواز حقی

برای مثال عقد بیع ذاتاً عقدی لازم است؛ اما طرفین می‌توانند با قرارداد حق خیار آن را از حالت لزوم خارج کنند. فروشنده می‌گوید: «من تا ۲۴ ساعت حق برهم‌زدن معامله را داشته باشم.» با درج شرط خیار برای صاحب خیار، حقی ایجاد می‌شود که بتواند عقد را فسخ کند. در این حالت صاحب خیار بر عقد سلطه دارد؛ یعنی می‌تواند عقد را فسخ کند یا در برابر اسقاط حق خیار مبلغی از طرف مقابل دریافت کند. البته این مبلغ در برابر اسقاط حق است نه در برابر فروش خود حق. بنابراین جواز در بیع خیاری از نوع جواز حقی است.

لزوم حقی

در مقابل، بیع «غیرخیاری» را در نظر بگیرید. در این عقد برای هیچ‌یک از طرفین یا شخص ثالث حق فسخی پیش‌بینی نشده است. از این رو عقد نسبت به هر دو طرف لازم است و هیچ‌یک حق برهم‌زدن آن را ندارند. این حالت را لزوم حقی می‌نامند. یعنی لزوم عقد از سنخ حق است؛ زیرا طرفین می‌توانند با توافق خود و از طریق شرط خیار همین لزوم را به جواز تبدیل کنند. بنابراین در عقد بیع گاهی جواز حقی وجود دارد (بیع خیاری) و گاهی لزوم حقی وجود دارد (بیع غیرخیاری). در هر دو صورت موضوع از قلمرو حق است نه حکم.

جواز حکمی

در مقابل گاهی جواز از نوع حکم است نه حق. برای مثال عقد وکالت یا حق رجوع در هبه غیرمعوّض نسبت به غیرخویشاوند. اگر کسی مالی را به شخص غیرخویشاوند هبه کند، تا زمانی که مال تغییر نکرده یا به دیگری منتقل نشده باشد می‌تواند از هبه رجوع کند و مال خود را پس بگیرد. این جواز، جواز حکمی است؛ یعنی جزئی از طبیعت و ذات این عقد محسوب می‌شود. به همین دلیل قابل اسقاط یا تغییر نیست.

طرفین نمی‌توانند در عقد وکالت شرط کنند که جواز عقد از بین برود و عقد به عقد لازم تبدیل شود؛ همان‌گونه که در عقد بیع می‌توان با شرط خیار لزوم را به جواز تبدیل کرد. زیرا در بیع لزوم و جواز از سنخ حق هستند؛ اما در وکالت جواز از سنخ حکم است. در نتیجه شرطی مانند عدم عزل وکیل یا اصطلاح «وکالت بلاعزل» ذات عقد وکالت را تغییر نمی‌دهد؛ زیرا جواز وکالت حکمی است و جزء ماهیت و طبیعت عقد به شمار می‌آید.

پایان مبحث لزوم و جواز حقی و حکمی

گفتیم لزوم و جواز در عقد بیع از سنخ حق هستند؛ همان‌گونه که جواز در بیع خیاری نیز جواز حقی است. اما جواز در وکالت و هبه غیرمعوّض از سنخ حکم است؛ یعنی جزء ماهیت و ذات این عقود به شمار می‌آید. بنابراین شرط اسقاط حق عزل وکیل یا شرط دوام و بقای وکالت نمی‌تواند ماهیت عقد وکالت را تغییر دهد.

به عبارت دیگر، وقتی گفته می‌شود وکالت بلاعزل نباید تصور کرد که خاصیت ذاتی عقد وکالت از بین رفته و جواز حکمی آن به جواز حقی تبدیل شده است؛ زیرا جواز عقد وکالت جواز حکمی است و در اختیار طرفین نیست تا بتوانند آن را تغییر دهند. به همین دلیل جواز حکمی برخلاف جواز حقی قابل تغییر به وسیله اراده اشخاص نیست.

جلسه هشتم:

شرایط صحت عقد (شرایط متعاقدين) - قصد

در جلسات گذشته تعاریف مختلف عقد بیع و اشکالات هر یک بررسی شد و در نهایت تعریف برگزیده شیخ انصاری، یعنی «تملیک عین به عوض»، پذیرفته شد. سپس وارد شرایط صحت عقد شدیم و این شرایط را در سه محور بررسی کردیم:

۱. شرایط صحت مربوط به خود عقد؛

۲. شرایط صحت مربوط به متعاقدين (دو طرف عقد)؛

۳. شرایط صحت مربوط به عوضین (ثمن و مثن).

در بحث شرایط مربوط به عوضین این پرسش مطرح شد که آیا حق، منفعت و عمل نیز می‌توانند موضوع بیع قرار گیرند یا خیر. به همین مناسبت مفاهیم حق، حکم و ملک و تفاوت میان حق و ملک مورد بررسی قرار گرفت.

شرط اول متعاقدين: قصد

یکی از مهم‌ترین شرایط متعاقدين، قصد است؛ همان شرطی که در صدر ماده ۱۹۰ قانون مدنی با عنوان «قصد و رضا» آمده است.

قصد در عبادات و معاملات

قصد در عبادات به معنای قصد قربت است؛ یعنی انجام عمل با نیت تقرب به خداوند. بنابراین عباداتی مانند نماز، روزه، وضو و حج بدون قصد قربت صحیح نیستند. برای مثال اگر اعضای وضو تنها به قصد خنک شدن شسته شوند، وضوی شرعی محقق نخواهد شد.

اما قصد در معاملات با قصد در عبادات تفاوت دارد. در معاملات منظور قصد عنوان یا قصد انشا است، نه قصد قربت.

قصد انشا

قصد انشا عملی ذهنی و خلاقانه است که به وسیله آن انسان یک امر اعتباری مانند عقد یا ایقاع را ایجاد می‌کند. فرآیند قصد انشا به ترتیب شامل مراحل زیر است:

۱. تصور معامله در ذهن؛

۲. اندیشیدن و سنجیدن درباره انجام آن؛

۳. ایجاد شوق و رضای نفسانی؛

۴. رسیدن شوق به مرحله تصمیم قطعی؛

۵. صدور حکم نفس و انشای عقد.

در نتیجه انسان از طریق این فعالیت‌های ذهنی می‌تواند عقودی مانند بیع، معاوضه، قرض، صلح، هبه، عاریه، ودیعه، وکالت، مزارعه، مساقات و شرکت را ایجاد کند. بنابراین در معاملات قصد عنوان و قصد انشا لازم است، نه قصد قربت؛ زیرا معاملات از نوع عبادات نیستند.

علت لزوم قصد

لزوم قصد اتفاقی است و میان فقها اختلافی در آن وجود ندارد. نکته مهم این است که برخی شرایط صحت عقد از دلیل خارجی به دست می‌آیند؛ مانند بلوغ. شرط بلوغ از ذات عقد فهمیده نمی‌شود، بلکه قانون‌گذار یا شارع آن را شرط صحت عقد اعلام کرده است. اما قصد از این دسته نیست؛ بلکه از تحلیل ماهیت خود عقد به دست می‌آید. زیرا بدون قصد انشا اساساً عقدی در عالم اعتبار به وجود نمی‌آید و تحقق پیدا نمی‌کند. بنابراین قصد انشا شرط ذاتی تشکیل عقد است و بدون آن هیچ عقدی ایجاد نخواهد شد.

آثار فقدان قصد

همان‌طور که گفته شد، قصد انشا از ارکان اساسی عقد است. بنابراین اگر قصد وجود نداشته باشد، عقد باطل خواهد بود. قصد زمانی تحقق پیدا می‌کند که تمام مراحل آن وجود داشته باشد. همان‌گونه که نماز از ارکان مختلفی مانند تکبیر، الاحرام، رکوع، سجود، تشهد و سلام تشکیل شده و با فقدان هر یک از ارکان نماز صحیح نخواهد بود، قصد نیز از مراحل مختلفی تشکیل شده است و نبود هر یک از آن‌ها موجب فقدان قصد می‌شود.

صورت اول: فقدان قصد لفظ

گاهی شخص اصلاً قصد تلفظ الفاظ عقد را ندارد؛ مانند شخص خواب، فرد در حالت اغما، شخص بیهوش، فرد مست، یا کسی که بر اثر بیماری هذیان می‌گوید. اگر در این حالت‌ها الفاظ عقد از دهان شخص خارج شود، هیچ اثر حقوقی ندارد؛ زیرا قصد تلفظ وجود ندارد. برای مثال اگر فرد بیهوش یا مست بگوید «خانه‌ام را فروختم» یا «ماشینم را به همسرم هبه کردم»، این الفاظ فاقد اعتبار حقوقی هستند؛ زیرا بدون اختیار و قصد بیان شده‌اند. بنابراین در صورت فقدان قصد لفظ، قصد انشا نیز محقق نمی‌شود.

صورت دوم: وجود قصد لفظ اما فقدان قصد معنا

گاهی شخص قصد تلفظ الفاظ را دارد، اما معنای آن‌ها را قصد نمی‌کند. برای مثال فردی صیغه بیع یا نکاح را تنها برای تمرین تلفظ یا یادگیری زبان عربی بیان می‌کند، نه برای ایجاد عقد. مانند اینکه بگوید «بعث»، «اشتریت»، «زوجت» یا «أنکحت». در این حالت شخص قصد گفتن الفاظ را دارد، اما قصد ایجاد عقد را ندارد.

نظر میرزای نائینی

میرزای نائینی معتقد است قصد لفظ از قصد معنا جدا نیست؛ یعنی اگر شخص معنای لفظ را بداند، هنگام تلفظ قصد معنا نیز خواهد داشت. اما این نظر استثناهایی دارد و می‌توان مواردی را تصور کرد که قصد لفظ وجود دارد اما قصد معنا وجود ندارد.

موارد وجود قصد لفظ بدون قصد معنا

۱. ندانستن معنای الفاظ

- اگر شخص معنای الفاظ را نداند، فقط الفاظ را بر زبان جاری می‌کند بدون آنکه معنای آن‌ها را قصد کند. مثال‌ها:
- فردی که زبان عربی نمی‌داند اما عبارت‌هایی مانند «بعت»، «اشتریت»، «وهبت» یا «أنکحت» را از دیگران شنیده و صرفاً آن‌ها را تکرار می‌کند. یا اینکه شخصی که جمله‌ای را به زبان فرانسه یا زبان دیگری فقط برای تمرین تلفظ بیان می‌کند بدون آنکه معنای آن را بداند.
 - بسیاری از افرادی که آیات قرآن را صحیح تلاوت می‌کنند اما معنای آیات را نمی‌دانند. در این حالت قصد تلفظ وجود دارد ولی قصد معنا وجود ندارد.

۲. دانستن معنا اما نداشتن توجه به آن

گاهی شخص معنای الفاظ را می‌داند اما هنگام بیان آن‌ها اصلاً قصد آن معنا را ندارد؛ بلکه هدف دیگری را دنبال می‌کند مانند شوخی، مزاح یا تمرین تلفظ. در این حالت نیز قصد لفظ وجود دارد اما قصد معنای حقوقی و انشای عقد وجود ندارد.

شوخی (هزل) و فقدان قصد معنا

گاهی شخص الفاظ عقد را به شوخی بیان می‌کند؛ برای مثال می‌گوید: «خانه‌ام را به تو بخشیدم». در این حالت شخص معنای واژه «بخشیدم» را می‌داند و می‌داند که هبه به معنای تملیک رایگان است؛ اما قصد جدی انشای هبه ندارد. بنابراین قصد لفظ وجود دارد ولی قصد معنا وجود ندارد. قصد معتبر در معاملات قصد جدی است نه قصد ناشی از شوخی و مزاح.

قصد معنا در اخبار و انشا

هم در اخبار و هم در انشا علاوه بر قصد لفظ، قصد معنا نیز لازم است. اخبار یعنی اطلاع دادن از یک واقعیت خارجی. انشا یعنی ایجاد یک امر اعتباری مانند عقد یا ایقاع. اگر شخصی به شوخی بگوید «علی از سفر برگشت»، الفاظ را بیان کرده است اما قصد واقعی خبر دادن ندارد؛ بنابراین قصد معنا نیز وجود ندارد. همین حکم در

معاملات نیز جاری است. اگر شخص الفاظ عقد را از روی شوخی بیان کند، عقدی در عالم اعتبار به وجود نمی‌آید.

مراحل تحقق قصد

برای تحقق قصد سه مرحله باید وجود داشته باشد:

۱. قصد لفظ

۲. قصد معنا

۳. مطابقت با واقع

مطابقت با واقع در اخبار و انشا

در اخبار مطابقت با واقع به معنای صدق خبر است. اگر خبر مطابق واقع باشد خبر صادق است و اگر مطابق واقع نباشد کذب محسوب می‌شود.

در انشا مطابقت با واقع به این معناست که تمام شرایط صحت عقد فراهم باشد تا اثر حقوقی موردنظر واقعاً ایجاد شود. در غیر این صورت عقد یا باطل است یا غیرنافذ.

معامله صوری

معامله صوری به مرحله قصد معنا مربوط است. در معامله صوری شخص فقط ظاهر عقد را ایجاد می‌کند؛ برای مثال برای فرار از توقیف اموال به ظاهر قراردادی تنظیم می‌کند که خانه خود را به برادرش فروخته است در حالی که ثمنی پرداخت نشده و قصد واقعی انتقال مالکیت وجود ندارد. بنابراین در معامله صوری:

- قصد لفظ وجود دارد؛

- قصد معنا وجود ندارد.

در نتیجه معامله صوری باطل است؛ زیرا انتقال واقعی مالکیت مورد قصد طرفین نیست. علت بطلان معامله صوری فقدان قصد معنا است. همان‌گونه که عقدی که از روی شوخی (هزل) واقع شود باطل است، معامله صوری نیز به دلیل نبود قصد واقعی انتقال مالکیت باطل خواهد بود.

معامله به قصد فرار از دین

معامله به قصد فرار از دین با معامله صوری تفاوت دارد. در این نوع معامله:

- قصد لفظ وجود دارد؛

- قصد معنا نیز وجود دارد؛

- انتقال مالکیت واقعاً مورد اراده طرفین است.

اما انگیزه معامله فرار از دست طلبکاران و جلوگیری از وصول طلب آنان است. بنابراین معامله به قصد فرار از دین معامله صوری نیست. این معامله از جهت قصد صحیح است؛ زیرا قصد انشا وجود دارد. اما به علت انگیزه نامشروع و متقلبانه (= اضرار به طلبکاران) ممکن است قابل ابطال باشد و طلبکار بتواند ابطال آن را از دادگاه درخواست کند. (اگر طلبکاران اعتراضی نکنند یا دعوای ابطال مطرح نشود، اصل معامله معتبر باقی می ماند).

مرحله سوم: مطابقت با واقع

در مرحله سوم ممکن است قصد لفظ وجود داشته باشد، قصد معنا نیز وجود داشته باشد و اراده جدی نیز وجود داشته باشد، اما یکی از شرایط اساسی صحت معامله وجود نداشته باشد. در این صورت معامله صحیح نخواهد بود. مثال‌ها: خرید و فروش شراب، خرید و فروش مواد مخدر، یا خرید و فروش اموالی که قانون یا شرع معامله آن‌ها را ممنوع کرده است. در این موارد طرفین واقعاً قصد معامله دارند اما موضوع معامله فاقد شرایط قانونی است؛ بنابراین معامله باطل خواهد بود.

تفاوت مطابقت با واقع در اخبار و انشا

در اخبار معیار صدق و کذب است. مثال: اگر گفته شود «علی از سفر برگشته است»، اگر واقعاً برگشته باشد خبر صادق است و اگر برنگشته باشد خبر کاذب است.

اما در انشا سخن از راست یا دروغ نیست؛ بلکه سخن از صحت یا بطلان عمل حقوقی است. برای مثال اگر شخص بگوید «این مایع را به مبلغ ده میلیون تومان فروختم» در حالی که موضوع معامله شراب باشد، بحث صدق و کذب مطرح نیست؛ بلکه چون موضوع معامله فاقد شرایط قانونی است عقد باطل خواهد بود و هیچ اثر حقوقی ایجاد نمی کند.

بنابراین:

- در اخبار $\Rightarrow$ معیار صدق و کذب است.
- در انشا $\Rightarrow$ معیار صحت و بطلان است.

اگر شرایط اساسی صحت عقد وجود نداشته باشد، هیچ اثر حقوقی در عالم اعتبار ایجاد نمی شود.

ورود به بحث عقد فضولی

پس از بررسی مراتب قصد، نوبت به بحث عقد فضولی می رسد؛ زیرا تحلیل دقیق این عقد، در گرو شناخت صحیح مفهوم قصد و مراتب آن است. از این رو، نخستین پرسش اساسی آن است که آیا در عقد فضولی قصد وجود دارد یا خیر؟

اگر در عقد فضولی قصد وجود نداشته باشد، عقد باید باطل تلقی شود؛ اما اگر قصد در آن موجود باشد، علت عدم نفوذ عقد را باید در امری غیر از فقدان قصد جست‌وجو کرد. بنابراین، بررسی مفهوم عقد فضولی و مبانی عدم نفوذ آن، مستلزم تبیین دقیق جایگاه قصد و نیز مفهوم اختیار و ولایت در تصرف است.

مفهوم عقد فضولی و ملاک فضولی بودن

واژه «فضولی» از ریشه «فضل» به معنای زیادی و افزونی گرفته شده است و در اصطلاح، به شخصی اطلاق می‌شود که در کاری که به او مربوط نیست، دخالت می‌کند.

شهید اول در تعریف عقد فضولی می‌گوید: «تصرف شخصی که اختیار و ولایت بر تصرف ندارد = غیر مالک تصرف».

بر اساس این تعریف، ملاک فضولی بودن، صرفاً مالک نبودن شخص نیست؛ بلکه نداشتن اختیار یا ولایت بر تصرف است. بنابراین، ممکن است شخصی مالک مال باشد، اما به سبب وجود مانعی، اختیار تصرف مستقل در آن را نداشته باشد. در چنین صورتی نیز تصرف او می‌تواند فضولی محسوب شود.

تفاوت مالکیت و حق تصرف

برای تبیین دقیق مفهوم عقد فضولی، باید میان مالکیت و حق تصرف تفکیک کرد:

مالکیت، بیانگر تعلق حق مالکانه به شخص نسبت به مال است؛ ولی حق تصرف، ناظر به اختیار قانونی یا شرعی شخص برای انجام معامله و تصرف حقوقی نسبت به آن مال است. از این رو، مالکیت لزوماً به معنای برخورداری از اختیار مطلق برای هرگونه تصرف نیست. ممکن است شخص مالک مالی باشد، اما به دلیل تعلق حق دیگری به آن مال، حق تصرف مستقل در آن را نداشته باشد. در این حالت، تصرف مالک نیز می‌تواند عنوان فضولی پیدا کند.

مالک بودن و فقدان حق تصرف؛ نمونه‌ای در نکاح

یکی از نمونه‌هایی که در برخی دیدگاه‌های فقهی برای این تفکیک مطرح شده، نکاح دختر باکره رشیده است. بر اساس برخی دیدگاه‌ها، اذن ولی در نکاح وی شرط صحت یا نفوذ عقد دانسته شده است. بنابراین، اگر دختر بدون اذن ولی اقدام به ازدواج کند، با وجود آنکه نسبت به خود دارای اهلیت است، به سبب تعلق حق ولی، عقد او فضولی تلقی می‌شود و نفوذ آن منوط به اجازه بعدی ولی خواهد بود. این مثال نشان می‌دهد که فضولی بودن، ضرورتاً ناشی از فقدان مالکیت یا اهلیت شخص نیست؛ بلکه ممکن است شخص از حیث مالکیت یا اهلیت وضعیت لازم را داشته باشد، اما به دلیل فقدان اختیار یا ولایت لازم برای تصرف، عمل حقوقی او فضولی محسوب شود.

تصرف در مال خود با وجود تعلق حق دیگری

مفهوم عقد فضولی تنها به موردی محدود نمی‌شود که شخص در مال دیگری تصرف کند؛ بلکه ممکن است شخص در مال خود تصرف نماید، اما به سبب تعلق حق شخص دیگری به آن مال، اختیار تصرف مستقل نداشته باشد. در این صورت نیز معامله می‌تواند فضولی محسوب شود.

نمونه: معامله مال مرهونه

در عقد رهن، با قرار گرفتن مال در رهن، برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حقی ایجاد می‌شود. بنابراین، هرگاه راهن، بدون رعایت حق مرتهن، مال مرهونه را مورد معامله قرار دهد، معامله او می‌تواند فضولی تلقی شود؛ هرچند مالک مال همچنان خود اوست. بر این اساس، فضولی بودن اعم از تصرف در مال غیر و تصرف در مال خود متعلق حق دیگری است. بنابراین، معیار اساسی در تشخیص فضولی بودن معامله، نه صرفاً مالکیت یا عدم مالکیت، بلکه وجود یا فقدان اختیار و ولایت لازم برای تصرف است.

تعریف دوم عقد فضولی

فقه‌های اهل سنت (عامه)، عقد فضولی را چنین تعریف کرده‌اند: «عقدی که بدون اذن شخصی واقع شود که عقد به اذن او نیاز دارد».

بر اساس این تعریف، هرگاه عقدی بدون اذن شخصی منعقد شود که اذن او برای صحت یا نفوذ عقد لازم باشد، آن عقد فضولی خواهد بود.

تعریف برگزیده عقد فضولی

با توجه به تعاریف مطرح‌شده، تعریف برگزیده آن است که: «عقد فضولی، عقدی است که صحت یا نفوذ آن، منوط به اذن یا اجازه شخص دیگری باشد».

این تعریف، دامنه شمول عقد فضولی را نسبت به همه مصادیق در بر می‌گیرد؛ زیرا هم مواردی را شامل می‌شود که شخص بدون داشتن اختیار، در مال دیگری تصرف می‌کند و هم مواردی را که شخص در مال خود تصرف می‌کند، اما به دلیل تعلق حق دیگری به آن مال، رعایت حق شخص ثالث در نفوذ یا صحت معامله ضروری است.

ملاک تشخیص عقد فضولی

یکی از شرایط اساسی عاقد آن است که برای انجام معامله، مالکیت یا اختیار و سلطه لازم بر موضوع عقد را داشته باشد. این اختیار ممکن است از یکی از طرق زیر حاصل شود:

۱. عاقد، مالک مال باشد؛

۲. از سوی مالک، مأذون یا وکیل باشد؛

۳. به موجب قانون یا شرع، اختیار انجام معامله را داشته باشد.

بنابراین، ملاک اصلی در تحقق عقد فضولی، فقدان سلطه و اختیار لازم برای انجام عقد است؛ خواه این فقدان اختیار ناشی از بیگانگی عاقد با مال باشد و خواه ناشی از وجود حق شخص ثالث نسبت به مال.

اقسام فقدان سلطه و اختیار

فقدان سلطه و اختیار لازم برای انعقاد عقد را می‌توان در دو صورت اصلی بررسی کرد

۱. فقدان اختیار نسبت به موضوع عقد

در این فرض، شخص نسبت به مالی که موضوع معامله قرار گرفته، اختیار لازم برای تصرف ندارد؛ زیرا: مالک مال نیست؛ از سوی مالک وکالت یا اذن ندارد؛ دارای ولایت قانونی یا شرعی نسبت به مال نیست. در چنین وضعی، شخص بدون داشتن اختیار لازم، اقدام به انعقاد عقد کرده و معامله او فضولی محسوب می‌شود.

۲. وجود حق شخص ثالث نسبت به مال

در این فرض، عاقد خود مالک مال است، اما شخص دیگری نسبت به آن مال دارای حق است و عاقد بدون رعایت آن حق، اقدام به معامله می‌کند. بنابراین، مالکیت به‌تنهایی برای خروج معامله از عنوان فضولی کافی نیست؛ بلکه باید اختیار عاقد برای تصرف نیز احراز شود.

از جمله نمونه‌های این فرض می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- معامله مال مرهونه بدون رعایت حق مرتهن؛

- نکاح دختر باکره رشیده، در فرضی که اذن ولی، شرط صحت یا نفوذ عقد دانسته شود.

در نتیجه، در تشخیص عقد فضولی باید به وجود اختیار و سلطه لازم برای انعقاد عقد توجه کرد، نه صرفاً به مالکیت عاقد نسبت به موضوع معامله. هرگاه انجام عقد به اذن یا اجازه شخص دیگری نیاز داشته باشد و عقد بدون آن اذن واقع شود، زمینه تحقق عقد فضولی فراهم خواهد بود.

وضعیت حقوقی عقد فضولی

درباره وضعیت حقوقی عقد فضولی، سه دیدگاه عمده مطرح شده است:

۱. بطلان عقد فضولی؛

۲. صحت عقد فضولی؛

۳. عدم نفوذ عقد فضولی که نظر مشهور فقهای متأخر است.

در گذشته، عمده اختلاف فقها میان دو دیدگاه صحت و بطلان بود؛ اما بعدها نظریه عدم نفوذ مطرح شد و به‌تدریج مورد پذیرش بسیاری از فقها قرار گرفت. بر اساس این نظریه، عقد فضولی در زمان انعقاد، غیرنافذ است

و آثار حقوقی آن تا زمان اجازه مالک متوقف می‌ماند؛ اما هرگاه مالک پس از انعقاد عقد آن را اجازه کند، عقد نافذ خواهد شد.

قصد در عقد فضولی و عقد اکراهی

یکی از مباحث مهم در بررسی عقد فضولی، این پرسش است که آیا در عقد فضولی و عقد اکراهی قصد وجود دارد یا خیر؟

پاسخ به این پرسش در تعیین مبنای حقوقی عدم نفوذ این دو عقد اهمیت اساسی دارد؛ زیرا اگر عقد فضولی فاقد قصد باشد، اساساً عقدی شکل نگرفته است و نمی‌توان اجازه بعدی مالک را موجب نفوذ آن دانست.

دیدگاه شهید ثانی

شهید ثانی در مسالک بر این باور است که در بیع فضولی، قصد معتبر وجود ندارد و در بیع اکراهی نیز قصد کامل تحقق نیافته است. بنابراین، از دیدگاه ایشان، این دو عقد فاقد قصد لازم برای صحت هستند.

مبنای این دیدگاه را می‌توان چنین بیان کرد:

در عقد فضولی، شخص فصول حق انجام معامله را ندارد؛ بنابراین، قصد او نمی‌تواند منشأ اثر حقوقی باشد. در عقد اکراهی نیز شخص مکره، هرچند قصد انجام معامله را دارد، از رضایت و طیب نفس برخوردار نیست؛ زیرا معامله تحت تأثیر اکراه و فشار خارجی واقع شده است.

نقد دیدگاه شهید ثانی

این دیدگاه مورد نقد قرار گرفته است. بسیاری از فقها بر این باورند که قصد در عقد فضولی و عقد اکراهی وجود دارد و اشکال این دو عقد را باید در عناصر دیگری جست‌وجو کرد، نه در اصل قصد.

عناصر مفقود در عقد فضولی

در عقد فضولی، دو عنصر وجود ندارد:

۱. استناد عقد به مالک

۲. رضایت یا طیب نفس مالک

زیرا عقد توسط شخصی غیر از مالک منعقد شده است و ممکن است مالک حتی از وقوع معامله نیز اطلاعی نداشته باشد. بنابراین، در زمان انعقاد عقد، معامله به مالک مستند نیست و رضایت او نیز نسبت به آن وجود ندارد. از این رو، اشکال عقد فضولی را نباید در فقدان قصد جست‌وجو کرد؛ بلکه مشکل در این است که عقد، در ابتدا، به مالک مستند نیست و رضایت او نیز وجود ندارد.

تفاوت عقد فضولی و عقد اکراهی

در عقد فضولی، همان‌گونه که گفته شد، عقد به مالک مستند نیست و رضایت و طیب نفس مالک نیز وجود ندارد؛ زیرا معامله را شخص دیگری انجام داده و مالک ممکن است از وقوع آن بی‌اطلاع باشد. اما در عقد اکراهی، وضعیت متفاوت است. در اینجا عقد به خود مکره مستند است؛ زیرا او نسبت به مال خود معامله می‌کند. بنابراین، استناد عقد به مالک وجود دارد، اما طیب نفس و رضایت او وجود ندارد. اکراه، به سبب فشار خارجی، رضایت شخص را از بین می‌برد یا آن را معیوب می‌کند. بنابراین، می‌توان گفت:

در عقد فضولی، دو عنصر مفقود است:

۱. استناد عقد به مالک؛

۲. طیب نفس و رضایت مالک.

در عقد اکراهی، تنها یک عنصر مفقود است: طیب نفس و رضایت مالک.

وجود قصد در عقد فضولی

برخلاف دیدگاه شهید ثانی، در عقد فضولی، قصد وجود دارد؛ زیرا شخص فضول هنگام انعقاد معامله، با اراده و جدیت در صدد انجام معامله است. در این عقد: ۱. قصد لفظ وجود دارد؛ ۲. قصد معنا وجود دارد؛ ۳. شخص با جدیت و به‌منظور ایجاد اثر حقوقی معامله می‌کند و اقدام او از روی شوخی و بی‌قصدی نیست. بنابراین، مشکل عقد فضولی فقدان قصد نیست؛ بلکه مشکل در نبود اجازه و رضایت مالک و در نتیجه، عدم استناد ابتدایی عقد به اوست.

نقش اجازه بعدی مالک

این تفکیک از آن جهت اهمیت دارد که اگر عقد فضولی را فاقد قصد بدانیم، اجازه بعدی مالک نمی‌تواند قصد را ایجاد کند؛ زیرا قصد باید در هنگام انعقاد عقد وجود داشته باشد. برای مثال، اگر شخصی از روی شوخی بگوید: «این ماشین را به تو فروختم». چون در این فرض قصد انشا وجود ندارد، اساساً عقدی تشکیل نشده است. بنابراین، اگر شخص بعداً نیز آن معامله را اجازه کند، اجازه لاحق نمی‌تواند عقدی را که از ابتدا تشکیل نشده است، ایجاد کند.

اما در عقد فضولی، وضعیت چنین نیست؛ زیرا اصل عقد با قصد انشا تشکیل شده است و آنچه در زمان انعقاد وجود ندارد، اجازه و رضایت مالک است. بنابراین، اجازه بعدی مالک می‌تواند این نقص را برطرف کرده و موجب نفوذ عقد شود. در نتیجه، مبنای عدم نفوذ عقد فضولی، فقدان قصد نیست؛ بلکه فقدان اجازه و رضایت مالک و عدم استناد ابتدایی عقد به اوست. به همین دلیل، اجازه بعدی مالک می‌تواند عقد موجود را از حالت عدم نفوذ خارج و آن را نافذ کند.

نگاه دیگری به تمایز عقد فضولی و عقد اکراهی

برای روشن شدن تفاوت عقد فضولی و عقد اکراهی، باید عناصر موجود و مفقود در هر یک را به دقت از یکدیگر تفکیک کرد:

۱. عقد فضولی

در عقد فضولی، عناصر زیر وجود دارد:

قصد لفظ؛ قصد معنا

در مقابل، دو عنصر وجود ندارد:

استناد عقد به مالک؛ طیب نفس و رضایت مالک

زیرا عقد را شخصی غیر از مالک منعقد کرده است و مالک ممکن است از وقوع معامله بی اطلاع باشد. بنابراین، در زمان انعقاد عقد، معامله به مالک مستند نیست و رضایت او نیز وجود ندارد.

۲. عقد اکراهی

در عقد اکراهی نیز عناصر زیر وجود دارد:

قصد لفظ؛ قصد معنا؛ استناد عقد به مالک.

اما عنصر مفقود، «طیب نفس و رضایت مالک» است؛ زیرا شخص مکره معامله را نسبت به مال خود انجام می دهد، اما تحت فشار و اکراه قرار دارد و از رضایت خاطر برخوردار نیست.

بنابراین، تفاوت اساسی این دو عقد آن است که در عقد فضولی، افزون بر فقدان طیب نفس مالک، استناد عقد به مالک نیز وجود ندارد؛ در حالی که در عقد اکراهی، عقد به خود مالک مستند است و تنها طیب نفس و رضایت او مفقود است.

در نتیجه، مشکل عقد اکراهی، صرفاً نبود رضایت است و هرگاه در موارد مقرر، رضایت بعدی شخص مکره حاصل شود، این نقص برطرف خواهد شد.

اکراه به حق

وجود طیب نفس و رضایت مالک، در همه معاملات شرط نفوذ نیست؛ زیرا در برخی موارد، قانون بدون رضایت مالک نیز انجام معامله را معتبر می داند. برای نمونه، ممکن است: اموال محکوم علیه در اجرای احکام، برای پرداخت طلب محکوم له، فروخته شود؛ اموال بدهکار برای پرداخت مهریه به فروش برسد؛ اموال احتکاری به دستور مقام قضایی به فروش برسد.

در این موارد، مالک ممکن است به فروش مال خود رضایت نداشته باشد، اما معامله، با وجود فقدان رضایت او، صحیح و نافذ است. فقها این موارد را «اکراه به حق» می‌نامند. بنابراین، در این گونه موارد، شخص به حکم قانون و برای اجرای حق مقرر قانونی، ملزم به انجام معامله می‌شود.

ماده ۲۰۷ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «ملزم شدن شخص به انشای معامله به حکم مقامات صالح قانونی، اکراه محسوب نمی‌شود».

بنابراین، معامله‌ای که به حکم مقامات صالح قانونی و در چارچوب اختیار مقرر در قانون انجام می‌شود، آثار عقد اکراهی را ندارد و نافذ است. فقها چنین وضعیتی را «اکراه به حق» می‌نامند؛ هرچند قانون مدنی اساساً آن را از مصادیق اکراه محسوب نمی‌کند.

نقش رضایت و طیب نفس در عقد

از مباحث پیش‌گفته روشن می‌شود که طیب نفس و رضایت، برخلاف قصد، از ارکان تشکیل‌دهنده عقد نیست. اگر قصد انشا وجود نداشته باشد، اساساً عقدی شکل نمی‌گیرد؛ اما فقدان رضایت و طیب نفس، به‌تنهایی موجب بطلان عقد نیست. بنابراین، باید میان قصد و رضایت تفاوت اساسی قائل شد: قصد، از عناصر اساسی تشکیل عقد است و فقدان آن مانع از تحقق عقد می‌شود. در مقابل، رضایت و طیب نفس، در مواردی که قانون آن را لازم دانسته، از شرایط نفوذ عقد است، نه از ارکان سازنده آن.

به بیان دیگر، قصد، عنصر حیاتی برای ایجاد عقد است؛ اما رضایت، هرچند در موارد مقرر شرط مهمی برای نفوذ عقد محسوب می‌شود، در اصل تشکیل آن نقشی همانند قصد ندارد. از همین رو، در عقد اکراهی، فقدان رضایت موجب عدم نفوذ عقد می‌شود، نه بطلان آن. در عقد فضولی نیز اصل عقد با قصد انشا تشکیل شده است، اما تا زمانی که مالک آن را اجازه نکند، عقد نافذ نخواهد بود.

جمع‌بندی نقش قصد و رضایت در عقد فضولی

برای تحلیل دقیق عقد فضولی و عقد اکراهی، باید مراتب قصد به‌درستی شناخته شود. این مراتب عبارت‌اند از:

۱. قصد لفظ؛ ۲. قصد معنا؛ ۳. مطابقت با واقع (شرایط اساسی صحت معامله).

بر اساس این تقسیم‌بندی، وضعیت معاملات مختلف را می‌توان چنین تحلیل کرد:

معامله صوری

در معامله صوری، شخص ممکن است الفاظ معامله را بر زبان آورد، اما قصد واقعی انتقال نداشته باشد. بنابراین، اشکال معامله در مرحله قصد معنا پدید می‌آید.

معامله به قصد فرار از دین

در معامله به قصد فرار از دین، قصد لفظ و قصد معنا وجود دارد و شخص واقعاً درصدد انجام معامله است؛ بنابراین، اشکال آن در فقدان قصد نیست، بلکه در انگیزه نامشروع نهفته است.

فقدان اهلیت

فقدان اهلیت نیز از شرایط صحت عقد است و مسئله آن در مرحله مطابقت با واقع مورد بررسی قرار می‌گیرد.

عقد فضولی و عقد اکراهی

در عقد فضولی و عقد اکراهی نیز مشکل، فقدان قصد نیست. اگر قصد در این دو عقد وجود نداشت، عقد فضولی و عقد اکراهی نیز همانند معامله هزلی از ابتدا باطل و فاقد اثر حقوقی بودند و اجازه یا رضایت بعدی نمی‌توانست عقدی را که اساساً تشکیل نشده است، ایجاد کند. اما از آنجا که در هر دو عقد، قصد وجود دارد و عقد در اصل تشکیل شده است، امکان جبران نقص موجود از طریق اجازه یا رضایت بعدی وجود دارد. بنابراین: در عقد فضولی، نقص مربوط به استناد عقد به مالک و رضایت یا طیب نفس مالک است. در عقد اکراهی، عقد به مالک مستند است، اما رضایت یا طیب نفس او وجود ندارد. در نتیجه، در مواردی که قانون و مبانی فقهی اجازه می‌دهند، اجازه مالک در عقد فضولی و رضایت شخص مکروه در عقد اکراهی، نقص موجود را برطرف کرده و موجب نفوذ عقد می‌شود.

جلسه نهم

وضعیت حقوقی عقد فضولی و عقد اکراهی

در بررسی بیع فضولی و بیع مکره این پرسش مطرح است که آیا در این دو معامله قصد وجود دارد یا قصد مختل است. شهید ثانی معتقد بود که در بیع فضولی و مکره اساساً قصد بیع وجود ندارد و از این رو تحقق عقد با اشکال روبه‌روست. به نظر ایشان، با بیع فضولی حق قصد بیع ندارد و مکره نیز هرچند قصد دارد، اما طیب نفس ندارد؛ بنابراین هر دو بیع به دلیل فقدان قصد صحیح نیست.

این سخن مورد نقد قرار گرفت. استدلال ناقدان این است که در بیع فضولی و مکره قصد لفظ و قصد معنا موجود است، اما عناصر دیگری مفقودند. در عقد فضولی دو عنصر غایب است: استناد بیع به مالک و طیب نفس (رضایت خاطر). در عقد مکره تنها یک عنصر مفقود است: طیب نفس. مکره مال خود را مورد معامله قرار می‌دهد و استناد به مالک در آن موجود است، اما رضایت خاطر ندارد.

بنابراین با بیع در عقد فضولی به جد معامله می‌کند و شوخی نمی‌کند؛ پس هم قصد لفظ دارد و هم قصد معنا. مشکل آن است که مال دیگری را یا مالی را که نیازمند اجازه دیگری است، بدون آن اجازه معامله می‌کند. با اجازه بعدی مالک، این مشکل برطرف می‌شود. در عقد مکره نیز قصد لفظ و معنا و استناد به مالک موجود است، اما طیب نفس غایب است. از این رو ادعا که فضولی و مکره فاقد قصدند، صحیح نیست.

فقهایی که می‌گویند اگر اجازه بعدی از مالک صادر شود عقد فضولی صحیح می‌گردد، نشان می‌دهند که قصد معنا موجود بوده و تمام ارکان عقد جز طیب نفس فراهم بوده است. اجازه لاحق هم استناد به مالک را برقرار می‌کند و هم طیب نفس را تأمین می‌نماید. اگر قصد وجود نداشت، اجازه بعدی نمی‌توانست عقدی را که در مرحله تشکیل دچار نقص در ارکان است تصحیح کند؛ زیرا عقد فاقد قصد از اساس باطل است (مانند معامله شوخی). پس وقتی اجازه عقد را صحیح می‌کند، معلوم می‌شود قصد موجود است و مشکل در جای دیگری است: در فضولی، استناد به مالک و طیب نفس؛ و در اکراه، تنها طیب نفس.

همین نکته در بحث اکراه به حق نیز آشکار می‌شود. فروش اموال احتکاری به دستور قضایی یا اجرای حکم توقیف و فروش اموال، علی‌رغم خواست مالک، صحیح است. اگر در معامله اکراهی قصد وجود نداشت، اکراه به حق امکان‌پذیر نبود و تمام معاملاتی که در اجرای احکام دادگستری علی‌رغم میل محکوم‌علیه انجام می‌شود، از اساس باطل می‌بود. ماده ۲۰۷ قانون مدنی نیز تصریح می‌کند که «ملزم شدن شخص به انشای معامله به حکم مقامات صالح قانونی، اکراه محسوب نمی‌شود».

شرط نفوذ در عقد اکراهی

عنصری که در عقد اکراهی مفقود است، رضا یا طیب نفس نامیده می‌شود. شیخ انصاری در مکاسب این شرط را «اختیار» خوانده است. اختیار همان معنای رضایت یا طیب نفس است. برخی از فقها عنصر رضا را شرط نفوذ دانسته‌اند، برخی تعبیر طیب نفس را برگزیده‌اند و برخی به جای شرط نفوذ، اکراه را مانع نفوذ عقد شمرده‌اند. قانون مدنی از هر دو شیوه بهره برده است. در بند ۱ ماده ۱۹۰، رضا را در شمار شرایط اساسی صحت معامله آورده و از شرط نفوذ سخن گفته است. ماده ۱۹۹ نیز رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه را موجب عدم نفوذ معامله می‌داند. اما ماده ۲۰۳ اکراه را موجب عدم نفوذ معامله می‌شمارد و ماده ۲۰۹ امضای معامله پس از رفع اکراه را موجب نفوذ آن می‌داند. تعبیر مختلف است، اما مقصود واحد است: اختیار، رضا یا طیب نفس برای نفوذ عقد لازم است، یا اکراه مانع نفوذ عقد است.

دلیل تفاوت تعبیر، اختلاف مستندات فقهاست. برخی به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» استناد کرده‌اند و عبارت «عَنْ تَرَاضٍ» را شرط نفوذ دانسته‌اند. برخی به حدیث «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ» تمسک نموده‌اند و طیب نفس را شرط نفوذ قرار داده‌اند. برخی نیز به حدیث رفع «(رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي ... مَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ)» استناد کرده و اکراه را مانع صحت یا نفوذ عقد شمرده‌اند.

این مبانی با یکدیگر متنافی نیستند. همه یک مطلب را اثبات می‌کنند: رضایت درونی (رضا، اختیار یا طیب نفس) شرط اساسی نفوذ معامله است. ممکن است در برخی موارد میان این مفاهیم افتراق پدید آید؛ یعنی معامله‌ای اکراهی نباشد، اما رضایت خاطر و طیب نفس نیز وجود نداشته باشد.

اکراه تخیلی و ضرورت طیب نفس

اگر شخصی تمایلی به فروش مال خود نداشته باشد و رضایت قلبی نداشته باشد، اما تصور اشتباهی از عامل ترس خارجی داشته باشد - مثلاً گمان کند وسیله‌ای عتیقه جزء اموال قاچاق است و بر اثر این تصور آن را بفروشد - در اینجا طیب نفس وجود ندارد، اما اکراه واقعی نیز محقق نیست؛ زیرا تخیل اکراه، اکراه واقعی نیست. ماده ۲۰۸ قانون مدنی می‌گوید: «مجرد خوف از کسی، بدون آن‌که از ناحیه او تهدیدی صورت گرفته باشد، اکراه محسوب نمی‌شود».

نمی‌توان گفت چون اکراه واقعی نبوده، معامله حتی بدون رضایت باطنی صحیح است. اکراه واقعی نباید وجود داشته باشد و علاوه بر آن، طیب نفس و رضایت خاطر نیز لازم است. تفسیر ماده ۲۰۸ به این‌که در صورت تخیل اکراه، معامله بدون طیب نفس صحیح است، پذیرفتنی نیست.

دامنه اکراه در عقود و ایقاعات

اکراه هم در عقد و هم در ایقاع ممکن است رخ دهد؛ مانند اجبار به طلاق، فسخ قرارداد یا ابراء ذمه. در هر عقد یا ایقاع اکراهی، اگر مکره به اکراه استناد کند و دادرس تشخیص دهد که اکراه در تحقق معامله نقش مؤثری داشته است - خواه اکراه جزء سبب باشد و خواه تمام سبب - معامله باطل است.

تنها در یک مورد اکراه حیثیت تعیین کننده ندارد: جایی که اکراه صرفاً از نظر زمانی با انشای عقد مقارن شده و هیچ نقشی در تحقق آن نداشته باشد. اگر شخص با میل و اراده کامل به دفترخانه رفته و سند انتقال را امضا کند و هم‌زمان عاملی بیرونی تهدیدی مطرح سازد، اما این تهدید هیچ تأثیری در اراده او نداشته و او بدون آن نیز معامله را انجام می‌داده است، اکراه نه جزء سبب است و نه تمام سبب. در این فرض عقد صحیح است؛ زیرا اکراه در آن دخیل نبوده و تنها به صورت اتفاقی با اراده شخص مقارن شده است. در سایر موارد، هرگاه اکراه - هرچند جزئی - نقش داشته باشد و مکره به آن استناد کند، معامله باطل می‌شود.

تصحیح عقد اکراهی با رضای مؤخر

اگر معامله اکراهی واقع شود و مکره پس از زوال اکراه رضایت دهد، عقد یا ایقاع اکراهی تصحیح می‌شود. غیرنافذ بودن معامله دقیقاً به همین معناست. در هر نقل و انتقال، طیب نفس و رضایت خاطر شرط است، اما این رضایت می‌تواند هم‌زمان با انشای عقد باشد یا پس از آن به عقد ملحق گردد.

رضایت خاطر، برخلاف قصد، لزوماً هنگام انعقاد قرارداد لازم نیست و می‌تواند بعداً نیز به عقد بپیوندد. اگر رضا یا طیب نفس پس از عقد صادر شود، عقد سابق را تصحیح می‌کند. بنابراین در عقد فضولی و عقد اکراهی، رضای مؤخر موجب صحت عقد مقدم است. در عقد فضولی، این رضا هم استناد به مالک و هم طیب نفس را تأمین می‌کند؛ در عقد اکراهی که عقد مستند به مکره بوده، تنها طیب نفس را به همراه می‌آورد و عقد را تصحیح می‌نماید.

گستره عقد فضولی

گاهی در عقد فضولی، شخص مالک است یا مأذون از جانب مالک، اما حقی از دیگری در ملک وجود دارد. برای نمونه، ملک در رهن بانک است و به عنوان وثیقه بدهی قرار گرفته است. راهن مالک مال است و می‌تواند در آن تصرف مادی کند، اما اگر ملک مرهونه را بفروشد، آیا معامله صحیح و نافذ است یا فضولی و نیازمند اجازه مرتهن؟

عقد فضولی، چنان‌که شهید اول تعریف کرده، منحصر به جایی نیست که شخص مالک مال نباشد و اذن هم نداشته باشد. جایی که شخص مالک یا مأذون است اما حقی از غیر در مال وجود دارد نیز از مصادیق عقد فضولی

است. اگر مالک همه شرایط صحت (بلوغ، عقل، رشد، مالکیت و عدم حجر) را دارا باشد، اما مال در رهن دیگری باشد یا در بازداشت دادگاه قرار داشته باشد، عقد همچنان فصولی محسوب می‌شود. نقص ممکن است در جانب مالک باشد (مالک نبودن یا مأذون نبودن) یا در خود ملک (وجود حق دیگری در آن). اگر کسی مال مرهونه را بفروشد، مرتهن می‌تواند معامله را رد کند؛ در این صورت معامله غیرنافذ باقی می‌ماند و با رد مرتهن بی‌اثر می‌شود.

مبانی چهارگانه در کیفیت تأثیر اجازه در عقد فصولی

بنا بر قول به صحت تأهلی عقد فصولی، در میان فقهای امامیه چهار نظریه مشهور درباره ماهیت و آثار اجازه مالک مطرح شده است:

الف) نظریه نقل

بر اساس این نظریه، اجازه سبب انتساب عقد به مجیز (اجازه‌دهنده) می‌گردد؛ به گونه‌ای که گویی خود معقوله در همان لحظه عقد را انشاء کرده است. بنابراین آثار عقد - از جمله تملیک و تملک - تنها از زمان اجازه مترتب می‌شود.

ثمره این قول آن است که در بیع فصولی حیوان حامل، اگر میان عقد و اجازه نتاجی به دنیا آید، آن نتاج (محصول) متعلق به بایع فصول است، نه مشتری؛ زیرا موضوع تملیک خود حیوان بوده، نه نتاج آن، و اجازه تنها تملیک همان متعلق سابق را تنفیذ می‌کند.

ب) نظریه کشف

نظریه کشف خود به سه گونه تقسیم می‌شود:

۱. کشف حکمی

در این قول، همانند نظریه نقل، مالکیت و منشأ (تملک، زوجیت و مانند آن) از حین اجازه تحقق و فعلیت می‌یابد. لیکن شارع برای این مالکیت تازه‌حدوث، حکم مالکیت سابق را اعتبار کرده و آن را نازل‌منزله مالکیت از حین عقد قرار داده است.

بدین‌سان، هرچند اصل منشأ و تملیک و تملک در لحظه اجازه واقع می‌شود، اما شارع تمام آثاری را که اگر مشتری از همان حین عقد مالک می‌بوید، بر آن مترتب می‌گشت، بر این مالکیت جدید بار می‌کند. به دیگر سخن، پس از اجازه، خود عین از آن مشتری می‌گردد و افزون بر آن، آثار مالکیت از حین عقد نیز از همین لحظه بر آن جاری می‌شود.

ثمره این قول آن است که اگر فضول، حیوان حامل یا باغ مثمری را فروخته باشد، با وقوع اجازه، هم خود حیوان و باغ و هم نتاجی که میان عقد و اجازه پدید آمده، متعلق به مشتری خواهد بود. شارع فرض را بر این می‌گذارد که آثار از زمان انشای عقد بر معامله عارض شده است؛ از این رو نتاج را از آن مشتری می‌داند. خلاصه آن که در هر دو قول نقل و کشف حکمی، فعلیت منشأ پس از اجازه است؛ با این فرق بنیادین که در کشف حکمی، شارع آثار سابق را نیز بر این منشأ جدید الحاق می‌کند و از جمله، مالکیت نتاج را به مشتری منتسب می‌گرداند.

۲. کشف حقیقی

در قول به کشف حقیقی، اجازه کاشف از آن است که منشأ عقد (تملیک و تملک، زوجیت و مانند آن) از همان حین عقد به طور حقیقی محقق بوده است. به دیگر سخن، هرگاه در علم خداوند مقدر باشد که این بیع فضولی متعقب اجازه مالک گردد، از همان لحظه اول، نقل و انتقال به طور حقیقی واقع شده و گویی عقد را خود مالک انشاء کرده یا به اذن صریح او جاری گشته است. بنابراین همان عقد نخستین، سبب حدوث مالکیت از حین وقوع عقد می‌گردد.

بر این مبنا، اگر مشتری بداند که مالک پس از مدتی عقد را تنفیذ خواهد کرد، از همان حین عقد حق تصرف در عین را دارد؛ زیرا یقین دارد که مالکیت به طور حقیقی برای او حاصل شده است. اگر در اجازه شک داشته باشد، ظاهراً حق تصرف ندارد؛ لیکن اگر تصرف کرد و سپس اجازه واقع شد، معلوم می‌گردد که در حقیقت در ملک خود تصرف کرده است، هرچند به گمان عدم جواز، عنوان متجری بر او صادق خواهد بود. خلاصه آن که بر مبناي کاشفیت حقیقی، عقد فضولی دقیقاً حکم عقد منعقد از ناحیه خود مالک را دارد؛ مالکیت و جواز تصرف مشتری از همان حین عقد ثابت است و همه احکام و آثار مالکیت سابق بر آن مترتب می‌گردد.

۳. کشف انقلابی

در قول به کشف انقلابی، اجازه خود سبب حصول مالکیت و حدوث منشأ می‌گردد و در لحظه اجازه، انشاء و جعل مالکیت به وقوع می‌پیوندد؛ لیکن ظرف و محل تحقق این منشأ، زمان سابق - یعنی حین عقد - قرار داده شده است. این قول، عکس باب وصیت است: در وصیت، انشاء در حال واقع می‌شود؛ ولی فعلیت منشأ در آینده تحقق می‌یابد؛ اما در اجازه فضولی بر مبناي کشف انقلابی، انشاء در زمان اجازه است و فعلیت منشأ به حین عقد بازگردانده می‌شود.

تفاوت آن با کشف حقیقی در همین نکته است: در کشف حقیقی، همان انشای عاقد فضولی مؤثر است و انشاء و مُنشأ هر دو در حین عقد به طور حقیقی محقق گردیده‌اند؛ اما در کشف انقلابی، اجازه است که سبب مالکیت می‌شود، لیکن مالکیت را به زمان سابق (حین عقد) منتقل و مقدر می‌سازد.

تعبیر آیت‌الله حکیم

- بنابر نقل: زوجیت یا تملک، از حیث انشاء و مُنشأ، در حین اجازه تحقق می‌یابد.
 - بنابر کشف حکمی: زوجیت در مرتبه انشاء و مُنشأ از لحظه اجازه واقع می‌شود، لیکن آثار سابق نیز بر آن بار می‌گردد.
 - بنابر کشف حقیقی: زوجیت در ساحت انشاء و مُنشأ از زمان عقد فضولی محقق گردیده است.
 - بنابر کشف انقلابی: انشای زوجیت در وقت اجازه است، اما فعلیت و تحقق مُنشأ به زمان عقد بازگردانده شده است؛ یعنی اجازه سبب می‌شود که شارع حکم به تحقق مضمون عقد از زمان حصول عقد بنماید.
- ماده ۲۵۸ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن، اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود».

مقبوض به عقد فاسد

مسئله نهایی که در این دوره به آن می‌پردازیم، مقبوض به عقد فاسد است. پس از آن‌که ارکان عقد بیع را شناختیم - یعنی تعاریف عقد بیع را در ادوار مختلف فقهی بیان کردیم، ایرادات وارد بر هر تعریف را احصا و بررسی نمودیم و به آن‌ها پاسخ دادیم - وارد شرایط صحت عقد شدیم. این شرایط شامل شرایط نفس عقد، شرایط متعاقدين (بایع و مشتری) و شرایط عوضین (مبیع و ثمن) بود. سپس به یکی از شرایط مربوط به بایع و مشتری، یعنی قصد، پرداختیم. گفتیم قصد گاهی قصد لفظ است و گاهی قصد معنا. به همین مناسبت وارد بحث عقد فضولی و عقد اکراهی شدیم و این پرسش را مطرح کردیم که آیا در این عقود اساساً قصد وجود دارد یا اشکال آن‌ها از ناحیه فقدان قصد است. پاسخ آن بود که عقد فضولی و عقد اکراهی قصد معامله دارند، اما خلل آن‌ها در جای دیگری است: در طیب نفس، رضا، یا در واقع مانع نفوذی به نام اکراه. اکنون به این مبحث می‌رسیم که اگر یکی از شرایط صحت عقد وجود نداشت و عقد باطل یا فاسد شد - مثلاً طرف قصد نداشت، یا محجور بود، یا موضوع معامله مجهول بود، یا مشروعیت جهت وجود نداشت - و با این حال معامله انجام شد و مال (خواه مبیع و خواه ثمن) به دست طرف مقابل افتاد و در تصرف او قرار گرفت، حکم آن کالا یا ثمن چیست؟

به این بحث، «مقبوض به عقد فاسد» می‌گوییم؛ یعنی آنچه در نتیجه عقد فاسد به دست یکی از طرفین آمده است. به‌طور معمول، پس از بیان شرایط صحت عقد، این مسئله مطرح می‌شود که اگر یکی از این شرایط موجود نبود و عقد باطل گردید، حکم کالا یا ثمنی که خریدار یا فروشنده به استناد این عقد - که گمان می‌کردند صحیح است اما از نظر شرعی یا قانونی فاسد بوده - دریافت کرده‌اند، چیست؟ بدین ترتیب وارد احکام مقبوض به عقد فاسد می‌شویم که هم احکام تکلیفی دارد و هم احکام وضعی.

جلسه دهم

مقبوض به عقد فاسد

همان‌طور که شرایط صحت عقد را مطالعه کردیم، روشن شد که فقدان هر یک از این شرایط، عقد را به بطلان می‌کشانند. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که اگر عقد باطل شد، تکلیف کالا یا ثمنی که طرفین به استناد آن دریافت کرده‌اند چیست؟

پس از بیان شرایط صحت عقد - شرایط نفس عقد، شرایط متعاقدين (بایع و مشتری) و شرایط عوضین (مبیع و ثمن) - مسئله‌ای که فقها تحت عنوان «مقبوض به عقد فاسد» بررسی کرده‌اند و حقوق‌دانان آثار آن را بیان نموده‌اند، همین موضوع است. در این بحث در دو مقام سخن می‌گوییم: احکام تکلیفی و احکام وضعی. احکام تکلیفی به افعال مکلفان تعلق می‌گیرند و شامل پنج حکم‌اند: وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه. احکام وضعی نیز وضعیت و حالت معامله را مشخص می‌کنند؛ مانند صحیح، فاسد، غیرنافذ یا وجود مانع نفوذ. اگر کالا یا ثمن در نتیجه عقد فاسد در دست خریدار یا فروشنده باقی مانده باشد، هم از نظر حکم تکلیفی و هم از نظر حکم وضعی سرنوشت آن چیست؟

پرسش‌های تکلیفی

آیا گرفتن و قبض این مال بر اثر معامله فاسد جایز است؟ آیا نگهداری آن تا رسیدن به دست صاحبش جایز است؟ آیا رد فوری آن واجب است؟

پرسش‌های وضعی

آیا گیرنده مال ضامن است اگر مال در دست او تلف شود؟ اگر مال نماءاتی داشته باشد - مانند گوسفندی که بچه زاییده یا باغی که میوه داده - این منافع متعلق به کیست؟ آیا گیرنده تنها ضامن عین است یا ضامن منفعت نیز هست؟ اگر ضامن منفعت باشد، آیا ضمان تنها منافع مستوفات (استفاده‌شده) را دربرمی‌گیرد یا منافع غیرمستوفات (استفاده‌نشده) را نیز شامل می‌شود؟

برای نمونه، اگر خانه‌ای به عقد فاسد خریداری و قبض شود، خریدار ممکن است در آن سکونت کرده یا آن را اجاره داده باشد (منافع مستوفات) یا در را بسته و از منافع استفاده نکرده باشد (منافع غیرمستوفات). همه احکام ضمان نسبت به اصل مال، منافع متصل و منفصل، و منافع مستوفات و غیرمستوفات، ذیل احکام وضعی قرار می‌گیرند.

ضمان معاوضی در عقد صحیح و ضمان ید در عقد فاسد

اگر عقد صحیح تحقق یابد، طرفین مسئولیتی دارند که ضمان معاوضی یا ضمان قراردادی نامیده می‌شود. ضمان معاوضی ناشی از عقد صحیح است: بایع ملزم به تسلیم مبیع و مشتری ملزم به پرداخت ثمن است. اگر مبیع در دست مشتری تلف شود، او ضامن مثل یا قیمت نیست، بلکه ضامن ثمن است؛ زیرا آنچه طرفین توافق کرده‌اند در ذمه ایشان قرار می‌گیرد.

اما اگر عقد به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی فاسد گردد، ضمان معاوضی به ضمان ید تبدیل می‌شود. در ضمان ید سخن از بدل مال است، نه ثمن. اگر مال مثلی باشد، مثل آن و اگر قیمی باشد، قیمت آن باید داده شود.

نقد استدلال رضایت در عقد فاسد

ممکن است گفته شود که چون مالک با رضایت مال را در اختیار طرف مقابل گذاشته، تصرف جایز است و ضمان نیز وجود ندارد؛ زیرا تصرف از باب غصب و تعدی نیست و بر اساس قاعده «تصرف در مال مسلمان جز به طیب نفس او جایز نیست»، طیب نفس موجود است. از این رو برخی گفته‌اند بسیاری از احکام عقد فاسد همانند عقد صحیح است.

این استدلال مورد نقد قرار گرفته است. رضایت مالک در اینجا رضایت مطلق و محض نیست؛ رضایتی است مشروط به وفای به عقد. مالک مال را به این تصور در اختیار طرف مقابل قرار داده که عقد صحیح است و وفای به آن لازم. اگر می‌دانست که ملزم به وفای به عقد نیست، هرگز مال را تسلیم نمی‌کرد. پس هنگامی که عقد باطل باشد و وفای به آن شرعاً و قانوناً واجب نباشد، آن رضایت نیز منتفی است. رضایت و وفای به عهد دو امر جدا نیستند؛ رضایت ناشی از تصور صحت عقد و لزوم وفاست. در عقد باطل، چون لزوم وفا وجود ندارد، رضایت نیز حاصل نیست.

همین نکته در معاملات ممنوع - مانند ربا، قمار، خرید و فروش اسلحه، مواد مخدر یا اشیاء باستانی - نیز جاری است. کسی که مال خود را در ربا یا قمار تسلیم می‌کند، رضایتش بر پایه تصور لزوم وفای به آن پیمان است. وقتی قانون‌گذار آن معامله را باطل اعلام کند، آن رضایت نیز بی‌اثر می‌گردد.

قاعده علی‌الید و ضمان ید

ضمان ید از قاعده «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدی» گرفته شده است. این قاعده می‌گوید هر کس بر مال دیگری سلطه و احاطه یابد، ضامن آن است تا آن را به صاحبش بازگرداند. «ید» در عرف غالب تصرفات را شامل می‌شود؛ هرچند تصرف لزوماً دستی نباشد.

ظاهر قاعده آن است که هر دستی که بر مال دیگری قرار گیرد، عهده‌دار آن است تا مال به صاحبش برگردد. مالیت و ارزش مالی بر ذمه متصرف قرار می‌گیرد. اگر مال موجود باشد، خود آن بازگردانده می‌شود؛ اگر تلف

شده باشد، بدل آن - مثل در مثلی و قیمت در قیمی - پرداخت می‌گردد. تأکید می‌شود که در معامله باطل، گیرنده ضامن ثمن نیست؛ ثمن مربوط به معاملات صحیح است.

ایادی امانی و نسبت آن با قاعده علی‌الید

در عقود امانی - مانند ودیعه، عاریه، وکالت، مزارعه و اجاره - امین ضامن نیست؛ مگر در صورت تعدی یا تفریط. تعدی انجام کاری است که باید ترک شود و تفریط ترک کاری است که باید انجام شود. دو رویکرد در نسبت ایادی امانی با قاعده علی‌الید مطرح است:

۱. قاعده علی‌الید شامل همه ایادی - حتی امانی - می‌شود، اما دلیل خارجی (مانند «ما علی المحسنین من سبیل») آن را تخصیص می‌زند و ایادی امانی را استثنا می‌کند؛ ضامن تنها در صورت تعدی و تفریط باقی می‌ماند.
۲. قاعده علی‌الید از ابتدا تنها شامل ایادی ظالمانه و غاصبانه است و ایادی امانی موضوعاً از شمول آن خارج‌اند.

ضمان عین و منفعت

گیرنده مال در عقد فاسد ضامن است و این ضمان، ضمان ید است نه ضمان معاوضی. ضمان نسبت به منفعت گاه به تبع اصل و گاه به نحو مستقل مطرح می‌شود. تفصیل این ضمان - به‌ویژه نسبت به منافع مستوفات و غیرمستوفات - در ادامه احکام وضعی بررسی خواهد شد.

ضمان منفعت: تبعی و استقلالی

ضمان منفعت گاه به تبع اصل است و گاه مستقل از آن.

در قسم اول، ضمان منفعت تابع ضمان عین است. برای نمونه، اگر کسی گوسفندی را غصب کند، نه تنها ضامن خود گوسفند است، بلکه ضامن نمائات متصل آن (مانند پشم و شیر) و نمائات منفصل آن (مانند بچه‌ای که زاییده) نیز هست. چون غاصب ضامن عین است، منافع متصل و منفصل نیز به تبع آن تحت ضمان قرار می‌گیرد.

در قسم دوم، ضمان منفعت از ضمان عین مستقل است و تابع آن نیست. برای نمونه، مستأجری که خانه‌ای را با اجاره صحیح قبض کرده، ضامن منافع آن خانه است؛ یعنی باید اجاره‌بهای مورد توافق را بپردازد. این ضمان، ضمان معاوضی است؛ زیرا عقد صحیح است و آنچه طرفین توافق کرده‌اند باید ادا شود. مستأجر ضامن عین نیست؛ اگر خانه آسیب ببیند یا خراب شود، او مسئول عین نیست و تنها ضامن منفعت است. در اینجا ضمان منفعت کاملاً مستقل از عین است.

مثال دیگر: اگر موجر پس از انعقاد اجاره صحیح، مانع شود که مستأجر اسباب خود را به خانه منتقل کند و از منفعت تملیک شده استفاده نماید، موجر ضامن منفعت سلب شده است؛ هرچند ضامن عین نیست. منفعت به موجب عقد صحیح به مستأجر تملیک شده و مانعیت مالک، ضامن مستقل نسبت به آن منفعت ایجاد می‌کند. بدین سان، گاه گیرنده مال به تبع ضامن عین، ضامن منافع نیز هست (مانند مال غصبی)؛ و گاه ضامن منفعت به طور مستقل وجود دارد، حتی اگر عین تحت ضامن نباشد.

قلمرو قاعده مقبوض به عقد فاسد

مقبوض به عقد فاسد منحصر به عقد بیع نیست. این قاعده در همه عقود - از جمله اجاره، مزارعه، مساقات، مضاربه، معاوضه، رهن و وقف - قابل اجراست.

این قاعده خود از جزئیات قاعده کلی تری است که می‌گوید:

«كُلُّ مَا يُضْمَنُ بِصَحِيحَةٍ يُضْمَنُ بِفَاسِدَةٍ»

و عکس آن:

«كُلُّ مَا لَا يُضْمَنُ بِصَحِيحَةٍ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدَةٍ»

معنای قاعده «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»

هر عقدی که اگر صحیح منعقد شود ضمان آور باشد، اگر فاسد نیز منعقد گردد همچنان ضمان آور خواهد بود. عقد بیع نمونه روشن این قاعده است. بیع صحیح، متضمن ضمان معاوضی است: بایع ضامن تسلیم مبیع و مشتری ضامن تأدیه ثمن است (ماده ۳۶۲ قانون مدنی). این پیمان، بلاعوض نیست؛ هر یک از طرفین در برابر آنچه دریافت می‌کند، ضامن است. اکنون اگر همین بیع فاسد باشد، باز هم ضمان وجود دارد؛ منتها ضمان معاوضی جای خود را به ضمان ید می‌دهد و بدل واقعی مال - مثل در مثلی و قیمت در قیمی - باید پرداخت شود، نه ثمن قراردادی.

بنابراین هر بیعی، خواه صحیح و خواه فاسد، ضمان آور است. مالی که به دست بایع یا مشتری رسیده، رایگان در اختیار او قرار نگرفته است.

معنای عکس قاعده

هر عقدی که اگر صحیح منعقد شود ضمان آور نباشد، اگر فاسد نیز باشد ضمان به بار نمی‌آورد. عقد رهن نمونه این قاعده است. در رهن صحیح، مرتهن ید امانی دارد و اگر مال مرهون بدون تعدی و تفریط تلف شود، ضامن نیست. چون رهن صحیح ضمان آور نیست، رهن فاسد نیز ضمان آور نخواهد بود.

همین حکم در هبه نیز جاری است. هبه غیر معوض ضمان آور نیست؛ اگر مال در دست متهب تلف شود، او ضامن نیست. اما در هبه معوض، هر یک از طرفین عهده دار پرداخت عوض است. اگر پیش از دریافت عوض، مال معوض تلف گردد، متهب موظف به پرداخت عوض است.

خلاصه آن که در عقد فاسد، وضعیت ضمان تابع وضعیت ضمان در عقد صحیح همان پیمان است: اگر صحیح ضمان آور باشد، فاسد نیز ضمان آور است؛ و اگر صحیح ضمان نداشته باشد، فاسد نیز فاقد ضمان است.

والسلام علی من اتبع الهدی