

تبعیت عقد از قصد

سید حجت عارفی
عضو حلقه علمی افق
دانش پژوه دوره عالی فقه مقارن

چکیده: قاعده «العقود تابعة للقصد» از قواعد پر کاربرد فقهی در مباحث مرتبط با عقود و ایقاعات است. در این مقاله سعی شده گزارشی نسبتاً کامل از این قاعده ارائه گردد و همچنین پیشینه این قاعده در کلام متقدمین برای علاقه‌مندان روشن‌تر شود.

کلیدواژگان: «العقود تابعة للقصد»، قصد، عقود، قواعد فقهی.

مقدمه

قاعده (العقود تابعة للقصد) از قواعد پر کاربرد فقهی به‌ویژه در مباحث مرتبط با بیع و تجارت می‌باشد. این قاعده اگرچه آشکارا کم‌تر مورد استفاده قرار گرفته و بیش‌تر به عنوان پشتوانه بسیاری از مباحث فقهی مد نظر فقها بوده، اما در مباحث فقهی جایگاهی خدشه‌ناپذیر دارد.

برای تاریخچه قاعده مذکور، می‌توان سه دوره زمانی در نظر گرفت که پله‌های ترقی خود را یک به یک پیموده تا به صورت کنونی درآمده است. این سه بازه زمانی به تفصیل در متن می‌آید: دوره اول: پیش از فخرالمحققین،

مرحوم نراقی به بعد. نسبت به این دوره می‌توان گفت، آنچه این دو اندیشمند شیعی در کتاب‌های خویش نسبت به این قاعده آورده‌اند، تغییر چندانی پیدا نکرده است و متأخرین فقط در ترتیب این بحث و دادن شکلی جدیدتر به آن سهیم بوده‌اند.

معرفی اجمالی قاعده و کاربرد آن

نسبت به مفاد این قاعده به طور کلی دو نظر ارائه شده است. از جمله مرحوم نراقی در کتاب «عوائد الایام» این معنا را دربارهٔ مفاد قاعده نوشته است: تنها مقصود متعاقدين (آثاری که امکان و صلاحیت تبعیت از عقود را داشته باشند) بر عقود مترتب می‌شود نه غیر آن^۱.

مرحوم مراغی در کتاب «العناوین» دو معنا برای مفاد قاعده ذکر کرده است: اول: عقد تابع قصد می‌باشد، به این معنا که عقدی محقق نمی‌شود، مگر اینکه قصدی موجود باشد؛ همان‌گونه که فقها نیز در شرایط عقود چنین گفته‌اند. بنابراین در واقع قاعده به این شرط اشاره دارد که عاقد در تمام لحظات عقد قاصد است و تبعیت نیز بدین معناست که عقد بدون قصد موجودیت پیدا نمی‌کند، زیرا هیچ تابعی بدون متبوع خویش وجود نمی‌یابد.

دوم: عقد، تابع قصد است. به این معنا که عقد از آن چیزهایی است که احتیاج به موجب، قابل، عوض و معوض دارد و طبیعتاً عقد در برپایی همهٔ این امور نیازمند قصد است؛ به عبارت دیگر هیچ‌کدام از این امور تا زمانی که مورد قصد قرار نگیرد، واقع نخواهد شد.^۲

مرحوم آیت‌الله خویی در مورد مفاد قاعده گفته است که عقود و آنچه در مقام عقود است، تابعی از قصد است، هم از جهت ایجاب و هم از جهت سلب.^۳ به عبارت دیگر آنچه متعاقدين قصد کنند، واقع خواهد شد و آنچه قصد نکنند، واقع نخواهد شد. اما برخی از محققین معاصر نیز همان معنای دوم نقل شده از کتاب عناوین را مورد تأیید قرار داده‌اند، همان‌گونه که این معنا مورد توجه مرحوم نراقی در کتاب عوائد الایام و همچنین آیت‌الله خویی بوده است. در کتاب «القواعد الفقهیه» معنای اول از دو معنایی که مرحوم مراغی نوشته، نقد شده و معنای قاعده به این تقریب بیان شده

۱. احمد نراقی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، ص ۱۶۱.

۲. سید میرعبدالفتاح حسینی مراغی، العناوین، ج ۲، صص ۴۸ و ۴۹.

۳. سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۱۰۶.

است:

آنچه در خارج از حیث نوع عقد، کمیّت، کیفیّت، شرایط و سایر خصوصیات عقد، رخ می‌دهد، تابع قصد می‌باشد. بنابراین اگر شخص قصد نکاح داشته باشد، نکاح واقع می‌شود و اگر قصد عاریه داشته باشد، عاریه واقع می‌شود و اگر هبه را قصد کند، هبه واقع می‌شود؛ همان‌طور که اگر در بحث نکاح، زن معینی را با صدق معین، مدّت و شروط خاص قصد کند، همان واقع می‌شود. چون همه این امور تابع قصد موجب و قابل می‌باشد. البته گفتنی است که نیاز عقد در تحقق به قصد، مطلبی است و اینکه عقد در اصول و فروغش تابع قصد می‌باشد مطلبی دیگر^۱.

حال از توضیحی که اجمالاً در مفهوم قاعده گفته شد، این مطلب روشن می‌شود که در این تبعیت، تفاوتی میان بیع، نکاح، عقود لازم و جایز و حتی ایقاعات نمی‌باشد، بنابراین به طور کلی دانستیم که دامنه استفاده از این قاعده، هم شامل عقود می‌شود و هم ایقاعات.

پیشینه و جایگاه قاعده

این قاعده با این چینش لفظی، از قواعد معروف و متداولی است که از زمان مرحوم فخرالمحققین و پس از وی مشهور گشته است؛ هر چند معنا و مفهوم این قاعده پیش از ایشان مورد استفاده قرار می‌گرفته است و نشانه‌های آن را در فقه می‌توان یافت. از مستندات محکم این قاعده می‌توان به سیره عقلا اشاره کرد که طبیعتاً این قاعده (البته اصل این قاعده نه سایر خصوصیات و بسیاری از مسائل دیگر آن) را به صورت قانونی فرامذهبی و قومی معرفی خواهد کرد که در نتیجه شاید بتوان شواهد بسیاری در حقوق و قوانین سایر کشورها برای آن نشان داد.

برای شناخت جایگاه قاعده، با توجه به اهمیتی که بین فقها دارد می‌توان به مؤلفه‌های زیر توجه کرد:

اول: پیشینه و جایگاه تاریخی قاعده؛

دوم: میزان استفاده و دامنه کاربرد این قاعده در فقه شیعی و سنی و همچنین حقوق این دو مذهب.

۱. جایگاه قاعده در فقه شیعه

. ناصر مکارم شیرازی، قواعد فقهیه، ج ۲، ص ۳۷۰.

نسبت به دامنه کاربرد این قاعده از رهگذر آنچه که در بخش‌های قبلی گذشت، آشنایی اجمالی حاصل شد. اما درباره پیشینه تاریخی این بحث نیز می‌توان گفت که اولین کتاب‌ها که به صورت مبسوط به این بحث پرداخته، «عوائد الایام» نراقی^۱ و «عناوین» مراغی^۲ است. قبل از این دو، به طور مبسوط به این قاعده پرداخته نشده است، اما فقها در استدلال‌های فقهی خود از این قاعده استفاده کرده‌اند. فقهای قبل از فخرالمحققین با اینکه عیناً و با این الفاظ خاص از این قاعده استفاده نکرده‌اند؛ ولی معنا و مفهوم این قاعده همواره مد نظر ایشان بوده و در بحث‌های فقهی خود از این قاعده استفاده کرده‌اند؛ مانند اینکه سید مرتضی در بحث طلاق سکران می‌گوید: طلاق او واقع نمی‌شود، چرا که قصدی از او (آدم مست) صادر نشده است^۳ و نیز در مباحث مربوط به عبد، بخش «مسائل فی التدبیر» می‌نویسد: تدبیر واقع نمی‌شود مگر با قصد و اختیار^۴ و یا شیخ طوسی در کتاب «الرجعة» آورده است: زمانی که مرد به زن با لفظ نکاح رجوع کند، مثل اینکه بگوید تزوجتک یا نکحتک و نیز قصد مراجعه داشته باشد رجوعش، رجوع صحیحی خواهد بود^۵ و در کتاب «العتق» زیر عنوان «عتق حصه من عبد بین شریکین» نوشته: اگر شخص معسری نصیبش از عبدی را بفروشد یکی از دو حالت زیر خواهد بود: یا قصد ضرر رساندن به شریکش را داشته و یا قصدی الهی داشته است که در صورت اول، عتق باطل است و در صورت دوم عتق او نافذ است^۶. علامه حلی در «تذکره الفقهاء»، در بخش «کتاب الامانات» می‌گوید: اگر شخص ودیعه را با قصد خیانت بگیرد، موجب ضمان است؛ چرا که آن را با قصد امانت دریافت نکرده است^۷. این مثال‌ها چند نمونه بود از مصادیق این قاعده که در کتب فقهی قدما فراوان یافت می‌شود.

پس از علامه حلی، فخرالمحققین اولین فقیه‌ی است که عبارت معروف «العقود تابعة للقصد» را به کار برد. ایشان در کتاب «ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد»

۱. احمد نراقی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، ص ۱۵۹.

۲. سید میرعبدالفتاح حسینی مراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۸.

۳. الانتصار فی انفرادات الامامیه، ص ۳۰۴.

۴. همان، ص ۳۷۶.

۵. محمّدبن حسن طوسی، الخلاف، ج ۴، ص ۵۰۶.

۶. همان، ج ۶، ص ۳۵۹.

۷. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ص ۱۹۸.

از این قاعده استفاده کرده^۱ است و همین‌طور محقق ثانی در کتاب «جامع المقاصد فی شرح القواعد» از این قاعده در بحث‌های مختلفی یاد کرده^۲ و شهید ثانی نیز در مسالک الافهام^۳ از این قاعده یاری گرفته است.

۲. جایگاه قاعده در فقه اهل سنت

می‌توان ادعا کرد این قاعده در فقه اهل سنت، معادل قاعده «العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی»^۴ است. دامنه کاربرد این قاعده را با توجه به اختلافاتی که در این زمینه هست، می‌توان در محدوده عقود دانست، که با این حال نیز قاعده، در شمار قواعد پر کاربرد فقهی قرار می‌گیرد.

۳. جایگاه قاعده در حقوق

این قاعده در حقوق، مبنای بعضی از قواعد حقوقی از جمله ماده‌های «۱۹۱» و «۱۹۵» و همچنین بحث تاثیر اراده از ماده شماره «۵۶۷» به بعد در حقوق مدنی می‌باشد.

مفاد قاعده

این قاعده با عبارتهای دیگری نیز به کار برده می‌شود که در ادامه توضیح مختصری در این زمینه نیز می‌دهیم. از ظاهر قاعده پیداست که دارای مفهوم و منطوقی می‌باشد که عبارت است از: «هر آنچه که قصد می‌شود، واقع می‌شود و هر آنچه که قصد نمی‌شود، واقع نمی‌شود». از همین جاست که در موارد حکم، به ابطال عقدی که مضمون آن محقق نشده، بلکه غیر آن مضمون به ادعای طرف مقابل، محقق شده است. این جمله «إنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد» در بین فقها مشهور گشته است؛ پس این قضیه از هر دو طرف صحیح می‌باشد، و مقتضای قاعده این است که آنچه دو طرف عقد آن را قصد کرده باشند، واقع می‌شود و همین‌طور آنچه را که قصد نکرده باشند، محقق نخواهد شد. از این رو، اگر مدعی، خلاف این مفهوم و منطوق

۱. همان، ایضاح القواعد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۳، ص ۱۲۹.

۲. علی بن الحسین العاملی الکرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۷۶؛ ج ۶، ص ۶۵ ج ۶ ص ۲۳۲؛ ج ۸، ص ۶۳؛ ج ۱۳، ص ۲۷ و ...

۳. زین الدین بن علی جبعی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۱۵۹.
 ۴. محمد زحیلی، قواعد الفقهیة علی مذهب الحنفی و الشافعی، ص ۳۶۶.

چیزی دیگر را ادعا کند، به سبب همین قاعده مورد انکار قرار می‌گیرد.^۱

مستندات و دلایل قاعده

برای این قاعده دلایلی ذکر شده که در این قسمت به آن‌ها پرداخته می‌شود، نخست به دلایل این قاعده در فقه شیعه می‌پردازیم:

۱. اجماع: مستند این دلیل اجماع فقها می‌باشد.^۲

نقد: ادعای اجماع در مانند چنین مسائلی که مدارک معتبر دیگری موجود می‌باشد - که ممکن است مورد استناد مجمعین قرار گرفته باشد - اثری ندارد.^۳

اشکال بر نقد: می‌توان گفت ادعای اجماع در چنین قاعده‌ای که اساساً عقلایی و نشأت گرفته از ارتکازات عقلا است، معنا ندارد. به عبارت دیگر اشکال را این‌گونه می‌توان تقریر کرد که اگر فرض کنیم در دست ما تعدادی مدرک و مستند برای این قاعده وجود دارد که از جمله آن‌ها اجماع می‌باشد، ولی چون اجماع محتمل‌المدرک است به سراغ ادله معتبر دیگر می‌رویم، در حالی که در این فرض که اجماع مورد ادعا قرار گرفته و سپس رد شده است، از ابتدا می‌توانیم بگوییم که اجماع اساساً نمی‌تواند در سلسله مدارک ما به حساب آید، چرا که مقتضی آن موجود نمی‌باشد و دیگر نباید گفت اجماعی وجود دارد، ولی چون محتمل‌المدرک است، کنار می‌گذاریم.

۲. اصل: دومین دلیل در این مقوله با استفاده از یک اصل عقلی یا عقلایی به دست می‌آید: اصل در عقود، عدم ترتب اثر بر آن‌ها می‌باشد، مگر اینکه اولاً آن عقد به امضای شارع رسیده باشد و ثانیاً قصد انشا در مورد آن عقود صورت گرفته باشد، چرا که بدون قصد، اثری بر عقود و ایقاعات واقع نمی‌شود. بنابراین اگر عقدی بدون قصد یا با قصد اخبار یا قصد دیگری صادر شود، قطعاً بر آن اثری بار نخواهد شد، زیرا در چنین مواردی اصل اولیه، فساد عقد خواهد بود. پس روشن شد که بدون قصد، عقدی واقع نخواهد شد.^۴

مرحوم مراغی در کتاب خویش در توضیح استدلال این‌گونه بیان می‌دارد: ظاهر این دو روایت این است که ماهیت عمل بدون نیت محقق نخواهد شد. از این رو، یا باید حمل بر معنای ظاهرش شود و یا اینکه حمل بر معنای نفی صحت شود، چرا که

۱. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ج ۲، ص ۳۷۰.

۲. همان، ص ۳۷۱.

۳. همان.

۴. احمد نراقی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، ص ۱۵۹.

قریب‌ترین مجاز‌گویی است. بنابراین مراد روایت، عدم صحت عمل خواهد بود، مگر اینکه عمل به همراه نیت آورده شود^۱...

نقد: نیازی به استدلال به این دلیل نمی‌باشد؛ چرا که از اصل، در هنگام شک استفاده می‌شود و واضح است که ما شکی در تبعیت عقد از قصد نداریم، بنابراین از آنجایی که ما برای این مسئله دلیل قطعی داریم، دیگر معنایی ندارد که به اصل رجوع کنیم^۲.

۳. روایات: می‌توان در این بحث به روایات «لا عمل الا بالنیة» و «انما الاعمال بالتیات» و روایات مشابه دیگر تمسک کرد^۳.

نقد: این اشکال پیش می‌آید که اعمال در این احادیث عمومیت دارد و اختصاصی به امور قصدیه ندارد، بلکه همه عبادات، به معنای اعم و اخص آن را شامل می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که مراد آن روایات، تبعیت ثواب عمل از نیت قربت و اخلاص می‌باشد. به همین جهت اگر شخصی نیتش را خالص کرده و عملش را برای رسیدن به رضایت خداوند انجام دهد، اجر و پاداش می‌برد و اگر عملی را بدون این نیت انجام دهد، اجر و ثواب الهی را به دنبال نخواهد داشت. البته در تأیید این برداشت روایاتی نیز وجود دارد که برای جلوگیری از درازی سخن به آن‌ها نمی‌پردازیم^۴.

۴. سیره عقلا: سیره عقلائی هر عرف و زمانی بر این اساس بوده که عقد از قصد تبعیت می‌کند^۵.

۵. دلیل عقلی: دلیل آخر با استفاده از احکام عقلیه حاصل می‌شود و یا به تعبیر دیگر دلیلی عقلی است. عقود و ایقاعات اموری قصدی بوده و قصد، قوام‌بخش و هویت‌دهنده به آن‌ها می‌باشد. به عبارت روشن‌تر، حقیقت عقود و ایقاعات اعتبار و انشا می‌باشد و واضح است که انشا و اعتبار قائم به قصد اعتبارکننده می‌باشد، همانند

۱. سیّد میرعبدالفتاح حسینی مراغی، العناوین، ج ۲، ص ۵۰.

۲. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۳۷۱.

۳. همان. (این استدلال از کتاب مرحوم نراقی نقل شده است).

۴. همان.

۵. همان، ص ۳۷۲.

تفاوت‌های سیره عقلا و متشرعه: ۱. در ابزار کشف: ابزار کشف در سیره عقلا، انسان‌ها «بما هم عقلا» می‌باشند، ولی در سیره متشرعه انسان‌ها «بما هم متشرعه» ابزار کشف‌اند. ۲. در مکشوف: مکشوف در سیره عقلا حکمی - امضایی می‌باشد، ولی مکشوف در سیره متشرعه، حکمی - تأسیسی می‌باشد. ۳. در شرائط: شرط حجیت سیره عقلا، امضای معصوم می‌باشد، هرچند به سبب عدم ردع (البته در موردی که سیره در پیش چشم و مبتلا به عه که این‌گونه نیست.

ایجاد می‌کند؛ یعنی شخص معتبر با کمک خداوند امور اعتباری را ایجاد می‌کند که اگر این قصد نباشد از این امور اعتباری نیز خبری نخواهد بود.

افزون بر این، می‌توان این دلیل را اضافه کرد که عقد همان «الزام» و «التزام» می‌باشد و ماهیت التزام چیزی جز قبول شیء و قرار دادن آن در عهده شخص نمی‌باشد، حال آیا می‌توان چیزی را بدون قصد آن، قبول کرد؟^۱

فقه اهل سنت

این قاعده در فقه اهل سنت از آنجا که یکی از فروع قاعده «الامور بمقاصدها»^۲ می‌باشد به طور مستقل برای آن دلیلی ذکر نشده، بلکه فقط دلیل قاعده مذکور بیان شده است که مستند آن همان روایت مشهور «أما الاعمال بالنیات» می‌باشد، که امامان شش‌گانه اهل سنت آن را به نقل از پیامبر ﷺ در کتب خود آورده‌اند.

ماهیت و قلمروی قاعده

۱- **شروط و قیود قاعده:** با پرداختن به این بحث، چیستی و ارکان تشکیل قاعده

روشن می‌شود.

الف. مقتضای دلیلی که برای اثبات این قاعده آورده شده، این است که مراد از تبعیت، تبعیت ثبوتی است، زیرا قوام عقد به قصد و اعتبار، به حسب نفس الامر می‌باشد؛ اما اگر بایع یا مشتری یا شخصی غیر از این دو، ادعا کنند که چنین یا چنان قصد کرده‌اند، از آن‌ها تنها آنچه که مطابق با ظاهر الفاظ باشد، قبول نمی‌شود. بنابراین اگر ظاهر یا صریح الفاظ یا مقتضای اطلاق یا آنچه که الفاظ به آن انصراف دارد چیزی باشد و مشتری یا بایع امر دیگری را اراده کنند از آن‌ها پذیرفته نخواهد شد، چون راه رسیدن به قصد در مقام اثبات فقط ظواهر الفاظی می‌باشد که در نزد عرف و عقلا معتبر است و شارع نیز آن را امضا کرده است.

بنابراین اگر کسی خلاف ظواهر الفاظ را ادعا کند، باید برای سخن خود دلیل بیاورد و اگر دلیلی نیابد بر ظاهر الفاظش تکیه می‌شود، البته در صورتی که معنی و مقصود،

۱. ناصر مکارم شیرازی، قواعد فقهیه، ج ۲، ص ۳۷۳.

۲. محمد الزحیلی، القواعد الفقهیه علی المذهب الحنفی و الشافعی، ص ۶۴.

آن دسته مطالبی باشد که تنها از جانب قاصد فهمیده می‌شود به ناچار باید قبولش کنیم، مانند شخصی که از طرف دو نفر برای خرید و فروش یا نکاح و یا مسائل دیگری وکیل شده باشد^۱.

ب. عقد از قصدی تبعیت می‌کند که مطابق با ظواهر الفاظ عقد باشد. به عبارت دیگر قصد شخص باید با ظاهر الفاظ در مقام ثبوت، همسانی و مطابقت داشته باشد. ج. عقد صحیح نزد شارع، از قصد تبعیت می‌کند. مراد از قاعده این نیست که هر آنچه مورد قصد و اراده واقع شود، شرعاً نیز واقع می‌شود؛ زیرا آنچه قصد می‌شود اگر عقلایی نباشد و همچنین از آن احکامی نباشد که شارع آن‌ها را تاسیس کرده است یا اینکه از معاملات عقلایی باشد، ولی مورد امضای شارع نباشد، قطعاً به لحاظ شرع واقع نمی‌شود. بنابراین مراد از قاعده این است که معاملات و عقدها و عهدهای عقلایی که در میان آنان رواج دارد، اگر مورد امضای شارع قرار گیرد و سایر شرایط دیگر عقد نیز مورد قصد و اراده قرار گیرد، واقع می‌شود.

۲- بحث حدود و قلمروی قاعده: به طور کلی از بحث‌های گذشته روشن شد که در محدوده عقود و ایقاعات می‌باشد و مشهور فقها نیز بر این عقیده‌اند. اما آنچه در این جا مورد بحث و نظر می‌باشد، مواردی است که تحت عنوان نقض و استثنا به این قاعده وارد شده که به آن‌ها می‌پردازیم.

الف) فروش مال غصبی به وسیله غاصب به نفع خویش

بسیاری بر این نظرند که بیع از طرف مالک به صورت فضولی واقع می‌شود و صحت بیع متوقف بر اجازه مالک می‌باشد، در حالی که آنچه مورد قصد است (ملک از آن بایع است) واقع نشده و آنچه واقع شده (وقوع بیع از طرف مالک) مورد قصد قرار نگرفته است.

جواب: بیع یعنی انشا تبدیل عین در مقابل عوضی در جهتی اضافه که قصد وقوع بیع از طرف مالک یا از طرف بایع، خارج از محدوده تعریف بیع می‌باشد^۲.

ب. عقد مکره و رضایت بعد از آن

در میان متأخرین مشهور است که اگر مکره به آنچه که انجام داده است راضی شود،

۱. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۳۷۵.

۲. سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۱۰۹.

آن عقد صحیح است، با اینکه مکره، مضمون عقد را قصد نکرده است و رضایت لاحق نیز عقد جدیدی محسوب نمی‌شود. پس آنچه که واقع شده است، قصد نشده است. **جواب:** عقد مکره خالی از قصد نمی‌باشد، بلکه او هم لفظ را و هم معنا را قصد کرده است، هر چند عقد او خالی از رضایت می‌باشد. به عبارت دیگر در صحت عقد دو چیز معتبر است: ۱. انشاء جدی ۲. رضایت به مفاد آن. رکن اول در عقد مکره موجود است، ولی دومی مفقود می‌باشد. بنابراین هنگامی که دومی نیز محقق شد، دو شرط تمام است و از آنجایی که تقارن بین انشاء و رضایت شرط نیست، الحاق رضایت بعد از عقد مکره، کفایت می‌کند.^۱

ج. مبحث مربوط به بیع معاطاتی - بنا بر قول به اباحه -

در این صورت بایع و مشتری ملکیت را قصد کرده‌اند، در حالی که فقط اباحه در تصرف در حق آن‌ها جاری می‌شود؛ بنابراین دو طرف آنچه را که قصد کرده‌اند، واقع نشده و آنچه را واقع شده است، قصد نکرده‌اند.

جواب شیخ انصاری: معاطات بنا بر قول به اباحه از عقود به شمار نمی‌آید که در نتیجه، تبعیت از قصد در آن مطرح باشد، زیرا تبعیت عقد از قصد و عدم انفکاک عقد از قصد تنها به دلیل صحیح بودن آن عقد می‌باشد، به این معنا که اثری که قصد شده است، به آن عقد مترتب شود. بنابراین در این حالت نمی‌توانیم حکم به صحت کنیم، در حالی که اثر قصد شده نیز بار نشود. بنابراین اگر دلیلی بر ترتب اثر بر عقد پیدا کردیم، به همان استناد می‌کنیم اگر چه مورد قصد نباشد. خلاصه آنچه شیخ ذکر کرده این است که بیع معاطاتی بنا بر قول به اباحه از عقود نمی‌باشد و همچنین اباحه، از نوع اباحه مالکیه نمی‌باشد؛ بلکه اباحه، از نوع اباحه شرعی‌ای که به دلیل خاص ثابت شده است، خواهد بود.

جواب: پاسخ شیخ انصاری کاملاً درست نیست، زیرا چگونه ممکن است به این قائل شویم که مالک، اباحه را قصد نکرده باشد، ولی شارع، او را ملزم به اباحه کرده باشد و چرا به این شکل گفته نشود که مالک در بیع معاطاتی دو امر را قصد می‌کند: ۱. تملیک ۲. اباحه. پس زمانی که تملیک به سبب منع شرعی تحقق پیدا نکرد، اباحه تحقق پیدا می‌کند و اباحه گرچه متفرع بر ملکیت می‌باشد ولی سیره، آن را به تنهایی اقتضا می‌کند، هر چند تملیکی در کار نباشد.

۱. ناصر مکارم شیرازی، قواعد فقهیه، ج ۲، ص ۳۷۷.

پس هدف نهایی در معاطات، تسلط هر کدام از مالکین بر ملک دیگری و انتفاع از آن محقق می‌شود و این نهایت چیزی است که در تصحیح رأی قول می‌توان گفت، اما اگر این نظر را از اساس باطل بدانیم دیگر مشکلی نخواهیم داشت، بلکه نظر درست در بیع معاطاتی، ملکیت و حتی لزوم در آن می‌باشد.^۱

د. بحث ضمانت تلف مبیع پیش از قبض

ضمانت مبیع بر عهده بایع بدین معناست که معامله قبل از تلف مبیع، در یک لحظه فسخ می‌شود و یا از اصل باطل می‌شود و هر کدام از ثمن و مثن به ملک صاحبش بازمی‌گردد، پس تلف مبیع از ملک بایع می‌باشد و این حالتی است که هیچ‌کدام از فروشنده و مشتری آن را قصد نکرده بودند.

جواب: اشکال این سخن روشن است، زیرا قصد فقط در ارکان معامله و شرائط و دیگر قیود آن معتبر است، اما در مورد احکام، قصد وجوداً و عدماً در آن‌ها تأثیر ندارد و تلف مبیع قبل از قبض آن بر عهده بایع است و همچنین فسخ معامله قبل از تلف، احکامی شرعی است که ارتباطی با قصد ندارد، بنابراین امثال این مورد نیز نقضی بر قاعده به حساب نمی‌آید.^۲

ه. مبحث شرط فاسد عند العقد

آنچه مقصود است (عقد مقید به شرط فاسد) واقع نشده است و آنچه که واقع شده است (ذات عقد)، مورد قصد قرار نگرفته است.

جواب: شرط گاهی قید اصل عقد می‌باشد، به گونه‌ای که انشای عقد معلق بر حصول شرط می‌باشد، مانند اینکه بایع بگوید: «بعثک المتاع الفلانی ان قدم الحاج و الا فلا ابیع» و گاهی نیز شرط التزامی دیگر غیر از التزام عقدی است.

بنا بر اول، تعلیق موجب فساد عقد است؛ اگرچه شرط فاسد نمی‌باشد، چرا که اجماع بر بطلان تعلیق در عقود وجود دارد و بنا بر دومی، التزام به صحت عقد به همراه فساد شرط مستلزم تخلف مقصود از عقد نمی‌باشد.^۳

۱. همان، صص ۳۷۸ و ۳۷۹.

۲. همان، ص ۳۷۹.

۳. سید ابوالقاسم خوبی، مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۱۰۸.

و. بحث بیع مایملک به همراه ما لایملک

شخصی مال خودش را ضمیمه مال دیگری نماید و آن‌ها را به دیگری در یک معامله بفروشد، که شبهه‌ای در صحت این بیع در نزد محققین نیست. با اینکه آنچه مقصود متبایعین است، در خارج واقع نشده است و آنچه واقع شده است، مقصود طرفین نمی‌باشد.

جواب: بیع مذکور اگرچه در صورت واحد است، ولی منحل به دو بیع می‌شود. البته یکی از آن دو صحیح و منجز می‌باشد و دیگری صحیح و مشروط به اجازه مالک خواهد بود.

سر مطلب این است که حقیقت بیع به انشاء تبدیل شیئی از اعیان در مقابل عوضی در جهتی اضافه و ابسته است و واضح است که این تعریف از بیع ربطی به قصد دو مالک و شناخت آن دو ندارد، از همین روی اینکه بایع قصد می‌کند عقد برای خودش یا دیگری باشد خارج از حدود بیع می‌باشد. بنابراین این قصدها موجب تخلف عقد از قصد نمی‌شود. البته در صورت عدم اجازه مالک برای مشتری خیار «تبعض صفة» ثابت می‌شود و این امر نیز ربطی به محل کلام ما که بحث تخلف عقد از قصد می‌باشد، ندارد.^۱

ز. ذکر مدت در عقد متعه

این مطلب در موثقه ابن بکیر آمده است و جمعی از فقها به این مطلب فتوا داده‌اند. هر چند آنچه مقصود است (نکاح متعه)، واقع نشده و آنچه واقع شده (نکاح دائم)، غیر مقصود است.

جواب: زمانی که تصمیم عاقد - قبل از مباشرت به انشاء عقد - بر انشاء نکاح متعه باشد، ولی ذکر مدت را در هنگام انشاء عقد فراموش کرده و قصد ازدواج دائم کند شکی نیست که آنچه واقع شده، نکاح دائم بوده، بنابراین تخلف عقد از قصدی صورت نگرفته است.

اگر بنا بر ابقای عقد متعه حتی در مقام انشا و اشتغال به اجرای صیغه باشد و با این حال ذکر مدت را در مقام تلفظ فراموش کند و یا اینکه عمداً ذکر مدت را ترک کند، عقد باطل خواهد بود، چرا که ازدواج دائم نه قصد شده و نه انشاء شده است و انشا عبارت است از ابراز امر نفسانی در خارج. وقتی عاقد ازدواج دائم را قصد نکند با لفظ

همان.

نیز ابراز نمی‌شود، اما ازدواج موقت نیز در خارج واقع نشده؛ زیرا ذکر اجل در صحت آن معتبر می‌باشد^۱.

نتیجه‌گیری:

با توجه به توضیح‌هایی که در مورد قاعده آورده شد، این نتایج پیش روی ما قرار می‌گیرد:

۱. فقیهان پیشین به این قاعده نپرداخته‌اند و به آن به عنوان یک قاعده و بحث فقهی نگاه ننموده‌اند؛
۲. این قاعده از قواعد بسیار مهم فقهی است که از پشتوانه‌های بسیاری از بحث‌های فقهی به شمار می‌آید؛
۳. از آنچه در مورد مستندات این قاعده ذکر شده، دلیل سیره عقلا و دلیل عقلی مورد قبول واقع شدند؛
۴. با اینکه عده‌ای از فقها این قاعده را با نقض‌هایی مواجه کرده و آن را از عمومیت ساقط کرده‌اند، ولی گروهی دیگر درصدد رفع آن نقض‌ها برآمده‌اند.

منابع

۱. الحسینی المرآغی، السید میرعبدالفتاح، العناوین، ۲ جلد، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۲. الزحیلی، محمد، القواعد الفقهیة علی المذاهب الحنفی و الشافعی، جامعة الكويت.
۳. سید مرتضی (علی بن حسین موسوی)، الانتصار فی انفرادات الامامیة، ۱ جلد، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. الجبعی العاملی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ۱۲ جلد، مؤسسة المعارف الاسلامیة.
۵. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ۶ جلد، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم.
۶. العاملی الکرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۳ جلد، مؤسسه آل‌البتین ع.ج.ت.
۷. حلی، حسن بن یوسف مطهر، تذکرة الفقهاء، ۱ جلد.
۸. ———، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان.
۹. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیة، ۲ جلد، مدرسة الامام علی بن ابیطالب ع.ج.ت.

١٠. الموسوى الخوئى، السيد ابوالقاسم، مصباح الففاهة (المكاسب)، ٧جلد.
نراقى، مولى احمد، عوائد الايام، مركز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامى.