



## A Jurisprudential Analysis of the Bindingness (Luzūm) or Permissibility (Jawāz) of Bay' Mu'āṭātī (Sale by Conduct) in Cases of Loss (Talaf) of Considerations (ʿAwaḍayn)

Ahmad Saberimajd<sup>1</sup>, and Sayyid Abdolrahim Hosseini<sup>2</sup>

1. *Corresponding Author*, PhD in Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: [ahmad.saberimajd@ut.ac.ir](mailto:ahmad.saberimajd@ut.ac.ir)
2. Associate Professor, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. Email: [abd.hosseini@ut.ac.ir](mailto:abd.hosseini@ut.ac.ir)

### Article Info

**Article type:**  
Review Article

**Article history:**

Received

19 May 2023

Received in revised form

01 July 2023

Accepted

12 August 2023

Available online

21 December 2024

**Keywords:**

talaf al-ʿiwaḍayn (loss of consideration),  
luzūm al-mu'āṭātī  
(binding of mu'āṭātī),  
milkiyyat jā'iz (revocable ownership),  
ibāḥat al-taṣarruf  
(permissibility of disposition),  
bay' mu'āṭātī,  
ḥaqq al-rujū' (right of referring)

### ABSTRACT

Bay' Mu'āṭātī (sale by conduct) is a common trade method that has been the subject of differing jurisprudential views. A key challenge in these differences arises between ibāḥat al-taṣarruf (permission of possession) – the dominant view – and milkiyyat jā'iz (permissive ownership) when one or both ʿawaḍayn (considerations), or a part of either, are lost. Investigating the bindingness (luzūm) or permissibility (jawāz) of the transaction in both perspectives has important implications, such as determining whether the owner can claim a real consideration or substitute compensation. Comparing these two theories and clarifying the incompatibility of their foundations in cases of ʿawaḍayn loss—guided by the principle of aṣl al-luzūm (presumption of bindingness) in contracts—constitute a novel approach to the issue. This paper aims to analyze various loss scenarios concerning ʿawaḍayn from both perspectives and establish a clear criterion for assessing the challenges and conflicts in their foundational principles in light of aṣl al-luzūm. Therefore, the main question of this research is: What are the foundations for ruling that bay' mu'āṭātī is either binding (lāzim) or permissible (jā'iz) when one or both of the ʿawaḍayn, or a part of either, is lost? According to milkiyyat jā'iz, the certainty lies in the existence of the ʿawaḍayn and the possibility of their return. In the event of the loss of one or both ʿawaḍayn, or a part of either, mu'āṭātī will be deemed binding, based on aṣl al-luzūm. From the viewpoint of ibāḥat al-taṣarruf, the permissibility of lawful disposal is due to the shari'a's (Islamic law) permission. Thus, the loss of the ʿawaḍayn will be considered a loss from the owner's property, without entailing a guarantee of equivalent or price. In this view, luzūm of mu'āṭātī is accepted even when one of the exchanged items, or part of it, is lost.

**Cite this article:** Saberimajd, A., & Hosseini, S. A. (2024). A Jurisprudential Analysis of the Bindingness (Luzūm) or Permissibility (Jawāz) of Bay' Mu'āṭātī (Sale by Conduct) in Cases of Loss (Talaf) of Considerations (ʿAwaḍayn). *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 191-208. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15941.1768>





## تحلیل فقهی لزوم یا جواز بیع معاطاتی در صورت تلف عوضین

احمد صابری مجد<sup>۱</sup> ID، و سید عبدالرحیم حسینی<sup>۲</sup> ID

۱. نویسنده مسئول، دکتری فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: [ahmad.saberimajd@ut.ac.ir](mailto:ahmad.saberimajd@ut.ac.ir)

۲. دانشیار دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: [abd.hosseini@ut.ac.ir](mailto:abd.hosseini@ut.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله ترویجی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۲/۲۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۴/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۲۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

### چکیده

از شیوه‌های متداول معاملات، بیع معاطاتی است که محل اختلاف نظرهای فقهی قرار گرفته است. از جلوه‌های مهم چالش برانگیز دو دیدگاه اباحه تصرف (نظر مشهور) و ملکیت جایز، در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن، است. بررسی مسئله لزوم یا جواز معامله در هر دو دیدگاه، آثار مهمی همچون سرانجام رجوع مالک به بدل حقیقی یا جعلی را دربردارد. رویارویی دو نظریه اباحه تصرف و ملکیت جایز و تبیین ناسازگاری مبانی این دو دیدگاه در حالت‌های تلف عوضین با رویکرد اصل لزوم در قراردادهای، تقریری نوین از این مسئله به حساب می‌آید. هدف نوشتار حاضر تجمیع صورت‌های گوناگون تلف عوضین مبتنی بر هر دو دیدگاه و ارائه ضابطه دقیق برای گره‌گشایی از چالش‌ها و تعارض‌های مبانی دو دیدگاه در پرتو اصل لزوم در قراردادهای است. از این رو، سؤال اصلی پژوهش این است که مبانی حکم لزوم یا جواز بیع معاطاتی، در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن، چیست؟ بر اساس دیدگاه ملکیت جایز، قدر متیقن وجود عوضین و امکان بازگرداندن آن است و در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن، بر اساس اصالت لزوم در قراردادهای، معاطات لازم خواهد بود. در دیدگاه اباحه تصرف، جواز تصرف شرعی به سبب اذن شارع است؛ لذا تلف عوضین یا جزئی از آن دو از مال مالک خواهد بود و موجب ضمان مثل یا قیمت نیست. در این دیدگاه، هنگامی که یکی از عوضین یا جزئی از آن تلف گردد، نیز لزوم معاطات مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

### کلیدواژه‌ها:

تلف عوضین،

لزوم معاطات،

ملکیت جایز،

اباحه تصرف،

بیع معاطاتی،

حق رجوع

استناد: صابری مجد، احمد؛ و حسینی، سید عبدالرحیم، (۱۴۰۳). تحلیل فقهی لزوم یا جواز بیع معاطاتی در صورت تلف عوضین. *مطالعات*

*فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۲۰۸-۱۹۱. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15941.1768>



### مقدمه

بیع معاطاتی از شیوه‌های متداول دادوستد است که در آن ایجاب و قبول (صیغه مخصوص) به کار گرفته نمی‌شود. بحث در رابطه با جایز یا لازم بودن ماهیت چنین قراردادی میان فقیهان امامیه موجب شده است که دو نظر عمده مطرح شود. مشهور فقیهان امامیه قائل به ملکیت (حائری، ۱۴۱۸، ج. ۸، ص. ۲۱۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ج. ۳، ص. ۴۹؛ محقق سبزواری، ۱۲۶۹، ج. ۸، ص. ۲۱۳) و برخی دیگر از فقیهان بر این باورند که معاطات مفید اباحه تصرف است (ابن‌ادریس، ۱۴۲۸، ج. ۲، ص. ۲۵۰؛ ابن‌زهره، ۱۳۷۵، ص. ۲۱۴؛ عاملی، ۱۴۰۰، ج. ۱، ص. ۵۰؛ طوسی، ۱۴۰۵، ج. ۳، ص. ۴۱). درباره دیدگاه مشهور که قائل به ملکیت هستند، دو گونه نگاه وجود دارد: برخی فقیهان معاطات را مفید ملکیت لازم (مفید، ۱۴۱۴، ص. ۵۹۱) دانسته‌اند که از آنجایی که انعقاد چنین قراردادی به صورت لازم محقق شده است، سخن از بررسی لزوم یا جواز معاطات پس از تلف قابل طرح نیست. بر اساس نگاه دوم از ملکیت، مفید ملکیت جایز است که در این صورت متبایعان هر زمان که بخواهند می‌توانند به ملک خود رجوع کنند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۵۸). لذا بنا بر دیدگاه اخیر و دیدگاه «اباحه تصرف»، عوضین تا زمانی که موجودند، در ملک هریک از خریدار و فروشنده بوده و حق رجوع دارند. اما چالشی که مبتنی بر این دو دیدگاه به وجود می‌آید این است که در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا بخشی از یکی از آن‌ها، آیا همچنان بیع معاطاتی معامله‌ای جایز خواهد بود که حق رجوع مالک به عین در صورت بقا یا بدل مثلی یا قیمی او را داشته باشد یا اینکه معامله تبدیل به معامله لازم خواهد شد؟ هم‌اکنون این سؤال اصلی قابل طرح است که مبنای حکم لزوم یا جواز بیع معاطاتی در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن چیست؟ پژوهش حاضر بر اساس دو دیدگاه اباحه تصرف و ملکیت جایز در معاطات، مسئله تلف عوضین را بررسی نموده و صورت‌های مسئله را تحلیل و ارزیابی می‌نماید. جستار حاضر از روش توصیفی  $\Delta$  تحلیلی و از ابزار کتابخانه‌ای بهره جسته است. در رابطه با پیشینه پژوهش، اگرچه پژوهش‌های فراوانی درباره بیع معاطاتی انجام شده، ولی با جست‌وجو در پایگاه‌های اینترنتی مقالات و پایان‌نامه‌ها از جمله نورمگز و ایرانداک، پژوهشی مستقل در مورد مسئله حاضر یافت نشد. جمعیت صورت‌های مختلف تلف در عوضین مبتنی بر هر دو دیدگاه اباحه تصرف و ملکیت جایز و ارائه ضابطه و ملاک دقیق و تحلیل و بررسی منتقدانه برای روشن‌سازی چالش‌ها و تعارض‌های مبنای دو دیدگاه در پرتو اصل لزوم در قراردادها، از مؤلفه‌های ارزشمند مقاله تلقی می‌گردد.

### حالت نخست: تلف شدن عوضین

تلف عوضین در معامله معاطاتی از ملزومات معاطات به حساب آمده و فقیهان به طور صریح به این مطلب اشاره کرده و برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۵، ج. ۲، ص. ۲۸). در کلمات فقیهان چنین آورده شده است که اگر عین از هر دو طرف تلف گردد، معامله لازم می‌گردد. صاحب مفتاح الکرامه و محدث بحرانی با تعبیر «لا خلاف عندهم» (بحرانی، ۱۳۶۳، ج. ۱۸، ص. ۳۶۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج. ۱۲، ص. ۵۰۷) و صاحب جواهر و سید مجاهد از عبارت «لا خلاف فیه» استفاده کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴،

ج. ۲۲، ص. ۲۳۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۰، ص. ۲۶۹). حکم این مسئله بر اساس دو مبنای ملکیت جایز و اباحه تصرف مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

### حکم تلف بر اساس دیدگاه طرفداران اباحه تصرف (نظریه مشهور)

حکم تلف عوضین بر اساس دیدگاه اباحه تصرف روشن است و قاعده در این باب دلالت می‌کند که تلف هریک از عوضین از ملک مالککش است و دلیلی نیز بر ضمان مثل یا قیمت دلالت نمی‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۳، ص. ۹۶). لذا بر اساس دیدگاه افاده اباحه تصرف در معاطات، هریک از طرفین قرارداد می‌توانند در صورت وجود عوضین به طرف دیگر مراجعه کرده، زیرا هنوز در ملکیت اوست و بر اساس این دیدگاه، نهایت چیزی که با معاطات حاصل شده، اباحه تصرف در عوض است؛ اما در صورتی که هریک از عوضین از بین برود، رجوع ممنوع خواهد بود، برای اینکه رجوع در اصل عوضین هست و فرض این است که تلف شده است. این حکم همانند موردی است که مال در دست متعاملان تلف شود که موجب ضمان مثلی یا قیمی نمی‌شود. برای اینکه در این صورت به اذن شارع این اباحه حاصل شده است و معاطات نیز موجب اباحه بقای عین در دست هریک از طرفین معامله می‌شود.

به دیگر سخن، در نظریه اباحه تصرف، هریک از متعاملان مالک عوضین خواهند بود تا زمانی که عوضین در دست طرف دیگر تلف شود که در این صورت به این دلیل که اباحه شرعی به سبب اذن شارع بوده است، تلف از مال مالک می‌باشد و موجب ضمان مثل یا قیمت نخواهد بود.

بررسی و نقد ادله: قاعده علی‌البد در این بحث قابل استناد نیست و نمی‌توان به وسیله آن بقای اباحه را اثبات و به بدل مثلی یا قیمی به عنوان ضمان تلف حکم نمود. بر اساس پذیرش جریان قاعده ضمان ید، هریک از طرفین قرارداد در صورت موجود بودن عوضین حق مراجعه داشته و در صورت تلف مال به استناد قاعده ضمان ید، عوضین تلف شده به بدل تبدیل می‌شود. در چنین حالی، اباحه مستمره جریان داشته که این به معنای عدم لزوم معاطات خواهد بود. جریان قاعده ضمان ید در این فرض دارای اشکال بوده و قاعده ضمان ید به دلیل انتقای موضوع جریان ندارد (میلانی، ۱۴۲۹، ج. ۱، ص. ۳۴۱). برای اینکه منظور از ید در این قاعده، خصوص ید عادی است و مفروض در مسئله، فقدان چنین یدی است، زیرا اباحه تصرفی که با معاطات حاصل شده است، با اذن و حکم شارع است. پس ید سابقه بر تلف یقیناً مضمون نبوده است، زیرا به دلیل وجود اذن شارع، ید عدوانی محسوب نمی‌شود، بلکه ید امانی می‌باشد و محال است که ید امانی تبدیل به ید عدوانی شود. در نتیجه، ید متعاملان مقتضی ضمان ندارد. سبب ضمان به وسیله اتلاف یا ید است. قاعده اتلاف (من اتلف مال الغیر فهو له ضامن) که در بسیاری از موارد در فقه قابل جریان است، در جایی است که اباحه شرعی وجود نداشته باشد؛ اما اگر اتلاف از ناحیه اباحه باشد، ضمانی در کار نیست. در ما نحن فیه نیز مفروض این است که اباحه تصرف به صورت شرعی وجود دارد؛ لذا قاعده جاری نمی‌شود. قاعده ضمان ید (علی‌البد ما اخذت حتی تؤدیه) زمانی موجب ضمان مال تلف شده می‌شود که انسان به رد عین در صورت وجود آن مورد خطاب قرار گیرد. این در حالی است که طرفین قرارداد معامله معاطاتی مکلف به ادا نیستند. پس هریک از آن‌ها در حال تلف، مکلف به ادای مثل یا قیمت نخواهند بود.

### حکم تلف بر اساس دیدگاه طرفداران ملکیت جایز

بدون تردید در صورت تلف، اصالت لزوم اقتضای حکم به لزوم معاطات را دارد. از چنین اصلی به واسطهٔ مخصص لبی که اجماع است به قدر متیقن که همان صورت امکان بازگرداندن هریک از ثمن و مثن است، خارج می‌گردد (حلی، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۸). لذا در صورت امتناع و تعذر بازگرداندن عوضین به سبب تلف و امثال آن، حکم جواز برداشته می‌شود و به اصالت لزوم در قرارداد مراجعه می‌گردد.

واکاوی معنای «جواز» در تبیین این دیدگاه راهگشاست، لذا روشن شدن مدلول جواز مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. در متون فقهی، جواز به دو گونه حقی و حکمی مورد استفاده شده است. جواز حقی همانند بیع خیاری است که خیار در واقع سلطنت بر اقرار عقد و ازالهٔ آن با قابلیت عقد برای بقا در ظرف عقد اعتبار تفسیر می‌شود. لذا حق خیار متعلق به خود عقد است و ارتباطی با عوض ندارد، پس تفاوتی ندارد که عوضین باقی باشند یا تلف شده باشند، بنابراین در حق خیار، عقد موضوعیت دارد و از عموماتی همچون: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» چنین برداشت می‌شود که هریک از متبایعان پیش از جدایی، سلطنت و قدرت فسخ قرارداد را بدون در نظر گرفتن بقا یا تلف هریک از عوضین را دارا هستند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۹۶؛ صدر، ۱۴۲۰، ص ۲۵۵). پس اگر عوضین باقی باشند، عوض و معوض به هریک از متبایعان باز می‌گردد و در صورتی که عوضین موجود نباشند، بدل آن باید برگشت داده شود.

فقیهان برای جواز حکمی به جایز بودن رجوع متبهب به عین موهوبه در صورت بقا مثال آورده‌اند. از این جهت که اگرچه پیش از رجوع متبهب عقد فسخ نشده و متبهب، استرداد عین موهوبه را خواستار است، ولی هنگامی که عین موهوبه مسترد شود، عقد از باب انتفای موضوع عقد منحل می‌شود، به خاطر بازگشت عین موهوبه به ملک واهب است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۱۶). اگر عین موهوبه تلف می‌شد، عقد لازم می‌شد و در این هنگام برای واهب جایز نبود که به بدل آن رجوع کند. بنابراین، جواز در این مورد دایر مدار عین موهوبه خواهد بود  $\Delta$  بدون اینکه به معوضه یا غیرمعوضه بودن هبه یا به تلف عوض یا بقای آن نگریسته شود  $\Delta$  جواز در این صورت برخلاف خیار به عقد تعلق نگرفته است. دلیل بر این مطلب که موضوع جواز در این مورد، رجوع به عین موهوبه است، از عمومات عقد هبه دانسته می‌شود.

فرد دیگری که برای جواز حکمی تصور می‌شود که از جواز در هبه دایرهٔ ضیق‌تری دارد، جواز در معاطات است که بر اساس نظریهٔ ملکیت جایز بیان شده است. جواز بر اساس این دیدگاه، متعلق به عوضین بوده و مادامی که عوضین موجود باشد، هریک از طرفین معامله می‌توانند مال را استرداد کنند. اما در صورت وجود منع استرداد به وسیلهٔ تلف و نظائر آن، جواز مرتفع شده و به اصل عام که همان لزوم در قراردادهاست، مراجعه می‌شود.

دلیل بر اینکه در نظریهٔ ملکیت جایز، وجود عوضین، موضوع جواز در معاطات است، دلیل اجماع است که به وسیلهٔ آن اصل لزوم معاطات تخصیص می‌خورد، زیرا اجماع دلیل لبی است و برای خروج از عموم ادلهٔ لزوم باید به قدر متیقن که همان صورت امکان بازگرداندن عوضین (وجود عوضین) است، اکتفا شود (حلی، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۸). اما در صورت امتناع بازگرداندن هریک از عوضین، شک در تخصیص زائد است که به عموم عام که همان اصالت لزوم در قراردادهاست، تمسک می‌شود. این رجوع مستند بر

ضابطه‌ای مهم در اصول فقه است که تحت عنوان امر دائر مدار بین منحصص منفصل عام بین اقل و اکثر، قرار می‌گیرد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۵، ص. ۱۷۹؛ عراقی، ۱۳۵۸، ص. ۴۳۸).

بررسی و نقد ادله: برخی تفاوتی میان معنای جواز در عقد خیاری (متعلق به نفس عقد) و معاطات (بازگرداندن عوضین) قائل نشده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص. ۴۷). به این بیان که منظور از بازگرداندن عوضین، انتقال آن دو از مکانی به مکان دیگر در عالم خارج نیست، بلکه مقصود بازگرداندن به ملکیت اولیه است که در واقع بیان دیگری از فسخ عقد و برهم زدن آن است. لذا بازگشت عوضین به ملکیت مرادف با جواز فسخ در نظر گرفته می‌شود. لذا موضوع جواز، عقد خواهد بود، نه بازگرداندن عوضین در عالم خارج که در این صورت می‌توان به دلیل استصحاب برای اصل جواز تمسک جست.

توضیح این اشکال این است که اگر بازگرداندن به معنای بازگشت به ملکیت باشد، نه به معنای انتقال در خارج، دیگر تلف موجب این نمی‌شود که استصحاب را جاری دانست و به سراغ اطلاقاتی همچون «الناس مسلطون علی اموالهم» و «لا یحل مال امرء» و امثالهم رفت. در این صورت، تمسک به دلیل استصحاب جواز همانند استصحاب جواز در بیع خیاری بدون هیچ‌گونه تفاوتی مقتضی اجرا دارد. تردیدی وجود ندارد که تلف در استصحاب در جواز در بیع خیاری وجود دارد و با چنین تصویری از جواز در معاطات نیز جاری خواهد بود و جواز از عوارض معامله خواهد بود نه عوضین.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که اگر مراد از بازگرداندن عوضین، صرف بازگرداندن در ملکیت هم باشد، همچنان اشکال مطرح شده باقی خواهد ماند، زیرا بازگرداندن عوضین که با وصف وجود خارجیشان مدنظر می‌باشد و به مجرد تحقق تلف، موضوع حکم نیز مرتفع می‌شود و در این صورت است که به ادله لزوم که حاکم است، مراجعه می‌شود.

### تمسک به دلیل استصحاب بر عدم لزوم

برخی در این میان به دلیل استصحاب تمسک کرده‌اند که به وسیله آن جواز ملکیت را استصحاب کرده‌اند. اجماع به عنوان دلیلی بر جواز ملکیت جایز در پیش از تلف عوضین وجود دارد و هنگامی که در انتفای چنین جوازی پس از تلف عوضین شک شد، می‌توان به استصحاب جواز مراجعه کرد و قائل به عدم لزوم ملکیت شد (جزائری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص. ۱۹۲). تمسک به استصحاب حکم منحصص در این مورد مانع از شمول ادله لزوم خواهد بود. حکم این مسئله نظیر استصحاب جواز بیع خیاری در صورت شک پس از تلف عین است. لذا با وجود چنین استصحابی در صورت تلف یکی از عوضین یا هردوی آن‌ها نمی‌توان به ادله لزوم معاطات تمسک کرد.

بررسی و نقد ادله: در ارزیابی تمسک به استصحاب، نخست می‌توان گفت که در این مورد مجالی برای استصحاب وجود ندارد؛ زیرا همان‌طور که اشاره شد، تعبیر جواز در بیع خیاری و جواز در معاطات تفاوت ماهوی وجود دارد. جواز در بیع خیاری متعلق آن قائم به خود عقد است. در صورتی که جواز در معاطات به معنای تملک به رجوع در عین و استرداد آن است که این مقدار همان قدر متیقن در جواز معاطات است. روشن است که تعبیر و معنای جواز در معاطات با جواز بیع خیاری همسان نبوده که بتوان در صورت شک

در ارتفاع آن به وسیله تلف عوضین در آن استصحاب جاری کرد، بلکه متیقن از دلیل معاطات تعلق آن به امکان بازگرداندن عوضین خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۷). این نکته نیز واضح است که پس از تلف عوضین در معاطات، موضوعی برای جواز بازگرداندن باقی نخواهد ماند، لذا مستصحاب منتفی است. پس شکی نیست که در این مورد به اصل لزوم در قراردادها مراجعه می‌گردد. این مورد با فسخ در بیع خیاری متفاوت است؛ زیرا در بیع خیاری عوضین پس از تلف نیز به خاطر بقای متعلق آن که عقد است، باقی تصور می‌شود. با این توضیح، قیاس جواز معاطات به جواز خیاری، قیاس مع الفارق خواهد بود.

همچنین اگر فرض شود که قدر متیقن در مسئله امکان بازگرداندن عوضین نباشد، متعلق جواز در معاطات مورد شک واقع می‌شود که عقد یا وجود عوضین می‌باشد. با وجود این، باز هم نمی‌توان برای جواز معاطات پس از تلف عوضین به استصحاب تمسک کرد. برای اینکه موضوع استصحاب که لازمه جریان آن است، احراز نمی‌گردد. پس موضوع در این هنگام غیرمحرز است و نمی‌توان استصحاب را جاری ساخت. این نکته حائز اهمیت است که برای احراز موضوع نمی‌توان، قسم دوم از استصحاب کلی، تمسک جست. به این بیان که جواز مردد بین دو فرد باشد و یکی از آنها مقطوع‌الزوال در نظر گرفته شود و بازگرداندن متصف به وجود شود و دیگری مقطوع‌البقاء که همان بازگرداندن طبیعی عوضین است که در این صورت استصحاب جواز بازگرداندن پیش از تلف جاری شود. منشأ شک در بقای کلی جوازی که جامع میان بازگرداندن و فسخ است، شک در بقای موضوع است. از این جهت که موضوع جواز اگر بازگرداندن عوضین باشد که معلوم‌الارتفاع است؛ زیرا فرض این است که آن دو تلف شده است و اگر موضوع جواز خود عقد است که معلوم‌البقاء است و در صورت شک در بقای موضوع مجالی برای جریان استصحاب نخواهد بود. در این صورت، استصحاب کلی از قسم دوم در این مقام جاری نخواهد بود، برای اینکه شک در بقای اصل موضوع وجود دارد. این مورد برخلاف مثال معروف در استصحاب کلی حیوان است، زیرا در آن شکی در بقای موضوع وجود ندارد، زیرا مستصحاب که کلی حیوان است، موضوع آن ماهیتی است که معروض به وجود و عدم بوده که شکی در مقطوع‌البقاء بودن او وجود ندارد. استصحاب کلی قسم دوم تنها در موضوعات جاری می‌شود و اجرای آن متوقف بر احراز موضوع است. چراکه وحدت موضوع در استصحاب شرط است، لکن موضوع مشکوک‌فیه است، بنابراین استصحاب جریان ندارد. چراکه استصحاب از قسم مذکور منحصر در موضوعات است (میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۴۵).

### حالت دوم و سوم: تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن

در این بخش، حکم لزوم معاطات در دو حالت از صورت‌های تلف عوضین که عبارت‌اند از تلف یکی از عوضین یا بخشی از آن، بر اساس دیدگاه اباحه تصرف و دیدگاه ملکیت جایز مورد مذاقه و ارزیابی قرار گرفته می‌شود.

**حکم تلف بر اساس دیدگاه اباحه تصرف**

در رابطه با لزوم معاطات در صورت تلف یکی از عوضین یا بخشی از آن، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. برخی در این مورد به عدم لزوم و برخی دیگر نیز قائل به عدم لزوم شده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۰، ج ۱۴، ص ۲۶۹؛ نراقی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۰).

در این میان باید گفت که شهید ثانی نگاه تفصیلی به این مسئله داشته است. ایشان به‌طور صریح و عبارت «الأقوی» بیان می‌دارد که اگر یکی از عوضین تلف شود، به لزوم معاطات حکم می‌شود، اما در مورد تلف بخشی از عوضین این احتمال را مطرح می‌کند که همانند تلف همه عوضین باشد و حکم به لزوم داده شود، اما در نهایت به دیدگاه عدم لزوم متمایل می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۵۰).

**دلیل استصحاب بر عدم لزوم**

جریان استصحاب بقای سلطنت مالک عین بر مال خود، به‌عنوان دلیلی بر حکم به عدم لزوم مطرح شده است؛ به این بیان که مالک بر عین موجود پیش از تلف سلطنت داشته و پس از تلف عین یا بخشی از آن شک در بقای سلطنت او پیدا می‌شود و بقای سلطنت استصحاب می‌شود. جایز بودن مراجعه مالک در معامله معاطاتی که مال به‌صورت اباحه تصرف در دست گیرنده است، همچنین ضمان کسی که تلف در دست اوست که بدل را باید بدهد، مقتضی این دیدگاه است.

بررسی و نقد ادله: تمسک به استصحاب بقای سلطنت برای اثبات عدم لزوم دارای اشکال است. آنچه باید مورد ارزیابی قرار گیرد، امکان جریان قاعده سلطنت در این مورد است؛ زیرا قاعده سلطنت دلیل اجتهادی است و مقدم بر استصحاب سلطنت خواهد بود و بر هر اصل عملی مثبت که حکم مخالفی را اثبات می‌کند، مقدم است. لذا اولی تمسک به عموم قاعده است، نه اصل و با وجود قاعده، مجرای برای استصحاب باقی نخواهد ماند (اصفهانی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۱۴؛ میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۴۹؛ وحید خراسانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۴۵). در نتیجه، تعارضی نیز میان تمسک به قاعده سلطنت و اصل برائت از ضمان نخواهد بود، زیرا قاعده سلطنت دلیل اجتهادی است و بر اصل عملی که دلیل فقیهان است، مقدم خواهد بود.

در پاسخ به این اشکال باید گفت که موضوع قاعده سلطنت، ملکیت است. در این هنگام، شک در بقای عین تلف‌شده خواهد بود و اینکه آیا هنوز ملک متعاملان هست که تبدیل به بدل شود. پس بازگشت مسئله به شک در موضوع قاعده سلطنت است و روشن است که این قاعده نمی‌تواند موضوع خود را اثبات کند، لذا در این صورت مجالی برای اثبات موضوع جز تمسک به استصحاب بقای مال بر ملک مالک اصلی باقی نخواهد ماند و الا اگر این چنین نباشد، می‌توان به قاعده تمسک کرد و حال آنکه در این مورد که بیان شد، از باب تمسک به دلیل در شبهه مصداقی خواهد بود.

به دیگر سخن، در این مسئله نمی‌توان به قاعده سلطنت تمسک جست؛ زیرا مفروض در مسئله این است که تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن، موجب شک در لزوم می‌شود و تحقق ملزم متفرع بر تحقق ملکیت است و در این صورت شک به بقای عوضین در ملک هریک از مالک‌ها برگشت می‌کند. در این هنگام، تمسک به قاعده سلطنت از باب تمسک به دلیل در شبهه موضوعیه خواهد بود. موضوع در این



مسئله اموال است (الناس مسلطون علی اموالهم) و محمول سلطنت است و لازم است که در چنین حملی ابتدا موضوع احراز شود، سپس به قاعده که تطبیق محمول است، تمسک گردد و با حصول شک در ملزم، شک در تحقق موضوع سرایت خواهد کرد که در این هنگام مجالى برای تمسک به قاعده سلطنت برای اثبات عدم لزوم نخواهد بود. برای اینکه در این مورد از باب تمسک به دلیل در شبهه موضوعیه است. بلکه باید به استصحاب بقای ملک مراجعه کرد که به وسیله آن موضوع قاعده تعبداً اثبات شود.

#### دیدگاه شیخ اعظم انصاری در مورد دلیل استصحاب

شیخ اعظم انصاری در رابطه با دیدگاه قائلان به اصالت عدم لزوم در تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن معتقد است که می‌توان استصحاب بقای سلطنت را که مقتضای عدم لزوم ملکیت است، جاری ساخت، اما این استصحاب دارای معارض است و اصل برائت ذمه با آن معارضه می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۸). لذا با برائت ذمه مثل (در موارد مثلی) و قیمت (در موارد قیمی) کسی که مال در نزد او تلف شده است، معارضه می‌کند. مقتضای لزوم معاطات این است که عین تلف‌شده از مال آخذ معاطات است و نتیجه این تعارض، سقوط اصالت بقای سلطنت مالک می‌باشد که در این صورت دلیلی بر بقای اباحه و عدم لزوم و جواز رجوع در عین موجود باقی نخواهد ماند.

بررسی و نقد ادله: چنین چیزی تصور شده است که تعارضی بین اصالت بقای سلطنت و اصالت برائت از ضمان وجود ندارد؛ زیرا منافاتی بین حکم جواز رجوع که به وسیله استصحاب بقای سلطنت اثبات شده است، با حکم عدم ضمان تلف‌کننده وجود ندارد (ایروانی، بی تا، ج ۲، ص ۸۵). لذا برای مالک حق رجوع به عین موجودی که تلف نشده است، وجود دارد که با وجود این، دیگر ضامن بدل آنچه نیست که در دست دیگری تلف شده است.

در پاسخ به این نگرش، می‌توان گفت که تصویر تعارض میان دو حجت قابل تصور است که یک بار تعارض به ذات و بار دیگر تعارض به عرض دارند که به واسطه دلیل ثالث اثبات می‌شود (خمینی، ۱۳۸۵، ص ۳۲؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۲۴۰). مسئله مورد بحث نیز از این قبیل است که به طور ذاتی بین اصالت سلطنت و اصالت برائت ذمه، تعارضی وجود ندارد، بلکه تعارض بین آن دو عرضی است و به دلیل ملازمه‌ای است که بین رجوع و ضمان بدل تالف از مثل یا قیمت وجود دارد. منشأ این ملازمه یا قطع به عدم مجانی بودن تالف است یا به سبب اجماع مرکب بر تلازم بین جواز رجوع مالک عین باقیه و جواز رجوع مالک عین تلف‌شده به بدل آن است (اصفهانى، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۱۴).

در مسئله برداشت دیگری نیز می‌توان تصور کرد که از اساس، تعارض میان اصالت بقای سلطنت و اصالت برائت ذمه تلف‌کننده برچیده می‌شود. چنین می‌توان گفت که فرض حصول تعارض آن دو به سبب وجود دلیل اجتهادی (قاعده ضمان ید) حاکم بر اصالت برائت، منتفی است. برای اینکه بنا بر دیدگاه اباحه در معاطات، هریک از طرفین معامله، بدون اینکه مال خود را به ملکیت دیگری دریاورد، مال دیگری را تحت ید خود قرار داده است و بر اساس قاعده ضمان ید، ید دیگری مضمونه به حساب خواهد آمد، لذا اگر مال در دست دیگری تلف شود، ادای مثل یا قیمت آن به مالک واجب خواهد بود. بنابراین با وجود این

قاعده اجتهادی، دیگر موضوعی برای اجرای اصل برائت ذمه از تلف مال از بدل نخواهد ماند و اصالت بقای سلطنت مالک عین موجود بدون معارض می‌باشد و در نتیجه جمع بین قاعده ضمان ید و استصحاب بقای سلطنت خواهد بود و حکم به عدم لزوم معاطات در صورت تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن داده می‌شود. پس برای مالک جایز است که عین را برگرداند و بدل عین تلف‌شده را در صورت مثلی، مثل آن را و در صورت قیمی، قیمت آن را بپردازد.

چنین برداشتی دارای اشکال است؛ زیرا قاعده ضمان ید اساساً در ما نحن فیه جریان ندارد. برای اینکه ید پیش از تلف عین، یقیناً ید ضمانی نیست. همان‌طور که اشاره شد، چنین اباحه تصرفی با اذن و ترخیص شارع بوده است و به عبارتی اباحه‌ای که در معاطات وجود دارد، اباحه‌ای شرعی است که با وجود چنین اذنی به‌طور روشن ضمانت منتفی خواهد بود. موجب ضمان در این مورد، ید عدوانی است، نه ید مأذونه، این مبنا قابل پذیرش نیست که ضمان، صرف استیلا دانسته شود، چراکه در فرض مسئله که اباحه تصرف در معاطات است، حکم و اذن شارع وجود دارد و ید سابقه مضمون نخواهد بود، برای آنکه ید در اینجا ید امانی است و محال است به ید عدوانی تبدیل شود، از این‌رو ید متعاملان مقتضی ضمان ندارد. لذا حکم این صورت هم همانند صورت اول خواهد بود. ید حال تلف قطعاً منتفی است، لذا موضوعی باقی نمی‌ماند که به واسطه آن قاعده ضمان ید محقق شود. بنابراین، این قاعده از باب سالبه به انتفاع موضوع خواهد بود.

#### *ادله شیخ انصاری بر صحت تمسک به اصالت عدم لزوم*

شیخ انصاری برای اصالت عدم لزوم در مسئله، به سه دلیل استناد نموده که هر یک نیازمند بررسی و ارزیابی است.

#### *الف. عدم جریان اصالت برائت ذمه از بدل*

اصالت برائت از ضمان با فرض شک در تعلق ضمان در ذمه جاری می‌شود؛ اما در صورت علم و لو علم اجمالی، چون موضوعی باقی نمی‌ماند، جریان نداشته تا با اصالت سلطنت معارضه کند. مفروض در این مسئله این است که مالک عین موجود، ضامن بدل عین تلف‌شده در دستش است و در این مورد همه اتفاق نظر دارند. نهایت چیزی که مورد اختلاف واقع شده است، این است که ضمان آیا بدل حقیقی (مثلی یا قیمی) یا بدل مسمی (بدل جعلی که همان عین موجود است) می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۸). روشن است که این علم اجمالی همانند علم تفصیلی مانع از جریان اصالت برائت ذمه او خواهد بود (وحید خراسانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۵۰)؛ برای اینکه رافع موضوع برائت است و مجرد شک در خصوصیات مورد ضمان، از اینکه واقعی یا جعلی باشد، در تحقق موضوع اصل برائت ذمه دخیل نیست. بنابراین دیگر اصلی باقی نمی‌ماند تا با اصل بقای سلطنت معارضه کند.

بررسی و نقد ادله: علم اجمالی که در کلام شیخ انصاری به آن اشاره شد و رافع موضوع اصالت عدم ضمان به حساب آمد، منحل می‌شود. به این بیان که پیش از تلف عین، ضمان به بدل حقیقی (مثلی یا قیمی) تعلق نگرفته است، بلکه متعلق به بدل مسمی است و پس از حصول تلف، هنگامی که در استمرار بقای چنین ضمانی شک شود، استصحاب می‌گردد. در نتیجه، اصل مثبت در یکی از دو طرف علم اجمالی

که استصحاب ثبوت ضمان المسمی است، خواهد بود و وجود اصل که اصالت عدم ضمان بدل حقیقی (مثلی یا قیمی) نافی طرف دیگر است (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۰۳). در این هنگام است که دو اصل در دو طرف علم اجمالی با یکدیگر تعارض نمی‌کنند و در نتیجه اصالت عدم ضمان حقیقی بدون معارض خواهد بود. لذا آسیبی به علم اجمالی در مانحن فیه وارد نمی‌کند.

اشتغال ذمه به بدل واقعی در مورد بقای عین معنایی ندارد تا اینکه گفته شود که علم نداریم آیا پس از تلف، ذمه به بدل یا مسمی مشغول می‌شود. اصلی در این مورد وجود ندارد که آن را تعیین نماید، بلکه شک در عدم اشتغال ذمه به آن باقی است و مالک نمی‌تواند به آن رجوع کند، بلکه بدل مسمی تعیین می‌گردد تا اینکه جمع بین عوض و معوض لازم نیاید (خوانساری، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۲۰۳). پس محذوری برای استصحاب عدم اشتغال به بدل واقعی وجود ندارد و در نتیجه مسمی به‌خاطر بدلی بودنش تعیین می‌گردد.

#### ب. حکومت بقای سلطنت مالک بر اصالت عدم ضمان

میان اصالت بقای سلطنت مالک و اصالت برائت ذمه از بدل عوض تلف‌شده، تعارضی وجود ندارد. در این دیدگاه، اصالت برائت و عدم ضمان، اصل مسببی و اصالت بقای سلطنت، اصلی سببی است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۸). در علم اصول اثبات شده است که اصل سببی بر اصل مسببی مقدم است (انصاری، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۴۰۵). در این صورت، اصالت عدم ضمان در صورت جریان اصالت بقای سلطنت مالک عین موجود، جریان پیدا نمی‌کند تا تعارض واقع گردد. به دیگر سخن، شک در ضمان کسی که عین در دست او تلف شده است، موضوع اصالت برائت ذمه است که مسبب از شک در بقای سلطنت کسی است که عین در دست او تلف شده، یعنی مالش در دست دیگری است. پس هنگامی که استصحاب بقای سلطنت جاری شود، نتیجه آن جواز رجوع مالک عین موجود و با وجود ضمان بدل عینی که در دستش تلف شده است، استرداد آن عوض از ید دیگری می‌باشد. اگر استصحاب بقای سلطنت جاری نشود، در این هنگام، سلطنت بر مال خود نداشته، پس ضامن ادای بدل مثل یا قیمت نخواهد بود. در این مورد، شک در ضمان، مسبب از شک در بقای سلطنت است و با جریان استصحاب سلطنت به ترتب ضمان، یقین حاصل می‌شود. لذا شکی باقی نمی‌ماند تا اصالت عدم ضمان جاری شود. به دیگر سخن، جریان استصحاب سلطنت رافع موضوع اصالت عدم ضمان است و بر آن حاکم است.

بررسی و نقد ادله: در این مسئله حکومت وجود ندارد؛ برای اینکه سببیت غیر شرعی است. به هیچ عنوان ضمان از آثار سلطنت شرعی شمرده نمی‌شود تا اصالت بقای سلطنت مثبت او باشد، بلکه اثر مترتب بر اصالت سلطنت، مجرد جواز رجوع به عین موجود و استرداد آن است. بنابراین معنایی برای تقدم اصل جاری در یکی از دو متلازمان بر اصل دیگر وجود ندارد. اصالت بقای سلطنت بر اصالت برائت زمانی حاکم است که مفاد اصالت بقای سلطنت و اثر شرعی آن (رفع برائت یا اشتغال) موجود باشد و الا مجرد سببیت و مسببیت اثری بر آن مترتب نیست (خوانساری، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۲۰۲). بدون تردید اثر اصالت بقای

سلطنت مالک عین موجود موجب اشتغال ذمه او به مثل یا قیمت نخواهد بود، بلکه اثر شرعی آن در صورت فسخ معامله، رجوع عین به ملک اوست.

همچنین مجرد اینکه یکی از دو اصل، سبب و دیگری مسبب باشد، موجب حکومت اصل سببی بر مسببی نخواهد بود، بلکه این شرط باید باشد که ارتفاع دومی یا ثبوت ضد آن، اثر شرعی برای اولی داشته باشد. در صورتی که به روشنی عدم برائت از ضمان به مثل یا قیمت از آثار شرعیه استصحاب سلطنت نبوده تا بر آن، ارتفاع اصالت برائت از ضمان به بدل واقعی مترتب شود؛ بلکه اثر شرعی مترتب بر استصحاب سلطنت همان جواز رجوع مالک عین است و ضمان او به بدل واقعی در صورت تلف عین از لوازم عقلی به حساب می‌آید. در این مورد قرینه خارجی وجود دارد که مالک عین تلف شده، عوض باقی‌مانده را به‌طور مجانی به طرف دیگر نداده است. لذا در این مورد روشن است که اینچنین ملازمه خارجی بر ارتفاع اصل مسببی بر اصل سبب دلالت ندارد، مگر اینکه قابل به اصل مثبت شد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۲۳۰). بنابراین در این مسئله حکومت جریان ندارد؛ زیرا شرط اصلی حکومت این است که سببیت شرعی وجود داشته باشد و حال آنکه اصل در اینجا مثبت است، زیرا اصالت بقای سلطنت، حق رجوع را اثبات می‌کند که مال دیگری مجانی و بدون مقابل نبوده است که لازمه آن عقلاً برائت ذمه است.

برخی فقیهان در این مسئله قائل شده‌اند که شک در رجوع مسبب از شک در اشتغال ذمه به بدل تالف است؛ پس در این هنگام دلیل حاکم، اصالت سلطنت نیست، بلکه اصالت عدم ضمان است (میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص. ۳۵۳).

#### ج. عدم جریان اصالت برائت ذمه از بدل تالف

بدون تردید، دلیل اجتهادی مقدم بر دلیل فقهاتی است. بنابراین عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» همان‌طور که اقتضای تسلط مالک عین موجود بر ملک خود را دارد، که لذا بر اساس مقتضای این قاعده، مالک آن را از طرف دیگر باز پس گیرد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص. ۹۸)، همچنین این قاعده تسلط مالک عین تالف را بر ملکش را اقتضا دارد. بنابراین بدل واقعی (مثلی یا قیمی) از چیزی که تلف در دستش اتفاق افتاده، گرفته می‌شود. با ثبوت ضمان واقعی به وسیله این قاعده، مجال برای جریان اصالت برائت نخواهد بود. شیخ اعظم انصاری در آخر عبارت خود از کلمه «فتدبر» به کار می‌برد که چنین برداشت می‌شود که ایشان به منع شمول قاعده سلطنت برای مال تالف اشاره دارد و لذا کسی به این قاعده برای ضمان در مواردی که به آن تمسک می‌شود، استناد نکرده است؛ برای اینکه به وسیله ید و اتلاف قابل اثبات است. بررسی و نقد ادله: نکته مهمی که در ارزیابی این دلیل می‌توان به آن اشاره کرد، این است که اجرای قاعده سلطنت به نسبت به مال تالف، دارای اشکال است. به همین خاطر است که در کتاب‌های فقهی، «الناس مسلطون علی اموالهم» را به‌عنوان ادله ضمان ذکر نکرده‌اند (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۳۹۸). همچنین میان دو صورت وجود عین و تلف آن تفاوت وجود دارد؛ وجود عین در نزد مالک، موجب تصحیح سلطنت بر مطالبه کردن از اوست، برخلاف صورت تلف که نسبت تلف‌کننده به مال تلف‌شده و غیر آن یکسان است و مفروض عدم دخول عین بر عهده مالک است و فرض اثبات عهده، فقط به سبب خود دلیل سلطنت است (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۳۹۸).

موضوع دلیل سلطنت، اموال است و پس از تلف مال، مالی وجود ندارد که موضوع دلیل محقق شود. بلکه، قطعا مانعی از تمسک اجرای قاعده نسبت به مال موجود نیست، اما مال مفقود و تلف شده، قاعده به دلیل انتفای موضوع، جاری نیست؛ زیرا مشتق حتی در اضافات اعتباری نیز حقیقت در متلبس است (و حید خراسانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۵۰). موضوع در این قاعده، اموال است و این اضافه مالکیه است و هر متلبس به اضافه، ظاهر در فعلیت است. بنابراین فقه الحدیث این قاعده این است که مردم بر اموالی که آن اموال به فعلیت موجود است، مسلط هستند. پس ظرف سلطنت در واقع ظرف ملکیت است. لذا چنین برداشتی صحیح نیست که گفته شود که انسان الان بر مالی که سابقا ملک او بوده و آن مال تلف شده است، مسلط می‌باشد؛ زیرا اضافه در صورت انعدام طرف خود، منعدم می‌شود و الان تالف نمی‌تواند مصداق «اموالهم» باشد (میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۵۵). اما اینکه الان مسلط بر بدل تالف باشد، این معنا در صورت محقق بودن موضوع آن است که باطل است. شاید منظور از فتدبر در کلام شیخ این برداشت باشد.

برخی دیگر نیز چنین آورده‌اند که عموم دلیل سلطنت چنین شأنی ندارد، بلکه اثبات سلطه مالک در مقابل حجر است که از مسوغات تصرفات به حساب می‌آید. لذا اصلا دلالت بر تجویز تصرف نداده است، چه رسد به اینکه دلالت بر ضمان مثل یا قیمت داشته باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۴۸).

تمسک به عموم قاعده سلطنت در این بحث از بارزترین موارد تمسک به عموم در شبهات مصداقی است و به این خاطر است که مفروض در انتقال عوضین از هریک از مالک اصلی به طرف دیگر، شک می‌شود. نتیجه این تردید این است که آیا تلف مملوک بوده و از ملزومات معاطات به حساب می‌آید یا خیر؟ بنابراین صحیح نیست که قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» در مسئله مورد بحث، جریان پیدا کند (انصاری، بی تا، ص ۱۶۷).

### حکم تلف بر اساس دیدگاه ملکیت جایز

با توجه به پذیرش این مبنا که موضوع جواز در معاطات با توجه به دلیل اجماع، بازگرداندن عوضین است و در صورتی که چنین امکانی وجود ندارد، حکم ملکیت جواز نیز از بین رفته و به عمومات اصالت لزوم مراجعه شده، حکم این دو صورت نیز لزوم خواهد بود.

### حالت چهارم: تلف جزئی از عوضین

حکم این صورت بر اساس دیدگاه اباحه تصرف و دیدگاه ملکیت جایز، لزوم معاطات است. بر اساس دیدگاه ملکیت جایز، موضوع جواز رجوع که همان امکان بازگرداندن عوضین است، از بین رفته است. لذا حکم به لزوم می‌گردد.

بر اساس دیدگاه اباحه نیز همان طور که به طور مفصل در سطور این نوشتار بیان گردید، جریان قاعده سلطنت که اقتضای جواز دارد، منتفی بوده و دلیل اباحه بر چنین قاعده‌ای حاکم خواهد بود. لذا حکم به لزوم می‌شود (جزائری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۱۲).

### نتیجه‌گیری

این پژوهش بر اساس دو دیدگاه مطرح‌شده ملکیت جایز و اباحه تصرف، ملزم تلف را که از ملزومات مهم معاطات است، مورد بررسی قرار داد و با ارزیابی ادله این بحث به نتایج زیر دست یافت:

بر اساس دیدگاه ملکیت جایز، در صورت تلف عوضین، اقتضای اصالت لزوم، حکم به لزوم معاطات است. از چنین اصلی به واسطه تخصص لبی که اجماع است، به قدر متیقن که همان صورت امکان بازگرداندن هریک از عوضین است، خارج می‌گردد. لذا در صورت امتناع و تعذر بازگرداندن عوضین به سبب تلف و امثال آن، حکم جواز برداشته می‌شود و به اصالت لزوم در قرارداد مراجعه می‌گردد. مبتنی بر دیدگاه اباحه تصرف، حکم تلف عوضین لزوم بوده و تلف هریک از عوضین از ملک مالکش است. اباحه شرعیه به سبب اذن شارع بوده است، لذا تلف از مال مالک خواهد بود و موجب ضمان مثل یا قیمت نخواهد بود. مبتنی بر دیدگاه ملکیت جایز، حکم صورتی که یکی از عوضین تلف یا جزئی از آن از بین رود، لزوم است. موضوع جواز در معاطات به دلیل اجماع، بازگرداندن عوضین است و در صورتی که چنین امکانی وجود نداشته باشد، حکم ملکیت جواز نیز از بین رفته و به عموماً اصالت لزوم مراجعه می‌گردد. بر اساس دیدگاه اباحه تصرف، دو دیدگاه لزوم و عدم لزوم مطرح شده است که قول به لزوم مورد پذیرش است. در صورت تلف جزئی از عوضین، حکم این صورت بر اساس دیدگاه اباحه تصرف و دیدگاه ملکیت جایز، لزوم معاطات است.

پیشنهادها: تقنین دارای پیچیدگی‌های خاص و جایگاهی برای طرح مباحث عمیق است. در قانون مدنی ایران، به صراحت از بیع معاطاتی نامی به میان آورده نشده و لزوم یا جواز آن را مشخص ننموده است. میان حقوق دانان ایرانی در تأثیر معاطات، اختلافات بسیاری وجود دارد که ناشی از این است که برخی از آن‌ها عقود را تشریفاتی دانسته و در انعقاد آن استعمال الفاظ مخصوصه و یا الفاظی که صریح در معنای مقصود باشد را لازم می‌دانند و معاطات خارج از آن دانسته شده و نمی‌تواند موجب پیدایش بیع گردد. برخی بر اساس ماده ۳۳۹ قانون مدنی، چنین برداشت کرده‌اند که صرف دادوستد برای تحقق بیع کافی دانسته می‌شود. نکته حائز اهمیت این است که در ماده ۱۹۳ قانون مدنی، قانون‌گذار، قبض و اقباض را برای انعقاد عقد بیع تنها در صورتی که صراحتاً نشان‌دهنده قصد و رضایت طرفین باشد، مورد پذیرش قرار داده است. ولی باید دانست که دادوستد به خودی خود ظاهر در معاوضه است و نمی‌تواند کاشف از اراده بیع باشد، مگر آنکه قرائن و احوال خارج یا وضعیت معامله نشان دهد که متعاملین در دادوستد خود قصد انعقاد بیع داشته‌اند، نه معامله دیگری از قبیل معاوضه، اباحه تصرف و امثال آن. از این رو می‌توان قائل شد که قانون‌گذار ایرانی سرشت معامله معاطاتی را از حیث لزوم یا جواز به طور آشکار بیان ننموده است. از آنجاکه شأن پژوهش‌های علمی پژوهشی، تئوری‌پردازی و ژرف‌اندیشی به مسائل نظری و پرداختن به شکاف دانشی است؛ لذا جستار حاضر در این راستا با عمق‌بخشی به آن و با تکیه بر خواستگاه فقهی بحث معاطات به قانون‌گذار ایرانی پیشنهاد می‌کند که بر اساس اصل لزوم قراردادی، استحکام و امنیت معاملاتی همواره باید کوشید که قرارداد را به گونه‌ای تفسیر کرد که لازم باشد و طرفین نتوانند به دلخواه، آن را برهم زنند؛ مخصوصاً زمانی که یکی از عوضین تلف گردد. زیرا اگر در این حالت بر آن باشیم که معاطات صرفاً مفید

اباحه یا عقدی جایز بوده و هر تفسیری به‌جز لازم بودن عقد داشته باشیم، این امر تالی فاسد دارد و منافی استحکام و امنیت معاملاتی خواهد بود؛ لذا از لحاظ کاربردی پذیرش نظری که معاطات را در فرض تلف یکی از عوضین عقدی لازم می‌داند، نه تنها با اصول حقوقی همچون اصله لزوم تطابق بیشتری دارد؛ بلکه با امنیت قراردادی نیز سازگار است.

## منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۲۸). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۳۷۵). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*. قم: مؤسسة الامام الصادق (علیه السلام).
- اصفهانى، محمدحسین. (۱۳۷۶). *حاشیه المکاسب (اصفهانى)*. قم: محقق.
- انصارى، مرتضى بن محمدامین. (۱۳۶۵). *فرائد الأصول*. قم: چاپ عبدالله نورانی.
- انصارى، مرتضى. (۱۴۱۵). *کتاب المکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصارى.
- ایروانى، علی. (بی تا). *حاشیه المکاسب (ایروانى)*. قم: کتبی نجفی.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶). *حاشیه المکاسب (آخوند)*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
- بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷). *القواعد الفقهية (بجنوردی)*. قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. بی جا.
- جزائری، محمد. (۱۴۱۶). *هدی الطالب الی شرح المکاسب*. قم: طلیعة النور.
- حائری، سید علی. (۱۴۱۸). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد. (۱۴۱۹). *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، علی بن حسین. (۱۴۱۵). *جامع المقاصد فی شرح القواعد [محقق کرکی]*. قم: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
- خمنی، روح الله. (۱۳۸۵). *الرسائل (مجتبی تهرانی)*. قم: اسماعیلیان.
- خوانساری، موسی. (۱۳۵۷). *منیة الطالب*. نجف: المطبعة الحیدریة.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۷۷). *مصباح الفقاهه*. قم: مکتبه الداوری.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). *محاضرات فی أصول الفقه*. قم: انصاریان.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۰۰). *القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة*. قم: مکتبه المفید.
- صدر، محمدباقر. (۱۴۱۷). *بحوث فی علم الأصول*. قم: الدار الاسلامیه.
- صدر، محمدباقر. (۱۴۲۰). *لا ضرر و لا ضرار (کمال حیدری)*. قم: دار الصادقین.
- طباطبایی حکیم، محمدسعید. (بی تا). *التنقیح*. قم: مؤسسه الحکمة الثقافة الاسلامیه.
- طباطبایی، محمد بن علی. (۱۴۱۰). *المنهل*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۵). *الخلاف*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عراقی، ضیاء الدین. (۱۳۵۸). *مقالات الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- فیض کاشانی، محمد. (۱۴۰۱). *مفاتیح الشرائع*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. (۱۴۲۵). *شرح القواعد*. قم: مکتبه الصفا.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمدمومن. (۱۲۶۹). *کفایة الأحکام*. مهدوی.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۴). *المقنعه*. بیروت: دار المفید.



- میلانى، محمدهادى. (١٤٢٩). *كتاب البيع (میلانى)*. قم: مركز الحقائق الاسلاميه.
- نجفى، محمدحسن. (١٤٠٤). *جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام*. قم: مكتبة الاسلاميه.
- نراقى، احمد. (١٤١٩). *مستند الشيعه*. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لاهياء التراث.
- وحيد خراسانى، حسين. (١٣٨٧). *العقد النضيد: تقريراً لباحث المسجد الاعظم فى فقه العقود و المعاملات*. قم: دار التفسير.
- يزدى، محمد كاظم بن عبدالعظيم. (١٤١٠). *حاشيه المكاسب (يزدى)*. قم: اسماعيليان.