



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه هشتاد و سوم؛ سه شنبه ۱۳۹۶/۱/۲۹

جواب دوم و مناقشه‌ی شیخ رحمته در آن

مرحوم شیخ رحمته جواب دیگری به استدلال مثل محقق تستری رحمته به این روایات داده و می‌فرماید: طبق مذهب شیعه، بیع کلی حلاً - نصاً و فتواً - جایز است و نقل اجماع بر آن شده است و اختلافی در آن نیست مگر آن‌چه که از جانب برخی ذکر شده که اعتباری ندارد. بنابراین اگر بیع کلی حلاً جایز باشد ولو آن‌که با بیع مالک مصداق آن نباشد، این قرینه می‌شود که روایات «لا تبع ما لیس عندک» [که ظهور در نهی از بیع کلی دارد] و نیز آن‌چه که در سیاق این روایات وارد شده که نهی از بیع جزئی خارجی می‌کرد مانند صحیح‌ه‌ی یحیی بن الحجاج و روایت خالد بن الحجاج، این روایات را یا باید حمل بر کراهت کنیم و یا حمل بر تقیه؛ چراکه نهی از چنین بیعی مذهب بعض عامه است.

مرحوم شیخ رحمته سپس در این جواب مناقشه کرده و می‌فرماید: ما قبول داریم که بیع کلی حلاً جایز

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۵۲:

نعم، قد یخشد فیها: أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمه، ورودها فی بیع الكلی، و أنه لا یجوز بیع الكلی فی الذمه ثم اشتراء بعض أفراده و تسليمه إلى المشتري الأول، و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، فبقوى فی النفس: أنها و ما ورد فی سیاقها فی بیع شخصی أيضاً کروایتی یحیی و خالد المتقدمین أريد بها الكراهة، أو وردت فی مقام التقیه؛ لأن المنع عن بیع الكلی حلاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة كما صرح به فی بعض الأخبار مستندین فی ذلك إلى النهی النبوی عن بیع ما لیس عندک، لكن الاعتماد على هذا التوهين فی رفع اليد عن الروایتین المتقدمتين الواردتين فی بیع شخصی، و عموم مفهوم التعلیل فی الأخبار الواردة فی بیع الكلی، خلاف الإنصاف؛ إذ غاية الأمر حمل الحكم فی مورد تلك الأخبار و هو بیع الكلی قبل التملك على التقیه، و هو لا یوجب طرح مفهوم التعلیل رأساً، فتدبر.

فالأقوى: العمل بالروایات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

است ولو این که با بیع مالکِ مصداق آن نباشد و این قرینه می شود که از اطلاق مثل «لا تبع ما لیس عندک» نسبت به بیع کلی حالاً رفع ید کنیم، اما مجوزی برای رفع ید از اطلاق این روایات نسبت به بیع جزئی خارجی و نیز رفع ید از روایاتی که بالخصوص از بیع مبیع جزئی خارجی نهی می کرد وجود ندارد، و رفع ید از این روایات خلاف انصاف است.

بنابراین به مقداری که دلیل یا اجماع قائم است، یعنی نسبت به بیع کلی حالاً، از عموم یا اطلاق روایات ناهیه رفع ید کرده و نهی را حمل بر تقیه می کنیم، اما بیع جزئی خارجی هم چنان مشمول نهی است و دلیلی بر حمل این روایات بر تقیه یا کراهت وجود ندارد، مخصوصاً نسبت به روایاتی که ظهور در نهی از خصوص بیع جزئی قبل از تملک می کرد؛ چراکه در جایی می توان روایتی را حمل بر تقیه کرد که علم یا لاقلاً اطمینان داشته باشیم تقیه صادر شده و یا این که دو روایت معارض داشته باشیم که یکی موافق عامه و دیگری مخالف عامه باشد، اما در مورد نهی از بیع جزئی، نه علم و اطمینان وجود دارد و نه روایت معارضی وجود دارد. بنابراین ملتزم می شویم اطلاق روایات «لا تبع ما لیس عندک» نسبت به بیع کلی تخصیص یا تقیید می خورد اما نسبت به بیع جزئی این اطلاق هم چنان باقی است. کما این که روایات خاصه ای که نهی از بیع جزئی خارجی می کند از ابتدا مضیق است. سپس مرحوم شیخ مؤیدی از روایات در تأیید ردّ جواب دوم بیان می کنند.

نقد و بررسی اشکال شیخ رحمته الله علیه به جواب دوم

عرض می کنیم اولاً: ما قبول داریم که عبارت «لا تبع ما لیس عندک» اطلاق دارد و هم شامل نهی از بیع جزئی و هم نهی از بیع کلی حالاً می شود، اما با توجه به قرینه ای که در خود روایت - یعنی روایت حکیم بن حزام - وجود دارد معلوم می شود که خطاب به حکیم بن حزام مربوط به بیع کلی است؛^۲ زیرا در بعض نقل های عامه وارد شده که حکیم بن حزام چنین می گوید: «من چیزی را می فروشم که ندارم و بعد می روم توی بازار دنبالش می گردم و می خرم»^۳، که ظاهر این روایات آن است که کلی فروخته است که توی بازار

۲. مرحوم امام رحمته الله علیه هم توجه به این مطلب داشتند، منتها بین کلام ما و مرحوم امام رحمته الله علیه تفاوتی وجود دارد؛ مرحوم امام فرمودند با قرینه ای سایر روایات معلوم می شود که مراد، نهی از بیع کلی است، اما ما می گوییم حتی با توجه به صدور خود روایت، معلوم می شود که مراد نهی از بیع کلی است.

۳. السنن الكبرى للبيهقي، ج ۵، ص ۳۱۷:

(أخبرنا) أبو الحسن علي بن محمد المقرئ أنا الحسن بن محمد بن اسحاق ثنا يوسف بن يعقوب ثنا أبو الربيع ثنا هشام عن أبي بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله يا أتيني الرجل يسألني البيع لیس عندی ابیعه منه ثم اتكلفه له من السوق قال لا تبع ما

دنبال آن می‌گردد. البته آن روایت عامیه است و نمی‌توان به آن اعتماد کرد، اما یک مقدار فرمایش امام علیه السلام را تقویت می‌کند که قرائن نشان می‌دهد روایات «لا تبع ما لیس عندک»، مخصوص نهی از بیع کلی است.

ثانیاً: اگر بیع کلی را از تحت این روایات خارج کنید تخصیصاً - چنانچه در مباحث قبل شیخ علیه السلام به آن اشاره کردند - یا چه بسا از طریق تقیه که شمول این روایات نسبت به بیع کلی از روی تقیه است و نسبت به بیع جزئی جدی است، و به هر حال ملتزم شوید مراد جدی، نهی از بیع مبیع جزئی خارجی است، مستلزم تخصیص اکثر مستهجن یا شبه آن می‌شوید؛ زیرا «لا تبع ما لیس عندک» اگر نگوییم انصراف به بیع کلی دارد، لاقلاً فرد بارزش بیع کلی است، و این که یک شخصی مبیع خاص خارجی را بفروشد و بعد تلاش کند از مالکش بخرد و تحویل مشتری دهد، نادراً اتفاق می‌افتد. پس این توجیه مستلزم تخصیص مستهجن یا مثل آن بوده و صحیح نیست؛ و لامحاله باید بگوییم این روایات یا کلاً تقیه صادر شده و یا حمل بر تنزیه می‌شود.

اما روایاتی که نهی نداشت و مرحوم شیخ علیه السلام خواستند از مفهوم تعلیل - مانند «الیس إن شاء ترک و إن شاء أخذ» - استفاده‌ی نهی از بیع جزئی کنند، حقیقت این است که این مفهوم حجّت نیست؛ زیرا ما حتی در مورد شرط که مشهور قائل به مفهوم - إنتفاء عند الانتفاء - شده‌اند، علی الاطلاق مفهوم آن را نپذیرفتیم - الا در جایی که در مقام تحدید باشد و قرینه‌ای وجود داشته باشد که البته خیلی از موارد چنین است - چه رسد به مثل ما نحن فیه. بنابراین به نظر می‌رسد از آنجا که بیع «ما لیس عندک» خصوصاً بیع جزئی، مورد سوال بخش مهمی از عامه بود و عده‌ای از آن‌ها قائل به بطلان بودند، حضرت درصدد بیان این مطلب بودند که اگر بیع «ما لیس عندک» چنین باشد که مشتری مختار است، اصلاً شبهه‌ای در صحت وجود ندارد و کسی نمی‌تواند در آن تشکیک کند - کما این که امام علیه السلام در بعض روایات دیگر این کلام عامه را رد کردند - لذا نمی‌توان از این روایت مفهوم گرفت که اگر مشتری در جایی ملزم به بیع باشد، آن بیع باطل است.

لیس عندک.

✓ مصنف ابن ابی شیبیه، ج ۴، ص ۳۱۱:

حدثنا أبو بكر قال حدثنا هشيم عن أبي بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله الرجل يأتيني ويسألني البيع لیس عندی أبيع منه ابتاعه له من السوق قال فقال لا تبع ما لیس عندک.

هم چنین مراجعه شود به سنن ترمذی، ج ۵، ص ۹ و ۱۳۹؛ سنن النسائی، ج ۱۴، ص ۱۸۲؛ مسند احمد، ج ۳۰، ص ۳۲۵ و ...

بنابراین ردّ مرحوم شیخ رحمته بر جواب دوم ناتمام است، و از آنجا که اطلاق این روایات قابل تقيید نیست، لذا باید حمل بر تقيه کنیم، و این سازگاری با تقيه موجب می‌شود که اگر این عبارت در جاهای دیگر مفهوم داشته باشد، در ما نحن فيه دیگر مفهوم نداشته باشد. بله، این جواب در «لا تواجبه البيع» جاری نیست و همان جواب اول شیخ با توضیحاتی که دادیم جاری است.

مؤید مرحوم شیخ رحمته از روایات بر ردّ جواب دوم

گفتیم مرحوم شیخ^۴ مؤیدی از روایات بر ردّ جواب دوم بیان کرده‌اند که روایت حسن بن زیاد الطائی است:

و [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ أَبِي بَانٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادِ الطَّائِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: إِنِّي كُنْتُ رَجُلًا مَمْلُوكًا فَتَزَوَّجْتُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَايَ ثُمَّ أَعْتَقَنِي اللَّهُ بَعْدَ فَأَجَدُّ النِّكَاحِ؟ قَالَ فَقَالَ: عَلِمُوا أَنَّكَ تَزَوَّجْتَ؟ قُلْتُ: نَعَمْ قَدْ عَلِمُوا فَسَكَتُوا وَ لَمْ يَقُولُوا لِي شَيْئًا قَالَ: ذَلِكَ إِفْرَارٌ مِنْهُمْ أَنْتَ عَلَيَّ نِكَاحِك. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي بَانٍ بْنِ عُثْمَانَ نَحْوَهُ.^۵

مرحوم شیخ طوسی رحمته این روایت را با سند صحیح خود از احمد بن محمد بن عیسی ثقه نقل می‌کند. محمد بن عیسی هم ثقه است چه مراد الاشعری القمی پدر احمد بن محمد باشد و چه عبید یقطینی که احتمالاً ایشان است. ابان بن عثمان الاحمر هم ثقه است. الحسن بن زیاد الطائی هم ثقه است. البته مرحوم نجاشی^۶ الحسن بن زیاد العطار را توثیق کرده و می‌گوید بعضی نسبت او را «الطائی» گفته‌اند (الحسن بن

۴. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۵۳:

و مما يؤيد المنع مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتفاق -؛ رواية الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني بعد، فأجدد النكاح؟ فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت علي نكاحك .. الخیر» فإنها ظاهرة بل صريحة في أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوتها، فلو كان صيرورته حراً مالکاً لنفسه مسوغاً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا؛ للزوم العقد حينئذٍ على كل تقدير.

۵. وسائل الشیعة، ج ۲۱، أبواب نكاح العبيد و الاماء، باب ۲۶، ح ۳، ص ۱۱۸ و تهذيب الاحكام، ج ۷، ص ۳۴۳.

۶. رجال النجاشی، ص ۴۷:

الحسن بن زياد العطار مولى بنى ضبة، كوفي ثقة، روى عن أبي عبد الله عليه السلام - و قيل الحسن بن زياد الطائي - . له كتاب أخبرنا إجازة الحسين بن عبید الله قال: حدثنا [الحسن] ابن حمزة قال: حدثنا ابن بطه عن الصفار قال، حدثنا أحمد بن محمد بن عیسی قال: حدثنا محمد بن أبي عمير عن الحسن بن زياد العطار بكتابه.

زیاد الطائی). بنابراین روایت صحیح می‌شود، إلا این‌که خیلی از فقهاء از این حدیث تعبیر به روایت کرده‌اند که معلوم می‌شود در نظر آن‌ها ثابت نیست که الحسن بن زیاد الطائی، همان «العطار» باشد. به هر حال مهم نیست و این روایت سند دیگری هم دارد که قابل تصحیح است.

الحسن بن زیاد الطائی می‌گوید خدمت امام صادق علیه السلام عرض کردم: من عبد دیگران بودم و بدون إذن موالی خود ازدواج کردم، سپس خداوند متعال من را آزاد کرد، آیا نکاحم را تجدید کنم؟ حسن بن زیاد می‌گوید حضرت پرسیدند: آیا موالیت فهمیدند که تو ازدواج کردی؟ عرض کردم: بله فهمیدند و ساکت بودند و چیزی به من نگفتند. حضرت فرمودند: سکوت آن‌ها اقرار [بر نکاح] است، تو بر نکاح هستی (و نیاز به تجدید ندارد).

این روایت هرچند در مورد نکاح است، اما در ملاک فرقی با بیع ندارد. مرحوم شیخ رحمته الله می‌خواهند از این روایت استفاده کنند عقد فضولی نسبت به کسی که عاقد لفسه باشد فایده ندارد، ولو این‌که بعداً مالک شود و عقد را اجازه کند. به این تقریب که:

اگر در «من باع شیئاً ثم ملكه» قائل به صحت عقد با اجازه‌ی لاحق شویم، در مورد نکاح عبد بعد از عتق هم باید قائل به صحت شویم؛ زیرا عبد الان آزاد است و مالک نکاح خودش است؛ چه با اجازه و چه بدون اجازه، و دیگر نیازی به اجازه‌ی موالی سابق نیست، در حالی که حضرت چنین فرمودند بلکه طلب استفصال کردند که آیا موالی سابقت فهمیدند یا نه؟ معنای این استفصال آن است که اگر موالیت متوجه شدند و سکوت کردند، این سکوت آن‌ها اقرار به نکاح توسط و نکاح صحیح است و نیاز به تجدید ندارد، اما اگر آن‌ها نفهمیدند [و در نتیجه رضایت به نکاح را ولو با سکوت خاص ابراز نکردند]، نکاح تو باطل است و الان که آزاد شده‌ای دیگر نکاح قابل تصحیح نیست ولو با اجازه.

مناقشه در کلام مرحوم شیخ رحمته الله

اولاً: طبق مبنای صحیح - که مرحوم شیخ نیز پذیرفتند - اگر عبد آزاد شود و نکاح سابق خود را اجازه کند، حتی بنا بر مبنای کشف حقیقی از آن وقتی نکاح صحیح می‌شود که عبد مالک خودش شده باشد؛ چراکه قبل از آن اصلاً امکان صحت وجود ندارد. از این جهت طلب استفصال حضرت که پرسیدند آیا موالیت فهمیدند یا نفهمیدند، به این خاطر بوده که بیان کنند آیا در این مدت زنا محقق شده یا نه، اگر بچه‌ای پیدا شده حلال زاده است یا نه، آیا آثار دیگر نکاح در این مدت مثل نفقه مترتب است یا نه؟ بنابراین فرق می‌کند که نکاح مثلاً از پنج سال پیش صحیح بوده یا از وقتی که عبد آزاد شده صحیح باشد.

ثانیاً: طبق مبنای مثل مرحوم شیخ رحمته الله - هرچند ما قبول نداریم - اگر نکاح فضولی ردّ شده باشد ولو از

جانب مالک قبلی، دیگر عقد قابل تصحیح نیست، هرچند بعداً عبد مالک شود و اجازه کند. بنابراین طبق این مبنا لعل حضرت می‌خواستند بفرمایند آیا موالی عبد، نکاح را رد کرده بودند یا نکرده بودند؛ اگر رد کرده بودند دیگر فایده‌ای ندارد و الان باید تجدید نکاح کند و اگر رد نکرده بودند که نکاح هم‌چنان باقی است و احتیاج به تجدید ندارد. بنابراین تمسک شیخ رحمته الله به این روایت خصوصاً طبق مبنای خودشان ناتمام است.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی