



## تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه‌ی نود و چهارم؛ شنبه ۱۳۹۶/۲/۲۳

### بررسی مسأله‌ی لزوم تحقق همه شروط معتبره در تاثیر عقد، حین انشاء

حقیقت آن است که این بحث مهم است و آنچه را که مرحوم شیخ رحمته الله مختصراً ذکر فرمودند، اقتضای بسط بیشتری دارد و صرف این که یک ادعای کلی مطرح کنند و یک استدراکی ذکر کنند، مطلب را حلّ نمی‌کند، بلکه باید با تفصیل بیشتر بحث کنیم که آیا لازم است برخی شروط حین عقد موجود باشند یا لازم نیست؛ چه شروطی که مربوط به صیغه‌ی عقد باشد، چه شروط متعاقدین، چه شروط مالکین و چه شروطی که مربوط به عوضین باشد.

#### ۱. شروط مربوط به صیغه

اگر شرطی که حین انشاء عقد مفقود بوده، از شروط مربوط به صیغه‌ی عقد باشد؛ مانند ماضویت - علی قول این که شرط باشد - عربیت، تطابق بین ایجاب و قبول، موالات بین ایجاب و قبول و امثال آن، کلام شیخ رحمته الله در این جا تمام است که این شروط باید حین انشاء عقد موجود باشند؛ چراکه اگر این شروط موجود نباشد، اصلاً عقدی محقق نشده تا بخواهد با اجازه صحیح شود. علی الفرض اجازه هم که بیع جدید نیست بلکه امضاء همان عقد سابق است؛ یعنی بیعی را که در سابق وجود داشته و به خاطر عدم انتساب به مالک ذات اثر نبوده، اجازه آن عقد بیع را منتسب به مالک می‌کند و چون من حیث انه مالک رضایت به بیع دارد، لذا بیع ذات اثر می‌شود.

بنابراین اگر امری جزء شروط صیغه باشد، در صورت فقدان آن شرط اصلاً عقدی وجود ندارد تا بحث کنیم آیا قابل اجازه می‌باشد یا نه، و این امر واضحی است و احتیاج به توضیح اضافی ندارد، بلکه نفس

تصور شرطیت امری برای صیغه، کافی است که چنین حکمی کنیم.

## ۲. شروط مربوط به متعاقدین

اما شروطی که مربوط به متعاقدین بما هما متعاقدان - لا بما هما مالکان - است، مانند بلوغ، عقل و قصد، واقعه این است که این شروط باید حین انشاء عقد موجود باشد؛ چون با فقدان این شروط اصلاً عقدی محقق نمی‌شود؛ مثلاً اگر مجنونی بگوید «بعثک هذا الكتاب» و مجنون دیگری بگوید «قبلت»، اصلاً عقدی محقق نمی‌شود. اجازه هم که بیع مستأنف نیست، بلکه امضاء همان بیع سابق است. بنابراین اگر عاقد، عاقل نباشد و یا این که قاصد نباشد و تفکهاً انشاء عقد کرده باشد، اصلاً عقدی محقق نمی‌شود حتی عرفاً.

بله در مورد «بلوغ» کلام وجود دارد. طبق مبنای کسانی که بلوغ را شرط می‌دانند ممکن است کسی ادعا کند چون بلوغ، شرط شرعی است، لذا اگر حین اجازه هم حاصل شود کافی است. اما این ادعا درست نیست؛ زیرا اگر بلوغ شرط شرعی هم باشد، بما هو عاقد این شرط برای او قرار داده شده است، لامحاله باید حین انشاء حاصل باشد، اما والذی یسهل الخطاب این که قبلاً مختار ما این شد که اصلاً قبول نداریم عاقد بما هو عاقد باید بالغ باشد.

## ۳. شروط مربوط به عوضین

اما اگر شرط مربوط به عوضین باشد، مانند این که عوضین باید مالیت داشته باشند - بنابر مبنایی - یا در مواردی باید ظاهر باشند و یا حتی در بعضی تقریرات آمده که باید ملک طلق باشند، آیا این شروط باید حین انشاء موجود باشد یا این که بعداً هم حاصل شود کافی است؟

عرض می‌کنیم این شروط را باید جدا جدا بررسی کنیم. در مورد مالیت می‌گوییم: اگر فضولی چیزی را بفروشد که حین انشاء مالیت نداشته باشد؛ مثلاً کنار رودخانه‌ی پر آبی که دسترسی برای همه امکان دارد، یک لیوان آبی را که ملک زید است به دیگری بفروشد، این آب الان مالیت ندارد چون آن قدر فراوان است که هیچ کس حاضر نیست بآزاء آن پولی بپردازد. اما اگر مبیع در حین اجازه مالیت پیدا کرد؛ مثلاً رودخانه خشک شد و فقط در بعضی جاها آب پیدا می‌شد، به گونه‌ای که عقلاء حاضر به بذل ثمن در مقابل آب بودند، در این صورت می‌گوییم مالیت حین اجازه کافی نیست؛ زیرا مالیت، مقوم بیع است و در نتیجه اصلاً عقدی محقق نشده تا قابل اجازه باشد. و همان‌طور که گفتیم اجازه هم که بیع مستأنف نیست، بلکه مجیز با اجازه می‌خواهد همان بیع سابق را منتسب به خود کند.

«طهارت» هم چنین می‌باشد و باید حین انشاء محقق باشد. بله طهارت یک شرط شرعی است؛ منتها وقتی دلیلی دلالت می‌کند که عوضین باید طاهر باشند، به این معناست که بیع عرفی را تخطئه می‌کند و بیان می‌کند حین انشاء باید شرط طهارت باشد. مثلاً اگر فضولی خمر را بفروشد - که بالخصوص الغاء مالیت شده است شرعاً - اما حین اجازه تبدیل به سرکه شده باشد و مالک اجازه کند، فایده‌ای ندارد؛ زیرا قبلاً بیان کردیم از «ثمن الخمر سحت» استفاده می‌شود که انشاء بیع خمر ملغی است و در این جا انشاء بر روی خمر واقع شده و فایده‌ای ندارد، بر روی خلّ هم که انشائی واقع نشده بود. و اگر بگویید صورت نوعیه‌ی خمر عوض نشده، می‌گوییم به هر حال عرفاً مبیع صورتش متبدل به چیز دیگری شده است و انشائی روی خلّ واقع نشده و اجازه هم عقد جدید نیست.

هم‌چنین این که در بعض تقریرات گفته‌اند مبیع باید در حین انشاء طلق باشد و طلق بودن در حین اجازه کافی نیست می‌گوییم: اگر یادتان باشد قبلاً این شرط را در امر ثالث از «القول فی المجیز» بررسی کردیم. امر سوم این بود که «لا یشترط فی المجیز کونه جائز التصرف حال العقد»؛ شرط نیست که مجیز در حال عقد جایز التصرف باشد بلکه اگر در حین اجازه جایز التصرف باشد کافی است.

ما در آن جا گفتیم عدم جواز تصرف مجیز در حال عقد یا به خاطر فقدان شرط است؛ یعنی مجیز - نه عاقد - در حال عقد «سفیه، مجنون یا صبی» باشد، یا به خاطر وجود مانع است یعنی مبیع ملک طلق مجیز نباشد؛ مثلاً مبیع عین مرهونه باشد، و یا به خاطر فقدان مقتضی یعنی ملکیت می‌باشد. اگر عدم جواز تصرف مجیز به خاطر فقدان شرط باشد، اقسامی داشت که قبلاً بحث کردیم و گفتیم اقوا صحّت است. در مورد بیع عین مرهونه نیز گفتیم با اجازه صحیح است. بله، عدم طلق بودن از این حیث که مبیع وقف باشد؛ یعنی وقفی که در حین انشاء جایز البیع نبوده اما بعداً مثلاً به خاطر اختلاف موقوف علیهم بیعش جایز شده باشد و آن وقت بیع را اجازه کنند، این مثال جای بحث دارد و دو وجه در آن وجود دارد، گرچه اظهر در این جا هم صحّت است.

اما نسبت به شروطی که برخی مانند مرحوم شیخ رحمته الله آن‌ها را خارج از شروط صیغه، شروط متعاقدین و شروط عوضین می‌دانند و در حقیقت شرایطی است که بعضی از آن مربوط به مالکین بما هما مالکان است مانند شرط اسلام مشتری مصحف و عبد مسلم و برخی خارج از آن است مانند اشتراط قدرت بر تسلیم، در مورد این شروط گفته‌اند که اگر حین انشاء مفقود باشند اما بعداً حین اجازه حاصل شوند، مانعی ندارد.

عرض می‌کنیم در مورد شرط «اسلام مشتری مصحف و عبد مسلم»، قبول داریم که شرط متعاقدین بما

هما متعاقدان نیست و شرط صیغه هم نیست، اما می‌توان در موارد خاص آن را به شرط عوضین برگرداند و این طور گفت «مبیی که مشتری کافر است، مشروط به این است که غیر مصحف و غیر عبد مسلم باشد»، لذا تفکیک بین این شرطها خیلی مهم نیست، مهم آن است که ببینیم منشأ این اشتراط چی بوده است. اگر همان طور که شیخ رحمته فرمودند ظاهر ادله این باشد که این شروط باید حین انشاء موجود باشند، بدان ملتزم می‌شویم - البته شیخ رحمته استدراکی هم کردند - و اگر این ظهور را نداشت، می‌گوییم لازم نیست حتماً حین انشاء موجود باشند بلکه اگر حین اجازه هم باشد کافی است.

### کلام حضرت امام رحمته در مسأله‌ی اعتبار تحقق شروط در حین انشاء عقد

مرحوم امام رحمته<sup>۱</sup> در این جا نسبتاً مفصل‌تر از سایر اعلام وارد شده‌اند و مطالبی را ذکر فرموده‌اند که ما

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۹۷:

الأول: اعتبار كون العقد المجاز جامعاً لجميع الشروط لا إشكال في أن عقد الفضولي كسائر العقود في أنه يعتبر فيه ما يعتبر فيها، إنما الكلام في أن الشروط المعتبرة هل هي معتبرة عند العقد، أو عند الإجازة، أو عندهما، أو من زمان العقد إلى زمان الإجازة؟  
والتحقيق: أن من الشروط ما هو دخيل في ماهية العقد؛ أي تتقوم الماهية به، أو في تحققها كالقصد، والعقل، والتميز في المتعاقدين، وكمالية في العوضين.

و منها: ما هو شرط في الإنشاء أو في ألفاظ العقود، كالتنجيز، والعريية، وكون المنشئ بالغاً على رأى معروف، ونحوها.  
لا كلام في نحو تلك الشروط، إنما الكلام في غيرها مما يعتبر في العقود شرعاً، ككون المعاملة غير غررية و غير ربوية، وكون العوضين غير الخمر و الأعيان النجسة و آلات القمار و اللهو و نحوها، و كالقدرة على التسليم، و كون مشتري المسلم و المصحف مسلماً. إلى غير ذلك.  
فهل تعتبر تلك الشروط حال العقد أو حال الإجازة، أو يكفي وجودها في أحد الحالين، أو تشتط في حالهما، أو من حال العقد مستمراً إلى حال الإجازة؟ وجوه:

حول مختار الشيخ (قدس سره)

اختار الشيخ الأعظم (قدس سره) لزوم حصول الشروط عند إنشاء النقل، إلا فيما دلّ الدليل على اعتبار الشرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد، من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء.

قال: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره، عدا رضا المالك؛ و ذلك لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، و على أيّ حال: يعتبر اجتماع الشروط عنده. و لهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا: بجواز ذلك، لم يلزم منه الجواز هنا؛ لأنّ الإجازة - على القول بالنقل أشبه بالشرط. و لو سلّم كونها جزءاً، فهي جزء للمؤثر لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ - من النصّ و الإجماع على اعتبار الشروط في البيع، ظاهراً في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد.

نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد - من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة، و لعلّ من هذا القبيل القدرة على التسليم، و إسلام مشتري المصحف و العبد المسلم، انتهى.

أقول: أمّا دعوى الظهور المذكور، ففيها: مضافاً إلى اختلاف لسان الأدلّة في إيفاء الشروط، ففرق بين قوله (عليه السلام): ثمن العذرة من السحت و ثمن الخمر و النبيذ و المسكر و الربا بعد البيّنة سحت و بين قوله: نهى النبيّ (صلّى الله عليه و آله و سلّم) عن بيع الغرر. و كذا فرق بحسب مناسبات الحكم و الموضوع بين الموارد، ففرق بين قوله: نهى النبيّ (صلّى الله عليه و آله و سلّم) عن بيع

الغرر، و لا تبع ما ليس عندك و بين قوله (عليه السلام) في العذرة حرام بيعها و ثمنها.

فلا بدّ من مراجعة الأدلّة تفصيلاً، و ملاحظة المناسبات العرفيّة بين الأحكام و موضوعاتها، فبمجرد تعلق النهى بعنوان البيع، لا يصحّ الحكم: بأنّ الظاهر اعتبار الشرط في إنشاء النقل. أنّ الشرائط الشرعيّة كلّها ترجع إلى شرط تأثير العقود و البيوع؛ ضرورة عدم دخالتها في مفهومها، و لا في تحقّقها الإنشائيّ، بل و لا في ترتّب الأثر العقلائيّ؛ فإنّ كلّ ذلك خارج عن حيطة التشريع.

بل الشرائط لا بدّ و أن ترجع إلى تأثيرها في ترتّب الأثر عند الشارع الأقدس، فالنهي عن بيع الخمر إرشاد إلى بطلان بيع الخمر، و عدم ترتّب الأثر عليه عند الشارع، كان الإيفاء بلفظ الشرط، أو بالنهي، أو الأمر الإرشاديّ إلى البطلان، أو بلسان نفي الموضوع، كقوله (صلى الله عليه و آله و سلّم) لا بيع إلّا فيما تملك و هذا ممّا لا إشكال فيه.

كما لا إشكال في أنّ ألفاظ البيع و إنشائه ليست بيعاً عقلاً و لا عرفاً، بل البيع هو المنشأ بالألفاظ؛ أي المسبّب الذي يكون سبباً للنقل الحقيقيّ الاعتباريّ.

فها هنا أمور ثلاثة: ألفاظ و آلات للإنشاء، و ما هو منشأ بها - أي البيع الإنشائيّ، ترتّب عليه الأثر فعلاً، أو لا كبيع الفضوليّ و أثر مرتّب عليه و هو النقل العقلائيّ الواقعيّ مقابل الإنشائيّ، فقد يترتب عليه بلا فصل، كبيع الأصيلين، و قد يترتب بفصل، كبيع الفضوليّ. و الظاهر من الأدلّة التي رتب فيها الحكم على البيع - مع قطع النظر عن مناسبات الحكم و الموضوع هو اشتراط تأثير البيع المسببيّ بشرط كذائيّ؛ أي لا يترتب عليه الأثر إلّا بعد الشرط الكذائيّ.

فقوله (صلى الله عليه و آله و سلّم) لا تبع ما ليس عندك دالّ على اشتراط صحّة البيع بكون المبيع عند بائعه. و كذا لا بيع إلّا فيما تملكه أي لا يترتب عليه أثر فعلاً من غير دلالة على لزوم مقارنة الشرط لحدوث المنشأ و عدمه، فالاشتراط ثابت، فإذا شكّ في لزوم حصوله عند إنشاء البيع، يدفع بإطلاق الأدلّة.

فما أفاده (رحمه الله): من أنّ ما دلّ على اعتبار الشروط في البيع ظاهر في اعتبارها في إنشاء النقل، خلاف الظاهر، بل ظاهر في اعتبارها في تأثير البيع، لا في إنشاء النقل.

ففي الفضوليّ الذي لا يترتب عليه الأثر إلّا بعد الإجازة، لو فرض عدم وجود شرط التأثير إلى ما قبل الإجازة، فوجد فأجاز، لم تدلّ الأدلّة على عدم الكفاية. بل مقتضى إطلاق أدلّة صحّة البيع و عمومها هو الصحّة، بل لعلّ مقتضى إطلاق أدلّة الاشتراط أيضاً كذلك. بل لعلّ الكفاية في بعض ما تقدّم أولى من إسلام مشتري المصحف و المسلم؛ لإمكان أن يقال: إنشاء البيع على المصحف و المسلم لغير المسلم مخالف لاحترامهما.

و أمّا البيع الغرريّ، فالمقصود من النهى عنه هو عدم إقدام المالكين على أمر غرريّ خطريّ، فإذا باع الفضوليّ ما هو مجهول عنده بحسب المقدار، و حال إجازة المالكين كان معلوماً عندهما فأجازا، لم يقدم على غرر و خطر.

بل الأمر كذلك في غالب الشرائط غير ما دلّ دليل خاصّ على اعتباره في حال الإنشاء، أو عند حدوث المنشأ، فلو باع الخمر فصارت خلأ عند الإجازة، أو باع ربويّاً فصار حين الإجازة غير ربويّ، فالظاهر الصحّة؛ لما عرفت من أنّ الظاهر من الأدلّة، أنّ الشرائط لتأثير البيع المنشأ بالألفاظ أو بالأفعال، و مقتضى ذلك كفاية حصولها عند الإجازة.

و لو كان الشرط حاصلًا حال العقد، و غير حاصل حال التأثير، فالتحقيق عدم الكفاية؛ للزوم مقارنة الشرط لحال التأثير، فلو باع عصير العنب فضولاً فصار خمرًا لم يصحّ.

نعم، يقع الإشكال في العلم بمقدار المثلث و الثمن، فهل يكفي حصوله للفضوليّ حال العقد و إن جهل به المالك حال الإجازة، و منشأه أنّ الفضوليّ كالوكيل المفوض، فإذا علم بالواقعة كفى، بل المناط علمه لا علم الموكل؟

أو لا يكون كذلك، بل المناط علم المجيز حال الإجازة؛ فإنّ البيع مشروط بعدم كونه غرريّاً، و الغرر إنّما هو عند إجازة المجيز المالك؛ و الأصحّ الثاني.

ثمّ الاحتمالات - على ما تقدم الكلام فيها أربعة: لزوم حصول الشرط عند العقد، أو عند الإجازة، أو عندهما، أو من حال العقد مستمراً إلى حال

الإجازة، فإن أحرز أحدها بالأدلة أخذ به.

و مع إحراز الاعتبار في حال، و الشك في اعتبار زائد، يؤخذ بإطلاق الأدلة، و يدفع به الشك.

هذا بناءً على النقل لكونه مقتضى القواعد كما مر، و أن الكشف على خلاف القاعدة.

و أما على الكشف، فإن قلنا: بأنه أيضاً مقتضى القواعد فكذلك.

و أما لو قلنا: بخلافه لمقتضاها، و لم يكن في دليل إثبات الكشف أيضاً إطلاقاً، كما أن الأمر كذلك، ففي كل مورد احتملت دخالة شرط في

الكشف، لا بد من إحرازه.

بل لو اقتصر دليل الكشف على ثبوته في مورد، لا بد من القول بالنقل في ما عداه؛ لما تقدّم من أن جواز الخروج عن القواعد التي تقتضى النقل،

إنما هو في مورد ثبوت الكشف، و في غيره يؤخذ بها، و يحكم بالنقل الذي هو موافق للقواعد.

ثم إن ما ذكرنا جار في الإيجاب أيضاً، إلا أن يدل دليل على لزوم جامعية القابل في حال الإيجاب لجميع شرائط الصحة و بالعكس.

فلو كان الموجب واجداً للشرائط حال الإيجاب دون القابل - بأن كان محجوراً، أو جاهلاً، أو كان المبيع خمرًا فرغ الحجر و الجهل، و انقلب

الخمر حالاً حال القبول، فمقتضى القواعد الصحة؛ لصدق العناوين و إطلاق الأدلة.

بل لو أوجب الموجب فصار نائماً أو مغمى عليه فقبل القابل، صح على القواعد.

و قد يقال: إن المعاقدة مع الغير تقتضى أن يكون طرفها أهلاً للمعاقدة و المعاهدة، فكما لا يمكن الالتزام الجدّي مع الميت و المجنون و النائم و

نحوه، كذلك الالتزام الجدّي مع من هو كالجدار أو كالحمار.

و فيه: أن البيع و غيره من التجارات لم يؤخذ في ماهيتها المعاقدة و المعاهدة، بل البيع تملك العين بالعرض، أو مبادلة مال بمال، لا المعاهدة

على أن يكون كذلك، و لا تبادل للالتزامات، و إعطاء التزام و أخذ التزام؛ ضرورة أن كل ما ذكر خارج عن مفهوم «البيع» و «الإجارة» و «الصلح» و

غيرها عرفاً نعم، بعد تحقق المعاملة، يكون كل منهما بحكم العرف و الشرع ملزماً بالوفاء، و هو من أحكامها، لا دخيل في ماهيتها.

و قد مر في بعض المباحث: أن إطلاق «العقد» على البيع و نحوه، باعتبار العقدة الحاصلة من تبادل العوضين ادعاءً، فعقدة البيع كعقدة النكاح في

قوله تعالى أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح.

و بالجملة: التعاقد و التعاقد و نحوهما أجنب عن معاني المعاملات، و إنما هي أمور أبداها أهل التحقيق خارجاً عن محيط العرف و المفاهيم

العرفية، فلو قال: «بيعت هذا لزيد بعشرة» مع غفلة زيد، فتنبه و قال: «قبلت» لا يشك أحد في صدق «البيع».

و قد تقدّم: أن شأن بيع الفضوليّ و الإجازة شأن الإيجاب و القبول، فالقبول إجازة الفضوليّ في بيع الأصيلين، و الإجازة قبول الإيجاب لا فرق

بينهما.

فما قيل: من أن القول بأن الإجازة قبول للإيجاب سخيف جداً، قول صدر من غير تأمل في ماهية البيع، و الإيجاب و القبول، و بيع الفضوليّ و

الإجازة، فراجع ما مرّ منّا سالفاً.

فتحصل ممّا ذكر: أن لزوم حصول جميع الشرائط حال الإيجاب بالنسبة إلى الطرفين و بالعكس، لم يدلّ عليه دليل، لكن تسالمهم - ظاهراً على

ما ذكر، يمتنعنا عن الالتزام به.

كما أنه لولا تسالمهم على لزوم اجتماع الشرائط مطلقاً حال إيقاع البيع في الأصيلين، لم استبعد عدم لزوم ما هو شرط للتأثير شرعاً حاله، فلو

عقدا على خمر فصار خلاً، كان الأمر كما لو عقدا مكرهين فصارا راضيين، فكل منهما شرط التأثير، و كبيع غير المملوك إذا صار مملوكاً.

و هكذا القدرة على التسليم و بيع المصحف و المسلم من الكافر و بيع المجهول، فإن مفهوم البيع و وجوده الإنشائيّ محقق، فإذا وجد شرط

التأثير أثر في النقل، لكن لا يساعدنا القوم.

و غاية ما يمكن أن يقال: انصراف الأدلة عن مثله و عمّا تقدّم، و العهدة على مدّعيه.

ثم إنه قد تقدّم حال الشك في اعتبار شرط حال العقد، أو حال الإجازة، أو مستمراً من حاله إلى حالها.

خلاصه‌ی کلام ایشان را ذکر می‌کنیم.

مرحوم امام علیه السلام دو جهت در نظر مبارکشان بوده است؛ یکی این‌که باید هر یک از این موارد را از لحاظ دلیل دال بر اشتراطش ملاحظه کرد - هم از حیث مفهوم مطابقی کلام و هم از حیث مفاد کلام به مناسبات حکم و موضوع - که اقتضائش چیست. امام علیه السلام سپس یک قاعده کلی می‌دهند که شاید مهیمن قاعده‌ی اولشان هم باشد ولو این‌که تصریح نمی‌کنند اما بعید نیست نظرشان این باشد. و آن این‌که:

شروطی که مربوط به بیع است بر دو قسم است؛ یا شروط شرعی هستند یا غیر شرعی. شروط شرعیه کلاً شرط تأثیر عقد هستند شرعاً و دخیل در مفهوم بیع و تحقق بیع عرفاً و حتی ترتب اثر بر بیع عقلاً نیستند، بلکه فقط دخیل در ترتب اثر بر بیع صحیح عرفی عقلانی است شرعاً. و مراحل قبلش از حیثه ادله خارج است و تشریح مربوط به آن نیست.

مرحوم امام علیه السلام سپس نتیجه می‌گیرند که اگر نهی از بیع خمر شد، این ارشاد است به عدم ترتب اثر بر بیع خمر عند الشارع، اما بیع بودن آن را از حیث عرفی و عقلانی خراب نمی‌کند، بلکه فقط عند الشارع اثر مترتب نیست. و این اشتراط هم فرقی نمی‌کند به چه لحنی باشد؛ چه به لحن اشتراط باشد مانند «یشتراط ان لا یکون خمرأ»؛ چه نهی باشد مانند «لا تبع الخمر»، چه امر ارشادی به بطلان باشد و چه به لسان نفی موضوع باشد مثل «لا بیع فی الخمر». مرحوم امام علیه السلام چنین مثال می‌زنند که «لا بیع الا فی ما تملک» ارشاد به این مطلب است که اثر عند الشارع فقط بر بیع مملوک مترتب است، اما روایت از حیث عرفی و عقلانی ناظر به عدم ترتب اثر نیست؛ چراکه این موارد کلاً خارج از حیثه تشریح هستند.

مرحوم امام علیه السلام بعضی مثالهای دیگر را نیز چنین تحلیل کرده و مطلبی را هم اضافه نموده و می‌فرمایند: با صرف نظر از مناسبات حکم و موضوع، ظاهر ادله آن است که اثر شرعی منوط به این است که مثلاً بیع، مربوط به امر مملوک باشد، مربوط به خمر نباشد و ...، و بالجمله کل آن‌چه که شرعاً شرط شده، ظاهر در آن است که با فقدان آن فقط اثر عند الشارع مترتب نیست، نه این‌که بیع عرفی صادق نباشد یا اثر عند العقلاء مترتب نباشد. لذا اگر کسی خمر را بفروشد و بعداً منقلب به خلّ شود، و یا یک جنس ربوی را بفروشد اما حین اجازه دیگر ربوی نباشد؛ مثلاً مکیل یا موزون را به زیاده یا نقصان فروخت اما حین اجازه، مبیع معدود شده باشد که ربا در آن راه ندارد، در این صورت اگر اجازه ضمیمه شود، بیع صحیح می‌شود ولو این‌که مبیع حین انشاء خمر بوده یا بیع ربوی بوده است. بنابراین این‌که شیخ علیه السلام فرمود ظاهر نص و فتوا این است که این شروط باید حین انشاء وجود داشته باشد، می‌گوییم چنین نیست و اصلاً ربطی به انشاء

ندارد؛ زیرا انشاء و نیز ترتب اثر عقلایی، مربوط به مرحله‌ی قبل از حکم شارع است و این‌که شارع فرموده «لا بیع الا فی ما تملک» مربوط به مرحله‌ی بعد است یعنی این‌که عند الشارع اثر مترتب نیست.

اقتضای این کلام آن است که اگر انشائی فاقداً لبعض الشروط الشرعیة محقق شد، این عقد خاصیت خود را در نزد عرف و عقلاء دارد الا این‌که شارع بیان می‌کند در نزد من بی اثر است. و با ضمیمه‌ی اطلاعات که شارع مقدس حکم به وجوب وفاء به هر عقدی و ترتب اثر بر هر عقدی کرده است (اوفوا بالعقود، احل الله البيع و حرم الربا، و ..) نتیجه این می‌شود که فقط مواردی که یقیناً از تحت اطلاعات خارج شده، اثر ندارد، و قدر متیقن آن هم عقدی است که اصلاً شروط شرعی‌اش محقق نشود، اما اگر عقدی حین انشاء فاقد شرط شرعی باشد ولی حین اجازه شرط شرعی محقق شود، اطلاعات شامل عقد شده و حکم به صحت می‌شود. و اگر هم شک کردیم به همان اطلاعات و عمومات تمسک می‌کنیم.

نتیجه این می‌شود غیر از بعض شروط که فقدان آن موجب اختلال در اصل صیغه می‌شود، سایر شروط مثل عدم مالیت، ربویت در حین انشاء و امثال آن اگر در حین اجازه محقق باشد و مالک اجازه کند، این کافی در ترتب اثر بر عقد است.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی