



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه نود و پنجم؛ سه شنبه ۱۳۹۷/۲/۱۱

مسئله: بیع «ما یملک و ما لا یملک»

مسئله دیگری که مرحوم شیخ رحمته مطرح می فرمایند آن است که اگر بایع چیزی را که قابلیت تملک دارد به همراه چیزی که قابل تملک نیست صفقة واحده بفروشد، معامله چه حکمی دارد؟

این مسئله شبیه مسئله ای است که مرحوم شیخ رحمته قبل از مسئله بیع نصف الدار مطرح کرده بودند و آن اینکه اگر بایع فضولی مال خود و مال دیگری را صفقة واحده بفروشد - مثلاً کتاب مکاسب خود را به همراه کتاب رسائل فرد دیگر بفروشد؛ چه بایع از ابتدا علم داشته باشد که مال غیر را همراه با مال خود می فروشد و چه بعداً تبیین خلاف شود - چنین معامله ای چه حکمی دارد؛ آیا کلاً باطل است حتی نسبت به ملک خود بایع یا اینکه بیع نسبت به ملک بایع صحیح می باشد [و نسبت به ملک دیگری باطل است، به این معنا که فضولی بوده و متوقف بر اجازه اوست]؟

مرحوم شیخ رحمته در آن مسئله فرمودند که بیع نسبت به ملک خود بایع در نزد امامیه صحیح است و دلیل آن را هم صحیحهُ محمد بن الحسن الصفار گرفتند، الا اینکه فرمودند اگر نص و اجماع وجود نداشت، ممکن بود در حکم به صحت بیع مناقشه شود به اشکالاتی که در مسئله «بیع ما یملک و ما لا یملک» خواهد آمد و این اشکالات را حواله به ما نحن فیه دادند. اما مرحوم ایروانی رحمته این اشکالات را در آن مبحث جمع آوری کرده بودند که در مجموع سه اشکال بود و ما این اشکالات را ذکر کردیم و به آنها پاسخ دادیم و همان اشکالات در ما نحن فیه هم وارد شده است. بنابراین لباب مطالب شیخ رحمته، همانی است که در آن مسئله ذکر فرمودند، البته مطالب اضافه ای هم در اینجا دارند که إن شاء الله متعرض بیشتر آنها

خواهیم شد.

به هر حال محل بحث در اینجا این است که اگر بایع دو چیز را با هم صفقةً واحدهً بفروشد که بخشی از مبیع قابلیت تملک را دارد و بخشی دیگر قابلیت تملک را نداشته باشد، آیا بیع کلاً باطل است و یا اینکه بیع نسبت به بخشی از مبیع که قابلیت تملک را دارد صحیح بوده و نسبت به بخشی از مبیع که قابلیت تملک را ندارد باطل است؟ مثلاً اگر کسی مقداری سرکه و خمر را با هم به ده درهم بفروشد یا گوسفند و خنزیر را با هم بفروشد، در اینجا که خمر و خنزیر ملک مسلمان نمی‌شود، معامله چه حکمی دارد؟

شیخ رحمته اللہ علیہ می‌فرمایند در نزد امامیه بیع نسبت به بخشی از مبیع که قابلیت تملک را دارد صحیح است و این مطلب را نسبت به جامع المقاصد^۱ می‌دهند (صحّ فی المملوک عندنا، كما فی جامع المقاصد)^۲ و این تعبیر اگر مساوی یا برتر از اجماع نباشد، نزدیک به اجماع است. ابن زهره هم در غنیة النزوع^۳ ادعای اجماع کرده است. اما از آنجا که ممکن است کسی در ثبوت این اجماع یا کاشفیت آن از قول معصوم علیه السلام تشکیک کند، مرحوم شیخ رحمته اللہ علیہ دو وجه برای حکم به صحّت بیع نسبت به «ما یملک» ذکر می‌کنند.

۱. جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۳۱:

و یشکل: بأنّه لو شرط کون العبد کاتباً مثلاً، أو اشتري العبدین جميعاً، فتبین أنه غیر کاتب، أو أن أحد العبدین لیس ملکاً له، فان البیع لا یبطل بذلك و ان ثبت له الفسخ، مع أن التراضی لم یتحقق إلا علی الوجه الذی لیس بواقع، و فی الفرق بینهما عسر.

و کیف کان، فلا سبیل الی القول بالبطان فی الأخير عندنا، و أما الأول فلأنه محل اختلاف، و النظر ینساق الی البطان فیہ، فیکون البطان أقوى.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۵۳۱:

مسألة لو باع ما یقبل التملک و ما لا یقبله کالخمر و الخنزیر صفقةً بثمن واحد، صحّ فی المملوک عندنا، كما فی جامع المقاصد، و إجماعاً، كما عن الغنیة، و يدلّ علیہ: إطلاق مکاتبة الصّفار المتقدّمة.

و دعوی: انصرافه الی صورة کون بعض القریة المذكورة فیها مال الغیر، ممنوعه، بل لا مانع من جریان قاعدة الصحّة، بل اللزوم فی العقود، عدا ما یقال: من أن التراضی و التعاقد إنّما وقع علی المجموع الذی لم یمضه الشارع قطعاً، فالحکم بالإمضاء فی البعض مع عدم کونه مقصوداً إلّا فی ضمن المركّب یحتاج الی دلیل آخر غیر ما دلّ علی حکم العقود و الشروط و التجارة عن تراض؛ و لذا حکموا بفساد العقد بفساد شرطه، و قد تبّه علیہ فی جامع المقاصد فی باب فساد الشرط، و ذکر: أن فی الفرق بین فساد الشرط و الجزء عسراً، و تمام الکلام فی باب الشروط، و یکفی هنا الفرق بالنصّ و الإجماع.

نعم، ربما یقید حکم بصورة جهل المشتري، لما ذکره فی المسالك وفاقاً للمحکّی فی التذکره عن الشافعی: - من جهة إفضائه الی الجهل بثمن المبیع، قال فی التذکره بعد ذلك: و لیس عندی بعیداً من الصواب الحکم بالبطان فیما إذا علم المشتري حرّیة الآخر، أو کونه ممّا لا ینقل إلیه، انتهى.

۳. غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع، ص ۲۰۹:

و قد دخل فیما أصلنا نفوذ بیع ما یصح بیعه إذا بیع معه فی صفقةً واحدةً ما لا یجوز بیعه، لأنّه مملوک یصح بیعه منفرداً بلا خلاف، فمن أبطله فی هذه الصورة فعلیه الدلیل، و يدلّ علی ذلك بعد إجماع الطائفة ظاهر قوله تعالی و أحلّ اللّٰهُ التبیع.

ادله شیخ طوسی بر صحت بیع نسبت به «ما یملک»

اولین دلیلی که مرحوم شیخ ذکر می فرماید، مکاتبه صفار است که در آن مبحث هم به آن استناد شده بود.

۱. مکاتبه محمد بن الحسن الصفار:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الطُّوسِيُّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْعَسْكَرِيِّ عليه السلام فِي رَجُلٍ بَاعَ قِطَاعَ أَرْضِينَ فَيَحْضُرُهُ الْخُرُوجُ إِلَى مَكَّةَ وَالْقَرْيَةِ عَلَى مَرَّاحِلَ مِنْ مَنْزِلِهِ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنَ الْمَقَامِ مَا يَأْتِي بِحُدُودِ أَرْضِهِ وَعَرَفَ حُدُودَ الْقَرْيَةِ الْأَرْبَعَةَ فَقَالَ لِلشُّهُودِ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ بَعْتُ فَلَانًا يَعْني الْمُشْتَرِيَ جَمِيعَ الْقَرْيَةِ الَّتِي حَدُّ مِنْهَا كَذَا وَ الثَّانِي وَ الثَّالِثُ وَ الرَّابِعُ وَ إِنَّمَا لَهُ فِي هَذِهِ الْقَرْيَةِ قِطَاعُ أَرْضِينَ فَهَلْ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرِيَ ذَلِكَ وَ إِنَّمَا لَهُ بَعْضُ هَذِهِ الْقَرْيَةِ وَ قَدْ أَقْرَأَهُ بِكُلِّهَا فَوَقَعَ عليه السلام: لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ وَ قَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ.

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ.

وَ رَوَاهُ الْكَلِينِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ.

مرحوم شیخ طوسی عليه السلام این روایت را با سند صحیح خود از محمد بن الحسن الصفار^۴ نقل می کند، خود ایشان هم جلیل القدر است، بنابراین سند روایت تمام است.

۴. شیخ طوسی عليه السلام در مشیخه تهذیب، دو طریق به روایات محمد بن الحسن الصفار ذکر می کند که طریق اول ایشان به خاطر احمد بن محمد بن الحسن بن الولید و طریق دوم به خاطر ابن ابی جید نامم است، اما خوشبختانه جناب شیخ در الفهرست سه طریق به کتب و روایات ایشان بیان می کند که طریق دوم آن تمام است. بنابراین از طریق ضم اسانید الفهرست، سند شیخ به روایات محمد بن الحسن الصفار تصحیح می شود.

✓ تهذیب الأحکام، المشیخة، ص ۷۳:

و ما ذکرته فی هذا الكتاب عن محمد بن الحسن الصفار فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون كلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه و اخبرني به أيضا ابو الحسين بن ابی جید عن محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار.

✓ الفهرست (للشيخ الطوسي)، ص ۱۴۳:

محمد بن الحسن الصفار قمی، له كتب مثل كتب الحسين بن سعيد و زیادة كتاب بصائر الدرجات و غيره، و له مسائل كتب بها إلى ابی محمد الحسن بن علی العسکری علیه السلام أخبرنا بجميع كتبه و روایاته ابن ابی جید عن ابن الوليد عنه، و أخبرنا بذلك أيضا جماعة عن ابن بابويه عن محمد بن الحسن عن محمد بن الحسن الصفار عن رجاله إلا كتاب بصائر الدرجات فإنه لم يروه عنه ابن الوليد، و أخبرنا به الحسين بن عبيد الله عن أحمد بن محمد بن يحيى عن أبيه عن الصفار.

محمد بن الحسن الصفار می‌گوید نامه‌ای خدمت امام عسکری علیه السلام نوشتم و از حضرت سؤال کردم در مورد مردی که چند قطعه از زمین را فروخته و هنگام سفر مکه فرا رسیده است و قریه‌ای که فروخته دور است و الان فرصت ندارد که حدود زمینش را دقیق بیان کند، منتها حدود اربعه‌ی زمین را ذکر می‌کند و به شهود می‌گوید: شاهد باشید که من جمیع فلان قریه را که حد اول، دوم، سوم و چهارم این است به فلانی (یعنی مشتری) فروختم، در حالی که آن فرد فقط مالک قطعاتی از آن قریه بود نه همه‌ی آن. آیا چنین معامله‌ای برای مشتری جایز است، در حای که بعض این زمین‌ها برای بایع بوده اما به کَلَش اقرار کرده است؟ حضرت توقیع فرمودند: جایز نیست بیع آن‌چه را که مالک نیست و واجب شده است شراء از بایع در آن‌چه که مالک بوده است.

شاهد استدلال شیخ رحمته الله عبارت ذیل روایت است که حضرت می‌فرمایند: «لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ وَ قَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ». [در اینکه عبارت ذیل روایت چگونه است، دو احتمال ذکر شده است.] برخی گفته‌اند به صورت «لیس یملک» و «علی ما یملک» است که طبق این احتمال دلالت مکاتبه بر صحّت بیع در ما نحن فیه نسبت به بخشی از مبیع که قابلیت تملک را دارد اوضح است، الا اینکه این احتمال خلاف ظاهر روایت است.

احتمال دوم که موافق ظاهر روایت است آنکه ذیل روایت به صورت «لیس یملک» و «علی ما یملک» باشد. طبق این احتمال روایت بیان می‌کند که بیع نسبت به بخشی از مبیع که بایع مالک آن نیست باطل است، اما نسبت به بخش دیگر که ملک بایع است، لازم می‌باشد. و این عبارت اطلاق دارد؛ چه عدم ملک بایع به این خاطر باشد که آن بخش مبیع، قابلیت تملک را دارد منتها ملک دیگری است و چه به این خاطر باشد که آن بخش مبیع اصلاً قابلیت تملک را ندارد، مانند خمر و خنزیر.

از آنچه بیان کردیم، جواب اشکالی که شیخ رحمته الله از برخی به صورت دعوا ذکر کرده‌اند روشن می‌شود. برخی گفته‌اند این مکاتبه مربوط به جایی است که بعض قریه، قابلیت تملک را داشته باشد منتها ملک دیگران باشد، اما شامل چیزی نمی‌شود که اصلاً قابلیت تملک حداقل برای مسلمان را ندارد - مانند خمر و خنزیر و یا حتی میته بنابر نظری - زیرا به قرینه سؤال که از حضرت درباره حکم مردی سؤال شده که کلّ زمین‌های قریه را فروخته بود در حالی که فقط قطعاتی از آن زمین‌ها را مالک بود، گفته‌اند این روایت منصرف از بیع چیزی است که قابلیت تملک را ندارد.

جواب این اشکال آن است که حضرت در این روایت، ملاک صحّت و بطلان بیع را، ملک بودن و ملک نبودن مبیع برای بایع ذکر کردند و دیگر نفرمودند ملک نبودن آن به چه خاطر باشد. پس «ما لا یملک»

اطلاق دارد و هم شامل بیع چیزی می‌شود که ملک نبودن آن برای بایع به این خاطر باشد که ملک دیگری است و یا به این خاطر باشد که مثلاً زمینی را فروخته که وقف اولادی برای دیگران است و یا مسجد را فروخته که وقف تحریری است و یا اینکه چیزی را فروخته که وجهی ندارد ملک او باشد؛ مثلاً تمام زمین‌های آن قریه را فروخته باشد به گونه‌ای که حریم نباشد و شامل موات هم شود - بله اگر حریم باشد ممکن است شبهه شود که قابل فروش است - و یا اینکه چیزی را فروخته که اصلاً قابلیت تملک را ندارد مانند خمر و خنزیر.

بنابراین هرچند فی‌الجمله ممکن است کسی از سؤال در روایت استفاده کند آنچه را که بایع مالک نیست، به این خاطر است که ملک دیگری است، اما همان‌طور که گفتیم حضرت در این روایت تفصیلی بیان فرمودند که مالک نبودن آیا به خاطر این است که ملک دیگری است و یا به خاطر اینکه مثلاً وقف است؛ خصوصاً وقف تحریری مانند مسجد. پس معلوم می‌شود این اشکال وجهی ندارد.

و اما آنچه را که محقق اصفهانی رحمته الله علیه فرموده که «صحيحه صفار شامل آنچه که تملیک را نمی‌پذیرد نمی‌شود مثل بیع وقف؛ زیرا عدم جواز بیع وقف به خاطر آن نیست که مملوک بایع نیست، بلکه به خاطر آن است که قابلیت تملیک را ندارد و لذا بیع وقف جایز نیست حتی اگر مملوک بایع باشد»^۵، پاسخ آن روشن است و آن اینکه: مواردی که وقف ملک نیست، بدون شبهه مشمول روایت می‌شود، مثل وقف تحریری یا بعض اوقاف دیگر و این کافی در اطلاق روایت مبارکه است. بعض شبهات دیگر هم در مورد استدلال به این روایت مطرح است، اما حقیقت آن است که این مقدار استدلال به روایت ظاهر است و لازم نیست بحث را در اینجا بیش از این ادامه دهیم، گرچه در نهایت و در آخر، برخی شبهات را بررسی خواهیم کرد إن شاء الله.

۵. حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۲، ص ۳۶۷:

قوله قدس سره: (إطلاق مكاتبه الصفار المتقدمة .. إلخ).

بتقریب: أن ما ليس يملك أعم مما كان لعدم قابليته للملك في نفسه، أو لعدم قابليته للملك لكونه مملوكا للغير.

و فيه: أن المحتمل - من الرواية المتكفلة لبيع جميع القرية، مع أن للبائع بعضها كما في صدرها ليس إلّا - أن بعضها الآخر ليس بملك للبائع، و تعميمه إلى ما لا يقبل التملك لا يمكن إلّا بإرادة كون بعضها الآخر وقفا، و هو مما لا يجوز بيعه، لا لأنه ليس بمملوك و أنه غير قابل للملك، بل لو كان مملوكا للبائع بأن كان موقوفا عليه لما جاز بيعه، فهو غير قابل للتملیک، لا غير مملوك للبائع لعدم كونه قابلا لأن يكون مملوكا له، فلا معنى لتعميم ما لا يملكه البائع هنا إلى ما كان وقفا، فإن ملاك فساد البيع عدم قابليته للتملیک لا عدم كونه مملوكا بالفعل لعدم قبوله للملك فتدبر.

۲. تمسک به قاعده صحت و بلکه قاعده لزوم در عقود

فرضاً اگر کسی در استدلال به مکاتبه صفار مناقشه کند، شیخ رحمته الله علیه می‌فرماید دلیل دیگری هم در اینجا وجود دارد و آن تمسک به قاعده صحت و بلکه قاعده لزوم در عقود است. البته باید توجه داشت که منظور از قاعده صحت، أصالة الصحة نیست؛ زیرا أصالة الصحة در معاملات جاری نیست؛ چراکه اگر در صحت معامله‌ای به نحو کلی شک کردیم - نه به نحو موضوعی یعنی فعل مکلف در خارج، بلکه به نحو کلی - اصل در معاملات فساد است؛ یعنی استصحاب عدم ترتیب اثر. پس أصالة الصحة در اینجا مراد نیست بلکه مراد عموماتی است که دال بر صحت معامله است مانند «أحل الله البيع»، «تجارة عن تراض» و نظیر این عمومات، کما اینکه مراد از أصالة اللزوم - اگر این دو کریمه مفید لزوم نباشد - «أوفوا بالعقود» است که دال بر لزوم می‌باشد.

منتها در تمسک به اطلاقات و عمومات برای تصحیح مثل ما نحن فیه، شبهاتی مطرح است، چنان‌که قبلاً اشاره کردیم که محقق ایروانی رحمته الله علیه این شبهات را در مسئله «بیع ما یملک و ما لا یملک» جمع‌آوری کرده بودند که جمعاً سه شبهه بود.

اشکالات مطرح شده در تمسک به عمومات و اطلاقات در ما نحن فیه

اشکال اول: عقد، واحد بسیط بوده و قابل تجزئ نیست

اولین اشکالی که محقق ایروانی رحمته الله علیه در آن مبحث ذکر فرمودند این بود که عقد و بیع، واحد بسیطی است که قابل تجزئ نیست [در نتیجه بیع در جمیع اجزاء مبیع یا صحیح است و یا باطل و نمی‌توان تفکیک کرد و گفت بیع نسبت به شاة صحیح و نسبت به خنزیر باطل است؛ چراکه لازمه چنین تفکیکی آن است که عقد واحد، متجزئ شود، در حالی که این خلاف فرض است.

و ما در آن مبحث اضافه کردیم که بیع «ما یملک و ما لا یملک» به دو نحو می‌تواند اتفاق بیفتد؛ گاهی دو چیزی که کاملاً جدا هستند به هم ضمیمه می‌شوند؛ مثلاً شاة و خنزیر را با هم صفةً واحده بفروشد، اما گاهی مسئله مشکل‌تر می‌شود و مبیع واحدی است که بخشی از آن قابلیت تملک را دارد و بخشی از آن قابلیت تملک را ندارد؛ مثلاً لباس واحدی را فروخته که بخشی از آن پنبه یا کتان است و بخش دیگر آن مثلاً پوست میته است که نظر ما در مکاسب محرمة برخلاف مرحوم شیخ این شد که بیع میته جایز نیست، در این فرض آیا می‌توان گفت بیع نسبت به بخشی از مبیع واحد صحیح است و نسبت به بخش دیگر آن باطل است؟

پاسخ به اشکال اول: التزام به انحلال افرادی و اجزائی در عقد و بیع

قبلاً در پاسخ به این اشکال گفتیم عمومات و اطلاقات صحّت بیع مانند «اوفوا بالعقود»، «احل الله البيع» یا «تجارة عن تراض» دو رقم **انحلال** دارند؛ یکی انحلال افرادی و عرضی و یکی هم انحلال اجزائی.

انحلال افرادی و عرضی، خیلی واضح است و عرف مانعی از آن نمی‌بیند؛ مثلاً وقتی بایع می‌گوید: «بعتك هاتین الشاتین» عرف این بیع را به دو بیع منحل می‌کند که هر کدام به شرط ضمیمه به یکدیگر فروخته شده‌اند و کانّ هر کدام انشائی دارند، البته نه اینکه به نحو مستقل انشاء داشته باشند بلکه در قوه آن است که هر کدام انشائی داشته باشند، و همین مقدار در نزد عرف کافی است که اگر شرایط صحّت نسبت به یک فرد مبیع فراهم بود، حکم به صحّت بیع نسبت به آن فرد شود، هرچند بیع نسبت به فرد دیگر صحیح نباشد و نهایت اینکه اگر مشتری علم نداشته باشد، **خيار تبعض صفقة** دارد. [در ما نحن فیه نیز چنین است که دو مبیع مستقل، منضمّاً به هم فروخته شده‌اند؛ یعنی مثلاً شاة و خنزیر یا خمر و خلّ با هم فروخته شده‌اند که این بیع و عقد، منحل به دو بیع می‌شود، بیع شاة یا خلّ که صحیح است و بیع خنزیر یا خمر که به حکم شارع باطل است و در صورتی که مشتری جهل داشته باشد، خيار تبعض صفقة دارد.

اما در جایی که مبیع، متشکل از دو یا چند فرد مستقل نباشد بلکه عرفاً واحد باشد، مانند همان مثال پیراهن که بخشی از آن پنبه و بخش دیگر آن میته باشد، در چنین جایی گفتیم بیع، **انحلال اجزائی** دارد و برای آن چنین مثال زدیم که اگر بایع تلفن همراهی را فروخته باشد که بخشی از آن مال دیگری باشد، بیع نسبت به این مبیع واحد منحل به تعداد اجزائش می‌شود. و این انحلال اجزائی را تشبیه کردیم به انحلالی که در بحث اقلّ و اکثر ارتباطی وجود دارد و بلکه آسان‌تر از آنجاست؛ چراکه در اینجا ارتباطی - به آن معنایی که در بحث اقلّ و اکثر گفتیم - نیست و این انحلال، هیچ منافاتی هم با وحدت بیع ندارد؛ یعنی وحدتی که وجود دارد، منافاتی با آن ندارد که متعلّقش متعدد باشد و این شیء واحد بر روی اجزاء انبساط پیدا کرده باشد.

بنابراین اشکال اول که مرحوم شیخ رحمته الله آن را در اینجا ذکر نفرمودند، وارد نیست و قابل جواب می‌باشد.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی