



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه نود و ششم؛ شنبه ۱۳۹۷/۲/۱۵

اشکال دوم: بطلان بیع به جهت عدم رضایت بایع به بیع مالش به تنهایی

اشکال دومی که در هر دو مسئله وجود دارد و شیخ رحمته در آنجا اشکال را ارجاع به ما نحن فیه دادند آن است که صحّت بیع نسبت به «ما یملک»، خلاف رضایت طرفین به بیع مجموع است؛ زیرا قوام عقد، بیع و تجارت - چه به دلیل بیرونی و چه به دلیل درونی^۱ - به رضایت طرفین است و در ما نحن فیه هر چند مبیع دارای اجزایی است، اما بایع مجموع من حیث المجموع را به عنوان یک واحد فروخته است و رضایت به بیع مجموع داشته است و چنین نیست که رضایتش نسبت به بیع تکه تکه باشد و چون علی الفرض شارع مقدس بیع مجموع را تجویز نکرده - چراکه مشتمل بر بیع «ما لا یملک» است - و بیع بعض اجزاء به تنهایی هم مورد رضایت طرفین نیست، لذا نمی توان حکم به صحّت بیع نسبت به «ما یملک» کرد [و حکم به صحّت در بخشی از مبیع، احتیاج به دلیل دیگری غیر از عمومات صحّت بیع و عقود دارد].

شیخ رحمته می فرماید شاهد این مطلب هم آن است که فقهاء در مورد شروط گفته اند اگر شرطی فاسد باشد، موجب فساد عقد و مشروط می شود؛ مثلاً اگر کسی بیعی انجام بدهد و شرط خلاف شرعی در آن ذکر کند که آن شرط فاسد باشد، فساد شرط موجب فساد مشروط است و بیع از اساس باطل می شود. سپس شیخ رحمته می فرماید در جامع المقاصد هم به این مطلب توجه داده شده و فرموده است تفکیک بین شرط و جزء معنا ندارد، یعنی اگر فساد شرط موجب فساد و بطلان عقد شود، باید بگوییم فساد بیع نسبت به جزء هم موجب فساد و بطلان کل می شود و اگر کسی قائل به تفصیل شود و فساد جزء را موجب فساد

۱. یعنی چه به دلیل «تجارة عن تراض» و چه به دلیل «لا یحل مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه»، یا به سیره عقلائی که متعاقبین باید رضایت

داشته باشند.

کل نداند، این تحکم است.^۲

مرحوم شیخ رحمته الله کأن در مقابل این اشکال از حیث تمسک به عمومات، تسلیم می‌شوند و می‌پذیرند اگر کسی فساد شرط را موجب فساد مشروط بداند، باید فساد عقد نسبت به جزء را هم موجب فساد کل بداند، اما اینکه شیخ رحمته الله در اینجا برخلاف مبحث فساد شرط، قائل به صحّت بیع در «ما یملک» شده‌اند و حکم به بطلان بیع نسبت به «ما لا یملک» کرده‌اند، فارق آن نصّ و اجماع است. اما چون معلوم است اجماع در اینجا مدرکی است، در نتیجه عمده دلیل شیخ رحمته الله و اتکال ایشان بر همان مکاتبه صفاً است، از این جهت کأن شیخ رحمته الله می‌خواهند بفرمایند اگر این نصّ نبود، ما تسلیم اشکال دوم می‌شدیم.

پاسخ به اشکال دوم

همان پاسخی که قبلاً به این اشکال دادیم، در اینجا هم جاری است و آن اینکه وقتی کسی دو چیز را با هم می‌فروشد، ولو به صورت فی الجملة رضایت به بیع تک تک آن‌ها هم دارد و چنین نیست که اگر فرضاً یکی از آن دو نباشد، رضایت به بیع دیگری هم نداشته باشد، بلکه همچنان رضایت به بیع دیگری دارد، منتها رضایت به بیع هر یک مشروط به این بوده که در صفت واحد، دو جزء مبیع را با هم بفروشد و رضایت به این داشته که ثمن، در مقابل هر دو جزء مبیع باشد و بعید نیست همین مقدار رضایت، در سیره عقلائیة کافی برای صحّت بیع نسبت به ما یملک باشد، الا اینکه چون ضمناً شرطی از این بیع استفاده می‌شود که بایع هر دو فرد را با هم فروخته به گونه‌ای که قابل تفکیک نباشد و مشتری هم با این شرط خریده که هر دو جزء مبیع با هم باشند و قابل تفکیک نیست، لذا در جایی که شرایط خیار تبعض صفت وجود داشته باشد مانند اینکه مشتری جاهل باشد، قائل می‌شویم خیار تبعض صفت دارد و می‌تواند بیع را فسخ کند. اما اینکه بایع هم در صورتی که جهل داشته باشد - از لحاظ حکم کلی یا از لحاظ موضوع خارجی - آیا خیار تبعض صفت دارد یا خیر، قبلاً بحثش مطرح شد و پذیرفتیم بایع هم خیار تبعض صفت دارد، البته اگر مخالف مکاتبه صفاً نباشد.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۵۳۶:

و دعوی: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعة، بل لا مانع من جریان قاعدة الصحة، بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال: من أن التراضي والتعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلا في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراضٍ؛ ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، وقد نبّه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، و ذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط والجزء عسراً، و تمام الكلام في باب الشروط، و يكفي هنا الفرق بالنص والإجماع.

بنابراین می‌توان به جناب شیخ رحمته‌الله‌علیه چنین پاسخ داد که مانعی ندارد بیع نسبت به بخشی از مبیع که مملوک است صحیح باشد؛ چون رضایت بایع به بیع این بخش از مبیع موجود است، اما از آنجا که این رضایت مشروط به این بوده که جزء دیگر مبیع هم همراه آن فروخته شود و این شرط حاصل نشده، لذا مشتری خیار تخلف شرط یا همان تبعض صنفه دارد. [بله، در جایی که بایع تصریح کند که رضایت به بیع مجموع دارد و اصلاً رضایت به بیع هر یک به تنهایی ندارد و یا از خارج بدانیم قصد بایع بیع واحد غیر متجزی است، در این موارد بیع قابل انحلال نیست و نمی‌توان ملتزم به صحّت بیع نسبت به ما یملک شد.]

اما نسبت به اصل این مبنا که آیا شرط خلاف شرع، مفسد عقد و مشروط هم هست یا نه، می‌گوییم: هرچند عده‌ای قائل به این حرف شده‌اند، اما امر مسلمی نیست و همان‌طور که جناب شیخ رحمته‌الله‌علیه در باب شرط اشاره کرده‌اند - که إن شاء الله بحثش خواهد آمد - فساد شرط به مشروط سرایت نمی‌کند و متأخرین هم معمولاً این قول را انتخاب کرده‌اند. بنابراین تشبیهی که در اینجا ذکر کردند که چون فساد شرط موجب فساد مشروط است پس فساد بیع نسبت به جزء هم باید مفسد بیع نسبت به کل باشد، تشبیه درستی نیست؛ زیرا خود مشبه‌به و مقیس‌علیه هم این خاصیت بطلان را ندارد.

مضافاً به اینکه برخی بین این دو مبحث تفکیک کرده‌اند و قائل شده‌اند که فساد شرط می‌تواند مفسد عقد باشد، اما عدم صحّت بیع نسبت به جزء ممکن است مفسد نباشد، کما اینکه در نماز چنین است و برخی قائل به اجرای برائت در اجزاء مشکوک شده‌اند؛ چراکه جزء، وجود منحاظ و طلب جدایی دارد، اما در شرط مشکوک قائل به جریان برائت نشده‌اند.

بنابراین طبق این احتمال می‌توان بین جزء و شرط تفکیک قائل شد؛ چراکه شرط چیزی است که تمام مشروط به آن وابسته است به گونه‌ای که اگر شرط فاسد شود، مشروطش هم می‌تواند فاسد باشد. به تعبیر دیگر مشروط به واسطه بود یا نبود شرط، تخصیص می‌شود، اما «جزء» چنین نیست که تمام کل به آن وابسته باشد، بلکه «کل» در اعتبار عقلاء خودش چیزی است که بهره‌ای از عقد را دارد، لذا ممکن است جزء فاسد باشد اما فساد آن موجب فساد کل و بقیه اجزاء نباشد. پس حتی اگر فرضاً بپذیریم فساد شرط موجب فساد مشروط می‌شود، اما نمی‌توان گفت فساد بیع نسبت به جزء، موجب بطلان کل می‌شود، بلکه احتمال دارد کل همچنان صحیح باشد.

آنچه گفتیم در مورد جایی است که ما یملک و مالایملک، هر کدام وجود مستقلی داشته باشند، اما همان‌طور که قبلاً اشاره کردیم، گاهی مسئله مشکل‌تر می‌شود و دو بخش مبیع عرفاً وجود مستقلی ندارند،

مانند اینکه بایع پیراهنی را فروخته باشد که مثلاً از جنس پنبه است اما آستین آن از چرم میته است - که ما قائل به بطلان بیع میته شدیم - خصوصاً اگر میته خنزیر باشد، در این صورت بیع چه حکمی دارد؟

در جواب می‌گوییم اگر مبیع به گونه‌ای باشد که عرفاً گفته شود دو بخش دارد و هر دو بخش آن فروخته شده است؛ مثلاً هم آستین پیراهن فروخته شده و هم قسمت‌های دیگر آن، در این صورت مانعی ندارد و می‌گوییم بیع نسبت به بخشی که میته نیست صحیح است و نسبت به بخشی که میته است باطل می‌باشد و خریدار یا فروشنده به همان تفصیلی که بیان کردیم، خیار تبعض صفة دارند.

اما گاهی عرف، بین اجزاء مبیع واحد تفکیک نمی‌کند بلکه تلقی عرفی آن است که مبیع، یک واحد غیر متجزی است، در این صورت بعید نیست گفته شود اگر غلبه با جزء غیر میته باشد به گونه‌ای که جزء میته مضمحل باشد و مانعی هم نسبت به کل نداشته باشد، در این فرض بیع صحیح است و کل ثمن در مقابل جزء ما یملک واقع می‌شود. البته مسئله نیاز به تأمل بیشتر دارد. دلیل این مطلب هم آن است که نهی از بیع میته، منصرف از چنین صورتی است؛ زیرا این نهی جایی را شامل می‌شود که عرفاً گفته شود بیع میته انجام داده است، در حالی که در این فرض لباسی را فروخته که جزء غالبش غیر میته بوده است، و جزء میته هم مضمحل در کل لباس بوده و قابل اعتناء نیست. بنابراین ظاهراً در این فرض بیع میته صادق نیست و اگر هم صادق باشد، می‌توان تفکیک کرد و این مربوط به استظهار عرفی است که نسبت به موارد فرق می‌کند. به هر حال معیار کلی همانی است که بیان کردیم.

اشکال سوم: صحّت بیع نسبت به ما یملک مستلزم صحّت بیع مجهول

اشکال دیگری که مرحوم شیخ رحمته‌الله در اینجا به صورت ضمنی بیان می‌کنند اما محقق ایروانی رحمته‌الله در مسئله قبل به صورت صریح و روشن بیان کرده بودند، این است که اگر بگوییم بیع نسبت به ما یملک صحیح است و نسبت به ما لا یملک باطل، لازمه‌اش صحّت بیع مجهول است؛ چراکه اگر مثلاً بایع شاة و خنزیری را به بیست درهم فروخته باشد و بیع نسبت به شاة صحیح و نسبت به خنزیر باطل باشد، معلوم نیست چقدر از این ثمن در مقابل شاة واقع شده است و در نتیجه بیع شاة غرری شده و باید حکم به فساد آن کرد. بله، اگر با استناد به مکاتبه صفار توانستیم این صورت را استثنا کنیم، حکم به صحّت بیع می‌کنیم و الا باید ملتزم شویم عمومات صحّت بیع شامل چنین جایی نمی‌شود؛ چراکه این عمومات به «نهی النبی صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم عن بیع الغرر» تخصیص خورده است.

همان‌طور که اشاره کردیم مرحوم شیخ^۳ این اشکال را در اینجا ضمناً و با نقل مطلبی از مرحوم شهید ثانی^{رحمه الله} مطرح کرده‌اند. شهید^{رحمه الله} فرموده است اگر کسی مایملک و ما لایملک را با هم صفقة واحده بفروشد، در صورتی می‌توان گفت بیع در مایملک صحیح و در ما لایملک باطل است که مشتری جاهل به فساد بیع ما لایملک باشد - کما اینکه در محکی تذکره از شافعی چنین نقل شده است - و الا اگر مشتری عالم به فساد بیع در غیر مملوک باشد، حکم به صحّت بیع در این صورت منجر به جهل ثمن مبیع می‌شود؛ چراکه مشتری ثمن را در مقابل مجموع داده و معلوم نیست چقدر از آن در مقابل مایملک و چه مقدار در مقابل ما لایملک واقع شده است و در نتیجه بیع غرری بوده و «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» بیان می‌کند چنین بیعی باطل است.

پاسخ شیخ^{رحمه الله} به اشکال سوم

شیخ^{رحمه الله} بعد از اینکه کلام شهید در مسالک را نقل کردند، جوابی می‌دهند که کاری به حرف مسالک ندارند و می‌خواهند اصل مطلب را حل کنند و الا اگر کلام شهید^{رحمه الله} را در نظر بگیریم، بعض اشکالات دیگر نیز وارد می‌شود از جمله اینکه چرا ایشان صحّت بیع مملوک را اختصاص به جایی دادند که مشتری جاهل باشد، بلکه با بیع هم باید جاهل باشد، یعنی اگر «جهالت» رافع این غرر باشد، باید هر دو جاهل باشند و این دو با هم فرقی ندارند، چراکه بیع از این جهت قابل تفکیک نیست و نمی‌توان گفت مانعی ندارد که عقد واحد نسبت به با بیع غرری باشد اما نسبت به مشتری نباید غرری باشد. [مضافاً به اینکه جهالت اصلاً دخالتی در رفع غرر ندارد]. و بعید نیست شیخ^{رحمه الله} توجه به این اشکالات داشته‌اند ولی دیگر متعرض کلام ایشان نشده‌اند و خواسته‌اند جوابی بدهند که ریشه اشکال را بزنند. بدین جهت شیخ^{رحمه الله} در جواب به این اشکال می‌فرمایند:

آنچه از «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» استفاده می‌شود آن است که بیع عرفی غرری باطل است؛ یعنی اگر غرر در مرتبه بیع عرفی اتفاق بیفتد باطل است، اما اگر غرر در مرحله بیع عرفی نباشد بلکه ناشی از حکم شارع مقدس به صحّت بخشی از بیع و عدم صحّت بخش دیگر باشد، چنین غرری مشکل ندارد، هر چند متبایعین از قبل علم به این معنا داشته باشند و مشمول «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» نیست. به تعبیر دیگر

۳. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۵۳۲:

نعم، ربما یقید الحكم بصورة جهل المشتري، لما ذكره في المسالك وفاقاً للمحكي في التذكرة عن الشافعي - من جهة إفضائه إلى الجهل بثمان المبيع، قال في التذكرة بعد ذلك: و ليس عندي بعيداً من الصواب الحكم بالبطان فيما إذا علم المشتري حرمة الآخر، أو كونه مما لا ينقل إليه، انتهى.

آنچه که فی نفسه و با قطع نظر از کلام شارع غرر است، مضرّ به صحّت عقد می باشد، اما اگر غرر ناشی از حکم شارع باشد مانعی ندارد، هرچند این حکم از قبل معلوم باشد. ما نحن فیه هم چنین است؛ زیرا کسی که مثلاً خمر و خلّ یا شاة و خنزیر را صفقةً واحدهً فروخته و ثمن مجموع هم معلوم است، بر چنین معامله ای در مرحله بیع عرفی، غرر صادق نیست؛ چراکه بیع خمر و خنزیر در نزد عرف صحیح است و اگر ثمن مجموع معلوم باشد، همین مقدار کافی است که عرف بیع را صحیح بداند و لازم نیست که بالتفصیل معلوم باشد در مقابل هر کدام چه مقدار از ثمن واقع شده است. بله، بعد از اینکه شارع مقدس حکم به بطلان بیع نسبت به خمر و خنزیر کرد، غرر حاصل می شود، اما چون این غرر بعد از مرحله بیع عرفی است، مضرّ به صحّت عقد نیست.^۴

جواب مختار به اشکال سوم

در جواب به اشکال سوم می گوئیم: حقیقت آن است که هر جهالتی مضرّ به صحت بیع نیست؛ زیرا اطلاقی نداریم که جهالت در بیع و عقود، مطلقاً مضرّ باشد، بلکه آنچه وجود دارد همان روایت «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» است و آنچه از قدیم در نظر ما بوده این است که ظاهراً مراد از غرر، جهالت خاصی است؛ یعنی جهالتی که در آن خطر باشد و چون در ما نحن فیه ثمن مجموع من حیث المجموع معلوم است و طرفین ولو در دامنه خاصی می توانند حدس بزنند چه مقدار از ثمن در مقابل هر یک از دو جزء مبیع واقع شده و ثمن هر یک از لحاظ کثرت و قلت آزاد نیست، لذا نمی توان گفت جهل به ثمن در ما نحن فیه خطری است، بدین جهت اگر بیع نسبت به بخشی از مبیع باطل باشد، در نهایت به حسب حدس معلوم است که چه مقدار از ثمن نصیب می شود و چه مقدار نصیب نمی شود. بنابراین نمی توان گفت «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» در اینجا تطبیق می شود و حکم به بطلان بیع به خاطر غرر می شود.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی

۴. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۵۳۲:

و يمكن دفعه بأنّ اللازم هو العلم بثمر المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل حقيقة، فبيع الغرر المتعلق لثمن الشارع و حكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عمّا يحكم عليه من الشارع، مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك، لا البطلان؛ لأنّ المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: إنّ هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه و إلا لكان البذل بإزاء المملوك؛ ضرورة أنّ القصد إلى الممتنع كالا قصد، انتهى.