



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه بیست و پنجم؛ سه شنبه ۱۳۹۲/۹/۵

اشکال سوم

اشکال سومی^۱ که مرحوم شیخ مطرح می کند این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» شامل تملیک به معاظا هم می شود در حالی که مشهور گفته اند معاظا بیع نیست، بلکه ادعای اجماع شده معاظا بیع نیست.

پاسخ این اشکال روشن است و آن این که هیچ کس فی ما أعلم ادعا نکرده که معاظا عرفاً بیع نیست؛ چون عرف بر معاملات معاظاتی، [حقیقتاً] خرید و فروش اطلاق می کند. مثلاً کسی که از نانویی نان در مقابل اعطاء پول بدون خواندن عقد می گیرد می گوید نان خریدم، نانا نیز می گوید نان فروختم. پس جای هیچ شبهه نیست که معاظا، لغتاً و عرفاً بیع است.

بنابراین نسبتی که به مشهور داده شده در واقع انکار صحت شرعی معاظا است؛ نه صدق عرفی بیع؛ چون ظاهراً شخص مهمی در صدق عرفی بیع بر معاظا تشکیک نکرده است. تأیید بر این که مرادشان انکار صحت شرعی معاظا است این است که ادعای اجماع بر بطلان کرده اند؛ زیرا ادعای اجماع - خصوصاً در کتب فقهی - در امور شرعی مفید است. ادعای اجماع بر یک امر عرفی و عقلانی که چندان ارزشی ندارد. پس معلوم می شود آنچه که مورد ادعاست عدم صحت شرعی معاظا است که در حقیقت به معنای عدم

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۱۲:

و منها: أنه يشمل التملیک بالمعاظا، مع حکم المشهور، بل دعوی الإجماع علی أنها لیست بیعاً. و فیه: ما سیجیء من کون المعاظا بیعاً؛ و أن مراد النافین نفی صحته.

امضاء بیع معاطاتی عرفی می باشد.

اشکال چهارم

اشکال دیگر^۱ آن است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» بر شراء نیز منطبق می شود، در حالی که ما به دنبال تعریف بیع هستیم تا با بیع را بشناسیم؛ زیرا همان طور که عقد بیع دارای احکام خاصی است که بر سایر عقود مترتب نیست، با بیع نیز احکام خاصی دارد که برای مشتری جاری نیست و مشتری هم احکام خاصی دارد که با بیع ندارد، لذا تفکیک این دو دارای اثر می باشد؛ مثلاً [در روایت وارد شده] «مشتری حیوان بالخیار»^۲ یعنی حکم خیار در خرید حیوان برای مشتری است و با بیع - بنا بر قولی - حتی اگر حیوان را به عنوان ثمن دریافت کند خیار حیوان ندارد. پس این حکم مخصوص مشتری بما هو مشتری است. یا قاعده‌ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^۳ و همین طور خیار تأخیر^۱ مخصوص با بیع می باشد.

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۱۲:

و منها: صدقه علی الشراء؛ فإن المشتري بقبوله للبیع یملك ماله بعوض المبیع.
و فيه: أن التملیک فيه ضمنی، و إنما حقیقته التملک بعوض؛ و لذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملکت»، تقدّم علی الإیجاب أو تأخّر. و به يظهر اندفاع الإیراد بانتقاضه بمستأجر العین بعین؛ حیث إن الاستئجار یتضمّن تملیک العین بمال، أعنی: المنفعة.

۲. الکافی (ط - الإسلامیة)، ج ۵، ص ۲۱۶:

الحسین بن محمد عن معلى بن محمد عن علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول الخیار فی حیوان ثلاثة أيام للمشتري و فی غیر حیوان أن یتفرقا و أحداث السنة ترد بعد السنة قلت و ما أحداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشتری فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن یرد علی صاحبه إلی تمام السنة من یوم اشترأه.

۳. الکافی (ط - الإسلامیة)، ج ۵، ص ۱۷۰:

أبو علی الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن العلماء عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله ﷺ البيعان بالخيار حتى یفترقا و صاحب حیوان بالخيار ثلاثة أيام.

۴. الکافی (ط - الإسلامیة)، ج ۵، ص ۱۷۰:

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن جميل عن فضیل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له ما الشرط فی حیوان فقال إلی ثلاثة أيام للمشتري قلت فما الشرط فی غیر حیوان قال البيعان بالخيار ما لم یفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما.

۳. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ص ۳۰۳:

عوالی اللالی، عن النبی ﷺ أنه قال: كل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.

۴. الکافی (ط - الإسلامیة)، ج ۵، ص ۱۷۱:

محمد بن یحیی عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عتبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام فی رجل اشتری متاعاً من رجل وأوجه غیر أنه ترك المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیک غداً إن شاء الله فسرق المتاع من مال من یكون قال من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتى یقبض المتاع و یخرجه من بیته فإذا أخرجہ من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتى یرد ماله إلیه.

پس اشکال چهارم این شد که تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» بر مشتری هم صادق است و با این تعریف نمی‌توان بایع را از مشتری تمییز داد؛ چراکه مشتری نیز با قبول، در واقع مالش را - که اکثراً عین است، مانند درهم، دینار و حتی پول‌های اعتباری امروزی که به نوعی عین است و ... - در مقابل مبیع به بایع تملیک می‌کند. پس مشتری [با گفتن «قبلت»] إنشاء تملیک عین در مقابل مال می‌کند.

بلکه این تعریف شامل مستأجر در عقد اجاره نیز می‌شود؛ زیرا مستأجر مال خود را که عین است - مانند درهم، دینار، پول اعتباری، یک تن گندم و ... - در مقابل مثلاً منفعت خانه که مال است به موجر تملیک می‌کند. پس مستأجر نیز إنشاء تملیک عین بمال می‌کند.

پاسخ شیخ به اشکال چهارم

شیخ رحمته الله در پاسخ می‌فرماید: گرچه در شراء نیز تملیک وجود دارد و مشتری ثمن را به بایع تملیک می‌کند، ولی این نقض بر تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» نیست؛ به خاطر این که حقیقت شراء، تملیک نیست، بلکه «تملک بعوض» است و تملیک از ناحیه‌ی مشتری، تملیک ضمنی است. بنابراین از آن جا که تعریف شراء «إنشاء تملک» است و تملک با تملیک متفاوت است، پس تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» نقض نمی‌شود.

اشکال سید خویی بر پاسخ شیخ رحمته الله

سید خویی رحمته الله درباره‌ی پاسخ شیخ رحمته الله در تقریر مصباح الفقاهه^۲ می‌فرماید: تملیک ضمنی معنای

۱. الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص ۱۷۱:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: قُلْتُ الرَّجُلُ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ ثُمَّ يَدْعُهُ عِنْدَهُ يَقُولُ حَتَّى آتَيْكَ بِثَمَنِهِ قَالَ إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ لَهُ.

۲. مصباح الفقاهه که تقریر مرحوم توحیدی است تحت نظر خود سید خویی رحمته الله تصحیح و چاپ شده، بدین جهت اتکال ما اولاً روی مصباح الفقاهه است، هر چند التنقیح فی شرح المکاسب شهید غروی و محاضرات فی الفقه الجعفری مرحوم شاهرودی حاوی نکاتی است که شایسته‌ی امعان نظر است، گرچه احتمالاً بعض مجلّدات محاضرات نیز به همان نحو تحت نظر استاد بوده است.

۳. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۲، ص ۶۰:

و من النقوض انه إذا كان البيع إنشاء تملیک عین بمال انتقض منعه بالشراء، فإن المشتري يقبله للبيع يملك ماله بعوض المبيع. و أجاب عنه المصنف و إلیک نصح: (و فيه ان التملیک فيه ضمنی و انما حقیقته التملک بعوض. و به يظهر اندفاع الإیراد بانتقاضه بمستأجر العین بعین حیث ان الاستئجار یتضمن تملیک العین بمال: أعنی المنفعة).

و لکننا لم نفهم معنی محصلاً للتملیک الضمنی إذ یرد علیه أولاً انه ان کان مراده من التملیک الضمنی التملیک التبعی: (بمعنی ان البائع

يملك ماله للمشتري أولاً و يملك المشتري ماله للبائع ثانياً) فيرد عليه: ان لازم ذلك ان ينعكس الأمر فيما إذا تقدم القبول على الإيجاب: بأن يكون التمليك من ناحية المشتري أولاً، و البيع من ناحية البائع ثانياً.

و ان كان مراده من التمليك الضمني: ان ألفاظ الإيجاب و القبول انما تدل بالدلالة المطابقيه على تمليك المشتري ماله للبائع، سواء في ذلك تقدم القبول على الإيجاب و عدمه، ان كان مراده هذا فيرد عليه: ان هذا يرجع الى جهة الدلالة، و مقام الإثبات. فلا يوجب فرقا بين التمليكين لها، و في مقام الثبوت، بدها ان البيع تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة. و من الضروري أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر في آن واحد، و في مرتبة واحدة. و عليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحية البائع إلا في آن وجود التمليك من ناحية المشتري.

و بتعبير آخر: أن البائع إنما ينشئ التبديل بين الثمن و المثلن في جهة الإضافة في مرتبة واحدة. نعم يشترط رضا المشتري و قبوله لفعل البائع في تحقق عنوان التبديل، و نتيجة ذلك: أن التمليكين (تمليك البائع و تمليك المشتري) يتحققان في مرتبة واحدة. و إذن فلا أصالة و لا تبعية في المقام.

و أضف إلى ذلك: أنا سلمنا كون التمليك من ناحية البائع أصليا استقلاليا، و من ناحية المشتري ضمينا تبعيا. الا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و اذن فلا وجه لصرفه عن الثاني، و حصره في الأول. قيل:

ان مفهوم البيع يوجد بالإيجاب الساذج، و يتحقق به التمليك و التملك في عالم الاعتبار. و عليه فلا يبقى مجال لتمليك المشتري لكى ينتقض به تعريف البيع. و اذن فلا شأن للمشتري الا قبول الإيجاب من البائع و نسبة فعله الى نفسه فتكون منزلة القبول في البيع منزلة الإمضاء في المعاملات الفضولية و فيه أن قبول الإيجاب و ان كان شرطا في البيع، لا جزء مقوما له الا أن شروط البيع على ثلاثة أقسام:

(١) أن يكون شرطا لإمضاء الشارع.

(٢) أن يكون شرطا لإمضاء العقلاء.

(٣) أن يكون شرطا لأصل الاعتبار: بأن يدور عليه مفهوم البيع وجودا و عدما. و من الواضح أن تعقب الإيجاب بالقبول من القبيل الثالث. بدها انتفاء حقيقة البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يستندان إلى البائع كذلك يستندان إلى المشتري.

✓التنقيح في شرح المكاسب، ج ١، ص ٤٤:

و ربما يورد عليه أيضاً: بالنقض بالشراء والاستيجار فيما إذا استأجر عيناً بعين، فإن المشتري أيضاً يملك ماله بمال البائع، كما أن البائع يملك ماله بمال المشتري، وكذا الاستيجار المذكور فإنه أيضاً يملك عين بمال وهو المنفعة.

و قد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدس سره) بأن التمليك في الشراء و الاستيجار ضمنى بخلاف البيع فإن التمليك فيه استقلالي، هذا. و لكنني لم أفهم حقيقة مراده كما لم يفهمه جماعة آخرون، إذ ما معنى كون التمليك في الشراء ضمناً، فإن اريد به تأخر القبول عن الايجاب وأن المشتري إنما يملكه بعد تمليك البائع، ففيه: أنه لا يضر بصدق التمليك عليه فلا بد أن يكون الشراء بيعاً ضمناً كما هو واضح. مضافاً إلى أنه يمكن أن يقدم تمليك المشتري على تمليك البائع في غير صيغتي رضى و قبلة، فله أن يقول أولاً: اشتريت مالك بكذا فيقول البائع قبلة، فإنه يبيع بلا كلام. وكذا يجوز أن يتقدم إنشاء المستأجر على إنشاء المؤجر في الاجارة و إنشاء الزوج على إنشاء الزوجة في النكاح، بل قد ورد في صحته رواية بمضمون أنها إذا قالت نعم بعد إيجابك فأنت أولى الناس بها وإن اريد بذلك أن تمليك المشتري مدلول غير مطابق والمدلول المطابق هو تمليك البائع ففيه أيضاً أنه لا ينافى صدق التمليك فيلزم أن يكون الشراء بيعاً ضمناً.

فالصحيح في الفرق بين البيع والشراء إنما هو بما بيناه من أن غرض البائع حفظ مالية ماله وغرض المشتري تحصيل خصوصية المبيع، وأما إذا كان غرض كل منهما حفظ المالية أو تحصيل الخصوصية فلا تكون المعاملة بيعاً. وهكذا الحال في الاجارة فغرض المؤجر يتعلق بالمالية و غرض المستأجر بالانتفاع بالعين، و بدونه لا تصدق الاجارة.

✓ محاضرات في الفقه الجعفري، ج ٢، ص ٣٣:

نقول: لم نفهم ما اراده عليه السلام من كون التمليك من جهة المشتري ضمناً، فإنه إن اراد به أن تمليكه يكون بنحو المطاوعة و القبول أى تبعاً لفعل

محصلی ندارد و در یکی دیگر از تقریراتشان (التنقیح فی شرح المكاسب) می فرماید: نه تنها من حقیقت مراد مرحوم شیخ را نفهمیدم، بلکه جماعتی دیگری^۱ نیز مراد شیخ را نفهمیدند.

به هر حال در این که مراد مرحوم شیخ چیست محقق خوبی^۲ می فرماید: دو احتمال وجود دارد:

(۱) ممکن است مراد شیخ از تملیک ضمنی، تملیک تبعی باشد در مقابل تملیک استقلالی و اصلی؛ یعنی در بیع ابتدا بایع مبیع را به مشتری تملیک می کند، سپس مشتری ثمن را به بایع تملیک می کند. پس معنای تملیک ضمنی، تملیک دوم است. اولاً تملیک بایع محقق می شود ثانیاً تملیک مشتری.

طبیعی است که اگر این احتمال، مقصود جناب شیخ باشد دو اشکال واضح دارد و آن این که:

اولاً: در مواردی که قبول مقدم بر ایجاب می شود؛ یعنی ابتدا مشتری «اشتریت» می گوید سپس بایع «بعث» می گوید تملیک مشتری اصلی بوده و تبعی نیست. لذا پاسخ شیخ در این موارد نقض می شود.

ثانیاً: هیچ یک از تملیک بایع یا مشتری بر دیگری مقدم نیست و هر دو در یک رتبه واقع می شود؛ زیرا تملیک بایع قبل از قبول مشتری که اثری ندارد و تا ایجاب متعقب به قبول نشود نقل و انتقال محقق نمی شود و بعد از قبول مشتری نیز هر دو در یک رتبه اتفاق می افتد.^۲ پس این طور نیست که تملیک مشتری ضمنی و دوم باشد و تملیک بایع اصلی و اول باشد، بلکه هر دو در یک رتبه قرار دارد.

(۲) احتمال دیگری که می توان برای مراد شیخ از تملیک ضمنی بیان کرد این است که الفاظ ایجاب و

البائع، فهو لا ینافی صدق التملیک و علیه لا بد و أن یکون الشراء بیعاً تبعیاً مع أن ذلک غیر معتبر فی الشراء. و إن اراد ان القبول یعتبر فیه أن یتأخر عن الايجاب ففیه انه إنما یعتبر فیما إذا أنشأ القبول بلفظ قبلت أو رضیت و نحوه مما أخذ فی معناه المطاوعة. و أما إذا أنشأ بلفظ اشتریت أو تملکت، فلا مانع من تقدیمه علی الايجاب فابتداءً یقول مشتری اشتریت منک المتاع الفلانی بكذا درهم، فیقول البائع قبلت أو بعث کما ان النکاح أيضاً یمکن إنشاؤه من طرف الزوج. فیقول الزوجة أتزوجک فی المدة المعلومة بمبلغ کذا. فإذا قالت قبلت یتم النکاح و هو منصوص.

و بالجمله کما أن البائع یملک مشتری شیئاً و یتملک منه شیئاً آخر، کذلک مشتری، و القول - أن التملیک من أحد الطرفين ضمنی و من الاخر استقلالی - لا وجه له فالفرق بین البیع و الشراء انما هو بیناه من أن غرض البائع لابد و أن یتعلق بالمال و غرض مشتری إنما یتعلق بشخص المبیع و أما إذا کان غرض کل منهما متعلقاً بحفظ المالیه أو بشخص العوضین فلا تكون المبادلة بیعاً و إنما هی معاوضة اخرى و هكذا الحال فی الاجارة فغرض المؤجر لابد و أن یتعلق بالمالیه و غرض المستأجر یتعلق بالانتفاع بالعين و إلا فلا تصدق الاجارة.

۱. یادم می آید کسی می گفت ما خدمت آشیخ کاظم شیرازی^{رحمته} از علمای نجف می رفتیم و گاهی سید خوبی^{رحمته} کتاب مکاسب را نزد ایشان می برد و مطالبی را مطرح می کرد. این جا هم که می فرماید: «لم یفهمه جماعة آخرون» شاید ایشان هم جزء آنها بوده و فرموده ما هم نفهمیدیم.

۲. إن قلت: قبول مشتری به نحو شرط متأخر تأثیر می گذارد؛ یعنی با قبول مشتری کشف می شود بیع از همان لحظه ایجاب مؤثر بوده است. قلت: تأثیر قبول مشتری به نحو شرط متأخر نیست بلکه همزمان است و قبل از قبول مشتری هیچ اثری مترتب نمی شود.

قبول با دلالت مطابقی دال بر تملیک بایع است و با دلالت غیر مطابقی و به نحو ضمنی یا تبعی دال بر تملیک مشتری است. پس دلالت مطابقی الفاظ ایجاب و قبول بر این است که بایع مبیع را به مشتری تملیک می‌کند و دلالت غیر مطابقی آن (دلالت ضمنی یا تبعی) بر این است که مشتری ثمن را به بایع تملیک می‌کند. فرقی هم نمی‌کند ایجاب مقدم باشد یا قبول.

اگر مراد شیخ این احتمال باشد پاسخش این است که بیع رهین کیفیت عالم اثبات و دلالت نیست و ربطی به نحوه دلالت ندارد، آیت آن این است که در معاطاة اصلاً لفظی وجود ندارد تا دلالت مطابقی و غیر مطابقی داشته باشد - و اگر داشته باشد با یک تمخلی می‌توان پذیرفت - در حالی که بایع و مشتری در معاطاة معلوم است. پس بیع، بایع، اشتراء و مشتری اموری ثبوتی است و با معیارهای ثبوتی باید «بایع و مشتری» و «بیع و شراء» را تشخیص داد و ربطی به عالم دلالت و اثبات ندارد. معیار اثباتی فقط می‌تواند کاشف از ثبوت باشد و به تعبیر دیگر اگر عالم دلالت الفاظ و حتی اشارات را کنار گذاشته و به عالم ثبوت نگاه کنیم باز «مشتری و بایع» و «بیع و شراء» صرف نظر از کیفیت عالم اثبات دو چیز است. پس این ملاک، ملاک درستی برای تمییز «بایع از مشتری» و «بیع از شراء» نیست.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی