



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه‌ی هشتاد و یکم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۳/۲/۲

فرض دوم آن است که متعاطیین قصد تملیک کرده و می‌خواهند بیع انجام دهند، آیا در چنین فرضی نیز تمام شروط بیع بالصیغه لازم الرعایة است؟
مرحوم شیخ در این فرض سه احتمال ذکر می‌کنند:

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثة)، ج ۳، ص ۶۷:

و أمّا علی المختار: من أنّ الکلام فیما قصد به البیع، فهل یشرط فیہ شروط البیع مطلقاً، أم لا کذلک، أم ینتئی علی القول بإفادتها للملک، و القول بعدم إفادتها إلّا الإباحة؟ وجوه:

یشهد للأول: كونها بیعاً عرفاً، فیشرط فیها جمیع ما دلّ علی اشتراطه فی البیع.

و یؤیّده: أنّ محلّ النزاع بین العامّة و الخاصّة فی المعاطاة هو: أنّ الصیغة معتبرة فی البیع كسائر الشرائط، أم لا؟ كما یفصح عنه عنوان المسألة فی كتب كثيرٍ من الخاصّة و العامّة فما انتفی فیہ غیر الصیغة من شروط البیع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشارکاً له فی الحكم؛ و لذا ادّعی فی الحدائق: أنّ المشهور بین القائلین بعدم لزوم المعاطاة: صحّة المعاطاة المذكورة إذا استکملت شروط البیع غیر الصیغة المخصوصة، و أنّها تفید إباحة تصرف کلّ منهما فیما صار إلیه من العوض.

و مقابل المشهور فی کلامه، قول العلّامة رحمه الله فی النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا یكون کلامه موهماً لثبوت الخلاف فی اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البیع.

و یشهد للثانی: أنّ البیع فی النصّ و الفتوی ظاهر فیما حکم فیہ باللزوم، و ثبت له الخيار فی قولهم: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا»، و نحوه. أمّا علی القول بالإباحة، فواضح؛ لأنّ المعاطاة لیست علی هذا القول بیعاً فی نظر الشارع و المتشرّعة؛ إذ لا نقل فیہ عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع علیه فی مقام، فنحمله علی الجری علی ما هو بیع باعتقاد العرف، لاشتماله علی النقل فی نظرهم، و قد تقدّم سابقاً فی تصحیح دعوی الإجماع علی عدم كون المعاطاة بیعاً بیان ذلك.

و أمّا علی القول بالملک، فلأنّ المطلق ینصرف إلی الفرد المحکوم باللزوم فی قولهم: «البیعان بالخیار»، و قولهم: «إنّ الأصل فی البیع اللزوم، و الخيار إنّما ثبت لدلیل»، و «أنّ البیع بقول مطلق من العقود اللازمة»، و قولهم: «البیع هو العقد الدالّ علی کذا»، و نحو ذلك.

و بالجملة، فلا یبقی للمتأمل شکّ فی أنّ إطلاق البیع فی النصّ و الفتوی یراد به ما لا یجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخیار أو بتقایل.

۱. شروط بیع بالصیغه مطلقاً لازم الرعاية است.

۲. شروط مشکوکه مطلقاً لازم الرعاية نیست.

۳. مبتنی است بر این که معاطات مفید إباحه است یا ملک؟

در صورتی که اثر معاطات با فرض این که متعاطین قصد ملک کرده‌اند إباحه باشد، طبق قاعده باید معاطات فاسد باشد؛ زیرا شارع علی الفرض بیع بدون لفظ را صحیح ندانسته و آن را باطل اعلام کرده است، نهایت این که إجماع وجود دارد إفاده‌ی إباحه می‌کند. إجماع هم چون دلیل لُبّی است به مقدر متیقّن آن أخذ می‌شود؛ زیرا لفظی وجود ندارد که بر مورد مشکوک منطبق باشد تا به اطلاق آن تمسک کنیم. بنابراین اگر معاطات واجد تمام شروط بیع بالصیغه باشد می‌توانیم بگوییم إجماع وجود دارد که مفید إباحه است، اما اگر فاقد شرط مشکوکی باشد دیگر نمی‌توانیم ادعای إجماع بر إفاده‌ی إباحه کنیم، لذا طبق قاعده چنین معاطاتی فاسد بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نمی‌باشد؛ زیرا علی الفرض شرط صحت بیع، لفظ است و معاطات فاقد لفظ بوده و تنها راه ثبوت إباحه - یعنی اجماع - نیز مفقود می‌باشد، لذا به مقتضای جریان استصحاب عدم نقل و انتقال و عدم تحقق معامله و این که اصل در معاملات فساد است حکم به فساد چنین معاطاتی می‌شود.

فرض سوم آن است که معاطات مفید ملک متزلزل باشد، آیا در این فرض نیز لازم است واجد تمام شرایط بیع بالصیغه باشد؟

در این فرض نیز از آن جا که چنین معاطاتی بلاشبهه در نزد عرف بیع است و شارع هم تصرفی در آن نکرده - بر خلاف ادعای بعضی - نهایت این که فرموده اگر فاقد لفظ بود مفید لزوم نیست، پس أدله‌ای که بیان می‌کند بیع باید فلان شروط را داشته باشد؛ مثلاً روایتی که بیان می‌کند **نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر** شامل چنین معاطاتی می‌شود و ادعای این که روایت [از بیع مفید ملک غیر لازم منصرف بوده] و به بیعی که

و وجه الثالث: ما تقدّم للثانی علی القول بالإباحة، من سلب البیع عنه، و للأوّل علی القول بالملک، من صدق البیع علیه حیثینذ و إن لم یکن لازماً.

و یمكن الفرق بین الشرط الذی ثبت اعتباره فی البیع من النصّ، فیحمل علی البیع العرفی و إن لم یفد عند الشارع إلّا الإباحة، و بین ما ثبت بالإجماع علی اعتباره فی البیع بناءً علی انصراف «البیع» فی کلمات المجمعین إلی العقد اللازم.

و الاحتمال الأوّل لا یخلو عن قوّة؛ لكونها بیعاً ظاهراً علی القول بالملک كما عرفت من جامع المقاصد، و أمّا علی القول بالإباحة؛ فلأنها لم تثبت إلّا فی المعاملة الفاقدة للصیغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً.

مفید ملکیت لازمه است انصراف دارد ادعای قابل قبولی نیست. بنابراین طبق این مبنا نیز اگر معاطات فاقد بعض شروط معتبر در عقد لفظی بود صحیح نمی‌باشد و طبق قاعده محکوم به فساد است.

إن قلت: شروط معتبر در بیع بالصیغه دو قسم است؛ بعضی را عرف و عقلاء معتبر دانسته و شارع هم امضاء فرموده و بعضی را شارع خود تأسیس کرده و شرط صحت قرار داده است. اگر معاطاتی فاقد شرطی که اعتبارش به حکم عقلاء و عرف است باشد این حرف درست است که طبق قاعده محکوم به فساد است؛ چون معاطات فاقد آن شرط عرفی و عقلانی اصلاً بیع نیست یا بیع صحیح عرفی نیست، لذا باطل بوده و اثر بر آن مترتب نمی‌شود. ولی اگر معاطاتی فقط فاقد شرطی که شارع تأسیس کرده باشد از آنجا که عرفاً دخیل در صدق بیع نیست مشکلی برای صحت آن ایجاد نمی‌کند؛ زیرا معاطات با فقدان آن شرط هم عرفاً بیع بوده و شارع آن را امضاء کرده است.^۱

قلت: شارع که مثلاً شرط عدم غرر را تعبداً برای بیع جعل کرده، موضوع آن را بیع عرفی قرار داده و به اطلاق کلامش فرموده هر بیعی مشروط به عدم غرر است و علی الفرض معاطات هم بیع است، پس تعبداً و به حکم شارع مشروط به عدم غرر بوده و هیچ دلیلی که موجب انصراف اطلاق شارع از مثل معاطات شود وجود ندارد.

بنابر **إفاده‌ی إباحه** نیز اگر معاطاتی فاقد شرط تأسیسی شارع باشد محکوم به بطلان است؛ زیرا همان‌طور که بیان کردیم دلیل بر **إفاده‌ی إباحه**، إجماع است که چون دلیل لَبّی است به قدر متیقن اکتفاء می‌شود و در موارد مشکوک نمی‌توان به اجماع استناد کرد؛ چون إجماع مذکور در کلمات علماء در مورد **إباحه‌ی با فقدان این شرط ثابت نیست**، لذا طبق قاعده محکوم به بطلان است.

إن قلت: شروطی که با دلیل لَبّی مانند اجماع برای بیع ثابت شده و ثبوت آن برای معاطات مشکوک است، از آنجا که دلیل لَبّی به قدر متیقن آن أخذ می‌شود و قدر متیقن بیع بالصیغه است، پس معاطات فاقد چنین شرطی را می‌توان حکم به صحت کرد. بنابراین باید تفصیل داد و گفت شروطی که با إجماع برای بیع ثابت شده، رعایت آن در معاطات لازم نیست، ولی شروطی که با دلیل لفظی برای بیع ثابت شده، رعایت آن در معاطات لازم است.

۱. به عبارت دیگر دلیلی نداریم که شارع چنین شرطی را برای معاطات نیز جعل کرده و شاید به بیع بالصیغه اختصاص داده است.

(امیرخانی)

قلت: اگر دلیل شرطیت شرطی اجماع باشد گرچه نمی‌توان آن را برای موارد مشکوک ثابت نمود، ولی از آن‌جا که اصل معاطات احتیاج به تصحیح دارد و تصحیح آن باز به اجماع بوده و در نتیجه به قدر متیقن اکتفاء می‌شود، پس معاطات فاقد چنین شرطی تصحیح نمی‌شود. به عبارت دیگر چون مدرک تصحیح اصل معاطات نیز اجماع می‌باشد و اجماع بر صحت معاطات فاقد چنین شرطی وجود ندارد، طبق قاعده حکم به بطلان آن می‌شود.

اگر هم مدرک تصحیح معاطات، نه اجماع بلکه صدق بیع بر آن باشد، در این فرض دیگر شک نمی‌کنیم که مشمول اجماع بر شرطیت آن شرط می‌باشد؛ چون اجماع قائم شده که هر بیعی باید واجد آن شرط باشد و احتمال فرق بین بیع لفظی و بیع معاطاتی وجود ندارد.

آیا در معاطات خیار جاری است؟

مرحوم شیخ در تنبیه اول این مطلب را نیز در ضمن مطرح کرده که آیا در معاطات هم خیار جاری است یا خیر؟

بنابر مبنای مختار که معاطات مثل عقد لفظی است و فعل دالّ بر انشاء و قبول عملکرد لفظ را دارد، طبیعی است تمام شروط معتبر در بیع لفظی در معاطات نیز لازم الرعایه است و تمام خیاراتی که برای بیع لفظی ثابت است، مانند خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تأخیر - البته اگر تأخیر در معاطات قابل تصور باشد که ان شاء الله در تنبیه بعدی بیان خواهیم کرد - و ... در بیع معاطاتی نیز وجود دارد.

اما طبق مبانی دیگر آیا خیار در معاطات جاری است یا نه، شاید در آینده متعرض آن شویم.

تنبیه دوم: آیا معاطات با إعطاء از جانب واحد محقق می‌شود؟

متیقّن از معاطات آن است که تعاطی بالفعل از طرفین انجام شود؛ یعنی مشتری ثمن را إعطاء کرده بایع آن را أخذ کند و بایع مبیع را إعطاء کرده مشتری آن را اخذ کند. مشهور چنین معاطاتی را مفید إباحه و محقق ثانی بیتّه مفید ملک متزلزل دانسته و ما گفتیم مثل بیوع لفظیه بوده و مفید ملک لازم است.

مرحوم شیخ در تنبیه دوم^۱ این مسأله را مطرح کرده که اگر اعطاء از جانب واحد بود و طرف دیگر فقط

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۷۴.

الأمر الثانی إنّ المتیقّن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطی فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة فی کلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما یوجب إباحة الآخر أو ملکیتّه، فلا یتحقّق المعاوضة ولا الإباحة رأساً؛ لأنّ کلّاً منهما ملکٌ أو مباح فی

أخذ کرد آیا معاطات محقق شده و موجب حصول إباحه یا ملکیت - کلّ علی مبناه - برای هر دو طرف می‌شود؟

ربما يقال: اگر اعطاء فقط از جانب واحد بود؛ مثلاً بایع کتاب را تحویل داد ولی مشتری ثمن را تحویل نداد - فرض آن است که معامله به صورت نقد است نه نسیه - نه إباحه طبق مبنای مشهور محقق شده و نه ملکیت طبق مبنای دیگر؛ زیرا فرض آن است که بایع إباحه یا تملیک بالعوض کرده؛ نه إباحه یا تملیک مطلق، لذا چون عوض آن را دریافت نکرده، مشتری نمی‌تواند در کتابی که أخذ کرده تصرف کند و مانند آن است که در بیع لفظی بایع ایجاب را إنشاء کرده ولی مشتری قبول را إنشاء نکرده باشد یا مشتری قبول را قبل از ایجاب ابراز کرده، ولی بایع ایجاب را إنشاء نکرده است.

اما عدّه‌ای از متأخری المتأخرین (یعنی بعد از علامه و شهید اول علیهما السلام) که این دو بزرگوار نسبت به قدما از متأخرین محسوب می‌شوند) **تَبَعاً لِلشَّهِيدِ** در دروس^۱ گفته‌اند: معاطات با إعطاء یک طرف هم حاصل می‌شود؛ چرا که با إعطاء بایع و أخذ مشتری یا بالعکس، هم ایجاب محقق می‌شود و هم قبول (بنابر آن که مشتری به أخذ قصد قبول کند). إعطاء مبیع از جانب بایع ایجاب است و أخذ مشتری قبول یا اگر مشتری ثمن را ابتدا إعطاء می‌کند إعطاء مشتری قبول مقدم است و أخذ بایع ایجاب مؤخر است. بنابراین با تحقق ایجاب و قبول، معاطات محقق می‌شود، هرچند معاطات به معنای لغوی و عرفی آن یعنی إعطاء طرفین محقق نشده است، ولی این مهم نیست؛ چون لفظ معاطات نه در قرآن کریم و نه در روایات وارد نشده و بما هو لفظٌ معقد إجماع هم نیست. پس همین که حقیقت معاطات - ایجاب و قبول - محقق شده کفایت می‌کند و بر عهده‌ی طرف مقابل است که ثمن یا مبیع را إعطاء کند و إعطاء طرف مقابل بعد از تحقق ایجاب و قبول، إنشاء دوباره نیست، بلکه وفاء به بیع است.

مقابل ملکیت الآخر أو إباحته، إلا أن الظاهر من جماعة من متأخری المتأخرین تبعاً للشهيد في الدروس جعله من المعاطاة، ولا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاة، لكن هذا لا يقدح في جریان حکمها عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكل بيع فعلي، فيكون إقباض أحد العوضين من مالکة تمليکاً له بعوض، أو مبيحاً له به، و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحة له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد.

۱. *الدروس الشرعية في فقه الإمامية*، ج ۳، ص ۱۹۲.

و من المعاطاة أن يدفع إليه سلعة بثمن يوافق عليه من غير عقد، ثم تهلك عند القابض فيلزم الثمن المسمى و شبهها اقتضاء المدين العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاك، و إلا فله سعر يوم القبض، و لا يحتاج إلى عقد. و ليس لهما الرجوع بعد التراضي. و لا الكتابة حاضراً كان أو غائباً. و يكفي لو تعذر النطق مع الإشارة.

و الحمد لله رب العالمين

مقرر: عبدالله اميرخانى