



تقریرات درس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۳

جلسه ی دهم؛ یکشنبه ۹۳/۷/۶

هیأت صیغ عقود

در مورد هیأت صیغ عقود - چه هیأت افرادی و چه هیأت ترکیبی - نیز مسائلی مطرح شده است از جمله اعتبار ماضویت، شرطیت تقدیم ایجاب بر قبول و

اعتبار ماضویت

جناب شیخ رحمته الله می فرماید: «المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «اشتر مني»؛ مشهور همان طور که غیر واحدی گفته اند قائلند که عقد باید به صیغه ی ماضی باشد، علامه رحمته الله هم در تذکره^۱ ادعای اجماع کرده که ببع به لفظ «أبيعك» و «اشتر مني»^۲ واقع نمی شود. وقتی عقد به صیغه ی مضارع و امر واقع نشود دیگر به طریق اولی با جمله ی اسمیه مثل «أنا بائع» واقع نخواهد شد.

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۳۸:

مسأله: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «اشتر مني» و لعله لصراحته في الإنشاء؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد، و الأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

۲. تذكرة الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۰، ص ۸:

و يشترط أمور: الأول: تقديم الإيجاب على الأقوى ... الثاني: الإتيان بهما بلفظ الماضي، فلو قال: أبيعك، أو قال: أشتري، لم يقع إجماعا، لانصرافه إلى الوعد.

۳. در مصدر «أشتري» آمده است.

اجماعی که جناب علامه ادعا کرده به نظر می آید اجماع تبعیدی نیست که کاشف از قول معصوم باشد بدین جهت شیخ رحمته می خواهد آن را مدلل کند و می فرماید: شاید این فتوا به خاطر آن است که صیغه‌ی ماضی صراحت در انشاء دارد به خلاف مضارع و مستقبل که بیشتر شبیه به وعده است تا انشاء و به خلاف امر که استدعا است؛ نه ایجاب؛ زیرا وقتی بایع به مخاطب می گوید «اشتر منی هذا الكتاب» در واقع تقاضا می کند که کتاب را از وی بخرد و این ایجاب نیست.

وجه دیگر این که قصد انشاء در مستقبل خلاف متعارف است. شاید مراد شیخ رحمته از این وجه آن است که انشاءات به صیغه ماضی متعارف است و وقوع آن به صیغه مضارع - و به طریق اولی به صیغه امر - خلاف متعارف است.

در مقابل مشهور، به قاضی ابن برّاج^۱ در کتاب کامل^۲ و مهذب^۳ نسبت داده شده که ماضویت را شرط نمی داند. مرحوم شیخ در تعلیل کلام ابن برّاج می فرماید شاید به خاطر اطلاق کریمه‌ی «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و عموم کریمه‌ی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» باشد؛ چراکه این آیات شریفه هرچه را که عرفاً بیع،

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۱۳۸:

و عن القاضي في الكامل والمهذب: عدم اعتبارها؛ ولعله لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود، وما دلّ في بيع الآبق واللبن في الضرع: من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه في النكاح ولا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام، فتأمل.

✓ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ۵، ص ۵۳:

مسألة: ولا بدّ من الإتيان فيها بلفظ الماضي، مثل أن يقول: بعتك هذا بكذا فيقول المشتري: اشتريت، ولو أتى بلفظ الأمر أو الاستفهام لم يقع اختاره الشيخ، وابن حمزة.

و قال ابن البرّاج في الكامل: لو قال المشتري: بعني هذا فقال البائع: بعتك انعقد. وفي المهذب: لو قال المشتري: بعني هذا فيقول البائع: بعتك صح.

۲. کتاب کامل الفقه در دسترس نمی باشد.

۳. المهذب (لابن البرّاج)، ج ۱، ص ۳۵۰:

فان باع من غيره شيئاً ولم يجر بينهما من القول ما يقتضى الإيجاب والقبول، «مثل أن يقول البائع للمشتري قد بعتك هذا ويقول المشتري قد اشتريته أو قد قبلت ذلك أو أوجبت على نفسي، أو يقول المشتري بعني [بعني] هذا فيقول البائع قد بعتك إياه» لم يصح البيع وكان فاسداً.

[ولی در جواهر الفقه تصریح می کنند که عقد منعقد نمی شود:]

✓ جواهر الفقه - العقائد الجعفریة، ص ۵۵:

مسألة: إذا قال المشتري للبائع: بعني بكذا، فقال البائع: بعتك هذا، هل ينعقد البيع أم لا؟
الجواب: لا ينعقد البيع بذلك، وإنما ينعقد بان يقول له المشتري بعد ذلك: قبلت أو اشتريت، لأن ما ذكرناه مجمع على ثبوت العقد، وصحته به، وليس كذلك ما خالفه، و من ادعى ثبوته وصحته بغير ما ذكرناه، فعليه الدليل، وأيضاً فالأصل عدم العقد، و على من يدعى ثبوته الدليل.

تجارت و عقد باشد امضاء می‌کنند.

از این عبارت شیخ استفاده می‌شود عرف خود را مقید به استعمال لفظ ماضی در عقود نمی‌بیند لذا با این اطلاقات و عمومات می‌توانیم صحت عقودی را که به غیر ماضی انشاء می‌شود اثبات کنیم. علاوه آن‌که روایاتی وجود دارد که از آن‌ها استفاده می‌شود در موارد خاصه مانند بیع عبد آبق و بیع لبن در ضرع انشاء به صیغه‌ی مضارع صحیح است، و نیز از فحوای روایاتی که در مورد نکاح وارد شده که لازم نیست به صیغه‌ی ماضی باشد استفاده می‌شود به طریق اولی در سایر عقود لازم نیست به صیغه‌ی ماضی باشد؛ چراکه شارع نسبت به عقد نکاح با شدت و ضیق بیشتری برخورد کرده است.

مرحوم شیخ بعد از ذکر نظر مشهور و نظر مقابل آن و نیز وجوه هر دو، نظر مقابل مشهور را که ماضویت شرط نباشد ترجیح داده و می‌فرماید: «و لا یخلو هذا من قوة» البته در صورتی که مضارع صراحت در انشاء داشته باشد به نحوی که احتیاج به قرینه در مقام نداشته باشد. در نهایت هم می‌فرماید «فتأمل» که یعنی حتی اگر مضارع صراحت در انشاء نداشته باشد با قرینه می‌تواند در انشاء به کار رود و مشکلی ندارد.

دفاع محقق نائینی رحمته الله از اعتبار ماضویت

در میان متاخرین کسی که کمر به یاری نظر مشهور بسته محقق نائینی رحمته الله است. ایشان در منیه الطالب^۱

۱. منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۰۸:

أقول وجه اعتبار الماضویة صراحة الفعل الماضی فی إنشاء العناوین به لأنه وضع للتحقق و الثبوت و لذا یستلزم المضى و وقوعه سابقا إذا كان المتکلم فی مقام الإخبار عن تحقق المبدأ عن الفاعل فإذا كان فی مقام إبداع المبدأ بالهیئة کقوله بعث کان صریحا فی تحقق الأمر الاعتباری بما هو آله و هذا بخلاف الفعل المضارع فإنه وضع لتلبس الفاعل بالمبدأ و هذا ملازم للتحقق لا أنه صریح فی ظهوره البدوی و إن کان تلبسه بالمبدأ حالا و لذا یتوقف الاستفادة الاستقبال عنه بسین و سوف إلا أن التلبس الحالی أيضا لیس صریحا فی التحقق بل لازمه كذلك لأنه فی معنی اشتغاله بإصدار المبدأ فاستعماله و قصد الإنشاء به دائر مدار القول بصحة الإنشاء بالکنايات

و بالجملة الفعل المضارع مع اسم الفاعل متحدان فی المعنی و إن کان بینهما ترتب فی النسبة فإنّ المضارع وضع لنسبة الفعل إلى الفاعل و بعد تحقق هذه النسبة یتصف الفاعل بأنه ممن صدر عنه الفعل و لذا یقال ضرب یضرب فهو ضارب و كما لا یصح إنشاء عناوین العقود و الإیقاعات باسم الفاعل فكذا لا یصح بالفعل المضارع فقوله أبيعک أو أطلقک أو أحررک بمنزلة قوله أنا البائع أنا المطلق أنا المعتق فی عدم کونهما آله لإنشاء العناوین بهما

نعم فی خصوص لفظ طالق دلّ الدلیل علی وقوع الإیقاع به و ممّا ذکرنا ظهر حال الأمر أيضا فإنه وضع لإلقاء نسبة المادة إلى الفاعل فإذا لم یکن من العالی فلیس إلا استدعاء و التماسا فقوله زوجنی نفسک لا یفید الإنشاء و إبداع علقه الزوجیة بل یفید الاستدعاء و طلب الإنشاء منه فحکمه حکم المضارع فکما أنه أشبه بالوعد فکذلک هو أشبه بالمقاولة و استدعاء الإیقاع

و الأخبار الواردة فی بیع الآبق الظاهرة فی کفایة قوله أشتري فی إنشاء العنوان بالفعل المضارع و الواردة فی باب النکاح و بیع المصحف كذلك محمولة علی أن لفظ المضارع وقع مقاولة لا أن به أنشأ المعاملة كما أن الأخبار الواردة فی النکاح الظاهرة فی کفایة الأمر فی الإنشاء محمولة علی

می‌فرماید: عقد جز به ماضی انشاء نمی‌شود؛ زیرا ماضی صریح است در انشاء عناوین به آن، به خاطر این که ماضی برای افاده‌ی تحقق و ثبوت وضع شده است؛ مثلاً «بعث» به معنای تحقق و ثبوت بیع است لذا اگر متکلم در مقام ایجاد مبدأ با هیئت ماضی «بعث» باشد این صریح است در ایجاد امر اعتباری که همان «بیع» باشد، به خلاف مضارع که برای تحقق و ثبوت وضع نشده بلکه برای تلبس فاعل به مبدأ - در زمان حال یا آینده - وضع شده که تحقق و ثبوت، بالملازمه از آن فهمیده می‌شود؛ مثلاً «أبیع» به معنای آن است که من متلبس به بیع می‌شوم و بالملازمه از آن فهمیده می‌شود که بیع محقق می‌شود. بنابراین مضارع مانند اسم فاعل است؛ یعنی همان‌طور که «بایع» به معنای «ذات متلبس بالبیع» می‌باشد «أنا أبيع» نیز یعنی «أنا أتلبس بالبیع» و صراحتی در تحقق و ثبوت بیع ندارد لذا نمی‌توان با آن انشاء بیع کرد کما این که با جمله‌ی اسمیه نیز محقق نمی‌شود؛ چون آن هم نهایت این که مفید تلبس است نه تحقق، با امر هم که معلوم است محقق نمی‌شود؛ زیرا همان‌طور که شیخ فرمود امر «استدعا» است.

و اما روایات خاصی که جناب شیخ رحمته الله فرمود در ابواب مختلف وجود دارد و از آن استفاده می‌شود که با مضارع و امر هم می‌توان انشاء کرد، با دقت در این روایات معلوم می‌شود مربوط به وعد، استدعا و مقاولات عقود است؛ یعنی صحبت‌هایی که قبل از عقد انجام می‌گیرد و انشاء قطعی نیست.

نقد کلام محقق نائینی رحمته الله

ذلک و یقید بما إذا وقع القبول بعد قوله زوجتکها لا أنه أنشأ النکاح بقوله یا رسول الله زوجنیها إن لم یکن لک بها حاجة و بالجملة المراجعة إلى رواية أبان بن تغلب و السهل الساعدي و غیرهما ممّا ورد فی باب شراء العبد الآبق و بیع المصحف و ما ورد عن أبی جعفر الباقر علیه السلام فی باب التزویج توجب القطع بأنّ الفعل المضارع و الأمر فی هذه الأبواب وقعا مقاوله و وعدا و استدعاء فاعتبار الماضویة لا إشکال فیہ.

✓ المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۸۳:

هل المعتبر فی الألفاظ أن تكون فی كل لغة بصیغة الماضی مثل (بعث) فی العربی و (فروختم) بالفارسی أو یصح بكل هیئة كانت و لو كانت بالمضارع أو اسم الفاعل أو الأمر وجهان: التحقیق هو الأول و ذلك لأن هیئة الماضی من كل لغة موضوعة لنسبة تحقیقیة اعنی لإيجاد نسبة تحقیقیة بین الفاعل و بین المادة و تلك النسبة معنی حرفی توجد بإيجاد موجدتها بتلك الهیئة فی موطن الاستعمال فان كان الغرض من إیجادها هو الحکایة عن النسبة الواقعة بین الفاعل و الحدث فی الخارج تدل علی وقوعها ای النسبة المحکیة عنها فی زمان متقدم علی الحکایة فی الزمانیات فتدل علی الزمان الماضی بالدلالة الالتزامیة العقلیة و ان كان الغرض إیجاد المادة التی هی معنی اسمی كالبیع فی وعاء وجودها و هو عالم الاعتبار یكون بالصراحة دالة علی إیقاعها هذا و اما المضارع فهو موضوع للنسبة التلبسیة فدلالته علی إیقاع المادة بها لا تكون علی نحو الصراحة بل هی علی نحو من الکنایة لكون التلبس بالشیء من لوازم تحقیقه لا نفس تحقیقه فلا یقع بها لما عرفت من عدم وقوع الإنشاء بالکنایة و لما كان مرتبة الاسم الفاعل متأخرة عن المضارع کما أن الأمر متأخر عن الجمیع حسبما فصل فی مبحث المشتق من الأصول فإذا لم یکن المضارع قابلاً لأن یقع به إنشاء العقود فعدم وقوعها باسم الفاعل و الأمر اولی.

همان‌طور که مکرراً بیان کرده‌ایم اطلاقات و عموماتی مانند «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» آنچه را که عرفاً بیع، تجارت و عقد است مورد تأیید و إمضاء قرار می‌دهد. اگر کسی به صیغهی مضارع إنشاء بیع کند؛ مثلاً بگوید این کتاب را به این قیمت می‌فروشم و مشتری بگوید قبول می‌کنم بلا شبهه عرف - خصوصاً عرف خارج از محدوده‌ی شرع؛ چراکه عرف متشرعه شاید متأثر از فتوای مشهور باشد که لازم می‌داند به صیغهی ماضی باشد - آن را بیع می‌داند و در نتیجه همان‌طور که شیخ فرمود اطلاقات و عمومات آن را إمضاء می‌کند. بله اگر اجماع قطعی کاشف از قول معصوم قائم شود که إنشاء باید به صیغهی ماضی باشد ملتزم می‌شویم، ولی چنین اجماعی وجود ندارد، لذا اطلاقات و عمومات محکم است.

و اما این‌که محقق نائینی رحمته الله فرمودند «ماضی صراحت در ثبوت و تحقق دارد ولی مضارع به معنای تلبس است و چنین صراحتی در ثبوت و تحقق ندارد» می‌گوییم اگر زمان دخیل در ماضی و مضارع باشد از حیث تحقق، ثبوت و تلبس تفاوتی با هم ندارند؛ ماضی إخبار از تحقق، ثبوت و تلبس به مبدأ است در زمان گذشته و مضارع إخبار از تحقق، ثبوت و تلبس به مبدأ است در زمان حال و آینده. بنابراین هر دو برای إخبار وضع شده‌اند و هیچ کدام صراحت در إنشاء ندارند. صیغهی ماضی با قرینه است که به معنای إنشاء می‌شود و قرینه همان است که محقق نائینی فرمود متکلم در صدد ایجاد مبدأ با هیأت ماضی «بعث» باشد و اگر چنین قرینه‌ای در مورد مضارع «أبیع» نیز وجود داشته باشد مثل «بعث» می‌شود و از این جهت تفاوتی با هم ندارند اگر نگوئیم مضارع اولی است! چون الان موجود می‌شود و من آن را ایجاد می‌کنم.

اما این‌که محقق نائینی رحمته الله در مورد روایاتی که صیغهی مضارع و امر در آن به عنوان إنشاء به کار رفته فرمودند مربوط به وعد، استدعا و مقاوله می‌باشد می‌گوییم بعض این روایات ظهور در آن دارد که صیغهی مضارع و امر در خود إنشاء و ایجاب مفادشان به کار رفته و به عنوان وعد، استدعا و مقاوله نیست. این روایات را بررسی می‌کنیم:

روایاتی که در آن مضارع و امر در إنشاء به کار رفته است

- صحیحهی رِفاعة النَّخَّاس:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ

رِفَاعَةَ النَّخَاسِ ١ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ قُلْتُ لَهُ أَيُّ صُلْحٍ لِي أَنْ أُشْتَرِيَ مِنْ
 الْقَوْمِ الْجَارِيَةَ الْآبِقَةَ وَأُعْطِيَهُمُ الثَّمَنَ وَأَطْلُبَهَا أَنَا؟ قَالَ: لَا يَصْلُحُ شِرَاؤُهَا إِلَّا أَنْ تُشْتَرِيَ
 مِنْهُمْ مَعَهَا ثَوْبًا أَوْ مَتَاعًا فَتَقُولَ لَهُمْ أُشْتَرِيَ مِنْكُمْ جَارِيَتَكُمْ فَلَانَةَ وَ هَذَا الْمَتَاعَ بِكَذَا وَ
 كَذَا دَرَاهِمًا فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ مِثْلَهُ. ٢

این روایت از لحاظ سند تمام است.

رِفَاعَةَ النَّخَاسِ می گوید: به امام کاظم علیه السلام عرض کردم: آیا می توانم جاریه ای که فرار کرده
 را از قوم بخرم و ثمن را به آنان إعطاء کنم و خودم جاریه را پیدا کنم؟ فرمودند: نه جایز
 نیست، مگر این که [ضمیمه ای به آن بکنی و] لباس یا متاعی را همراه جاریه از آنان بخری و
 بگویی: من از شما فلان جاریه و این متاع را به این مقدار درهم می خرم. اگر چنین کنی جایز
 است.

شاهد این جمله ی حضرت است که فرمودند «فَتَقُولَ لَهُمْ أُشْتَرِيَ مِنْكُمْ جَارِيَتَكُمْ فَلَانَةَ وَ هَذَا الْمَتَاعَ بِكَذَا وَ
 كَذَا دَرَاهِمًا» یعنی با فعل مضارع، قبول قبل از ایجاب جاری می کنی.

اما محقق نائینی رحمته الله می فرماید: این قبول قبل از ایجاب نیست، بلکه حضرت یاد می دهند که چنین مقاوله
 کند و جاریه را به ضمیمه ی متاع یا لباس بخرد.

احتمال این که این کلام مقاوله باشد وجود دارد، لذا اگر دلیل قائم شود ماضویت شرط است این روایت
 نمی تواند رد بر آن بوده و استثناء بزند.

– موثقه ی سماعه:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحَسَنِ عَنِ زُرْعَةَ عَنْ
 سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْعَبْدَ وَ هُوَ آبِقٌ عَنْ أَهْلِهِ قَالَ لَا يَصْلُحُ
 إِلَّا أَنْ يُشْتَرِيَ مَعَهُ شَيْئًا آخَرَ وَ يَقُولَ أُشْتَرِيَ مِنْكَ هَذَا الشَّيْءَ وَ عَبْدُكَ بِكَذَا وَ كَذَا فَإِنَّ

١. تاج العروس من جواهر القاموس، ج ٩، ص ٧:

و النَّخَاسُ، كَشْدَادٍ: بِنَاءُ الدَّوَابِّ، سُمِّيَ بِذَلِكَ لِخُسْبِهِ إِيَّاهَا حَتَّى تَنْشَطَ وَ قَدْ يُسَمَّى بِأَنْعِ الرَّقِيقِ نَخَاسًا.

٢. وسائل الشيعة، ج ١٧، كتاب البيع، باب ١١، ح ١، ص ٣٥٣.

لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْعَبْدِ كَانَ الَّذِي نَقَدَهُ فِيمَا اشْتَرَى مِنْهُ.

وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُمَانَ بْنِ عَيْسَى عَنْ سَمَاعَةَ مِثْلَهُ وَرَوَاهُ
الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَمَاعَةَ وَرَوَاهُ الْكَلِينِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ
نَحْوَهُ.^۱

[این روایت از لحاظ سند موثق می باشد].

سماعه از امام صادق علیه السلام نقل می کند که حضرت در مورد کسی که عبد آبق را از اهلسش
می خرد فرمودند: جایز نیست مگر این که همراه آن چیز دیگری نیز بخرد و بگوید: این شیء و
عبدت را به این مقدار می خرم. پس اگر نتوانست عبد را پیدا کند آن چه که داده در مقابل آن
شیئی است که خریده است.

این روایت از حیث دلالت بر این که مضارع می تواند در مقام إنشاء به کار رود به خاطر تبدیل «فتقول»
به «و يقول» - یعنی تبدیل فاء به واو - شاید کمی بهتر از روایت قبل است؛ چون حضرت در مقام تعلیم
چنین می فرماید «لَا يَصْلُحُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ مَعَهُ شَيْئًا آخَرَ وَ يَقُولَ اشْتَرِيَ مِنْكَ هَذَا الشَّيْءَ وَ عَبْدَكَ بِكَذَا وَ كَذَا»
ولی باز اگر فقط این روایت بود نمی توانستیم در مقابل دلیلی که ماضویت را اقتضا می کند به این روایت
اعتماد کنیم؛ زیرا ظهور در آن ندارد.

و الحمد لله رب العالمين

مقرر: عبدالله امیرخانی

۱. همان، ح ۲.