



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳

جلسه پنزدهم؛ شنبه ۹۳/۷/۱۹

نقد کلام شیخ رحمته

شیخ رحمته بعد از تقسیم الفاظ قبول بر سه قسم، فرمودند قبول در بیع اگر به الفاظی مانند «اشتریت»، «تملکت»، «ابتعت» و مانند آن و نیز به لفظ امر باشد می تواند مقدم بر ایجاب شود، اما اگر به لفظ «رضیت» و «قبلت» باشد نمی تواند مقدم شود؛ چراکه قبول در بیع صرف رضایت نیست تا گفته شود به امر مستقبل که می توان رضایت داشت، بلکه باید متضمن إنشاء نقل مال بالفعل به موجب باشد و این قبل از ایجاب ممکن نیست.

در نقد کلام جناب شیخ می گوئیم: اگر قبول در بیع باید متضمن إنشاء نقل بالفعل باشد باید در قبول به لفظ امر هم بگوئید نمی تواند مقدم شود؛ چون لفظ امر إنشاء نقل بالفعل ندارد، بلکه در لفظ «اشتریت»، «تملکت» و «ابتعت» نیز إنشاء نقل بالفعل و فی الحال به معنای دقیق کلمه وجود ندارد، زیرا این الفاظ در واقع به معنای «رضیت» و «قبلت» بیعک است و چیزی اضافه بر «رضیت» و «قبلت» ندارد.

ولی حقیقت آن است اصل این مطلب که قبول در مثل بیع باید متضمن إنشاء نقل فی الحال باشد درست نیست و اساساً زمان در ایجاب و قبول ملغی بوده و دخالتی در آن ندارد، اگر هم وجود داشته باشد به عنوان یک امر قهری است که خارج از ذات عقد می باشد. [همان طور که بارها گفته ایم] بایع با ایجاب خود، هم مبیع را به تملیک مشتری در می آورد و هم ثمن را از ملک وی خارج کرده و تملک می کند و مشتری فقط فعل وی را مطاوعه و قبول می کند. کار مشتری در مقابل کار بایع نظیر جسم قابل ارتجاعی

مانند موم است که نقش و تصویر مصور را که بر روی آن حک می‌کند می‌پذیرد؛ یعنی همان‌طور که فعلِ تصویر تماماً به مصور نسبت داده می‌شود و موم فقط پذیرش می‌کند، در بیع نیز نقل و انتقال ثمن و مثن را با بیع انجام می‌دهد و مشتری فقط پذیرش می‌کند. بلکه همان‌گونه که اگر موم نباشد مصور نمی‌تواند تصویرش را ایجاد کند در بیع نیز اگر مشتری قبول نکند با بیع نمی‌تواند نقل و انتقال را انجام دهد، ولی به هر حال این با بیع است که تملیک و تملک را انجام می‌دهد. بلکه بالملازمه و با تسامح می‌توانیم بگوییم مشتری مبیع را تملک و ثمن را به بیع تملیک کرده ولی این حقیقتاً فعل نیست، «فعل» عمل با بیع است و مشتری آن را پذیرفته است.

بنابراین این که جناب شیخ رحمته الله فرمودند قبول باید مشتمل بر نقل فی الحال توسط مشتری باشد می‌گوییم: اگر مقصودشان نقل مجازی است - در حد همان پذیرش - مانعی ندارد ولی اگر مقصودشان این است که مشتری هم باید به نوعی فعال باشد قابل قبول نیست و دلیلی بر آن وجود ندارد.

بعد از روشن شدن این مطلب که زمان در عقد دخالت ندارد و نقش مشتری فقط قبول است معلوم می‌شود تأخر زمانی قبول در عقد شرط نیست. اما تأخر رتبی چنان‌که در قبول و مطاوعه‌ی تکوینی وجود دارد و انفعال رتبه‌ی متأخر از فعل است - مانند کسرت الکوز فانکسر، علمته فتعلم، حرکت فتحرك و ... - آیا در انفعال و مطاوعه‌ی اعتباری هم شرط است یا نه؟ اگر تأخر رتبی در قبول اعتباری شرط باشد لازمه‌اش آن است که چون عقد لفظی یک امر تدریجی است پس قبول لفظی باید زماناً متأخر از ایجاب باشد.

با مراجعه‌ی به عرف و ارتکاز عقلایی که مرجع و معیار تشخیص عقد، بیع و تجارت می‌باشد معلوم می‌شود تأخر رتبی هم در مثل قبول بیع شرط نیست؛ زیرا اگر مشتری ابتدا انشاء قبول کند - حتی به لفظ «قبلت» - و مثلاً بگوید «قبول دارم فروش کتابت را در مقابل قلمم»، سپس با بیع بگوید «فروختم کتابم را به قلمت» ظاهراً شبهه‌ای نیست که در نظر عرف قرارداد منعقد شده و حالت منتظره‌ای ندارد.

بدین جهت می‌گوییم: قبول اگر ظهور در انشاء پذیرش بالفعل داشته باشد - نه اخبار از قبول آینده - و سپس با بیع ایجاب کند در صدق عقد و بیع کافی است. کما این‌که اگر قبول مقدم به لفظ امر باشد و مشتری بگوید «یعنی کتابک بقلمی» و قرینه باشد مقصودش از این عبارت انشاء پذیرش است نه فقط استیجاب و درخواست، کفایت می‌کند. از این‌جا روشن می‌شود اگر قبول به لفظ «اشتریت»، «ابتعت»، «تملکت»، «ملکت» و امثال آن انشاء شود و سپس با بیع ایجاب آن را محقق کند در صدق عقد و صحت بیع کافی می‌باشد.

آیا موالات بین ایجاب و قبول شرط است؟

مبحث مهم دیگری که مرحوم شیخ مطرح کرده آن است که آیا موالات بین دو رکن عقد یعنی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است یا خیر؟ اگر موالات - آن هم موالات ضیق - شرط باشد لازمه اش آن است برخی از معاملاتی که در آن بین ایجاب و قبول فاصله می شود باطل باشد، مانند معاملاتی که با ارسال نامه، پست الکترونیکی یا فرستادن قاصد - بدون آن که قاصد وکیل در انشاء باشد - انجام می گیرد یا در عقد نکاح که قابل بعد از ایجاب موجب ابتدا مثلاً برای تیمن و تبرک، حمد و ثنای الهی گفته آن گاه «قبلت» می گوید، در صورتی که موالات مطلقاً شرط باشد این فاصله مضر بوده و موجب بطلان عقد می باشد. البته ممکن است کسی موالات را شرط بداند اما فاصله در حد گفتن حمد و ثنای الهی یا گفتن مثلاً «یک لیوان به من آب بده» را مضر نداند؛ چراکه «موالات کل شیء بحسبه».

جناب شیخ رحمته می فرماید: ^۱ اولین کسی که موالات را شرط صحت عقد دانسته شیخ طوسی رحمته بوده در کتاب مبسوط ^۲ آن هم در باب خلع ^۱، سپس علامه ^۳، شهیدان ^۴، محقق ثانی ^۵، فاضل مقداد رحمته و دیگران مطرح

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۱۵۷:

و من جملة شروط العقد: المواتة بین إيجابه و قبوله ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و الشيخ المقداد. قال الشهيد في القواعد: المواتة معتبرة في العقد و نحوه، و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه، و قال بعض العامة: لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب: «الحمد لله و الصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها».

و منه: الفورية في استتابة المرتدة، فيعتبر في الحال، و قيل: إلى ثلاثة أيام. و منه: السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله. و منه: السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها، و كذا التشهد. و منه: تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة. و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة. و منه: المواتة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر، و المواتة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدة استؤنفت ليتوالى، انتهى.

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف، فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخلل بهيته الاتصالية؛ و لذا لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، و انضباط ذلك إنما يكون بالعرف، فهو في كل أمر بحسبه، فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما، و يجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان و القراءة.

۲. المبسوط في فقه الإمامية، ج ۴، ص ۳۶۲:

إذا طلقها بألف أو على ألف فقد طلقها طلاقاً بعوض ألف، و يقتضى أن يكون جوابه على الفور، فإن تراخى لم يصح أن يطلقها على ما طلبتا، فان طلق كان ابتداء طلاق من جهته، و يكون رجعياً. اللهم إلا أن يبتدئ فيقول أنتما طالقان على ألف، فحينئذ إن ضمننا ذلك على الفور طلقنا به، و إن لم تضمننا ذلك سقط كلامه.

هذا إذا تراخى جوابه و قبوله، فأما إن طلقها على الفور وقع الطلاق بائناً و استحق العوض و أى عوض يستحق؟ قيل فيه قولان: أحدهما مهر

کرده‌اند. کأنّ در میان قدما این شرط مطرح نبوده است. شهید اول رحمته در کتاب *القواعد و الفوائد* می‌فرماید: «الموالاته معتبره فی عقد و نحوه»، مراد از نحو عقد، مثل وضو و نماز است. ایشان می‌فرماید: منشأ لزوم

المثل علی کل واحدة منهما، و یسقط المسمی، و الثانی یجب المسمی یسقط ذلك علی مهر المثل، لكل واحدة منهما، فیأخذ منها بالحصه من مهر مثلها.

۱. کلام شیخ طوسی رحمته در باب خلع را شاید نتوان شاهد بر این دانست که ایشان معتقد است باید بین ایجاب و قبول موالات باشد؛ چراکه در طلاق خلع اگر بلافاصله قبول ذکر نشود تبدیل به طلاق رجعی شده و زوج مستحق عوض نخواهد بود. (امیرخانی)

۲. قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۰:

و یشرط: التنجیز، فلو علّقه لم یصح. و اتحاد المجلس، فلو قالت: زوجت نفسي من فلان و هو غائب فبلغه فقبل لم یعتقد. و کذا لو أحرّ القبول مع الحضور بحيث لا یعدّ مطابقا للإیجاب.

✓ قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۶۰:

و إذا قال: خلعتک علی کذا فلا بدّ من القبول إن لم یسبق السؤال، فإن سبق وجب أن یقع عقیبه بلا فصل.

۳. الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، ج ۳، ص ۱۹۱:

[شرائط الإیجاب و القبول] و یشرط فیهما التطابق ... و أولى بالطلان ما لو قال بعنکما العبدین بألف فقبل أحدهما بخمسائة، لأن الإیجاب لم یقع للقبول، إلاً علی نصف العبد قضیة للإشاعة. و لا یقدح تخلّل آن أو تنفس أو سعال.

✓ مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۶، ص ۹:

لما كانت الهیة من العقود اللازمة علی تقدیر اجتماع شرائط اللزوم اعتبر فیها ما یعتبر فی العقود اللازمة من الإیجاب و القبول القولیین العربیین و فوریه القبول للإیجاب بحيث یعدّ جوابا له، و غیر ذلك ممّا یعتبر فی العقود.

✓ مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۹، ص ۳۸۴:

قد تقرّر أنّ الخلع یشبه عقود المعاوضات أو هو من جملتها، لاشتمالها علی افتداء البضع بعوض مخصوص، و هو یقتضی لفظا دالّا علی إرادتها بذل ما تجعله عوضا، و لفظا منه یدلّ علی إباتها بذلك، فكان ذلك كالإیجاب و القبول فی العقود اللازمة و لو من طرف واحد، فإن ذلك لازم من طرفه إلی أن ترجع فی البذل. فلا بدّ من وقوعها متعاقبین بحيث یدلّ علی أن أحدهما جواب للآخر و التزام به. فإن تقدّم التماسها فقالت: طلقنی بألف مثلا، اعتبر کون جوابه لها علی الفور بحيث لا یتخلّلها زمان طویل و لا کلام أجنبي یوجب رفع ارتباط أحدهما بالآخر. و إن تقدّم لفظه فقال: خلعتک علی ألف مثلا، اعتبر التزامها للألف و قبولها لها عقیب کلامه كذلك. و متى حصل التراخی بینهما طویلا علی الوجه الذی بیناه لم یستحقّ عوضا، و وقع الطلاق رجعیّا، بمعنی کونه صحیحا خالیّا عن العوض.

۴. جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۵۹:

و یشرط وقوع القبول علی الفور عادة من غیر أن یتخلّل بینهما کلام أجنبي.

۵. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۲، ص ۲۴:

یشترط فیهما التطابق زمانا و معنی: أما الأول فان لا یتأخر القبول بحيث لا یعد جوابا، و لا یضر تخلّل آن و تنفس أو سعال.

۶. القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۲۳۴:

قاعدة ۷۳: الموالاته معتبره فی العقد و نحوه. و هو مأخوذ من اعتبار الاتصال بین الاستثناء و المستثنی منه. و قال بعض العامة لا یضر قول الزوج بعد الإیجاب: الحمد لله و الصلاة علی رسول الله، قبلت نکاحها.

و منه: الفوریه فی استتابه المرتد فتعتبر فی الحال. و قیل إلی ثلاثة أيام. و منه: السکوت فی أثناء الأذان إن کان کثیرا أبطله، و کذا الکلام عند طول الفصل. و منه: السکوت الطویل فی أثناء القراءة، أو قراءة غیرها خلالها. و کذا التشهد. و منه: تحریم المأمومین فی الجمعة قبل الركوع، فلو

موالات در عقد و نحو آن، این است که در میان عرف و عقلاء لازم است بین استثناء و مستثنی منه اتصال برقرار باشد؛ مثلاً زید در صورتی استثناء از «قوم» است که در کلام واحد گفته شده باشد «جائنی القوم الا زیداً» و الا اگر کسی بگوید «جائنی القوم» و دو روز بعد بگوید «إلا زیداً» عرف این را مخلّ می‌داند. یا اگر کسی اقرار کرد «لزید علیّ عشرة آلاف» در صورتی که بلافاصله بگوید «إلا خمس مائة» استثناء صحیح است، اما اگر بعد از دو روز گفت عرف آن را مخلّ دانسته و به عنوان نقض حرف قبلی حساب می‌کنند؛ نه این که مجموع کلام واحد باشد.^۱

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی

تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة. و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة. و منه: الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر، و الموالاة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدة استؤنف، ليتوالى الإنجاش، و قيل بينى.
۱. به گونه‌ای خاص مسأله‌ی استثناء و مستثنی منه تفسیر شده که خلاف ظاهر است.