



## تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه‌ی هشتاد و ششم؛ یکشنبه ۱۳۹۳/۲/۱۴

### چهار احتمال شیخ رحمته در تمییز بائع از مشتری در موارد عدم قرینه بر فعل و انفعال

احتمال اول<sup>۱</sup>: هر دو بائع و هر دو مشتری باشند. اما این که هر دو بائع باشند چون تعریف بیع «مبادله مال بمال» بر عمل هر دو صادق است؛ چراکه هر دو مالشان را مبادله کردند. و اما هر دو مشتری باشند آن هم چون تعریف اشتراء «ترک شیء و الأخذ بغيره» بر عمل هر دو صادق است، پس هر دو هم بائعند و هم مشتری.

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۷۷:

و لو لم یلاحظ إلاً کون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضیة، أو لوحظ القيمة في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطيا من غير سبق مقابلة تدلّ علی کون أحدهما بالخصوص بائعاً؛ ففي كونه بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كلّ منهما؛ بناءً علی أن البیع لغةً كما عرفت مبادلة مال بمال، و الاشتراء: ترک شیء و الأخذ بغيره كما عن بعض أهل اللغة فيصدق علی صاحب اللحم أنه باعه بحنطة، و أنه اشترى الحنطة، فيحث لو حلف علی عدم بیع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم، لا يترتب علیهما أحكام البائع و لا المشتري؛ لانصرافهما فی أدلّة تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفة البیع أو الشراء، فلا یعمّ من كان فی معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارین.

أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً؛ لصدق الموجب علیه، و شراءً بالنسبة إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً. أو كونها معاوضة مصالحة؛ لأنها بمعنى التسالم علی شیء؛ و لذا حملوا الرواية الواردة فی قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، و لی ما عندی» علی الصلح.

أو كونها معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة، و جوه. لا یخلو ثانيها عن قوّة؛ لصدق تعریف «البائع» لغةً و عرفاً علی الدافع أولاً، دون الآخر، و صدق «المشتري» علی الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

ولی این احتمال درست نیست؛ زیرا ما در تعریف بیع به جای «مبادله»، «تبدیل» بیان کردیم که فعل بایع است و «اشترای» انفعال آن تبدیل است. لذا چون در این جا نمی توان یکی را فعال و دیگری را منفعل تلقی کرد، پس بر هیچ کدام بایع یا مشتری صادق نیست.

**احتمال دوم:** هر کسی که ابتدا به اعطاء کرده بایع است؛ چون عرف او را موجب می داند و کسی که بعداً اعطاء می کند قابل و مشتری است.

این احتمال هم درست نیست؛ زیرا صرف این که کسی ابتدا به اعطاء می کند موجب نیست و چنان که خواهد آمد قابل هم می تواند ابتدا به اعطاء کند [یا در بیع بالصیغه] بگوید: من از الان آنچه را که تو در آینده انجام خواهی داد پذیرا هستم. عند العقلاء پذیرش قبل از ایجاب در اعتباریات شناخته شده است. علاوه آن که اگر هم زمان اعطاء کنند باز مشکل لا ینحل باقی می ماند و شاید این که مرحوم شیخ در آخر بعد از تقویت احتمال دوم می فرماید «فتدبر» اشاره به این مطلب باشد که اگر هم زمان اعطاء کردند آن وقت ملاک تمییز بایع از مشتری چیست؟

**احتمال سوم:** این که اصلاً این جا معاطات بیعی نیست و موجب و قابل ندارد، بلکه مصالحه‌ی معاطاتی است و هر دو مصالحه می کنند به این صورت که مثلاً یکی کتابش را به قلم طرف مقابل مصالحه می کند و طرف مقابل نیز قلمش را به کتاب وی مصالحه می کند.

این احتمال نیز صحیح نیست زیرا:

اولاً: مصالحه هم احتیاج به موجب و قابل دارد و هر دو نمی توانند عنصر فعال باشند، لذا باز این سؤال باقی می ماند که کدام موجب است و کدام قابل؟

ثانیاً: ماهیت صلح، إنشاء سازش است در حالی که این جا إنشاء سازش نکرده اند، بلکه روی مبادله عنایت دارند و مبادله می کنند نه سازش.

**احتمال چهارم:** معاوضه‌ی مستقلی است که تحت عناوین متعارفه نمی باشد. چنین معاوضه‌ای در میان عقلاء خصوصاً جامعه‌های بسیط که جنس را با جنس عوض کنند رایج است و تحت هیچ یک از عناوین شناخته شده مانند بیع، هبه، جعاله، مصالحه و ... هم قرار نمی گیرد.

این احتمال، احتمال خوبی است؛ زیرا معاوضه عند العقلاء شیء برأسهاست و نوعی معامله است که تحت عناوین شناخته شده قرار نمی گیرد و اگر هیچ اطلاق و عمومی نبود إلا همین سیره‌ی عقلائیه‌ی غیر

مردوعه کافی بود در امضاء و مشروعیت آن؛ زیرا امر رایجی است که متصلاً تا زمان معصوم علیه السلام بوده و شاید در آن زمان بیشتر هم بوده و ردعی از جانب شارع نرسیده، پس کشف امضاء می‌شود؛ چه رسد به آن که برای اثبات صحت آن می‌توان به عموماًتی مانند «تجارة عن تراض» بنابر این که بر این نوع معاوضه تجارت صادق باشد تمسک کرد و اگر کسی در صدق تجارت بر این نوع معاوضه مناقشه کرد کافست در اثبات صحت و لزوم آن، تمسک به عموم «أوفوا بالعقود».

### تنبيه چهارم: تقسیم معاطات به حسب قصد متعاطین

تنبيه چهارمی که جناب شیخ ذکر کرده و حاوی مطالب مهم و کاربردی است اختصاص به این امر دارد که معاطات به حسب قصد متعاطین در إعطاء مالشان به یکدیگر به اقسامی منقسم می‌شود. گرچه صور و انقسامات کثیری می‌توان برای مسأله فرض کرد، ولی شیخ علیه السلام بیش از چهار قسم مأنوس را بررسی نمی‌کنند و شاید به اقسام دیگر هم توجه داشتند و این که متعرض نشدند به این خاطر بوده که یا واقع نمی‌شود یا حکمش از آن چه در این جا ذکر فرمودند روشن می‌شود و دیگر نیازی به تطویل نیست. به هر حال چهار وجهی که مرحوم شیخ ذکر می‌کنند عبارتند از:

وجه اول<sup>۱</sup>: هر یک از متعاطین قصد مالشان را در قبال مال طرف مقابل تملیک کنند و طرف مقابل با أخذ خود آن مال را قبول کرده و متملک شود در ازاء آنچه را که به إعطاء کننده دفع می‌کند. پس در حقیقت آن کسی که اول اعطاء می‌کند موجب است و کسی که أخذ می‌کند قابل است و إعطاء دوم هیچ انشائی در بر ندارد، بلکه آنچه را که به ازاء تملک بر خود ملتزم شده دفع می‌کند.

لازم به ذکر است این که جناب شیخ ابتدا فرمودند: «هر یک از طرفین تملیک مالشان را در ازاء مال دیگری قصد کنند» خدمت ایشان عرض می‌کنیم طبق تعریفی که از بیع ارائه کردیم این بایع است که مالش

۱. کتاب المكاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۸۰:

الأمر الرابع: أن أصل المعاطاة و هي إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه:

أحدها: أن يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً و متملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تمليك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها، دفع العين الثاني خارج عن حقيقة المعاطاة، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة؛ و بهذا الوجه صححنا سابقاً عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين.

و مثله في هذا الإطلاق: لفظ «المصالحة» و «المساقاة» و «المزارعة» و «المواجرة» و غيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة، و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء، و في صحته تأمل.

را در قبال تملک مال مشتری تملیک می‌کند و مشتری فقط قبول می‌کند. بنابراین قصد تملیک مشتری به نحو تبعی است. این بیان با توضیح بعدی جناب شیخ هم بیشتر سازگاری دارد که اعطاء اول ایجاب است و أخذ آن قبول و بیع محقق می‌شود، سپس مشتری که عوض را می‌دهد انشاء قبول نمی‌کند، بلکه در حقیقت به آنچه که با أخذ ملتزم شده وفا می‌کند. بدین جهت بهتر بود جناب شیخ به جای عبارت «أن يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر» می‌فرمودند «أن يقصد أحدهما تمليك ماله بمال الآخر»؛ مگر این که مرادشان این باشد که مشتری تملیک تبعی می‌کند.

مرحوم شیخ سپس می‌فرماید: از آن جا که در این وجه با إعطاء و أخذ اول ایجاب و قبول محقق شده و بیع منعقد می‌شود اگر أخذ قبل از دفع مال خود بمیرد بر وراثت لازم است به عنوان وفای به معامله آن را به معطی تحویل دهند؛ چون بیع معاطاتی محقق شده و دیگر حالت انتظاریه‌ای نیست.

اطلاق معاطات بر چنین معامله‌ای همان‌طور که قبلاً بیان کردیم از این حیث است که معامله با عطاء انجام می‌شود نه با قول و إلا عطاء دوم دخیل در تحقق و انعقاد بیع نیست. کما این که در «مصالحه»، «مساقات»، «مزارعه» و «مؤاجره» هم که از باب مفاعله است این‌طور نیست که حتماً دو طرف عمل را انجام دهند، بلکه در مصالحه یکی صلح می‌کند و دیگری قبول می‌کند یا در مزارعه زارع است که زرع می‌کند و کسی که زمین را می‌دهد زرع نمی‌کند، ولی چون به هر حال طرف دیگر به نوعی دخیل است باب مفاعله به کار برده می‌شود. کما این که در رهن معاطاتی، قرض و هبه‌ی معاطاتی نیز عطاء از طرفین نیست، ولی با این حال معاطات بر آن اطلاق می‌شود و اصلاً گاهی معاطات بر معاملات اطلاق می‌شود که عطاء حتی از جانب واحد هم نیست مثل معاملات که با اشاره انجام می‌شود، هر چند مرحوم شیخ می‌فرماید «و فی صحته تأمل» ولی ما قبلاً بیان کردیم اگر اشاره واقعاً دلالت بر آن عقدی که قصد کرده‌اند داشته باشد با عموماً و نیز سیره‌ی عقلاء قابل تصحیح است.

**وجه دوم<sup>۱</sup>:** هر یک از متعاطین مالش را به دیگری تملیک کند به إزاء این که دیگری نیز مالش را به او

---

۱. همان، ص ۸۱:

ثانیها: أن يقصد كل منهما تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إياه، فيكون تمليكا بإزاء تمليك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، و المعاملة منقومة بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطة. و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة؛ لكون كل من المالكين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك من الأول؛ لأنه إنما ملكه بإزاء تمليكه، فما لم يتحقق تمليك الثاني لم يتحقق تمليكه، إلا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأول على نحو الداعي، لا العوض، فلا يقدح تخلفه.

تملیک کند و در حقیقت تملیک به إزاء تملیک باشد.

در صورت قبل تملیک به إزاء مال طرف مقابل بود که تملک می‌کرد، اما در این صورت تملیک در مقابل تملیک است و هر دو فعال می‌باشند. پس مقابله بین تملیکین است؛ نه ملکین و نتیجه‌اش آن است که اگر اولی تملیک کرد و دومی قبل از این که تملیک کند از دنیا رفت معاطات محقق نشده است.

مرحوم شیخ در این وجه مناقشه می‌کنند و می‌فرمایند: این وجه بعید از معنای بیع است؛ زیرا بیع «تملیک مال بمال» است و عوض در بیع مال است، در حالی که در این جا عوض «تملیک» است، لذا اقرب آن است که بگوییم هبه‌ی معوضه است؛ زیرا هر یک از دو مال بدون عوض است، ولی سپس می‌فرماید مشکل است که بگوییم هبه‌ی معوضه است؛ چون در هبه تملیک است مجاناً و ذات هبه مجانیت را دارد و اگر عوضی شرط شود خارج از حقیقت هبه است و به عنوان شرط لازم الوفاء می‌باشد. اما در ما نحن فیه فرض این است که تملیک به إزاء تملیک است و این با تملیک مجانی سازگار نیست؛ مگر این که بگوییم تملیک به إزاء تملیک نیست، بلکه هنگام تملیک اول، تملیک دوم به عنوان داعی لحاظ شده است؛ یعنی در حاق انشاء، تملیک در مقابل تملیک نیست، بلکه تملیک مجانی است تا طرف مقابل نیز انگیزه پیدا کند تملیک کند.

ولی اولی آن است که بگوییم چنین معامله‌ای یا مصالحه و تسالم بر امر معلوم است یعنی مصالحه‌ی تملیک است در قبال تملیک یا این که معاوضه‌ی مستقل است.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی