

بسم الله الرحمن الرحيم

ابتدای ترم دوم؛ ص ۱۶۰

آیا مبیع در زمان خیار، به واسطه عقد خیاری به ملک طرف مقابل در می‌آید یا خیر؟
مشهور: مبیع **یملک بالعقد** ولو عقد خیاری و ملکیت متزلزل (زیرا ذوالخیار می‌تواند ملکیت را از بین ببرد) باشد.
شیخ طوسی و محقق حلی و...: ملکیت در زمان خیار **متوقف بر انقضای خیار** است.
شیخ انصاری: کلام ایشان مطلق است و شامل **خیار مختص مشتری** نیز می‌شود.
علامه در تحریر: کلام محکی از شیخ طوسی، **خیار مختص مشتری** را نیز شامل می‌شود.

استدراک؛ مطابق عبارت شهید اول، **اطلاق کلام شامل خیار مختص مشتری نمی‌شود**، زیرا در مورد تملک مبیع به عقد یا بعد از انقضای خیار اختلاف نظر وجود دارد.

ماخذ و دلیل طرفین در این اختلاف نظر این است که کسانی که قائل به تملک به عقد هستند، می‌گویند **أن الناقل العقد و غرض از خیار جبران** برای ذوالخیار است و این منافاتی با ملکیت متزلزل ندارد.
در مقابل کسانی که **انقضای خیار** را موجب **تملك** می‌دانند، می‌گویند هدف از **تملك** است و در زمان **خیار تصرف** برای او **ممنوع** است. بنابراین ملکیت در زمان عقد اتفاق نمی‌افتد.

مرحوم شهید در دروس: چه بسا نظر **شیخ طوسی** این باشد که در صورتی که **خیار مختص** به خود **مشتری** باشد و بایع خیار نداشته باشد، مشتری در زمان خیار، **به واسطه عقد مالک** بشود. زیرا دلیل قائلین به قول دوم در این جا که بایع خیار ندارد، وارد نیست.

ظاهر کلام **ابن جنید:** حتی در جایی که **خیار مختص به مشتری** باشد، ملکیت متوقف بر **انقضای خیار** است.
شیخ انصاری: این کلام شهید اول از دو جهت گواه است بر **عدم توقف ملکیت مشتری بر انقضای خیار** نزد شیخ طوسی؛

۱-ر بما قطع...

۲- غایت ملک تصرف مالک (مشتری) است و در این جا **ذوالخیار** همان **مشتری** است.
البته اگر ماخذ (أن غاية الملك التصرف) را در نظر بگیریم، نزد غیر شیخ طوسی (البته غیر از ابن جنید) نیز اختلافی وجود ندارد، زیرا دلیل آنان در این جا که مشتری ذوالخیار است، نمی‌آید.

کلام **شیخ** در خلاف؛ عقد به **نفس ایجاب و قبول** ثابت است.

اگر **عقد** منعقد شده **مطلق** باشد (شرط خیار در آن نباشد) **به محض افتراق** از مجلس، عقد **لازم** می‌شود.
اما اگر عقد **مشروط** به خیار شرط شده باشد؛

- اگر خیار برای **طرفین** و یا **بايع** به تنهایی باشد، با **انقضای خیار**، مشتری با عقد متقدم مالک می‌شود (ظاهر در قول به کشف).

کانال صُدا @soda96

www.soda96.ir

- اگر خیار فقط برای **مشتری** باشد، ملکیت با بایع به **نفس عقد** زایل می‌شود، اگرچه مبیع بعد از انقضای خیار به مشتری منتقل می‌شود به واسطه همان عقد اول (ظاهر در کشف).
اشکال؛ در فرض فوق از زمان عقد تا انقضای خیار، مبیع **ملک بالمالک** است.
پاسخ؛ این فرض شبیه عقدی است که **مشتری اصیل** با **بایع فضولی** منعقد می‌کند. در آن جا نیز اگرچه مالک هنوز اجازه نداده، اما عقد از طرف مشتری اصیل **لازم** است اما در عین حال مبیع به ملک او منتقل نشده و بعد از اجازه مالک، **کشف** می‌کنیم این مبیع از زمان عقد به ملک مشتری منتقل شده است.
احتمالی دیگر در کلام شیخ **طوسی**؛ ایشان معتقد به همان سخن **مشهور** است و ایشان **نفی ملکیت لازم** کرده‌اند نه ملکیت متزلزل

ص ۱۶۴-۱۶۲

کلام شیخ **طوسی** در مبسوط

بیع به سه صورت ممکن است انجام شود:

- ۱- به نحو **مطلق** (شرط خیار در آن نشده باشد). در این صورت به نفس عقد، با **تفریق ابدان**، بیع **لازم** می‌شود.
 - ۲- **شرط لزوم** بیع به **نفس عقد** (شرط اسقاط خیار مجلس)، این شرط نیز **نافذ** است.
 - ۳- بیع **مقید به خیار شرط** باشد. در این صورت بیع با **انقضای خیار** لازم می‌شود.
- شیخ انصاری**: ظاهر کلام ایشان این است که **فرقی** میان خیار با بایع و مشتری وجود ندارد.
- شیخ طوسی** در باب **شفعه** سخن دیگری فرموده‌اند و میان خیار مختص مشتری و غیر آن **فرق** گذاشته‌اند بدین نحو که؛ اگر یکی از شرکا بخشی از مال خود را به **شرط خیار** بفروشد، اگر خیار برای **بایع** یا **هر دو** باشد، در این صورت **شریک با بایع** حق **شفعه** ندارد، زیرا حق **شفعه** وقتی ثابت می‌شود که **سهام با بایع** به مشتری منتقل شده باشد.
- اما اگر خیار اختصاص به **مشتری** داشته باشد، حق **شفعه** برای شریک ثابت است، زیرا سهام با بایع به محض **عقد** به ملک مشتری منتقل شده است.

اشکال؛ میان خیار **مجلس** و خیار **شرط** در دو باب **بیع** و **شفعه** تفاوت است.

شیخ طوسی: در مورد **زمان انتقال** ملک (در زمان خیار یا بعد از انقضای خیار)، میان این دو **تفاوتی** نیست.

شیخ انصاری: چه بسا همین کلام ایشان در باب **شفعه**، دلیل شهید اول در دروس بوده است.

ابن ادریس حلی: بر اساس **اصول** و قواعد به **نفس عقد**، بیع **لازم** می‌شود، اما شیخ طوسی از این نظر بازگشته‌اند.

شیخ انصاری: از برخی عبارات **مبسوط**، **سخن مشهور** (لزوم به نفس عقد) **استظهار** می‌شود؛

- استدلالات بر **منع تصرف در خیار** به اینکه **تصرف** طرف مقابل ذوالخیار در مبیع موجب **بطالان** خیار می‌شود. مثل **بیع**

احدالنقدین به شخص **ثالث** در مجلس عقد.

- استدلالات به این که متعاقبین می‌توانند در بیع **نقدین**، در همان مجلس **معامله دومی** را روی نقدین با یکدیگر انجام بدهند و است موجب از بین رفتن **خیار مجلس** و **لزوم عقد** می‌شود.

از این عبارت درمی‌یابیم شیخ طوسی **ملکیت** را به واسطه **عقد** می‌دانند.، زیرا **معامله دوم** در زمانی انجام شده که **خيار مجلس** وجود داشته و اگر ملکیت به انقضای خيار باشد، ملکیت هنوز حاصل نشده بود و... . ایشان در باب **هبه** فرموده واهب که حق **رجوع** در هبه را دارد، نمی‌تواند موهوب را **بفروشد** به حساب این که این بیع رجوع در هبه به حساب می‌آید، زیرا در هنگام بیع مالک آن نبوده‌است.

-اگر مشتری در زمان **خيار بايع**، مبيع را **رهن** بدهد، این رهن دادن موجب **بطلان خيار** است.

اگر شیخ **انصاری** سخن **مشهور** را قبول نداشت نباید استدلال به **عدم جواز تصرف به ابطال حق ذی‌الخيار** می‌فرمود، بلکه باید استدلال می‌کرد به این که مشتری که خيار ندارد اصلا مالک مبيع نشده‌است تا بتواند در آن تصرف کند. پس از این تعلیل به وجود مانع توسط شیخ **طوسی** در می‌یابیم ایشان **ملکیت** به نفس **عقد** را قبول دارند.

-مرحوم **بحرالعلوم** به شیخ طوسی نسبت داده که ایشان در جایی که احدالمتبایعین که خيار دارد **مفلس** باشد(مفلس ذوالخيار مجاز به اعمال خيار است)، قائل به سخن **مشهور** هستند. زیرا **اعمال خيار موجب ملک ابتدایی** نیست که مفلس نسبت به آن محجور باشد، بلکه **ملکیت** در **سابق** و از ابتدا به واسطه خود **عقد** محقق شده‌است.

شیخ **انصاری**: باتوجه به تتمه عبارت شیخ **طوسی**، این نسبتی که بحرالعلوم به شیخ طوسی داده خالی از اشکال نیست. **ابن سعید حلی** و **ابن جنید** نیز قائل به **انتقال ملک بعد از انقضای خيار** هستند.

ص ۱۶۴-۱۶۶

شیخ **انصاری**: **اقوی قول مشهور** است. به دلیل؛

۱-احل الله البیع؛ **عموم ادله حل البیع**

۲-**تجارة عن تراض**؛ اگر بیع بر اساس تراضی باشد، اکل مال به باطل نیست، لذا به نفس **عقد** ملکیت منتقل می‌شود، زیرا این دو آیه دلالت دارد عقد **علت تامه** برای جواز تصرف است.

۳-**البیعان بالخيار ما لم يفترقا**، کلمه خيار دلالت بر قول مشهور دارد، زیرا معنای **خيار**، **فسخ و رد ملک** است و این یعنی ثمن و مضمن ملک بايع و مشتری هست که می‌توانند آن را برگردانند.

۴-**روایاتی** که دلالت دارد بر **جواز نظر** به جاریه در زمان خيار، حلیت **تصرف**، حاکی از انتقال **ملکیت** از ابتدای عقد است.

اشکال؛ حلیت نظر به جاریه مثل حلیت وطی **مطلقه رجعیه** است(نفس تصرف در جاریه سبب حصول ملک است) که به واسطه وطی رجوع حاصل می‌شود.

لکن این مطلب در غایت بعد است، زیرا طلاق به سبب خاص نیاز داشت و قیاس آن با اینجا صحیح نیست.

۵-**بیع الخيار** (غرض اولیه از آن فروش خانه نیست، بلکه **نیاز به پول** است، لذا بايع شرط می‌کند که اگر تا مدتی معین بتواند

پول مبيع را پس بدهد، معامله را فسخ کند. ج ۵، ص ۱۳۹)؛ اگر مبيع در دست **مشتری** تلف شد، چه بعد از رد بايع باشد چه قبل

از آن، **تلف** بر عهده **مشتری** است، اگر **نمائی** هم داشته باشد برای **مشتری** است.

شیخ **انصاری**: باتوجه به این که **تلف و نماء** برای **مشتری** است، یعنی مبيع **ملک** اوست(در زمان خيار).

مگر این که؛

__ملتزم بشویم بیع به شرط خيار از باب شرط خيار نیست، بلکه از باب این است که بايع **انفساخ بیع به رد ثمن** را شرط

کرده است (یعنی با رد ثمن خودبه خود عقد منفسخ بشود). در این صورت اساساً **خیاری** وجود ندارد تا بگوییم ملکیت بعد از انقضای اختیار است یا در زمان اختیار. اما چنین احتمالی **بعید** است.

یا ملتزم بشویم که **نماء** در روایاتی که می فرماید در فرض بیع الخیار نماء برای مشتری است، نماء مبیع در **زمانی** است که بیع **لازم** بوده است، زیرا **دو مبنا** وجود دارد:

۱- **بعد از رد** مثل ثمن، تازه **خیار** برای بایع ثابت می شود و از ابتدای **عقد** تا زمان **رد** ثمن، بیع **لازم** بوده است.

۲- برخی از **ابتدای عقد**، **خیار** را برای بایع ثابت می دانند. این مبنا صحیح است، اگرچه حق **اعمال** خیار در زمان **رد ثمن** ثابت می شود.

اما بر اساس **روایات**، احتمال اول نیز **مردود** نیست؛ زیرا امام می فرماید **لا بأس** بهذا (بیع الخیار) این جاء بثمانها ردها علیه. شیخ انصاری:

۱- می توان به **اطلاق** روایت تمسک کرد و گفت روایت با صورتی که خیار از **ابتدا** ثابت باشد نیز **سازگار** است.

۲- **شیخ طوسی** که خود ظاهراً به توقف **ملکیت** بر **انقضای خیار** قائل است، هم در خیار متصل به عقد و هم در خیار منفصل از عقد این سخن را گفته اند.

ص ۱۶۶-۱۶۷

دلیل ششم

اخباری که درباره **بیع العینه** وارد شده است؛

بیع العینه: خرید مبیع **نسیئاً** و بیع آن در همان مجلس به خود بایع **نقداً**، اخبار دلالت دارد **ملکیت** در زمان **خیار** مجلس به مشتری **منتقل** شده است لذا او می تواند مبیع را در همان مجلس عقد اول به بایع بفروشد.

شیخ انصاری: این دلیل **صحیح** نیست، زیرا **بیع دوم مسقط خیار** مجلس است اجماعاً، حتی **شیخ طوسی** (که ملکیت در زمان خیار را قبول ندارند) نیز بیع مبیع به خود بایع اول را **جایز** می دانند اگرچه بیع آن در زمان خیار به **شخص ثالث** را **جایز** نمی دانند.

ممکن است عده ای بگویند؛ از برخی فقرات روایات بیع العینه **استیناسی** برای **صحت** مذهب **مشهور** می توان یافت.

شیخ انصاری: این **استیناس** نیز مورد قبول نیست، زیرا در ذیل بحث بیع العینه ذکر شد که چنین بیعی حتی نزد کسانی مثل **شیخ طوسی** که قائل به تحقق ملکیت بعد از انقضای خیار هستند، **جایز** است، زیرا همین که **توافق** بر بیع دوم کردند، خیار آن ها **لحظه ای** قبل از بیع **ساقط** می شود و **ملکیت** برای آنان **ثابت** می شود.

اشکال؛ یکی از شرایط صحت عقد این بود که شرط **مستلزم محال** نباشد. مثل شرط بیع مشتری به بایع (که دور پیش می آید و محال است؛ بیع مشتری متوقف بر مالک شدن و مالک شدن او متوقف بر بیع مشتری به بایع است).

نظیر چنین **دوری** در مانحن فیه نیز وارد است؛ **ملکیت مشتری** نسبت به مبیع اگر به نفس **بیع ثانی** حاصل می شود، در واقع ملکیت مشتری **متوقف** بر بیع ثانی است، از طرفی بیع **ثانی** نیز **متوقف** بر **ملکیت مشتری** است.

پاسخ؛ بیع **ثانی** متوقف بر **ملکیت** است، اما **ملکیت متوقف** بر بیع **ثانی** نیست، بلکه **توافق** و **تواطؤ** بر بیع ثانی برای تحقق

آن کافیست و لحظه‌ای قبل از بیع دوم خیار ساقط شده و ملکیت برای مشتری محقق می‌شود و بیع ثانی در ملک او انجام می‌شود.

اشکال؛ سوال سائل حاکی از این است که در زمان **خیار** مجلس هنوز **ملکیت** مبیع او که آن را فروخته، به مشتری **منتقل** نشده است، لذا چگونه مشتری می‌تواند آن را به خود من بایع بفروشد؟ پاسخ؛ چه بسا سوال سائل از این جهت است که همان مبنای شیخ طوسی در ذهن او نیز مرتکز بوده و پاسخ امام نیز مبتنی بر این است که بیع دوباره مبیع به خود بایع **جایز** است زیرا **نفس توافق** بر بیع دوباره، موجب **سقوط خیار** و ایجاد **ملکیت** برای مشتری است. بر فرض اگر این دلیل ششم را بپذیریم، نهایتاً فقط قول به **نقل** را می‌توان دفع کرد، نه قول به **کشف** زیرا بنابر این قول، ملکیت از ابتدا بوده است.

ص ۱۶۷-۱۶۹

دلیل هفتم بر تحقق ملکیت به واسطه نفس عقد

این دلیل نیز صحیح نیست.

بیان استدلال؛

طبق **اطلاق** روایت، از عبارت «إنما یشتريه منه بعد ما یملکه» اگر مشتری اول (دلال) مبیع را خریده باشد و در معامله **خیار** مجلس هم باشد و مشتری اول بخواهد در همان مجلس عقد اول مبیع را به نفر دوم بفروشد، این **جایز** است چراکه مشتری اول **مالک** شده است، بنابراین ملکیت به **عقد** است، نه **انقضای خیار**.

اشکال اول: ظاهر عبارت انتهای روایت، اشاره دارد به اینکه این معامله، از موارد «بیع ما لیس عندک» نیست، چراکه چنین بیعی در روایات نهی شده است. در واقع عبارت «بعد ما یملکه» اشاره دارد به **استیجاب و قطعی کردن عقد** با نفر اول، کما اینکه در اخبار دیگر نیز از بیع قبل از استیجاب **نهی** شده است؛ «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِي اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَ هَذِهِ الدَّابَّةَ بَعَيْنَهَا أُرِيحُكَ فِيهَا كَذَا وَ كَذَا قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ اشْتَرِهَا وَ لَا تُؤَاجِبُهُ الْبَيْعَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِيَهَا».

اشکال دوم: در چنین معاملاتی که فرد می‌خواهد پس از خرید مبیع، آن را به نفر دوم بفروشد، معمولاً این‌گونه است که **تفرق ابدان** حاصل می‌شود و معامله دوم در مجلسی دیگر انجام می‌شود، لذا از این روایت نمی‌توان استفاده کرد که ملکیت به نفس عقد محقق می‌گردد.

۱. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة ج ۱۸، ص ۵۲

پاسخ: بر فرض اگر انعقاد معامله دوم را نیز در مجلس اول بدانیم، همین که مشتری اول مبیع را در **معرض فروش** قرار بدهد این دلالت دارد بر **اسقاط خیار مجلس** چراکه بایع اول نیز در آن مجلس حضور دارد و از اعمال خیار ساکت است و سکوت دلالت بر **رضایت و اسقاط** خیار دارد.

اشکال سوم: بر فرض قبول این دلیل، نهایتاً قول به **نقل** را رد می‌کند نه قول به **کشف**، زیرا طبق قول به کشف نیز ملکیت از ابتدا وجود دارد و چه بسا فرمایش امام (بعد ما یملکه) اشاره به همان ملکیتی باشد که هنوز کشف نشده است.

دلیل هشتم

استدلالی که **علامه** برای اثبات قول **مشهور** ذکر کرده‌اند؛ استدلال به **روایاتی** که دلالت دارد مالی که همراه عبد خریداری شده است، همراه عبد به مشتری منتقل می‌شود (البته بنا بر این که برای عبد ملکیت قائل بشیم).

سه بیان از این روایت:

مطلقاً مال عبد مثل خود عبد ملک مشتری می‌شود.

در صورتی که مشتری در ضمن عقد شرط کرده باشد، مال عبد مثل خود عبد ملک مشتری می‌شود.

در صورت علم بایع به مال دار بودن عبد بدون آن که مال را استثنا بکند، مال عبد مثل خود عبد ملک مشتری می‌شود.

بنابراین روایاتی که دلالت دارد مالی که همراه عبد خریداری شده است، همراه عبد به مشتری منتقل می‌شود، بدون آن که روایات ملکیت را مقید به **انقضای خیار** کرده باشد، معلوم می‌شود از ابتدای عقد ملکیت ثابت بوده است، فثبت قول المشهور.

اشکال؛

۱- این روایات در مقام بیان این است که مال عبد داخل در شراء عبد است، اما در مقام بیان **زمان انتقال ملکیت** نیست.

۲- شیخ **طوسی** در موضوع این روایات که بحث عبد است، نظرشان **موافق مشهور** است و ملکیت را به نفس **عقد** ثابت می‌دانند، لذا این روایات، روایاتی نیست که بتوان از آن، معنایی مقابل سخن شیخ طوسی را استفاده کرد.

اشکال: خیار مختص مشتری، خیار **حیوان** است و **اطلاق** این روایات شامل صورتی که **بایع خیار شرط** کرده باشد نیز می‌شود و لذا **خیار بایع** را نیز شامل می‌شود.

پاسخ: این روایات در مقام بیان این است که مال عبد به همراه عبد به مشتری منتقل می‌شود و در مقام بیان این که آیا با **خیار شرط**، **ملکیت منتقل** می‌شود یا خیر، نیست.

ص ۱۶۹_ ۱۷۱

دلیل نهم از صاحب جواهر

آنچه مقصود متعاقدين بوده و تراضي بر آن واقع شده است، این است که ثمن و مثن در همان حال عقد انتقال پیدا کند، لذا این معامله از سه حال خارج نیست؛

— معامله از اصل باطل باشد، این احتمال خلاف اجماع و باطل است.

— معامله صحیح است اما نقل و انتقال بر خلاف قصد متعاقدين، از زمان انقضای خيار صورت می‌گیرد، این احتمال نیز باطل است، زیرا ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع

— طبق قصد متعاقدين، نقل و انتقال از حین عقد صورت می‌گیرد، این احتمال صحیح است، فثبت قول المشهور. شیخ انصاری: این دلیل ضعیف‌تر از دلایل ضعیف قبلی است.

مدلول عقد انتقال از حین عقد نیست، مدلول عقد مجرد انتقال ثمن و مثن است. البته قبول داریم که انشاء (عقد) علت برای تحقق منشأ (نقل و انتقال) است و طبیعتاً هنگام تحقق علت، منشأ نیز محقق می‌شود، اما این انشاء اعتباری است و مانعی ندارد برای تحقق منشأ شرطی در انشاء اعتباری گردد.

تاخیر تحقق منشأ از انشاء، مخالفت با داعی متعاقدين است نه تخلف از قصد متعاقدين و تخلف از داعی مانعی ندارد.

نکته: در ابتدای بحث القول فی الاجازة و الرد^۱ ذکر شد در دلیل کشف برخی قائل بودند عقد سبب تام برای عقد است و لذا وقتی اجازه آمد کشف می‌شود که ملکیت حین عقد واقع شده است.

دلیل دهم؛ دلیل دیگری از صاحب جواهر

نبوی الخراج بالضمان؛ یعنی فایده و نماء مبیع در برابر ضمان است. اگر ضمان بر مشتری باشد، فایده آن هم برای اوست و بالعکس. به عبارتی «من علیه الغرم فله الغنم». این استدلال مبتنی بر این است که مبیع در زمان خيار مشترک بین بایع و مشتری یا خيار مختص بایع، در ضمان مشتری باشد. این که خراج برای مشتری است علامت این است که مشتری در زمان خيار، ملکیت دارد.

شیخ انصاری؛ همان طور که خود مستدل هم گفت این استدلال مبتنی بر این است که مبیع در زمان خيار مشترک بین بایع و مشتری یا خيار مختص بایع، در ضمان مشتری باشد، لذا مخالفین مشهور ممکن است قائل به این مینا نباشند، بنابراین نمی‌توان به این نبوی به عنوان دلیل بر قول مشهور استدلال کرد.

استدلال بعضی بر قول شیخ طوسی

۱. مکاسب، ج ۳، ص ۳۹۹

از سویی روایاتی که دلالت دارد **تلف** مبیع در زمان **خيار مشتري**، بر عهده **بايع** است.

از سویی ديگر قاعده داريم **تلف** از جيب **مالک**، زيرا **تلف** و **ضمان** در قبال **خراج** است، وقتی **تلف** از جيب **بايع** است اين يعنی **بايع** را در زمان **خيار مالک** می دانيم و اين همان قول شيخ **طوسی** است.

ص ۱۷۱_۱۷۲

این **اخبار** نمی تواند دليل بر قول شيخ **طوسی** باشد، زيرا اين اخبار مربوط به بيع **حيوان** است و خيار **حيوان** اختصاص به **مشتري** دارد.

در فرض **خيار مختص مشتري**، خود شيخ و اتباع ایشان نیز قائلند **ملکيت** از **ابتدای عقد** برای **مشتري** محقق می گردد.

قاعده تلازم بين ملک و ضمان

هر کس **مالک** است، **ضمان** نیز بر عهده اوست (الخراج بالضمان)، بنابراین اگر **بايع** را **ضامن** بدانيم، **مالک** نیز هموست.

جمع بين قاعده **تلازم** و **ادله** قول **مشهور** و ۴ روايت اخير؟

۱- **روایات** چهارگانه به ضميمه قاعده **تلازم**، مخصص **ادله مشهور** است؛ اگرچه **ادله مشهور** **ملکيت** را از **ابتدای عقد** برای **مشتري** می داند، اما **روایات** چهارگانه **ملکيت** را از **ابتدا تا انقضای خيار** برای **بايع** می داند، زيرا **ضمان** را بر عهده **بايع** می داند و از طرفی طبق قاعده **تلازم**، فايده و نماء برای **بايع** است، لذا **بايع مالک** است، در نتیجه **ادله مشهور تخصيص** می خورد.

۲- **روایات** چهارگانه به ضميمه **ادله مشهور**، مخصص قاعده **تلازم** است؛ همه جا **مالک ضامن** است غير از صورتی که **مشتري خيار** داشته باشد و در فرض **خيار حيوان**، **مالک** باشد، که در اين صورت **بايع ضامن** است.

هیچ یک از دو راه بر دیگری **ترجیح** ندارد فلذا **تکافؤ و تساقط** می کنند. حال به **اصول عملیه** رجوع می کنیم؛

استصحاب عدم حدوث ملک نسبت به عقد، قبل از **انقضای خيار**.

البته از جهات مختلف یکی از این دو راه بر دیگری **ترجیح** دارد که بهترین وجه آن **شهرت** نظر مشهور است، بنابراین راه دوم **ترجیح** دارد.

آیا **خيار شرط** اگر **منفصل** از عقد هم باشد، مثل **خيار متصل** است و اختلاف درباره آن وجود دارد؟

اطلاق عبارات شيخ **طوسی** اين است که کلام ایشان شامل **خيار منفصل** از عقد نیز می شود، مثل عبارت «ان كان العقد مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط» در **خلاف** و عبارت «ان كان البيع مقيداً بشرط لزم بانقضاء الشرط» در **مبسوط**، ص ۱۶۲.

مقتضای این که شیخ **طوسی** کلام خویش را به **خيار شرط** اختصاص داده‌اند، این است که این بحث میان **مشهور** و شیخ **طوسی** شامل **خيار دیگری** غیر از **خيار شرط** و **خيار حيوان** نمی‌شود و در **خيارات دیگر** نظر شیخ **طوسی** موافق با **مشهور** است.

دو دلیل بر اختصاص نظر شیخ **طوسی** به **خيار شرط** و **حيوان**؛

۱- **روایاتی** که بر اثبات نظر شیخ ذکر شد، **مختص خيار شرط و حيوان** بود (ابتدای ص ۱۷۰ و ۱۷۱).

۲- شیخ **طوسی** می‌فرماید **ملکیت مشتری** بر مبیع، منوط به **انقضای** خيار است. ظاهر این مطلب این است که **خيار مدت معین** و **زمان خاصی** داشته باشد و تنها **خيار شرط** و **خيار حيوان** مدت معین دارد.

ص ۱۷۲_۱۷۵

شیخ **انصاری**: به چند دلیل **خيار مجلس** نیز داخل در محل کلام است؛

۱- همان‌طور که سابقا ذکر شد (ص ۱۶۳) تصریح عبارت شیخ **طوسی** در باب **شفعه** در کتاب **مبسوط**، حکم **خيار شرط** و **خيار مجلس** یکی است.

۲- شیخ **طوسی** در استبصار فرموده انتقال ملکیت منوط به **تفرق ابدان** (**انقضای** خيار مجلس) است.

۳- تصریح شیخ **طوسی** در **مبسوط** (و یلزم البيع بالتفرق بالابدان) و **خلاف** (فإن كان العقد مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالابدان) **نکته**: مراد ایشان از یلزم، لزوم به معنای در مقابل جواز نیست، بلکه مراد ایشان از **لزوم**، تحقق **علت** ملک است (لزوم به معنای ملکیت متزلزله).

[البته شیخ **انصاری** در ص ۱۶۲، احتمال لزوم در مقابل جواز را نیز داده بودند.]

۴- **شهید اول** در **دروس** در دلیل طرفین نزاع، در بیان دلیل شیخ **طوسی** نقل کرده‌اند که «أن غاية الملك التصرف الممتنع في زمن الخيار»، این بیان در مورد **خيار مجلس** نیز وارد است.

+ کلام شیخ در باب بیع صرف مبسوط («أن خيار المجلس مانع عن التصرف في أحد العوضين»)

۵- عبارت **ابن سعید حلی** در الجامع؛ «المبيع يملك بالعقد و يأنقضاء الخيار».

از دلیل چهارم می‌توان نتیجه گرفت **خياراتی** مثل **خيار غبن**، **عیب**، **رویت**، **تدلیس** و... از محل کلام خارج است، زیرا در این **خيارات**، **خيار مانع** از **تصرف** در عوضین نیست و تصرف جایز است. بنابراین اگر شیخ بخواهد بگوید **ملکیت بعد از انقضای**

خيار محقق می‌شود، باید بگوید تا **قبل** از **ظهور غبن** و... ملکیت محقق شده و بعد از ظهور عیب و غبن و...، عوض از **ملکیت** خارج شده و تصرف **جایز** نیست.

شیخ انصاری: چنین سخنی از شیخ **طوسی** بعید است که میان **قبل** و **بعد** از ظهور عیب و... درباره ملکیت **تفصیل** قائل شود.

اگر بخواهیم این اختیارات را داخل در محل کلام بدانیم دو راه داریم؛

-عدم **جواز** تصرف در مبیع تا **قبل** از ظهور عیب.

-**تفصیل** درباره ملکیت، نسبت به قبل از ظهور عیب و... و پس از آن

هر دو راه **بعید** است.

دلیل دیگر ما بر خروج این اختیارات از محل کلام عبارت کالصریح **علامه** است که ایشان در کتاب **مختلف** درباره **تملك** به **عقد** در مورد کالای معیبه که فروخته شده، **اجماعی** است، زیرا **مقتضی** ملک موجود است و **خيار عیب** نیز نمی‌تواند مانع باشد.

هم‌چنین **علامه** در مختلف فرموده میان ملکیت و **خيار منافاتی** وجود ندارد.

شیخ **طوسی** نیز در **مبسوط** تصریح کرده اگر مشتری مبیعی خرید و سپس در آن عیبی ظاهر شد، **نماء** آن برای مشتری است، به دلیل **الخراج بالضمنان**. این نشانه **ملکیت مشتری** است.

ص ۱۷۷-۱۷۵

قاعده: کل مبیع تلف فی زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له

این قاعده طبق مبنایی است که مبیع به واسطه **عقد** به **ملکیت** درمی‌آید.

اگر **حیوان** در مدت **خيار** در دست **مشتری** تلف شود، فهو من مال **البایع**.

اگر **مبیع** در زمان **خيار شرط** در دست **مشتری** تلف شود، فهو من مال **البایع**.

اگر فقط **مشتری** **خيار مجلس** داشته باشد، ظاهر روایت این است که **تلف** مبیع در دست مشتری، فهو من مال **البایع**.

[شهبیدی: فقط وجهی ندارد، بایع هم **خيار** داشته باشد، مانعی ندارد.

أقول لا أرى وجهاً للتقييد بقوله فقط مع إطلاق الأخبار لما إذا كان الخيار من جهة الحيوان للبائع أيضاً مثل المشتري كما حكى عن السيد و ابن طاوس و كذلك خيار الشرط و المجلس و سائر الخيارات فعلى هذا يكون القاعدة هكذا كلّ مبيع تلف في زمن خيار المشتري فهو من البائع أو كلّ ما تلف في زمن خيار من ملكه بالمبايعه فهو من مالكة الأول كان له خيار أيضاً أم لا إلا أن

یناقش فی إطلاق الأخبار المتقدمة من هذه الجهة و هو كما ترى أو يدعى الإجماع على التقييد و فيه احتمال أن يكون نظرهم و لو جلهم إلى توهم عدم الإطلاق لا إلى دليل تعبدی وصل إليهم دوناً^۱].

در مورد خيار مجلس هم تعبیر به شرط شده است؛ ان الشرط فی الحيوان ثلاثة ايام و فی غيره حتى يتفرقا^۲.

چه بسا طبق روایت «و يصير المبيع للمشتري» بتوان گفت امام می خواهند **ملاك رفع ضمان** را این قرار بدهند که مبيع

اختصاص پیدا کند به **مشتري** به نحوی که خياری برای **سلب مبيع** از خود نداشته باشد.

فرمایش **ابن ادریس** حلی در تعلیلی که برای این قاعده آورده، به همین مناسبات (در صورتی که مبيع اختصاص به مشتري پیدا کند او ضامن می شود) اشاره دارد.

تعلیل ایشان؛ بايع که **خيار** ندارد، عقد بر او مستقر شده و **تلف** مال بر عهده کسی است که **عقد** بر او **مستقر** شده است.

اگر کسی قاعده مذکور را پذیرفت، این قاعده شامل **همه انواع خيار** می شود و بين **ثمن** و **مئمن** نیز فرقی ندارد.

ص ۱۷۷-۱۷۹

موید اول

سخن **شهید اول** در دروس در احکام قبض؛ و بالقبض ينتقل الضمان اذا لم یکن له خيار

موید دوم

علامه در قواعد: اگر گوسفند مُصْرَاة (گوسفندی که مدتی شیر آن را ندوشیده اند تا پرشیر به نظر برسد) یا آمه تدلیس شده در دست مشتري بمیرد، نیز اگر این دو نزد مشتري معیوب بشوند، از جیب خود **مشتري** است (**قبل از علم** مشتري به تدلیس).

محقق ثانی در شرح این عبارت فرموده، علت تقييد حکم به «قبل علمه بالتدلیس» معلوم نیست، زیرا بعد از علم نیز چنین حکمی وجود دارد، مگر آن که علامه بخواهد بفرماید بعد از علم به تدلیس، برای مشتري خيار تدلیس ثابت می شود و در این صورت تلف بر عهده بايع (من لا خيار له) است و لم اظفر فی کلام المصنف و غيره بشيء فی ذلك (ثبوت خيار در صورت علم مشتري به تدلیس).

باتوجه به ثبوت خيار تدلیس و این که **محقق ثانی**، تلف در زمان خيار را بر عهده بايع دانسته اند، معلوم می شود ایشان قاعده را به خيار **تدلیس** تسری داده اند.

موید سوم

۱. شهیدی تبریزی، میر فتاح، خطاط طاهر خوشنویس. مصحح احمد میرزا آقا. نویسنده مرتضی بن محمد امین انصاری، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب (هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: القول في الخيارات)، قم - ایران، دار الكتاب، جلد: ۳، صفحه: ۵۹۲

۲. مکاسب، ج ۵، ص ۹۲

علامه در قواعد: خیار به واسطه **تلف عین ساقط** نمی‌شود، لذا اگر عین تلف شد، به واسطه **خیار** می‌توان به **مثل** یا **قیمت** رجوع کرد.

محقق ثانی در شرح این عبارت: **اطلاق** خیار در عبارت ایشان، **همه** اقسام خیار را شامل می‌شود، نیز چه خیار برای **مشتری** باشد چه **بایع** و چه **هر دو**، نیز چه تلف **قبل** از خیار باشد چه **بعد** از آن و...، حال آن که **بعضی** از این **خیارات** مورد نظر **علامه** نیست. نیز اگر خیار برای **مشتری** و تلف به واسطه **تفریط** او باشد، **خیار** ساقط می‌شود. اما اگر خیار **بایع** باشد، باقی می‌ماند.

در مورد بقای خیار **عین** بعد از تردد، **تردید** وجود دارد. طبق **اطلاق** کلام فقها، سزاوار است که بعد از قبض نیز تلف در ضمان **بایع** باشد، زیرا خیار اختصاص به **مشتری** دارد.

از عبارات انتهایی **محقق ثانی** برمی‌آید که ایشان قاعده را به خیار **عین** نیز **تسری** داده‌اند.

موید چهارم

شهید **ثانی** در مسالک: عیب حادث در مبیع در دست مشتری، مانع از رد مبیع به خاطر عیب سابق است، اما ارش عیب سابق ثابت است. البته اگر مبیع حیوان باشد و عیب از ناحیه مشتری نباشد، ارش و رد هر دو ثابت است، زیرا در خیار حیوان، تلف بر عهده **بایع** است و ظاهر این است که هر خیاری که مختص به مشتری باشد مانند خیار حیوان است. طبق عبارت انتهایی، تسری قاعده به سایر خیارات معلوم می‌گردد.

موید پنجم

محقق اردبیلی در مجمع البرهان: در خیار تاخیر اگر مبیع قبل از قبض مشتری تلف بشود از جیب خود **بایع** است، به دلیل عموم قاعده «تلف المبیع قبل قبضه فهو من مال بائعه». ایشان سپس فرموده این قاعده با قاعده «التلف فی مدة الخیار ممّن لا خیار له» معارض است.

تعارض میان این دو قاعده در نظر ایشان، حاکی تسری این قاعده دوم در سایر خیارات است.

موید ششم

عبارت مرحوم **آقا جمال** در روضه که شبیه همین عبارت **محقق اردبیلی** است. البته ایشان توجیهی برای این تعارض ذکر کرده و گفته‌اند قاعده دوم مربوط به بعد القبض است و قاعده اول مربوط به قبل القبض است. اما در نهایت اعتراف کرده‌اند که قاعده دوم عام است و همه خیارات را شامل می‌شود.

جمع‌بندی شیخ انصاری

ظاهر کلمات علما این است که در این قاعده میان **خيارات فرقی** نیست کما این که میان ثمن و مثنی و خيار مختص بايع و مختص مشتری نیز فرقی نیست.

ص ۱۸۱-۱۷۹

انصاف این است که **جزم به تعمیم** حتی از یکی از اصحاب دیده نشده چه برسد به **اجماع**.

زیرا ظاهر این قاعده‌ای که فقها گفته‌اند، **خيار زمانی** است (خياری که زمان خاص دارد) و این همان خياری است که شیخ **طوسی** ملکیت را متوقف بر انقضای آن می‌دانستند.

بنابراین همه خيارات را شامل نمی‌شود. شاهد؛

۱_ علما اتفاق دارند که اگر مبيع معیوب در دست **مشتری** تلف بشود، تلف بر عهده مشتری است، اگرچه تلف بعد از علم مشتری به عیب باشد (زیرا بعد از علم به عیب خيار عیب ثابت است).

۲_ **محقق ثانی** فرموده قصاص عبد جانی توسط ولی دم در زمانی که عبد جانی در خيار مشتری باشد، قصاص بر گردن بايع است. مراد ایشان خصوص خيار **حيوان** است نه هر خياری و نهایتاً می‌توان خيار **شرط** را به آن ملحق کرد، بنابراین در سایر خيارات خيار بر عهده خود **مشتری** است.

اشکال مقدر؛ مرحوم شیخ در عبارتی در ص ۱۷۷، از عبارت **محقق ثانی**، استظهار **عمومیت** کرده بودند. «لو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة فلا شیء له و کذا لو تعیبت عنده قبل علمه بالتدليس قال و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره و لم أظفر في كلام المصنف و غيره بشيء في ذلك»

پاسخ؛ اولاً این عبارت را مرحوم محقق ثانی با «الا ان يقال» گفته‌اند و این استظهار مجرد احتمال بود. ثانیاً خود محقق ثانی با عبارت بعدی «لم أظفر في كلام المصنف و غيره بشيء في ذلك (بعد از علم)» این احتمال را تضعیف کردند. ثالثاً محقق ثانی در شرح این عبارت علامه «کل عيب يحدث في الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار فإنه لا يمنع الرد من الثلاثة» می‌گویند: ما قطع داریم که قاعده التلف عمومیت ندارد. زیرا ایشان می‌فرماید مراد از خياری که در عبارت محقق آمده، خيار حيوان و هر خياری است که مختص به مشتری است. نیز بعید است که کسی قائل به شمول قاعده درباره خيار غبن و رويت باشد. اما نسبت به خيار عيب قطعاً قاعده آن را دربر نمی‌گیرد و مراد علامه نیست. در مورد خيار غبن نیز اولاً محقق از اطلاق کلام فقها خواستند عمومیت قاعده را استفاده کنند ثانیاً در این مطلب نیز تردید کردند. اشکال مقدر؛ مناطی که از روایت ص ۱۷۵ (علی البایع...) استنباط شد و مفید عمومیت بود، چه می‌شود؟ مناط؛ هر جا مبيع برای مشتری نشده، بيع بر او لازم نشده، لذا تلف بر عهده بايع است و این به معنای تعمیم قاعده است. پاسخ؛ اولاً با وجود قواعد کلی (ضمان هر چیز بر عهده مالک است)، نمی‌توان

به این استظهار اعتنا کرد. ثانیاً این مناط به همه خسارات سرایت نمی‌کند، زیرا ظاهر کلمه حتی در روایت (الضمان علی البایع حتی ینقضی الشرط) اختصاص دارد به صورتی که تزلزل عقد از ابتدا ثابت بوده باشد (خیار از ابتدا بوده باشد) و خیاری که از ابتدای عقد باشد اختصاص به خیار حیوان، شرط و مجلس دارد، زیرا سایر خیارات از ابتداء عقد موجود نیستند.

ص ۱۸۱-۱۸۲

ثم إن مورد...

مورد قاعده **التلف**، بعد از زمانی است که مشتری مبیع را از بایع **قبض** کرده باشد، در این صورت اگر بایع **خیار** نداشته باشد و بدون **افراط** و **تفریط** مبیع **تلف** بشود، **ضمان** آن بر عهده **بایع** (من لا خیار له) است.

اما در صورتی که **قبض** محقق نشده باشد، تلف بر عهده خود بایع است، چه بایع خیار داشته باشد و چه نداشته باشد.

فلذا این قاعده شامل خیار **تاخیر** نمی‌شود، زیرا موضوع خیار تاخیر مربوط به جایی است که مبیع هنوز **تحویل** مشتری داده نشده است.

قاعده **التلف** تا به حال درباره مبیع ذکر شد، آیا درباره **ثمن** نیز جاری است (بایع خیار داشته و مشتری خیار نداشته باشد و ثمن در دست بایع بدون افراط و تفریط، در زمان خیار تلف شود)؟

بعید نیست که این قاعده، **ثمن** را نیز شامل بشود، زیرا؛

۱- مناطی که از «علی البایع حتی ینقضی شرطه و یصیر المبیع للمشتري» استفاده شد، در صورتی تلف بر عهده فرد می‌آید که مبیع به ملک او منتقل شده باشد و خیار او منقضی شده باشد. و در این مناط فرقی میان ثمن و مثن نیست.

موید: در دروس آمده بود «و بالقبض ینتقل الضمان الی القابض اذا لم یکن له خیار»، مفهوم این عبارت این است که کسی که خیار دارد ضامن نیست و میان ثمن و مثن فرقی ذکر نشده است.

۲- نهایتاً اگر باز در این مسأله شک کنیم، استصحاب دلیل بر جریان قاعده در ثمن است (تا قبل از قبض ثمن، ضمان آن بر عهده خود مشتری بود، پس از قبض ثمن توسط بایع شک می‌کنیم که آیا هم‌چنان ضمان بر عهده اوست یا خیر، استصحاب جاری می‌کنیم).

توهم؛ قاعده «الضمان علی المالك» با این که ضمان ثمن بعد القبض توسط بایع، بر عهده مشتری باشد منافات دارد، لذا استصحاب در این جا صحیح نیست.

دفع توهّم؛ ضمانی که برای مشتری ثابت است، هم قبل از قبض و هم بعد از آن، منافاتی با قاعده مذکور ندارد، زیرا معنای اینکه تلف بر عهده مشتری است و خیار ندارد، این است که با تلف ثمن، عقد خودبه‌خود (بدون اعمال خیار) منفسخ می‌شود و در این صورت ثمن و مثنی به متعاقبین رد می‌شود و مالک ثمن بعد از انفساخ عقد، مشتری است.

اشکال؛ انفساخ عقد مذکور، مخالف با اصل عدم انفساخ است و مطابق استصحاب عدم انفساخ عقد، قاعده در ثمن نمی‌تواند جاری شود.

پاسخ؛ در مورد قبل از قبض بایع ثمن اجماع بر انفساخ عقد و ضمان مشتری داریم، لذا نسبت به بعد القبض نیز استصحاب انفساخ و ضمان مشتری جریان می‌یابد.

ص ۱۸۳-۱۸۲

اشکال

استدراک از بحث سابق؛ اگر قاعده التلف در ثمن نیز جاری بشود، اگر قاعده التلف را در ثمن جاری بدانیم، در بیع الخیار (خیار شرط به نحو خاصی در معامله باشد) باید ملتزم بشویم که اگر ثمن در مدت خیار در دست بایع تلف بشود، ضمان آن بر عهده مشتری باشد و چنین التزامی مورد قبول فقها نیست.

پاسخ عده‌ای: خیار در بیع الخیار بعد از رد ثمن یا مثل ثمن حادث می‌شود، لذا اگر بخواهد در مدت خیار بایع، تلف ثمن صورت بگیرد، باید بعد از رد ثمن صورت بگیرد.

اشکال شیخ انصاری

اولاً در بحث بیع الخیار^۱ قبول نکردیم که خیار بعد از رد ثمن حادث بشود و این جا اعمال خیار بعد از رد ثمن است.

ثانیاً سابقاً ذکر شد مناط در ضمان غیر ذی الخیار در این قاعده، نسبت به آنچه از او منتقل می‌شود به ذی الخیار، تزلزل بیع است و تزلزل بیع برای جریان قاعده التلف کافی است.

اگر قاعده را در ثمن جاری بدانیم، این تنها مربوط به ثمن شخصی است یا در ثمن کلی نیز جاری می‌شود؟

ثمن شخصی: عین مشخص خارجی

ثمن کلی: مقدار معین کلی، اما نامشخص در خارج

۱. مکاسب، ج ۵، ص ۱۲۹-۱۳۱

ثمن شخصی همان طور که اگر قبل از قبض بایع، در دست مشتری تلف بشود، ضمان آن بر عهده خود مشتری است و موجب انفساخ بیع می‌شود، بعد از قبض ثمن توسط بایع ذی الخيار، اگر در زمان خیار، ثمن در دست او تلف بشود نیز این موجب انفساخ بیع و ضمان مشتری است.

اگر ثمن کلی باشد_ ثمن کلی مثل مبیع کلی است_ همان گونه که در مبیع کلی نمی‌توان ضمان را بر عهده بایع گذاشت (زیرا تلف مبیع فردی از مبیع کلی موجب انفساخ بیع نمی‌شود)، ثمن کلی را نیز نمی‌توان ضمان آن را بر عهده مشتری گذاشت، چراکه موجب انفساخ بیع نمی‌شود.

ص ۱۸۳-۱۸۴

مراد از ضمان

۱_ ظاهر عبارت اصحاب و صریح عبارت شهید ثانی و محقق ثانی؛ همان ضمانی که قبل القبض (قبل از تحویل مبیع به مشتری)، در صورت تلف بر گردن بایع بود، زیرا در این صورت عقد منفسخ می‌شود و ضمان مبیع بر عهده بایع است، در این جا نیز عقد لحظه‌ای قبل از تلف منفسخ شده و سپس بعد از تلف مبیع، ضمان آن بر عهده بایع می‌آید.

همین معنا از ضمان، ظاهر کلام شهید اول در دروس (و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم یکن له خیار) است، اگرچه صریح قول ایشان چنین نیست.

موید قول اول؛ ظاهر قاعده التلف، زیرا معنای این که تلف بر عهده من لا خیار له است، این است که مالک آن مبیع، بایع است. اگر روایات این باب (ص ۱۷۵) را که دال بر ضمان بایع است به دو قاعده ضمیمه کنیم، معنای اول از ضمان با این دو قاعده هیچ منافاتی ندارد. اما اگر معنای دیگری از ضمان ارایه بدهیم، با این دو قاعده در تنافی قرار می‌گیرد.

-هیچ شخصی مالی را که در دست خودش تلف شده، ضامن نیست و ضمان آن بر عهده خود مالک است.

-الخراج بالضمان (تلازم میان ضمان و خراج)

۲_ ظاهر و بلکه صریح عبارت دروس؛ عدم انفساخ عقداً اگر مبیع بعد از قبض مشتری در دست مشتری تلف بشود، در این جا خیار باطل نمی‌شود، لذا بیع نیز باطل نیست. اگرچه تلف از جیب بایع است.

حال اگر صاحب خیار معامله فسخ یا تثبیت کند، چهار صورت داریم؛

-بایع اعمال خیار و معامله را فسخ می‌کند، در این صورت اگر خود بایع ضامن مبیع نباشد، باید به بدل مبیع (مثل یا قیمت) رجوع کند.

- اگر مشتری اعمال خیار کند، به ثمن رجوع می‌کند و به جای مبیعی که تلف شده اگر ضامن خود مشتری است، بدل آن را به بایع پرداخت می‌کند.

- اگر مشتری بیع را تثبیت و خیار خود را اسقاط کند، اگر تلف قبل القبض صورت گرفته باشد، بیع باطل است و تثبیت بیع توسط مشتری اثر ندارد و مشتری تنها حق دارد به ثمن خود رجوع کند.

- عدم تاثیر ایجاب (تثبیت بیع) مشتری در ضمان به مثل یا قیمت در صورت سوم، احتمال دارد در صورتی که مبیع در دست مشتری است، بعد القبض و در زمان خیار مختص مشتری، این حکم (عدم تاثیر ایجاب) وجود داشته باشد و هم وجود نداشته باشد.

ص ۱۸۴-۱۸۵

ذلک؛ عدم انفساخ ظاهر اطلاق قول علامه در تذکره بر می‌آید که عقد منفسخ و خیار باطل نمی‌شود (قول دوم؛ عدم انفساخ عقد). حکایت دو وجه انفساخ و عدم انفساخ، توسط علامه از شافعی‌هشیخ انصاری: ممکن است قول علامه به سخن مشهور برگردانیم، یعنی صورت وجود خیار مشترک بین بایع و مشتری، زیرا در عبارت ایشان آمده «إن کان بعده لم یبطل خیار مشتری و لا البائع» عبارت علامه در قواعد؛ لایسقط الخیار بتلف العین، چه بسا این عبارت را نیز بتوان حمل کرد بر غیر صورتی که مشتری فقط خیار دارد. احتمال دارد بتوان گفت علمای دیگر نیز کلامشان ناظر به همین عدم انفساخ است. بدین نحو؛ این که فقها در قاعده فرمودند التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، معنایش این است که من لا خیار له در صورتی ضامن است که طرف مقابل بیع را فسخ کند، نه آن که بیع خود به خود فسخ بشود. اما اگر طرف مقابل بیع را تثبیت کند، در این جا سه احتمال وجود دارد؛ ۱- حال که مبیع در دست مشتری تلف شده و معامله نیز فسخ نشده، مشتری مخیر است از بایع بدل یا خود ثمن را پس بگیرد. ۲- رجوع به ثمن تعیین دارد. ۳- نه حق رجوع به ثمن و نه حق رجوع به بدل وجود ندارد، زیرا مشتری بیع را پذیرفته است. اگر بعض مبیع تلف بشود یا وصف راجع به وصف صحت از بین برود، در این صورت نیز حکم تلف کل را دارد، بلا خلاف. زیرا در صحیح ابن سنان بیان شد «فیموت العبد او الدابة او یحدث فیه حدث» که مراد از این حدث اعم از جزء و وصف است. در قاعده التلف، اگر تلف سماوی باشد، قاعده حتما جاری است، نیز در صورتی که تلف به حکم شارع باشد، مثل حکم احراق غنم موطوئه. اما اگر تلف به افراط و تفریط مشتری باشد، خیار ذوالخیار ساقط می‌شود و تلف بر عهده خود اوست. اگر غیر ذوالخیار سبب تلف مبیع در دست ذوالخیار بشود، خیار او ساقط نمی‌شود و مشتری مخیر است عقد را امضا کند و به بدل مبیع رجوع کند یا عقد را فسخ کرده و رجوع به ثمن خود کند.

ص ۱۸۵-۱۸۷

اگر اجنبی مبیع را اتلاف کند، مشتری مخیر میان فسخ و امضا است. در صورت فسخ به ثمن و در صورت امضا به بدل رجوع می‌کند. بایع به چه کسی رجوع کند؟ تالف، زیرا بدل قائم مقام عین است و عین را نیز اجنبی از بین برده است و بنابراین همان طور که عین بر ذمه اجنبی است، بدل آن نیز بر عهده اوست. مشتری، زیرا وقتی ثمن به ملک مشتری بازمی‌گردد، بدل مثنی که در دست او تلف شد نیز باید از ملک او خارج بشود و به ملک بایع بازگردد. چرا که ثمن و مثنی جایگزین یکدیگرند و محل ضمان مال تلف شده ذمه است نه مال خارجی، البته عوض مشتری توسط اجنبی باید پرداخت بشود. تخییر میان رجوع به اجنبی یا مشتری، زیرا از طرفی ید مشتری ید ضمانی است، لذا بایع می‌تواند به مشتری رجوع کند و از طرفی چون اتلاف به دست اجنبی بوده و تلف سبب ضمان است، بایع به هر کدام که بخواهد می‌تواند رجوع کند. ملاک قیمت گذاری؛ قیمت یوم التلف، زیرا فسخ مشتری سبب می‌شود عین آنماً قبل از تلف به ملک بایع برگردد، لذا روز تلف ملاک قیمت است. یوم الفسخ، زیرا عین در زمان فسخ مشتری ملک تالف برای مفسوخ علیه می‌گردد و به ملک بایع برمی‌گردد و چون روز فسخ عین به بایع رجوع می‌کند، بنابراین ملاک روز فسخ است. شیخ انصاریچه ملاک روز تلف باشد و چه روز فسخ، تلف بر عهده اجنبی است. نقد دلیل اول وجه اول؛ این دلیل درست نیست، این که بدل بدل عین است، این نسبت به تلف مورد قبول است آن هم به جهت اینکه دفع بدل به مشتری واجب است. اما نسبت به این که بدل در ذمه اجنبی بدل خارجی باشد به این معنا که تمام احکام عین خارجی در آن جاری گردد، مورد قبول نیست. نظیرتقد دلیل دوم وجه اول؛ فسخ مشتری موجب این است که عین قبل از تلف به ملک بایع (مفسوخ علیه) برگردد در حالی که عین مورد ضمان به نفع مشتری علیه متلف است. بنابراین بایع حق دارد بدل را از مشتری بگیرد نه اجنبی.

ص ۱۸۷-۱۸۹

علامه در تذکره: در زمان خیار، تسلیم ثمن به بایع و مبیع به مشتری واجب نیست. البته در صورت تسلیم اختیاری، خیار ساقط شود. نیز تسلیم اختیاری موجب اجبار طرف مقابل به تحویل ثمن یا مثنی نیست. بعضی شافعیه؛ در صورت تسلیم مبیع توسط نمی بایع، حق استرداد وجود ندارد و در عوض بیع می‌تواند ثمن را از مشتری اخذ بکند حتی در صورت عدم رضایت مشتریظاهر نقل قول علامه از بعضی شافعیه این است که اختلافی که میان علامه و عامه وجود دارد بعد از این است که یکی از متبایعان، تسلیم را اختیار کند. اما تسلیم ابتدایی (بایع در ابتدا وظیفه اش تسلیم باشد) به اجماع مسلمین واجب نیست. نقد شیخ انصاری بر علامه؛ اگر مراد ایشان این است که ذی الخیار به دلیل خیاری که دارد، تسلیم بر او تعیناً واجب نیست. یعنی یا باید تسلیم کند (در صورت فسخ) یا باید تسلیم کند (در صورتی که نخواهد از خیار خود استفاده کند، این درست است، اما مراد علامه چنین مطلبی نیست، زیرا ایشان سخنی از وجوب تعیینی نفرمودند و ظاهر کلام ایشان این است که وجوب تخییری را قبول ندارند زیرا نفرمودند لایتعین. اگر مراد ایشان این است که مالک در صورتی که طرف مقابل خیار داشته باشد، تسلط بر آنچه به او منتقل شده ندارد اگرچه او مالک است. این سخن درست نیست زیرا الناس مسلطون عمومیت دارد و برای تخصیص این عموم نیازمند دلیل خاص هستیم و حال آن که دلیل قابل اعتمادی بر این تخصیص نداریم.

لایسقط الخیار بتلف العینین کلام علامه باطلاقه صحیح نیست، زیرا مواردی وجود دارد که با تلف عین ساقط می‌شود و محقق ثانی نیز به این موضوع اعتراف کرده است. ۱- خیار تاخیر (اگر بایع جنسی را نقداً به مشتری بفروشد و مشتری ثمن را فی المجلس نداشته باشد و برود ثمن را بیاورد، تا سه روز خیار تاخیر وجود دارد و اگر در این سه روز مبیع در دست بایع تلف بشود، بیع منفسخ می‌شود و لذا خیار نیز ساقط می‌شود). ۲- به صورت کلی تلف المبیع قبل قبضه من مال بائعه ۳- خیار بعد از قبض در صورتی که این خیار مختص کسی باشد که مال را قبض کرده است و سپس مال در دست او تلف شود، خیار ساقط می‌شود. مثلاً اگر مبیع را مشتری دریافت کند و این مبیع در دست مشتری تلف شود و فقط مشتری خیار داشته باشد، تلف از جیب بایع است (به نحوی که مبیع آنجا در ملک بایع وارد می‌شود و بیع منفسخ می‌شود، لذا خیار نیز ساقط می‌شود). مراد علامه از لایسقط... چیست؟ تلف در صورتی که باعث انفساخ عقد نباشد و همراه بقا عقد باشد، چنین تلفی موجب سقوط خیار نیست. به عبارت دیگر؛ اگر تلف در ملک کسی که عین در دست اوست اتفاق بیفتد، موجب سقوط خیار نیست. شیخ انصاری: اگر مراد علامه چنین مطلبی باشد، صحیح است.

دو مورد استثنا (حتی اگر عقد باقی باشد، تلف عین موجب سقوط خیار است)؛ ۱- شارع خیار را جعل کرده باشد برای این که صبر بر خود عین ضرر داشته باشد و شارع جهت رفع این ضرر خیار جعل کرده باشد. مثل حق ردّ در بحث خیار عیب در صورتی که مبیع معیوب در دست خود مشتری تلف شود، در این صورت خیار رد ساقط می‌شود و مشتری تنها می‌تواند ارزش بگیرد. ۲- صورتی که دلیل خیار به جای اینکه تعبیر به وجود خیار برای شخص ذوالخیار کند، تعبیر کند که این شخص جواز ردّ دارد. تعبیر به خیار مثل البیعان بالخیار ما لم یفترقا، در صورت تعبیر به جواز رد، با تلف عین جواز رد که تعبیر روایت است معنا ندارد. زیرا با بیان روایت ثبوت خیار در صورتی است که رد امکان تحقق داشته باشد و امکان تحقق رد هم متوقف بر بقای عین است. اشکال بر مورد اول (خیار جعل شده برای دفع ضرر صبر بر نفس عین) دفع ضرر، حکمت خیار است نه علت آن، لذا حکم خیار دایر مدار وجود یا عدم این ضرر نیست. پاسخدفع ضرر علت خیار هم هست، زیرا در مواردی مثل تلف مال معیوب یا تلف عینی که در آن تدلیس صورت گرفته، با تلف خیار و رد ساقط می‌شود و تنها ارزش ثابت است، بنابراین دلیل خاص داریم که دفع ضرر علت حکم خیار است.

دلیل خاص؛

عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل... (ج ۵، ص ۲۸۹، روایت در ص ۲۸۰)

مواردی که در ثبوت خیار مع التلف تردید است؛ ۱- علامه در قواعد در بیع مرابحه (بیعی که فروشنده قیمت خرید خود را می‌گوید و قصد دارد سودی هم روی آن ببرد)، اگر بایع دروغ گفته و سبب غبن مشتری شده باشد، بعد از تلف مبیع در دست مشتری تردید وجود دارد که آیا خیار غبن باقی است یا خیار، بلکه شیخ طوسی خیار را ساقط می‌داند، زیرا در صورت بقای عین خیار ثابت است. سخن شیخ انصاری در مورد سخن شیخ طوسی: در واقع خیار ثابت نیست، جواز رد ثابت است و فسخ به صورت تحقق رد می‌باشد. شهید ثانی و محقق ثانی: ولو عین تلف بشود، خیار ثابت است. زیرا مقتضی (غبن مشتری) موجود و مانع مفقود است. اگر مانعی بخواهد وجود داشته باشد تنافی بین تلف عین و بقای خیار است که چنین تنافی‌ای نیز وجود ندارد. ۲- محقق ثانی تردید کرده با تلف مالی که در آن غبن صورت گرفته، خیار غبن ساقط می‌شود یا خیر. مرحوم علامه نیز فرموده اگر کسی مغبون عین را از ملک خود به دیگری منتقل کند، خیار غبن او ساقط است، زیرا با انتقال ملکیت، امکان استدراک و جبران و رد عین وجود ندارد. شیخ انصاری: ظاهر این تعلیل علامه این است که ایشان در فرض تلف عین نیز خیار غبن را ساقط می‌داند، زیرا در این صورت نیز امکان استدراک عین وجود ندارد. شیخ انصاری: اقوی این است که با تلف عین، خیار غبن ثابت می‌ماند. زیرا اولاً عمده دلیل خیار غبن، نفی ضرر است و در مورد جبران ضرر، فرقی ندارد عین وجود داشته باشد یا خیر. ثانیاً در تلقی رکنان در مورد بایع روایت داریم «هم بالخیار اذا دخلوا السوق» که یعنی در صورت غبن خیار دارند. این عبارت مطلق است و در مورد تلف صحبتی نشده است. اشکال: برخی برای اثبات خیار تمسک به اجماع کرده‌اند و اجماع دلیل لبی است و باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن، صورت بقای عین است، نه تلف عین. پاسخ: اگر دلیل فقط اجماع بود، این اشکال وارد بود، اما دلیل دیگری نیز داریم و آن استصحاب ثبوت خیار است. مگر اینکه کسی بگوید اجماع برای تسلط بر رد است، نه ثبوت خیار که در این صورت لازمه جواز رد، بقای عین است. ۳- صورتی که خیار به جعل خود متعاقدين باید، اما مراد متعاقدين از خیار صرف تسلط بر مجرد رد باشد نه فسخ حتی اگر عین تلف شده باشد. در این صورت رد عین متوقف بر بقای عین است. ممکن است کسی بگوید در خیار حیوان و مجلس نیز شارع برای مجرد تمکن از رد است، لذا در آن جا نیز باید بگوییم خیار متوقف بر بقای عین است. شیخ انصاری: حکمت جعل خیار حیوان و مجلس، تمکن از رد و حکم خیار اعم از این حکمت است و این بر خلاف صورتی است که مراد متعاقدين صرف تمکن از رد باشد.

ص ۱۹۲-۱۹۷

باتوجه به اینکه در صورت تلف عین، رد هم منتفی می‌شود، در بیع الخیار نیز ممکن است قائل بشویم در صورت تلف مبیع در دست مشتری، خیار ساقط می‌شود. زیرا آن مقداری که از اشتراط متعاقدين ثابت بود، رد خود مبیع بود نه تسلط بر مطلق فسخ حتی در فرض تلف.

ممکن است اصل قاعده‌ای که علامه فرموده (ثبوت خیار مع التلف) محل اشکال باشد و بگوییم قاعده اولیه این است که عند التلف خیار ثابت نیست الا ما خرج بالدلیل. زیرا ادله خیار بیش از این را نمی‌تواند اثبات کند که شخص مسلط بر رد یا استرداد است و ادله متعرض نشده که حتی در صورت تلف هم حق فسخ وجود دارد.

الاشکال

این با تعریفی که از خیار ارایه شد (ملک فسخ العقد) منافات دارد.

پاسخ

این معنا در کلمات شارع نیامده و این تعریف در کلمات متاخرین از اصحاب آمده است.

آری اگر متعاقبین به نحوی برای خود خیار جعل کرده باشند که حتی در فرض تلف خیار داشته باشند، این درست است و مانعی ندارد.

اگر ذوالخیار معامله را فسخ کند در این صورت مبیعی که در دست مشتری است، آیا امانت در دست اوست یا مضمونه (که در این صورت حتی بدون اگر بدون افراط و تفریط تلف شود، ضامن است) یا اگر مشتری معامله را فسخ کرد، آیا ثمن در دست بایع امانت است یا مضمونه؟ مبیع در دست مشتری، بلا خلاف مضمونه است. زیرا مبیع قبل از فسخ در دست مشتری مضمونه بود و این ضمان قبل از فسخ، استصحاب می شود. در واقع با این استصحاب می خواهیم بگوییم برای این که این عین امانت مالکیه یا شرعیه باشد، مقتضی وجود ندارد. اشکال خود شارع به مشتری اذن فسخ داده است و چه بسا معنای این اذن این است که مشتری فاسخ ضمان ندارد. پاسخاذن شارع مستلزم عدم ضمان نیست، مثل مقبوض بالسوم که در صورت تلف مبیع در دست قابض (مشتری)، قابض ضامن است حتی اگر بدون افراط و تفریط تلف صورت گرفته باشد. این مشتری بعد از فسخ معامله یا برمی گردد به؛ - علی الید ما اخذت حتی تؤدییا- عین وقتی که توسط مشتری قبض شد مورد ضمان بوده، حالا که با اعمال خیار توسط مشتری، ضمان به ثمن المسمی باطل شد یعنی در مقابل ثمن المسمی ضامن نیست، ضمان به بدل بر سر جای خود باقی می ماند. درست مثل بیع فاسد که عوض المسمی باطل می شود، اما عوض المثل بر سر جای خود باقی است.

ص ۱۹۷-۱۹۹

اقسام بیع به اعتبار اجل دار بودن ثمن یا مثنی ۱- بیع نقد ۲- بیع کالی به کالی ۳- بیع نسیئه ۴- بیع صرف یا سلم (مبیع مؤجل در برابر ثمن نقد) نکته: بیع حاضر، علاوه بر شخصی، کلی هم می تواند باشد. اما مراد از مؤجل، فقط کلی است و شخصی نمی تواند باشد. مرحوم شهیدی: معنای مؤجل، اجل دار بودن است و این شخصی هم می تواند باشد. اگر عقد به صورت مطلق باشد و سخنی از اجل دار بودن یا نبودن آن گفته نشود، مقتضای عقد، نقد بودن است. دلیل اولزیرا مقتضای عقد انتقال هر یک از عوضین به ملک طرف مقابل است و در صورت مطالبه، طرف مقابل موظف است که نقداً عوض را پرداخت کند، چراکه اجل هم تعیین نشده است. مراد از نقد: عدم جواز تاخیر پرداخت عوض. زمان استحقاق مطالبه ثمن هر زمانی که باشد (زمانی که مثنی تحویل داده شده باشد یا زمان تمکن قبض مبیع) در صورت مطالبه، طرف مقابل باید عوض را پرداخت کند و این معنای نقد بودن است. دلیل دوم روایت موثقه ای در مورد فردی که جاریه ای را به ثمن معین می خرد و سپس از بایع جدا می شود، حضرت می فرماید با افتراق بیع واجب می شود و اگر تاخیر در ثمن شرط نشده باشد، باید نقداً پرداخت شود. نتیجه مطلب فوق؛ اگر متعاقبین تعجیل ثمن را شرط کنند، در واقع این شرط تأکیدی است، زیرا ظاهر تعجیل ثمن، این است که مشتری به محض مطالبه، ثمن را پرداخت کند و از زمان مطالبه تاخیر نکند. اما اگر کسی بگوید بدون مطالبه نیز تعجیل ثمن صدق می کند و

مشتری باید ثمن را پرداخت کند، در این صورت چنین شرطی تأسیسی است. نکته: اگر بایع در زمان استحقاق مطالبه، مطالبه نکند، معنایش این است که او از حق خود گذشته بنابراین این شرط تأکیدی است نه تأسیسی. شهید اول در دروسفایده این شرط این است که اگر در شرط تعجیل ثمن، زمان نقد تعیین بشود، سوی مشتری به شرط عمل نکند، بایع خیار فسخ (خیار تخلف شرط) دارد. شهید ثانی حتی اگر زمان هم تعیین نشود، در فرضی که مشتری در اولین زمان ثمن را پرداخت نکند، بایع خیار تخلف شرط دارد.

ص ۱۹۹-۲۰۱

اطلاق عقد اقتضاء نقد بودن را دارد.

اشتراط تعجیل ثمن نیز شرط تأکیدی است.

فایده شرط این است که در صورت عدم عمل به این شرط، خیار فسخ ثابت می شود.

آیا اگر امکان اجبار مشتری بر پرداخت ثمن در زمان تعجیل وجود داشته باشد، خیار وجود دارد یا خیار منوط به عدم امکان اجبار بر تعجیل است؟

مرحوم شیخ انصاری: خیار تخلف شرط منوط به امکان اجبار نیست، زیرا در هر صورت به شرط عمل نشده است و با صرف تخلف از شرط، خیار ثابت می شود.

در اصل بحث خیار شرط این مساله وجود دارد که آیا ثمره شرطی که اتفاق افتاده است که اگر به شرط عمل نشود خیار مطلقاً ثابت است یا ثبوت خیار منوط به تعذر اجبار وفای به شرط است، اما این موضوع به مانحن فیه دخلی ندارد.

زیرا قبل از انقضاء زمان نقل ثمن، اجبار واجب نیست، بعد از زمان فور هم با توجه به انقضاء زمان اجبار واجب نیست و فایده ای ندارد.

استاد: البته این بیان ایشان در همه مواردی که زمان شرط شده باشد جاری است و اختصاص آن به این شرط وجهی ندارد.

مسأله یجوز اشتراط...

اگر قصد معامله نسیئه داشته باشیم، تعیین اجل برای پرداخت ثمن جایز است، البته این زمان باید مضبوط و منضبط باشد. بنابراین احتمال زیادت و نقصان چه مفهوماً و چه مصداقاً نباید وجود داشته باشد. اگرچه مسامحه عرفی در زیادت و نقصان اشکالی ندارد.

اما اگر منضبط نباشد، بیع باطل است، به دلیل؛

۱- لزوم غرر

۲- در بیع سلم که عکس نسیئه است، روایاتی داریم که دال بر وجوب اجل به صورت منضبط است، بنابراین در نسیئه نیز باید اجل معین و منضبط باشد زیرا در تعیین اجل در پرداخت ثمن و مثنی فرقی نیست.

و لا فرق فی الأجل...

زمانی که برای بیع نسیئه قرار داده می شود فرقی ندارد طویل باشد یا قصیر.

اسکافی: مدت اجل تا سه سال جایز است.

شیخ انصاری: مستند ایشان برخی از روایات است. اما امام در این روایات در صدد بیان حکم شرعی نیستند، بلکه حکم ایشان از باب مشورت عقلایی فلذا ظاهر نهی در این روایات ارشاد به حکم عقل است. بنابراین این روایات تحریم را هم نمی تواند اثبات کند چه برسد به فساد.

ص ۲۰۱-۲۰۳

و هل يجوز الافراط فی التأخیر

اگر اجل قرار دادن برای بیع به نحوی باشد که موجب سفهی شدن معامله (برای بایع) یا اکل مال به باطل (از ناحیه مشتری) بشود، بیع باطل است.

اگر افراط در تأخیر موجب سفهی شدن یا اکل مال به باطل نشود، اما اجل مقداری باشد که متعاقبین به حسب عادت در مدت این اجل زنده نباشند؛

شهید اول: فیه نظر

دلیل صحت: مضبوط بودن زمان+ با مرگ مشتری بدهی او حال می شود فلذا از حد انتفاع خارج نیست. نظر نهایی شهید.

دلیل بطلان: خروج از حد انتفاع

شیخ انصاری: سخن شهید اول درست است، زیرا آن چه در ذمه مشتری است اگرچه مؤجل به مدت بسیار طویلی است، اما انتفاع به آن مال در زمان حیات جائر است مثل قرار دادن مال در معاوضه بر صلح. چه بسا معاوضه بر ما فی الذمه بر خود بیع نیز جایز باشد، البته طبق نظر علامه.

نعم...

اگر فرض ما این باشد که با مرگ مشتری اشتراط مازاد اجل حال می شود، طبیعتاً چنین شرطی فاسد است و اگر شرط فاسد را مفسد عقد بدانیم، چنین شرط و عقدی باطل است.

مگر آن که مراد از این اجل مثلاً هزار ساله مقدار محتمل البقای حیات مشتری باشد، چنین شرطی به دلیل عدم انضباط باطل است.

فافهم؛ اصل چنین معامله ای سفهی است و نوبت به این مباحث نمی رسد.

ثم ان المعتبر...

در مورد مضبوط بودن، آیا معرفت متعاقدان شرط است یا انضباط فی الواقع کفایت می کند؟

شیخ انصاری: تعیین فی نفسه و الواقع کفایت نمی کند و معرفت متعاقدان شرط است، زیرا در غیر این صورت معامله غرری می شود.

نظر برخی؛ تعیین فی حد نفسه و الواقع کافی است، زیرا همان گونه که در اوزان معلوم بودن فی الواقع کفایت می کند، در مورد اجل نیز تعیین فی الواقع کافی است.

شیخ انصاری: این سخن صحیح نیست، زیرا منشا این قول ضعیف است چراکه مضبوط بودن فی حد نفسه در جایی که معرفت متعاقدين شرط است، کافی نیست، همان گونه که در مورد تعلیق اجل به زمان مرگ فلانی، اجماع بر بطلان است حال آن که فی الواقع و عندالله زمان مرگ فلانی معلوم است.

اشکال

معلوم بودن عندالله با معلوم بودن فی الواقع نزد عده ای، متفاوت است فلذا معین بودن فی الواقع و نزد مثلاً منجمین، در صحت کفایت می کند.

پاسخ

انضباط نزد دیگران آفاقه نمی کند و انضباط عند المتعاقدين شرط است.

ضمن این که در مورد اوزان نیز کفایت معلوم بودن فی الواقع را قبول نداریم، در آن جا نیز علم متعاقدين به وزن شرط است.

ص ۲۰۳-۲۰۶

و ظاهر التذکره...

ظاهر فرمایش علامه در تذکره این است که بیع می تواند مضبوط فی نفسه باشد و مضبوط بودن عند المتعاقدين لازم نیست، زیرا اوقاتی مثل مهرجان و نیروز و... نزد مردم مشخص است.

سخن دیگر علامه در مقابل سخن شافعیه که علاوه بر متعاقدين، معرفت دیگران (حداقل دو نفر عادل دیگر) را نیز شرط می داند: معرفت متعاقدين چه معتبر باشد یا نباشد، صرف معرفت متعاقدين در مورد صحت شرط اجل کافی است و معرفت دیگران نیاز نیست (دو نفر عادل دیگر نیاز نیست).

اقوی از نظر علامه این است که معرفت متعاقدين باید عند العقد باشد، نه معرفت عند الالتفات و الحساب و... .

اگر کسی بیع را به دو ثمن با دو اجل انجام بدهد (یکی حال و یکی مؤجل، یا هر دو مؤجل، اما با مقدار اجل متفاوت) آیا چنین بیعی صحیح است؟

مسئله در این است که متعاقدين عقد را فی الحال به نحو مردد تمام کنند.

- شیخ طوسی و بسیاری از متاخرین: چنین بیعی باطل است، به دلیل؛

۱- جهالت و غرر.

۲- روایتی از امام صادق علیه السلام

مؤید؛ در برخی از روایات از شرطین فی بیعین نهی شده است. علت موید بودن این است که در این که شرطین فی بیعین به معنای ما نحن فیه باشد، شک وجود دارد.

۳- روایتی دیگر از رسول خدا؛ نهی از صفقتان فی واحدة که بر اساس فهم اسکافی این روایت شامل مانحن فیه می شود.

- جواز البته به نحو خاصی، به دلیل؛

روایاتی وجود دارد که دال بر جواز به نحو خاص است و ظاهر عبارت بعضی از اصحاب عمل به این روایات است و از طرفی نیز برخی به همین دسته از علما نسبت قول به بطلان در مسئله مانحن فیه داده اند.

مثل روایت معتبره محمد بن قیس؛ من باع...

[مأمقانی: محمد بن قیس مشترک میان ثقه و غیرثقه است، اما قرآینی وجود دارد که محمد بن قیس در این روایت، محمد بن قیس بجلی است که عدل و ثقه می باشد.

و قد ضعف السند في التنقيح (- أيضا -) بالاشترک و لعلّه منشأ تضعیف آخرین منهم شهید (- الروضة -) و أنت ان كنت من أهل الخبرة بأحوال الرجال يظهر لك انّ محمد بن قیس و إن كان مشترکا بين الثقة و غیره لكنّ الذي يروى عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام و يروى عنه عاصم بن حميد أنّما هو محمد بن قيس البجلي العدل الثقة و حيث أنّا

أوضحنا في غير مقام كون إبراهيم بن هاشم من ثقة الأصحاب لكونه من مشايخ الإجازة في مثل بلدة قم التي كان أهلها يخرجون الراوي بأدنى وهن مضافا الى دعوى ابن طاوس اتفاق الأصحاب على كونه ثقة فصحة السند هنا ممّا لا ريب فيه عندنا ولا اشكال^١].

ص ۲۰۶-۲۰۸

قال في المقنعة...

شيخ مفيد در مقنعه

بيع به دو اجل به نحو تخييری، جایز نیست.

ایشان فرقی میان این که یک طرف نقد باشد و طرف دیگر نسیئه و یا هر دو نسیئه باشد اما با مدت های متفاوت، قائل نیستند.

اگر کسی بدین نحو معامله کند، ثمن اقل ولو در ابعداجلین بر عهده اوست.

شيخ انصاری: ایشان از طرفی می فرماید لایجوز و از طرفی می فرماید اگر کسی بدین نحو معامله کند، ثمن اقل ولو در ابعداجلین بر عهده اوست.

در کلام شيخ مفيد چند احتمال وجود دارد؛

۱- حرمت تکلیفی چنین معامله ای، اما صحت وضعی آن

۲- احتمال دارد مراد فرضی باشد که معامله انجام شده، مبیع توسط مشتری تحویل گرفته شده و سپس مبیع در دست او تلف شده و شيخ مفيد می خواهد بفرماید ثمنی که بر عهده مشتری است، ثمن اقل می باشد، زیرا خود او به آن راضی بوده است و در مورد فی آخر الاجلین دو احتمال وجود دارد:

-اگر در پرداخت ثمن توسط مشتری تاخیر افتاد، به دلیل لزوم ربا، مقدار بیش از اقل لازم و جایز نیست.

-تاخیر در پرداخت ثمن تا آخر اجلین به رضایت خود بائع بوده است.

۳- لایجوز به معنای کراهت باشد.

۴- شرط زیاده ثمن با تاخیر اجل، به دلیل لزوم ربا فاسد، اما عقد صحیح است.

ابن جنید اسکافی

۱. مامقانی، عبدالله. نویسنده محمدحسن بن عبدالله مامقانی. و مرتضی بن محمدامین انصاری. ، ، نهاية المقال في تکملة غاية الآمال (نهاية المقال في تکملة غاية الآمال)، قم - ایران، مجمع الذخائر الاسلامية، صفحه: ۲۰۴

اگر بايع به نحو مذکور برای مشتری عقد بخواند و اختيار را بر عهده او بگذارد، من اقدام بر چنين بيعی را برای مشتری اختيار نمی کنم. اما اگر چنين معامله ای انجام بدهد و مبيع تلف بشود، ثمن اقل بر عهده مشتری است، زیرا بايع به ثمن اقل راضی بوده است.

شيخ طوسی در نهايه

بيع به دو اجل به دو ثمن مع التخيير، حق بايع ثمن اقل تا انتهای اجلين است.

ابن زهره در غنيه

چنين بيعی باطل است، اما اگر متعاقدين به چنين بيعی راضی شدند، اقل ثمنين فی ابعده الاجلين بر عهده مشتری است.

سلار

بيع معلق به دو اجل و دو ثمن، باطل است.

قاضی ابن براج

بيع به دو اجل به دو ثمن، باطل است. اگر بيعان چنين بيعی را امضا کنند، اقل ثمنين فی ابعده الاجلين بر عهده مشتری است.

علامه در مختلف

منع از چنين معامله ای را تقويت کرده اند. اما اگر چنين معامله ای را امضا کردند، بايع ثمن زائد را نمی تواند بگیرد، زیرا ربا لازم می آید.

شهيد اول در دروس

اقرب این است که چنين بيعی صحيح است و ثمن اقل بر عهده مشتری است و اجل ابعده نیز برای مشتری جایز و برای بايع لازم است. نهی از چنين بيعی نیز تکلیفی است و مانع از صحت بيع نیست.

ص ۲۰۸-۲۰۹

اقول...

نهی از زیاده ثمن مانع از صحت بيع نیست، اما این نهی مانع از لزوم اجل ابعده از جانب بايع می شود. نمی شود هم زیاده ثمن را ساقط کرد و هم اجل ابعده را لازم دانست و حال آن که اجل ابعده در برابر همين زیاده ثمن است.

الآن يقال...

ممکن است بگوییم زیاده در برابر ثمن نیست تا با انتفاء آن، اجل نیز منتفی شود. زیاده ثمن ممکن است در برابر این باشد که بایع از حق تعجیل خود گذشت کرده است. زیرا اگر عقد را مطلق می‌نهادند، بایع حق داشت ثمن خود را نقداً مطالبه کند و بایع زیاده ثمن را در برابر اسقاط این حق می‌گیرد، اگرچه همین مقابله نیز ربا است، اما این فساد مقابله نتیجه‌اش فساد اسقاط نیست. لذا اجل ابعده می‌تواند ثابت باشد.

اگر کسی حق قصاص خودش را در مقابل عبدی که طرفین می‌دانند ملک دیگری است یا حر است، مصالحه کند، چنین معامله‌ای باطل است. اما اسقاط حق قصاص باطل نیست و اسقاط ثابت است. ایضاً در مانحن فیه.

اگر ما این توجیه را بپذیریم، حق بایع برای مطالبه نیز ساقط می‌شود.

لکن مشتری...

نکته: اگرچه بایع قبل از اجل حق مطالبه ندارد، اما اگر مشتری قبل از اجل، ثمن را به بایع پرداخت کند، بایع حق امتناع از دریافت ثمن را ندارد، زیرا اگرچه خودش اسقاط حق کرده است، اما این موجب حق امتناع نمی‌شود چراکه اصل مقابله، فاسده بوده است.

و می‌کن...

توجیهی برای دو روایت محمد بن قیس و سکونی^۱

ممکن است روایت را حمل کنیم بر این که ثمن مورد نظر دو طرف ثمن اقل بوده، اما در کنار این ثمن اقل شرطی اتفاق افتاده و آن این که اگر مشتری خواست ثمن را دیرتر پرداخت کند باید بیشتر بدهد. این شرط فاسد است، حال اگر مبنا این باشد که شرط فاسد مفسد عقد نباشد، ثمن اقل بر عهده مشتری است ولو فی ابعده الاجلین و روایت ناظر به این مطلب است.

اگر مبنا این باشد که شرط فاسد مفسد عقد باشد نیز باید گفت این حکم در روایت، تعبدی است و عمومات طیب نفس و... را تخصیص می‌زند.

مراد علما از بطلان بیع، بطلان به شرط ثمنین فی اجلین باطل است و اثر مقصود بر آن مترتب نمی‌شود.

ص ۲۰۹-۲۱۲

۱. مکاسب، ج ۶، ص ۲۰۵؛ قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع سلعة و قال: ثمنها كذا و كذا يبد و كذا و كذا نظرة، فخذها بأي ثمن شئت، و جعل صفقتها واحدة، فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظرة» و عن جعفر، عن أبيه، عن أبيه [عليهم السلام]: «أنّ علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين و أبعده الاجلین، فيقول: ليس له إلا أقل النقيدين إلى الأجل الذي أجله نسيئة». الوسائل ۱۲: ۳۶۷، الباب ۲ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول. الوسائل ۱۲: ۳۶۷، الباب ۲ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۲.

و قد تخلص...

مطابق متن روایت، عقد منطبق با مقصود متعاقدين باطل است و امضا نمی شود. اما حکم به امضا و صحت عقد به شکلی که روایت فرمود، حکم تعبدی است و مورد رضایت و مقصود و طیب نفس متعاقدين قرار نگرفته است و این مخالف عموماتی است که می فرماید تجارت باید عن تراض و طیب نفس و... باشد.

اگر کسی بگوید این دو روایت مانحن فیه توان تخصیص عمومات را دارد، در صحت بیع مشکلی نیست، اما اگر بگوییم این دو روایت توان تخصیص عمومات را ندارد، صحت عقد مشکل خواهد بود.

مورد این دو روایت جایی است که یک طرف نقد و طرف دیگر مؤجل باشد، باتوجه به این که این دو روایت خلاف عمومات است، باید عمومات را فقط به مورد این دو روایت تخصیص بزنیم نه موردی که دو هر دو ثمن مؤجل با اجل متفاوت باشند و در این صورت بیع قطعاً باطل است.

مرحوم علامه که قائل به منع است در مختلف در دلیل قائلین به صحت فرموده مانحن فیه مثل جایی است که مستاجر برای خیاطت به اجیر بگوید اگر فارسی بدوزی یک درهم و اگر رومی بدوزی دو درهم پرداخت می کنم فلذا مسئله مانحن فیه نیز مثل این عقد جعاله صحیح است.

در جواب این استدلال علامه فرموده اند؛

اولاً صحت چنین معامله ای را نیز قبول نداریم.

ثانیاً بر فرض قبول صحت این عقد جعاله، این مقدار ابهام تنها در جعاله مانعی ندارد و این حکمی را که مربوط به جعاله است، نمی توان به مانحن فیه تسری داد.

ص ۲۱۲-۲۱۳

مسئله لا یجب...

آیا بر مشتری واجب است قبل از رسیدن اجل در صورت مطالبه مشتری، ثمن را پرداخت کند؟

واجب نیست و بر این مطلب اجماع داریم. زیرا معنای بیع نسبیته و فایده مترتب بر آن تاخیر در پرداخت اجل است.

حال اگر مشتری خودش بخواهد ثمن را زودتر به بایع پرداخت کند، آیا واجب است بایع ثمن را دریافت کند؟

واجب نیست، بلاخلاف و بلکه از ریاض نقل اجماع شده است.

محقق ثانی نیز در باب سلم می فرماید در مورد این مسئله میان عامه اختلاف است. بنابراین ظاهر فرمایش ایشان این است که میان فقهای شیعه اختلافی نیست.

پرداخت ثمن زودتر از موعد منت به شمار می آید و مکلف وظیفه ندارد این را حتما بپذرد.

فیه تامل؛

شهیدی این سخن که پرداخت زودتر از موعد، منت به شمار بیاید، همیشگی نیست، زیرا چه بسا قبول آن برای مشتری منت به شمار می آید.

شیخ انصاری: اجلی که در معامله قرار می دهند هم حق مشتری است و هم می تواند حق بایع باشد. زیرا مشتری نیز به منزله امین برای مال بایع به حساب می آید و این حق بایع است.

دو مطلب مستفاد از تعلیل شیخ انصاری؛

-فرق میان حال و مؤجل این است که طلبکار در دین حال و نقد، حقی بر بدهکار ندارد که بدهکار موظف باشد بدهی را برای طلبکار نگهداری کند.

-رفع دو تخیل؛

۱-اجل حق مختص مشتری باشد. زیرا ممکن است بایع نیز غرضی از تاخیر دریافت ثمن داشته باشد.

۲-این که مؤجل مثل واجب موسّع باشد(مکلف مختار است هر موقع خواست تکلیف را ادا کند). چراکه مشتری وظیفه دارد آخر وقت ثمن را پرداخت کند.

اگر مشتری اجل دین را اسقاط کند، آیا اجل ساقط می شود و تعجیل در پرداخت ثمن واجب می گردد و بایع حق مطالبه نقداً پیدا می کند؟

علامه: ساقط نمی شود و بایع حق مطالبه نقدی ندارد.

محقق ثانی: دلیل فتوای این اس که؛

اولاً این اجل در ضمن عقد لازم بوده و با اسقاط یک طرف، این شرط از بین نمی رود.

ثانیاً اجل همان گونه که حق مشتری است، حق بایع نیز می باشد. مگر آن که نسبت به اجل از ناحیه طرفین تقابیل صورت بگیرد. اما اگر این اجل نذر شده باشد، تقابیل نیز به درد نمی خورد.

شیخ انصاری: دلیل اول صحیح نیست. زیرا اگر حقی در ضمن عقد لازم واقع گردد، صاحب حق می تواند آن را ساقط کند. نسبت به دلیل دوم نیز اگرچه سخن درستی است، اما فرض این است که مشتری حق خود را دارد ساقط می کند نه حق بایع را.

و فی باب الشروط...

در باب شروط ضمن عقد کتاب تذکره، مرحوم علامه قائل هستند که اگر مدیون اجل را ساقط کند، سقوط محقق نمی شود. دلیل ایشان این است که اجل صفتی است که تابع خود دین است و مادامی که دین ساقط نشده، اجل آن نیز ساقط نمی شود. شافعی در این مورد دو وجه را قائل است.

توجیه دو دلیل سابق علامه در تذکره و قواعد

دلیل اول علامه؛ اجل در ضمن عقد لازم آمده و یک طرفه نمی توان آن را ساقط کرد.

توجیه؛ بازگشت تاجیل در ضمن عقد لازم، این است که حق مطالبه نقدی بایع به نسبت به واسطه این اجل اسقاط شده باشد. این حق مطالبه بایع که به واسطه تاجیل اسقاط شده، به واسطه اسقاط حق مشتری که تاجیل است، ساقط نمی شود.

به عبارتی شرطی قابل اسقاط است که متضمن اثبات حقی باشد که آن حق پس از جعل آن قابلیت اسقاط داشته باشد و حال آن که در مانحن فیه شرط تاجیل برمی گردد به این که حق مطالبه نقدی بایع به واسطه اجل اسقاط شده، نه آن که حقی اثبات شده باشد، و الساقط لایعود.

نظیر

شرط تبری از عیوب توسط بایع که در واقع همان اسقاط حق اعتراض مشتری نسبت به عیوب احتمالی میباید است. حال اگر بایع این شرط تبری را اسقاط کند، این طور نیست که ضمان عیوب به بایع بازگردد. چراکه الساقط لایعود.

دلیل دوم علامه؛ اجل حق هر دو است (هم مشتری و هم بایع)، لذا به اسقاط یک طرف، ساقط نمی شود.

توجیه؛ دلالت این سخن مبتنی بر این است که شرط واحد اگر به حق برای هر یک از بایع و مشتری انحلال پیدا کند، جایز نباشد که یکی از آن دو حق مخصوص خود را اسقاط کند. در این صورت برای اسقاط، توافق طرفین لازم است. همان چیزی که محقق ثانی آن را تقایل نام نهاده است. این تقایل اصطلاحی نیست تا اشکال صاحب جواهر (تقایل در خود عقد ممکن است، نه تقایل در شروط عقد) لازم بیاید.

البته اگر تاجیل حق خداوند باشد و با نذر ایجاد شده باشد، با تقایل نیز اجل ساقط نخواهد شد.

این توجیه در مورد کلام محقق در صورتی نیکوست که بتوانیم ثابت کنیم که حق ثابت از ناحیه اشتراط تاجیل یا واحد است یا حداقل اثبات تعدد در آن نشود. اما شیخ انصاری حق را متعدد می دانند، لذا با اسقاط مشتری حق نسبت به خود او ساقط می شود.

اذا كان الثمن...

اگر ثمن یا هر بدیهی دیگری از ابتدا حال و نقد باشد یا از ابتدا مؤجل بوده و اکنون حال شده باشد، در این صورت مالک بدهی موظف است که در صورت پرداخت ثمن توسط مشتری، آن را قبول کند و امتناع او از قبول ثمن جایز نیست، زیرا این اضرار به مدیون و مشتری است و مدیون وظیفه ای ندارد تا مال بایع را نزد خود محفوظ دارد و این بدین دلیل است که مردم بر نفس خود مسلط هستند و کسی نمی تواند دیگری را مجبور کند تا مال دیگری در ذمه او باقی بماند.

توهم

در صورت امتناع مالک، اضراری به مشتری وارد نمی شود، زیرا در صورت امتناع دو راه دیگر وجود دارد:

-دفع ثمن به حاکم

-جدا کردن و عزل ثمن از اموال خود که در این صورت ضمان آن نیز بر عهده خود بایع است.

جواب توهم

دو راه فوق دلیل بر رفع وجوب قبول بر مالک نمی شود چراکه این دو راه حل بدل اختیاری نیست، زیرا مشروعیت قبض حاکم یا عزل، جهت دفع اضرار به مشتری که حرام است می باشد. بلکه این دو راه حل حاکی از حرمت امتناع است، كما هو فی النفقة.

و کیف کان...

اگر طلبکار به ناحق از قبول ثمن امتناع کند، دیگر رضایت او در قبض اعتبار ندارد، به دلیل حدیث لا ضرر.

حال که رضایت مالک به قبض بی اعتبار شد، حاکم او را وادار به قبض می کند، زیرا امتناع او رضایت او را ساقط کرد، نه اصل قبض او را. آری اگر بنا به هر دلیلی قبض توسط خود مالک ممکن نشد، به دلیل السلطان ولی الممتنع، حاکم ثمن را قبض می کند.

مراحل فوق مربوط به صورتی است که ممتنع را به معنای ممتنع ولو بالاکراه معنا کنیم.

اما اگر مثل محقق ثانی ممتنع را کسی که بالاختیار ممتنع است بدانیم، مرحله دوم، قبض خود حاکم است و قبض بالاکراه توسط مالک، دیگر معنا ندارد.

اطلاق کلام برخی از فقها

اساساً حاکم اعتبار ندارد و مشتری در صورت امتناع بایع، می تواند ثمن را از مال خود عزل کند و نیاز نیست به حاکم رجوع کند.

اگر طلبکار مال خود را از مدیون مطالبه نکند، حاکم حق مطالبه مال از بدهکار را ندارد. زیرا عدم مطالبه به رضایت خود مشتری بوده است.

ابن ادریس حلی فرموده در صورت امتناع طلبکار از قبول ثمن حال خود، قبض آن طلب بر حاکم لازم است، اما حاکم حق اجبار طلبکار بر قبض را ندارد. این معنا باتوجه به عبارت خود سرائر و عبارت شهید اول در دروس است. حواشی این عبارت ابن ادریس را مختلف شرح داده اند که برخی از ان غلط است.

عده ای از فقها این سخن ابن ادریس را بعید شمرده اند و شیخ انصاری نیز این استبعاد را به جا دانسته اند.

ص ۲۱۸-۲۲۱

فإن لم یمكن...

اگر حاکم هم از قبض متعذر شد، مومنین باید او را اجبار به قبض کنند. حال مومنین عدول باشند یا نباشند، فرقی ندارد، زیرا قبض ثمن از مصادیق امر به معروف است.

عده ای گفته اند این اجبار از مصادیق معروف نیست، بلکه داخل در عنوان حسیبه به شمار می آید فلذا ویژه عدول از مومنین است.

عدول از مومنین حق قبض ثمن از ناحیه حاکم را ندارند و این جایز نیست.

راه بریء شدن ذمه مشتری از ثمن بائع، عزل آن ثمن از مال خویش است و در این صورت ضمان هم بر عهده بائع است و ضمان از عهده مشتری برداشته می شود تا ضرر به او وارد نیاید.

البته اگرچه ضمان بر عهده بائع است، اما ملکیت مال معزول برای مشتری است. زیرا دلیلی نداریم مبنی بر این که بدون قبض بائع، مال به ملکیت او در بیاید و ملکیت او بر کلی هم تعلق نگرفته است و قبض در تملیک شرط است.

بنابراین پس از عزل مال، نماءات آن برای مشتری است و قاعده الخراج بالضمنان در این جا جاری نیست.

اشکال

اگر حق مملوک بائع با عزل تشخیص پیدا کند، در این صورت معزول ملک بائع است، اما اگر تشخیص پیدا نمی کند و به ذمه مشتری است، بنابراین ضمان هم بر عهده مشتری باید باشد.

پاسخ

حق بايع از ذمه مشتري با عزل برىء مى شود، اما در عيم حال تشخص هم صورت نمى گيرد و حق بايع به معزول تعلق مى گيرد، مثل تعلق حق مجنى عليه به رقبه عبد جاني. اگر چنين عبدى تلف بشود، مولى وظيفه اى نسبت به مجنى عليه ندارد. اما اگر تلف نشود، مجنى عليه نمى تواند به صاحب عبد بگويد خود عبد جاني را بايد بدهى و مولى مى تواند ديه يا قيمت عبد جاني را بدهد.

لحظه اى قبل از تلف، مال معزول به ملك بايع منتقل مى شود، لذا ضمان بر عهده خود اوست.

ثم إن الظاهر...

آيا مشتري مى تواند در مال معزول تصرف کند؟

آرى، اما در صورت تصرف ناقل يا متلف طلب بايع به ذمه مشتري بازمى گردد.

حفظ مال معزول از تلف بر مشتري واجب نيست، زيرا در صورت وجوب نقض غرض اتفاق مى افتد چراکه اگر پس از دفع ثمن بايع، ذمه مشتري بدهكار مشغول مى ماند او متضرر مى شد و ما به اين ضرر راضى نبوديم، پس به طريق اولى حفظ مال معزول كه ضررش بيشتراست، نيز بر عهده مشتري نيست.

محقق ثانى نسبت به وجوب حفظ تفصيل قائل شده است؛

اگر مشتري ثمن را به بايع عرضه کرده باشد، اما مال را مقابل او نينداخته باشد، حفظ مال واجب است.

اما اگر اقباض و تحليه توسط مشتري انجام شده باشد، حفظ مال معزول بر عهده او نيست.

اين سخن محقق ثانى مؤيدى نيز دارد كه در صفحه ۲۶۶ كتاب آمده است.

محقق ثانى هم چنين فرموده اگر حاكم نباشد و اقباض و تخليه توسط مشتري صورت گيرد، ذمه او برىء مى شود ولو پس از آن مال تلف گردد. حاكم نيز در صورت قبض مال، اگر الزام بايع ممكن نباشد، مال را تخليه مى كند و به اقباض او درمى آورد و ضمان آن بر گردن خود بايع خواهد بود.

دو فرع

فرع اول

آيا اين حكم به شريكى كه ظالمى او را اكراه كند تا سهم مشاع شريك غائب خود را عزل کرده و به ظالم بده و آن شريك هم چنين كند، تسرى پيدا مى كند؟

آرى تسرى پيدا مى كند.

نتیجه تسری حکم؛ مقدار عزل شده و دفع شده به ظالم، برای شریک تعیین پیدا می کند. در این صورت همه مالی که به جیب ظالم دفع شده، از جیب شریک دافع است.

محقق ثانی در تسری حکم در این مورد تردید وارد کرده است.

فرع دوم

در صورتی که ظالم خود عزل را انجام بدهد و مال را برای خود بردارد.

محقق ثانی در این صورت نیز تردید وارد کرده اند، به این دلیل که تصریحی به نفی یا اثبات این مطلب در اقوال فقها وجود ندارد و این که دلیل لاضرر در این جا نیز وارد است.

اما نهایتاً ایشان فتوا داده اند به این که حکم در این دو فرع تسری نمی یابد، زیرا در بحث بایع و مشتری، بایع خود موجب ضرر بود، بر خلاف فرض در این دو فرع.

نظر شیخ انصاری

در مورد فرع دوم وجهی وجود ندارد که ما آن را به مانحن فیه ملحق کنیم، زیرا در فرع دوم خود ظالم مال را عزل کرده و دلیل لاضرر حکم به این نمی کند که نیت ظالم در تعیین سهم شریک موثر باشد، لذا وجهی ندارد که ما ضرر را متوجه خصوص شریک دوم بدانیم.

در مورد فرع به دلیل این که شریک خود مال را عزل کرده و به دلیل این که به جهت شراکت با شریک در معرض ضرر بوده، خداوند به دلیل لاضرر برای شریک اول، ولایت در تقسیم قرار داده و سهم شریک دوم جدا می شود و ضرر از جیب اوست.

اما این سخن نیز درست نیست، زیرا دلیل لاضرر و صحت ولایت در تقسیم در صورتی است که دفع ضرر موجب اضرار به غیر نشود. لذا هیچ یک از دو ضرر بر دیگری ترجیح ندارد. ضمن این که اگر بخواهیم هر ضرری را مبنا قرار دهیم و لاضرر را شامل آن بدانیم لازمه اش تاسیس فقه جدید است.

ص ۲۲۱-۲۲۳

مسئله عدم جواز...

آیا در مقابل تاخیر در اجل زیاده ثمن جایز است؟

چنین چیزی جایز نیست، به دلیل؛

و يدل عليه...

دلیل دیگر بر ربا بودن و حرمت زیاده ثمن در برابر تاخیر در اجل

روایتی که در تعلیم طریق حيله برای جواز تاخیر دین در برابر زیاده وارد شده است؛ قرار دادن اجل و تاخیر دین در ضمن معاوضه‌ای که مقصود اصلی بیع نیست. ائمه علیهم السلام این راه را برای فرار از ربا پیشنهاد فرمودند.

مثل روایت اسحاق بن عمار؛ معامله لؤلؤ صد درهمی به هزار درهم و جعل تاجیل برای پرداخت آن. اگر زیادت ثمن در برابر تاخیر در اجل، جایز بود، نیاز به این حیل نبود.

دلیل دیگر یا مؤید

از امام پرسیدند اگر بدهکار به طلبکار هدیه‌ای بدهد تا طلبکار طلب خود را مطالبه نکند و به تاخیر بیندازد اشکالی ندارد؟ امام فرمودند اگر چنین چیزی را شرط نکنند، جایز است.

علت احتمال مؤید بودن؛ ممکن است کسی در مفهوم داشتن این روایت تشکیک کند یا اشکال سندی داشته باشد.

جمع بندی شیخ انصاری

مقابله زیاده ثمن یا هر دینی با تاجیل، ربا و حرام است و فرقی ندارد این مقابله با مقاوله، مصالحه یا هر امر دیگری که به نوعی شرط باشد.

اگر معاوضه لازمی انجام شود و زیاده در مقابل تاخیر در ضمن آن شرط بشود، اشکالی ندارد.

نقص ثمن مؤجل در برابر تعجیل در صورتی که طلبکار بپذیرد، مانعی ندارد.

مسئله جواز بیع...

اگر فردی یک عین شخصی را نسبتاً بخرد، مشتری اگرچه مبلغ آن را هوز پرداخت نکرده، اما مالک آن می شود، فلذا می تواند به شخص دیگر یا خود بایع بفروشد و فرقی ندارد معامله به ثمن مؤجل باشد یا حال، نیز فرقی ندارد آن را در مقابل نجس ثمن یا غیر جنس آن بفروشد، نیز فرقی ندارد به مبلغ بیشتر بفروشد یا کمتر.

فقط یک استثنا دارد و آن این که اگر یکی از متبایعین در ضمن معامله اول شرط کند که طرف دیگر آن عین را مجدداً به خود او بفروشد، برخی معتقدند که طرف دیگر نمی تواند آن را به دیگری بفروشد.

أما حکم المستثنى منه...

حکم مستثنى منه

اختلافی در حکم جواز بیع مستثنی منه نیست. مگر نسبت به برخی صور مسئله که شیخ طوسی فرموده است. موردی که ایشان استثنا کرده و بیع را در آن جایز نمی دانند، چهار ویژگی دارد:

۱- مشتری بخواهد مبیع را به خود بآید بفروشد.

۲- بعد از حلول اجل باشد.

۳- به جنس ثمن بخواهد بفروشد.

۴- ثمن معامله اول و معامله دوم مساوی نباشد.

ظاهر عبارت صاحب حدائق

- محل اختلاف را اعم از بعد حلول اجل (ما قبل حلول) می دانند.

- برخی در تحریم به طعام اکتفا کرده اند.

چه سخن صاحب حدائق درست باشد یا نباشد، اقوی قول مشهور است.

دلیل بر این قول (جواز مطلق)

۱. عمومات آیات مثل اوفوا بالعقود

۲. عمومات روایات مثل لا یحل مال امرء... الا عن طیب نفسه

۳. روایات مربوط به این بحث؛

- صحیح بشار بن یسار که سابقا در ص ۱۶۶ هم بیان شده بود. امام در این روایت در جواب سوال بشار، استفسالی نفرمودند و بدون استفسال، فرمودند لا بأس به.

- صحیح ابن حازم.

اشکال در استدلال به این روایت: سوال سائل این است که در مقابل همان دراهمی که بدهکار بوده مبیع را فروخته است. پس معامله به جنس ثمن و مساوی ثمن بوده است و این صورت مشکلی ندارد و به درد استدلال بر رد شیخ طوسی نمی خورد.

نهایة المقال مامقانی، ص ۲۱۳

-روایت حسین بن منذر(ص ۹۸ هم ذکر شده بود)

ص ۲۲۵-۲۲۸

و قد يستدل ايضاً...

برخی به روایت یعقوب بن شعیب و عبید بن زراره برای اثبات قول مشهور و رد قول شیخ طوسی استدلال کرده‌اند که این مورد قبول شیخ انصاری نیست. زیرا در این روایت ظاهر آن است که طعام در معامله اول غیر از طعام در معامله دوم است و حال آن که محل بحث ما این است که مبیع واحد باشد.

شیخ انصاری در ادامه می‌فرماید برای رد قول شیخ طوسی و اثبات قول مشهور، عمومات آیات و روایات کافی است. زیرا عمومات معارض و مخصصی ندارد، مگر آن روایاتی که خود شیخ طوسی بیان فرموده که ما معارض بودن این روایات با عمومات را قبول نداریم.

جواب از توهّم معارضه

در روایت دوم امام فرموده مبیع را به قیمت روز بخر و راوی کأنه سوال کرده چرا مبیع خودم را باید به بهای بیشتر بخرم و سپس امام فرمودند که نخر و صبر کن طرف معامله مبیع را به دیگری بفروشد و پول تو را پرداخت کند. نه این که مراد امام عدم جواز بیع باشد.

[استاد: البته این جواب صحیح به نظر نمی‌رسد...]

در مورد روایت اول نیز ظاهراً مبیع در معامله دوم، غیر از مبیع در معامله اول است و شاید نهی امام به علت شناخت امام از فرد و شرایط خاص آن فرد بوده است. ضمن این که معلوم نیست شراء به زیاده یا نقصیه بوده باشد. فلذا این روایت ظاهر در مذهب شیخ طوسی نیست و نهایتاً این که ظاهر از لا خیر فیه در روایت کراهت است نه عدم جواز.

و اعلم...

اگر بایع طعامی را به صورت مؤجل فروخت و بعد از حلول اجل خواست همان مبیع یا مبیعی دیگر از مشتری بگیرد، در این صورت آیا باید این مبیع در صورت هم جنس بودن هم وزن همان مبیع باشد؟

علامه در مختلف از شیخ طوسی در خلاف حکایت کرده که اگر مقدار طعام مساوی نباشد جایز نیست، به دلیل اجماع، روایات و لزوم ربا

علامه سپس اقوال دیگری را نیز حکایت کرده اند که عده ای ادعای جواز مطلقاً و عده ای ادعای عدم جواز مطلقاً کرده اند. ایشان سپس کلامی از شیخ طوسی نقل کرده و آن این که قول بعضی از اصحاب مبنی بر جواز مطلق قوی است، زیرا در واقع بیع طعام به دراهم است و دو معامله متفاوت بوده و اعتبار مثلثیت لازم نیست.

به نظر می رسد شیخ طوسی قول اول را اقوی می دانند، اگرچه نهایتاً قول دوم را نیز رد نکردند.

ص ۲۳۰-۲۳۲

أقول الظاهر...

ظاهر این است که مرحوم شیخ طوسی هم در مانحن فیه و هم در آنچه سابقاً در نهاییه فرمودند که بیع ما اشتری بجنس ثمن متفاضلاً جایز نیست، در ذهن ایشان یک قاعده کلی بوده که این قاعده از بعض اخبار نیز ظاهر است و آن این که عوض شیء ربوی امکان ندارد به زیاده معامله بشود و عوض العوض نیز به منزله عوض به شمار می آید.

استناد مرحوم شیخ طوسی بر این که عوض العوض به منزله عوض است، به روایاتی استناد کرده اند.

جمع بندی شیخ انصاری

اگر ملاک این باشد که عوض العوض به منزله عوض باشد، نباید فرقی باشد میان خریدن نفس مبیعی که به مشتری فروخته شده یا غیر آن مبیع و هم جنس آن و نیز نباید میان خریدن قبل از حلول اجل و بعد از حلول اجل فرقی باشد و در هر دو صورت ربا لازم می آید.

اشکال

چرا شیخ طوسی در نهاییه منع از بیع را به خصوص بعد از اجل مقید کردند؟

پاسخ

مراد ایشان از این قید اختصاص ربا به این صورت نبوده، بلکه به جهت مورد غالب فرمودند. کما این که ایشان به دلیل غلبه، منع از بیع را تقیید کردند به این که بایع آنچه را که فروخته، به قیمت کمتر اخذ کند. لذا ایشان در ادامه عبارات خویش هم زیاده و هم تقیصه را مطرح فرمودند.

مؤید حمل بر غالب

در بحث سلم، جنسی که پیش خرید شده، اگر بایع نتواند در زمان موعده تحویل مبیع، آن را تحویل بدهد، در صورت رد ثمن هم جنس، مشتری حق ندارد مقدار بیشتر پس بگیرد. زیرا در بیع سلم، مشتری غالباً حین عقد پول کمتری می دهد و لذا در صورت عدم تحویل مبیع در زمان تحویل کالا، انتظار دارد پول بیشتری پس بگیرد.

ص ۲۳۲-۲۳۳

و أما الحكم...

حکم مستثنی

مستثنی؛ اشتراط احد المتبايعين بر بیع دوباره مبیع به طرف مقابل.

شیخ طوسی و دیگران بر بطلان چنین معامله‌ای تصریح کرده‌اند. مرحوم علامه نیز برای بطلان این معامله به دور استدلال کرده‌اند و همان طور که سابقاً مطرح شده بود، یکی از شرایط صحت معامله، این است که مستلزم محال نباشد و دور محال است.

بیان دور: عمل به شرط (مثلاً بایع شرط کند که این مبیع را به شرطی می فروشم که آن را دوباره به من بفروشی) یعنی بیع دوباره مشتری متوقف بر ملکیت مشتری است و ملکیت او متوقف بر بیع اوست. زیرا تا به شرط عمل نشود، معامله اول تمام نمی شود و هذا توقف الشيء علی نفسه.

علامه در ادامه فرموده اما اگر بایع در معامله اول شرط بکند که مشتری مبیع را به فرد ثالث بفروشد، این مانعی ندارد.

اشکال

دور در این جا نیز مطرح هست.

پاسخ

در شرط بیع به فرد ثالث، بیع مشتری متوقف بر ملکیت او نیست و او می تواند به عنوان وکیل مالک اول یا بیع فضولی، معامله دوم را انجام دهد و پس از انجام این معامله که خودش مالک شد، بیع را اجازه دهد. بر خلاف اشتراط بیع مبیع به مالک آن. نکته: ظاهر از اشکالی که در کلام علامه مطرح شد و پاسخ آن، این برمی آید که شرط باید شرط معقولی باشد و شرط بیع به غیر مالک شرط معقولی است، اما بیع به خود مالک شرط غیر معقولی است. لذا اشکالی بر علامه وارد نیست.

اشکالی دیگر به علامه

اشتراط عتق بر مشتری؛ عتق متوقف بر ملکیت مشتری و ملکیت مشتری متوقف عتق است.

پاسخ

عتق فی حد نفسه شرط معقولی است، لذا این اشکال نیز به علامه وارد نیست.

اشکال سوم بر علامه

اگر بایع بر مشتری شرط بکند که مبیع نزد خود بایع برای ثمن، رهن بماند، علامه این شرط را پذیرفته اند و حال آن که مطابق مبنای علامه چنین شرطی (رهن به خود مالک) معقول نیست و دور (ملکیت متوقف بر رهن و رهن متوقف بر ملکیت است) لازم می آید.

خود علامه نیز به این دور و عدم معقولیت در تذکره اعتراف کرده اند.

مگر این که رهن را این گونه توجیه کنیم که اخذ رهن بر ثمن یا ضامن گرفتن برای ثمن یا جبران ثمن (در صورتی که ثمن را داده باشد ولی احتمال معیوب بودن باشد)، همه از توابع و مصالح بیع است و اشتراط آن مانعی ندارد.

ص ۲۳۳-۲۳۵

و قرر الدور فی جامع المقاصد...

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد به بیان دیگری دور را توضیح داده اند؛ ملکیت مشتری متوقف بر حصول شرط است، حصول شرط نیز متوقف ملکیت مشتری است. این بیان ایشان عین همان بیان علامه است با این تفاوت که مقدمه اول را موخر و مقدمه دوم را مقدم آورده اند.

پاسخ صاحب جواهر به دور

۱- جواب نقضی؛ شرط بیع به شخص ثالث مطابق فتوای فقها اشکالی ندارد. البته این نقض را خود علامه به آن متنبه بودند و از آن پاسخ دادند. اگرچه جواب ایشان به واسطه بیع به شرط رهن نقض شد که علامه متوجه این نقض نیز بودند.

۲- جواب حلی؛ ملکیت مشتری متوقف بر تحقق شرط نیست، مجرد انجام بیع، ملکیت حاصل می شود، البته ملکیت به نحو متزلزل است و پس از حصول شرط، ملکیت تام و لازم محقق می شود.

۳- دور مذکور نسبت به همه مصادیق، صادق نیست. در جایی که بایع شرط کند که مشتری بعد از اجل بیع اول، مبیع را به او بفروشد، اشکال دور لازم نمی آید (عدم اطراد دور نسبت به همه مصادیق).

نقد شیخ انصاری بر صاحب جواهر

مبنای این اشکال صاحب جواهر، همان چیزی است که خود علامه فرموده بودند؛ ظاهر سخن علامه این بود که شرط با قطع نظر از بیع باید صحیح باشد، لذا جایز نیست ما صحت شرط را منوط به صحت بیع کنیم و مهم این است که خود شرط معقول باشد، لذا فرقی ندارد چنین شرطی قبل از اجل باشد یا بعد اجل. اشکال علامه صرفاً به انتقال ملک نیست، بلکه ایشان شرط بیع مبیع به خود با بیع (مالک) را معقول ندانسته و دارای اشکال می دانند.

دلیل دوم بر بطلان شرط بیع به مالک

شهید اول: چنین شرطی یعنی مالک قصد خروج مبیع از ملک خود و قطع علاقه مالکیت را ندارد و این بر خلاف بیع است.

اشکال محقق ثانی و شهید ثانی به شهید اول

فرض ما حصول به نقل اول است و نقل اول متوقف بر قصد است، پس یعنی قصد انتقال بوده است.

ص ۲۳۵-۲۳۷

و استدلال علیه...

استدلالی دیگر بر بطلان شرط بیع به با بیع اول (مالک اول)

مرحوم بحرانی در حدائق به روایت حسین بن منذر استدلال کرده است. این روایت درباره بیع العینه بود (بیع مبیعی به نسینه و خرید نقدی آن به مبلغ کمتر) که امام در آن فرمودند اگر مشتری و با بیع در خرید و فروش در معامله دوم خیار داشته باشند، صحیح است.

صاحب حدائق فرموده مراد از این خیار، اختیار عرفی است. در واقع روایت دلالت دارد بر این که اگر احد المتبایعین به جهت شرط در ضمن عقد اول، اختیار نداشته باشد، معامله اشکال دارد. این ثبوت اشکال اگر به معامله اول بازگردد، مطلوب ما ثابت است و اگر به معامله دوم بازگردد نیز دلیلی بر بطلان بیع دوم نیست، مگر بطلان بیع اول. زیرا اگر بیع اول صحیح باشد، شرط ضمن آن و به تبع بیع دوم نیز باید صحیح باشد.

اشکال صاحب جواهر بر صاحب حدائق

- کلمه بأس در روایت، دال بر بطلان نیست. مراد از آن صرفاً بیان حکم تکلیفی است.

شیخ انصاری: فیه ما لا یخفی؛ ظاهر سیاق روایت این است که سوال از صحت و فساد است نه حکم تکلیفی.

قرینه: إن اهل المسجد یزعمون أن البیع فاسدٌ.

-این روایت متضمن مطلبی است که احدی به آن قائل نشده است. ظاهر این روایت این است که همان طور که بایع حق اشتراط بیع دوم را ندارد، مشتری هم حق اشتراط شراء دوباره بر بایع را ندارد. زیرا روایت متضمن این بود که هر دو متبایع باید اختیار داشته باشند. و این عدم جواز اشتراط مشتری قائلی ندارد.

شیخ انصاری

بر خلاف سخن صاحب جواهر، هر کسی قائل به عدم جواز اشتراط بایع است، قائل به عدم جواز اشتراط مشتری نیز هست.

-آن چه از مفهوم روایت استفاده می شود این است که شرط لازم العمل است. یعنی اگر شرط کردند مشروط علیه دیگر خیار ندارد، اگرچه بیع ثانی به تنهایی یا هر دو بیع با وجود این شرط، حرمت تکلیفی دارد. شرط فاسد هم مفسد عقد نیست و روایت دلالت بر این مطلب دارد.

شیخ انصاری

همان طور که سابقاً مطرح کردیم، ظاهر روایت بحث از فساد بیع است، نه حکم تکلیفی آن. و فساد و التزام به شرط با یکدیگر جمع نمی شوند.

نعم...

رد استدلال به روایت حسین بن منذر

ممکن است بگوییم روایت درباره بیع اول سخن نمی گوید و روایت صرفاً درباره بیع دوم است، به قرینه مخالفت اهل مسجد که قائل به بطلان بیع دوم هستند.

مراد این است که اگر بیع دوم بدون توجه به شرطی که در بیع اول شده از روی رضایت و طیب نفس باشد، این صحیح است. اما اگر رضایت نداشته باشد، ولی از باب شرطی که در بیع اول شده (حال این شرط چه در متن عقد بوده باشد و چه قبل از عقد، اما الزام عرفی آورده باشد)، ملتزم به شرط شده، این باطل است. زیرا بیع دوم از روی رضایت نیست و بطلان آن به جهت بطلان بیع اول نیست.

بنابراین عقد اول صحیح، اما شرط آن باطل است و لازم العمل نیست. حال یا به دلیل این که شرط در متن عقد اول بیان نشده یا به جهت این که چنین شرطی لغو است و شرط فاسد هم مفسد عقد نیست.

اگر کسی بگوید عقد دوم حتی اگر از روی طیب نفس هم باشد صحیح نیست، زیرا بیع اول و شرط آن فاسد بوده است، این سخن بر خلاف ظاهر روایت است که اختصاص به عقد دوم دارد.

و أما رواية علي بن جعفر

استدلال بر بطلان بیع ثانی به واسطه روایت علی بن جعفر و منافشه در آن

نسبت به روایت حسین بن منذر، اظهر این است که بر اساس روایت علی بن جعفر، حکم اختصاص به شراء ثانی دارد. بعضی از محشین گفته‌اند مراد از این روایت، روایتی است که در ص ۲۳۰ آمده است^۱، برخی دیگر از محشین گفته‌اند مراد روایت ص ۲۲۷ است و همین صحیح است.^۲ زیرا مرحوم شیخ وقتی می‌خواهند از روایت مفهوم‌گیری کنند، مفهوم «إذا لم یشرط و رضیا فلا بأس» را می‌گیرند. مفهوم این روایت این است که اگر بخواهند از باب شرط به این معامله عمل کنند نه به تراضی و طیب نفس، این معامله محل اشکال است.

این روایت نیز باید بر وجهی حمل بشود که منشأ فساد بیع ثانی، بیع اول نباشد، به این بیان که مفهوم شرط این است که اگر بیع دوم در بیع اول یا پیش از آن شرط شده بود و متبایعین از باب التزام به شرط، بیع دوم را انجام می‌دهند، در این صورت این بیع دوم صحیح نیست، زیرا از روی طیب نفس انجام نشده است. البته بطلان بیع دوم معنا ندارد مگر در فرض عدم وجوب وفاء به شرط در بیع اول. زیرا اگر شرط در ضمن بیع اول واجب الوفاء باشد، طبعاً بیع دوم ولو بدون طیب نفس باید صحیح باشد.

دلیل عدم وجوب وفاء به شرط در ضمن بیع اول؛

-یا از باب این که شرط در متن عقد ذکر نشده است.

-یا از باب این که شرط فاسد بوده و البته ما معتقدیم شرط فاسد، مفسد عقد نیست.

ثم إنّه...

شهادت ثانی در مسالک فرموده اگر متبایعان شرط بیع دوم را قبل از عقد، لفظاً مطرح بکنند (نه صرف نیت و قصد) اما در متن عقد ذکر نکنند، اگر این دو می‌دانستند که ذکر شرط متقدم اثر ندارد، شرط لازم العمل نیست. اما اگر نمی‌دانستند شرط متقدم لازم العمل نیست و به خیال این که لازم العمل است معامله را انجام دادند، عقد باطل است.

شیخ انصاری

اقدام بر شرط در فرض دومی که شهادت ثانی فرمودند، در فرض اول نیز وجود دارد، لذا باید در فرض اول نیز حکم به بطلان کنیم. لذا اولی این است که بگوییم مسئله مبتنی بر این است که آیا شرط متقدم بر عقد شرعاً اثر دارد که مرتبط با آن عقد بشود یا خیر؟

۱. فی روایة علی بن جعفر عن أخیه علیهما السلام - المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا و فی باب السلم - قال: «سألته عن رجلٍ له علی آخر تمزُّ أو شعیرٌ أو حنطةٌ، آیاخذ قیمتها دراهم؟ [قال]: إذا قومتها دراهم فسد؛ لأنَّ الأصل الذي یشتري به دراهم، فلا یصلح دراهم بدراهم»

۲. «سألته عن رجلٍ باع ثوباً بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم، آیاحل؟ قال: إذا لم یشرط و رضیا فلا بأس» .

اگر عقد مرتبط بشود، بیع باطل است. اگر عقد مرتبط نشود، بیع باطل نیست. معروف میان فقها این است که این شرط اثر ندارد و فرق گذاری میان شرط صحیح و فاسد و علم به این شرط، وجهی ندارد.

ص ۲۴۱-۲۴۳

القول فی القبض

علت ذکر این بحث در این جا به دلیل احکامی است که باتوجه به قبض بار می شود. مثل؛

تلف قبل از قبض بر عهده بایع است، اما اگر بعد از قبض مبیع تلف گردد، بر عهده مشتری است. خیار تاخیر مشروط به عدم قبض است وگرنه خیار تاخیر وجود ندارد. قبض در صحت یا لزوم هبه شرط است. بیع صرف منوط به قبض ثمن و مثنی در مجلس است. بیع سلم منوط به قبض فی المجلس نسبت به ثمن است.

معنای لغوی قبض

لغوئاً سه معنا گفته اند؛

-مطلق اخذ چه باید چه به غیر آن

-برخی اخذ به ید را گفته اند.

-برخی اخذ به جمیع کف را قبض دانسته اند.

ماهیت قبض و معنای اصطلاحی آن در فقه

قبض غیر منقولات، اتفاق و اجماع داریم ماهیت قبض در این قسم، تخلیه و رفع ید است.

قبض منقولات، نسبت به این قسم هشت نظریه مطرح است؛

-تخلیه و رفع ید، مرحوم محقق در شرائع تصریح کرده است. از کاشف الرموز نیز حکایت شده است و...

-در منقولاتی که مکیل و موزون نیست، نقل و انتقال و در منقولاتی که مکیل و موزون است، وزن و کیل آن.

-دروس: در حیوان، نقل، در مکیل و موزون و معدود، کیل و وزن و عدّ یا نقل آن و در ثوب، وضع آن در دست.

-غنیه، سرائر، خلاف و لمعه: تحویل و نقل

-مبسوط: اگر امثال جواهر، دراهم، دنانیر و آن چه که با دست اخذ می شود، اخذ به ید، اگر امثال حیوان باشد، مشی به مکان

دیگر، اگر عبد باشد، اسکان او در مکان دیگر. اگر مبیع جزافاً خریده شده (مثلاً بالمشاهدة)، انتقال به مکان دیگر، اگر مکایله

خریده شده، قبض به کیل است. در کتاب الوسیله ابن حمزه آمده در موزون، وزن کردن و در معدود، عدّ آن قبض به حساب می آید. عبارت شرائع که باز می گردد به همین قول مبسوط، به مشهور نسبت داده شده است.

- استقلال و استیلاء بر مال به ید، شهید ثانی نیز به دلیل شهادت عرف و به تبع از محقق ثانی همین معنا را پذیرفته، اما در مکیل و موزون، صرف کیل و وزن را کافی دانسته اند به دلیل وجود نص صحیح (صحیحہ معاویة بن وهب که در ص ۲۴۹ خواهد آمد). البته مرحوم شیخ در دلالت این روایت اشکال دارند.

- اگر منقول غیر مکیل و موزون باشد، قبض در آن به واسطه نقل یا اخذ به ید است. اما اگر منقول مکیل و موزون باشد، کیل و وزن کافی است.

- تخلیه مطلقاً چه در منقولات و چه در غیرمنقولات، البته نسبت به انتقال ضمان به مشتری. در مورد بیع ما لم یقبض (چنین بیعی قبل از قبض جایز نیست)، تخلیه کافی نیست.

ص ۲۴۳-۲۴۵

اقول لا شک...

جمع بندی مرحوم شیخ انصاری

در دو امر هیچ شکی نیست؛

- قبض مبیع فعل قابض (مشتری) است و طبیعتاً احکام مترتب بر فعل قابض، بدون دخالت مشتری بر کار بایع، مترتب نمی شود.

- احکام مترتب بر فعل بایع (مثل وجوب اقباض بر بایع و راهن یا شرط قدرت بر تسلیم مبیع)، احتیاج به فعل مشتری ندارد.

باتوجه به این دو امر مسلم، در تحقق قبض در غیرمنقولات، تخلیه کفایت می کند و این اتفاق همه علما بود.

اگر مراد از قبض، فعل بایع نسبت به مبیع است، این قبض نیست، زیرا همان طور که گفته شد قبض فعل مشتری است، نه فعل بایع. حتی اگر مطابق قول کاشف الرموز قبض را مصدری به معنای تقیض و تخلیه کامل و تمکین مشتری برای تسلیم بدانیم، باز هم حقیقت قبض این نیست.

قبض چه در منقولات و چه در غیرمنقولات، استیلاء و تسلط ید مشتری بر مبیع است (مشابه قول ششم). لذا احکام قبض بر تخلیه بار نمی شود.

آری احکام مترتب بر فعل بایع که وظیفه او اقباض و تسلیم مبیع است، بر تخلیه بار می شود.

احکام بایع و مشتری هر یک بر فعل (قبض یا اقباض) خود آنان بار می‌شود، نه دیگری. مثلاً در باب هبه، قبض در هبه از احکام مترتب بر موهوب له است و تخلیه و اهب برای قبض موهوب له کفایت نمی‌کند و اگر برای تحقق هبه، قبض موهوب له را لازم بدانیم، هبه با صرف تخلیه و اهب حاصل نمی‌شود، بلکه نیازمند قبض موهوب له است.

شاید تفصیل مرحوم شهید بین حکم ضمان و غیر آن، از این جهت است که حکم ضمان منوط به صورت گرفتن اقباض و غیر ضمان (نهی از بیع ما لم یقبض) منوط به قبض مشتری است.

ص ۲۴۵-۲۴۷

و کیف کان...

باید به سراغ ادله احکام قبض برویم تا با نظر به دلیل آن حکم معلوم شود، احکام بر تخلیه بار می‌شود یا قبض و اقباض آن؟
رفع ضمان

بایع اگر مبیع را به مشتری تحویل بدهد و قبض اتفاق بیفتد، تلف بر گردن مشتری است، اما اگر مبیع در دست بایع باشد، اگرچه ملکیت برای مشتری باشد، ضمان آن بر عهده بایع است.

روایت نبوی؛ هر مبیعی که قبل از قبض تلف بشود، بر عهده بایع است. اگر دلیل برای رفع حکم ضمان این روایت باشد، ملاک قبض مشتری است.

روایت عقبه بن خالد؛ بیعی میان دو نفر تمام می‌شود و مشتری آن را همان زمان تحویل نمی‌گیرد و قبض را مؤکول به روز بعد می‌کند و سپس مال سرقت می‌شود، امام می‌فرماید اگر اقباض و خروج مبیع از منزل بایع انجام نشده باشد، ضمان بر عهده بایع است تا زمانی که بایع اقباض و اخراج مبیع از بیت را انجام بدهد.

بر اساس این روایت احتمال دارد رافع ضمان تخلیه و اقباض باشد، نه قبض مشتری.

دو راه برای رفع تعارض بدوی این دو روایت

-تقدیم روایت عقبه و حمل نبوی بر قبضی که به عنوان مقارن غالبی برای تخلیه ذکر شده است و خود قبض ملاک نباشد.

-تقدیم نبوی و حمل روایت عقبه بر وارد مورد غالب، از باب ملازمه اخراج با وصول به مشتری

مؤید طریق دوم

شهید اول در قول هشتم (ص ۲۴۳) گفته بودند نسبت به حکم رفع ضمان تخلیه کفایت می‌کند و قبض مشتری لازم نیست و محقق ثانی در حاشیه سخن ایشان گفته بودند روایت بر خلاف سخن شهید دلالت دارد.

کانال سدا @soda96

www.soda96.ir

اگر مراد محقق ثانی نبوی باشد، سخن ایشان حسن است، اما اگر مراد ایشان خبر عقبه یا غیر آن باشد، سخن ایشان صحیح نیست.

نکته در روایت عقبه: مشکلی در این روایت وجود دارد و آن خارج کردن مبیع از بیت است و حال آن که فقها اخراج از بیت را در اقباض بایع شرط نمی دانند.

این اشکال وارد نیست، زیرا اخراج از بیت معنای کنایه اخراج از سلطنت و رفع ید را دارد.

رفع ضمان به واسطه تخلیه از بعضی از فروع تذکره نیز ظاهر است. («...حصل القبض لوجود التسليم»)

ظاهر این است که مراد از تسلیم امری است که صرفاً فعل بایع است ولو مشتری از قبض امتناع کند.

اما علامه در عنوان مسئله و در باب هبه بعد از نسبت این قول به بعض شافعیه، تصریح کرده‌اند که رفع ضمان به واسطه مجرد اقباض بایع، ضعیف است.

ص ۲۴۷-۲۴۹

و الظاهر...

ظاهر این است که مراد علامه و بلکه شهید، رفع ضمان به واسطه تخلیه و تسلیم و اقباض است، ولو قبض هم صدق نکند. در این صورت مراد علامه از لوجود التسليم، حصول رفع ضمان است و در جای دیگر که آن را ضعیف دانسته‌اند مرادشان عدم صدق قبض بوده است.

مرحوم شهید نیز در الحواشی از علامه نقل کرده‌اند که تخلیه هم در منقول و هم در غیرمنقول، موجب رفع ضمان خواهد بود. زیرا ضمان حقی گردن بایع است و او با تسلیم مبیع، این حق را از گردن خود ساقط کرده‌است.

مثل صورتی که مشتری قبل از قبض مبیع از بایع، موجب ائتلاف آن شود که در این صورت ضمان بایع ساقط می شود، اگرچه صدق قبض نیز نشده‌است.

اگر بخواهیم بر حقیقت لفظی که در روایت آمده جمود بورزیم، اقتضای اقباض و اخراج این است که مبیع به دست مشتری نیز رسیده باشد، زیرا اقباض بدون قبض معنا ندارد، مگر این که بگوییم رفع ضمان از بایع حاصل می شود به همان مقدار که فعل بایع است و تعبیر به اقباض و اخراج نیز از باب مسامحه در تعبیر است.

فاللازم..

باید گفت در لسان اهل لغت و شارع مقدس، مراد از قبض، اخذ کل شیء بحسبه است.

نکته ۱: برخی نقل و تحویل را در قبض معتبر دانسته‌اند و بلکه ابن زهره ادعای اجماع کرده است.
شیخ انصاری: این سخن خالی از تامل نیست. زیرا در مثل حیوان صرف اعطای افسار آن به مشتری صدق قبض می‌کند.
نکته ۲: مراد از نقل، در قول کسانی که نقل را در قبض شرط می‌دانند، نقل مشتری است نه نقل باع.
نکته ۳: ظاهر روایت عقبه بن خالد این است که نقل دادن مبیع در منقولات شرط است.
شیخ انصاری: سابقاً گفتیم که مراد از اخراج از بیت در این روایت، کنایه از رفع ید و تخلیه است.

ص ۲۴۹-۲۵۱

وَأَمَّا اعْتِبَارُ الْكَيْلِ...

کفایت کیل و وزن یا اعتبار خصوص این دو در قبض (طبق قول دوم و سوم)، از باب صدق قبض نیست و فقها نمی‌خواهند بگویند قبض به واسطه کیل و وزن حاصل می‌شود. چراکه فقها خود تصریح دارند که اعتبار این دو از باب تعبد است. روایاتی در این باره وجود دارد، مثل صحیحہ معاویة بن وهب و... .

بیان استدلال به این روایت

ما از طرفی نهی داریم از بیع ما لم یقبض و از طرفی در روایت می‌فرماید مشتری بدون کیل و وزن کردن در معامله اول، حق بیع آن به دیگری را ندارد و این حاکی از آن است که کیل و وزن همان قبض به شمار می‌آید.

اشکال در صحیحہ علی بن جعفر و منصور بن حازم

در این دو روایت سخنی از این که قبض مکیل و موزون به چه چیز است، گفته نشده است، مگر این که این دو روایت را به قرینه روایت قبلی حمل کنیم بر این که قبض در آن همان کیل و وزن است.

روایت ابی بصیر نیز بر این است که کیل و وزن قبض به شمار می‌آید. وجه استدلال به آن نیز به همان نحو استدلال به روایت اول است.

اشکال

شاید این روایات می‌خواهد بفرماید معامله مکیل و موزون به کیل و وزن مشروط است از باب نهی از بیع غرر و این که معلوم بودن مقدار مبیع شرط صحت معامله است.

پاسخ

اگر مراد این چنین بود، نیازی نبود درباره بیع تولیه در این روایات سخنی ذکر بشود، بنابراین علت امر دیگری است و باید بگوییم کیل و وزن حکم قبض را دارد چراکه اجماع داریم بعد از قبض بیع طعام جایز است.

بنابراین مطابق این توضیحات، سخن شهید ثانی در مسالک صحیح نیست. ایشان در مسالک فرموده تحقیق این است که این روایات صحیحه دلالت دارد بر این که بیع مکیل و موزون قبل از کیل و وزن صحیح نیست، نه از باب این که قبض تنها به کیل و وزن تحقق پیدا می کند.

اشکال

چرا در این روایات سوال راوی از بیع قبل از قبض است؟

پاسخ شهید ثانی

این منافاتی ندارد، زیرا وقتی مبیع به کیل و وزن سنجیده می شود، هم قبض اتفاق می افتد و مقدار مبیع معلوم می شود. لذا اگر کسی بگوید در قبض که در مکیل و موزون رافع ضمان بایع است، صرف نقل کافی است و قبض صورت گرفته، اما برای بیع ثانی نیاز به کیل و وزن است، این سخن درستی است.

شیخ انصاری

سابقاً توضیح دادیم که ظاهر این روایات این است که با کیل و وزن، قبض اتفاق می افتد وگرنه نباید میان بیع تولیه و بیع های دیگر فرق می گذاشت.

شهید ثانی از روایت عقبه این طور برداشت کرده که اخراج مبیع از بیت شرط و لازم است. اما سابقاً توضیح دادیم که این جمله معنای کنایه خروج از سلطنت دارد.

اشکال دیگر به شهیدی ثانی، شاید به این جهت است که شیخ انصاری ظاهر روایت را یک امر تعبدی و قبض را به کیل و وزن دانستند و وجهی ندارد که شهید ثانی عمل به عرف را مطرح کنند.

ص ۲۵۱-۲۵۳

ثم إنَّ ظاهر...

در قول ۲، ۳، ۵ و ۷ گفتیم کیل و وزن قبض محسوب می شود.

شیخ انصاری: ظاهر این است که اگر علاوه بر کیل و وزن، نقل نیاز نباشد، حداقل تخلیه و رفع ید لازم است. اولی در مسئله همان است که ما سابقاً (ص ۲۴۸) گفتیم و آن این است که قبض، اخذ کل شیء بحسبه است.

کانال سُدَا @soda96

www.soda96.ir

لذا نهایتاً می توان گفت صرف کیل و وزن تعبداً در بیع قبض به شمار می آید، زیرا روایات درباره خصوص بیع است، نه امثال صدقه و هبه و... .

مگر این که ادعای اجماع کنیم بر وحدت معنای قبض در بیع و غیر بیع، همان گونه که برخی از علما ادعا کرده اند.

اما برخی دیگر از فقها میان قبض در بیع و غیر بیع قائل به تفاوت شده اند و فرموده اند حتی اگر در بیع تخلیه را کافی بدانیم، در غیر بیع تخلیه را کافی نمی دانیم. زیرا در بیع به صرف عقد بیع، طرف مقابل استحقاق میباید را پیدا می کند، بر خلاف رهن که قبض سبب در تحقق استحقاق است.

شیخ انصاری

لازمه سخن مرحوم قاضی این است که در هبه و صدقه نیز تخلیه را کافی ندانیم، زیرا در این دو نیز قبض سبب در استحقاق است.

در تذکره، همین سخن قاضی از بعض شافعیه نقل شده است.

علامه در تذکره فرموده؛

قبض در باب هبه مانند قبض در باب بیع است، البته در غیر منقولات و تخلیه کافی است.

در باب منقولات، نقل و تحویل، قبض به شمار می آید.

در مکیل و موزون نیز کیل و وزن لازم است.

حکایت از بعض شافعیه

در باب هبه تخلیه در منقول کفایت نمی کند. زیرا قبض در بیع مورد استحقاق قابل است(مشتري با صرف عقد مالک محسوب می شود)، اما در هبه مستحق نیست(قبض شرط در استحقاق است) و لذا رفع ید کافی نیست.

شاهد

اگر موهوب له قبل از قبض، موهوب را در دست واهب تلف کند، موهوب له قابض محسوب نمی شود، بر خلاف مشتری.

علامه این سخن شافعیه را ضعیف شمرده اند و فرمودند قبض در بیع و هبه به یک معناست و در هر دو عرف ملاک است.

شیخ انصاری

این سخن علامه مخالف فرعی است که در صفحه ۲۴۶ و ۲۴۷ از ایشان نقل کردیم. ایشان در آن فرع گفته بودند صرف تسلیم موجب حصول قبض است. این اشکال به سخن علامه وارد است، مگر این که بگوییم سخن ایشان در آن فرع مربوط حکم رفع ضمان است. اما برای صدق قبض، نیاز به نقل و تحویل است.

دو فرع

فرع اول

آیا در صدق قبض مبیع شرط است که مبیع از متاع بایع خالی باشد؟

بعض شافعیه: شرط است.

علامه در تذکره؛ اگر بایع خانه یا کشتی را بفروشد، در حالی که خانه یا کشتی پر از متاع بایع باشد، در صورتی که بایع به مشتری اجازه بدهد متاع بایع را جابه‌جا کند، همین برای قبض کافی است، زیرا تسلط مشتری بر مبیع حاصل شده است.

اگر مبیع در مکان عمومی و مشترک باشد، در منقولات در صورت نقل، قبض صورت گرفته است. اما در صورتی که مبیع در مکان مختص بایع باشد، به واسطه نقل توسط مشتری بدون اجازه بایع، اگرچه ضمان از گردن بایع ساقط می‌شود، اما این موجب صحت تصرف مشتری در مبیع نیست، زیرا اجازه بایع نیاز است. اما اگر نقل به اذن بایع باشد، تصرف برای مشتری جایز است، اگرچه نقل در همان مکان مختص بایع باشد و این به منزله عاریه است.

ص ۲۵۳-۲۵۵

قال فی مسالک...

اگر مبیع مکیل یا موزون باشد، قبل از بیع آن سه فرض وجود دارد؛

۱- قبل از بیع، آن را کیل و یا وزن کرده‌اند.

۲- به اخبار بایع به کیل و وزن اعتماد کرده‌اند. شیخ انصاری این صورت را متذکر نشده‌اند.

۳- صبره‌ای از گندم بوده که صد من یا بیشتر بوده و بایع ده من از این صد من را فروخته (به صورت کلی فی المعین) و کیل و وزنی نبوده، ولی یقیناً این صبره بر آن مقدار مبیع مشتمل است. در این صورت برای تحقق قبض مبیع، کیل یا وزن لازم است. به دلیل صحیحه معاویة بن وهب.

صورت اول و دوم دو وجه دارد؛

- نیاز به کیل و وزن جدید نیست. زیرا در صحیحه ابن وهب، امام جواز بیع را منوط به کیل و وزن کردند و در این دو صورت کیل و وزن حاصل شده است. و جمله «فلا یبیعه حتی یکيله او یزنه» بر اصل کیل و وزن دلالت دارد، نه کیل و وزن بعد البیع.

- کیل و وزن جدید لازم است، زیرا ظاهر روایت دال بر حصول کیل و وزن جدید برای تحقق قبض در معامله است. علامه و شهید اول و... نیز همین قول را فرموده‌اند و از نظر ما (شهید ثانی) این قول را اقوی است، به دلیل عبارت «الآن یولیه» در صحیح ابن وهب. زیرا اگر مراد امام همان کیل و وزن سابق بود استثناء در فرمایش امام وجهی نداشت و لغو بود، لذا صوتاً لکلام الحکیم باید گفت کیل و وزن جدید برای تحقق قبض است، نه صحت بیع جدید.

سخن شیخ انصاری

لازمه سخن فوق این است که در صورت عدم کیل و وزن جدید، اما قبض توسط مشتری و تصرف در آن، ضمان مبیع هم چنان در عهده بایع باشد (زیرا کیل و وزن جدید در تحقق قبض شرط است و قاعده کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، تلف را بر عهده بایع می‌داند)، حال آن که قائلین به قول فوق، به این لازم ملتزم نشده‌اند.

و قد تفتن...

محقق اردبیلی نیز به این لازم تفتن داشته است و فرموده روایاتی که دلالت بر اعتبار کیل یا وزن در بیع دوم دارد، مربوط به معاملات است که مقدار مبیع در آن معلوم نباشد و بیع اول بدون کیل یا وزن انجام شده باشد.

ص ۲۵۵-۲۵۷

و قال فی جامع المقاصد...

علامه در قواعد فرموده مطابق یک قول، اقباض اموال مکیل و موزون به وزن و کیل است. محقق ثانی در شرح این عبارت علامه فرموده مراد علامه آن کیل و وزنی است که به واسطه آن سنجش مبیع محقق شود. لذا اگر کیل انجام شود اما بایع رفع ید نکند، قبض و اقباض محقق نشده است. اگر مشتری اخبار بایع به کیل و وزن را پذیرفت و مبیع را دریافت کرد، بنابر اخبار همین تحقق قبض کافی است.

نیز یقین مشتری به استحقاق مال ماخوذ، در صحت بیع کافی است، حال چه مبیع را جزافاً، چه مکیل را به وزن و یا موزون را به کیل بگیرد. اما اگر یقین ندارد، صحیح نیست. علامه نیز به همین قول معتقدند.

محقق ثانی در ادامه؛

اخذ به نحو جزاف توسط مشتری، در صحت بیع و رفع ضمان از بایع، کافی است. اما برای تسلط تام مشتری جهت بیع آن به شخص ثالث کافی نیست، زیرا چنین بیعی حرام یا مکروه است. اگر مشتری بر کیل مبیع موزون یا بالعکس شاهد بود و سپس آن را خرید، این برای تسلط او جهت بیع چنین مالی به دیگری کافی است.

شیخ انصاری: بنابراین محقق ثانی هم قائل است کیل و وزن جدید لازم نیست.

ثم الظاهر...

سخن شهید ثانی مبنی بر لزوم کیل و وزن جدید در معامله جدید، مستفاد از این کلام علامه است که فرمود اگر کسی کالایی را به نحو مکایله خرید و به همین نحو بفروشد، برای هر بیعی، جهت تحقق قبض، کیل جدید لازم است. محقق ثانی در شرح این عبارت علامه فرمود اگر کالایی فقط به نحو مکایله معامله می شود، برای هر معامله کیل جدا لازم است، زیرا هر بیعی قبض جدا دارد. سپس فرموده اگر مشتری اول، در هنگام کیل مبیع در معامله نخست حاضر بوده، اخبار او برای معامله دوم کافی است.

و فی الدروس...

شهید اول در دروس، ابتدا همان قول هشتم را ذکر کرده، سپس فرموده اگر مشتری بعدی، کیل جدید را طلب کند، ضمان مبیع هم چنان بر عهده بایع است و صرف اخبار از کیل آن کافی نیست و برای تحقق قبض، کیل مجدد لازم است.

ص ۲۵۷-۲۵۹

ولکن الانصاف...

ص ۲۵۳ و ۲۵۴ ذکر شد که شهید ثانی در مسالک قائل است که برای قبض، احتیاج به کیل و وزن هست، حتی اگر قبلاً کیل و وزن شده باشد. کلام فقهای بعد از ایشان نیز برای تأیید قول شهید ثانی ذکر شد.

اما انصاف این است که کلام این فقها سخن مسالک را تأیید نمی کند، زیرا در سخنان ایشان مطلبی دال بر این که اگر مبیعی معلوم و مشخص بود، لازم باشد برای تحقق قبض در بیع جدید آن را مجدد کیل و وزن کنیم، وجود ندارد و استفاده از کلام آنان نمی شود.

بعید نیست که کلام فقها را مختص یکی از سه مورد زیر بدانیم؛

- عقد بر کیل معلوم از کلی خوانده شده باشد. مثلاً مشتری گفته باشد من ده کیلو برنج طارم کلی از شما می خرم

- عقد روی کیل معلوم از صبره معین خوانده شده باشد، یعنی کلی در معین.

- عقد بر شیء معین خارجی خوانده شد باشد، اما بنابراین که مقدار کیل خاصی باشد.

در این موارد کیل و وزن مجدد لازم است. اما در صورتی که قبل از معامله کیل و وزن مبیع معلوم است، کیل و وزن برای معامله جدید لازم نیست.

در سه موردی که ذکر شد، عقد روی مقدار کیل خاص رفته است، بر خلاف صورت اخیر.

سخن فوق در مورد موارد سه‌گانه را ممکن است درباره قبض غیر بیع، مثل رهن و هبه نیز بگوییم جاری است. به خصوص اگر در هبه قائل به جواز هبه مجهول باشیم. زیرا در هبه و رهن اصلاً غرضی به این وزن کردن تعلق نمی‌گیرد. آری اگر هبه یا رهن، روی مقدار معینی از کیل یا وزن، کیل و وزن لازم است و قبض جزافی فایده ندارد و کلاقبض است.

فظهر...

این که قواعد فرمود لو اشتري مکایله... مراد ایشان موارد سه‌گانه ای است که ما ذکر کردیم نه آن صورتی که در جامع المقاصد آمده بود (صورت اول، ص ۲۵۶ و ۲۵۷).

موید اول

تکرار مکایله در کلام علامه؛ اگر مراد صورتی باشد که محقق ثانی فرموده، تکرار مکایله نیاز نبود و این تکرار نشان از این است که عقد روی مقدار خاصی بوده است.

موید دوم

عبارات علامه در تذکره؛ لو قبض جزافاً ما اشتراه مکایله [لا یکفی]. این با صورت سازگار نیست، زیرا در صورت اول باتوجه به این که قبل از عقد کیل صورت گرفته و در بیع جدید ذکر نشده، در این صورت قبض جزافی معنا ندارد.

موید سوم

قول علامه در موضع دیگر؛ اگر یقین به استحقاق حاصل شود صحیح. این سخن علامه نیز با صورت اول سازگار نیست، زیرا تشقیق شقوق (خرید مبیع کیلی به صورت وزنی و بالعکس) با صورت اول سازگار نیست.

ص ۲۵۹-۲۶۰

و أظهر من ذلك...

موید چهارم؛ موید اظهر

شیخ طوسی در مبسوط در ابتدا تصریح کردند به این که معنای قبض در بیع و غیربیع واحد است. سپس نسبت به رهن فرمودند اگر کسی صبره‌ای را بخواهد رهن بدهد، قبض آن به کیل است. اما اگر همین صبره را جزافاً رهن بدهد، قبض آن با نقل آن کافی است، اگرچه بیع صبره به نحو جزاف را را جایز نمی‌دانند.

از مجموع سخنان ایشان استفاده می‌شود؛

مراد از بیع جزاف در قسمت اخیر که آن را جایز نمی دانند، بیع مجهول و غرری است.

مراد از جزاف در باب رهن، این است که کیل در متن عقد ذکر نشود، اما رهن کیل شده و معلوم باشد.

علت این برداشت ما این است که شیخ طوسی از یک طرف معنای قبض در بیع و رهن را یکی دانستند و از طرفی هم رهن را به دو قسم جزاف و غیرجزاف تقسیم کردند، پس در بیع نیز همین تقسیم بندی جریان دارد.

و أما قوله في الدروس...

و في الدروس - بعد تقوية كفاية التخلية في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض - قال: نعم لو خلى بينه وبين المكيل فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، و لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض^١.

این عبارتی بود که سابقاً از دروس نقل کردیم و آن یعنی اگر مشتری بیع اول (بایع بیع دوم) تخلیه کند و مکیل را در اختیار مشتری دوم قرار دهد، اما مشتری جز به کیل مبیع راضی نشود، برای تحقق قبض، کیل مجدد نیاز است و کیل اول کفایت نمی کند.

شیخ انصاری

اگر در عبارت دروس «و لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض» را عطف بر اصل جمله «نعم لو خلى بينه وبين المكيل» در نظر بگیریم که یک جمله مستقل بشود، کلام دروس بر خلاف نظر ما خواهد بود. اما احتمال دیگری نیز در کلام ایشان وجود دارد و آن این که «و لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض» را عطف کنیم بر عبارت «لم ينتقل إليه الضمان» و در واقع آن را تتمه عبارت قبل بدانیم و بر این اساس مراد از الاعتبار الاول این باشد که صرف این که مبیع را در زمان عقد اول به کیل معین اندازه گیری شود، برای سنجشی که در قبض لازم است، کافی نیست و در این صورت بیع به بیع معین کلی مربوط می شود و در این صورت با سخن ما تنافی نخواهد داشت.

عبارت شهیدی:

ثم إن ما ذكره في المسالك...

سابقاً در صفحه ۲۵۴ از مسالک شهید ثانی عباراتی نقل شد که شیخ آن‌ها را مورد نقد قرار داده‌اند:

۱. الدروس ۳: ۲۱۳.

۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین. مجمع الفكر الاسلامی. کمیته تحقیق تراث شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ه. ق.، المکاسب (انصاری - کنگره)، قم - ایران، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة، جلد: ۶، صفحه: ۲۵۷

قوله عليه السلام في النصّ «حتّى تكيّله أو تزنه»^۱ لا يدلّ على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل [و الوزن] الشامل لما وقع قبل البيع. خلاصه كلام شهيد ثان این که عبارت امام شامل همان کیل قبل از عقد نیز می شود و لذا کیل جداگانه نمی خواهد. اگرچه خود شهید ثانی نیز این وجه را قبول نداشتند.

سخن دیگر شهید ثانی

یدلّ علیه قوله عليه السلام: «إلا أن تولّيه»^۲، فإنّ الكيل السابق شرطاً لصحّة البيع، فلا بدّ منه في التولية و غيرها، فدلّ على أنّ ذلك لأجل القبض، لا لصحّة البيع^۳.

به قرینه این که امام علیه السلام بیع التولية را استثنا فرمودند، معلوم می شود مراد از کیل عند القبض، غیر از آن کیلی است که در صحت عقد شرط است، یعنی کیلی که در صحت عقد شرط است، مراد نیست. زیرا در کیلی که در صحت عقد شرط است فرقی میان بیع التولية و غیر آن وجود ندارد. بنابراین عبارت «إلا أن تولّيه» نشان می دهد مراد از کیل، کیلی که در صحت عقد شرط است، نیست.

شیخ انصاری

مراد از کیل و وزن در صحیحہ معاویة بن وهب و روایات مشابه دیگر، کیلی است که بین بیع اول و دوم قرار می گیرد، نه کیل قبل از عقد اول. لذا کیلی که مصحح بیع اول است، نمی تواند مصحح بیع دوم نیز باشد.

نیز وجهی وجود ندارد مراد از کیلی که در روایت فرمود لازم است، کیلی باشد که مصحح بیع دوم است. یعنی همین طور که کیل مصحح بیع اول نیست، کیل مصحح بیع دوم نیز نیست (شهید ثانی فرمود اگر بخواهد کیل مصحح بیع دوم باشد، استثنا بیع التولية معنا ندارد). زیرا در روایت، سوال از بیع شیء قبل از قبض است. بنابراین کیل مصحح عقد ثانی مد نظر نیست.

ص ۲۶۰-۲۶۲

ثم الجواب بالفرق...

در روایاتی که در صفحه ۲۴۹ و ۲۵۰ گذشت، مثل روایت منصور بن حازم، بیان شد امام میان مبیع مکیل و موزون و غیر این دو فرق گذاشتند. این جواب امام علیه السلام را نمی توان به بازگرداندن به سوال و جواب پیرامون شرایط بیع ثانی و ربطی به صحت شرط بیع ثانی ندارد. بلکه سوال سائل و جواب امام صریح در این است که آیا مبیع قابلیت بیع قبل از قبض را دارد یا خیر؟

۱. الوارد في صحیحة معاویة بن وهب المتقدّمة في الصفحة ۲۴۹.

۲. الوارد في صحیحة معاویة المتقدّمة في الصفحة ۲۴۹.

۳. المسالك ۳: ۲۴۱.

جمع‌بندی شیخ انصاری

این که امام بیع تولیه را استثناء فرمودند بدین دلیل است که بیع مکایله و بیع تولیه با یکدیگر متفاوت است.

اگر بیع مکایله صورت بگیرد و بنا باشد مبیع مکیل در معامله دوم بر اساس کیل معین فروخته شود، قبض از بایع اول و قبض مشتری دوم لازم است.

اگر بیع تولیه باشد، اگر معامله دوم بخواهد انجام شود، نیازی به قبض میان معامله اول و دوم وجود ندارد. بنابراین در بیع تولیه بیع قبل از قبض از اشکالی ندارد.

در صحیحہ معاویة بن وهب، نسبت به کیل شیء در ابتدا و قبل از بیع، تعرضی نشده است. کما این که متعرض این نشده که آیا بیع دوم توسط مشتری اول بعد از تصرف، نیازمند کیل جدید برای تحقق قبض هست یا خیر.

القول فی وجوب القبض

اصل وجوب تحویل ثمن

بر هر یک از متبایعین واجب است که آن چه را که دیگری به آن استحقاق پیدا کرده تسلیم کند، زیرا عقد اقتضاء تسلیم هر دو را دارد.

نکته ۱: قدرمتیقن این کلام مرحوم شیخ این است که بیع نقد باشد.

نکته ۲: نیز قدرمتیقن این کلام در جایی است که هر دو متبایع مطالبه اخذ کنند.

اگر هر یک از متبایعان بخواهد ابتدا اخذ کند، وجهان:

- حاکم هر دو را اجبار کند. زیرا هر یک از متبایعان نسبت به مالی که در دست دیگری است حق دارد و می تواند دیگری را برای دریافت حق خود اجبار کند.

- شیخ طوسی: ابتدا بایع باید اجبار بشود و سپس مشتری، زیرا آن چه ابتدا مورد استحقاق قرار می گیرد، مثنی است و به دنبال آن ثمن مورد استحقاق واقع می شود.

شیخ انصاری: شاید دلیل سخن شیخ طوسی این است که اطلاق عقد منصرف به این است که ثمن به دنبال مبیع مورد استحقاق قرار می گیرد و به همین دلیل نیز در عرف مطالبه اجرت پیش از عمل موجر و ثمن قبل از دریافت مبیع معنا ندارد و عرف آن را قبیح می شمارد.

اما اقوی قول اول است.

ثم إن ظاهر جماعة...

ظاهر کلام برخی این است که محل اختلاف در این بحث میان شیعه و عامه، صورتی است که هر دو حاضر به اصل تسلیم هستند، اما در تقدیم و تاخیر آن اختلاف دارند.

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط ابتدا فرموده می توان هر دو را با هم مجبور بر تقابض کرد و سپس فرموده تقدیم بایع در اجبار اولی است و این مربوط به صورتی است که هر دو باذل باشند. اما اگر یک طرف باذل نباشد، حاکم ابتدا او را مجبور بر اصل تسلیم می کند و سپس بحث تقدیم و تاخیر پیش می آید.

اگر مشتری توان پرداخت ثمن را نداشت، بایع می تواند بیع را فسخ کند، مثل مسئله‌ای که درباره مفلس مطرح است.

سخن علامه در تذکره

عده ای توهم کرده اند که منشا اختلاف در این که بایع حق حبس مبیع را دارد یا نه، این است که اختلاف وجود دارد بایع باید ابتدا مبیع را تسلیم کند و سپس مشتری ثمن را پرداخت کند.

اگر قائل باشیم که بایع باید ابتدا مبیع را تسلیم کند، طبعاً حق حبس ندارد.

اکثر شافعیه این سخن را قبول ندارند و می گویند اختلاف بداه در تسلیم مبیع مربوط به این است که نزاع متبایعان در صرف همین بداه باشد و اختلافی در اصل تسلیم و خوف عدم دریافت عوض هم نباشد. اما اگر خوف عدم تسلیم عوض توسط مشتری باشد، برای بایع حبس جایز است. کما اینکه اگر مشتری خوف از تسلیم مبیع توسط بایع را داشته باشد، می تواند ثمن را تسلیم نکند.

بعض دیگر شافعیه تصریح کرده اند به اینکه هر جا طرف مقابل امتناع از تسلیم کند، حبس برای طرف مقابل جایز است.

و لعل الوجه...

شیخ انصاری

شاید دلیل سخن اخیر شافعیه این است که قبض مبتنی بر تقابض است (یداً بید و مقارناً). لذا به واسطه اطلاق عقد، پس از خواندن عقد، هر یک از متبایعین امتناع از تسلیم کند، حق امتناع و حبس مال برای طرف مقابل ثابت می شود و در این صورت ظلم و معصیت هم نیست.

فلو كان احدهما مؤجلاً

اگر احد الطرفین اجل دار باشد، برای طرف مقابل حبس و امتناع از تسلیم جایز نیست.

علامه: اگر کسی که باید مال را نقداً پرداخت کند مثلاً بایع در بیع نسیئه و پرداخت نکند، بایع نمی تواند در زمان پرداخت ثمن، از تسلیم مبیع امتناع کند.

شیخ انصاری: شاید وجه این سخن علامه ناظر به این باشد که مبیع در بیع نسیئه از ابتدا توسط بایع التزام داده شده بود که به مشتری تحویل داده بشود، بدون این که لازم باشد مشتری ثمن را تحویل بدهد.

این توجیه موید این است که حق حبس، فقط به جهت مجرد ثبوت حق برای حابس بر علیه طرف مقابل نیست تا حبس در مقابل حبس باشد.

ص ۲۶۴-۲۶۷

ثم إن مقتضى ما ذكرنا...

امقتضای این که در فرض امتناع طرف مقابل، تسلیم مبیع توسط طرف دیگر نیز لازم نباشد، این است اگر ممتنع بدون رضایت بایع مثلاً، مبیع را بردارد، قبض مشتری صحیح نیست و لذا باید بگوییم صحت قبض منوط به یکی از دو امر است:

- بایع خودش مبیع را به مشتری تسلیم کند که در این صورت بایع بعد از تسلیم، حق قبض ثمن را دارد، ولو بدون اذن مشتری، البته در صورتی که ثمن معین شخصی باشد، نه کلی فی الذمه.

- بایع، جهت قبض مبیع توسط مشتری به او اذن بدهد، حال چه مشتری ثمن را تسلیم کند یا نکند.

شیخ طوسی و علامه: در صورتی که مشتری از تسلیم ثمن امتناع کرده باشد و مبیع را بدون اذن بایع اخذ کرده باشد، بایع حق مطالبه رد مبیع را دارد، زیرا بایع حق حبس داشته است.

اگر مشتری که بدون بایع مبیع را اخذ کرده در آن تصرف کند، جایز نیست.

نکته: اگر یکی از طرفین تسلیم کند، حال به خاطر این که برای او تسلیم واجب است یا تبرعاً، طرف دیگر بر تسلیم مجبور می شود. البته در صورت امتناع او، حجر نمی شود (مجبور از تصرف در اموال نمی شود نه در آن مال اخذ شده و نه در سایر اموال خود)، زیرا حجر او دلیلی ندارد.

مسئلة يجب على البائع...

آیا واجب است که مثلاً بایع مبیع را اموال خودش یا دیگران را تخلیه کند، یا واجب نیست؟

نسبت به تفریغ از اموال خود بالجمله و نسبت به اموال دیگران فی الجمله بر او لازم است.

تخلیه و تفریغ مبیع، وجوب تکلیفی دارد، اما وجوب شرطی ندارد. یعنی تفریغ و تخلیه شرط تحقق قبض و تسلیم نیست. اگرچه از عبارات عده ای توهم شرطیت شده است.

و کیف کان

همان ادله ای که دلالت بر اصل وجوب تسلیم دارد، دلالت بر وجوب تفریغ هم دارد. تسلیم به این جهت لازم است که طرف مقابل، بتواند بدون مانع در مال خریداری شده تصرف کند و بلکه بدون تفریغ غرض مشتری و چنین تصرفی حاصل نمی‌شود. اگرچه برخی از احکام مثل ضمان بدون تفریغ نیز مترتب می‌شود. بنابراین تخلیه مبیع وجوب فوری دارد و در صورت تعذر باید تخلیه در اولین فرصت انجام شود وگرنه در صورت تضرر به مشتری، او حق فسخ دارد. اگر عدم تفریغ به خاطر قصور بایع باشد نیز مشتری حق دریافت اجرت نیز دارد.

ص ۲۶۷-۲۶۹

و لو کان فی الارض...

اگر زمینی را شخص بفروشد که زراعتی در آن وجود دارد، دو فرض وجود دارد؛

۱- زراعت درو شده باشد؛ وجود زراعت حکم وجود کالا را دارد و باید از زمین تخلیه شود.

۲- زراعت هنوز به وقت درو نرسیده است؛ باید تا زمان درو صبر شود، زیرا بایع در غیر این صورت ضرر می‌کند. اما در مورد ضرر مشتری در صورت بقاء زراعت؛

- اگر مشتری علم به این موضوع داشته که بر عهده خودش است.

و در صورت جهل مشتری، وی خیار فسخ دارد فلذا حق مطالبه اجاره ندارد.

صورت فوق به این دلیل است که ضرر مشتری قابل جبران است.

- البته احتمال اخذ اجرت نیز وجود دارد، به دلیل این که مشتری زمینی خریده و حقتش این نبوده که زمینش اشتغال به زراعت داشته باشد و بایع هم مالک زراعت است و بعد از بیع حق اشتغال نداشته، لذا مخیر است زراعت خود را باقی نگه دارد و اجرت آن را بپردازد و یا آن را قلع کند و زمین را تخلیه کند.

دلیل تخییر بایع

ضرر قلع که ضرر بایع است مقدم بر ضرر فوت منفعت زمین حتی در فرض گرفتن اجرت (که این ضرر مربوط به مشتری است).

- نیز احتمال دارد مشتری را مخیر بدانیم؛

مشتری می تواند اجرت بگیرد یا زراعت را قلع کند و ارش بایع را پرداخت کند.

-نیز احتمال دارد بگوییم باید ملاحظه ضرر بیشتر را کرد و هر کدام ضرر بیشتری داشت، آن را مقدم کرد(جلوی ضرر بیشتر را بگیریم).

و لو احتاج تفریغ...

اگر تفریغ زمین یا خانه احتیاج به تخریب داشته باشد، این تخریب باید با اذن مشتری باشد، زیرا تخریب در حقیقت تصرف در مال غیر است. در صورت اذن مشتری به تخریب نیز بایع وظیفه دارد خرابی به بار آمده را اصلاح کند(در مواردی که قابل اصلاح به صورت اولیه است) یا ارش(در مورد موارد قیمی) آن را بپردازد.

ارش در اینجا با ارش در باب خیار عیب متفاوت و به معنای نفس قیمت هدم و خرابی است.

اگر کسی قائل بشود که همه موارد خرابی را باید به قیمی ملحق کنیم، بدون وجه نیست.

وجه آن: معمولاً اصلاح بعد از تخریب به نحو کامل و به صورتی که در روز نخست بوده، نمی شود.

اگر یکی از دو شریک دیوار مشترک را خراب بکند، سه قول نخستی که در مسئله قبل گفته شود در اینجا نیز وجود دارد؛

-اعاده مطلقاً

-ارش بگیرد مطلقاً

-تفصیل: اگر قابل اصلاح به صورت نخست هست، اصلاح شود و حکم مثلی را دارد. وگرنه حکم قیمی را دارد باید ارش گرفته شود.

ص ۲۶۹-۲۷۱

مسئله لو امتنع البائع...

امتناع بایع از تسلیم

اگر امتناع او به حق باشد، مثل جایی که مشتری از تسلیم ثمن امتناع بورزد. در این صورت از جهت تکلیفی گناهی بر دوش بایع نیست. در اجرت مبیع در زمان امتناع بایع نیز چند قول است؛

محقق ثانی: ضمان منافع از دست رفته بر عهده بایع است.

شیخ انصاری: امتناع بایع به حق بوده و مسبب این امتناع خود مشتری بوده که از پرداخت ثمن امتناع ورزیده است و ضمانی بر عهده او نیست. علاوه بر این مشتری باید هزینه نگهداری مبیع را نیز بپردازد.

تشبیه محقق ثانی

ایشان این مسئله را به صورتی که زوج به جهت قبض مهریه تمکین نکند، تشبیه کرده است. بحث در این است که زوج که به حق تمکین نمی کند، استحقاق نفقه دارد یا ندارد. سپس گفته اند ممکن است فرق بگذاریم زوج و مشتری موسر است یا معسر، اگر موسر باشد پرداخت واجب باشد، وگرنه نه.

نیز ممکن است میان نفقه زوج و نفقه مبیع فرق بگذاریم؛

- نفقه مبیع مسبب از ملکیت مشتری است. لذا نفقه آن را خود او باید بدهد.

- نفقه زوج مسبب از زوجیت به تنهایی نیست، بلکه مسبب از زوجیت به علاوه تمکین است و تمکین مفقود است. لذا پرداخت نفقه بر زوج واجب نیست.

اگر مشتری از بایع طلب کند که در دست خود او از مبیع انتفاع ببرد، در مورد وجوب قبول این تقاضا بر بایع دو وجه است؛
- وجوب قبول، زیرا ملک مشتری است.

- واجب نیست، زیرا مشتری خود از تسلیم ثمن امتناع می کند.

اگر امتناع بایع به ناحق باشد، در این صورت پرداخت اجرت بر بایع واجب است و او معصیت کرده است، البته پرداخت نفقه در هر صورت بر عهده خود مشتری است، به دلیل قاعده ای که می گوید نفقه هر چیزی بر عهده مالک آن است.

احکام قبض

احکامی که بعد از تحقق قبض، به آن ملحق می شود.

- شخصی که مال از او به قابض منتقل می شود، ضمان آن نیز به قابض منتقل می شود.

ضمان در اینجا ضمان معاوضی است. یعنی اگر بایع تا قبل از تحویل مبیع به مشتری ضامن است، این ضمان در مقابل ثمن المسمایی است که در معامله تعیین کرده اند (ضمان در مقابل عوض المسمی).

بنابراین اگر مبلغ مبیع پیش از تسلیم، کمتر یا بیشتر از مبلغ بازار باشد، نمی توان به مقدار مبلغ بازار ضمان آن را گرفت.

دلیل

نبوی کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه

بنابر این که من تبعیضیه باشد، ظاهر نبوی این است که مبیع بعد از این که تلف شد، متعلق به بائع است.

اشکال

مبیع پس از تلف دیگر ارزش مالی ندارد و از مالیت خارج می شود.

پاسخ

مبیع تالف عند التلف مال بوده، لذا بعد التلف نیز به آن اطلاق مال شده است.

همان گونه که مبیع تالف می تواند مورد صلح واقع شود.

لحظه ای قبل از تلف، بیع منفسخ شده و مال به ملکیت بائع درآمد و سپس تلف آن بر عهده بائع آمده است.

ص ۲۷۱-۲۷۲

و الحاصل...

قول دوم

عده ای به تبع شهید ثانی در مسالک گفته اند: اینکه ضمان از مال بائع است، به معنای این است که بائع باید مثل یا قیمت آن را بدهد (ضمان ید). بنابراین در صورت تغییر قیمت، باید قیمت روز آن پرداخت شود (در صورت قیمی بودن).

شیخ انصاری

نتیجه پذیرفتن قول اول (انفساخ عقد یک لحظه قبل العقد و انتقال تلف آن به ملک بائع که همان ضمان معاوضه است)، این است که ضمان در مانحن فیه، حکم شرعی است وگرنه عرف حکم به ضمان معاوضه نمی کند، بلکه حکم به ضمان ید می کند. لذا حق مالی نیست.

تفاوت حکم شرعی و حق

حکم شرعی قابلیت اسقاط را ندارد.

حق مالی قابلیت اسقاط را دارد.

لذا اگر مشتری بائع را از ضمان ابراء کند، این ضمان از ذمه بائع ساقط نمی شود. آری اگر بائع به حکم شرعی ضامن شد، بعد از این که ضامن شد و مشتری مالک ثمن شد، می تواند در عقد دیگری مثل هبه و... ثمن را به ملکیت بائع درآورد.

برخی گفته اند دلیل عدم صحت اسقاط این نیست که حکم است نه حق مالی، بلکه به این دلیل است که اسقاط در مانحن فیه اسقاط مال می‌جذب است. اگر مشتری بخواهد از ابتدا به زعم خودش این ضمان را ساقط بکند، در واقع دارد چیزی را اسقاط می‌کند که هنوز بر عهده طرف مقابل نیامده است.

شیخ انصاری

این سخن مورد قبول نیست، زیرا در امور اعتباری که خفیف المؤمنه است، اسقاط ما لم یجب مشکلی ندارد.

و يدل عليه...

دلیل دوم بر ضمان بایع نسبت به تلف مبیع قبل القبض

روایة عقبه بن خالد که دلالت دارد مالی که در دست باقیمانده و اگرچه بیع تام بوده باشد، ضمان آن بر عهده صاحب متاعی است که متاع در خانه او بوده است. اگر متاع را از خانه خود خارج کرد و در اختیار مشتری قرار داد، ضمان بر عهده مشتری است. شاید این روایت نسبت به نبوی اظهر دلالة باشد در این که قبل از تلف انفساخ عقد رخ می‌دهد و ضمان معاوضی خواهد بود.

وجه اظهاریت

در انتهای روایت بیان شد «فاذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه» و مفهوم آن این است که تا بایع مبیع را تحویل نداده، مشتری ضامن نیست که ثمن را بیه بایع بپردازد فلذا اگر مبیع قبل از قبض تلف شد، مشتری می‌تواند از پرداخت ثمن امتناع کند.

مرحوم شهیدی این اظهاریت را قبول ندارند.

ص ۲۷۲-۲۷۴

و كيف كان...

روایت عقبه را اظهر بدانیم یا نه، در یک مسئله اختلافی نیست، وقتی مبیع تلف می‌شود، بیع از اصل باطل نیست، بلکه بیع عند التلف باطل می‌شود و انفساخ یک لحظه قبل از تلف صورت گرفته و مبیع به ملک بایع برگشته است.

فرض بازگشت مبیع به ملک بایع، مخالف اصل و قاعده است، لذا به ناچار برای توجیه روایت «کل مبیع تلف قبل قبضه من مال بائعه» در حد ضرورت این فرض را می‌پذیریم که همان یک لحظه می‌باشد.

تفاوت انفساخ از ابتدا و یک لحظه قبل از تلف

علامه می فرماید قول اول اقوی است، زیرا روایت در مورد باذل است و مسئله درباره مشتری فراری است.

اما اگر مشتری موسر باشد، بایع یسر مشتری را نزد حاکم ثابت می کند و سپس اگر مالی از مشتری پیدا کرد آن را استیفاء می کند و اگر مالی نیافت همان میبعم را می فروشد و ثمن خود را استیفاء می کند و کم و زیاد را باید حساب کند.

شیخ انصاری

در عبارات مختلف علامه تامل وجود دارد.

ص ۲۷۴-۲۷۶

ثم إن ظاهر کثیر...

ظاهر بسیاری از اصحاب این است که در قبض مسقط ضمان بایع، قبض صحیح معتبر نیست، لذا اگر قبض، قبض صحیحی هم نباشد، برای اسقاط ضمان بایع کافی است.

سابقاً گفتیم قبض مکیل و موزون به کیل و وزن است. حال اگر مشتری بدون کیل و وزن میبعم را ببرد، آیا قبض به حساب می آید؟ آیا به صرف نقل مشتری، ضمان بایع ساقط می شود؟ قولان؛

- علامه در تذکره در باب بیع ثمار: اگر مشتری طعامی را به کیل بخرد، اما آن را جزافاً قبض بکند و سپس طعام تلف شود، اگر در قبض کیل و وزن را معتبر بدانیم، بایع و گرنه مشتری ضامن است.

- محقق ثانی: اگر اشتراط کیل و وزن را در قبض شرط بدانیم نیز ضمان بایع ثابت است.

در بحث اقوال ماهیت قبض (ص ۲۴۱ به بعد) یک بحث این بود که آیا قبض با تخلیه و رفع ید حاصل می شود یا خیر؟

در صورت حصول قبض با تخلیه، با تخلیه بایع، ضمان به مشتری منتقل می شود.

اگر با تخلیه قبض حاصل نشود، آیا با تخلیه بایع ضمان به مشتری نق داده می شود یا خیر؟ قولان؛ سقوط ضمان خالی از قوت نیست.

بر اساس یکی از اقوال، نقل دادن میبعم از محل خودش شرط قبض بود، اگر نقل دادن را شرط ندانیم در این صورت وضع ید مشتری برای قبض کافی است. یعنی همین که در اختیار مشتری قرار بگیرد برای نقل ضمان به او کافی است.

اما اگر نقل دادن میبعم را شرط بدانیم، یا صرف وضع ید مشتری ضمان را از بایع ساقط می کند یا خیر؟ قولان؛ سقوط ضمان خالی از قوت نیست.

کانال سُدَا @soda96

www.soda96.ir

همه مواردی که ذکر شد در صورتی است که تلف سماوی باشد، نه به اتلاف متبایعان یا شخص ثالث.

در صورت اتلاف توسط مشتری

اتلاف مشتری به منزله قبض است در سقوط ضمان، بلا خلاف چراکه مشتری با اتلاف مال خود ضمان مال خویش است.

دلیل؛

-اجماع

-اگر اجماع هم تمام نباشد، روایت نبوی فرموده تلف قبل القبض بر عهده بایع است و این روایت انصراف دارد به صورتی که تلف توسط خود مشتری نباشد.

البته علامه در تذکره فرموده این که گفته شده اتلاف مشتری موجب سقوط ضمان بایع است، در صورتی است که مشتری علم داشته باشد این مال متعلق به او بوده باشد. اما اگر جهل داشته باشد (مثل خوردن طعام)، اقرب این است که مشتری قابض محسوب نمی شود و اتلاف مشتری در حکم اتلاف خود بایع است.

شیخ انصاری

این سخن علامه در صورتی است که بایع مشتری را فریب داده باشد، اما در فرض عدم فریب، اگر بایع گمان می کرده که مشتری می داند که میباید متعلق به اوست و سپس مشتری آن را اتلاف کند، دو وجه دارد؛

-تلف بر عهده بایع است به دلیل استصحاب

-تلف بر عهده مشتری است زیرا بایع مشتری را فریب نداده و تلف نیز توسط خود مشتری بوده است.

علامه در تذکره فرموده اگر مشتری عبدی را بخرد و عبد به مشتری حمله کند و جان مشتری در خطر بیفتد و سپس مشتری در دفاع از خود مشتری را به قتل برساند، ثمن عبد بر عهده مشتری نیست علی الاصح، زیرا تلف قبض از قبض انجام شده و مشتری نیز برای قتل جواز شرعی داشته است. ولو این اتفاق بعد از عقد اتفاق افتاده باشد.

اما بعضی شافعیه گفته اند که ثمن بر عهده مشتری است، زیرا مشتری به غرض نفس خود او را به قتل رسانده است.

ص ۲۷۶-۲۷۸

ولو اتلفه البائع

اگر بایع قبل از تسلیم میباید به مشتری آن را تلف کند، به طریق اولی و یقیناً او ضامن است و هیچ اختلافی نیست.

اما در این که بایع ضامن چیست، سه وجه وجود دارد؛

- انفساخ عقد و بازگشت مبیع به ملک بایع و ثمن به ملک مشتری، لذا بایع باید ثمن المسمی را به مشتری بدهد.

دلیل؛ روایت کل مبیع تلف قبل قبضه، عمومیت دارد و شامل اتلاف بایع نیز می شود.

- بایع ضامن قیمت است. مراد از قیمت در اینجا ثمن المثل در قیمی و یا خود مثل در مثلی است.

دلیل؛ صورت اتلاف مبیع توسط بایع از نبوی خارج است، زیرا ظاهر نبوی این صورت را دربر نمی گیرد، لذا اتلاف بایع داخل می شود تحت قاعده من اتلف مال الغير فهو له ضامن که این ضامن، ضامن به مثل و قیمت است.

- تخییر مشتری در مطالبه ثمن المسمی یا ثمن المثل.

دلیل؛

۱- دلیل انفساخ و دلیل ضامن (من اتلف...) هر دو مانحن فیه را شامل می شود.

۲- وقتی مانحن فیه از نبوی خارج باشد، ناچاریم حکم تعذر تسلیم مبیع را به مبیع اتلاف شده بدهیم و آن تخییر میان اخذ ثمن المسمی و ثمن المثل است.

اقوی همین وجه اخیر است.

اگر مشتری قیمت را اختیار کرد و عقد را فسخ نکرد، آیا بایع می تواند قیمت را حبس کند تا ثمن را از مشتری بگیرد (حسب القيمة علی الثمن)؟ وجهان؛

- جواز حبس القيمة علی الثمن، زیرا فرقی میان خود مبیع و قیمت آن نیست و وقتی بایع خود مبیع را می تواند حبس کند، قیمت آن را نیز می تواند.

- عدم جواز، زیرا دلیل جواز حبس در خود مبیع اختصاص به خود مبیع دارد و آن دلیل این است که در عقد باید تقابض بین ثمن و مثن صورت بگیرد و این حکم قابل تسری به قیمت مبیع نیست.

اقوی همین وجه اخیر است.

اگر مشتری مبیع را بدون اذن بایع قبض بکند و هنوز ثمن را به بایع تسلیم نکرده باشد، بایع حق استرداد مبیع را دارد. اگر بایع مبیع را دست مشتری اتلاف کند، وجهان؛

- مشتری مخیر است میان قیمت و ثمن المسمی، زیرا اتلاف بایع در این فرض مثل اتلاف او قبل القبض است. زیرا در واقع اتلاف بایع در حکم استرداد است. همچون اتلاف مشتری در بایع که در حکم قبض است.

-بایع موظف به پرداخت قیمت است و مشتری مخیر نیست، زیرا اتلاف بایع در واقع اتلاف مبیع بعد از قبض است و در این صورت بایع ضامن قیمت است، چراکه ولو ظلماً قبض صورت گرفته است.

اتلاف اجنبی

اگر قبل از قبض، شخص ثالثی مبیع را تلف کند، سه وجهی که برای اتلاف بایع ذکر شد، در مانحن فیه نیز قابل است؛

مرحوم شیخ تخییر را ابتداءً تقویت می کنند. وجه دوم را نیز بدون قائل می دانند و سپس می فرمایند اگر شبهه اجماع بر عدم تعیین رجوع به قیمت نبود (اجماع بر عدم وجه دوم)، چه بسا رجوع به قیمت متعین بود، البته بعد از این که بگوییم نبوی مذکور به غیر این صورت (اتلاف اجنبی) انصراف دارد و این صورت را شامل نمی شود.

ص ۲۷۸-۲۷۹

مسئله تلف الثمن المعین...

تلف ثمن معین قبل از قبض بایع توسط مشتری، بر عهده خود اوست. و بالجمله هر آن چه در مورد تلف مبیع گفتیم در اینجا نیز وارد است.

شهید اول در دروس: و بالقبض ینتقل الضمان الی القابض. بالقبض اعم از این است که قبض ثمن توسط بایع باشد یا قبض مبیع توسط مشتری.

ظاهر این است که در این مسئله که حکم تلف ثمن معین مانند حکم تلف مبیع معین است، هیچ اختلافی وجود ندارد.

مرحوم شیخ انصاری سپس عباراتی را از فقها نقل می کنند که موید همین مطلب است.

دلیل دیگر

امکان استفاده این فتوا از دو روایت عقبه بن خالد وجود دارد.

روایت عقبه؛ فاذا اخرج من بیته فالمبتاع ضامن لحقه (لحق بائع) و این یعنی خریدار تا وقتی ثمن را دریافت نکرده، ضامن نیست.

دلیل دیگر

نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» کلمه مبیع بر ثمن و کلمه بائع بر مشتری هم صدق می کند.

عبارتی از علامه در تذکره نیز وجود دارد که شاهد بر صدق مبیع بر ثمن است؛

لو اكلت الشاة ثمنها(در صورتی که مثلاً گوسفند به گیاهی گران بها فروخته شده باشد و گوسفند آن گیاه را بخورد) قبل القبض
فإن كانت في يد المشتري فكاتلافه و ان كانت في يد البائع فكاتلافه و ان كانت في يد الاجنبي فكاتلافه و ان لم تكن في يد احد
انفسخ البيع لان المبيع هلك قبل القبض. مراد از مبيع همان گیاه گران بها است که در اینجا ثمن است.

ص ۲۷۹-۲۸۱

ثم إنّه هل يلحق...

آیا عوضان در غیر بیع، نسبت به حکم تلف قبل از قبض، ملحق به عوضین در بیع است؟

شیخ انصاری: ما کسی را نیافتیم که نفیاً یا اثباتاً متعرض این حکم به طور کلی در همه معاملات شده باشد. آری در اجاره، مهریه
و عوض خلع، فقها ضمان را در فرض تلف قبل القبض ذکر کرده اند، اما در مورد سایر معاوضات چیزی نگفته اند، البته از عباراتی
از تذکره چه بسا بتوان استظهار کرد که در همه معاوضات این حکم جریان دارد.

مرحوم علامه در مسئله بیع قبل القبض فرموده: مال مضمون در ید غیر، گاهی بالقيمة است(مثل عاریه مضمونه یا عاریه
بالتفريط) که ضمان ید نامیده می شود، بیع آن قبل القبض جایز است، زیرا ملکیت عاریه دهنده تمام است... نیز آن چه که در ید
غیر مضمون بعوض در عقد معاوضه است(ضمان معاوضی است)، بیع آن قبل القبض جایز است. شافعی گفته است بیع قبل
القبض صحیح نیست، زیرا گمان کرده به واسطه تلف مال صلح یا اجرت معینه، قبل القبض، عقد منفسخ می شود و احتمال
انفساخ مانع از بیع است و ملکیت تا قبل از عقد متزلزل است.

شیخ انصاری

ظاهر سخن علامه این است که این که تلف قبل القبض از جیب کسی است که مال در دست او تلف شده، میان عامه و خاصه
مسلم است.

از عبارت انتهایی تذکره، جواز بیع در همه معاملات برداشت می شود. به علاوه این که شافعی مانع از بیع را احتمال انفساخ بیع
به سبب تلف می دانست و علامه این را توهّم می دانند.

مسئله لو تلف بعض...

اگر قبل القبض بعض مبيع یا ثمن تلف بشود، تکلیف چیست؟

دو صورت وجود دارد؛

- جزء تلف شده ممّا یقسّط علیه الثمن باشد؛

مثل بیع ده کیسه برنج

بیع نسبت مقدار تلف شده، منفسخ است. زیرا مقدار تلف شده نیز مبیع به شمار می آید و نبوی «کل مبیع...» شامل آن می شود، زیرا بیع به تک تک اجزا تعلق گرفته و عرفاً بیع به معنای تملیک به عوض و هر جزئی از اجزا مبیع، تملیک به عوض در آن صورت گرفته است. البته به کل مبیع، بیوع متعدده و به هر جزئی مبیع مستقل اطلاق نمی شود.

- جزء تلف شده مَّا یَقْسُطُ عَلَیْهِ الثَّمَنُ نَبَاشِدُ (مَّا لَا یَقْسُطُ عَلَیْهِ الثَّمَنُ بَاشِدُ)؛

مثل قطع شدن دست عبد

اگر این جزء تلف شده حکم عیب حادث قبل از عقد را داشته باشد، هرچه در بحث عیب گفتیم در اینجا نیز مطرح است؛ مشتری مخیر میان رد و ارش است. اقوی همین وجه است.

اگر این جزء تلف شده را مثل عیب حادث قبل العقد ندانستیم، مشتری تنها حق رد دارد. زیرا ارش مخصوص عیب حادث قبل از عقد است و برای بیش از آن دلیل وجود ندارد.

ص ۲۸۱-۲۸۵

بل عن الايضاح...

کلام مرحوم فخرالمحققین

از ایضاح نقل شده ارش در مانحن فیه که جزئی مثل ید عب تلف شده، اظهر از صورتی است که وصف از بین رفته باشد، زیرا مبیع مجموع بدن عبد است، لذا جزء تالف نیز بخشی از مبیع بوده و ارش تعلق می گیرد. اما در نقصان صفت، صفت جزئی از مبیع نیست و قول به ارش مشکل تر است.

تامل در سخن فخرالمحققین؛ جزء وقتی مَّا لَا یَقْسُطُ عَلَیْهِ الثَّمَنُ باشد، فرقی با وصف ندارد، زیرا ویژگی وصف نیز همین است.

مرحوم محقق حلی در شرائع

با این که در صورت عیب در وصف، ما قائل به ارش هستیم، اما در جزئی که مَّا لَا یَقْسُطُ عَلَیْهِ الثَّمَنُ است، قائل به عدم ارش هستیم.

تامل در سخن ایشان؛ تلف جزئی که مَّا لَا یَقْسُطُ عَلَیْهِ الثَّمَنُ است، مثل تلف وصف است و تفاوتی میان این دو وجود ندارد.

شیخ انصاری: تلف جزئی که مَّا لَا یَقْسُطُ عَلَیْهِ الثَّمَنُ است، حکم عیب حادث را دارد. لذا مطلب مهم این است که بحث را به عیب حادث قبل القبض منتقل کنیم. هر آن چه در مورد عیب حادث قبل القبض گفتیم در اینجا نیز همان مطرح است.

کانال سُدَا @soda96

www.soda96.ir

در مورد حق رد عیب حادث قبل القبض، اختلافی وجود ندارد. اختلاف در ارزش است؛

- شیخ طوسی در کتاب خلاف معتقد به عدم ارزش و مدعی عدم خلاف در این باره است. ایشان استناد به اصل لزوم عقد کرده اند و حق رد را نیز صرفاً برای عدم تزییع حق مشتری می دانند. عده‌ای نیز قائل به این سخن مرحوم شیخ طوسی شده اند.

- شیخ طوسی در النهایه معتقد به ثبوت ارزش شده اند. علامه و... نیز قائل به ثبوت ارزش هستند.

استدلال به ثبوت ارزش

وقتی کل مبیع قبل القبض مورد ضمان است، بعض مبیع و صفات آن نیز مورد ضمان است.

اشکال

معنای ضمان کل مبیع این است که عقد منفسخ می شود و وقتی عقد منفسخ شود عین ثمن به مشتری بازمی گردد، مبیع هم که تلف شده ملکیت آن به بایع بازمی گردد. کما این که در ضمان جزئی که مَمَّا یَقْسَطُ علیه الثمن است، همین گونه است. اما در جزئی که مَمَّا لَا یَقْسَطُ علیه الثمن است یا وصف، این گونه نیست، زیرا انعدام وصف و چنین جزئی قبل القبض و بعد عقد از جیب بایع معنایش این نیست که مشتری می تواند به آن چه از عین ثمن در مقابل وصف قرار می گیرد (این گونه نیست که بخشی از معامله از بین برود و مشتری بتواند از عین ثمن آن را پس بگیرد). ضمن این که به طور کلی ارزش تعیین ندارد که از عین ثمن باشد.

شیخ انصاری

ما قبول داریم که وصف صحت در مقابل جزئی از عین ثمن قرار نمی گیرد، بر خلاف تلف کل و اجزاء مستقل در قیمت گذاری. اما حاصل معنای ضمان در دو مقام یکی است و آن این که تلف وقتی به عین یا وصف تعلق می گیرد، این از جیب بایع حساب می شود و عقد از این جهت کأن لم یکن می شود. لازمه کأن لم یکن شدن عقد این است که؛

اگر تمام مبیع تلف شده باشد، عقد رءساً منفسخ می شود.

- اگر بعض مبیع که جزء مَمَّا یَقْسَطُ علیه الثمن باشد، عقد نسبت به خصوص این بعض منفسخ می شود.

- اگر وصف از بین برود، عقد نسبت به وصف منفسخ می شود. اما انفساخ عقد نسبت به وصف یعنی وصف تلف شده از جیب بایع است و عقد نسبت به حدوث این عیب کأن لم یکن است. در واقع گویا قبل از عقد این عیب وجود داشته، لذا جمیع احکام عیب در اینجا نیز جاری است.

موید معنای اتحاد ضمان نسبت به کل مبیع و وصف صحت

در صحیححه ابن سنان میان تلف حیوان و معیوب شدن آن، جمع شده است.

اصل ضمان وصف دلیل ندارد، زیرا ضمان به این معنا که اگر قبل از قبض مبیع توسط مشتری، مبیع در دست بایع صفت خود را از دست بدهد، این که ضمان بر عهده بایع باشد، این حکم مخالف اصل است، زیرا اصل عدم ضمان بایع نسبت به مبیعی است که آن را فروخته است و مالک آن شخص دیگری است. اگرچه تلف کلی طبق روایات بر عهده بایع است.

در حکم مخالف اصل باید به نص و اجماع اکتفا کنیم. نسبت به تلف کل و تلف بعض یقسط علیه الثمن، نص و اجماع وجود دارد و اگر اجماع نبود، نسبت به جواز رد، حکم به جواز رد را نیز نمی پذیرفتیم. نسبت به تلف وصف دلیل نداریم، لذا آن را نمی پذیریم.

پاسخ

فقها در رد به نفی ضرر استناد کرده‌اند، لذا مطابق سخن علامه از همین دلیل ارش را نیز می توان ثابت کرد؛

از طرفی مشتری ممکن است به مبیع نیاز داشته باشد و رد آن برای او ضرر داشته باشد و از طرفی اگر بدون ارش بخواهد مبیع را نگه دارد، برای او ضرر داشته باشد. لذا باید مشتری را مخیر میان رد و ارش کنیم.

رد این پاسخ

جبران ضرر صبر مشتری بر معیب، به صرف جواز رد حاصل می شود و صرف نیاز او به مبیع موجب نمی شود که او حق ارش پیدا کند. همان گونه که در اکثر خیارات این گونه است و ارش ثابت نیست.

باتوجه به همه مطالب گذشته، قول به ثبوت ارش (قول مشهور) خالی از قوت نیست.

احکام مذکور همگی مربوط به صورتی بود که تلف و عیب سماوی باشد.

در صورتی که عیب از ناحیه فرد وارد شود؛

-از جانب مشتری باشد که از جیب خود اوست.

-از جانب غیر مشتری باشد، باید ارش جنایت بدهد. زیرا در اینجا برای ثبوت خیار دلیلی وجود ندارد. زیرا عیب متاخر از عقد است و عیب متاخر از عقد موجب ثبوت خیار نیست.

احتمال هم دارد بگوییم علاوه بر این که جانی ضامن ارش جنایت است، مشتری میان فسخ و امضاء مخیر است. البته اگر مشتری معامله را فسخ بکند و عیب توسط اجنبی وارد شده باشد، بایع می تواند ارش را از اجنبی دریافت کند.

مسئله الاقوی من حیث الجمع...

روایاتی داریم که بعضی از آن فرموده بیع مکیل یا موزون قبل از قبض جایز نیست (توسط مشتری به شخص ثالث)، مگر به بیع التولیه (بیع به قیمت خرید).

به دلیل وجود روایات مختلف، نظرات مختلف است. اقوی قول فوق است.

ص ۲۸۶-۲۹۰

و صحیحته الاخری...

مضمون؛ جواز بیع پارچه قبل از قبض، زیرا پارچه به منزله طعام نیست که کیلی است.

شیخ انصاری: دو احتمال در این روایت وجود دارد:

- قبل از قبض از بایع، در این صورت روایت به درد مانحن فیه می خورد.

- عدم قبض حصه از شرکاء (یعنی یکی از شرکاء مبیع را از بایع قبض کرده، اما شرکای دیگر سهم خود را از شریک قبض نکرده‌اند)، در این صورت روایت برای مانحن فیه به کار نمی آید، زیرا قبض از بایع صورت گرفته است.

روایت معاویه بن وهب

مضمون؛ اعتبار کیل و وزن در بیع مکیل و موزون، مگر در بیع تولیه

صحیحه منصور

مضمون؛ عدم لزوم کیل و وزن در بیع غیرمکیل و غیرموزون، اما اعتبار آن در مکیل و موزون

صحیحه حلبی

مضمون؛ لزوم قبض در بیع مرابحه، بر خلاف بیع تولیه

خبر حزام

مضمون؛ عدم جواز بیع طعام قبل از قبض

روایت ابن حجاج کرخی

مفهوم؛ جواز بیع تولیه قبل از قبض و عدم جواز در غیر بیع تولیه

روایت علی بن جعفر

مضمون؛ جواز بیع قبل القبض در بیع تولیه و عدم جواز بیع قبل القبض در بیع غیرتولیه

قول دوم

شیخ طوسی، شیخ مفید، قاضی و مشهور متأخرین قائلند بیع مکمل و موزون قبل از قبض صرفاً **کراهت** دارد. زیرا در کنار روایت نه‌گانه فوق، روایات دیگری داریم که قرینه صارفه برای آن روایات به شمار می‌آید و روایات نه‌گانه را ظاهر در کراهت می‌کند.

مثل روایتی که در تتمه روایت ابن حجاج کرخی آمده است؛

قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجلٍ آخر قبل أن أكتاله، فأقول له: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس^۱.

نیز روایت جمیل؛

و رواية جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، و يوكل الرجل المشتري من يكيّله و يقبضه»^۲.

دو اشکال شیخ انصاری بر قول دوم

- این روایات مطلق است و سخنی از این که این بیع تولیه باشد یا غیر آن گفته نشده است. لذا بهتر است این دو روایت را حمل بر بیع تولیه کنیم.

- اگر به واسطه این روایات، روایات نه‌گانه را حمل بر کراهت کنیم، تالی فاسد دارد. زیرا در برخی از این روایات بیع تولیه از لا باس استثنا شده و این یعنی بیع تولیه قبل القبض کراهت هم ندارد و حال آن که حتی خود قائلین به قول دوم کراهت بیع تولیه قبل القبض را قبول دارند.

ص ۲۹۰-۲۹۱

و من ذلك...

بر اساس اشکال دوم، اشکالی که در استیناس برخی برای جمع به کراهت وجود دارد، معلوم می‌شود.

۱. الفقیه ۳: ۲۰۹، ذیل الحدیث ۳۷۸۰، و الوسائل ۱۲: ۳۸۸، الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود، الحدیث ۳.

۲. آخر الحدیث فی «ش» و الوسائل هکذا: «و یوکل الرجل المشتري منه بقبضه و کیله، قال: لا بأس»، راجع الوسائل ۱۲: ۳۸۸، الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود، الحدیث ۶.

برخی برای حمل بر کراهت به روایت ابی بصیر استیناس کرده اند.

ابی بصیر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى طعاماً، ثم باعه قبل أن يكيله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه، إلا أن يولّيه [كما اشتراه] فلا بأس أن يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع، وما كان عنده من شيءٍ ليس بكيلٍ ولا وزنٍ فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه»^١.

در این روایت بیع تولیه جدا شده است، اگر کسی بگوید «لا يعجبني» ظاهر در کراهت است، در بیع تولیه باید بگوید راساً کراهت هم وجود ندارد و حال آن که در مورد کراهت بیع تولیه اختلافی نیست.

عده ای برای جواز بیع مکیل و موزون قبل از قبض، استناد به دو روایت در مورد بیع ثمره کرده اند؛

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الثَّمَرَ ثُمَّ يَبِيعُهَا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَهَا قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنْ وَجَدَ رِبْحاً فَلْيَبِعْ.

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ مِثْلَهُ^٢.

وَعَنْهُ عَنِ صَفْوَانَ وَفَضَّالَةَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا ع أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلٍ اشْتَرَى الثَّمَرَ ثُمَّ يَبِيعُهَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا قَالَ لَا بَأْسَ^٤.

اشکال

استدلال به این دو روایت صحیح نیست، زیرا اگر مراد از ثمره، ثمره چیده شده باشد، استدلال این عده صحیح است، اما ظاهر این دو روایت این است که مراد از ثمره در این روایت، ثمره بر روی درختان است که در این صورت فرض مکیل و موزون بودن ثمره از بین می رود.

برخی برای اثبات جواز بیع غیر مقبوض در مکیل و موزون، استیناس کردند به روایاتی که در مرود جواز بیع سلم به خود بایع وارد شده است؛

سَهْلُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَّالٍ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ ع الرَّجُلُ يُسَلِّفُنِي فِي الطَّعَامِ فَيَجِيءُ الْوَقْتُ وَ لَيْسَ عِنْدِي طَعَامٌ أُعْطِيهِ بِقِيمَتِهِ ذَرَاهِمَ قَالَ نَعَمْ^٥.

اشکال

١. الوسائل ١٢: ٣٩٠، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٦.

٢ (٥) - الفقيه ٣- ٢١١- ٣٧٨٧.

٣ (٦) - التهذيب ٧- ٨٩- ٣٧٧.

٤ شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة؛ ج ١٨؛ ص ٢٢٥- قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

٥ کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامية)؛ ج ٥؛ ص ١٨٧- تهران، چاپ: چهارم، ١٤٠٧ ق.

این عده طبیعتاً باید اثبات کنند که فرقی میان بیع سلم و مانحن فیه نیست و حال آن که عدم الفرق قابل اثبات نیست، زیرا محل خلاف در مانحن فیه بیع غیرمقبوض به شخص ثالث است، نه خود بایع، در حالی که در بیع سلم، جواز در مورد بیع غیرمقبوض به خود بایع است.

علامه بیع غیرمقبوض به خود بایع را مسئله دیگری قرار داده (به صورت دو مسئله جداگانه ذکر کرده اند) و فرموده تمام کسانی که بیع غیرمقبوض به شخص ثالث را جایز می دانند، بیع به خود بایع را نیز جایز می دانند، بر خلاف عکس این صورت که در آن اختلاف است، یعنی کسانی که قائل به جواز بیع سلم قبل از قبض به خود بایع شده اند، در مورد جواز بیع به شخص ثالث اختلاف کرده اند.

عجیب آن است که فاضل مقداد در تنقیح ادعای اجماع بر جواز و شیخ طوسی در مبسوط ادعای اجماع بر منع بیع سلم قبل از قبض به خود بایع، کرده است.

ص ۲۹۱-۲۹۴

ثم إن صریح...

آیا در غیرمکیل و غیرموزون، بیع قبل القبض جایز است؟

صریح فرمایش علامه در تحریر و شهید در دروس اجماع بر جواز است.

محکی از تذکره به نقل از برخی علمای شیعه، تحریم است. شیخ طوسی نیز به صورت مطلق و صریح قائل به تحریم شده اند.

قاضی ابن براج: کسی از فقها نیست که بین بیع تولیه و غیر آن فرق بگذارد و به تفصیل اخبار کسی عمل نکرده است.

شیخ انصاری

سخن ایشان عجیب است، چراکه علامه در تذکره این تفصیل را به عنوان قول پنجم ذکر کرده اند.

بلکه شش قول در مسئله وجود دارد؛

-مطلقاً کراهت

-ممنوع مطلقاً

-منع در مکیل و موزون

-حرمت در طعام و عدم حرمت در غیرطعام

-کراهت در طعام فقط و عدم کراهت در غیرطعام

-در خصوص طعام اگر بیع غیرتولیه باشد، حرام است، اما در تولیه حرام نیست. در غیر طعام در بیع غیرتولیه کراهت دارد و در طعام در بیع تولیه کراهت هم ندارد.

مراد از طعام

-عده‌ای: در لغت موضوع طعام، مطلق چیزهای خوردنی است.

-عده‌ای: خصوص گندم و جو.

آیا عدم جواز مبیع مکیل و موزون قبل القبض مربوط به مبیع معین خارجی است یا مبیع کلی را نیز دربرمی‌گیرد؟

ظاهر اصل عنوان مسئله این است که این حکم مختص به مبیع شخصی است. شاید دلیل سخن ایشان این باشد که بحث در این حکم حول مبیع قبل از قبض است و این ظاهر در مبیع شخصی است.

استدلال علامه در تذکره برای کسانی که بیع قبل القبض را جایز نمی‌دانند؛

ملکیت مشتری قبل از قبض مبیع ضعیف است، زیرا مبیع اگر در دست بایع تلف بشود، عقد منفسخ می‌شود و در این صورت ضمان بر عهده بایع است.

شیخ انصاری: تلف مبیع در دست بایع هم مربوط به مبیع شخصی است و تلف مبیع کلی معنا ندارد.

علامه در تذکره در فروع مسئله، عدم جواز در مبیع کلی را نیز ذکر فرموده است. زیرا وقتی در مبیع شخصی که تعیین دارد، در کلی که تعیین و تشخیص ندارد، به طریق اولی باید بگوییم بیع جایز نیست.

شیخ انصاری: جدای از کلام علامه، از حیث نص و فتوا، به لحاظ جواز و عدم جواز، تفاوتی میان مبیع شخصی و کلی وجود ندارد.

ص ۲۹۴-۲۹۶

ثم إنَّ الظاهر...

ظاهر فرمایش مرحوم شیخ و سایر فقها این طور به نظر می‌رسید که بحث بر سر حکم تکلیفی است. ظاهر اخبار متقدمه حکم وضعی بود و بلکه ظاهر کلام تمام کسانی که فتوا به عدم جواز داده‌اند، بطلان و حکم وضعی است، نه تکلیفی.

ظاهر محکی از مختلف علامه، حرمت تکلیفی است، حکم وضعی و بطلان.

مثل بیع وقت النداء که اگرچه حرام است، اما باطل نیست.

و ینبغی التنبیه علی امور

تنبیه اول

آیا بیع ثمن قبل القبض نیز مانند بیع مبیع قبل القبض است؟

ظاهر عبارت برخی؛ بیع ثمن قبل القبض مانند مبیع نیست و بیع آن جایز است، زیرا دلیلی بر عدم جواز آن نیست. البته به شرطی که بیع صرف نباشد، چراکه در بیع صرف، تقابض فی المجلس شرط است.

دلیل جواز

روایتی از یعقوب بن شعیب که در مورد مردی که در بیع نسیه طعامی را در برابر دراهم فروخته است و حین دریافت دراهم، مشتری به جای دراهم، طعام پرداخت می کند. از این روایت برداشت می شود که بیع ثمن قبل القبض جایز است، زیرا هنگام پرداخت دراهم، طعام پرداخت شده و کأنه بیع دومی انجام شده است.

اشکال اول

ظاهر روایت این است که ثمن در عقد دوم فروخته نمی شود، بلکه دراهم ثمن واقع شده، نه مبیع و حال آن که مطلوب ما این است که دراهم مبیع واقع شود.

اشکال دوم

ظاهر بلکه صریح دوم این است که عقد دوم با همان مشتری اول منعقد شده، نه شخص ثالث و حال آن که ما قصد داریم ثابت کنیم بیع ثمن به شخص ثالث قبل القبض جایز است.

مگر این که کسی بگوید قول به فصل وجود ندارد، یعنی؛ کسی فرقی میان ثمن و مبیع و نیز بین شخص ثالث و همان مشتری که بدهکار است.

نکته: علامه در تذکره در اواخر باب بیع سلم فرموده حکم بیع ثمن معین قبل القبض به مبیع ملحق است.

شیخ انصاری

موید سخن علامه این است که برای منع بیع مبیع قبل القبض، ضعف در ولایت و ملکیت مشتری است.

ص ۲۹۶-۲۹۸

الثانی هل البیع...

تنبیه دوم

مراد از کلمه بیع در روایاتی از قبیل «لا تبعه...» خصوص بیع است یا مطلق استبدال؟

کلمات فقها در این مورد مضطرب است.

-ظاهر عنوانات فقها، اختصاص به بیع است.

-ظاهرتر از این عنوانات، عبارت علامه در تذکره است؛ الاقرب عندی النهی به متعلق بالبیع لا بغیره من المعاوضات.

-اظهر از موارد قبلی، عبارت دیگر علامه در تذکره است؛ اگر فردی از دیگری طعام طلبکار باشد و بدهکار به جای طعام، دراهم بدهد، این معامله نزد شافعی صحیح نیست، زیرا بیع طعام قبل از قبض جایز نیست. اما به نظر ما چنین معامله‌ای صحیح است، زیرا این معامله بیع نیست و یک نوع معاوضه است و حکم عدم جواز بیع مبیع قبل القبض که در روایات آمده، مختص به خصوص بیع است.

-اصرح من الکّل

علامه در قسمتی از تذکره تصریح کرده به جواز صلح در مبیع بیع سلم قبل القبض، زیرا صلح عقد مستقل است و از مصادیق بیع محسوب نمی شود.

-جامع المقاصد؛ تصریح ایشان به اختصاص این حکم به بیع

قرآینی که دال بر این است که مراد از بیع مطلق استبدال است؛

-علامه در بسیاری از فروع، تعبیر به مطلق استبدال فرموده است.

-استدلالی که علامه برای کسانی که بیع قبل القبض را جایز نمی دانند، ذکر کرده‌اند؛ ضعیف بودن ملکیت مبیع قبل القبض به دلیل احتمال انفساخ و تلف شدن. این بیان در مورد معاوضات دیگر هم مطرح است. اگر ملکیت ضعیف موجب منع از بیع شود، ضعف در ملکیت در سایر معاوضات نیز موجب منع می شود.

-مرحوم شیخ در مبسوط فرموده حواله نیز نوعی معاوضه محسوب می شود و معاوضه بر مبیع در بیع سلم قبل القبض جایز نیست. لذا حواله قبل القبض جایز نیست. البته مرحوم شیخ طوسی در صغری خدشه کرده‌اند اما کبری را صحیح می دانند.

-مرحوم فخرالمحققین در ابضاح تصریح فرموده که این فرع (بدهکار طعام، طلبکار خودش را به کسی که از او طلب دارد، حواله دهد)، این مبتنی بر این است که حواله را معاوضه و معاوضه قبل از قبض را حرام بدانیم، نه این که حواله را استیفاء دین یا معاوضه قبل القبض را مکروه بدانیم. این نشان دهنده این است که ایشان حکم را در مورد معاوضه قائل است، نه خصوص بیع.

و ارادة خصوص البيع...

چه بسا مراد فقها از معاوضه خصوص بیع بوده باشد.

شیخ انصاری: این که فقها فرمودند *إنَّ الحوالة بیع أو لیست بیعاً*، چه بسا مراد فقها از بیع هر معاوضه‌ای باشد و احتمال فوق اولویتی بر این احتمال ندارد.

قراین داله بر احتمال دوم

- اکثر فقها تصریح کرده اند که تراضی بایع و مشتری در بیع سلم بر قیمت کالای پیش فروش شده، از مصادیق بیع طعام قبل القبض است. این یعنی از بیع مطلق تراضی اراده شده است.

- علامه در تذکره فرموده اگر زید طعامی را از عمرو بع عنوان پیش خرید، خریده باشد و از عمرو طلبکار باشد و از طرفی مثل همین طعام را خالد از زید طلبکار باشد. اگر زید مستقیماً برود سراغ خالد و به او بگوید طلب خود از من را از عمرو بگیر، در این صورت چنین حواله ای نزد اکثر فقهای شیعه و شافعیه و احمد بن حنبل، برای عمرو صحیح نیست. زیرا پیامبر از بیع طعام بالطعام نهی فرمودند.

- صحت حواله بر بیع قبل القبض مبتنی شده است. لذا معلوم می شود مراد از بیع مطلق معامله است.

از برخی عبارات بر نمی آید که مراد از بیع مطلق معامله است؛

- مرحوم شهید این حواله را کالبیع قبل القبض می دانند.

- بایع بیع سلم اگر به جای تسلیم طعام به مشتری، دراهمی را به او بدهد و بگوید اشتر لی بهذه الدراهم طعاماً و اقبضه لفسک، حکم در این صورت مبتنی است بر حکم بیع قبل القبض. از این که مبتنی بر حکم بیع قبل القبض کرده اند معلوم می شود مراد از بیع مطلق معامله نیست.

در هر صورت از حیث کلمات فقها، مسئله محل اشکال است.

شیخ انصاری

اصل حکم عدم جواز بیع قبل القبض خلاف اصل است. زیرا مالک حق دارد هر گونه خواست در مال خود تصرف کند و چون این حکم خلاف اصل است، باید به قدر متیقن که خصوص بیع است، اکتفاء کنیم.

نتیجه

باتوجه به مطلب اشکال دیگری نیز رفع می گردد و آن این که اگر کسی به غیر بیع چیزی به او منتقل بشود، اما هنوز قبض نکرده باشد، بیع آن برای من انتقال الیه جایز است. کما این که مرحوم شهید اول نیز به این حکم تصریح کرده اند. لذا به طریق اولی در ارث، قرض، مال الکتابه و مهریه که برخی بی شک و برخی علی الظاهر معاوضه نیستند، بیع قبل القبض جایز است.

نعم...

اگر فردی متاعی را خریده و هنوز قبض نکرده و سپس از دنیا برود و آن متاع برای فرزندان به ارث برسد یا عوض مهریه قرار بگیرد (در صورتی که متوفی مرد باشد) و یا عوض خلع قرار بگیرد (در صورتی که متوفی خانم باشد) در این صورت شاید نتوان حکم اصل را به آن تسری داد و چه بسا بیع ما لم یقبض به شمار بیاید، زیرا قبل از موت مشتری متوفی هنوز قبض صورت نگرفته بود.

ص ۲۹۹-۳۰۱

الثالث هل المراد...

آیا نهی از بیع قبل القبض در صورتی که بیع دوم بر روی کلی واقع شود و سپس کلی به واسطه ما لم یقبض تشخیص پیدا کند و مصداق آن کلی شود را نیز شامل می شود؟

نظایر

نهی از بیع ام ولد. اگر یک کنیز کلی فروخته شود و سپس این ام ولد را به عنوان مصداق معامله تحویل بدهد، این نیز جایز نیست.

نهی از بیع عبدی که مولای او سوگند خورده او را نفروشد. کما مثال فوق.

ظاهر نص و فتوا اگرچه صورتی است که بیع روی خود ما لم یقبض می رود (یعنی از بیع ما لم یقبض نهی شده است)، بلکه در برخی روایت نهی از چنین بیعی تعیین دارد، مثل روایاتی که میان بیع تولیه و غیرتولیه تفصیل داده است، زیرا در بیع تولیه بیع روی خود ما لم یقبض می رود، نه مصداق یک مبیع کلی، اما سیاق مجموعه اخبار صورتی که بیع روی مبیع کلی رفته باشد را نیز شامل می شود.

اگر بایع در بیع سلم طعامی را به مشتری بدهکار باشد و در موعد تحویل، طعام را نداشته باشد و به جای آن دراهمی بدهد و بگوید اشتري لی بها طعاماً و اقبضه لفسک، در اینجا نیز بحث بیع ما لم یقبض جاری است؛ کسی که بیع ما لم یقبض را جایز نمی داند، چنین معامله ای را نیز جایز نمی داند.

برخی از محشین فرمودند اگر فرد بگوید اشتر لی بها طعاما ثم اقبضه لی ثم اقبضه لنفسک، اشکالی در صحت چنین معامله ای نیست. زیرا ابتدا قبض موکل و سپس قبض خود وکیل (مشتری) حاصل شده است.

روایات نسبت به این بحث فوق بعضی دال بر جواز و بعضی دال بر منع است.

مثلاً صحیحه یعقوب بن شعیب دال بر جواز و صحیحه حلبی و موثقه عبدالرحمن دال بر منع است.

جمع میان این روایات

ظاهر دو روایت اخیر کراهت مباشرت شراء است و این دو روایت می خواهد بفرماید اگر وارد این بیع شوی در معرض تهمت واقع می شوی و نمی خواهد بفرماید اصل معامله جایز نیست. حال آن که مطلوب برای استدلال به منع این است که اصل شراء به وکالت صحیح است، اما استیفاء قبل القبض جایز نیست.

ص ۳۰۱-۳۰۳

ثم إن هذا كله...

آن چه تا به حال ذکر شد، در صورتی است که طعامی که طلبکار می خواهد بخرد و برای خود اخذ بکند، طعام معین خارجی باشد.

اما اگر بایع مشتری را وکیل در خرید میباید، بحث مذکور پیش نمی آید. زیرا وقتی کلی خریداری می شود، اگر بخواهد میباید به واسطه وکالت از بدهکار تشخیص پیدا کند، نیاز هست بدهکار آن کلی را در مصداق خاصی قبض کند و سپس به اقباض طلبکار برساند، بدون این تشخیص و اقباض، وفاء دین ممکن نیست، مگر به صورت حواله و یا توکیل.

حواله: بدهکار طلبکار را به آن چه که به صورت کلی خریده حواله بدهد.

توکیل: بدهکار طلبکار را وکیل در قبض کند.

بنابر نظر شیخ طوسی و عده‌ای، در فرض حواله یا توکیل در بیع سلم، بیع قبل القبض و حرام یا مکروه به شمار می آید.

مرحوم علامه نیز مسئله فوق را به عنوان حواله ذکر کرده و آن را حرام دانسته اند

فخرالمحققین اختلاف در مسئله را مبتنی کرده بر این که حواله را معاوضه بدانیم و یا استیفاء دین، اگر معاوضه باشد امکان حرمت وجود دارد، وگرنه نه. نیز مبتنی بر این است که معاوضه قبل از قبض را حرام بدانیم.

جماعتی از متاخرین از علامه حواله را معاوضه نمی دانند چه رسد بخواهد بیع باشد، بلکه حواله صرفاً استیفاء دین است، لذا بحث حرمت بیع قبل القبض پیش نمی آید.

این که بدهکاری طلبکار خود را به شخص دیگری احاله کند، یا حواله و یا وکالت است، اما در هر صورت می توان محل خلاف را که بیع قبل القبض حرام است یا مکروه، تعمیم به هر نوع معاوضه ای داد.

لذا در تذکره منع از چنین معامله ای به اکثر فقهای شیعه و حتی بعضی علمای عامه نسبت داده شده، به دلیل همان نبوی مذکور و شیخ طوسی نیز در منع از چنین حواله ای به اجماع استناد کرده است، به دلیل این که بیع ما لم یقبض به شمار می آید.

ص ۳۰۳-۳۰۴

لکنه رحمه الله...

شهید اول در بعض تحقیقات خود برای این که مسئله حواله را به عنوان مصداقی برای بیع قبل القبض توجیه کند، فرموده میب در بیع سلم وقتی ماهیت کلی و ما فی الذمه و منطبق بر افراد کثیری است، لذا هر فردی را که بدهکار کلی (بایع در بیع سلم) تعیین کند، در واقع آن فرد تشخص پیدا می کند و عقد روی همین فرد واقع می شود.

اعتراض شهید ثانی در مسالک به شهید اول

میب در بیع سلم و نظائر آن که از حقوق ثابتة فی الذمه به حساب می آید، این میب باتوجه به این که امر کلی است، طبعاً بیع نیز می شود کلی و آن مصداقی که به واسطه حواله برای کلی معین می شود، نفس میب نیست. به همین دلیل که آن فرد عین کلی نیست، اگر فردی یک کلی به دیگری بدهکار باشد و مصداقی به او بدهد و سپس معلوم گردد آن مصداق تحویل داده شده معیوب یا غصبی است، حق به کلی برمی گردد و بایع بدهکار باید فرد دیگری را به مشتری بدهد. اما در میب معین اگر مال غیر یا معیوب در بیاید، حق به کلی بر نمی گردد. لذا فرد قبض شده در مسئله مانحن فیه مصداقی از میب واقعی ماست، نه خود آن.

شیخ انصاری

سخن شهید ثانی در مورد عدم تشخص میب صحیح است، اما ما معتقدیم بر فرد مدفوع، انتقال به مشتری به واسطه عقد بیع، صدق می کند. یعنی اگر بایع یک فردی را به عنوان مصداقی از مصادیق کلی پرداخت کرد، این فرد مدفوع بر آن صدق می کند که به واسطه همین عقد به مشتری منتقل شده است.

ص ۳۰۴-۳۰۵

لکن یرد...

نقدی بر سخن شهید اول

کلی نمی تواند مصداق کلی دیگر قرار بگیرد. آری کلی می تواند عوض کلی دیگر واقع بشود، البته اگر عوض بخواهد قرار بگیرد، نیاز به استبدال دارد و استبدال در مانحن فیه همان حواله می شود و حواله نیز یا استیفاء دین و یا معاوضه محسوب می شود. بنابراین تشخیص کلی به حواله صورت می گیرد و این تشخیص، مجوز اطلاق بیع بر آن کلی خاص که به سبب حواله تشخیص پیدا کرده، به گونه ای که بخواهد صدق بکند که این کلی به کسی که حواله داده شده منتقل شده، نیست. به عبارتی نمی توان گفت عقد بر روی آن فرد واقع شده است.

این اشکال در صورتی است که بدهی و طلب هر دو کلی باشد. اما این مطلب شهید اول در فرعی که ایشان در دروس بیان فرموده صحیح است (صورتی که بدهکار به طلبکار امر کند به این که طعام شخصی که برای طلبکار خریداری شده را قبض بکند و در این جا صرف قبض طعام شخصی به اذن بایع می تواند به کلی که در بیع به عنوان مبیع قرار گرفته، تعیین و تشخیص بدهد و لذا صدق می کند که مبیع قبل القبض به بیع منتقل شده یعنی؛ بیع قبل القبض صدق می کند).

یمكن أن یقال...

توجیه سخن شهید

احتمال دارد بتوان گفت تشخیص پیدا کردن کلی که مبیع قرار گرفته در کلی که خریداری شده، در آن اذن بایع کفایت می کند. زیرا وقتی فردی از کلی خریداری شده به دست مشتری می رسد، صدق می کند که این فرد آن کلی به واسطه بیع قبل القبض منتقل شده باشد و همین برای صدق بیع ما لم یقبض کافی است.

جمع بندی

اظهار این است که اگر بخواهیم توجیه کنیم که این مسئله داخل در بیع ما لم یقبض است، باید بگوییم مورد اختلاف تعمیم دارد به مطلق استبدال، حتی آن استبدالی که به حواله تحقق پیدا کرده، گرچه ما حواله را بیع ندانیم. در هر حال مسئله نیاز به تامل دارد.

مرحوم بحرانی در حدائق برای توجیه جواز این حواله روایتی را ذکر کرده است که صاحبان کتب اربعه این روایت را به طریق صحیح نقل کرده اند.

كُز: ٦٠ قفیز، قفیز: ٨ مكوك، مكوك: ١/٥ صاع یا حدود ٤/٥ كيلو، بنابراین هر کر حدود ١٩٨٠ كيلو می شود.

شیخ انصاری

استدلال مرحوم بحرانی به این روایت صحیح نیست. زیرا بحث ما در جایی است که دو مال مورد معامله، هر دو از باب معامله سلم باشد. اما در روایت معلوم نیست که مال مورد بدهی از باب سلم است یا غیر سلم.

شاهد: علامه در تذکره برای جواز ایفاء قرض به مال سلم به همین روایت استدلال کرده است. یعنی در واقع دین رجل را حمل بر قرض کرده است. بنابراین علامه هم صورتی را که یک طرف قرض باشد، جدا کرده است.

مرحوم شهیدی و ایروانی: مراد شیخ از سلم، خصوص پیش خرید نیست، بلکه هر آن چیزی است که به سبب بیع بر ذمه انسان آمده یا طلبکار شده، سلم می باشد. البته ظاهر از سخن محقق ثانی، خلاف این مطلب بود.

از همین رو که گفتیم هر دو مال باید سلم باشد، محقق ثانی در شرح عبارت علامه در قواعد (اگر بدهکار از باب بیع سلم حواله بدهد به مبیعی که از باب سلم از دیگری طلبکار است) فرموده اگر کسی بپرسد که چرا علامه هر دو مال را بیع سلم فرض کرده می گوئیم زیرا آن چه در روایات نهی شده، بیع ما لم یقبض است و اگر یکی از دو مال سلم و دیگری غیر سلم باشد، بیع ما لم یقبض (مبیعی که قبض نشده) صدق نمی کند و در بیع سلم قطعاً طرفی که مورد طلب واقع می شود، مبیع است، اما در بیع غیرسلم معلوم نیست کدام مال مبیع و کدام ثمن است.

از این عبارت جامع المقاصد معلوم می شود مراد ایشان به خصوص سلم بودن هر دو طرف است، مگر این که معلوم باشد آن چه به عهده طرف مقابل آمده مبیع است.

ص ۳۰۷-۳۰۵

و یمكن أن یقال...

احتمال قبول صحت استدلال به روایت، در صورتی که حواله را معاوضه بدانیم، نه استیفاء دین

وقتی حواله دهنده با حواله، طلبی را که از شخص «الف» دارد، به تملیک شخص «ب» درمی آورد که به او بدهکار است، طلب او می شود معوض و بدهی او می شود عوض (فروش طلب در مقابل بدهی). در این صورت اگر طلب او باب سلم باشد، همین در منع کفایت می کند، حتی اگر بدهی او که عوض قرار می گیرد بابت بیع سلم نباشد، مثلاً قرض یا اجرت باشد. مهم این است که طلب از باب سلم باشد. یعنی تملیک طلب در مقابل بدهی بر اساس بیع ما لم یقبض، ممنوع خواهد بود. در این صورت اگر کسی برای جواز این حواله به روایت استدلال بکند، صحیح است، اگرچه صدق بیع ما لم یقبض می کند.

اگر بدهی از باب بیع سلم باشد، اما طلب از باب بیع سلم نباشد، احتمال دارد که از مسئله بیع ما لم یقبض خارج باشد، زیرا ظاهر این است که مبیع در بیع سلم که بدهی فرد محسوب می شود، ثمن و عوض است نه مبیع و در مبیع ما لم یقبض، ما لم یقبض باید مبیع قرار بگیرد.

مراد علامه نیز همین بوده باشد. ایشان به تبع محقق حلی در شرایع فرموده اگر هر دو مال یا مال محال به (مالی که حواله دهنده طلبکار خود را به آن حواله داده) قرض باشد، بیع صحیح است و بیع ما لم یقبض به شمار نمی آید.

شیخ انصاری

اعتراضی از جانب محقق ثانی بر عبارت انتهایی علامه

علامه نباید مال را به محال به (طلب حواله دهنده) اختصاص می دادند، بلکه اگر بدهی حواله دهنده هم قرض باشد، صحیح است. لذا شهید اول نیز در باره فرموده «لو كان المالان أو احدهما قرضاً صح».

این اشکال که محال به شبیه به مبیع است (از این جهت که در مقابل بدهی قرار می گیرد) صحیح نیست، زیرا اتفاقاً محال به شباهت بیشتری به ثمن دارد، به قرینه بقاء عوض (باعتراض روی ثمن می آید). اگرچه محقق ثانی هر دو وجه شباهت را ضعیف می داند و می گوید میان این دو تفاوتی نیست.

شیخ انصاری

اولاً بقاء در محال به، عوض نیست.

ثانیاً حواله ظاهر در این است که حواله دهنده طلب خود را انشاء تملیک می کند، بنابراین طلب معوض است و به مبیع شباهت دارد.

ثالثاً این که کسی بگوید حواله دهنده بدهی خودش را در مقابل طلب خود تملک می کند، این دور از ذهن است.

معمولاً گفته می شود که حواله بیع است، یعنی کار حواله دهنده کار بایع است و محیل حکم بایع را دارد.

مواردی که تا کنون ذکر شد مربوط به صورتی بود که حواله دهنده به شخص محال علیه اذن می داد در این که مال را برای خود کیل کند یا به لفظ حواله یا آن چه ظهور در حواله داشت.

اما اگر بدهکار طلبکار خود را وکیل در قبض کند تا بعد از قبض، برای خود قبض کند به عنوان طلبی که دارد. صحت این موضوع منوط به این است که یک نفر بتواند هم قابض باشد و هم مقبض (به عنوان موکل خود) که مانعی برای صحت این موضوع وجود ندارد.

ص ۳۰۷-۳۱۰

الرابع ذکر جماعة...

تنبيه چهارم

بعضی گفته اند اگر کسی به طلبکار خودش دراهمی را بپردازد و به او بگوید اشتر بها لنفسک طعاماً در این جا اشکال وجود دارد و آن اینکه فقها گفته اند چنین بیعی جایز نیست، زیرا انسان نمی تواند با مال غیر برای خود مبیعی بخرد و مقتضای عقد بیع این است که مثن به ملک کسی داخل شود که ثمن از ملک او خارج می شود.

شیخ انصاری چند مثال نقض بیان می کنند

- در بیع معاطاتی اگر قائل به ملکیت نشویم و فقط قائل به اباحه تصرف باشیم، مطابق این مبنا اگر فرد دراهمی را در معامله معاطاتی بگیرد و در معامله دیگری با آن دراهم مبیعی بخرد، آن مبیع به ملک فرد منتقل می شود.

- جماعتی از جمله علامه در مختلف نقل کرده اند اگر مشتری بداند که مبیع غصبی است و آن را بخرد، ثمن او ملک مشتری باقی می ماند، اما در عین حال بایع غاصب می تواند در ثمن تصرف کند و اگر با آن ثمن مبیعی برای خود بخرد، مالک آن می شود.

- اگر غاصب با مال غصبی جاریه ای بخرد، علامه در مختلف از شیخ طوسی در نهاییه نقل کرده اند که وطی جاریه برای بایع غاصب جایز است. البته شیخ طوسی و ابن ادریس فرموده اند که اگر بایع جاریه را به ذمه خریده باشد و سپس با مال غصبی ذمه خود را فارغ کند، وطی جاریه برای بایع جایز است وگرنه جایز نیست.

جواز وطی جاریه به معنای ملکیت است.

توجیه نقض سوم توسط علامه و شیخ طوسی و ابن ادریس

علت جواز وطی در اینجا این است که جاریه به صورت ما فی الذمه خریداری شده، لذا ما فی الذمه از یک طرف عوض و جاریه از همان طرف معوض قرار گرفته است. لذا معوض وارد ملک همانی شده که عوض از ملک او خارج شده است.

بایع جاریه به غصبی بودن ثمن عالم بوده و مشتری که ثمن غصبی را داده، در واقع از بایع طلب وطی جاریه مجاناً را کرده است و بایع هم اجازه داده و استباحه وطی کرده و وزر و وبال آن هم بر عهده بایع است.

شیخ انصاری

توجیه نقض اول

وقتی کسی معامله معاطاتی انجام می دهد و سپس با ثمن آن مبیعی را خریداری می کند، آنما قبیل از تصرف در ثمن، ثمن به ملک او داخل می شود، کما این که در معامله معاطاتی خرید جاریه با ثمن غصبی نیز همین گونه است.

توجیه نقض دوم

وقتی شخص مبیع غصبی را می خرد و ثمن را با علم به غصب پرداخت می کند و سپس بایع با آن ثمن غصبی مالی را برای خود می خرد، چون مشتری علم به غصب دارد، در واقع ثمن را مجاناً به بایع غاصب پرداخت کرده و لذا نقضی صورت نمی گیرد.

فارغ نقض‌هایی که ذکر شد، قول صحیح همان است که گفتیم؛ عوض از ملک هر کسی خارج شد، معوض نیز باید به ملک همو داخل شود.

در مورد اصل مسئله نیز می‌توان توجیهاتی ذکر کرد:

-انتقال احد العوصین به غیر مالک، قبل المعاوضه آنما

-انتقال عوض دیگر بعد معامله به این نحو که در واقع طعام را برای مالک طعام بخرد و سپس برای خود اخذ کند؛ اشتر فی ملکی و خذه لنفسک

ممکن است این گونه توجیه کنیم که این نوع معامله در واقع می‌شود بیع فضولی، زیرا اذن مالک دراهم معقول نیست و کلا اذن است، لذا بیع فضولی می‌شود. وقتی فضول با ثمن مالک می‌رود طعام را می‌خرد، مالک هم شراء و هم قبض را اجازه می‌دهد و مال برای قابض تعیین پیدا میکند و قبض در دست استمرار پیدا می‌کند و این حکم قبض طلب خودش از مالک دراهم را دارد. فافهم

ممکن است اشاره به این باشد که فضولی بودن این بیع محل اشکال است، زیرا مالک به هر حال اذن داده است و نمی‌توان به این طریق مذکور اذن او را کلا اذن دانست.

ص ۳۱۰-۳۱۲

مسئله لو كان له طعام...

اگر طلبکار طعامی را از بدهکار طلب داشته باشد و طلبش مربوط به مکان خاصی باشد (مثلاً در عراق)، اما موعد مطالبه طلب خود را در مدینه طلب کند، تکلیف چیست؟

سه مسئله وجود دارد؛

-طلبکار به بیع سلم آن طعام را طلبکار شده باشد؛

اگر شرط شده باشد در مدینه تحویل داده بشود که در این صورت بحثی نیست.

اما در فرض عدم اشتراط؛

اگر به بیع سلم طلبکار شده باشد، اداء طعام در مدینه واجب نیست، خصوصاً اگر قیمت مدینه بیشتر باشد.

والوجه فی ذلک انصراف الاطلاق فی بلد العقد. مامقانی در نهاییه المقال

اگر طلبکار در مدینه قیمت عراق را مطالبه کند و طرفین راضی باشند؛

شیخ طوسی: حتی در صورت تراضی طرفین نیز جایز نیست، زیرا در واقع بیع طعام قبل القبض است.

شیخ انصاری: این صحیح است، در صورتی که معتقد باشیم طعام واقعاً در برابر قیمت بلد تسلیم، مبیع قرار گرفته و یا بگوییم مبیع قرار گرفتن آن طعام لازم نیست و مطلق استبدال قبل القبض جایز نیست و خصوص بیع لازم نیست.

اما اگر بگوییم بیع قبل القبض یعنی آن چه که قبل القبض معامله می شود مبیع قرار بگیرد و در مانحن فیه چه بسا آن طعامی که هنوز قبض نشده در اینجا ثمن قرار گرفته شده است، در این صورت وجهی برای تحریم وجود ندارد و انصاف این است که عنوان قیمت به خصوص در صورتی که نقدین باشد، ظهور در ثمن بودن دارد.

لذا حکم صحت تراضی به قیمت مبتنی بر این است که تراضی انصراف به بیع داشته باشد یا معتقد باشیم که مطلق استبدال در بیع ما لم یقبض منهی عنه است، نه خصوص بیع و مبیع قرار گرفتن آن ما لم یقبض.

اگر بدهکار طعام (المسلم الیه) راضی نباشد که به جای طعام قیمت پرداخت کند، آیا بایع بدهکار را می توان اجبار کرد؟

مشهور: اجبار جایز نیست، زیرا آن چه بر عهده اوست طعام است.

عده ای: اجبار جایز است، زیرا موعد پرداخت بدهی رسیده و همان طور که اگر در بلد تسلیم بایع طعام نداشت، جایز بود او را مجبور به پرداخت قیمت کنیم، در غیر بلد تسلیم که موعد تسلیم رسیده و بدهکار امکان پرداخت خود طعام را ندارد، پس در این صورت نیز اجبار او جایز است.

توضیح: موعد تسلیم فرا رسیده، مقصر در عدم تسلیم هم بایع است، زیرا اگر او در بلد تسلیم حضور داشت، طعام را یا به خود مشتری یا به ولی و وکیل او پرداخت می کرد و یا لااقل طعام را برای او عزل می کرد و حال که در بلد تسلیم حضور ندارد، مقصر خود اوست.

توهم؛ لازمه جواز اجبار و این که مقصر خود بدهکار باشد، این است که حتی اگر در بلد مطالبه قیمت بیش از قیمت بلد تسلیم باشد، طلبکار می تواند مطالبه کند و بایع باید آن را پرداخت کند.

اگر قیمت بلد مطالبه و بلد تسلیم مساوی باشد، بر بایع بدهکار لازم است که خود طعام را بپردازد، زیرا قیمت آن بالاتر نیست تا بر بایع حرجی لازم بیاید. مگر اینکه طرفین به قیمت راضی بشوند.

ص ۳۱۲-۳۱۳

الثانية أن یکون...

صورت دوم

صورتی که طلب طلبکار قرض بوده؛ طلبکار در عراق قرض داده و در مدینه مطالبه می کند.

دو قول در اینجا مطرح است؛

قول اول

در فرض اختلاف قیمت، طلبکار استحقاق مطالبه مثل را ندارد. زیرا طلبکار استحقاق مطالبه در بلد قرض را دارد و مطالبه در مدینه موجب اضرار به بدهکار است و این جایز نیست. اما مطالبه قیمت بلد قرض جایز است، زیرا طلب طلبکار حق اوست و بدهکار لازم است در بلد استحقاق آن را پرداخت کند و طلبکار هم مقصر نیست و این بدهکار است که باید در بلد استحقاق حضور می یافت و این موجب سقوط حق طلبکار نیست و به خاطر عدم اضرار بدهکار قیمت بلد استحقاق بر عهده او می آید. بنابراین اگر قیمت بلد استحقاق و بلد مطالبه یکسان باشد، طلبکار حق مطالبه مثل هم دارد.

اگر مشکل ضرر بدهکار باشد، حکم منوط به عدم ضرر او یا منوط به مصلحت اوست.

علامه در مختلف و محقق ثانی و... مطالبه به مثل را جایز می دانند، گرچه محقق ثانی در کتاب قرض خود قائل به عدم استحقاق شده است.

علامه در مختلف اعتراف کرده اند که قیمت بلد قرض، در فرض تعدر مثل، در بلد مطالبه تعیین دارد.

و فیه تامل

مرحوم خوانساری: در بعضی از موارد مطالبه مثل در غیر بلد قرض مجاز است، لذا ذمه مشغول به مثل است و اگر بخواهد انتقال به قیمت پیدا کند، به قیمت بلد مطالبه انتقال پیدا می کند، نه بلد قرض. بنابراین این گونه نیست که قیمت بلد قرض در همه جا تعیین داشته باشد.

قول دوم

مطالبه قرض نه مثلاً و نه قیمتاً در غیر بلد قرض جایز نیست. زیرا شهید اول در حواشی خود فرموده قرض دهنده مثل را در غیر بلد قرض نمی تواند مطالبه کند، حتی اگر بدهکار ضرر نکند، بنابراین به طریق اولی قیمت را نمی تواند مطالبه کند و شاید علت این باشد که اعتبار بلد قرض، مقتضایش این است که قرض دهنده در بلد قرض فقط می تواند مطالبه کند و صرف اینکه بازگشت به بلد قرض مقداری تأخیر زمانی دارد، این موجب انتقال به قیمت نمی شود و تبدیل به قیمت دلیل می خواهد.

فتامل

مرحوم شهیدی: شاید این فتامل بازگردد به عبارت و توضیحیه آن الطعام قد حل... در وسط صفحه ۳۱۱، علت اینکه در بلد مطالبه قرض گیرنده موظف به پرداخت بدهی است، این است که مقصر خود اوست.

کانال سُدَا @soda96

www.soda96.ir

الثالثة إن يكون الاستقرار من جهة الغصب

صورت سوم

صورتی که استقرار طعام در ذمه مدیون به جهت غصب باشد. مثلاً طعامی که شخص طلبکار است به جهت این باشد که غاصب آن طعام را از آن شخص غصب کرده باشد.

مرحوم شیخ طوسی و قاضی فرمودند در غیر بلد غصب جایز نیست مالک مثل را از غاصب مطالبه کند و باید قیمت بلد غصب را بگیرد.

شاید دلیل آنان آیه شریفه **فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ** باشد.

بیان استدلال

آن چه در ذمه غاصب است طعامی است که موصوف به وصف کون فی بلد الغصب است و بر ذمه دارد و مقدار مالیت طعام در بلاد مختلف، متفاوت است.

لذا صرف مماثلت در صفات طعام کافی نیست و مماثلت در مالیت نیز لازم است.

پاسخ تقضی

مال غصبی که قیمت آن به اختلاف ازمان متفاوت است.

پاسخ حلی

مماثلت در جنس و صفات مماثلت عرفی به شمار می آید و مماثلت در مالیت نیاز نیست، ولو در مالیت متفاوت باشند.

اشکال

اگر مماثلت در مالیت نیاز نیست، چرا در دو فرض قبل (سلم و قرض) گفتید مطالبه مثل در غیر بلد و قرض جایز نیست؟

پاسخ

در قرض و سلم دو دلیل وجود داشت که در باب غصب وجود ندارد؛

۱- قاعده نفی ضرر، بلکه در باب غصب لمعه گفته شده که غاصب ماخوذ به اشق احوال است. قاعده نفی ضرر مالیت را دارای اثر می کند.

۲- اطلاق عقد در قرض و سلم انصراف دارد به این که ملاک در تحویل کالا بلد قرض و سلم است نه بلد دیگر و حال آن که در غصب اصلاً عقدی وجود ندارد.

اگر مثل در بلد مطالبه متعذر باشد، لازم است که غاصب قیمت طعام را در همان بلد مطالبه پرداخت کند، زیرا آن چه بر غاصب لازم است، پرداخت مثل است و در صورت تعذر مثل، قیمت جایگزین آن می شود.

البته مطابق فتوای و شیخ طوسی و قاضی قیمت بلد غصب ملاک است، زیرا آنان مطالبه مثل در بلد مطالبه را جایز نمی دانند. مطابق نظر شیخ انصاری، نسبت به قیمت چند نظر وجود دارد؛

- قیمت وقع دفع ملاک است. زیرا در زمان دفع پرداخت مثل واجب است و در صورت تعذر، قیمت جایگزین آن می شود.

- قیمت زمان تعذر مثل ملاک است، زیرا زمان انتقال به قیمت زمان تعذر مثل است.

- در باب غصب برخی قائل به اعلی القیم شده اند.

پایان کتاب

عید فطر، شوال ۱۴۴۲