

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بیع و خیارات

از فقه امام صادق علیه السلام



تألیف:

محمد جواد مغنیه

ترجمه و شرح:

دکتر روشنعلی شکاری

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: مغنیه، محمدجواد، ۱۹۰۴ - ۱۹۷۹م.
عنوان قراردادی	: فقه‌الامام جعفرالصادق علیه‌السلام، فارسی، برگزیده
عنوان و نام پدیدآور	: بیع و خیار از فقه امام صادق علیه‌السلام/ تألیف محمدجواد مغنیه؛ ترجمه و شرح روشنعلی شکاری.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۲۴۷ ص؛ ۱۴/۵ × ۲۱/۵ س.م.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۳۷۷-۰
وضعیت فهرست‌نویسی: فیپا	
یادداشت	: این کتاب گزیده‌ای از کتاب «فقه‌الامام جعفرالصادق(ع)» تألیف محمدجواد مغنیه است
موضوع	: معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)
موضوع	: Sales (Islamic law)
موضوع	: خیار (فقه)
موضوع	: Options (Finance) (Islamic law)*
موضوع	: معاملات (فقه)
موضوع	: Transactions (Islamic law)*
شناسه افزوده	: شکاری، روشنعلی، ۱۳۳۲ - مترجم
رده بندی کنگره	: BP۱/۱۹۰
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۹۶۷۲۶۱

نام کتاب	: بیع و خیار از فقه امام صادق (علیه‌السلام)
ناشر	: چتر دانش
تألیف	: محمدجواد مغنیه
ترجمه و شرح	: دکتر روشنعلی شکاری
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۳۹۸
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۳۷۷-۰
قیمت	: ۱۵۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید(اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

## سخن ناشر

رشته حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به این ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آن‌ها از یک سو و تناسب آن‌ها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

**مؤسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش**، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه علمی بیش از پیش به منصه ظهور برساند.

**فرزاد دانشور**

**مدیر مسئول انتشارات چتر دانش**

**تعریف العقد**

والعقد فى اللغة الربط الذى هو ضد الحل و عند اكثر الفقهاء مجموع الايجاب و القبول. يتم العقد بالقول بالاتفاق، و هل يتم بالفعل او لا؟ قولان: الاول ان العقد لا يكون بدون اللفظ، وهو المشهور. القول الثانى ان كل ما يدل على التراضى فهو عقد عرفاً و شرعاً سواء، اكان قولاً، ام فعلاً.

**ترجمه: تعريف عقد**

عقد در لغت به معنای گره زدن و ضد آن، حل یعنی؛ گشودن است. عقد به مجموعه ایجاب و قبول گفته می شود. (به کسی که صیغه ایجاب را انشاء کرده است موجب و به کسی که صیغه قبول را انشاء کرده است قابل می گوئیم).  
عقد به اجماع فقها با لفظ و قول انشاء می شود؛ اما آیا با فعل، عقد محقق می شود یا خیر، دو قول مطرح است: (۱) عقد بدون لفظ محقق نمی شود که این قول مشهور میان فقهاست. (۲) هرآنچه که دلالت بر تراضی و توافق کند؛ عرفاً و شرعاً عقد است؛ خواه با لفظ باشد یا فعل. (اگر عقد با فعل انشاء شود به آن معاطات گفته می شود).

**شرح**

بعضی از عقود از صدر اسلام وجود داشته است؛ مثل بیع، اجاره، ازدواج و غیره. به این عقود اصطلاحاً عقود معینه یا (عقود مسماة) می گویند. عقود جدیدی هم ایجاد شده است؛ مثل عقد بیمه یا عقود دیگری که اکنون رایج است و قبلاً وجود نداشته است. عقدهایی که از قبل وجود داشته اند قطعاً مشروع هستند؛ زیرا این عقود یا در قرآن یا در سنت پیامبر ﷺ امضاء و تأیید شده اند. مثلاً در قرآن کریم آمده است: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>۱</sup> یا فرمود: ﴿الصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>۲</sup> اما

۱- خداوند بیع را حلال فرمود. بقره آیه ۲۷۵.

۲- نساء، آیه ۱۲۸.

عقدهای جدید چگونه‌اند؟ به عقیده مصنف حکم کلی این عقدها هم در احادیث بیان شده است. پیغمبر ﷺ فرمود: «المؤمنون عند شروطهم»: «مؤمنین پای‌بند به شرطها و تعهدات خویشند». دنباله این حدیث آمده است: «مگر شرط یا تعهدی که حلالی را حرام و حرامی را حلال کند». پس هر تعهدی که حلال خدا را حرام نکند و بالعکس، واجب‌الوفاء است.

### العقود الجديدة

العقود الجديدة كاتفاق المؤلف مع الناشر أن يطبع

كتابه، و ينشره و يوزعه لقاء شيء معين للمؤلف،

او نسبة مئوية من السعر المحدود، او من الارباح هل هي صحيحة، تماماً كالعقود المسمّاة ام لا؟ ينبغي التنبيه الى انه اذا نُقِدَ العقد كل من الطرفين، والتزم به بملء ارادته و اختياره كان لهما ذلك بالاتفاق، و ليس لأحد ان يعترض، مادام العقد لا يحلّل حراماً، و لا يحرم حلالاً، و انما الكلام فيما اذا فسخ احدهما و عدل، و امتنع عن تنفيذه فهل للطرف الآخر أن يُلزمه به او لا؟ الذي تقتضيه اصول الفقه الجعفرى و قواعد ان مثل هذا العقد صحيح و لازم اذا توفرت فيه جميع الشروط المعترية و لم يتناف مع مبدئ من مبادئ الشرع المقدس.

### ترجمه: عقدهای جدید

عقدهای جدید مثل توافق نویسنده‌ای با ناشر مبنی بر اینکه کتاب او را چاپ و منتشر کند و آن را در مقابل مبلغ معینی برای نویسنده توزیع نماید یا در مقابل درصدی از نرخ معین یا سودهای دیگری توزیع کند. آیا این توافق مثل عقود معینه صحیح است یا خیر؟ شایسته است تذکر داده شود بر این که اگر هر یک از طرفین، عقد را انشاء و اجرا کنند و با اراده و اختیار کامل خود بر

آن ملتزم و متعهد شوند این حق به اجماع و اتفاق فقها برای آنها وجود دارد و مادام که این عقد، حرامی را حلال و حلالی را حرام نکند هیچ کس حق اعتراض به آن را ندارد.

و منحصرأ بحث جایی است که یکی از متعاقدين عقد را فسخ و از آن عدول کند و از وفای به مضمون عقد امتناع ورزد آیا طرف مقابل می‌تواند او را ملزم به اجرای عقد کند یا خیر؟ آنچه که قواعد فقه جعفری و مبانی آن اقتضا دارد این است که مثل این عقد درست و لازم الوفا است؛ اگر تمامی شرایط معتبر در آن جمع شود و با هیچ یک از مبانی شرع مقدس منافات نداشته باشد.

### شرح

اگر به‌عنوان مثال عقد بیع طبق شرایط معتبر جاری شود؛ مثلاً بایع اهلیت بیع را دارد یعنی عاقل و بالغ است<sup>۱</sup> و ممنوع‌المعامله نیست و به تعبیر فقها جایز التصرف است. بعد از انعقاد عقد بیع مشتری نمی‌تواند بدون رضای بایع عقد را فسخ نماید؛ مثلاً بگوید پشیمان شده‌ام.

آیا بایع می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و الزام مشتری را به پرداخت ثمن بخواهد.

جواب: طبق قواعد فقه امامیه در این مثال بایع می‌تواند به دادگاه مراجعه کند و الزام مشتری را به وفای عهد یعنی پرداخت ثمن بخواهد. بالعکس اگر بایع به عهد خود وفا نکند یعنی مبیع را به مشتری ندهد و یا برای تنظیم سند در دفترخانه حاضر نشود مشتری می‌تواند الزام بایع را به حضور در دفترخانه یا تحویل مبیع، از دادگاه بخواهد.<sup>۲</sup> به این قاعده «اصالة الزوم» گفته می‌شود.

۱- برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشد. (ماده ۲۱۱ ق.م.)؛ ماده ۳۴۵: هر یک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت تصرف برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشند.

۲- ماده ۳۹۵ قانون مدنی: اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجع به خیار تأخیر ثمن، معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد.

### عدم الرجوع

هذا، الى ان المعاملات لا تحتاج في صحتها و لزومها الى النص، بل يكفي عدم ثبوت النهي عنها، و بكلمة ان المعاملات و المعاوضات التي تستدعيها الحياة الاجتماعية لا تدخل في عدو و لا حصص، و هي تتسع و تزداد كلما تقدمت الحياة و تطورت، و كل معامله عرفية قديمة كانت او حديثه فيجب تنفيذها على حسب ما قصد المتعاملان، مادامت لا تتنافى شيئاً مع مبادئ الشريعة الغراء.

### ترجمه: عدم نهی

مضافاً اینکه برای صحت و لزوم معاملات احتیاجی به نصّ خاص وجود ندارد؛ بلکه همین قدر که از معامله‌ای نهی نشده باشد کافی است. به‌طور کلی معاملات و معاوضات که لازمهٔ حیات و زندگی اجتماعی است قابل شمارش و احصاء نیست. معاملات، توسعه و افزایش پیدا می‌کنند مادام که زندگی و حیات بشری تحول و تغییر می‌یابد. هر معاملهٔ عرفی، خواه جدید باشد یا قدیمی، واجب است که طبق اراده و قصد طرفین اجرا شود مادام که معامله و معاوضه با هیچ یک از مبانی دین مبین اسلام منافات نداشته باشد.

### شرح

نص؛ یعنی دلیل سمعی مانند آیه یا حدیث. حال اگر عقدی منعقد شد؛ آیا برای مشروعیت آن لازم است نصّ خاصی در شرع مقدس وجود داشته باشد؛ مثلاً دربارهٔ بیع نصّ مخصوصی وجود دارد. خداوند در سوره بقره فرموده است: «احل الله البيع». جواب: نیازی نیست که در خصوص هر معامله‌ای نصی در قرآن یا در سنت وجود داشته باشد. همین قدر که معامله، حلالی را حرام و حرامی را حلال نکند؛ یعنی عدم نهی، برای صحت آن کافی است.

### النظرية العامة (اصالة اللزوم في العقود)

اتفقوا قولاً واحداً على

ان الاصل في العقد

اللزوم، و بيان ذلك ان العقد اذا جرى برضا الطرفين، و بقي كل منهما على التزامه فلا حاجة الى الاصل او النص، و كذلك اذا فسخاه و تقايلا بالاتفاق، اما اذا فسخ احدهما، و عدل دون الآخر فان للذي لم يفسخ ان يطالب الطرف الثاني بالتنفيذ، و للحاكم ان يلزمه به اذا رُفعت الدعوى اليه.

#### ترجمه: نظريه کلی، اصل لزوم در عقود

فقهها متفق القول شده‌اند که اصل در عقد لزوم است. توضیح و بیان این مطلب آن است که اگر عقدی با رضای طرفین جاری شد و هر یک از آن دو، بر تعهد و التزام خود باقی بمانند در این صورت نیازی به اصل یا نص نیست. همچنین است اگر طرفین با توافق، عقد را فسخ و با توافق آن را اقاله کنند. اما اگر یکی از طرفین، عقد را بدون رضای دیگری فسخ و از آن عدول کند برای کسی که عقد را فسخ نکرده است، این حق وجود دارد که از طرف مقابل اجرا و تنفیذ عقد را بخواهد و برای حاکم و قاضی است که او را ملزم به اجرای عقد کند اگر دعوی نزد او مطرح شود.

#### شرح

یکی از مبانی فقه امامیه اصل لزوم معاملات است. اصل لزوم یعنی اینکه هیچ یک از طرفین نمی‌تواند بدون رضای طرف مقابل، عقد را فسخ کند. اگر بعد از انعقاد عقد، با توافق، معامله را به هم بزنند به این عمل اصطلاحاً اقاله (پس گرفتن قول) یا تقایل گویند.<sup>۱</sup>

۱- ماده ۲۸۳ قانون مدنی: بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله نمایند.



### اقسام العقد

ینقسم الی اقسام: الی لازم، کالبیع و الاجارة و الزواج. و غیر لازم: کالهیبة و الودیعة و الوکالة، و تسمى هذه عقوداً اذنیة، لأنها تتقوم بالاذن وجوداً و عدماً ثم ان العقد الجائز منه ماهو جائز من الطرفين، کعقد العاریة حیث یجوز لكل من المعیر و المستعیر العدول و هدم العقد متى شاء، و منه ماهو جائز من طرف و لازم من طرف کالرهن فانه جائز من قبل المرتهن، لازم من قبل الراهن.

### ترجمه: اقسام عقد

عقد به اقسام مختلفی تقسیم می‌شود. به لحاظی به عقد لازم تقسیم می‌شود؛ مثل بیع اجاره و ازدواج و به لحاظ دیگر به عقد غیر لازم مثل هبه، ودیعه و وکالت.<sup>۱</sup>

و این عقدها عقدهای اذنی نامیده می‌شوند؛ زیرا قوام و بقای این عقدها مبتنی بر اذن است چه از حیث وجود و چه از حیث عدم. سپس عقدی که جایز است گاهی از هر دو طرف جایز است؛ مثل عقد عاریه به نحوی که برای هر یک از معیر و مستعیر حق فسخ و از بین بردن عقد عاریه هر وقت که بخواهد وجود دارد و بعضی از عقود جایز، از یک طرف جایز است و از طرف دیگر لازم؛ مثل عقد رهن که از جانب مرتهن جایز اما از جانب رهن لازم است.

### شرح

عقد را به لحاظی تقسیم می‌کنیم به عقد لازم و عقد جایز.<sup>۲</sup> اگر هیچ‌یک از متعاقبین نتواند بدون رضای طرف مقابل، عقد را فسخ کند به آن عقد

۱- ودیعه (نایب گرفتن برای حفظ= استنباه برای حفظ). وکالت: (استنباه در تصرف است). یعنی کسی به کسی نیابت می‌دهد که به نمایندگی از او کاری انجام بدهد.

۲- ماده ۱۸۴ ق.م. عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق.

لازم می‌گوییم.<sup>۱</sup> و اگر بتواند فسخ کند به آن عقد جایز می‌گوییم.<sup>۲</sup> به عقدهای لازم عقود عهدی هم می‌گوییم چون عقد یعنی عهد اکید و پیمان شدید و به عقدهای جایز عقود اذنی می‌گویند؛ مثل عقد وکالت. وکیل می‌تواند هر وقت که بخواهد عقد وکالت را فسخ نماید و استعفا بدهد.<sup>۳</sup> موکل هم می‌تواند وکیل را هر وقت که بخواهد عزل کند.<sup>۴</sup> در عقد عاریه هم معیر می‌تواند هر وقت که دلش خواست عاریه را از مستعیر پس بگیرد. مستعیر هم هر وقت که دلش خواست می‌تواند عاریه را پس بدهد.<sup>۵</sup> اما بعضی از عقدها نسبت به یک طرف لازم است و نسبت به طرف دیگر جایز است. مثل عقد رهن، چون عقد رهن به‌خاطر حفظ حق مرتهن وضع شده است؛ نسبت به مرتهن عقدی است جایز؛ یعنی هر وقت که دلش خواست می‌تواند وثیقه را آزاد نماید و به اصطلاح فک رهن کند و پس از فسخ، دین او بدون وثیقه باقی می‌ماند. اما نسبت به راهن عقدیست لازم. راهن تا دین خود را به مرتهن نداده است حق ندارد عقد رهن را فسخ و در وثیقه تصرف نماید.<sup>۶</sup>

۱- ماده ۱۸۵ ق.م. عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه.

۲- ماده ۱۸۶ ق.م. عقد جائز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند.

۳- ماده ۶۷۸ ق.م. وکالت به‌طور زیر مرتفع می‌شود: ۱- به عزل موکل ۲- به استعفای وکیل ۳- به موت یا جنون وکیل یا موکل

۴- ماده ۶۷۹ ق.م. موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

۵- ماده ۶۳۵ ق.م. عاریه عقدی است که به‌موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه‌گیرنده را مستعیر گویند.

۶- ماده ۷۸۷ ق.م. عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است؛ بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را برهم زند ولی راهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به‌نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.

### تقسیم عقود بلحاظ آخر

و أيضاً ينقسم العقد- بالنظر الى الصراحة و عدمها- الى عقد صريح كالاجارة و الرهن و عقد ضمنى. كالأمانة المستلزمة للعقدين المذكورين، لان العين امانة فى يد كل من المستأجر و المرتهن لا يضمن شيئاً منها الا بالتعدى، او التفريط. أيضاً ينقسم العقد الى ما يقتضى التعليق بطبعه و وضعه، كعقد السبق و الرماية و هو ان يتفق اثنان على ان من يصيب الهدف له كذا، او يسبق له كذا، فان هذا لا يتحقق بدون تعليق، و الى ما لا يستدعى ذلك كعقد الزواج و البيع، و ما اليه.

### ترجمه: تقسیم عقود به لحاظ دیگر

و عقد از حیث صراحت و عدم صراحت تقسیم می‌گردد به عقد صریح مثل اجاره و رهن و عقد ضمنی مثل امانتی که لازمه این دو عقد است؛ زیرا که عین نزد مستأجر یا مرتهن امانت است و امین به هیچ وجه ضامن تلف عین نیست مگر به سبب تقصیر یا تفريط.<sup>۱</sup>

و نیز عقد با توجه به ذات و طبیعتش تقسیم می‌شود به عقد معلق مثل عقد مسابقه و تیراندازی و آن عبارتست از اینکه دو نفر با هم توافق کنند که اگر تیرش به هدف اصابت کرد فلان مال برای او باشد و یا اگر در مسابقه برنده شود فلان جایزه برای او باشد. چنین عقدی بدون تعلیق محقق نمی‌شود و نیز تقسیم می‌شود به عقدی که مستلزم این امر نیست مثل عقد بیع، ازدواج و مانند آن.

### شرح

بعضی از عقود فقط عهدی‌اند مثل عقد بیع و ازدواج، اما بعضی از عقدها هر

۱- ماده ۶۱۴ ق.م: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفريط

چند عهدی‌اند؛ اما متضمن عقد اذنی یا متضمن امانت هم هستند مثل اجاره. عقد اجاره، هم عهدی است و هم امانی. مؤجر باید عین را در اختیار مستأجر قرار دهد. این امر جنبه عهدی عقد اجاره است اما عین مورد اجاره در دست مستأجر امانت است؛ یعنی اینکه اگر مورد اجاره بدون هیچ تقصیری تلف شود، مثلاً سیل یا زلزله خانه را خراب نماید، مستأجر ضامن نخواهد بود. «ما علی الامین الا الیمین».

عقد به اعتبار دیگری تقسیم می‌شود به عقد معلق و به عقد منجز. تعلیق، در لغت یعنی آویزان کردن. اگر اثر عقدی به تحقق چیزی، آویزان بشود به آن عقد، عقد معلق می‌گوییم. مثل عقد تیراندازی و عقد مسابقه. تا مسابقه را نبرد مالک جایزه نمی‌شود. تا تیرش به هدف اصابت نکند مالک جایزه نمی‌شود. اما اگر اثر عقدی منوط به تحقق چیزی نشود؛ بلکه به مجرد انشای عقد اثرش ظاهر گردد به آن عقد، عقد منجز می‌گوییم مثل عقد بیع. به مجرد انشای عقد بیع، مشتری مالک مبیع می‌شود و بایع مالک ثمن. به مجرد انشای عقد ازدواج زن و شوهر به هم حلال می‌شوند و می‌توانند از یکدیگر تمتع ببرند.

**العقد الفضولی**  
و ایضاً ینقسم الی عقد نافذ اذا صدر من الاصل و الوکیل،  
و الی عقد موقوف علی الاجازة اذا صدر من الفضولی.  
و کل العقود تقبل الفسخ لسبب مشروع، حتی الزواج و ایضاً تقبل التقایل  
آلا الزواج.

### ترجمه: عقد فضولی

همچنین عقد تقسیم می‌شود به عقد نافذ اگر از اصیل یا از وکیل صادر شود و نیز تقسیم می‌شود به عقد غیرنافذ که منوط است بر اجازه اصیل یا نماینده اصیل، آن‌گاه که از فضولی صادر شود و نیز هر عقدی به جهت مشروع و قانونی قابل فسخ است حتی ازدواج، و نیز هر عقدی قابل اقاله است به جز ازدواج.

## شرح

گاهی عقد توسط مالک جاری می‌شود. به مالک اصیل هم می‌گوییم. گاهی هم عقد به وسیله قائم‌مقام مالک انشاء می‌شود. قائم‌مقامان مالک، شش دسته‌اند: اول پدر و جد پدری اگر مالک صغیر باشد یا محجور و تحت ولایت پدر یا جد باشد.

دوم: وکیل.

سوم: وصی.

فرق وصایت با وکالت در این است که وصایت استنباه در تصرف است بعد از مرگ، اما وکالت استنباه در تصرف است برای زمان حیات. چهارم: حاکم: گاهی قاضی یا حاکم دادگاه مصلحت می‌بیند که ملک صغیر یا مجنون یا سفیه یا مدیون را بفروشد.

پنجم: نماینده حاکم: گاهی قاضی امینی را معین می‌نماید که اموال صغیر یا دیوانه را بفروشد.

ششم: مقاص: اگر کسی طلبی داشته باشد چنانچه مدیون دین را به ناحق انکار کند طلبکار می‌تواند اگر مالی از اموال مدیون در اختیارش قرار گرفت آن مال را بفروشد و طلب خود را وصول کند به شرط آنکه نتواند طلب خود را در دادگاه به اثبات برساند و گرنه باید از طریق حاکم به حق خود برسد. حال اگر کسی، نه مالک باشد و نه نماینده مالک، عقدی را جاری کند، به این عقد، عقد فضولی می‌گوییم<sup>۱</sup> و به عاقد هم عاقد فضولی می‌گوییم.

نکته دیگر این متن: تمام عقدها به سبب قانونی قابل فسخ‌اند؛ مثلاً عقد بیع، عقد صلح، با خیاری به نام خیار غبن<sup>۲</sup>؛ حتی عقد ازدواج نیز با خیار عیب قابل

---

۱- ماده ۲۴۷ ق.م: معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نموده باشد، در این صورت معامله صحیح و نافذ است.

۲- ماده ۴۱۶ ق.م: هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند. (غبن- گران خریدن یا ارزان فروختن در صورت جهل به قیمت)

فسخ است. مثلاً اگر زوج دیوانه شود، زوجه به واسطه این عیب می‌تواند ازدواج را فسخ نماید.<sup>۱</sup> و بالاخره گفتیم اصل در عقود لزوم است. گاهی لزوم توسط طرفین عقد قابل سلب است یعنی متعاقدين می‌توانند عقد را با توافق فسخ نمایند. مثل بیع، اجاره، صلح. اما عقد ازدواج قابل اقاله و فسخ نیست و فقط در جایی قابل فسخ است که عیب مجوز فسخ وجود داشته یا تدلیسی<sup>۲</sup> صورت گرفته باشد.

### معنی البیع و اقسامه

تعریف الفقهاء له انه مبادلة مال بمال. و ينقسم

الى اقسام: منها بيع الفضولي، و هو ان يتولى

الايجاب او القبول غير الأصيل و الوكيل. و بيع النسئته، و هو ان يكون

المبيع معجلاً، و الثمن مؤجلاً، و السلم بعكسه حيث يعجل الثمن و يؤجل

المبيع. و بيع الصرف و هو خاص بالذهب و الفضة. و بيع المرابحة و

المواضعة و التولية، و الاول مع ربح معين، والثاني مع خسارة معينة، و

الثالث هو البيع برأس المال.

### ترجمه: معنای بیع و اقسام آن

فقهها بیع را تعریف کرده‌اند به این‌که بیع عبارت است از مبادله مال با مال. بیع به اقسامی تقسیم می‌شود. از آن جمله است بیع فضولی و آن این است که شخصی غیر از اصیل یا وکیل، متصدی انشاء ایجاب و قبول شود و تقسیم می‌شود به بیع نسئته و آن این است که مبیع حال باشد و ثمن مدت‌دار. سلم

۱- ماده ۱۱۲۱ ق.م. جنون هر یک از زوجین به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ است.

۲- تدلیس: کتمان عیب با علم به عیب یا وانمودکردن صفت کمال در حالی که آن صفت وجود ندارد. ماده ۴۳۸ ق.م. تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله می‌شود.

عکس آن است زیرا که ثمن حال است و مبیع مدت‌دار و نیز تقسیم می‌شود به بیع صرف و آن بیعی است که اختصاص به طلا و نقره دارد و نیز تقسیم می‌شود به بیع مرابحه و مواضعه و تولیه و مساومه. قسم اول این است که کالا در مقابل سود و ربح معینی فروخته شود. دومی این است که با تخفیف و خسارت معینی فروخته شود و سوم این است که کالا به قیمت خرید یعنی رأس‌المال فروخته شود.

### شرح

بیع در لغت چنان‌که در مصباح آمده، عبارت است از مبادله و معاوضهٔ مال با مال. اما تعریف اصطلاحی عقد بیع: این است که بگوییم عبارت است از ایجاب و قبولی که دلالت بر نقل عین در مقابل عوض معلوم می‌کند.

یا به تعبیر قانون مدنی بگوییم بیع عبارت است از تملیک عین در مقابل عوض معلوم<sup>(۱)</sup> (عین چیزی است که وجود مستقلی دارد؛ یعنی لا فی الموضوع است). اما منفعت مثلاً رکوب وجود مستقلی ندارد؛ بلکه قائم به عین است یعنی فی‌الموضوع است به تعبیر حکما؛ عین گاهی در برابر منفعت به کار برده می‌شود و گاهی در مقابل دین. اگر عین در مقابل دین به کار برده شود منظور عین معین و مشخصی است که در خارج وجود دارد مثل اتومبیل با شماره شهربانی فلان و زمین با پلاک ثبتی فلان و... به چنین عینی، عین خارجی یا شخصی یا جزئی می‌گوییم.

به اعتبار أجل بیع را تقسیم می‌کنیم به:

(۱) بیع نقد: اگر هم مبیع و هم ثمن حال باشند یعنی مدت‌دار نباشند بیع نقد است.

(۲) بیع نسیه: اگر مبیع حال و معجل اما ثمن مدت‌دار باشد بیع نسیه است. مثلاً می‌گوییم این اتومبیل را فروختم در مقابل ۱۰۰ تومان که ظرف یک ماه

۱- ماده ۳۳۸ ق.م.بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم

ثمن پرداخت گردد.

۳) بیع سلم (سلف): سلف عکس نسبه است. یعنی مبیع کلی مؤجل (مدت‌دار) است؛ اما ثمن حال و نقد است. مثلاً می‌گوییم: «به سلم دادم صد تومان برای یک دستگاه اتومبیل پیکان دولوکس تا مدت ۶ ماه.» ثمن باید در مجلس عقد پرداخت گردد. پس در اینجا مبیع مضمون مؤجل یعنی کلی ذمه و مدت‌دار است.

۴) بیع کالی بکالی: اما اگر، هم مبیع کلی مدت‌دار باشد و هم ثمن، به این معامله کالی به کالی گوئیم. تنها از بیع کالی بکالی نهی شده است. ابن اثیر لفظ کالی را به مضمون مؤجل معنا کرده است.

نهی النبی ﷺ عن بیع الکالی بالکالی.

و عقد بیع به اعتبار اعلام قیمت خرید تقسیم می‌شود به بیع:

۱) تولیه: (مسلط کردن به همان قیمت) قیمت خرید را رأس‌المال می‌گوییم. اگر شما بگویید این ساختمان را دو میلیون تومان خریده‌ام و به دو میلیون تومان می‌فروشم نام این بیع تولیه است.

۲) مراحه: اما اگر بگوییم دو میلیون خریده‌ام ۱۰ درصد هم بهره می‌گیرم و دو میلیون و ۲۰۰ هزار تومان می‌فروشم به چنین معامله‌ای مراحه می‌گویند. ۳) مواضعه: مواضعه عکس مراحه است؛ مثلاً می‌گوید دو میلیون خریده‌ام، ۱۰ درصد هم زیر قیمت خرید می‌فروشم. این معامله مواضعه است.

چنانچه بایع در اعلام رأس‌المال دروغ گفته باشد یا اشتباه کرده باشد خریدار می‌تواند معامله را فسخ کند.

۴) مساومه: اما اگر رأس‌المال را اعلام نکند و بگوید این کتاب را مثلاً ۲۰۰ تومان می‌فروشم به چنین بیعی بیع مساومه می‌گویند، که بهتر است معامله به این نحو صورت گیرد زیرا دروغ در آن راه ندارد و صورت ربا هم ندارد.

صرف: اگر طلا در مقابل طلا فروخته شود یا نقره در مقابل نقره یا طلا در مقابل نقره، این بیع صرف است. در بیع صرف قبض و اقباض عوضین باید در



مجلس عقد و قبل از جدا شدن متعاقدين از یکدیگر صورت پذیرد. از آنجا که در گذشته پول از جنس طلا یا نقره بود و ثمن یعنی بهای کالاها را با این سکه‌ها پرداخت می‌کردند؛ لذا بیع صرف را به بیع ائمان به ائمان تعریف می‌کنند؛ لذا در لمعه در تعریف صرف آمده است: «بیع الائمان بمثلها»؛ صرف در لغت یا به معنای «صوت» است چون هنگام شمارش سکه‌ها صدا به گوش می‌خورد یا به معنای تغییر است چون به جای طلا طلای دیگر یا نقره گرفته می‌شود.

### المعاطاة

بیع المعاطاة مبادلة بالآخذ و الاعطاء من الطرفين بقصد التملیک و التملک، مع اجتماع هذه المبادلة لكل ما يشترط فی البيع ما

عدا التلفظ بالایجاب و القبول.

عمدة الاقوال فی المعاطاة اربعة:

الاول: انها تفید الملک اللازم.

الثانی: انها تفید الملک الجائز.

الثالث: انها تفید اباحة نوع خاص من التصرف، و هو الذی لا يتوقف علی الملک.

الرابع: انها تفید الاباحة مطلقاً.

واتفق القائلون بالملک الجائز و الاباحة علی انه مع تلف الثمن و المثلن

تُصبحُ المعاطاةُ لازمةً، تماماً كالبيع المُشْتَأ بالصیغة

### ترجمه: معاطاة

بیع معاطاة عبارت است از مبادله و معاوضه مال با گرفتن و دادن از ناحیه دو طرف به قصد تملیک و تملک،<sup>۱</sup> به شرط آنکه این معامله و مبادله جامع شرایطی باشد که در عقد بیع شرط است به استثنای تکلم و تلفظ به صیغه ایجاب و قبول. مهم‌ترین قول‌ها در معاطاة ۴ قول است: قول اول این است که معاطاة مفید

۱- تملیک: مالک گردانیدن تملک: مالک شدن

ملک لازم است؛ (مانند عقد بیع). دوم مفید ملک جایز است؛ (مانند هبه؛ یعنی تا عین وجود دارد مالک اول حق رجوع دارد). سوم این که معاطاة مفید اباحه مخصوصی است که به موجب آن آخذ می‌تواند در ملک تصرف نماید به شرط آن که آن تصرف منوط بر مالکیت نباشد. (بعضی از تصرفات در شأن مالک است مثل فروش و اجاره، اما بعضی از تصرفات منوط بر مالکیت نیست؛ مثل مطالعة کتاب و نشستن در خانه) چهارم: معاطاة مفید هر نوع جواز تصرفی است. (یعنی حتی آخذ به معاطاة می‌تواند در مال تصرفی کند که آن تصرف منوط بر مالکیت باشد مثل بیع، اجاره، صلح) فقهای که قائل شده‌اند به اینکه معاطاة مفید ملک جایز است یا مفید اباحه است اجماع کرده‌اند بر اینکه اگر ثمن یا مضمن تلف شود معاطاة تبدیل می‌شود به عقد لازم کاملاً مثل بیعی که با لفظ و صیغه انشاء شود.

### شرح

در مبحث قبل اجمالاً معاطاة را توضیح داده‌ایم؛ معاطاة مصدر باب مفاعله است و باب مفاعله برای اشتراک است؛ یعنی هر کس به عوض آنچه که می‌گیرد چیزی را به طرف مقابل می‌دهد. معاطاة جامع تمامی شرایط عقد بیع است. مثلاً طرفین عاقل و بالغ‌اند. مال مورد معامله قابل نقل و انتقال است؛ تنها صیغه مخصوص در آن وجود ندارد؛ یعنی طرفین با فعل اراده خود را انشاء می‌کنند. معاطاة بیع فعلی است. آیا معاطاة مثل بیع لفظی مفید ملک هست؟ یعنی گیرنده (آخذ) مالک مال می‌شود یا خیر؟ فقهای متقدم بر این عقیده بوده‌اند که معاطاة مفید اباحه است؛ یعنی آخذ به معاطات می‌تواند در این مال تصرف کند؛ هر چند مالک نشده است. به این جواز، اباحه مجرد از ملک می‌گوییم. اما بعد از شیخ انصاری بیشتر فقهای ما عقیده دارند که هیچ فرقی بین معاطاة و بیع لفظی وجود ندارد و آخذ مالک مال می‌شود. و این مالکیت لازم و مستقر است؛ یعنی غیرقابل فسخ و ابطال است.

### المعاوضة

إذا بادل سلعة لا بقصد الثمن و المثلن، بل بقصد المعاوضة. فهل تصح هذه المعاملة، أو لا؟ و على افتراض صحتها، فهل تقع بيعاً، أو صلحاً أو معاملة مستقلة برأسها؟ و على افتراض صحتها بيعاً، فايهما البائع و ايهما المشتري؟ أو ان كلاً منهما بائع من جهة، و مشترٍ من جهة و قد تعددت فى ذلك الاحتمالات و الاقوال و مال الشيخ الانصارى الى صحة هذه المعاوضة بيعاً، و ان البائع من اعطى سلعته اولاً، لانه بهذا الاعطاء يكون موجباً، و آخذها يكون مشترياً، لانه بهذا الاخذ يصير قابلاً.

### ترجمه: معاوضه<sup>۱</sup>

اگر کالایی مبادله شود نه به قصد اینکه ثمن یا مثلن باشد؛ بلکه به قصد معاوضه باشد آیا این معامله صحیح است یا خیر؟ و اگر فرض شود که این معامله و مبادله صحیح است آیا به عنوان بیع جاری می شود یا به عنوان صلح یا اینکه معامله ای مستقل است؛ و به فرض اینکه بیع صحیحی باشد کدام یک از متعاضین بایع است و دیگری مشتری؛ یا اینکه بر هر یک از آن دو از جهتى عنوان بایع و از جهت دیگری عنوان مشتری صدق می کند؟

اقوال و عبارت فقها متعدد و مختلف است. شیخ انصاری متمایل به صحت این معامله با اسم عقد بیع شده است و بایع کسی است که کالا را ابتدائاً داده است؛ زیرا با دادن کالا، عنوان موجب بر او صدق می کند و کسی که کالا را می گیرد مشتری محسوب می شود؛ زیرا با گرفتن کالا عنوان قابل بر او صدق می کند.

۱ - گاهی به بیع کالا یا مبادله کالا به کالا مقایسه می گویند.

شرح<sup>۱</sup>

آیا معاوضه بیع است؛ یعنی معامله مستقلی نیست؟ آثار و احکام بیع بر آن جاری می‌شود؟ شیخ انصاری در کتاب مکاسب عقیده دارد که معاوضه معامله مستقلی نیست بلکه همان عقد بیع است. اما قانون مدنی ما معاوضه را معامله مستقلی در مقابل بیع قرار داده است. پس احکام بیع مثل خیار مجلس و حق شفعه بر آن جاری نمی‌شود.<sup>۲</sup> حال اگر مثل شیخ انصاری قائل بشویم که معاوضه بیع است، بایع را چگونه تشخیص دهیم؟ مشتری را چگونه تشخیص دهیم؟ مثلاً در قراردادی عنوان آن را نوشته باشند: «قرارداد معاوضه» یک دستگاه آپارتمان در مقابل یک دستگاه اتومبیل معاوضه گردید: جواب: کسی که ابتدائاً صیغه عقد را انشاء کند یا مال را به دیگری بدهد یا بدون لفظ، آپارتمان را بدهد، به این شخص بایع و به دومی مشتری می‌گوییم. پس احکام بایع را بر کسی که عنوان بایع بر او صدق کند جاری می‌کنیم و احکام مشتری را هم بر کسی که عنوان مشتری بر او صدق کند جاری می‌کنیم؛ ذکر این نکته لازم است که محقق قمی معاوضه را معامله مستقلی می‌داند ولی می‌گوید: «لزوم این معامله هنوز برای من ثابت نشده»؛ یعنی نمی‌توان گفت معاوضه عقد لازمی است.

۱- ماده ۴۶۴ ق.م: معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد.

ماده ۴۶۵ ق.م: در معاوضه احکام خاصه بیع جاری نیست.

۲- حق شفعه: ماده ۸۰۸ ق.م: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.

### شروط العقد

للعقد ركنان، هما الايجاب و القبول، و لهما صور:

۱- ان يكون كل منهما فعلاً

۲- ان يكونا قولاً

۳- ان يكون احدهما قولاً، و الآخر فعلاً، مثل ان يقول زيد لعمر و بعثك هذا بعشرة، فيدفع عمرو العشرة و يأخذ المبيع دون ان يتلفظ بشيء و بديهة ان هذا بمنزلة «قبلت» بل أدل و أوضح.

۴- ان يكونا بالكتابة و الاشارة.

و تقدم الكلام عن الصورة الاولى في الفصل السابق بعنوان المعاطاة، و اما اذا اراد المتعاقدان ان ينشئا الايجاب و القبول باللفظ، لا بالأعطاء و الأخذ، فهل يجب عليهما الانشاء بالفاظ خاصة، او يجوز لهما ان يُنشئا العقد، بكل ما دل على التراضي، و عده الناس عقداً؟ نسب الاول الى المشهور.

### ترجمه: شروط عقد

برای عقد دو رکن وجود دارد که عبارتند از ایجاب و قبول.<sup>۱</sup> که خود دارای چند صورت است:

اول: هر یک از ایجاب و قبول با فعل انشاء شوند.

دوم: هر دو با لفظ انشاء شوند.

سوم: یکی با لفظ و دیگری با فعل انشاء شود مثل آنکه زید به عمرو بگوید این کالا را به ده درهم فروختم. سپس عمرو بدون تکلم ده درهم به زید بدهد و مبیع را بی آنکه به چیزی تکلم نماید بگیرد. بدیهی است این گرفتن به منزله لفظ «قبول کردم» است بلکه این فعل دلالتش بیشتر و واضح تر از لفظ است. چهارم: هم ایجاب و هم قبول با نوشته یا با اشاره انشاء شوند. بحث پیرامون

۱- ماده ۳۳۹ ق.م.پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود.

صورت نخست در فصل قبلی تحت عنوان معاطاة گذشت اما اگر طرفین عقد بخواهند ایجاب و قبول را با لفظ انشاء نمایند نه با داد و ستد، آیا واجب است که عقد را با صیغه‌های مخصوصی انشاء کنند یا جایز است که عقد را با هر لفظی که دلالت بر تراضی کند انشاء نمایند و هرآنچه را که مردم عقد بشمارند ایجاب و قبول را با آن لفظ انشاء کنند؟

قول اول (به کار بردن الفاظ خاص) به مشهور فقها نسبت داده شده است.

### شرح

گفتیم که عقد به مجموع ایجاب و قبول اطلاق می‌شود شرایط خود عقد یکی لفظ است؛ دیگری ماضویت؛ یعنی ماضی بودن صیغه ایجاب و قبول. سوم موالات؛ یعنی ایجاب و قبول بدون فاصله باشند چهارم تطابق؛ یعنی قبول مطابق ایجاب باشد. پنجم تنجیز؛ یعنی تعلیق درست نیست و در بعضی از عقدها مثلاً نکاح عربیت را هم شرط دانسته‌اند یعنی اگر بتوانند باید ایجاب و قبول را به زبان عربی جاری کنند به هر حال گاهی، هم ایجاب و هم قبول، لفظی و قولی است؛ مثلاً با زبان می‌گوید خانه را به ۱۰ میلیون فروختم؛ مشتری هم می‌گوید قبول کردم. این عقد بی‌تردید مفید ملک لازم و مستقر است؛ یعنی بایع یا مشتری حق فسخ ندارند مگر سبب قانونی وجود داشته باشد. گاهی هم لفظ، انشاء نمی‌شود؛ بلکه طرفین اراده خود را با فعل انشاء می‌نمایند، به چنین معامله‌ای معاطاه می‌گوییم. حکم معاطاه را قبلاً بیان کردیم. حال اگر بگوییم ایجاب و قبول باید لفظی باشد؛ آیا باید لفظ مخصوصی به کار گرفته شود؛ مثلاً باید بگوییم بَعْتُ یا می‌توان الفاظ مترادف آن را هم به کار برد؛ مثلاً بگویند تملیک کردم یا واگذار کردم. مشهور فقهای متقدم عقیده داشته‌اند که باید ایجاب و قبول با الفاظ خاصی ابراز و انشاء شوند اما چون ما معاطاة را کافی می‌دانیم بنابراین روی لفظ تعصبی نداریم بلکه با هر لفظی که می‌خواهند می‌توانند اراده خود را ابراز و انشاء کنند به شرط آنکه عرفاً عنوان عقد بر آن صدق کند. (انشاء: ایجاد اراده خود با لفظ یا فعل یا مانند آن است)

### العربیة

هل يتوقف انعقاد العقد باللغة العربية، أو انه ينعقد بها و بغيرها؟  
 قال الشيخ الانصارى فى كتاب المكاسب: «الاقوى صحة العقد  
 بغير العربى» و قال السيد اليزدى و الشيخ النائينى: كل ما يصدق عليه  
 عنوان العقد يصح انشاؤه به، سواء أ كان عربياً، أو عجمياً، فصيحاً، أو ملحوناً،  
 ولو انحصرت العقود باللغة العربية فقط للزم العسر و الحرج، و انسدَّ باب  
 المعاش، و لوجب على كل مسلم غير عربى ان يتعلم صيغ العقود بالعربية، تماماً  
 كما يتعلم الحمد و السورة من اجل الصلاة، مع العلم بان ذلك لم يرد فى  
 خبر ولا اثر.

### ترجمه: شرط عربيت

آيا منعقد شدن عقد منوط به زبان عربى است يا اينكه با زبان عربى غير از  
 عربى منعقد مى شود. جواب: شيخ انصارى در كتاب مكاسب فرموده است: اقوى  
 اين است كه انشاء عقد به زباني غير از عربى صحيح است و سيد محمد كاظم  
 طباطبائي يزدي و شيخ نائيني در حاشيه خود بر مكاسب فرموده اند: هر آنچه كه  
 عنوان عقد بر آن صدق كند انشاء و اجراء عقد با آن چيز صحيح است؛ خواه آن  
 لفظ عربى باشد يا غير عربى؛ خواه با زبان فصيح انشاء گردد يا زبان غير فصيح  
 و يا آن كه در قرائت و اعراب خطا كند يا نكند. اگر صحت انشاء عقود منحصر  
 به زبان عربى مى شد؛ هر آينه عسر و حرج لازم مى آمد و باب زندگى مسدود  
 مى گرديد و بر هر مسلمان غير عرب واجب مى شد كه صيغه عقود را به زبان عربى  
 بياموزد كاملاً همان گونه كه حمد و سوره را به خاطر نماز ياد مى گيرد؛ مضافاً  
 اينكه علم و يقين داريم كه وجوب فراگيرى صيغه عقدها به زبان عربى در هيچ  
 روايت و خبرى وجود ندارد.

## شرح

آیا عربیت در عقد شرط است؟ یعنی آیا لازم است صیغهٔ ایجاب و قبول با زبان عربی انشاء شود؟ جواب: خیر. چون اگر مردم را ملزم کنیم که برای انشاء عقود، زبان عربی را بیاموزند دچار مشقت می‌شوند؛ یعنی دچار عسر و حرج می‌شوند و در اسلام عسر و حرج نفی شده است.

﴿یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر﴾<sup>۱</sup>

## صیغهٔ الماضی

قال کثیرون: یجب ان یکون لفظ العقد بصیغة الماضی، کبعت و قبلت، و لا یکفی ابيع و اقبل، لأن المضارع یحتمل الحال و الاستقبال، اما الامر فهو بالطلب اشبه، و کل ذلك، و ما الیه یتنافی مع الجزم الذی لا بد منه فی العقد، اما الماضی فمتحصص للحال، و صریح فی التحقیق و الثبوت فیتعین. و قال آخرون: ان الصیغة وسیلة للتعبیر عن الرضا و الارادة، و لیست غایة فی نفسها، فکل ما دل علی انشاء العقد بذاته، او بمعونة قرینة یتم به العقد، سواء کان بالجملة الاسمیة، او بالفعلیة، بصیغة الماضی او المضارع.

## ترجمه: ماضویت ایجاب و قبول

صیغهٔ ماضی: بیشتر فقها عقیده دارند که واجب است لفظ عقد با صیغهٔ ماضی انشاء شود مثل اینکه بگوید: «فروختم» و «قبول کردم». کافی نیست اینکه بگوید: «می‌فروشم» یا «قبول می‌کنم» زیرا صیغهٔ مضارع مشترک است بین زمان حاضر و زمان آینده، اما صیغهٔ امر به تقاضا و طلب شبیه‌تر است؛ پس هر یک از این صیغه‌ها و آنچه که به منزلهٔ آن است با جزمی که در عقد ضروری است منافات دارد؛ لکن صیغهٔ ماضی فقط برای زمان حاضر است و صریح در

۱- خداوند راحتی را برای شما می‌خواهد؛ از آنجا که این شک، در وجوب است اصل برائت را جاری می‌کنیم و می‌گوییم چون دلیلی بر وجوب نیست پس عربیت شرط نیست. بقره، ۱۸۵.



تحقق و ثبوت چیزی است، پس این صیغه تعین و ضرورت می‌یابد؛ اما باقی فقها قائل‌اند که صیغه و لفظ وسیله‌ای هستند برای تفسیر و بیان رضای باطنی و اراده، لفظ به خودی خود هدف و غایت نیست پس هرآنچه که ذاتاً دلالت بر انشای عقد نماید یا به کمک قرینه دلالت بر انشاء عقد کند، عقد با آن کامل می‌شود خواه با جمله اسمیه انشاء شود یا با جمله فعلیه و یا با ماضی یا با صیغه مضارع.<sup>۱</sup>

### شرح

آیا ماضویت (صیغه ماضی) در عقود و قراردادها شرط است. بیشتر علما عقیده دارند ماضویت شرط است چون صیغه ماضی صریح در انشاء است. ماضی خبر از تحقق چیزی می‌دهد که از معنای خبری برای انشاء نقل داده شده؛ صیغه مضارع به وعده شبیه‌تر است و صیغه امر نیز به خواهش نزدیک‌تر است مثل این که بگوید: خرید کن؛ در عقود اراده جازم شرط است و تردید و دو دلی به عقد ضرر می‌رساند به همین جهت مشهور فقها تعلیق را مضر می‌دانند؛ می‌گویند عقد باید منجز باشد.

#### تقدیم الإيجاب

ذهب المشهور الى ان الايجاب يجب ان يتقدم على القبول اطلاقاً. و قال آخرون: بل يجوز تأخيره، و تقديم القبول عليه، لأنه في الحقيقة انشاء الرضا بالايجاب، فان تحقق ذلك صح، تقدم او تأخر. و فصل الشيخ الانصاري بين ان يقع القبول بلفظ قبلت و رضيت و نحوه فلا يصح، لأنه غير متعارف من العقد، و بين ان يقع القبول بلفظ اشترت و ابتعت، و ما اليه فيصح، لأنه يدل على انشاء المعاوضة، و الرضا بتملك الثمن بدلاً عن الثمن.

۱- ماده ۳۴۰ ق.م. در ايجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد.

### ترجمه: تقدیم ایجاب بر قبول

مشهور فقها بر این رفته‌اند که مطلقاً واجب است که ایجاب قبل از قبول انشاء گردد، اما عده دیگری قائل شده‌اند که تأخیر ایجاب و تقدیم قبول بر آن جایز و صحیح است. زیرا قبول در واقع عبارت است از انشای رضا به ایجاب چنانچه رضای به ایجاب حاصل شود عقد صحیح است؛ خواه رضای به ایجاب؛ قبل از انشاء صیغه ایجاب محقق گردد یا بعد از آن. شیخ انصاری در مکاسب قائل به فرق و تفصیل شده، بین اینکه اگر صیغه قبول با لفظ «قبلت» انشاء شود و یا با لفظ «رضیت» و مانند آن، تقدیم قبول صحیح نیست؛ زیرا در عقود این امر مرسوم و متعارف نیست و بین اینکه صیغه قبول با لفظ «اشتریت» و «ابتعت» و مانند آن انشاء گردد که در این صورت تقدیم قبول بر ایجاب صحیح است؛ زیرا دلالت بر انشای معاوضه و رضای مشتری به تملیک ثمن در مقابل مبیع می‌کند.

### شرح

ایجاب لغتاً یعنی واجب و لازم گردانیدن است. اصطلاحاً به صیغه‌ای گفته می‌شود که دلالت بر نقل معوض می‌کند؛ اما قبول عبارت است از رضای به ایجاب. حال آیا رعایت ترتیب بین ایجاب و قبول ضروری است؟ برخی عقیده دارند رعایت ترتیب ضروری است؛ زیرا حقیقت قبول، رضای به ایجاب است. پس باید اول ایجاب باشد تا کسی آن را قبول کند و به آن رضایت دهد. اما برخی مثل شهید اول در لمعه عقیده دارد که به دو دلیل رعایت ترتیب شرط نیست: اصالة الصحة<sup>۱</sup> یعنی اصل صحت عقد است هر چند قبول مقدم بر ایجاب باشد.

(۲) اصل تساوی: همان‌گونه که بایع مبیع را تملیک می‌کند مشتری هم ثمن را به بایع تملیک می‌کند. چه فرقی است که ابتدا بایع مبیع را تملیک کند یا مشتری ثمن را؛ اما شیخ انصاری قائل به فرق شده و گفته است اگر صیغه قبول

۱- ماده ۲۲۳ ق.م: هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود.

با لفظی مثل «راضی شدم» یا با لفظ «قبول کردم» انشاء شود، در این قبیل موارد ترتیب ضروری است؛ چون معلوم نیست چه چیزی را قبول کردیم؟ اما اگر قبول با لفظ «خریدم» (اشتریتُ) انشاء شود یا بگوید: ابتعتُ؛ سپس با بیع بگوید: فروختم؛ در این قبیل موارد رعایت ترتیب ضروری نیست چون دلالت الفاظ بر معانی و اراده طرفین واضح و روشن است.

### الموالاة

اتفقوا على ان العقود الجائزة كالعارية و الوديعة و الوكالة لا تشترط فيها الموالاة بين الايجاب و القبول، و ان الفاصل الطويل بينهما لا يمنع من الصحة و اختلفوا في العقود اللازمة، كالبيع، و ما اليه، فذهب بعض على ان الموالاة شرط و قال اخرون: انها ليست بشرط، و ان الواجب ان تبقى ارادة الموجب قائمة الى حين القبول، فالعبرة ببقاء الايجاب، و عدم رجوع الموجب عنه قبل القبول، اما الفاصل فوجوده و عدمه سواء.

### ترجمه: موالات

فقها اجماع کرده‌اند که در عقدهای جایز مثل عاریه و ودیعه و وکالت، موالات بین ایجاب و قبول شرط نیست و اینکه فاصله طولانی بین ایجاب و قبول مانع صحت عقد نخواهد بود اما در عقدهای لازم مثل بیع و مانند آن اختلاف کرده‌اند. بعضی از فقها بر این رفته‌اند که موالات شرط است و بعضی دیگر قائل شده‌اند به اینکه موالات شرط نیست تنها واجب است که اراده موجب تا هنگام انشاء صیغه قبول به قوت خود باقی باشد. پس آنچه که معتبر است بقای ایجاب است و معتبر است که موجب از اراده خود قبل از انشاء قبولی رجوع نکند، فاصله طولانی وجود و عدمش یکسان است.

## شرح

آیا موالات در عقود شرط است یا خیر؟ موالات یعنی پیاپی بودن و پشت سرهم بودن. در عقدهای جایز مثل وکالت و عاریه، موالات شرط نیست؛ مثلاً موکل یک سال پیش وکالت نامه را امضاء نموده و پس از یک سال وکیل وکالت را قبول می‌کند. این فاصله طولانی ضرری به صحت عقد وکالت ندارد. پس موالات در عقود جایزه شرط نیست. اما آیا در عقود لازمه مثل ازدواج و اجاره و بیع و صلح، موالات شرط است؟<sup>۱</sup> مثلاً اگر یک ساعت پیش زوجه صیغه ایجاب نکاح را انشاء کرده، زوج پس از یک ساعت بگوید قبول کردم یا در عقد بیع بایع یک ساعت پیش صیغه بیع را انشاء کرده و مشتری پس از یک ساعت آن را قبول کند آیا چون بین ایجاب و قبول فاصله افتاده است عقد باطل است؟ مشهور فقها موالات را شرط می‌دانند؛ یعنی عقیده دارند که بین صیغه ایجاب و قبول نباید فاصله طولانی بیفتد اما بعضی از فقهای ما مثل مرحوم آیت‌الله حکیم عقیده دارند که موالات شرط نیست؛ بلکه اراده و رضای باطنی مهم است؛ به شرط آنکه طرفین عقد تا اتمام عقد بر اهلیت و رضای خود باقی بمانند؛ مثلاً اگر بایع صیغه ایجاب را انشاء کند لکن مشتری قبل از انشاء صیغه قبول دیوانه شود یا فوت کند یا بایع از ایجاب عدول کند عقد باطل است. پس این نکته مهم است که تا اتمام عقد، متعاقبین باید اهلیت خود را حفظ کنند و بر اراده خود باقی بمانند.

۱- م ۱۰۶۵ ق.م: توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است.

### بقای المجلس

بقاء المجلس او انفضاضه ليس له ادنى تأثير بالنسبة الي  
الايجاب و القبول و انعقاد العقد و بكلمة ان العبرة باتحاد  
شطرى العقد، بحيث لا ينعدم احدهما عند وجود الآخر، و هذا لا يرتبط باتحاد  
المجلس، اذ يمكن التفاهم و التخاطب و عدم التراخي بينهما مع تعدد  
المجلس، كما يمكن ذلك مع اتحاده.

### ترجمه: بقای مجلس عقد

باقی بودن مجلس عقد یا ترک مجلس عقد کوچک ترین تأثیری نسبت به  
ایجاب و قبول و انعقاد عقد ندارد. به طور کلی آنچه که معتبر است این است که  
دو جزء عقد موافق و مطابق یکدیگر باشند به نحوی که یکی از این دو جزء در  
صورت تحقق جزء دیگر از بین نرود و این مطلب هیچ ارتباطی با واحد بودن  
مجلس عقد ندارد؛ زیرا ممکن است طرفین با وجود تعدد مجلس، اراده خود را  
به یکدیگر تفهیم و با هم گفتگو کنند و بین ایجاب و قبول فاصله حاصل نشود  
همانگونه که این تفاهم در صورت واحد بودن مجلس عقد نیز ممکن است.

### شرح

آیا لازم است متعاقدين هنگام اجرای عقد در یک مجلس باشند؟ جواب:  
خیر؛ زیرا دو جزء عقد ایجاب و قبولند، فقط تا هنگام الحاق قبولى باید موجب  
بر ایجاب خود باقی بماند.

## التعليق

ذهب المشهور الى ان التعليق باطل، حيث يشترط ان يكون المتعاقدان على يقين من ترتب الاثر على العقد و التعليق مناف للجزم و اليقين. و قال جماعة من الفقهاء بل يصح التعليق اطلاقاً، سواء أ كان الشرط المعلق عليه معلوم الحدوث في المستقبل، كبعثتك اياه ان جاء رأس الشهر، او مشكوك الحدوث، كبعثتك ان قدم زيد من سفره.

## ترجمه: تعليق

مشهور فقها بر این رفته‌اند که تعليق باطل است؛<sup>۱</sup> زیرا شرط است که طرفین عقد در حاصل شدن اثر عقد، جزم و يقين داشته باشند و تعليق با جزم و يقين منافات دارد. اما عده‌ای از فقها قائل شده‌اند که تعليق عقد مطلقاً صحيح است خواه شرطی که عقد معلق بر آن شده است وقوعش در آینده مسلم باشد؛ مثل اینکه بگويد اين کالا را فروختم اگر اول ماه فرا رسد؛ خواه شرطی که عقد معلق بر آن شده است محتمل الوقوع باشد؛ مثل اینکه بگويد اين کالا را به تو فروختم اگر زيد از مسافرت بيايد.

## شرح

اگر عقدی ذاتاً مقتضی تعليق نباشد مثل عقد بيع، ازدواج و غيره... حال آیا این عقود را می‌توانیم معلق نماییم یعنی آیا می‌توانیم تأثیر عقد را منوط بر تحقق چیزی کنیم؛ مثلاً بگوئیم این خانه را فروختم اگر زيد از سفر بيايد؟ در این مثال تحقق اثر عقد؛ یعنی نقل و انتقال را معلق کرده‌ایم به آمدن زيد از مسافرت. آیا این تعليق درست است یا خیر؟ مشهور فقهای ما عقیده دارند که تعليق صحيح نیست چون در عقدها جزم و اراده قطعی لازم است و تعليق

۱- م ۷۶۹ ق.م: تعليق در ضمان ... باطل است.....

م ۱۱۳۵ م طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.

م ۱۰۶۸ ق.م: تعليق در عقد موجب بطلان است.

با جزم سازگار نیست؛ اما بعضی از فقها تمایل دارند صحتِ عقدِ معلق را قبول کنند. به شرطی که اثر عقد بر آن معلق می‌شود معلق‌علیه می‌گویند. گاهی معلق‌علیه محتمل‌الوقوع است؛ مثل آمدن زید از مسافرت؛ گاهی هم معلق‌علیه حتمی‌الوقوع است؛ مثل طلوع آفتاب و آمدن فصل تابستان و مانند آن. پس اگر تعلیق را کلاً باطل بدانیم فرقی نیست که شرط محتمل‌الوقوع باشد یا حتمی‌الوقوع. گاهی هم طرفین، تأثیر عقد را معلق می‌کنند بر شرط صحت؛ مثلاً یکی از شرایط صحت عقد بیع این است که بایع مالک مبیع باشد. حال اگر بایع بگوید این کتاب را فروختم اگر ملک من باشد آیا تعلیق بر شرط صحت هم فاسد است؟ برخی از فقها عقیده دارند فقط تعلیق بر شرط صحت صحیح است.<sup>۱</sup> و تعلیق بر شرطی هم که می‌داند آن شرط محقق شده صحیح است در سایر موارد تعلیق باطل است.

### التوافق بین الإيجاب و القبول

لا يتم العقد الا بتوارد الإيجاب و

القبول علی شیء واحد، لان اختلاف

القبول و مغایرته للإيجاب يعتبر رفضاً له قال الشيخ الانصاری «لو اختلف

الإيجاب و القبول فی المضمون، فوجب البائع البيع علی وجه، و قبل

المشتري علی وجه آخر لم ینعقد، لان الرضا یجب ان یتعلق بنفس الإيجاب...

و مثال عدم التوافق ان یقول البایع بعثک هذا بمائة، فیقول المشتري: اشتريت

بعشرة، او یقول: اشتريت نصفه بخمسين، و نحو ذلك».

### ترجمه: توافق و تطابق میان ایجاب و قبول

عقد جاری نمی‌گردد مگر آنکه ایجاب و قبول بر یک چیز وارد شود؛ زیرا

۱- م ۷۰۰ ق.م: تعلیق ضمان به شرط صحت آن، مثل این که ضامن من قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمی‌شود.

اختلاف قبول و تغایر آن با ایجاب به منزله ترک و رها نمودن ایجاب است. شیخ انصاری فرموده: اگر ایجاب و قبول در مفهوم و مضمون با یکدیگر تفاوت داشته باشند؛ بایع بیع را به یک نحو انشاء و مشتری به نحو دیگری آن را قبول کند عقد بیع منعقد نمی‌گردد؛ زیرا لازم است که رضا به ایجاب تعلق گیرد و مثال برای عدم توافق و تطابق بین ایجاب و قبول این است که بایع بگوید این کالا را به ۱۰۰ درهم فروختم؛ سپس مشتری بگوید به ده درهم خریدم یا بگوید نصف این کالا را به ۵۰ درهم خریدم و مانند آن.

### شرح

قطعاً بین ایجاب و قبول باید مطابقت باشد؛ یعنی محل ورود ایجاب و قبول یک چیز باشد و به اصطلاح توارد یا تطابق وجود داشته باشد.<sup>۱</sup> مثلاً بگوید خانه‌ام را به ده تومان فروختم چون قبول رضای به ایجاب است، مشتری باید همین ایجاب را بپذیرد نه اینکه بگوید اتومبیل را به ۱۰ تومان خریدم. در این مثال متعلق ایجاب خانه است و متعلق قبول اتومبیل؛ پس عقد باطل می‌شود.

#### فقه الاهلیة قبل تمام العقد

كما يعتبر الإيجاب إلى حين القبول،  
و توافقهما على شيء واحد كذلك

يشترط ان يبقى كل من المتعاقدين على صفات الاهلية إلى تمام العقد، فاذا  
خرج احدهما عن الاهلية قبل الاتمام لم ينعقد، قال الشيخ الانصاري: «من  
جملة الشروط في العقد ان يقع كل من ايجابه و قبوله في حال يجوز لكل  
واحد من المتعاقدين الانشاء، فلو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير اهل  
للقبول، او خرج البائع حال القبول عن اهلية الايجاب لم ينعقد».

۱- ماده ۱۹۴ ق.م: الفاظ و اشارات و اعمال ديگر که متعاملين به وسيله آن انشاء معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف ديگر قصد انشاء او را داشته است والا معامله باطل خواهد بود.



### ترجمه: فقدان اهلیت قبل از اتمام عقد

همان‌گونه که شرط است، ایجاب تا هنگام قبولی به‌قوت خود باقی باشد و نیز همان‌گونه که شرط است بین ایجاب و قبول تطابق وجود داشته باشد و طرفین بر یک چیز توافق کنند همین‌طور شرط است که هر یک از متعاقدين بر صفات اهلیت (عقل، بلوغ، رشد) تا اتمام عقد باقی بمانند؛ بنابراین اگر یکی از متعاقدين قبل از تکمیل عقد از اهلیت خود خارج گردد، عقد منعقد نمی‌شود.

شیخ انصاری فرموده است: یکی از شرایط عقد این است که هر یک از ایجاب و قبول باید در حالتی انشاء شود که انشای عقد برای هر یک از متعاقدين جایز باشد، بنابراین اگر مشتری در حالی که بایع صیغه ایجاب را انشاء می‌کند اهلیت قبول را نداشته باشد یا به عکس، هنگامی که مشتری صیغه قبول را انشاء می‌کند، بایع از اهلیت انشای عقد و ایجاب خارج گردد عقد جاری نمی‌شود.

### شرح

قبلاً گفتیم همان‌گونه که اهلیت در متعاقدين ابتدائاً شرط است استمرار اهلیت نیز در عقدهای لازم تا تکمیل ایجاب و قبول لازم و ضروری است. پس اگر بایع صیغه ایجاب را انشاء کند در حالی که عاقل و بالغ و رشید است اما هنگامی که مشتری صیغه قبول را انشاء می‌کند بایع فوت کند یا مجنون یا پشیمان شود عقد باطل خواهد شد؛ اما اگر عقد تکمیل شد سپس یکی از متعاقدين فوت کند یا محجور شود، عقد لازم بر صحت خود باقی خواهد ماند. ولی در عقدهای جایز همان‌گونه که در ابتدا اهلیت شرط است استمرار اهلیت در تمامی زمانها شرط است، چون این عقود عقدهای اذنی هستند. هر وقت اذن از بین رود عقد هم از بین خواهد رفت. پس اگر وکیل دیوانه شود و یا موکل دیوانه شود عقد وکالت باطل می‌گردد.

## الإشارة و الكتابة

ذهب المشهور الى ان صيغة العقد لا يصح انشاؤها  
بالاشارة و الكتابة الا مع العجز عن النطق.

## ترجمه: اشاره و کتابت

مشهور فقها بر این رفته‌اند که انشاء صیغه عقد با اشاره یا نوشته صحیح نیست؛ مگر در صورت عجز از تکلم.

## شرح

فقهائی که فقط انشای لفظی را قبول دارند؛ معهداً عقیده دارند که در صورت عجز از تکلم مثلاً لال بودن یا بیماری، طرفین عقد می‌توانند با نوشته یا با اشاره اراده خود را ابراز کنند. به اصطلاح شهید اول، سبب فعلی؛ یعنی نوشته یا اشاره؛ وقتی قائم مقام سبب قولی؛ یعنی لفظ و تکلم می‌شود که طرفین عاجز از تکلم باشند؛ اما چون ما معاطاة را پذیرفته‌ایم چه عاجز از تکلم باشند یا نباشند می‌توانند با نوشته یا اشاره اراده خود را ابراز نمایند.<sup>۱</sup>

## المقبوض بالعمد الفاسد

إذا تباعا و تقابضا بالعقد الفاسد بقى على

ملك مالكة الاول، و لا ينفذ شيء من

تصرفات الثانی فيه اطلاقاً، كما لو يكن هناك عقد من الأساس، لقاعدة ما

يُضْمَنُ بصحيحه يُضْمَنُ بفاسده.

إذا كان للعین المقبوضة بالعقد الفاسد منافع استوفاهها القابض فعليه ضمانها

عند المشهور، تماماً كالعين، لانها تَبِعُ لها، و تشملها جميع الادلة المتقدمة

فی ضمان العين.

۱- ماده ۱۹۲ ق.م: در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد؛ اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.

### ترجمه: مقبوض به عقد فاسد

اگر طرفین عقد بیع را جاری کنند در حالی که فاسد است و با این عقد فاسد عوضین را قبض و اقباض کنند هر مالی بر مالکیت مالک اول باقی می‌ماند و هیچ یک از تصرفات مالک دوم به‌هیچ‌وجه صحیح نیست؛ مثل اینکه اساساً عقدی در این حالت منعقد نشده است به‌خاطر قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» چنانچه برای عینی که با عقد فاسد قبض شده منافعی باشد که قابض از این منافع استفاده کرده ضمان این منافع کاملاً مثل ضمان عین برعهده قابض و گیرنده است، زیرا که منفعت تابع عین است و تمامی ادله‌ای که دلالت بر ضمان عین می‌کند شامل ضمان منفعت نیز می‌شود.

### شرح

اگر عقدی قابل ترتیب اثر باشد به آن عقد، عقد صحیح می‌گوییم؛ اما اگر عقدی فاسد باشد یعنی قابل ترتیب اثر نباشد اثری در تملیک و تملک ندارد.<sup>۱</sup> حال اگر کسی به عقد فاسدی مالی را قبض کند که صحیح آن عقد ضمان آور باشد این قبض به‌منزله غصب است یعنی غاصب، هم ضامن عین است و هم ضامن منافع عین.<sup>۲</sup> اگر سارقی اتومبیلی را بدزدد، هم ضامن اتومبیل است و هم ضامن منفعت اتومبیل؛ یعنی باید اجرت سواری این اتومبیل را به مالک رد کند. پس قبض به عقد فاسد از فروعات قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و عکس آن است اما توضیح این عبارت: «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان مورد عقد باشد فاسدش هم موجب ضمان مورد عقد است.

مثال: اگر عقد بیعی صحیحاً واقع شد؛ مثلاً شما اتومبیل خود را فروختید، اما قبل از آنکه اتومبیل را به مشتری تحویل دهید اتومبیل تلف شود چون شما

۱- ماده ۲۶۵ ق.م. بیع فاسد اثری در تملک ندارد.

۲- ماده ۲۶۶ ق.م. هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

قبل از قبض ضامن درک مبیع هستید یعنی مسئول تلف هستید باید همان پولی را که از مشتری گرفته‌اید یعنی ثمن المسمی را به او رد کنید یا اگر پولی نگرفته‌اید دیگر ثمن را از او مطالبه نکنید.

این حالت را ضمان درک مبیع در عقد صحیح<sup>۱</sup> می‌گوییم. بعد از قبض و اقباض، ضمان درک به مشتری منتقل می‌شود؛ یعنی اگر بعد از قبض، اتومبیل تلف شود از کیسه مشتری رفته است یعنی مشتری حق ندارد ثمن را از بایع مطالبه کند یا اگر ثمن را نپرداخته است باید ثمن را پرداخت نماید. در این حالت ضمان درک به مشتری منتقل شده است.<sup>۲</sup> در عقد صحیح ضمان، ضمان مسمی؛ (یعنی همان چیزی که در عقد اسم برده‌اند و بر آن توافق کرده‌اند باید رد شود نه چیز دیگری) اما در عقد فاسد ضمان قهری است یعنی ضامن باید عین را در صورت بقا و در صورت تلف مثل آن را چنانچه، مال مثلی باشد به طرف مقابل رد کند. و اگر قیمی باشد باید قیمت آن را پرداخت نماید. مثلاً: فرض کنید که شما به عقد فاسدی ۱۰ تن برنج خریده‌اید از قرار هر تن ۱۰ هزار تومان و برنج هم مصرف شده است. بایع ادعا می‌کند چون عقد بیع فاسد بوده پول را بگیرد و برنج را پس بدهید چون برنج مثلی است و در بازار مثل آن فراوان است، مشتری باید ۱۰ تن برنج بدهد و ثمن را پس بگیرد. مثال بعدی: فرض کنید کسی برای مسابقه اسب‌دوانی اسبی خریده است به مبلغ ۲ میلیون تومان و اسب بی‌جهت تلف بشود. پس از قبض و اقباض، فروشنده مدعی فساد معامله شود و بتواند فساد معامله را اثبات کند. چون اسب قیمی است یعنی شبیه این اسب در بازار نادر است مشتری باید قیمت این اسب را به فروشنده بدهد؛ مثلاً اگر قیمت آن اکنون ۳ میلیون تومان است و او قبلاً دو میلیون داده باشد ۱ میلیون دیگر هم

۱- بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م.ع: عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد.

۲- ماده ۳۸۷: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود. ماده ۳۸۸ ق.م.ع: اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ کند.

باید پرداخت نماید. پس در عقد فاسد ضمان قهری است یعنی ضمان، ضمان واقعی است؛ یعنی باید مثل یا قیمت پرداخته شود. خلاصه اینکه همان‌گونه که در عقد صحیح بایع قبل از تسلیم مبیع و قبل از انقضای خیار مختص به مشتری، ضامن درک مبیع است و مشتری هم بعد از قبض ضامن درک مبیع است در عقد فاسد هم همین ضمان وجود دارد؛ منتها در عقد صحیح ضمان، ضمان مسمی است؛ ولی در عقد فاسد ضمان، ضمان قهری است.

### شروط المتعاقدين

شروط المتعاقدين: الاهلية، و العقل، و البلوغ، و القصد، و الاختيار، و السلطة على المعقود عليه، [بان لا يكونا محجورين] لسفه او فلس، او مرض موت، و نقل الى تفصيل بعد هذا الاجمال:

### ترجمه: شروط متعاقدين

در متعاقدين: اهلیت، عقل، بلوغ، اراده، اختیار، و سلطنت بر چیزی که عقد بر آن جاری می‌گردد شرط است و اینکه به‌خاطر سَفَه و فلس و مرض مرگ، محجور و ممنوع از تصرف نباشند بعد از این اجمال به تفصیل این بحث را مطرح می‌کنیم.

### شرح

متعاقدين باید از حیث عقل و بلوغ اهلیت داشته باشند و محجور نباشند سبب حجر شش چیز است: ۱. صغر ۲. جنون ۳. سفه (یعنی ملکه افساد مال؛ سفیه عادت حفظ مال را ندارد) ۴. مرض متصل به مرگ، مریض: اگر بیماری او صعب‌العلاج است حق ندارد در اموال خود مجاناً تصرف کند مگر تا ثلث؛ فروختن به ثمن المثل اشکالی ندارد. ۵. فلس: ورشکستگی: اگر کسی دیونش

بیش از اموالش باشد به او مُفَلَّس می‌گوییم به شرط اینکه قاضی حکم حجر او را به این خاطر صادر کرده باشد. (۶) رقیب (بندگی)

### اقسام الاهلیة

قَسَمَ بعض الفقهاء الاهلية الى اهلية الوجوب و اهلية الاداء، و ارادوا بالاولى صلاحية الانسان للتمتع بالحقوق التي جعلها الشارع له و عليه، دون حق استعمالها، و التصرف فيها، و ارادوا بالثانية صلاحيته لاستعمال ما له من حق، و نفاذ تصرفه فيه.

### ترجمه: اقسام اهلیت

فقه‌ها اهلیت را به اهلیت وجوب و اهلیت ادا تقسیم نموده‌اند. منظورشان از اهلیت وجوب یا تمتع این است که انسان صلاحیت تمتع و استفاده از حقوقی را که شارع به نفع و یا علیه او قرار داده است دارد بی‌آنکه بتواند مستقلاً این حقوق را به مورد اجرا بگذارد و در آنها تصرف بنماید و منظورشان از اهلیت ادا عبارت است از صلاحیت و شایستگی انسان برای استعمال و اجرا و استیفای حقوقش. و مرادشان نفوذ و صحت تصرف انسان در حقش است.

### شرح

فقه‌های ما اهلیت را به دو قسم تقسیم می‌کنند.

۱. اهلیت تمتع یا استحقاق یا اکتساب

۲. اهلیت اجرا یا تنفیذ یا استیفا.

منظور از اهلیت تمتع این است که انسان می‌تواند از حقوق مدنی برخوردار گردد و تکالیفی را هم به‌عهده بگیرد، اما منظور از اهلیت اجرا یا استیفا این است که شخص بتواند مستقلاً حقوق خود را اجرا کند. مثلاً اگر حق ازدواج دارد شخصاً یا با گرفتن وکیل عقد را اجرا نماید.

### موارد الاهلیة

و نوجز نحن الکلام عن الاهلیة، كما ارادها الفقهاء من اقوالهم العديدة.

۱- الجنین، فانه اهل لما یوصی له به، و یوقف علیه، كما یجب ان یحجز له من ترکه ابیه اکبر نصیب علی ان لا ینفذ شیء من ذلك الا بعد انفصاله حیاً، و هذا الحق یشبث لابن آدم بما هو حیٌ و لو کان جنیناً فی بطن امه.

### ترجمه: موارد اهلیت

ما بحث پیرامون اهلیت را چنان که فقها خواسته‌اند و از عبارات متعدد آنان ظاهر می‌گردد به شرح ذیل مختصراً بیان می‌کنیم:

۱. جنین اهلیت تملک آنچه را که به نفعش وصیت یا بر او وقف می‌شود دارد همان‌گونه که واجب است از ترکه پدرش بالاترین سهم برای او کنار گذاشته شود مشروط بر آنکه زنده متولد شود. تمتع از این حق برای آدمیزاد از این حیث که زنده است ثابت است هر چند به صورت جنین در شکم مادرش باشد.<sup>۱</sup>

### شرح

نویسنده این متن با توجه به مراحل زندگی و با توجه به اقوال فقها اهلیت را به چند دوره تقسیم می‌نماید:

۱. مرحله جنینی: جنین فقط از بعضی از حقوق متمتع می‌گردد مثل وقف بنابر نظر مصنف و الا به اعتقاد علامه در تذکره وقف بر حمل درست نیست زیرا یقین به حیات او وجود ندارد و قیاس وقف را با وصیت درست نمی‌داند زیرا وقف تسلیط در زمان حال می‌باشد؛ اما وصیت به آینده تعلق گرفته است؛ وصیت،<sup>۲</sup> و ارث<sup>۳</sup>؛ اگر یقین داشته باشیم که نطفه در رحم استقرار یافته است

۱- ماده ۹۵۷ ق.م: حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود.

۲- ماده ۸۵۱ ق.م: وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود.

۳- ماده ۸۷۵ ق.م: شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد.

می‌توانیم چیزی را به نفع جنین وصیت نماییم و نیز اگر مورث جنین مثلاً پدرش فوت کند، در این صورت ارث می‌برد و چون نمی‌دانیم جنین جنسش پسر است یا دختر، گفته‌اند سهم دو پسر برای او کنار گذاشته شود که اگر دو قلو بود و پسر، حقتش تزییع نشود؛ منتها تمتع از این حقوق منوط است بر اینکه جنین زنده متولد شود؛ زیرا پیامبر (ص) فرمود:

«السقط لا يرث» جنینی که سقط شده ارث نمی‌برد، یا در روایت دیگر آمده است: «المنفوس لا يرث حتی یستهلّ» یعنی نوزاد ارث نمی‌برد تا گریه کند. استهلال (گریه کردن) کنایه از زنده متولد شدن است. همان‌طور که گفتیم بعضی از علما وقف بر جنین را درست نمی‌دانند زیرا در وقف، تنجیز شرط است؛ به خلاف وصیت که معلق بر مرگ است.

### اهلیة الصغیر

۲- و بمجرد انفصاله حياً، و قبل ان يبلغ دور التمييز

يصير اهلاً لتحمل الديون، و يضمن الصبي و المجنون

ما يحدثانه من اتلاف او عيب في مال الغير و على الولي السداد من مالهما ان وجد، و الا انتظر صاحب الحق قدرة القاصر على الوفاء.

و ايضاً يملك الصبي ما يشتري و يوهب له، و تصح الشركة معه و الصلح

عنه، و البيع و الشراء و الزواج له، و ما الى ذلك من العقود التي يجريها

الولي لحسابه على الاصول الشرعية. و هذا الحق يثبت للانسان بما هو حي.

اما اقوال غير المميز و افعاله فهباء لا اثر لها اطلاقاً، حتى ولو تمحضت

لمنفعته.

### ترجمه: اهلیت صغیر

۲. به مجرد اینکه جنین زنده متولد شد و قبل از آنکه به مرحله تمییز برسد اهلیت تحمل دیون را دارد و صغیر و دیوانه ضامن اتلاف مال یا ضامن عیبی