

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بسم الله الرحمن الرحیم و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا رسول الله و آله الطیبین الطاهرین

المعصومین و اللعنة الدائمة علی اعدائهم اجمعین

اللهم وفقنا و جمیع المجتهدین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

عرض شد در بحث معاطات همین طور که مرحوم شیخ رضوان الله تعالی علیه متعرض شدند اولش در تصویر معنای معاطات بود، مرحوم شیخ تصویر را این جوری کردند که اعطا باشد، فعل خارجی از طرفین باشد، هر کدام مثلا یکی پول می دهد و یکی هم نان، از طرفین با تعاطی و با اعطا و با این اعطای خارجی به اصطلاح ملک حاصل بشود یعنی بیع بشود، فقط ایشان بحث فرمودند که آیا مورد کلام حضرات علما سنتا و شیعتا در آن اعطایی است، در آن معاطاتی است که قصد اباحه شده یا قصد تملیک شده. عرض کردیم تاریخ بحث را متعرض شدیم یعنی به خلاف یعنی راهی را که مرحوم شیخ، البته عبارتی را هم که شیخ آوردند خواندم لکن ما از راه تاریخ بحث وارد شدیم نه از راه مسئله و عرض کردیم که در عبارات قدمای اصحاب ما این بود که معاطات تفید الاباحه و نقل هم شده بود از عبارات اهل سنت که نه هر چه که در عرف بیع باشد آن به حساب بیع است ولو به لفظ هم نباشد و احتمالات دیگری که یک مقداریش را خواندیم. راجع به خصوص کلمات اهل سنت هنوز یک مقدار بحث دارد، فعلا چون در این جا کلمه عدّه العرف بیعاً، بعضی ها دارند ما عدّه العرف و بعضی ها ما یعتقده العرف دارند، حالا یک مقدار هم روی این بحث خارجی بکنیم تا برگردیم باز دو مرتبه به تتمیم کلمات اهل سنت.

عرض کردم به طور متعارف بنایشان به این است که فعلی که در مورد به قول خودشان مجردات یا در مورد حق سبحانه و تعالی یا حتی در موارد احکام اخلاقی یا احکام قانونی اگر فعلی به کار برده می شود منسلخ از زمان است یعنی در آن مفهوم زمان نیست، کان الله نه این که بود و حالا نیست، نه، منسلخ از زمان است و در این جا چون بعضی هایشان دارند که ما عدّه العرف بیعاً، بعضی هایشان هم ما یعتقده الناس، ظاهرا زمان در آن مدخل نباشد، ظاهرا به طور طبیعی، لکن در خصوص این عبارت ممکن است زمان را دخیل بدانیم، عرض کردم فعلا ممکن است می گوییم، کسانی که گفتند ما عدّه یعنی نه این که در زمان پیغمبر بیع می گفتند، کسانی که

گفتند ما معتقدہ یعنی الی یوم القیامۃ، معتقد را کہ بہ صورت فعل مضارع آوردند شاید مراد این باشد کہ تا روز قیامت ہر چیزی را کہ مردم آن را بیع می دانند این آثار بیع را دارد، فعلا من چیزی نسبت نمی دہم، فقط من بیان احتمال را کردم، خود شما ہم فکر بکنید چون بعضی ہایشان دارد ما عدہ الناس بیعا، بعضی ہایشان ما معتقدہ الناس، عادتاً در مواد قانونی فعل منسلخ از زمان است، عادتاً دیگر، نہ ماضیش حساب می شود نہ مضارعش، در نسبت بہ فرشتگان و مجردات، احکام اخلاقی از زمان منسلخ است بہ طور طبیعی لکن احتمال می دہم کہ در این جا نقطہ زمان را در نظر گرفته باشد، آن وقت این از نظر قانونی خیلی فرق می کند در فقہی کہ اثر گذار است: یک بگوییم چیز ہایی کہ تا زمان پیغمبر بیع بود آن ہا بیع اند، آن ہا نافذ اند، دو بگوییم تا روز قیامت، ہمین زمان ما انواع مختلف، اشکال مختلف بیع و خرید و فروش واقع می شود، چیز ہای عجیب، بیع ملکیت، حق معنوی، بیع معنوی، حقوق معنوی، این ہا مثل حق نشر و این ہا، می نویسند حقوق نشر محفوظ است، تمام این ہا را بگوییم بیع است، آنی کہ گفتہ ما معتقدہ ناظر بہ این باشد، خوب دقت بکنید! آن وقت الان آن چہ را کہ مردم بیع می دانند بگوییم شارع امضا کردہ، فی ما بعد ہم بیع ہای جدید بیاید مثل بیع ہای دیجیتالی و کامپیوتری و واتساپ و با رمز و با ہمہ این انواع بیع را قبول بکنیم، این ما معتقدہ

پرسش: امضای شارع را چگونه احراز بکنیم؟

پاسخ پرسش: چون شارع گفت بیع را مقید بہ چیزی نکرد، امضا و احرازش ہم این طور است

پرسش: البتہ خطوط قرمز ہم رعایت بشود مثلاً غری نباشد

پاسخ پرسش: آن کہ جای خودش. البتہ من الان فعلا نمی توانم نسبت بدہم چون در متونی کہ بہ مالک منسوب است عرض کردم، از مالک کہ فقیہ مدینہ است نقل کردم ما معتقدہ الناس بیعا، شاگرد ایشان شافعی می گوید نہ، باید در بیع تملیک باشد، آن چہ کہ مردم گفتند نہ، از شافعی ہم نقل شدہ کہ مطابق با استاد است، از ما احمد، آن ہم گفتہ ما عدہ الناس بیعا باشد یعنی شافعی مخالف ہم استادش است ہم شاگردش است، علی ای حال این ہم راجع بہ این مسئلہ.

.....
حالا برای این که این مسئله روشن بشود و در عین حال هم راجع به بحث معاطات یواش یواش زوائد بحث روشن تر بشود یک مقداری ببینیم زمینه های اجتماعی بحث را ببینیم چه بوده.

ایشان در این کتاب الوسیط که در شرح قانون مدنی است، البته کرارا عرض کردم که این کتاب چون ترجمه قوانین غربی هست و من کرارا عرض کردم در این ترجمه ها کلا ما اشکال داریم، حالا هر کدامشان باشد، شواهد قطعی نشان داده که خیلی از ترجمه ها دقیق نیستند و عرض کردیم دو تا اشکال است نه یکی، ترجمه هایی که ما از غربی ها داریم و بعضی جاها هم ترجمه هایی که غربی ها از ما دارند آن هم اشکال دارد، نوشتند و بحث هایش را کردند، من نمی خواهم وارد این بحث بشوم.

مضافا به این که این کتاب قوانین مصر قدیم را دارد یا قوانین لبنان یا سوریه مال قدیمشان اند یعنی تفکیک هایی که از غرب دارد یا از دنیای عرب دارد مربوط به شصت هفتاد سال قبل است، مثلا در این کتاب اصلا هنوز قانون کنوانسیون تعهد بین المللی بیع تدوین نشده بود، این قبل از قانون کنوانسیون بین المللی بیع است، آن یک کنوانسیون معین و مواد معین دارد، این کتاب قبل از آن است چون عرض کردم زندگی بشر بدون جامعه ممکن نیست و زندگی اجتماعی هم بدون قرارداد هم ممکن نیست و قرارداد اصلی در زندگی بشر بیع است، قرارداد های زیادی را بشر دارد لکن اصلش بیع است، اصل به معنای کثیر الدوران، این قرارداد بیع است و لذا این ضرورتی، من آن روز آخر عرض کردم ضرورتی را بشر احساس کرد که باید یک نوع همسانی در این قانون باشد، چرا؟ چون سفر می کنند، نمی شود در قم بیع یک معنا باشد و در تهران یکی، در ایران یک جور باشد و در چین یکی، در هند یک جور باشد در ژاپن یکی، این به خاطر این کثرت رفت و آمد منشا این شده است و الان ارتباطات را می دانید که در این جا نشسته با ژاپن معامله می کند لذا این ها به این فکر افتادند که ما بیاییم یک ضوابط عام عمومی جهانی که کل دنیا، لا اقل آن کشور هایی که عضو سازمان ملل اند، ۱۹۳ کشور در دنیا عضو سازمان ملل هستند، ما بیاییم یک تعهد نامه کلی برای بیع قرار بدهیم که اگر شکی و بحثی شد و به دادگاه هم مراجعه کردند همه به این مراجعه کنند، ارجاع به این قانون عام بدهد، به این تعهد بدهد و این امر درستی هم هست یعنی این امر، امر صحیحی است، فقط ما می گوئیم این کار را قبل از این که سال ۱۹۸۸ این کنوانسیون بین المللی بیع را

درست بکنند اسلام درست کرده و معنای اوفوا بالعقود همین بود، اصلا معنای اوفوا بالعقود همین است، حالا إن شا الله یک مقدار می خوانیم تا معلوم شود مطالب چیست.

ایشان ابتدائاً خوب دقت بکنید در این کتاب و لذا این کتاب را که من الان می خوانم نه به عنوان این که قول فصل هست و دنیای غرب همین است و حتی دنیای عرب، چون این به اصطلاح این آقای سنهوری قانونگذار هم در دنیای عرب هست یعنی عده ای از قوانین مدنی در دنیای عرب توسط ایشان جعل شده است، فعلاً به عنوان معروف ترین چهره قانونی و حقوقی در دنیای عرب و در دنیای اسلام همین است، لکن عرض کردم این ها مال قدیم است، وضعی که الان بشر پیدا کرده حتی در همین مسئله بیع بعد از ایشان باز پیدا کردند و کار هایی کردند ما هم اجمالاً یعنی در حد اجمال نه به ترجمه ها خیلی ملتزم هستیم و دقیق می دانم و نه به این که این قوانین الان کارایی دارد، آن ذهنیت را می خواهیم نه این که حالا ما حتماً هر چه ایشان نقل کرد می خواهیم قبول بکنیم، اولاً ایشان می گوید بیع عقد ملزم للجانبین، چون می دانید عقود یا جائز اند یا لازم اند، آنی که لازم است یا برای دو طرف الزام می آورد یا برای یک طرف، این عقد ملزم للجانبین اشاره به این است چون عده ای از عقود برای یک طرف است مثل رهن که برای یک طرف الزام می آورد، برای طرف دیگر الزام نمی آورد، می تواند برگردد، آن وقت این الزام و التزام یعنی حقیقت عقد آن نحوه التزامی است، عرض کردم امروزه در اصطلاح دنیای عرب کلیتاً یک بابی را به نام التزامات شخصی دارند که ما غالباً در حوزه خودمان از آن ها تعبیر به اعتبارات شخصی می کنیم. التزامات شخصی عبارت از امور اعتباری است که شخص به عنوان شخص برای خودش قرار می دهد و باز هم کراراً عرض کردیم که طبق قاعده عامه تمام التزامات شخصی باطل است، شخص حق التزام و جعل و اعتبار ندارد، اعتبار باید منحصر از دست من بیده الاعتبار صادر بشود پس تمام، این اصالة الفساد در عقود مراد این است چون عقود یک نوع اعتبارات و التزامات شخصی هستند، اصل اولی تمام التزامات شخصی چه عقود و چه غیر عقود، البته التزامات شخصی غیر از عقود یکی شروط است، دیگر از چیز هایی هست نذور است، عهود است، ایمان است، این همه التزامات شخصی اند، اصل اولی این است که در تمام این ها چون شخص حق جعل ندارد، حق اعتبار ندارد، آن وقت می آیند تحلیل می کنند شما در عقد چه التزامی می

دهید، چه کاری، مثلا ایشان می گوید که بایع چهار تا التزام دارد، يلتزم البایع بموجب عقد البیع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص، یک التزاماتی است که در خود عقد است، یک التزاماتی خارج از عقد است، اضافه می شود، این ها را ما اصطلاحا شرط می گوئیم. خود عقد را که عقد می گوئیم این التزاماتی که از ذات عقد خارج است اصطلاحا شرط می گوئیم، بالتزامات اربعة، چهار تا التزام داریم، البته این معنایش این نیست که ما قبول بکنیم اما این ها الان طرح:

۱. نقل ملكية المبيع الى المشتري، یک التزام

۲. تسليم المبيع اليه، مثلا كتاب را فروخته كتاب را به او بدهد، این هم التزامات بایع است

۳. ضمان تعرض، ضامن است، اگر چیزی عیبی در قبل از مردن ضامن است

۴. ضمان العيوب الخفية، اگر عیب پنهانی هم داشت آن هم ضامن است

ما اصطلاحا تفاوت بین صحیح و معیّب را ارش می گوئیم، در اصطلاحات حوزوی به این ها ارش می گوئیم و این هم یکی از نکاتی است که ایشان تعبیر کرده و این ارش را هم عرض کردیم که متعارف ما در جایی است که نقص وصف صحت باشد، این ها را مفصلا شرح دادیم، اگر کسی در آن جا هم ضمان را قبول کرد آن جا هم باید اضافه بکند، ما عرض کردیم که در باب بیع اگر تخلفاتی شد، کمبود و زیادی شد یعنی نقصی پیدا شد اگر به لحاظ قیمت باشد معروف این است که خیار دارد اما ضمان ندارد، دقت کنید! یعنی اگر کتابی که قیمتش ده هزار تومان است به طرف فروخت پنجاه هزار تومان، خیار دارد می تواند عقد را فسخ بکند اما ضمان ندارد، ضمان یعنی چه؟ ضامن نیست یعنی چه؟ یعنی بگوید آقا این کتاب را من به پنجاه هزار تومان خریدم، قیمتش هم ده هزار، شما بیا چهل تومان به من برگردان، چهل هزار تومان را به من برگردان، حق چنین کاری را ندارد اما اگر کتاب را خرید، با عنوان عادی خرید، کتاب معیوب در آمد، کتاب را به ده هزار تومان خرید معیوب در آمد، تفاوت بین صحیح و معیّب مثلا سه هزار تومان است، سه هزار تومان را گرفت کتاب را می تواند نگه دارد، می تواند مطالبه سه هزار تومان بکند، اسم این را ضمان العيوب الخفية می گویند. یک

اصطلاحی است که در تخلقاتی که می شود در خصوص عیب ارش دارد یعنی مابه التفاوت، عقد به حال خودش محفوظ می ماند حق مطالبه ارش دارد.

پرسش: ضمان تعرض چیست؟

پاسخ پرسش: ضمان تعرض اگر تلف شد قبل از تسلیم از مال بایع حساب می شود نه مشتری.

این چهار تا التزام است، حالا این ها را می آید یکی یکی می گوید، من چون عبارت ایشان را خواندم دقت کنید چقدر این ها دقیق این مطالب را متعرض شدند، آن وقت ایشان وارد بحث دیگر می شود که انواع بیع را متعرض می شود، بعد ایشان وارد التطور التاريخی للبیع که عقد ناقل للملكية، یک فصلی با این عنوان قرار داده، ایشان در این کتاب نقل می کند که كان البیع فی القانون الرومانيا عقدا لا ينقل الملكية بذاته، پس این بحث معاطات معلوم می شود که قبل از اسلام بوده و این نکته فنیس این بوده، نکته حقوقی و قانونیش این بوده که اصولا بیع کارش نقل ملکیت نیست بذاته، ممکن است با شرط این کار را بکنند. ماهیتا و ذاتا در وعای اعتبار بیع در نقل ملک نبوده، آنی که نقل در می آورد یک فعل خارجی است، بل الذی كان ينقل الملكية هو وضع من الاوضاع المادية، اصطلاحا کلمه مادی در این جا ها در مقابل التزام و اعتباری است، با یک عمل خارجی با آن ملکیت پیدا می شد نه به خود بیع، با بیع ملکیت پیدا نمی شد، با یک عمل خارجی، عمل خارجی را اصطلاحا وضع من الاوضاع المادية می گویند، مرادشان از مادی در کلمه مادی این است که در مقابل اعتباری است. مثلا المعروف فی هذا القانون یکی اشهاد، تنازل قضائی، تنازل قضائی یعنی این که اگر دادگاه خواست بگوید من نه، من با این مال رابطه ای ندارم. قبض و تقادم، یعنی گذشت زمان، اگر کتابی را از کسی گرفت زمانی گذشت دست این بود این می شود ملک، عوامل ملک یعنی بعبارة اخرى با تعبیراتی که من کردم این ملک یک ملک انتزاعی است چون عرض کردیم ما یک ملک اعتباری داریم و یک ملک انتزاعی داریم، این تسبیح دست من است، من بر این اشراف دارم، سلطه دارم، این ملک انتزاعی است مثل انتزاعیت فوقیت سقف، ملک اعتباری را قانون قرار می دهد ولو شما هیچ انتزاعی و هیچ سلطه ای نداشته باشید، شما این جا هستید یک خانه ای در آفریقا هست می گویند آقا ملک توست، خریدی فروختی، لذا عبارت

مرحوم آقا شیخ محمد حسین را هم خواندید آقا شیخ محمد حسین می گفت که در استیلا ملک اعتباری نیست که من اضافه کردم ملک انتزاعی در آن هست پس دقت بکنید این چه می گوید؟ این می گوید ملکیت خودش در اعتبار بیع نیست، ملکیت انتزاع می شود مثلا چند روز پیش من بماند می گویند ملک، تقادم، یا قبض، قبض یعنی ملک انتزاعی، می گوید خود ملک.

بل لم یکن البیع یرتب فی ذمة البائع التزاما بنقل الملكية، این نمی تواند و کان کل ما یلتزم به البائع بمجرد البیع ما لم یوجد شرط صریح فی العقد، یک نکته خارجی باید بیاید، یُلزِمُه بنقل الملكية هو أن ینقل الی المشتري حيازتا هادئة، یک نوع استیلای نرم و آرام یعنی این کتاب من بوده این را در اختیار آن قرار می دهم، فرض کنید که نانوا نان را گذاشته، این یک نوع حیازت هادئة است، البته من فکر می کنم چون می گویم ما آن ناله و روضه را اول خواندیم، احتمال می دهم شاید حیازت نبوده استیلا بوده، استیلا هادئة، حالا نمی دانم لفظ غریبش انگلیسی یا فرانسویش چه بوده که ایشان حیازت گفته، ما نگاه کردیم در مرحوم آقای اصفهانی کلمه استیلا را در معاطات آورد و دیدیم که مرحوم آقای ایروانی کلمه حیازت را آورد لکن انصافا اوفق به قواعد همان استیلا است چون حیازت یک نوع استیلای به قصد تملک است عادتاً، شما در صحرا می روید چوبی را بر می دارید و لذا مرحوم آقای اصفهانی اشکال کرد که استیلا بمجرده ملک نمی آورد، ملک اعتباری، به قصد این که ملک، لذا اگر استیلا می گفت به نظر من از حیازت بهتر بود، این سرّش این بود که استیلایی که شما بر مال کسی پیدا می کنید این استیلا این طوری است که حالات مختلف دارد، اگر رفتید با جار و جنجال و دعوا ازش گرفتید این را نه می گفتند، نه بماله، اگر از دستش بیرون می کشیدید غالبا سل می گفتند، سل با سین و لام، مثل سلّ سیفهم از دستش بیرون کشیدند، اگر با حقه بازی و کلک و فریب بود اختلاس می گفتند. اگر با کشتن طرف بود و گرفتن مالش و اموالش غنیمت می گفتند، این که غنائم دار الحد می گویند مال همین است، اگر اموال شخصی خودش بود که همراهش بود سلب می گفتند، السلب للقاتل، اگر در تاریکی و محرمانه به طوری که او ملتفت نشود سرقت می گفتند، ببینید پس انحای استیلا هست، در مقابل این ها می گفتند استیلای نرم را بیع می گویند.

پرسش: وجه نرمش چیست؟

پاسخ پرسش: یعنی عادی، خیلی راحت، نه در آن کشتن هست و نه دعوا هست، نه چاقو کشی هست، حالا تراضی هم نمی خواهد باشد، استیلائی نرم

این می آید می گوید استیلائی نرم بیع است یا حیازت هادئه، هادئه یعنی آرام، اگر با آرامش و با نرمی استیلا پیدا کرد این بیع است، اشکال آن آقایان دیگر این بود که حیازت نرم، حیازت هادئه و استیلائی نرم بیع نیست، ملک بیع است، تمام بحث سر این است، حالا من این جا گفتم تا بعد برسیم پس در حقیقت این نکته را دقت کردید، استیلائی نرم روشن شد؟ چون انواع استیلا را من بعضی از آن ها را برای شما عرض کردیم، اگر به موت باشد میراث می گویند، اگر یک طرفه باشد هبه می گویند و هلم جرا، انواع استیلا بوده، بعضی هایش با قهر و غلبه و کشتن و سرقت و اختلاس و فریب و نیرنگ بود که هر کدام از این ها یک اسمی داشت، این ها می گویند چون به طور آرام استیلا پیدا کردید بر نان این آقا، رفتیم نان را برداشتیم این استیلائی شما بیع است. این حیازت هادئه بیع است، اشکال کجاست؟ آیا استیلائی هادئه یا حیازت هادئه بیع هست یا نه؟ پس این روشن شد، آیا حیازت هادئه به تعبیر ایشان، ایشان می گوید در روم قدیم این طور بود.

پرسش: پس در روم قدیم بیع اعتباری نبود، فقط بیع انتزاعی بود

پاسخ پرسش: نه حیازت شاید به این معنا که چون استیلائی است و آرام است و به قصد ملک است این کافی است، بله حیازتا هادئه بموجبها یضع یده علی المبیع کمالک، مثل یک مالکی دستش را می گذارد روی این نان بر می دارد، مثل یک مالک بر می دارد، دون أن یتعرض له أحد، کسی جلویش نمی ایستد، شما نان را گذاشتید نان را بر می دارید، این استیلائی شما بیع است، دون أن یتعرض له أحد و دون أن یتعرض له، این احد یعنی قانون هم نمی آید جلوی شما را بگیرد، پلیس هم نمی آید جلوی شما را بگیرد لذا آن جا گفت که تنازل قضائی، پلیس هم نمی آید اشکال بکند که چرا نان را برداشتی، نه پلیس به شما اعتراض می کند و دون أن یتعرض له البائع نفسه، آن مالک هم اعتراض نمی کند.

پرسش: این صورت خارجی و عینیت بیع است

پاسخ پرسش: احسنت، این به معنای عنصر مادی بیع است یعنی در آن قرارداد نیست، اصلا ملک هم نیست، بیع یعنی این، خوب تصور بکنید، بیع یعنی حیات هادئه، همانی که مرحوم آقا شیخ محمد حسین از معاصرش نقل کرد استیلا، همانی هم که مرحوم ایروانی به ذهن خیلی عجیب است، انصافا بینی و بین الله مرحوم ایروانی با این که قطعا کلمات غربی ها را ندیده و قانون روم باستان ندیده به ذهنیت خودش روی حیات رفته است که معاطات یک نوع حیات است.

پرسش: چرا قبض و اقباض نمی گویند؟

پاسخ پرسش: قبض و اقباض یک مرحله بعدش است، قبض می آورد، ملکیت می آورد لذا گفت آن چیز هایی که وضع مادی است یک حرکت مادی است آن ملک می آورد اما خود عقدش بیع نمی آورد، فکان البیع الی جانب التزامه، ببینید آن وقت بائع الی جانب التزامه بنقل هذه الحیازة، عرض کردیم که نقل هذه الحیازة باز نقل ملکیت، يلتزم ایضا بضمان التعرض، اگر این قبل از این که بخواهد بگیرد طرف بشود این هم انجام می دهد. من نمی خواهم تمام حرف های ایشان را بخوانم، و کان هذا يعتبر كافیا لتحقيق غرض الذى يستهدفه البیع، این را ایشان به عنوان قانون روم قدیم گرفتند.

بعد ایشان علی أن البیع فی القانون، یکمی مجبوریم بخوانیم، عرض کردم در بحث های حقوقی بحث را هی باید باز کرد و دنبال لوازم، فی القانون الرومانی، البته عرب ها به طور متعارف رومانی می گویند یا روم می گویند، ایرانی ها روم می گویند، روم باستان، ما اصولا تلفظمان روم است، در قانون روم باستان اذا کان لا يستلزم نقل الملكية، خوب دقت بکنید این که شیخ اصرار دارد معاطات قصد ملک شده است، این توجه نشده، اصلا آن ها می گفتند در استیلا نقل ملک نیست، اصلا نیست، اصلا بحثی که مرحوم شیخ در محل بحث مطرح می فرمودند اصلا مرحوم شیخ، کان من طبیعته نقلها، طبیعتش و الدلیل علی ذلك إذا کان لا يستلزم نقل الملكية اولهما أنه کان يجوز للمشتري أن يشترط فی عقد البیع علی البائع أن ينقل له ملكية المبیع، لذا چون در طبیعتش نبوده ممکن بود شرط بکند، خوب دقت بکنید! ممکن بود بگوید شما بیاید این استیلا داشته باشید به این شرط که من این را ملک تو بکنم، این در حقیقت بیع نبود، می شود شرط کرد چون ملک در حقیقتش نبوده خیلی نکته لطیفی است، چون در ذات بیع نقل ملکیت نبوده قابل

شرط بوده، با شرط نقل ملکیت است، کان علی البائع أن ينقل له ملكية المبيع و کان هذا الشرط صحيحا، در صورتی که پیش ما نه دیگر، خود بیع کافی برای نقل ملکیت است، این ها نه..

دوم، الامر الثاني کان ان لا يجوز للبائع ان يشترط على للمشتري أن لا ينقل له ملكية المبيع، این درست نیست فهذا الشرط يتنافا مع (مبهم ۲۶:۴۸) کان غیر جاز، اگر ما در باب چیز بدانیم این دو تا شرط باطل است یعنی این دو تا شرط را نمی شود بکنیم، خود بیع انجام بدهیم.

این جا یک حاشیه ای دارد

پرسش: لا بشرط است ولی بعد فرمود بشرط شیء، چه شد؟

پاسخ پرسش: ایشان می خواهد بگوید که اگر خودش بیع بیاورد، کان من طبیعته، بله باید به نظر من یکی باید دو مرتبه نگاهش بکنم، فردا إن شا الله.

یک نکته ای که من بیشتر دنبالش هستم این حاشیه ای است که در این جا دارد: و السبب فی أن القانون الروماني لم یکن يجعل البیع ناقلا للملكية أن حق التملك کان مقصورا على المواطن الروماني، اگر این مطلب درست باشد این یک زاویه خاص است که در زمان های ما هم خیلی تصور است، ایشان می گوید در روم باستان مثلا ملک فقط خاص اهالی روم بود، به غیر از رومی ها فرض کنید یک نفر ایرانی می آوردند او حق ملک نداشت. کان مقصورا و لما لزم الضرورات التطور التعامل مع غیر المَواطنین، چون فرض کنید مثلا اسیر یا برده های ایرانی یا هندی را آن جا می آوردند و این اقتضا می کرد که با این ها بیع انجام بدهند، مع غیر المَواطنین، غیر از شهروندان رومانی و وجب التوفيق بين هذه الضروريات و بين القواعد القانونية التعيقة جُعِل اثر البیع مقصورا على تمكين المشتري. خوب دقت کردید چه شد؟ این که این ها رو به استیلا آوردند می خواستند یک چیزی را فرض کنید به ایرانی بفروشدند، از آن ور هم باید در بیع ملکیت باشد، از آن ور هم این مالک نمی شود لذا استیلا را مطرح کردند.

پرسش: الان هم همین جوری است

پاسخ پرسش: الان هم در کشور ما همین جوری است، مثلاً زمین را عراقی ها بخواهند بخرند نمی شود، می خواستم این نکته را بگویم، طبق این قوانین حقوقی باید این نکات رعایت بشود.

لذا جعل اثر البيع مقصوراً على التمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع، لذا آمدند گفتند بیع استیلا هست نقل ملک نیست، استیلا به خاطر غیر رومی ها، غیر شهروندان روم را می شود به آنها فروخت یعنی آن ها نان را بگیرند بخورند، اما ملک نیست چون ملک پیش این ها این طور بود.

حالا این یک مطلب، از همه این ها عجیب تر ایشان می گوید در قانون قدیم فرانسه آن هم همین طور بود، با این که قانون قدیم فرانسه بعد از اسلام است، ایشان می گوید و انتقلت احکام القانون الروماني في هذه الصدد الى القانون الفرنسي القديم فكان البيع لا ينقل الملكية و لا يُرتَّب التزاما بنقلها، بله اگر آن قبض و اقباض و آن نکاتی که عرض کردیم و إلا خود بیع این طوری نیست، فكان البيع في القانون الفرنسي القديم ينقل الى المشتري حيازتها على اساس أنه مال و لم تكن الملكية تنتقل اليه الا بالقبض، بعد ایشان می گوید: و بقي القانون، خیلی عجیب است یعنی واقعا تا قرن هفدهم و هجدهم این ها این اعتقاد را داشتند خیلی حرف غریبی است، و بقي القانون الفرنسي القديم على هذا النحو الى آخر مراحل حتى بوتیبه و هو الفقيه الذي، فقيه یعنی قانونی، حقوقدان، فقیه الذي ختم عهد القانون الفرنسي، مثلاً ببینید ایشان در حاشیه اش تعریف بیع را از کلام بوتیبه نقل کرده، بوتیبه این طور گفته است که بیع عقدٌ بموجبه يلتزم احد المتعاقدين و هو البائع نحو المتعاقد الآخر أن ينقل عليه شيئاً يحوزه كمالك، يحوزه حيازت داشته باشد، لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود، این تعریف در قانون فرانسه قدیم است، در این جا معامله پایاپای را هم خارج کرده است، حتماً باید عوض پول باشد. جنس باشد بیع نیست، دقت کردید که ما این را چند مرتبه عرض کردیم، هو لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود و يلتزم المتعاقد الآخر و هو المشتري في مقابل ذلك أن يدفع الثمن، نگفت يُملِك الثمن، يدفع الثمن. تماماً عقد را روی حيازت برد، این تعریفی بود که ایشان در این جا آورده است.

.....
بعد ایشان بعد از این مطلب ایشان می گوید: علی أن أدا إلى أن يكون البيع سبيلا غير مباشر لا لأنه كان ...، بعد ایشان دارد که و لما رأى واضع تقنين ناپلئون که قانون جدید است إلى أين انتهت تطور في القانون القديم على نحو الذي خطوا، خطوا یعنی راه، خطو یعنی گام برداشتن، گام دیگری برداشتند، خطوا آخر مرحلة من المراحل هذا التطور فجعل البيع ذاته ناقلا للملكية، یعنی یک تغییر اساسی در قانون فرانسه پیدا شد، از آنی که حيازت هادئه بود شد به نقل ملكيت. ایشان می گوید در قوانین جدید فرانسه رفت که بيع ذاته یعنی من دون شرط، بدون قبض، ذاته ناقلا للملكية إذ يرتب في ذمة البائع التزاما بنقلها الى المشتري.

پرسش: یعنی به ما رسیدند؟

پاسخ پرسش: یعنی به ما رسیدند، این خیلی عجیب است

در این قوانین آن ها هم دست برداشتند و دیگر بيع را حيازت هادئه نگرفتند، بعد ایشان در حاشیه اش تعریفش را آورده، البته متن فرانسویش را هم آورده که ما انگلیسیمان ضعیف است حالا فرانسه که اصلا بلد نیستیم، متن فرانسویش را هم آورده است، تعریفش این است: البيع اتفاقٌ بموجبه يلتزم احد المتعاقدين بتسليم المبيع و يلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه، البته این هم باز کلمه دفع آورده است، خیلی همچین

و لذا ایشان دارد که اگر فقره ماده کذای قانونی لا تزال احمل اثر القانون الفرنسي القديم، راست می گوید، این کلمه دفع که آورده دفع باز به همان مسئله حيازت نزدیک تر است. إلا أن سائر النصوص في هذا القانون قاطعة في أن البيع اسوه بذاته ناقلا للملك، می خواهد بگوید در قوانین فرانسه جدید هم یک نوع تهافت هست، از بعضی هایش در می آید که هنوز حيازت هادئه است، راست هم می گوید این دفع ثمن مشکل دارد، بمجرد اتفاقهما على المبيع و الثمن ولو كاد المبيع لم يُسلم و الثمن لم يدفع، بعد ایشان در این جا متن فرانسوی قانون را آورده است که بنده مطلع نیستم. و من ثم صار ملك الغير که این بحث دیگری است.

در وسط که من یک صفحه رد کردم در وسط البيع في الفقه الاسلامی، بین قانون روم باستان و قانون فرانسه قدیم و فرانسه جدید، من همیشه عرض کردم که واقعا احساس می کنیم که قوانین اروپایی در این مسائل به فقه اسلامی خیلی متاثرند و خصوصا به فقهی

.....

که اهل سنت دارند و تحقیقات و تحلیلاتی که اهل سنت دارند و احتمال می دهیم که بیشترین عاملش هم مال جنگ های صلیبی است چون این ها آمدند بیت المقدس را گرفتند و ارتباط با دنیای اسلام پیدا کردند فکر می کنم یواش یواش ترجمه شد و شکل امورشان را عوض کردند، ببینید فرانسه قدیم مثل روم باستان است ولی فرانسه جدید مثل اسلام است، می گوید و قد جاوز الفقه الاسلامی هذه المرحلة التي وصل اليها القانون الفرنسي القديم فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة، البته ایشان توجه نکرده که عده ای از علمای اسلام هم همین حرف را می زدند که خود این استیلا مُملک است و استیلا می خواهیم، ملک نمی خواهیم، و یصبح المشتري للعقار او للمنقول مالکا للمبيع بمجرد العقد، این نکته این است نه این که بیع یک حیازت هادئه است بعد از قبض ملکش می شود. بمجرد عقد ملکش می شود و قد جاء في البدائع، بدائع بدائع الصنائع کاسانی است و انصافش هم کتاب لطیفی است، کتاب خوبی است، در فقه احناف، البته کتاب هایی هم دارند چون یکم جمع و جور و مرتب است، هم نصوص را تا حدی دارد و هم روی قواعد رفته است، عرض کردم که فقه احناف به طور کلی رویش کار بشود به این جهت که در کوفه احناف شانی داشتند و بزرگان شیعه اصولا، اصلا میراث های اهل بیت در کوفه تدوین شده، در مدینه شنیده شده، تحمل شده اما تدوین و بررسیش در کوفه شده لذا فقه این دو تا شهر خیلی تاثیر گذارند، یکی مدینه به اعتبار وجود اهل بیت سلام الله علیهم اجمعین در آن جا و یکی هم کوفه به لحاظ تدوین فقه آثار شیعه، تولید و صدور آثار در مدینه است و لکن تدوین و نوشتن و منظم کردن و جمع و جور کردن اساسا در کوفه است و کوفه متأثر است یعنی انصافا ابوحنیفه، کوفه دارای ذوق خاص خودش است، علی ای حال ابوحنیفه که از چهره های شاخص است و مخصوصا بعد ها شاگردش ابو یوسف، اصلا در دستگاه حکومتی هم یک چهره شاخص است چون قاضی القضاات هارون الرشید شد، ایشان یک مقداری از بدائع، این هم بد نیست برای آشنایی با ادبیات این کتاب، کتاب خوبی است، یک چاپی که هست ده جلد است، چاپ خوبی است، یک چاپ دیگر هم که الان هست هفت جلد است، انصافا چاپ های خوبی دارد

و اما بیان صفة الحكم فله صفتان، ببینید خیلی هم تعبیر شبیه همین تعبیر های غربی است، خیلی عجیب است و لذا به احتمال قوی، چون این ها اسبق هستند آن ها از همین فقه اسلامی گرفتند و الثانی الحلول و هو ثبوت الملك فی البديل للحال، خیلی عجیب است.

یعنی به مجرد عقد ملک پیدا می شود، یعنی ملک جابجا می شود، در همان حال مرادش انشاء است، این همان قاعده ای است که ما می گوئیم تخلف منشأ از انشاء نمی شود، تا گفت مَلَّكَتْ الْكِتَابَ بِمِائَةِ تَومَانٍ، فی الحال کتاب ملک او می شود و صد تومان هم ملک شما می شود، این مراد است، حلول فی الحال و هو ثبوت الملك فی البدلین للحال، لأنه تمليك بتمليك، من گفتم تمليك بتملك، با ما موافق پیدا بشود، ایشان می گوید تمليك بتمليك یعنی شما تمليك کتاب می کنید و در مقابل او تمليك پول می کند، ثمن می کند یا عوض می کند. و هو ايجاب الملك من الجانبين للحال، فی الحال ملک پیدا می شود. فیقترضی ثبوت الملك فی البدلین للحال بخلاف البيع بشرط الخيار، لان الخيار، ببینید دقت بکنید خیلی شبیه، من می گویم تعبیر غربی ها از این ها گرفته است، مثلاً شما در بیع به شرط خيار ملک للحال پیدا نمی شود، مثلاً می گوید من به شما فروختم تا دو ساعت حق دارم مراجعه بکنم و فسخ بکنم، پس تا دو ساعت ملک پیدا نمی شود، بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد فی حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكا للحال، ملک حالی نمی آورد و بخلاف البيع الفاسد، فرق این دو تا با همدیگر، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكا عنده، و لذا بنابراین در باب عقد فاسد اگر بخواهد ملک بشود وقتی که استیلا انجام داد، دستش گرفت، با قبض، چقدر با این نص رومانی و این ها این نص فقه حنفی نوشته، عرض کردم که حنفی ها طبیعتشان این جوری است، یک نوع حالت مصالح و مفاسد و ملاکات را در نظر می گیرند.

و یبین من هذا النص ان العقد ذاته هو الذى ينقل الملك و فى ذلك يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى الفقه اللاتینى، اصلاً دو تصویر است. و فى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بالعقد اما فى الفقه اللاتینى، مراد از فقه در این اصطلاح که امروزی ها می گویند فقه یعنی قانون، در قانون لاتین فاعقد ینشئ التزاما بنقل الملك، و يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد فینتقل الملك لكن ملک درست می شود تنفیذاً للالتزام، لا بحکم العقد، از خود عقد نه، آن وقت این جا یک اثری دارد که إن شا الله فردا متعرض می شویم.