

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

وجه ملزمت نقل برای معاطات بنابر قول به اباحه

«نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول»

مرحوم شیخ فرمودند: در صورتی که قائل به اباحه شویم، چنانچه بعد از معاطات، عقد لازمی را روی مال معاطاتی انجام دهند، عقد لازم، سبب می شود که معاطات لازم شود. دلیلی که می آوردند این است که تصرف ناقل، کشف می کند که قبل از تصرف، «مباح له»، مالک مال شده است و بعد از ملکیت، تصرف صورت گرفته است.

بنابراین ولو اینکه این عقد ناقل و عقد جایز بعداً اقاله شود، بعد از اقاله، مال داخل در ملک «مباح له» می شود، نه داخل در ملک مبیح و اگر بخواهیم بگوییم: مبیح می تواند معامله را بر هم زند، باید دلیلی داشته باشیم بر اینکه مبیح بتواند ملکیت «مباح له» را زایل کند، در حالی که چنین دلیلی نداریم.

دو استثناء از صورت اباحه

در بحث امروز از این صورت، دو فرض را استثناء می کند که روی قول به اباحه، اگر یک عقد لازمی واقع شود و بعداً اقاله شود، این عقد لازمی که اقاله شده است، ملزم معاطات نیست و آن معاطات به حال جواز باقی می ماند. فرض اول: کاشف از ملکیت «مباح له» را تصرف قرار ندهیم؛ بلکه کاشف از ملکیت «مباح له» را عقد بدانیم. در بحث دیروز یک فرق میان تصرف و عقد عرض کردیم؛ در تصرف خود تصرف کاشف از «سبق الملك» قبل از تصرف است، اما عقد کاشف از «سبق الملك» قبل از عقد نیست. بنابراین اگر گفتیم: کاشف عقد است و بعد از اقاله، عقد از بین می رود، مال به ملک مالک قبلی باز می گردد، یعنی به ملک مبیح، نه اینکه داخل در ملک «مباح له» شود.

فرض دوم: قاعده «لا بیع الا فی الملك» را انکار کنیم و بگوییم حرف درستی نیست. اگر «مباح له»، به عقد لازمی، مالی که برای او مباح شده بود را به دیگری فروخت، این بیع کشف از این نمی کند که قبل بیع «مباح له» مالک شده باشد. در نتیجه زمانی برای ملکیت «مباح له»، تصویر نمی شود که بگوییم: در این زمان «مباح له» مالک شده است تا در صورت اقاله عقد، مال به ملک مبیح باز گردد.

قدر مشترک بین این دو فرض، این است که راهی را طی کنیم که بعد از اقاله عقد لازم، مال داخل در ملک «مباح له» نشود؛ بلکه داخل در ملک مبیح شود تا معاطات به حالت جواز باقی بماند.

مرحوم شیخ می فرماید: هر دو فرضی که بیان کردیم، ضعیف است. حق این است که اگر «مباح له»، عقد لازمی را انجام داد و آن عقد اقاله شد، بعد از اقاله، مال به ملک بایع که «مباح له» است، باز می گردد، نه ملک مبیع. زمانی که به ملک «مباح له» بازگشت، می گوییم: دلیلی نداریم که مبیع بتواند ملکیت «مباح له» را زایل کند، اگر دلیلی نداشتیم، کشف از این می کند که مبیع اگر بخواهد معاطات را به هم زند، نمی تواند. تا اینجا چهار صورت مرحوم شیخ برای عقد لازم بیان کرده اند.

صورت پنجم و ششم: نقل در این دو صورت بواسطه عقد جایز است. مراد از «جایز» اعم از این است که جایز بنفسه باشد یا جایز بالعرض. جایز بالعرض، یعنی جایزی که بنفسه لازم است، ولی در آن خیار وجود دارد. اگر بعد از معاطات، أحد الطرفين روی مال معاطاتی عقد جایزی را انجام داد، باید روی قول ملکیت و اباحه بحث کنیم، آیا معاطات لازم می شود یا خیر؟

اما روی قول ملکیت، عقد جایز ملزم معاطات است، چون «تراد العینین» امکان ندارد. مشکل روی قول اباحه است، شیخ می فرماید: روی قول اباحه دو صورت فرض می شود:

صورت اول: عقد جایز به صورت معاوضه باشد. اگر عقد جایز معاوضی باشد، ملزم معاطات است، به این دلیل که معاوضه همانطور که قبلاً معنای آن را خوانده ایم، حقیقتش به این است که عوض داخل در ملک کسی شود که معوض از ملک او خارج می شود. در مقام زید کتابی را به عمرو داده است و عمرو هم گندم داده است. کتاب ملک عمرو نشده است و فقط تصرف در آن برای عمرو مباح شده، زید هم تصرفش در گندمی که از عمرو گرفته است، مباح شده است. عمرو کتاب را به یک بیع جایز می فروشد.

مرحوم شیخ می فرماید این بیع چون عنوان معاوضه را دارد، معاوضه کشف از این می کند که عمرو قبل از اینکه کتاب را بفروشد، مالک شده است و چون کشف از یک ملکیت سابقه می کند، «تراد العینین» وجود ندارد. زمانی که تراد وجود نداشت، معاطات لازم می شود.

صورت دوم: عمرو یک عقد جایز غیرمعاوضی روی کتاب انجام دهد، مثل هبه غیر معاوضه. کتاب را به دیگری هبه غیر معاوضه کند. شیخ می فرماید: این عقد جایز غیر معاوضی کشف از مالکیت عمرو، قبل از عقد نمی کند، زیرا در صورتی می توانیم بگوییم: تصرف در مال دیگری، کاشف از ملکیت قبل از تصرف است که یا دلیل شرعی داشته باشیم یا دلیل عقلی.

در بیع دلیل شرعی داریم؛ «لا بیع الا فی ملک»، اما در هبه غیرمعاوضه، چنین دلیلی نداریم. گاهی اوقات مسئله ملکیت روی دلیل عقلی است، مثل مثالی که قبلاً داشتیم؛ «أعتق عبدک عتی»، کسی به دیگری می گوید: عبد خودت را از طرف من آزاد کن، یا جایی که می گوید: «بع مالی لنفسک»، مال من را برای خودت بفروش. عقل می گوید: روی قانون معاوضه که عوض داخل در ملک کسی می شود که معوض از ملک او خارج شده است، در مثال «بع مالی لنفسک»، اول باید برای آن شخص بشود و بعد بفروشد. و چون فرض این است که عقد، عقد جایز غیر معاوضی است، پس دلیل عقلی برای کشف از ملکیت نداریم.

خلاصه اینکه روی قول به اباحه دو فرض داریم؛ اگر عقد جایز، عقد جایز معاوضی باشد، ملزم معاطات است و اگر عقد جایز غیر معاوضی باشد، ملزم معاطات نیست.

تطبیق

«نعم لو قلنا»، «نعم»، استدراک از «لأن التصرف الناقل» است که در بحث دیروز روی قول به اباحه گفتیم: اگر عقد لازم واقع شود و اقاله شود، تصرف ناقل کاشف از ملک متصرف است و بعد از اقاله، مال به ملک «مباح له» باز می گردد. حال

می‌خواهم دو فرض را استثناء کنیم؛ «نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل»، عقد ناقل در مقابل تصرف ناقل است.

یک فرق را دیروز از مرحوم شهیدی نقل کردیم که تصرف کشف از ملکیت قبل از تصرف دارد، ولی عقد کشف از ملکیت حین عقد دارد. بیان دومی هم مرحوم ایروانی در حاشیه فرموده است که مراد از عقد ناقل، استمرار عقد است، کلمه «استمرار» در تقدیر گرفته است، فرموده: مقصود شیخ این است که کاشف را حدوث عقد قرار ندهیم؛ بلکه استمرار عقد قرار دهیم، لذا اگر بعداً اقاله شد، استمرار از بین رفته است و اگر استمرار از بین رفت، کاشف از ملک، از بین می‌رود.

«هو العقد الناقل»، یعنی «استمرار العقد الناقل»، «فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ»، مثلاً روز دوم، پنجم اقاله کردند و استمرار از بین رفت، «عاد الملك الى المالك الاول»، ملک به مالک اول که مبیح است باز می‌گردد، «وإن كان مباحاً لغيره»، یعنی «لغير المالك الاول» که «مباح له» می‌شود، البته «ما لم يسترد عوضه»، مادامی که «مباح له» عوضی را که به مبیح داده است، استرداد نکرده باشد.

«كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد»، حال که بعد از اقاله، به ملک به ملک مبیح داخل شد، می‌توانند تراد کنند، البته در صورتی که «لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأول»، زید وقتی می‌تواند کتاب را بگیرد که گندمی که دستش است، باقی بر ملک مالک اول، یعنی عمرو باشد. گندم محفوظ باشد و یا اگر گندم را به عقد لازم منتقل کرده است، دوباره اقاله کرده باشد و به ملک عمرو بازگشته باشد. «أو عائداً إليه بفسخ».

«و كذا»، یعنی کذا معاطات جایز است و عقد لازم ملزم این معاطات نیست، «و كذا لو قلنا: بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك»، اگر این قاعده را انکار کردیم و گفتیم: «لا ملك...» درست نیست، «بل يكفي فيه إباحة التصرف والإتلاف»، برای بیع، مجرد اباحه تصرف و اباحه اتلاف کافی است. «و يملك الثمن بالبيع»، ولو اینکه مال من نباشد و اگر مال را فروختم مالک ثمن شوم، مثل بیع غاصب، جایی که مشتری می‌داند بایع غاصب است. عده ای از فقها فتوا داده اند: ثمنی که مشتری به بایع می‌دهد، به ملک بایع در می‌آید. «كما تقدم»، در صفحه 90، سطر چهارم، (کنگره: ج 3، ص 89) «استظهاره عن جماعة في الامر الرابع».

«لكن الوجهين ضعيفان»، این دو وجه، یکی اینکه کاشف، عقد ناقل باشد، و دوم اینکه «لا بيع الا في ملك» را انکار کنیم، هر دو ضعیف هستند. «بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع» که بایع «مباح له» است.

تا اینجا صور عقد لازم تمام شد، «و لو كان الناقل عقداً جائزاً»، اگر ناقل، عقد جایز باشد. جایز را معنا کردیم، چه جایز بالذات و چه جایز بالعرض، «لم يكن لمالك العين الباقية»، روی عقد جایز، هم باید روی قول ملکیت بحث کنیم و هم روی قول اباحه.

بنابر اینکه معاطات مفید ملک شود، در مثال که عمرو کتاب را به عقد جایز، مثل بیع خیاری به بکر منتقل می‌کند، آیا زید می‌تواند عمرو را احضار کند که برو بیع را بهم بزن و کتاب پس بگیر تا من معاطات را بر هم بزنم؟ «و لو كان الناقل عقداً جائزاً إلزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه إلى عينه»، در مثالی که زید، زید نمی‌تواند عمرو را الزام کند که کتاب را از بکر بگیرد و خودش هم مستقیماً نمی‌تواند به بکر داشته باشد.

«فالتراد غير متحقق»، تراد امکان ندارد. ان قلت: تراد عینین تحصیلش در اینجا ممکن است، یعنی عمرو، بیع خیاری‌اش را بهم بزند و کتاب به ملک عمرو داخل شود، و بعداً زید و عمرو با هم تراد کنند، می‌فرماید: «و تحصيلة غير واجب»، تحصیل تراد واجب نیست. پس عقد جایز بنابر قول ملکیت، ملزم معاطات است. «و كذا على القول بالإباحة»، عقد جایز روی قول به اباحه

ملزم است. دو صورت دارد؛

فرض اول: «لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك»، در صورتی که عقد جایز معاوضی باشد، کاشف از سبق ملک است. و زمانی که کاشف از سبق ملک شد، بعد از بهم خوردن، به ملک «مباح له» باز می گردد و دلیلی نداریم که مبیح بتواند این مال را از ملک «مباح له» خارج کند.

«نعم»، فرض دوم است، «لو كان غير معاوضة كالهبة»، اگر عقد جایز غیرمعاوضی، مثل هبه غیر معوضه باشد. «و قلنا بأن التصرف في مثله»، تصرف در مثل هبه، «لا يكشف عن سبق الملك»، کاشف از سبق ملک نیست، شیخ توضیح نداده اند. چون اگر انسان در مال دیگری تصرف کرد، در صورتی تصرف را کاشف از سبق ملک می دانیم که یا دلیل شرعی داشته باشد یا دلیل عقلی. در بیع دلیل شرعی داریم، ولی در هبه دلیل شرعی نداریم. در هبه دلیل عقلی هم نداریم.

شیخ دلیل عقلی را بیان می کند، «لا عوض فيه»، در این عقد جایز عوضی نیست «حتى لا يعقل كون العوض مالا لواحد و انتقال المعوض إلى الآخر»، تا بگوییم معقول نیست عوض برای یکی شود و معوض به دیگری منتقل شود. «بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتهب»، هبه ملك مالك را به متهب نقل می دهد، نظیرش این است که اگر من به زید وکالت دادم و بگویم: تو وکیل که مال مرا به بکر هبه کنی، زمانی که هبه کرد، خودش مالک نیست، بلکه واسطه ای بوده است که مال مرا به بکر هبه کرده است.

«فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك»، بعد از اینکه عقد جایز بهم خورد، مال به ملک مالک باز می گردد، «لو كان غير معاوضة اتجه الحكم بجواز التراد»، جواز تراد امکان دارد. بعد از اینکه عقد جایز به هم خورد، کتاب به ملک زید باز می گردد، «مع بقاء العين الأخرى»، البته در صورتی که گندمی که عمرو به زید داده باشد، باقی مانده باشد.

«أو عودها إلى مالکها»، یا اگر زید هم برداشته گندم را به دیگری هبه کرده است، آن هبه بهم خورده باشد، «بهذا النحو من العود»، به همین نحو، یعنی هبه غیر معوضه، «أذ لوعادت بوجه آخر»، اگر زید گندم عمرو را هبه کرد به خالد و خالد فروخت به زید و به وجه دیگر به ملک زید بازگشت، «كان حكمه حكم التلف»، حکم تلف را دارد.

یک عبارتی را مرحوم شهیدی در حاشیه دارد، می فرماید: این نسخه مکاسب اشتباه است، به جای «أو عودها إلى مالکها بهذا النحو من العود»، باید بگوید: «بهذا النحو من النقل»، هبه نقل است نه عود. به نظر ما سخن مرحوم شهیدی درست است.

ملزمیت نقل فضولی

مرحوم شیخ فرع دیگری را بیان می کنند به این عنوان که اگر فضولی أحد العینین را بفروشد، با توجه به اینکه عقد فضولی، صحتش متوقف بر اجازه مالک است، آیا معامله فضولی سبب لزوم معاطات می شود یا خیر؟ مرحوم شیخ سه صورت را بیان می کند؛ صورت اول: مالک اول اجازه دهد، صورت دوم: مالک دوم اجازه دهد و صورت سوم: یکی اجازه دهد و دیگری رد کند.

توضیح صورت های مذکور

زید به عمرو کتاب داده است و عمرو هم به زید گندم داده است. بکر کتابی که در دست عمرو است را به بیع فضولی به خالد می فروشد. در این فرع هم، مثل بقیه موارد، هم باید روی قول ملکیت بحث کنیم و هم روی قول اباحه. می فرمایند بنابر

اینکه مفید ملکیت باشد، اگر مالک اول، یعنی زید اجازه داد، بعید نیست بگوییم: اجازه آن نافذ است. اجازه زید، معنایش این است که از آن معاطاتی که بین او و عمرو شده است، رجوع کرده.

اگر عمرو که مالک دوم است، اجازه داد، شیخ می فرماید: «نفذ بغير اشكال»، چون مالک است و فرض این است که معاطات مفید ملکیت است. بعد می فرماید: روی قول اباحه «انعكس الأمر»، یعنی اگر مالک اول اجازه داد، «نفذ بلا اشكال»، چون رو قول به اباحه این مال هنوز در ملک زید است نه در ملک عمرو و اگر مالک دوم اجازه داد، «لم يبعد نفوذه»، نفوذ بعید نیست.

صورت دوم این است که یکی قبل از اجازه دیگری رد کند، شیخ می فرماید: هر کدام رد کرد آن نافذ است. و صورت سوم این است که اجازه و ردّ مقارن یکدیگر باشند، در زمان واحد، یکی اجازه بدهد و دیگری ردّ کند، شیخ می فرماید: باید اینجا روی دو قول بحث شود که اجازه را کاشفه بدانیم یا ناقله.

تطبیق

«و لو باع العين ثالث فضولاً»، اگر عین را شخص ثالثی به نحو فضولی فروخت، سه صورت دارد: یک: «فأجاز المالك الأول، على القول بالملك»، بنابراینکه معاطات مفید ملک باشد، مالک اول اجازه بدهد، «لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته و سائر تصرفاته الناقلة»، بعید نیست اجازه او را رجوع بدانیم از معاطاتی که بین زید و عمرو بوده است. «ولو أجاز المالك الثاني»، اگر مالک دوم اجازه داد «نفذ بلا اشكال»، چون مالک دوم که عمرو است، مال به معاطات ملک او شده است، پس اجازه او نافذ است.

«و ینعكس الحكم اشكالا و وضوحا»، از نظر اشکال و از نظر وضوح «على القول بالاباحة»، یعنی اگر معاطات را مفید اباحه دانستیم و مالک اول اجازه داد، «نفذ بلا اشكال»، چون فرض این است که زید مالک است و معاطات مفید اباحه بوده است. اگر عمرو اجازه داد، «لم يبعد نفوذ الإجازة»، بگوییم دایره اباحه تصرف آنقدر وسیع است که حتی اجازه را هم شامل می شود. چون فرض این است که اباحه مطلقه می کند. «ولكل منهما رده»، هر کدام می توانند رد کنند.

صورت سوم: «ولو رجع الاول»، «رجع»، یعنی رد کرد، «فأجاز الثاني»، ثانی اجازه داد، یعنی اجازه و رد در زمان واحد است. «فإن جعلنا الإجازة كاشفة»، اگر اجازه را کاشفه دانستیم، دو احتمال دارد؛ یک: «لغى الرجوع»، اجازه را که کاشفه دانستیم، کشف از ملکیت حین العقد می کند، لذا «ردّ»، یعنی رد ملکیت، پس رد اثر نمی کند و لغو می شود. «و یحتمل عدمه»، یعنی عدم لغو رجوع، «لأنّه رجوع قبل تصرف الآخر»، چون رجوع قبل از تصرف دیگری است.

باید بگوییم: اجازه کاشفه که کشف از ملکیت می کند، قید دارد، کشف از ملکیتی می کند که مقارن نباشد، «فینفذ و یلغو الإجازة»، یعنی رجوع نافذ است و اجازه لغو می شود. «و ان جعلناها ناقلة»، اگر اجازه را ناقله قرار دهیم، «ناقله»، یعنی در زمان اجازه ملکیت می آید، پس رجوع به عقد می خورد و عقد را رد کرده است، «و لغت الإجازة قطعاً»، اجازه قطعاً لغو می شود.

3. امتزاج

یکی دیگر از ملزومات معاطات که شیخ مطرح می کند امتزاج است. در معاطات اگر احد العینین یا هر دو عین، امتزاج یافت، مثلاً زید به عمرو گلاب داد و عمرو به زید شیر داد و عمرو گلاب را با آب مخلوط کرده است. آیا امتزاج موجب لزوم

معاطات است یا خیر؟ شیخ روی هر دو قول بحث می کند.

«و لو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك»، بنابر اینکه معاطات مفید ملکیت باشد، رجوع ساقط است و معاطات لازم می شود، چون تراژ ممنوع است. «و یحتمل الشریکة»، احتمال شرکت وجود دارد. شرکت بین چه کسی؟ آیا شرکت بین مالک دوم و آن مال دیگری که ممزوج شده است یا شرکت بین مالک اول و آن مالی که ممزوج شده است؟ مراد از شرکت یعنی شرکت بین مالک اول و آن مالی که ممزوج شده است، چون بحث در مقابل لزوم معاطات است.

و احتمال این است که معاطات لازم نیست، در نتیجه زید که گلاب به عمرو داده است، اگر عمرو با مال خودش مخلوط کند، زید و عمرو با هم شریک می شوند. و اگر عمرو با مال دیگری آن را مخلوط کرده باشد، زید با مالک آن مال ممزوج به شریک می شود. «و یحتمل الشریکة»، یعنی شرکت مالک اول با دیگری. «و هو ضعیف»، برای وجه ضعف، وجوهی بیان شده است که یک وجه در کلام محقق نائینی آمده است.

ایشان فرموده: شرکت در صورتی است که مالک حقی به آن اجزاء داشته باشد و اگر بخواهد حقی به اجزا داشته باشد، فرع بر امتیاز اجزاء است، ولی در جایی که مزج باشد و اجزا از یکدیگر امتیاز نداشته باشند، شرکت معنا ندارد. مثل اینکه من یک ظرف آب دارم و زید هم یک ظرف و آبها را با هم مخلوط کردیم، از نظر فقهی نمی توانیم بگوییم که شرکت وجود دارد، چون شرکت فرع بر این است که قابلیت امتیاز در آن باشد. تا اینجا روی قول به ملک.

«اما على القول بالاباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير»، بنابر اباحه؛ اصل این است که سلطنت بر مال ممزوجش دارد، «فیصیر المالك شریکاً مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج مُلْحَقاً له بالإتلاف»، اگر مزج این مال را ملحق به اتلاف کند. اگر گندم را با گندم مخلوط کنند، عرف نمی گوید اتلاف شد، ولی اگر آب با آب مخلوط کنند، ملحق به اتلاف است، «جری علیه حکم التلف»، همان حکمی که در باب تلف بیان کرده ایم که آیا تلف أحد العینین ملزم معاطات است یا خیر؟ همان حکم در این بحث هم جریان دارد.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين