در تاریخ ۲۹ اسفند ۱۳۷۶
بیع ـ مکاسب

جلسه 37

بسم الله الرّحمن الرّحيم
الحمدلله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

ملزميت تصرف تغير دهنده صورت ظاهري عين

«و لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة، و على القول بالملك، ففي اللزوم وجهان»

مرحوم شيخ می‌فرمايند: اگر بعد از معاطات، أحد الطرفين يک تصرف ظاهری در عينی که به دست آورده است، انجام دهد، مثلاً گندمی را که به معاطات بدست آورده، آرد کند، آيا اين تصرف ظاهری ملزم معاطات است يا خير؟

در اين فرع هم بايد بنابر هر دو مبناي قول به اباحه و ملكيت بحث كنيم. شيخ روي مبناي اباحه مي‌فرمايد: وجهی برای لزوم نداريم؛ بلكه اين گندم در ملک مالک قبلی باقی مانده است، لذا مالک قبلی می تواند رجوع كند و رجوع معنايش عدم لزوم معاطات است.

اما اگر قائل شديم به اينكه معاطات مفيد ملكيت است، دو احتمال وجود دارد؛ يک احتمال اين است كه آرد كردن گندم موجب لزوم معاطات نمی شود، زيرا همانطور كه قبل از آرد كردن، تراد العينين امكان داشت، الان هم تراد العينين امكان دارد و سابقاً عرض كرديم هر جا تراد العينين ممكن باشد، معاطات جايز است.

احتمال دوم اين است كه بگوييم اينجا تراد العينين ممكن نيست، چون گندم به آرد تبديل پيدا كرده است و تراد خود عينين ممكن نيست و اگر تراد العينين ممكن نشد، معاطات لازم می شود.

نكته مهم در اينجا اين است كه آيا تراد العينين ممكن است يا خير؟ چرا در اينجا ترديد داريم آيا تراد العينين ممكن است يا خير؟ مرحوم شيخ می فرمايند: اگر بخواهيم بگوييم: تراد العينين ممكن است، راهی جز استصحاب نداريم. در اين گندم قبل از اينكه آرد شود، تراد امكان داشت، حال كه آرد شده است، شک می كنيم تراد جايز است يا خير؟ آيا می توانيم جواز التراد را استصحاب كنيم يا خير؟

برای پاسخ به اين سوال بايد ببينيم در باب استصحاب، اينكه می گويند از شرايط استصحاب بقاء موضوع است، آيا بقاء به نظر عرف، ملاک است يا به نظر عقل؟ اين نزاعی است كه در كتاب رسائل هم آمده است، در رسائل زمانی كه مرحوم شيخ می فرمايد: يكی از شرايط استصحاب بقاء موضوع است، مثلا زيد دو سال پيش عادل بوده است، الان شک می كنيم آيا عادل است يا خير؟ موضوع كه خود زيد است، بايد باقی باشد، اگر موضوع باقی نباشد استصحاب جريان ندارد. در اينجا اختلاف دارند كه اين بقاء موضوع آيا به نظر العرف ملاک است يا به نظر عقل؟ اين اختلاف در بحث ما ثمره دارد.

گندم زمانی که به صورت اجزاء منفصله بود، ترادّش امکان داشت، گندم را شخص باز می گرداند به مالک قبلی و مال خودش را می گرفت و معاطات به هم می خورد. حال گندم تبدیل به آرد شده است، آرد یعنی همان گندم، منتها با اجزاء متصله. به عرف که مراجعه کنیم، می گوید: آرد غیر از گندم است، آن را تغییر در موضوع مي بيند، لذا با تغییر موضوع استصحاب جریان ندارد ونمی توانیم جواز التراد را استصحاب کنیم.

اما اگر گفتیم ملاک در بقاء موضوع، بقاء بحسب عقل است، عقل می گوید: آرد همان گندم است و از نظر ماهیت فرقی ندارند، نهایت اینکه گندم اجزایش منفصله است، ولی آرد، اجزایش متصل است. حال که عقل می‌گوید: موضوع واحد است، می توانیم جواز التراد را استصحاب کنیم.

فرق جواز در معاطات با جواز در عقد خياري

مطلب دیگری که شیخ بیان می کنند این است که جواز در معاطات، مانند جواز در عقد خیاری نیست. در دو سه بحث گذشته، مرحوم شیخ این مطلب را بیان کرده بوداند. در عقد خیاری بعد از اینکه عین تلف شود، همه فقها جواز را استصحاب می کنند، اما در معاطات با تلف هر دو عین یا با تلف أحد العینین معاطات لازم می شود. فرمودند: در عقد خیاری جواز متعلق به عقد است، اما در معاطات، جواز متعلق به معاطات نیست، بلکه متعلق به رجوع به عین است.

بنابراین وقتي می گوییم: معاطات یک معامله جایزه است، این جواز با جواز در عقد خیاری متفاوت است، این جواز، مانند جواز در باب هبه است. همانطور که در هبه، جواز متعلق به رجوع الي العین است و جواز عنوان حکم را دارد، در معاطات بنابر اینکه مفید ملک باشد، جواز عنوان حکم را دارد. در عقد خیاری که جواز متعلق به عقد است و استصحاب می کنیم، جواز به عنوان یک حق است و حق آثار و احکامی دارد، مثلا قابل اسقاط و انتقال به ورثه است، اما در معاطات یا در هبه، جواز، عنوان حکم را دارد، حکم قابل اسقاط انتقال به ارث نیست.

اما بنابر اینکه معاطات مفید اباحه باشد، جواز مانند همان جواز در اباحه طعام است، زمانی که مهماني می‌روید، صاحب خانه طعامی جلوی شما می گذارد، این طعام را برای شما مباح می کند. این اباحه تا مادامی باقی است که شما علم به کراهت باطنی صاحب خانه پیدا نکنید، زمانی که علم به کراهت باطنی صاحب خانه یافتید، تصرف برای شما جایز نیست. شیخ می فرماید روی قول به اباحه چنین حکمی دارد.

فرع: ملزمیت مرگ أحد المتعاطیین

اگر در معاطات متعاطیین هر دو موجود باشند و تراد العینین امکان داشته باشد، معاطات جایز است، می توانند هر کدام رجوع کنند، حال اگر أحد المالکین فوت کرد، آیا حق رجوع به ورثه انتقال می یابد؟

شیخ می فرماید: خیر، برای اینکه حق رجوع موضوعش مالک اصلی است و بعد از اینکه مالک اصلی از دنیا رفت، نمی توانیم آن را استصحاب کنیم.

فرع: ملزمیت جنون أحد المتعاطیین

آخرین فرع این است که اگر أحد المتعاطین مجنون شد، آیا جنون سبب می شود که معاطات لازم شود یا ولی مجنون قائم مقام

او در رجوع می شود؟

مرحوم شیخ می فرماید: بنابر هر دو قول ملک و اباحه، ولی قائم مقام می شود، لذا معاطات لازم نیست.

تطبیق

«و لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب»، اگر تصرف مغیّر للصورة و تصرف ظاهری انجام بگیرد، مثل آرد کردن گندم و برش پیراهن، «فلا لزوم على القول بالاباحة»، بنابر اباحه لزومی نیست، چون دلیلی نداریم که این مال از ملک مالک اصلی که مبیح است، خارج شده باشد، لذا می تواند رجوع کند، «و علي القول بالملک، ففی اللزوم وجهان»، بنابر قول به ملک، دو وجه است؛ لزوم و عدم لزوم.

«مبنيّان على جريان استصحاب جواز التراد»، اگر بتوانیم جواز تراد را استصحاب کنیم، معامله جایز می شود، چون گفتیم هر زمانی که جواز التراد باشد، معاطات لازم است. اگر نتوانیم جواز التراد را استصحاب کنیم، معاطات لازم می شود. منشأ تردید در استصحاب جواز تراد و عدم استصحاب چیست؟ «و منشأ الاشكال»، یعنی اشکال در جریان استصحاب، منشأش این است؛

«أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيّ أو حقيقيّ»، آیا اینکه در استصحاب موضوع باید باقی باشد، نظر عرف ملاک است یا نظر عقل؟ اگر ملاک عرف باشد، عرف بین آرد و بین گندم تفاوت قائل است، لذا الان کسی گندمی به شما امانت دهد و شما گندم را آرد کنید، برگردانید، می گوید: من به شما گندم داده ام و الان آرد می دهید؟ پس روی این نظر نمی شود استصحاب کرد، اما اگر بقاء را به نظر عقل قرار دهیم، عقل می گوید: آرد همان گندم است و تفاوتی بین آنها نیست، لذا می توانید استصحاب جواز تراد کنید.

«ثم انک قد عرفت مما ذکرنا»، به کتاب ما صفحه 91، سطر چهارم است. گاهی اوقات براي «مما ذكرنا» و «مما تقدم» آدرس می دهیم، برای این جهت است که مرحوم ایروانی می فرماید: این حرف شیخ که می گوید: «عرفت مما ذكرنا»، «لم نعرف مما ذكر الشيخ»، از آنچه قبلاً شیخ ذکر کرده است، چنین چیزی را نفهمیدیم.

«أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة»، جواز رجوع مثل فسخ در عقود لازمه نیست. در عقود جایزه، جواز به عقد تعلق دارد، لذا فسخ هم به عقد تعلق می یابد، در نتیجه جواز عنوان حق را دارد و قانون اولیه در حق این است که به ورثه منتقل می شود و قابل اسقاط است، اما جواز در معاطات، مانند فسخ در عقود لازمه نیست.

مراد از عقود لازمه، عقود لازم بالذات است، لذا منافاتی ندارد که بالعرض، یعنی به سبب وجود خیار جایز باشد و فسخ شود. لذا عقود لازمه بیع جایز را شامل می شود، چون بیع جایز، عقدی است که بالذات لازم است و بالعرض جایز است. «حتی» این فسخ در عقود لازمه «يورّث بالموت»، با موت به ارث رسیده می شود «و يسقط بالاسقاط ابتداءً»، ابتداءً اسقاط می شود، مي گويد که من حق خود را اسقاط کردم، «أو في ضمن المعاملة»، یا در ضمن معامله‌ای مي‌گويد.

«بل هو على القول بالملک»، این جواز در معاطات، بنابر ملکیت، نظیر رجوع در هبه است و بنابر اباحه، نظیر رجوع در اباحه طعام است، «بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني»، در اباحه طعام، حکم، مشروط به رضایت باطنی مالک است. «بحيث لو علم كراهة المالك باطناً»، اگر شخصی که تصرف می کند، علم یابد به کراهت باطنی مالک، «لم يجز له التصرف»، تصرف برای او جایز نیست.

البته یک اشکال مهمی اینجا به ذهن مي رسد اینکه بنابر قول به اباحه در معاطات، این اباحه، شرعیه است، چون از اول مرحوم شیخ پایه را گذاشتند که محل نزاع در جایی است که متعاطین قصد تملیک دارند و قبل از نقل کلام محقق ثانی گفتند: ولو اینکه متعاطین قصد تملیک دارند، اما شرعاً معاطات مفید برای اباحه است. پس این اباحه، شرعیه است، در حالی که آن اباحه ای که برای اباحه طعام است، مالکیه است، لذا قیاس اباحه در معاطات با اباحه طعام صحیح نیست.

فرع دیگر: «فلو مات أحد المالکین»، اگر أحد المالکین بمیرد، «لم یجز لوارثه الرجوع علی القول بالملك»، وارث بنابر قول به ملک، حق رجوع ندارد، «للاصل»، بعد از اینکه أحد المالکین مرد، شک می کنیم رجوع وارث اثر دارد یا خیر؟ اصل عدم تأثیر رجوع وارث است، «للاصل»، یعنی «لأصاله عدم تأثیر رجوع الوارث». «لأنّ مَن له و إلیه الرجوع»، کسی که برای او و به سوی او، رجوع است «هو المالک الاصلی»، مالک اصلی است.

«و لا یجري الاستصحاب»، الان هم مالک اصلی فوت کرده است و موضوع باقی نیست، لذا استصحاب جواز الرجوع از بین می رود. تذکر دو مطلب اینجا لازم است؛ زید بصورت معاطاتی کتاب به عمرو داده است و عمرو به زید گندم داده. عمرو فوت می کند، شیخ می فرماید: برای اینکه معاطات مفید ملکیت باشد، درست است که مال عمرو به ورثه او منتقل می شود، اما معاطات لازم می شود و ورثه حق رجوع ندارند.

دو نکته مربوط به این فرع

یک نکته این است که آیا زید می تواند رجوع کند یا خیر؟ در فقه مواردی داریم که یک طرف نمی تواند رجوع کند، ولی دیگری می تواند. در اینجا نکته اصلی این است که اگر أحد المالکین مرد و مال به ورثه منتقل شد، حکم صورتی را پیدا می کند که أحد المالکین مال را به عقد لازم به شخص ثالث منتقل کند، در آنجا شیخ فرمودند: عقد لازم، موجب لزوم معاطات است و اینجا هم اینگونه است.

بنابراین موت به منزله یک عقد لازم است، همانطور که در عقد لازم، انتقال به مالک دیگر می یابد، با موت هم انتقال پیدا شده است، با این تفاوت که انتقال در موت، قهری است، پس زید هم نمی تواند رجوع کند.

نکته دوم اینکه شیخ فرمود: «علی القول بالملک»، یعنی اگر معاطاتی واقع شد و قائل به اباحه شدیم، اگر أحد الطرفین بمیرند، معاطات لازم نیست.

ادامه تطبیق

«و لو جُنّ أحدهما»، اگر أحد مالکین مجنون شود، «فالظاهر قیام ولیّه مقامه»، ظاهر این است که ولی مجنون قائم مقام اوست «في الرجوع علی القولین»، در رجوع، هم بنابر اباحه و هم بنابر ملکیت.

تنبیه هفتم: در حقیقت معاطات بعد از لزوم

مرحوم شیخ از شهید ثانی مطلبی را نقل می کنند و بعد بر کلام ایشان تعلیقه ای می زنند، شهید ثانی در کتاب مسالک، این مسئله را عنوان فرموده که اگر یکی از ملزمات معاطات، مثل تلف واقع شود، آیا بعد از تلف معاطات، عنوان بیع را می یابد یا یک معاوضه مستقله است؟

در اینجا دو احتمال مطرح شده است که برای هر کدام دلیل می آورند؛ دلیلی که برای بیع بودن می آورند، این است که معاوضات در بین عقلاء، عناوین محصوره‌ای دارد، معاوضه یا اجاره است یا بیع است یا صلح یا هبه... . معاطات بعد از وقوع یکی از ملزمات قطعا اجاره، صلح و هبه نیست، چاره ای نداریم بگوییم بیع است.

اما دلیل بر اینکه یک معاوضه مستقله است، استصحاب است، استصحاب می گوید: قبل از تلف بیع نبوده است، بعد از تلف شک می کنیم آیا بیع است یا خیر؟ عدم بیعیت را استصحاب می کنیم؛ البته شهید تصریح و تعبیر به استصحاب نکرده است، فرموده: قبل از تلف بیع نبوده است، «فکیف تصیر بیعاً بعد التلف؟»، چطور معامله‌ای که ماهیتش بیع نیست بعد از تلف بیع شود؟ پس باید معاوضه مستقله باشد

خود شهید در ادامه برای هر دو دلیل می آورد و می فرماید: این نزاع ثمره دارد، و ثمره آن در این است که اگر گفتیم: معاطات بعد از تلف بیع است، احکام مختص به بیع در آن جاری است و اگر گفتیم معاطات معاوضه مستقله است، احکام مختص به بیع در آن جاری نیست.

تطبیق

«السابع أنّ الشهید الثاني ذکر في المسالك وجهین»، دو احتمال داده است، «في صیرورة المعاطاة بیعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلّة»، آیا معاطات بعد از تلف بیع است یا معاوضه مستقله؟ تلف خصوصیتی ندارد، گویا شهید ثانی، مرادش بعد از تحقق یکی از ملزمات معاطات است. «قال: یحتمل الأوّل»، احتمال دارد بیع باشد، به این دلیل که «لأنّ المعاوضات محصورة»، معاوضات عند العقلاء عناوین محصوره یا معینه دارند، یا اجاره هستند یا صلح یا هبه. «و لیست إحداها»، معاطات هیچ کدام از اینها نیست. «احداها»، یعنی غیر از بیع، اجاره، صلح و رهن نیست.

«و کونها معاوضة برأسها یحتاج إلی دلیل»، اگر معاوضه مستقله باشد، دلیل می خواهد که نداریم، لذا چاره ای نداریم که آن را بیع قرار دهیم. «و یحتمل الثانی»، معاوضه مستقله باشد، »لإطباقهم علی أنّها لیست بیعاً حال وقوعها»، چون اجماع دارند که معاطات در حال وقوعش، یعنی قبل از تلف، بیع نبوده است، «فکیف تصیر بیعاً بعد التلف؟».

برای تقویت بیان شهید ثانی، بگوییم: مراد ایشان استصحاب است. معاطات قبل از تلف بیع نبوده است، بعد از تلف شک می کنیم که بیع است یا خیر؟ عدم بیعیت را استصحاب می کنیم. «و تظهر الفائدة»، فایده در اینکه بیع باشد یا معاوضه مستقله، «في ترتّب الأحکام المختصّة بالبیع علیها، کخیار الحیوان»، مثل خیار حیوان که مختص به بیع است و آن هم مربوط به جایی است که حیوان برای مشتری باشد و شامل بایع نمی شود.

«لو کان التالف الثمن أو بعضه»، اگر تالف، ثمن یا بعض ثمن باشد. در مقابل اینکه اگر تالف خود حیوان باشد، مثلا با معاطات زید حیوانی را به عمرو داده است و عمرو پول به زید داده است. شهید ثانی بحث را اینگونه مطرح کرد که بعد از تلف ثمن آیا معاطات بیع است یا خیر؟ یعني بحث را برد روي تلف ثمن نه حیوان، چرا؟ چون اگر تلف را مربوط به حیوان بگیریم، پاي قانون «التلف فی ضمن الخیار، ممن لا خیار له» پیش مي آید، اگر در زمان خیار این حیوان تلف شد، «ممن لا خیار له» که بایع است. هر کجا این قانون جاری شود، آنجا بیع خود به خود منفسخ می شود و بیع که خود به خود منفسخ شد، موضوعی برای خیار وجود ندارد. پس «لو کان التالف الثمن»، برای این است که اگر تالف حیوان باشد، «یلزم من وجود الخیار، عدمه»، در حالی که می خواهیم ببینیم در این حیوان معاطاتي، خیار جاری است یا خیر؟ لذا حتماً باید تلف را متوجه ثمن کنیم.

«وعلی تقدیر ثبوته» ثبوت خیار حیوان، «فهل الثلاثة(آغاز سه روز) من حین المعاطاة، أو من حین اللزوم(تلف ثمن)؟ کلٌّ

محتمل. [علت آن اين است كه؛ اگر موضوع خيار را بيع فعلي عرفي بدانيم، اعم از اينكه شرعا هم بيع فعلي باشد يا بيع شأني، در اين صورت معاطات از حين وقوعش، بيع عرفي است، پس از همان زمان خيار مي‌آيد. اما اگر موضوع خيار را خصوص بيع فعلي عرفي و شرعي بدانيم، معاطات از ابتدا بيع شرعي نيست، بلكه پس از لزوم بيع شرعي مي‌شود. لذا از بعد لزوم خيار حيوان جاري مي‌شود.]

و يُشكِل الأوّل(كه خيار از هنگام معاطات جاري شود)؛ بقولهم: «إنّها ليست بيعاً»، وقتي بيع شرعي نيست، چگونه خيار حيوان در آن جاري شود؟! و[يشكل] الثاني بأنّ التصرّف ليس معاوضة بنفسها»؛ خيار، از آثار معامله است، و تصرف (يا تلف يا ملزمات ديگر)، به تنهايي معاوضه نيستند تا دنبال آنها خيار بيايد.

سپس مرحوم شهيد ثاني از اشكال دوم جواب مي‌دهد: «اللهم إلاّ أن يُجعَل المعاطاةُ جزءَ السبب والتلفُ تمامَه»؛ ممكن است كسي بگويد معاطات جزء السبب براي معامله است، و تصرف، جزء ديگر آن است و با آمدن تصرف، سبب معامله تمام و كامل مي‌شود، لذا از الان خيار حيوان مي‌آيد.

بالاخره شهيد ثاني نظر خود را مي‌دهد: «والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنّها ليست لازمة»؛اقوي اين است كه خيار حيوان در معاطات جاري نيست(و لو بيع بدانيم)، زيرا بر فرض بيع بودن هم مفيد لزوم نيست، بلكه مفيد جواز است، يعني خود بخود قابل فسخ است، خواه خيار حيوان باشد يا خير. پس وجود خيار حيوان لغو است.

«وإنّما يَتِمُّ على قول المفيد ومن تبعه»؛آري بر مبناي شيخ مفيد(رحمه الله) و پيروان ايشان كه معاطات را از ابتدا مفيد ملك لازم مي‌دانند(همانند بيع لفظي)، خيار حيوان مي‌آيد و لغو نيست.

«وأمّا خيار العيب(كالا معيوب بوده) والغبن(كلاه سرش رفته) فيَثبُتان على التقديرين»؛ چه معاطات بعد از تلف بيع باشد يا معاوضه مستقله، خيار عيب و غبن در معاطات جاري مي‌شود، (زيرا اينها مختص به بيع نيست، بلكه در تمام معاوضات جاري هستند).

«كما أنّ خيار المجلس منتفٍ. انتهى»؛ همانطور كه خيار مجلس قطعا در معاطات جاري نيست، چون خيار مجلس در معامله‌اي ثابت است كه از اول بيع لازم باشد و فقط خود مجلس، عامل فسخ اوست، و حال آنكه معاطات حتي بر فرض بيع بودن، از ابتدا بيع متزلزل و جايز است نه لازم.
اين پايان كلام شهيد ثاني(قدس سره).

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين