

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

ادامه تنبيه هفتم: عنوان معاطات بعد از حدوث یکی از ملزمات

«و الظاهر أنَّ هذا تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة، و أمّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم»

مرحوم شیخ در تنبيه هفتم مطلبی را از شهید ثانی نقل کردند که ایشان فرموده: در معاطات، بعد از اینکه تلف یا یکی از ملزمات محقق شد، آیا معاطات بیع می شود یا اینکه یک معاوضه مستقل است و عنوان بیع را ندارد؟ در جواب خودشان گفتند: هر دو احتمال در اینجا وجود دارد.

مرحوم شیخ انصاری (أعلى الله مقامه الشریف) می فرماید: طرح این نزاع بنابر مذهب خود شهید ثانی است که قائل است: معاطات مفید اباحه است، اما بنابر مذهب مشهور که می گویند: معاطات مفید ملکیت جایزه است، این نزاع معنا ندارد و از اساس لغو است، چون همانطور که محقق ثانی تصریح کرده است، کسانی که قائل هستند به اینکه معاطات مفید ملکیت متزلزله است، قائل هستند به اینکه از ابتدا هم بیع عرفی است و هم بیع شرعی است. بنابراین معنا ندارد بگوییم: بعد از تلف آیا عنوان بیع را دارد یا عنوان معاوضه مستقلة؟

اما روی نظریه شهید ثانی که معاطات را مفید اباحه می داند، معاطات در ابتدا بیع عرفی است. عرف در باب «بیع»، نظر نمی کند که آیا ملکیتی منتقل شده است یا خیر؟ همین مقدار که کسی مالی در اختیار داشته باشد و برای او اباحه مطلقه وجود داشته باشد، می گوید: بیع است، اما شرع در صورتی می گوید: بیع است که ملکیت برای طرفین محقق شده باشد.

بنابراین روی نظریه شهید ثانی که معاطات را مفید اباحه می داند، معنا دارد گفته شود: معاطاتی که عنوان بیع عرفی را دارد، آیا بعد از حصول تلف نسبت به احد العوضین، تبدیل به بیع شرعی می شود یا اینکه شارع هیچ گاه این را به عنوان بیع تلقی نمی کند؟ بلکه شارع می گوید: این معاطات عنوان معاوضه مستقلة را دارد.

مراد از معاوضه در کلام شهید ثانی

در آخر مطلب هم مرحوم شهید، عبارتی دارند که پاسخ از اشکال مقدر است. فرموده است: معاطات «معاوضة جائزة او لازمة؟» شیخ می فرماید: این عبارت هم مبنی بر همان مذهب خود شهید است. کسی فکر نکند که شهید زمانی که می گوید: جایز است یا لازم؟ مراد این است که بیع است؛ بلکه مراد از کلمه معاوضه در عبارت شهید، معاوضه اصطلاحی نیست.

معاوضه اصطلاحی این است که هر مالی منتقل می شود به دیگری، در عوض مالی است که از دیگری به او منتقل شده است. معاوضه اصطلاحی، نقل در ملکیت است. اما شهید که فرموده است: معاطات معاوضه، مرادش معاوضه لغوی است. معاوضه لغوی، یعنی چیزی را عوض چیز دیگر قرار دهیم. گاهی اوقات اباحه عوض از اباحه است. پس شهید که قائل است به اینکه معاطات مفید اباحه است، مرادش معاوضه در خود اباحه است.

بنابراین اینکه می فرماید: جایز است یا لازمه؟ یعنی بعد از تلف آیا اباحه در معاطات، اباحه لازمه می شود یا جایزه باقی می ماند؟ بعد از این توضیح، شیخ یک «فتأمل» دارند که در تطبیق معنا می کنیم.

تطبیق

«و الظاهر أنَّ هذا تفریع علی القول بالإباحة فی المعاطاة»، «هذا»، یعنی این نزاع که بعد از تلف أحد العینین، آیا معاطات بیع می شود یا معاوضه مستقله؟ بر قول به اباحه در باب معاطات است. «و أمّا علی القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل»، بنابر اینکه مفید ملکیت جایزه باشد، «فیلغی الکلام فی كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم»، کلام لغو می شود در اینکه آیا معاوضه است یا بیع متزلزل قبل از لزوم؟ یعنی قبل از تلف أحد العینین.

«حتی یتبعه حکمها بعد اللزوم»، تا اینکه پشت سر در آید حکم بیعیت بعد از لزوم. «حتی» غایت بر نزاع است که اگر گفتیم: قبل از لزوم، بیع متزلزل است، بعد از لزوم حکم بیعیت را می یابد. قبل از لزوم بیع بودنش مسلم نبوده است، اما بعد از لزوم و بعد از تلف قطعاً عنوان بیع را دارد.

«اذ الظاهر»، البته در بعضی از نسخه های مکاسب دارد «إذ الظاهر أنَّه عند القائلین بالملك المتزلزل بیع بلا إشکال»، آنهایی که قائلند به اینکه معاطات ملک متزلزل است. «بیع»، یعنی هم بیع عرفی و هم بیع شرعی، «بلا اشکال فی ذلک عندهم»، هیچ اشکال در این بیع نیست در نزد قائلین به ملک متزلزل، «علی ما تقدم من المحقق الثانی»، صفحه 82، سطر 14.

«فإذا لزم»، اگر ملزومی محقق شد، «صار بیعاً لازماً»، بیع لازم می شود، «فیلحقه أحكام البیع»، احکام بیع بر آن مترتب می شود، «عدا ما استفيد من دلیله ثبوته للبیع العقدي»، غیر از حکمی که از دلیلش استفاده شود مختص به بیع عقدی است، بیع عقدی را شیخ معنا می کند: «الذی میناه علی اللزوم لولا الخيار»، عقدی که مبنایش بر لزوم است، یعنی لزوم از اول است، یعنی مقتضی لزوم در آن است لولا الخيار، مثل خيار مجلس که در بیعی وجود دارد که اگر نبود، مثلاً اسقاط شده بود، بیع لازم بود.

این اشاره دارد به همان فرمایشی که مرحوم شهید در عبارتشان داشته اند که اگر گفتیم: معاطات بعد از تحقق احد الملزمات بیع می شود، فقط احکامی که برای مطلق بیع است، در آن جریان دارد، اما آن احکامی که برای «بیع من اول الامر» که همان بیع عقدی است باشد، در آن جریان ندارد، که یکی از آنها خيار مجلس است که برای بیعی است که من اول الامر بیع است.

«و قد تقدم أنَّ الجواز هنا»، جواز در باب معاطات، معنایش این نیست که لولا جواز، از اول لازم است، چراکه گفتیم: جواز در اینجا «لا یراد به ثبوت الخيار»، از آن خيار اراده نمی شود. جواز در باب معاطات، عنوان جواز در باب هیه را دارد، حکم است، اما جواز در باب خيار، حق است. بنابراین بین آنها تفاوت ماهوی وجود دارد. یک تفاوت آن، در اینجا ظاهر می شود که در جواز در عقد خیاری، می توانیم بگوییم: این عقد لولاخيار من اول الامر لازم است، اما در جواز در معاطات، نمی توانیم بگوییم: این معاطات لولا این جواز از اول الامر لازم است.

«و کیف کان» را دو جور احتمال داده اند؛ یک. جواز در معاطات، مانند جواز در عقد خیاری باشد یا نباشد. احتمال دیگر که

به نظر صحیح است، این است که بگوییم: خود شهید این نزاعی را که مطرح کرده، قبول داشته باشد که متفرع بر اباحه است و یا قبول نداشته باشد، نظر را بیان می کنیم.

«فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي»، اقوی این است که معاطات بنا بر اباحه، بیع عرفی است نه بیع شرعی، همین مقدار که مالی در اختیار انسان قرار گیرد و بتواند هر تصرفی در آن انجام دهد، عرفاً بیع است، اما در بیع شرعی حتماً باید ملکیت منتقل شده باشد. «لم يصحّح الشارع و لم يمضه»، شارع به آن نمی گوید.

«إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه»، قبلاً خواندیم در ملزومات معاطات، وقوع عقد لازم و جایز روی أحد العينين هم در حکم تلف است. «و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر»، بعد از تلف، احکام بیع بر این معاطات مترتب می شود، غیر از حکمی که اختصاص دارد دلیل آن به بیعی که من الاول الامر صحیح باشد.

این مطلب غیر از آن مطلبی است که خواندیم «عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي» آنجا گفتیم که احکامی داریم، مثل خیار مجلس که بیع عقدی با قطع نظر از آن، خودش مقتضی لزوم را دارد. اما در اینجا مطلب دیگری را شیخ بیان می کند، می فرماید: روی قول به اباحه، بعد از تحقق یکی از ملزومات، بیع شرعی می شود و احکام بیع هم بر آن مترتب می شود.

الا آن احکامی که از دلیلش استفاده کنیم، به معامله ای اختصاص دارد که بیع من الاول الامر باشد و اینجا معاطات فرض بر این است که من الاول الامر مفید اباحه بوده است و بعد بیع شرعی شده است.

اشکال محشین به شیخ

محشین به مرحوم شیخ اشکال کرده اند که تمام احکامی که برای بیع داریم، از ادله آنها استفاده می شود که مخصوص بیعی است که من اول امر، بیع صحیح شرعی باشد. لذا طبق این اشکال محشین برای استثنائی که شیخ بیان کرده، مثالی نداریم.

«و المحكي عن حواشي الشهيد»، مرحوم شیخ پاسخ از یک اشکال مقدری را شروع می کنند، شیخ فرمود: نظریه شهید در مسالک، روی قول به اباحه است، ولی مرحوم شهید در حواشی عبارتی دارد که با بیان اینجا، سازگاری ندارد. شهید می فرماید: «أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة»، معاطات یک معاوضه مستقلة است، «جائزة او لازمة»، چه جایز باشد، چه لازم.

این جایز و لازم، کشف از این می کند که شهید از اول قبول دارد که معاطات، عنوان معامله شرعی را دارد. زمانی که می گوید: «جائزة او لازمة»، یعنی جایزه قبل از تلف و «او لازمة»، یعنی بعد از تلف، این «او» در کلام شهید «او» تردید نیست؛ بلکه «او» تنويع است، یعنی قبل از تلف جایز و بعد از تلف لازم است.

شیخ پاسخ می دهد: اولاً: «و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة»، روی نظریه خودش که معاطات مفید اباحه است، نظر داده است و ثانیاً: «و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى»، لفظ «معاوضه» سبب توهّم متوهم شده است، متوهم می گوید: شهید قبول دارد که معاطات از ابتدا یک معاوضه شرعی است، پس چرا می گوید لم يمض الشارع؟

شیخ می فرماید: اگر شهید از معاوضه، معاوضه اصطلاحی را اراده کرده باشد، توهّم شما جا دارد، ولی این معاوضه در کلام شهید ثانی معاوضه لغویه است، یعنی ولو اینکه اباحه به عوض اباحه باشد. «و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى»، هر کدام از عینین مباح است به عوض اباحه عین دیگر.

«لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى»، این معاوضه بعد از اینکه لازم می شود، مقتضی ملک نیست. «و لابد أن يقول»، شهید چاره ای ندارد که قائل شود «بالإباحة اللازمة»، به اباحه لازمه. اینجا شیخ یک حرفی بر گردن شهید می گذارد که فقها جواز و لزوم را از خصوصیات ملک قرار داده اند، چه ملک مسبب بوده است یا سبب و اختلاف می کردند که آیا ملکیت جایزه است یا لازمه؟

اما شیخ می فرماید: شهید جواز و لزوم را وصف اباحه هم قرار می دهد، اباحه دو گونه است؛ اباحه جایزه و اباحه لازمه. اینکه می فرماید: «فلا بد ان يقول»، نه اینکه اشکالی ندارد، یعنی شهید باید ملتزم به این حرف شود که هیچ کس به آن ملتزم نشده است.

«فافهم»، اشاره به چند مطلب دارد، مرحوم سید می فرماید: این چه حرفی است که در مورد شهید می زنید؟ شاید او قائل به این باشد که بعد از تلف، ملکیت لازمه حادث می شود و اگر ملکیت حادث شد، بیع شرعی می شود و اباحه لازمه نداریم.

تنبيه هشتم: حکم معاطات قولی

در بین معاملات معاطاتی، موردی را داریم که قدر متیقن از معاطات است و همه آن را به عنوان معاطات تلقی می کنند و آن همانی است که محل نزاع همه علماست، یعنی موردی که بایع با اعطاء، قصد تملیک کند و دیگری با اخذ، قصد تملک کند. این معاطات، محل بحث است که آیا مفید ملکیت است یا مفید اباحه؟

مطلبی که مرحوم شیخ در تنبیه هشتم عنوان می کند، این است که اگر با یک انشاء قولی غیر جامع شرایط، معامله انجام دهند، مثلاً دو نفر در معامله خود یکی از شرایط انشاء قولی، مثلاً ماضویت، عربیت، تقدم ایجاب بر قبول، بنابر اینکه معتبرشان بدانیم، رعایت نکنند، آیا با انشاء قولی غیر جامع شرایط، معاطات واقع می شود یا خیر؟

سه نظریه وجود دارد: 1. معاطات است مطلقاً، 2. معاطات نیست مطلقاً، 3. اگر قبض محقق شود، معاطات است و اگر قبض محقق نشود، معاطات نیست. قبل از بیان تفصیل این سه نظریه، در محل نزاع دو نکته وجود دارد:

نکته اول: این نزاع روی مذهب مشهور صحیح است. نه روی مذهب شیخ انصاری. بین شیخ و مشهور یک اختلافی است که شیخ در صفحه 86، به آن اشاره کرده است. مشهور قائلند برای لزوم معامله، باید الفاظ به کار برده شود آن هم با شرایط خاصی. مشهور می گوید: هم لفظ باید باشد و هم ماضویت و عربیت و...، اما شیخ انصاری قائل است: برای لزوم معامله، مطلق اللفظ کافی است ولو اینکه ماضویت و عربیت در کار نباشد.

روی نظریه شیخ که مطلق اللفظ کافی است، نزاع معنا ندارد. با انشاء قولی غیر جامع شرایط هم عقد لازم می شود و مسئله تمام می شود، اما روی نظریه مشهور، معامله، عقد لازم نیست، لذا بحث می کنیم که آیا معاطات است یا خیر؟

نکته دوم: اینجا که می گوییم: آیا با انشاء قولی غیر جامع شرایط، معاطات محقق می شود یا خیر؟ در صورتی است که بعد از انشاء با فعل خارجی قصد جدید انشاء در کار نباشد. اگر یکی گفت: می خرم و دیگری گفت: می فروشم و لفظ غیر معتبری به کار بردند، بعد فروشنده با خود اعطاء قصد انشاء کرد و خریدار هم با گرفتن قصد تملک کرد، از محل نزاع خارج است. بعد از آنکه با اعطاء و اخذ، قصد انشاء شود، انشاء قبلی لغو می شود.

«الثامن لا إشكال في تحقق المعاوضة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصّة و العامّة»، معاطات مصطلح كه محل نزاع و محل آراء است، در كجا محقق می شود؟ «بما إذا تحقّق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل»، جایی كه با فعل قصد انشاء شود. در بيع عقدي می گوییم: با «بعت و اشتریت» قصد انشاء می كنیم، ولی در معاطات با اعطا خارجی قصد انشاء می شود، منتها یا قصد تمليك می شود یا اباحه، «بالفعل و هو قبض العينين»، با فعل كه همان قبض عینین است.

«أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم»، اگر با قولي كه جامع شرایط لزوم نباشد، ممكن است به ذهن برسد كه غيرجامع شرایط لزوم، درمقابل صحت است، زیرا در معاملات همینگونه است، شرایط صحت، مثل اینکه عوضین باید معلوم باشند. جهل نباید در آن باشد و... از شرایط لزوم معامله است، ولی لفظ از شرایط لزوم معامله است نه از شرایط صحت معامله، همانطور كه مرحوم اصفهانی در حاشیه مكاسب فرموده است.

«فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي»، ابتدا خصوصیت اول را بیان می كنند كه اگر گفتیم زاید بر مطلق اللفظ چیز دیگری لازم نیست، «كما قوينا سابقاً»، در صفحه 86، سطر 11، شیخ در آنجا به این نتیجه رسید كه برای لزوم معامله، لفظ هم لازم نیست، ولی فرمود: چون فقها اجماع دارند برای لزوم، لفظ لازم است و ما نمی خواهیم با اجماع فقها مخالفت كنیم، نصف آن را قبول کرده و نصف دیگر را قبول نمی كنیم. می گوییم: لفظ لازم است، ولی مطلق اللفظ.

«بناءً على التخلّص بذلك»، یعنی با اكتفا به مطلق اللفظ تخلص یافتیم از اتفاق فقها بر توقف عقود لازمه بر لفظ، «فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً»، روی این نظریه كه مطلق اللفظ کافی است، اشكالی نیست كه معامله با مطلق اللفظ، عقد لازم می شود. و این نزاع معنا ندارد.

«و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ»، اموری مثل ماضویت و عربیت، «فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي»، این انشاء قولي كه جامع شرایط نیست، «إلى حكم المعاوضة مطلقاً»، چه قبض باشد چه نباشد؟ این يك قول است، «او بشرط تحقق قبض العين معه»، یا عین باید همراه انشاء قولي قبض شود، این هم قول دوم است. عبارت كتاب های ما كم دارد، باید بعد از «معه»، «او لا يتحقق به مطلقاً»، باشد. معاطات محقق نمی شود مطلقاً چه قبض باشد چه نباشد؟ این هم نظریه سوم.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين