

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

ادامه تنبيه هشتم: حكم معاطات با الفاظ غير جامع شرايط لزوم

«و ظاهر تصريح جماعة منهم المحقق و العلامة، بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير».

در تنبيه هشتم، بحث در اين بود كه اگر عقدي با صيغه فاقد «لبعض الشرائط»، در معامله بين دو نفر منعقد شود، آیا اين عقد، عنوان معاطات را دارد يا خير؟ يعني در صورتي كه طرفين بخواهند انشاء معامله را با همين الفاظي كه فاقد شرايط است، انجام دهند و در قبض و اقباض قصد انشاء نکنند؛ بلکه قصد انشاء را فقط با همين الفاظ «غير جامعه للشرائط» داشته باشند، آیا معاطات محقق مي شود يا خير؟

مرحوم شيخ در اینجا سه نظريه بين فقها مطرح کردند؛ نظريه اول: معاطات است مطلقاً. نظريه دوم: معاطات است به شرط تحقق قبض. اگر در عالم خارج قبض تحقق پيدا کرد اين الفاظ مي شود معاطات، والا كالعدم است. و نظريه سوم: معاطات نيست مطلقاً، چه قبض تحقق پيدا کند، چه تحقق پيدا نکند.

از کلمات مرحوم محقق ثاني و شهيد ثاني، نظريه اول استفاده مي شد. عبارت محقق ثاني از کتاب «صيغ العقود» و عبارت شهيد ثاني از کتاب «روضه» را بيان کردند. ظاهر اين دو عبارت اين بود كه اگر طرفين با الفاظ غير واجد شرايط، معامله را انجام دادند، همين الفاظ عنوان معاطات را دارد.

استفاده نظريه سوم از عبارت مرحوم محقق اول و علامه حلي

در مقابل نظريه اين دو نفر، از کلام مرحوم محقق اول و مرحوم علامه حلي، قول اخير استفاده مي شود. اين دو فقيه فتوا دادند به اينکه اين الفاظ كالعدم هستند و عنوان معاطات را ندارد چرا؟ بحثي داريم كه بعداً هم مطرح مي كنيم. بحث اين است كه اگر عقد فاسدي بين دو نفر واقع شد، مثلاً عربيت را معتبر بدانيم، عقد را غير عربي خواندند. ماضويت را معتبر بدانيم، عقد را غير ماضي خواندند. بعد از اين عقد فاسد، مشتري مبيع را قبض کرد، مرحوم علامه و مرحوم محقق فتوا دادند به اينکه مشتري مالک اين مبيع نمي شود و اگر مبيع را قبض کرد، ضامن است و بايد در صورت تلف قيمت يا مثلش را بپردازد.

شيخ انصاري مي فرمايند: کلمه «فاسد» در اين عبارت مرحوم محقق اول و مرحوم علامه حلي «لو قبض مبتاعه بالعقد الفاسد»، دو احتمال دارد كه روي هر دو احتمال، ما نحن فيه داخل در آن است.

احتمال اول: عهدي که شرائط معتبره در صيغه را ندارد. احتمال دوم: عقد فاسد اعم از معنای اول باشد، عهدي که یا شرائط صيغه را ندارد، یا شرائط عوضین یا متعاقدين در آن وجود ندارد. روي هر دو احتمال، ما نحن فيه را شامل مي شود. ما نحن فيه، يعني آنجائي که الفاظي که واجد شرائط نیست. اگر با چنین الفاظي، عقد را منعقد کردند، این دو فقيه فرمودند: عقد فاسد مي شود و مالي که در اثر این عقد، قبض مي شود، مشتري یا بايع مالک نمي شوند و اگر در دستشان تلف شد، ضامن هستند.

از فتوای محقق و علامه حلي استفاده مي کنيم که چنین معامله اي را مصداق معاطات نمي دانند. اینکه مال مقبوض به عقد فاسد، در يد هر کدام موجب ضمان باشد، معنایش این است که عقد فاسد را قائم مقام معاطات نمي دانند، چون اگر قائم مقام معاطات مي دانستند، نباید حکم به ضمان مي کردند.

جمع صاحب مفتاح الکرامه بين کلمات این چهار فقيه

صاحب کتاب مفتاح الکرامه، مرحوم فقيه عاملي، بين نظري که محقق ثاني و شهيد ثاني دادند و نظري که امروز از محقق اول و علامه حلي بيان کردیم، جمع کرده است. ایشان فرموده: اینکه مرحوم محقق اول و علامه حلي در مقبوض به عقد فاسد، فتوای به ضمان دادند، مربوط به جائي است که اذن در معامله و تصرف، مقید به صحت معامله بوده باشد.

يعني بايع که به مشتري اذن مي دهد در مبيع تصرف کند، اذنش مقید به صحت معامله بوده است، لذا حالا که معلوم شد قيد منتفي است و معامله صحيح نیست، «إذ انتفي القيد انتفي المقيد»، اگر قيد منتفي شد، مقید هم منتفي مي شود، يعني ديگر اذن در کار نیست. و اما آنچه که مرحوم محقق ثاني (محقق کرکي) فرمودند «لو أوقع البيع بغير ما قلنا و علم التراضي منهما كان معاطاة»، مربوط به جايي است که اذن در تصرف، مقید به صحت معامله نیست؛ بلکه اذن در تصرف «علي نحو الإطلاق» موجود است، اعم از اینکه معامله اش صحيح باشد یا نباشد. کلام شهيد ثاني هم مربوط به همین مورد است.

پس خلاصه جمع بين این دو فتوا، بر طبق نظر صاحب مفتاح الکرامه این شد که بين این دو مورد، تغاير موضوعي وجود دارد. آنچه را که محقق اول و علامه حلي فرموده، مربوط به جائي است که اذن مقید به صحت معامله باشد و آنچه که محقق ثاني و شهيد ثاني فرمودند، مربوط به جايي است که مقید به صحت معامله نیست. اذن مطلق است.

صاحب مفتاح الکرامه در دنباله کلامش، مي فرماید: کلام مرحوم محقق ثاني و شهيد ثاني که بر اذن مطلق حمل کردیم را، به دو صورت مي توانيم فرض کنیم که نتیجه اش مشترک است. فرض اول: متعاملين بعد از این عقد فاسد، یک تراضي جديد پیدا کنند، يعني حالا که فهمیدند عقد فاسد است، بگویند: یک تراضي جديدي داریم و بر طبق آن، انشاء جديدي بشود و در نتیجه معاطات محقق شود.

فرض دوم: تراضي جديدي در کار نباشد؛ بلکه همان اذن اول از ابتدا مطلق باشد. مي گویند: اعم از اینکه معامله صحيح باشد یا نباشد، اذن در تصرف هست. نتیجه هر دو فرض این است که بعد از فساد معامله، هر کدام مي توانند تصرف کنند و اگر مي توانند تصرف کنند، معنایش این است که معاطات واقع شده است.

نقد شيخ نسبت به جمع صاحب مفتاح الکرامه

مرحوم شيخ به جمع صاحب مفتاح اشکال مي کنند. در مقام اشکال کلمات ایشان، به حسب ظاهر عبارتشان، مقداري به نظر، نامنظم است، ابتدا به فرض دوم کلام مفتاح الکرامه اشکال مي کنند و بعد چهار اشکال به فرض اول وارد مي کنند. و نتیجه این مي شود که نه فرض اول که براي کلام محقق ثاني و شهيد ثاني بيان گردید، درست است و نه فرض دوم که براي کلام محقق اول

اشکال به فرض دوم

فرض دوم این بود که اذن در تصرف من اول الامر، مطلق است. طرفین می‌گویند: اجازه می‌دهیم هر کدام در مال دیگری تصرف کند، چه معامله صحیح باشد، چه نباشد. شیخ می‌فرماید: اذن یک امر ضمنی و تبعی است. بایع صریحاً نگفته: من به تو اجازه می‌دهم تصرف کنی، اعم از اینکه این معامله صحیح باشد یا فاسد. بله، اگر اذن صریح بود، فرمایش صاحب مفتاح تام بود.

اما اذن در اینجا اذن ضمنی است یعنی چه؟ یعنی فرض این است که بایع گفته: «بعت» و مشتری گفته: «اشتریت»، این تملیک اذن در تصرف را در بر دارد. گویا بایع می‌گوید: حالا که من می‌خواهم مال را به تو تملیک کنم در ضمنش یک اذن ضمنی و تبعی وجود دارد در اینکه تصرف کن. پس اذن داخل در تملیک است. تملیک هم نتیجه انشاء است، اگر گفتیم انشاء فاسد است، تملیک وجود ندارد و اگر تملیک وجود نداشت، اذن هم وجود ندارد.

در ادامه مرحوم شیخ چهار اشکال به فرض اول وارد می‌کنند که بعد از تطبیق بیان می‌کنیم.

تطبیق

«و ظاهر تصریح جماعة، منهم المحقق»، محقق علی الإطلاق، محقق اول است، صاحب کتاب شرایع. آن محقق که قبلاً خواندیم، محقق ثانی است که از محقق ثانی به محقق کرکی هم تعبیر می‌شود. «و العلامة»، چه فرمودند: «بأنه لو قبض ما ابتاعه»، اگر مشتری آنچه را که به عقد فاسد خریده است، قبض کند، «بالعقد الفاسد لم يملك»، مالک نمی‌شود، «و کان مضموناً علیه»، این مقبوض مضمون است بر مشتری. مضمون است، یعنی اگر این تلف شد، باید مثلش را بدهد.

«هو الوجه الأخير». «هو»، خبر «ظاهر» است. ظاهر این جماعت در این مسئله، وجه اخیر است که عقد فاسد موجب معاطات نمی‌شود. چرا؟ «لأن مرادهم بالعقد الفاسد»، چون مرادشان از عقد فاسد، «إمّا خصوص ما كان فساداً من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة»، یا فساد از این جهت است که شروط صیغه مختل است. «كما ربما يشهد به»، شهادت می‌دهد به این مطلب، «ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة، وقبل شروط العوضين و المتعاقدين»، مرحوم محقق و علامه، بعد از اینکه در کتاب معاملاتشان، شروط صیغه را فرمودند و قبل از اینکه شروط العوضین و شروط المتعاقدين را بگویند، مسئله که «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد» را گفته‌اند. پس باید مرادشان از عقد فاسد، عقدي باشد که یکی از شرائط صیغه را ندارد.

«و إمّا يشمل هذا و غيره» یا شامل می‌شود «هذا»، یعنی اینکه اختلال از جهت شروط صیغه باشد و «غيره»، یعنی از جهت شروط متعاقدين و شروط عوضین باشد. «كما هو الظاهر»، ظاهر این مسئله‌ای که عنوان کردند، همین است. این ظاهر از کجا آمده؟ از کجا می‌گویید: «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد»، عقد فاسد شمول دارد، هم اختلال «من جهة الصيغة» را می‌گیرد، هم اختلال از جهت شروط عوضین و متعاقدين را؟

از این جهت که کلمه «عقد فاسد» اطلاق دارد. «ما ابتاعه بالعقد الفاسد»، عقد فاسد یک لفظ مطلق است. پس وجه ظهور، این اطلاق است.

«و كيف كان»، اعم از اینکه معنای اول را اراده کرده باشد یا معنای دوم، «فالصورة الأولى داخلّة قطعاً»، صورت اولی قطعاً

داخل است، یعنی جایی که اختلال از جهت شروط صیغه است. «و لا يخفى أن الحكم فيها»، در صورت اولی حکم به ضمان، «بالضمان مناف لجريان حكم المعاطاة»، با جریان حکم معاطات منافات دارد. اگر ضمان نباشد، معنایش این است که این حکم معاطات را دارد، لذا حالا که می‌گویند: ضمان وجود دارد، به این معناست که این عقد فاسد کالعدم است و عنوان معاطات هم ندارد.

«و ربما يجمع بين هذا الكلام»، فتوای محقق اول و علامه حلی، «و ما تقدّم من المحقق و الشهيد الثانیین»، خلاصه جمع این بود که بین این دو فتوا، تغایر موضوعی وجود دارد. «فیقال: إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد»، موضوع مسئله در کلام علامه و محقق حلی در عدم جواز تصرف به عقد فاسد، «ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة»، جایی است که علم پیدا کنیم که رضایت مقید به صحت معامله است، لذا اگر معامله صحیح نباشد رضایت وجود ندارد.

«فإذا انتفت الصحة»، وقتی صحت معامله منتفی شد، «انتفى الإذن» اذن هم منتفی می‌شود. «لترتب على زعم الصحة»، چون اذن مترتب بر گمان و اعتقاد به تصرف است، «فكان التصرف تصرفاً بغير إذن»، حالا که معامله معلوم شد فاسد است، این تصرف، تصرف به غیر اذن می‌شود. تصرف به غیر اذن یعنی چه؟ یعنی «و أكلاً للمال بالباطل»، چون اکل مال به باطل می‌شود.

چرا اکل مال به باطل است؟ «لأنحصار وجه الجل»، حلیت تصرف، منحصر است در یکی از این امور، «في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراضٍ أو هبة، أو نحوها»، «نحوها»، یعنی نحو هبه، نحو هبه چیست؟ «من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض»، اقسام رضایت به اکل مال، بدون عوض. چون در حقیقت خود هبه، معامله نیست. در اول کتاب «البيع» خواندیم؛ در حقیقت هبه، تملیک است، اما معاوضه نیست.

«و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض»، بیع و تجارت، هر دو منتفی هستند، چرا؟ «بمقتضى الفرض»، فرض مسئله این است که عقد فاسد است پس نه بیع است و نه تجارت. «و كذا البواقي»، مثل هبه و نحو هبه، اینها هم منتفی هستند، «للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف»، «من» در «من جهة»، نشویه است، تعلیقیه نیست. قطع ناشی می‌شود از جهت اعتقاد متعاملین به صحت معامله.

چون اعتقاد به صحت معامله داشتند، اذن در تصرف دادند. پس اگر معامله صحیح نباشد، قطع پیدا می‌کنیم به «عدم الرضا بالتصرف»، «بعدم»، متعلق به قطع است. قطع داریم به عدم رضایت به تصرف، «مع عدم بذل شيء في المقابل»، در صورتی که شیئی در مقابل به عنوان عوض وضع نشود. «فالرضا المقدم كالعدم»، چون رضایت مقدّم، متوقف و مقید به صحت معامله بود، حالا که معامله صحیح نیست، می‌شود کالعدم.

تا اینجا صاحب مفتاح الکرامه مورد موضوع فتوای محقق حلی و علامه حلی را بیان کرد. از «فإن تراضيا» می‌خواهد بگوید که موضوع کلام محقق ثانی و شهید ثانی، جایی است که رضایت مقید به صحت معامله نیست. و اینکه رضایت مقید به صحت معامله نباشد، به دو صورت قابل تصویر است:

فرض اول: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد»، اگر هر دو بعد از علم به فساد راضی به عوضین بشوند، «و استمرّ رضاهما»، آن رضایت قبلی، حالا در لباس یک رضایت جدید استمرار پیدا کند، «فلا كلام في صحة المعاملة»، کلامی نیست در اینکه، معامله صحیح است، «و رجعت إلى المعاطاة»، و به معاطات برمی‌گردد.

فرض دوم: «کما إذا علم الرضا من أوّل الأمر»، همانطور که علم دارد به رضایت «من اول الامر»، «بإباحتهما»، که متعاملین اباحه کردند، «التصرّف بأيّ وجه اتّفق»، یعنی اباحه مطلقه به هر وجهی که می‌خواهد باشد، «سواء صحّت المعاملة أم فسدت»، اعم از اینکه معامله صحیح باشد یا فاسد، «فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء»، جائی که اباحه و اذن از اول، مطلق است، دیگر مصداق برای بیع فاسد نیست.

به حسب ظاهر ممکن است که استبعاد کنید چطور شیخ از «فإن تراضيا»، وارد بیان موضوع کلام محقق ثانی و شهید ثانی می‌شود؟ بعداً که جواب شیخ را می‌خوانیم، از آن استفاده می‌شود که شیخ این را به عنوان دو فرض از مرحوم مفتاح الکرامه نقل می‌کند و مرحوم مفتاح الکرامه می‌خواهد به عنوان بیان موضوع فتوای محقق ثانی و شهید ثانی، این دو فرض را عنوان کند.

از «أقول» اشکال شیخ به فرض دوم شروع می‌شود. برای اینکه عبارت یک مقدار روشن‌تر شود، نام فرض اول را تراضی جدید می‌گذاریم و فرض دوم را تراضی مطلق.

مرحوم شیخ می‌فرماید: «المفروض»، «في محل الكلام» یا بگوییم: «في كلامهما»، یعنی در کلام محقق ثانی و شهید ثانی، این است که «أنّ الصیغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمّن إلّا إنشاءً واحداً»، صیغه‌ای که فاقد بعضی از شرائط است، متضمن یک انشاء بیشتر نیست.

مراد از «انشاء» در اینجا، منشأ است. انشاء خود لفظ است از نظر اصطلاح، ولی در اینجا، خود شیخ هم می‌گوید مراد، «هو التملیک»، پس «انشاء» یعنی منشأ، «ولیس الّا» دیگر چیز دیگری نداریم. منشأ تملیک است. «و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا یوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التملیک»، این مقدار موجب بقاء اذنی که در ضمن این تملیک بوده، نمی‌شود، «بعد فرض انتفاء التملیک»، بعد از این که فرض کردیم، معامله فاسد است، معامله که فاسد شد، تملیک منتفی است.

پس خلاصه جواب این شد که اگر این اذن، اذن صریح بود، اذن صریح می‌تواند مطلق باشد. به این صورت که بگوید: من به تو اجازه می‌دهم در مالم تصرف کنی، چه معامله‌ای که الان می‌خواهیم منعقد کنیم، صحیح باشد یا فاسد. اما اذن ضمنی، قابلیت اطلاق ندارد. اذن ضمنی به تبع تملیک است. اگر تملیک باشد، آن هم هست. اگر گفتید: عقد فاسد است، تملیک منتفی شد، اذن هم منتفی می‌شود.

چهار اشکال شیخ به فرض اول

مرحوم شیخ چهار اشکال به فرض اول که اسمش را تراضی جدید گذاشتیم، دارند:

اشکال اول: تراضی جدید، خارج از محل نزاع است. در درس گذشته، گفتیم محل نزاع این است که آیا به خود این انشاء فاسد، می‌توانیم بگوییم معاطات، در جائی که بعد از این انشاء فاسد، انشاء دیگری و تراضی دیگری محقق نشود؟

اشکال دوم: برخلاف ظاهر کلام محقق ثانی و شهید ثانی است. شهید ثانی می‌گوید: اشاره، در جائی که قدرت بر نطق نیست، را معاطات می‌دانیم، نه اینکه یک تراضی جدیدی بعد از آن باشد.

اشکال سوم: تراضی جدید در موردی معنا دارد که متعاملین بعد از معامله، علم به فساد پیدا کنند. والا اگر علم به فساد پیدا نکنند، دیوانه نیستند که بگویند: یک تراضی جدیدی هم داشته باشیم. تراضی جدید، بعد از علم متعاملین به فساد معقول است، در حالی که کلام فقها در این بحث مطلق است. می‌خواهند ببینند آیا این انشاء فاسد، معاطات هست یا نه؟ اعم از اینکه متعاملین

علم به فساد پیدا کنند یا نکنند.

تطبيق

«والموجود بعده»، از اینجا به نظر ما شیخ وارد اشکال به فرض اول می شوند که مجموعاً چهار اشکال می کنند؛ اشکال اول: «إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض»، اگر «والموجود بعده»، یعنی بعد التملیک یا بعد از عقد فاسد، یک انشاء دیگر در ضمن تقابض باشد، «خرج عن محلّ الكلام»، از محل نزاع خارج می شود، «لأنّ المعاطاة حينئذٍ إنّما تحصل به»، چون معاطات به این انشاء دوم محقق می شود، «لا بالعقد الفاقد للشرائط»، نه به عقد قبلی.

«مع»، اشکال دوم است. «أنّك عرفت أنّ ظاهر كلام الشهيد و المحقّق الثانیین حصول المعاوضة»، اشکال دوم این است که تراضی جدید بر خلاف ظاهر کلام این دو فقیه است. این دو فقیه کلامشان ظهور دارد در حصول معاوضه، «و المراضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع» به خود آن اشاره ای که به قصد بیع است. «و بنفس الصیغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما»، نه آن تقابضی که بعد از اشاره و بعد از صیغه حاصل می شود.

«و منه يعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاواة»، «منه»، یعنی از همین ظهور کلام محقق ثانی و شهید ثانی دانسته می شود فساد آنچه که مفتاح الکرامه ذکر کرد. «ذکره»، فاعلش جامع است که جامع همان مفتاح الکرامه است. «بتراضی جدید بعد العقد غیر مبنی علی صحّة العقد»، گفت: معاطات با یک تراضی جدید بعد از عقد حاصل می شود که آن تراضی مبنی بر صحت عقد نیست.

«ثمّ إنّ ما ذكره»، گاهی اوقات فقیه یا مصنّفی هنگام نوشتن کتاب، امروز مطلبی را به یک جا می رساند، فردا که شروع می کند به نوشتن دنباله مطلب، متوجه نیست که از اصل مطلبی که امروز می خواهد شروع کند، قبلاً یکی دو خط نوشته، مجدداً دوباره می نویسد. از «والموجود بعده»، اشکال به تراضی جدید شروع شد، دیگر در اینجا نیاز به «ثمّ» نیست. اینها مانعی ندارد.

اینها اشکال به عبارت شیخ نیست. در نوشتن یک کتاب، این مسائل طبیعی است. چون شیخ از ابتدا هم مکاسب را به عنوان یک کتاب درسی ننوشت؛ بلکه به عنوان بیانیه نظریه خودش بوده است، درس خارج شیخ بوده. ممکن است که امروز در درس نسبت به تراضی جدید دو تا اشکال به ذهنش رسیده است، فردا در درس، دوباره دو تا اشکال دیگر به ذهنش رسیده. خواستند آن دو تا اشکال را هم در کتابشان بنویسند، لذا از این «ثمّ» شروع می کنند به بیان دو تا اشکال دیگر که مجموعاً با آن دو تا اشکال قبلی، چهار تا اشکال می شود.

اشکال سوم: «ثمّ إنّما ذكره من التراضی الجديد بعد العلم بالفساد»، اشکالش چیست؟ «مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد»، اختصاص دارد به جائی که هر دو علم به فساد داشته باشند. والاّ اگر بایع و مشتری علم به فساد نداشته باشند، تراضی جدید پیدا نمی کنند. «مع اختصاصه» تراضی جدید اختصاص دارد، «بما إذا علما بالفساد، دون غیره»، یعنی غیر علم به فساد، از صور دیگر.

مگر چه اشکالی دارد بعد از علم به فساد، تراضی جدید کنند؟ می فرمایند: «مع أنّ كلام الجميع مطلق»، «الجميع»، یعنی جمیع فقها. جمیع فقها که بحث می کنند آیا انشاء فاسد، جای معاطات هست یا نه؟ کلامشان مطلق است، یعنی اعم از اینکه متعاملین علم به فساد معامله داشته باشند یا نداشته باشند.

«یرد علیه»، اشکال چهارم است، چون عبارت این بود: «ثمّ إنّما ذكره من التراضی الجديد بعد العلم بالفساد، مع» یعنی علاوه بر این اشکال، «یرد علیه». ان شاء الله اشکال چهارم را روز شنبه عرض می کنیم.

وصلَّى الله على محمد و آله الطاهرين