

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

بیان بعضی از نقوض مرحوم کاشف الغطاء به مفید اباحه بودن معاطاة:

بحث ما درباره ی ادله ی صحت معاطاة که ثابت می کردیم که معاطاة عقد صحیحی است و مفید ملک است تمام شد. تقریباً بخش زیادی از آیات و روایاتی که خواندیم، ثابت می کردند معاطاة عقد صحیح و مفید ملک است. یک مطلبی را جناب شیخ اعظم در مکاسب دارند که خواسته اند بگویند که آیا با قطع نظر از این ادله، می شود بر اساس فرمایش کاشف الغطاء اثبات کنیم که معاطاة مفید ملک است؟ یا نمی شود؟ ما با توجه به این که ادله تام بودند، تفصیلاً نمی خواهیم وارد این بحث شویم. اما چون شیخ بیان فرموده اند و بزرگان هم متعرض این مساله می شوند ما هم اجمالاً این نکته را عرض می کنیم.

کاشف الغطاء گفته اند اگر کسی قائل شد که معاطاة مفید اباحه است باید از او پرسیم تا کی اباحه دارد؟ حرف مشهور تقریباً این است که این اباحه تا آن جا ادامه دارد که یک تصرفی که متوقف بر ملک است انجام شود. آن موقع ما یک ملکیت آنما قبل از تصرف داریم که آن تصرف را درست می کند. مثلاً ما با معاطاة کنیزی را تعاطی کردیم و به کسی دادیم. این معاطاة مفید ملک نیست بلکه مفید اباحه است. این اباحه، اباحه ی تصرف است لذا کنیز برایش خدمت می کند. حالا اگر خواست مثلاً

کنیز را وطئ کند، یعنی تصرفی خواست بکند که متوقف بر ملکیت است. یا مثلاً خواست کنیز را بفروشد، یا خواست وقفش کند، خب وطئ و بیع و وقف و یک سری تصرفات داریم که در فقه این ها متوقف بر ملک هستند. مشهور این جا می گویند ما یک ملکیت آنآ مایی قبل از تصرف داریم که این ملکیت، تصرف را درست می کند. خلاصه ی مدعای آن ها این است که خود معاطاة مفید اباحه است ولی اگر تصرفی شد که مشمول "لا بیع إلا فی ملک" شد یا مشمول "لا وقف إلا فی ملک" شد، آن موقع باید یک ملکیت آنآ ما، قبل از این تصرف وجود داشته باشد.

مرحوم کاشف الغطاء خواسته اند بگویند که اگر کسی این قول را بگوید دچار محذوراتی می شود و این محذورات سبب می شود که ما دست از قول برداریم و بگوییم معاطاة مفید ملک است. یعنی ایشان فتوی می دهد به این که معاطاة تفید المملکیة. چرا؟ به خاطر این که اگر معاطاة افاده ی اباحه کند آن هم با این ذیل و بندهایش، مستلزم این است که قواعد جدیدی در فقه تاسیس شود که هیچ فقیهی به آن ملتزم نمی شود و چون این قول باطل است پس قول به ملکیت درست است. شیخ می خواهند بفرمایند که ما باید ببینیم با قطع نظر از این ادله ای که ما گفتیم، آیا به صرف این فرمایش کاشف الغطاء می شود چنین حرفی زد؟ یا باید بگوییم که این حرف هایی که کاشف الغطاء فرموده، استبعاداتی هستند که کاشف الغطاء قائل است و إلا می شود این ها را حل کرد و این ها به تنهایی برای باطل شدن آن قول و درست شدن ملکیت در معاطاة کافی نیست.

## نقض اول:

جناب شیخ می فرماید اولاً مطلبی که کاشف الغطاء بیان فرموده است این است که عقود تابع قصود هستند. عقود - بیع است مثلاً، نکاح است، طلاق است، عقود به معنای اعم مد نظر است - این ها تابع قصود هستند. باید قصد شوند. این ها عناوینی هستند که باید قصد در آن ها باشد تا مُنشأءشان محقق شود. لذا خاطرتان باشد ما در بحث های اصول هم که آخوند در احکام وضعیه با شیخ درگیر بود، باز به همین قاعده تمسک می کرد. آخوند می گفت نمی شود شما در بعث و اشتريتُ بگوئید که من قصد ملکیت کردم. شیخ می گفت ملکیت به وجود نمی آید، اباحه ی تصرف به وجود می آید و ما از آن انتزاع ملکیت می کنیم. آخوند می گفت که قاعده به هم می خورد. اگر بایع یا مشتری قصد ملکیت می کنند خب آن چه که قصد کرده اند باید واقع شود و إلا "ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع" می شود. عقود تابع قصود هستند و این قانون روشن و مسلم فقهاء است. این قانون یعنی هر چه که قصد شده است محقق می شود و هر چه که قصد نشده است محقق نمی شود. این قانون دو تا بعد ایجابی و سلبی هم دارد.

لذا اگر قانون این باشد، کاشف الغطاء می گوید آن را در معاظاة پیاده اش کنید. بحث ما سر این بود که شما أخذ و إعطایی دارید که به قصد ملکیت است. در اقوال که بررسی می کردیم همین بود. اگر قصد ملکیت در آن نباشد که بحثی در آن نداریم. اما اگر أخذ و إعطایی به قصد ملکیت داشتیم و ما با قصد تملیک و تملک می دادیم و می گرفتیم، خب شما می گوئید این قصد ملکیت کرد اما از آن اباحه در آمد! در حالی که قصد اباحه نکرده است. پس آن چه که قصد کرد محقق نشد و آن چه

محقق شده مقصود نبوده است. کاشف الغطاء می گوید این قانون به هم می خورد. اگر ملتزم به این می شوید که یک قانون جدیدی در فقه تاسیس کنید و بگویید عقد ها تابع قصد ها نیست، حرفی نداریم و می توانید بگویید که معاطاة مفید اباحه است.

حالا چون اولی و دومی اش به هم خیلی مرتبط هستند من اشکال دوم کاشف الغطاء را هم می گویم. خدا محقق خوئی را رحمت کند. حسنی که فرمایش ایشان دارد این است که اشکال دومی را هم توسعه داده اند. ما برای این که معطل نشویم از همین بیان ایشان استفاده می کنیم. خوب دقت کنید چون هر دو تا ادامه ی یک تحلیل است.

### نقض دوم:

ایشان می گوید یک قاعده ی دیگر هم هست که شما باید به آن ملتزم شوید و آن این است که بگویید تصرف، مملک است! در حالی که هیچ کسی این را قبول نمی کند. بر اساس حرف شما، یا باید بگویید چون قصد تصرف کرده اند، قصد به تنهایی یا قصد به اضافه ی تصرف، روی هم رفته، این ها باید مملک باشند. همین مثالی که الان گفتید این بود که چون خواسته است و طئ کند، این نوع تصرف سبب شده است که یک ملکیت آنی قبل از تصرف به وجود بیاید. چون قصد کرده است که و طئ کند، یا قصد کرده است که بیعی انجام دهد یا قصد کرده است که وقفی انجام دهد. تا قصد این تصرف را

می کند یا خود تصرف - حالا یا قصد به تنهایی یا خودش یا با هم - این ها مملک می شوند. کاشف الغطاء می گوید ما در اسباب تملیک این چیز ها را نداریم.

بله! ایشان مثال قشنگی هم می زند و شیخ هم این را در مکاسب آورده است. ایشان می گویند اگر شما به کسی گفتید این عبد من را از طرف من آزاد کن! در واقع در این جمله شما قصد کرده اید که او مالک عبد شود و بعد که مالک عبد شد، آن را آزاد کند. عیبی ندارد. چون مورد نیت و منظور شماست. این فرق دارد با معاطاتی که شما از اول قصد تملیک داشتید ولی محقق نشده است. از آن یک اباحه ای در آمده و این اباحه ادامه پیدا کرده است تا یک تصرفی انجام شده و این تصرف مملک می شود. خب این طوری که نمی شود! لذا کاشف الغطاء دو تا استبعاد جدی گذاشته است در مقابل این نظریه که می گوید این أخذ و إعطائی که به قصد تملیک انجام شده، از آن اباحه در می آید و این اباحه، ادامه پیدا می کند تا یک تصرفی که مملک است محقق شود.

### پاسخ مرحوم شیخ به نقض اول:

جناب شیخ به استبعادات کاشف الغطاء جواب داده است. ایشان گفته اند:

اولا آن قانون، محترم و سر جایش هست. عقود تابع قصود هستند. چرا؟ چون باید بپرسیم که این قانون را کجا و چرا پیاده می کنیم؟ قانون مذکور در عقد صحیح پیاده می شود. اگر یک عقدی صحیح بود بله! باید قانون پیاده شود و بگوییم هر چه مورد قصد است محقق می شود و هر چه که مورد

قصد نیست محقق نمی شود و این معنای صحت عقد است. اصلاً چرا این را می گوئیم؟ به خاطر صحت عقد این را می گوئیم. عقد صحیح اقتضاء می کند که بایع هر چه را قصد کرده است، محقق شود و مشتری هر چه را قصد کرده است محقق شود و چیزی را هم که قصد نکرده اند محقق نشود چون معنای صحت عقد همین است. اما در ما نحن فیه، معاطاة از نظر آقایان عقد باطلی است! آقای کاشف الغطاء! شما آن قاعده ای که موضوعش عقد صحیح است را نباید در معاطاتی پیاده کنید که قائلین به اباحه می گویند عقد فاسدی است. اگر قائلین به اباحه ی معاطاة می گفتند این عقد، صحیح است که دیگر حرفی نداشتند و می گفتند که مفید تملیک است. آن ها می گویند چون عقد فاسدی است لذا قانون عقود تابع قصد است کنار می رود. حالا چه می ماند؟ می گویند اباحه ی شرعی را شارع قائل شده است. این چه اشکالی دارد؟! این اباحه ی شرعی، تابع قصد آن ها که نیست. شما راست می گوئید که قصد آن ها تملیک بوده است اما عقد فاسد است. پس کأن قائلین به اباحه می خواهند بگویند که شما پرونده ی عقد بودن معاطاة را کنار بگذارید چون عقد فاسد شد و هیچ چیزی هم از آن در نیامد. اما شارع از روی ادله ای که دارند - مثل سیره - به یک اباحه ی شرعی قائل شده است.

پاسخ مرحوم شیخ به نقض دوم:

بله! اگر کسی می گفت که این اباحه، اباحه ی مالکی است یعنی اباحه ای است که مستند به فعل و قصد مالک است، در این صورت اشکال شما وارد بود. این اباحه، اباحه ی شرعی است و شارع اباحه

ی شرعی قائل شده است نه اباحه ی مالکی. این اباحه ی شرعی یک حکم شرعی و یک تعبد شرعی است. مثل لقطه ای که دست شما می افتد. قبلا در توضیح اقوال این را بحث کرده ایم. این اباحه، اباحه ی شرعی است نه اباحه ی مالکی. شارع یک تعبدی داده است. اباحه ی شرعی هم وجود دارد و بحث تمام می شود. قانون "العقود تابعة للقصود" هم دنبال کار خودش می رود.

بعد جناب شیخ می خواهد بفرماید در همین فضا که ما یک اباحه ی شرعی داریم، یک تعبدی از شارع داریم، چون قانون "لا بیع إلا فی ملک" و "لا عتق إلا فی ملک" و "لا وقف إلا فی ملک" و "لا وطئ إلا فی ملک" را ما قائل هستیم، چنین اباحه ای از سوی شارع، تملیکی را قبل از تصرف درست می کند. دلیل دارد دلالت می کند. لذا نه آن اشکال اول شما وارد است و نه این اشکال دوم شما وارد است.

یعنی شیخ می فرماید در فضای قول به اباحه و فساد عقد معاطاتی ما نمی توانیم قائلین به اباحه را ملزم به چیز خاصی بکنیم. هیچ قاعده ی جدیدی تاسیس نشده است. شما - آقای کاشف الغطاء - فضای ذهنی تان این است که می خواهید اباحه را مالکی کنید و تصرف مملک را از باب قصد مالک وارد قضیه کنید و بعد اشکال می کنید و می گوئید اصلا چنین تملیکی مورد نظرش نبوده است بلکه یک تملیک مطلق از اول مورد نظرش بوده که آن هم محقق نشده است. ولی حرف ما این است که اصلا مساله ی قصد و نیت و فعل احد المتعاقدين نیست! آن عقد باطل شد و رفت! مساله، یک اباحه است که اباحه ی شرعی هم هست. مساله، یک تملیکی است که تملیک شارع است نه تملیکی که به معاطاة بر گردد.

این فرمایش جناب شیخ است. حالا یک سری نقض ها هم وارد می کند که ما خیلی به بحث نقض ها کاری نداریم و اصل این دو دیدگاه را داریم بررسی می کنیم.

اشاره ای اجمالی به محاکمه ی مرحوم خوئی بین مرحوم شیخ و کاشف الغطاء:

این وسط یک فرمایشی محقق خوئی در محاکمه ی این دو دیدگاه دارند. ایشان می خواهند بفرمایند که حق با شیخ است اما ما می توانیم فرمایش کاشف الغطاء را یک طور دیگری هم تجزیه و تحلیل کنیم. من یک کلیتی از فرمایش ایشان می گویم. شما عبارت ایشان را در جلد 36، ملاحظه کنید.

ایشان می خواهد به جناب شیخ بگوید که اگر قائلین به اباحه، می خواهند بگویند که اباحه تا آخر در معاطاة می ماند و این معاطاة به هیچ وجه مشمول ادله ی بیع نمی شود، اگر تا آخر این طوری است، حق با شماست و همین طوری که شما فرمودید کاملاً درست است. حق با شماست چون این ها تا آخر می خواهند بگویند که پرونده ی معاطاة را به عنوان بیع باطل ببندید و اصلاً ما بیعی به نام بیع معاطاتی نداریم. معاطاة نزد شارع، عقد باطلی است. وقتی معاطاة کنار برود همینی می شود که شما می گوئید یعنی اباحه ی شرعی و نه اباحه ی مالکی از سوی شارع بنا به دلالت دلیل درست می شود و هیچ اتفاق دیگری هم نمی افتد. ربطی هم به قصد و نیت مالک و تصرفی که مالک اجازه داده باشد و این تصرف بخواهد مملک باشد، ندارد.



اما اگر قائلین به اباحه می خواهند بگویند این معاطاة اباحه دارد تا یک زمانی و از یک زمانی به بعد - مثل آن تصرف خاص - دیگر مشمول ادله می شود. مثلا این اباحه ادامه دارد تا وقتی که این آقا بخواهد کالا را بفروشد. وقتی خواست بفروشد دیگر مالک می شود. آقای خوئی می خواهد بگوید که اگر این ها بخواهند بگویند که معاطاة به قصد تملیک، مفید اباحه است تا وقتی که بخواهد این مال را بفروشد یا وقفش کند و از این جا به بعد است که داخل ادله می شود اگر این را بخواهند بگویند، ما می توانیم مساله ی عقود تابع قصود هستند را این جا پیاده کنیم. ما می توانیم اشکال دوم این ها را هم این جا جواب بدهیم. یعنی آن اشکال مملکیت تصرف را. می توانیم اگر آن ها این طوری بگویند آن اشکال را به طرز دیگری جواب بدهیم که دیگر نه قاعده ی عقود تابع قصود هستند به هم بخورد و نه مملکیت تصرف پیش بیاید. حالا عبارات ایشان را ملاحظه کنید تا این شاء الله جلسه ی بعد خدمت شما باشیم.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.