

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مروری بر جلسات گذشته:

ما ادله ی صحت معاطاة را تمام کردیم و نشان دادیم که ادله ی متعددی از جهت لفظ و سیره بر صحت معاطاة و افاده ی ملک توسط آن داریم. اما یک بحثی در مکاسب مطرح شده است و آن این که اگر أخذ و إعطاء به قصد ملکیت صورت بگیرد ولی ما بگوییم که ولو این که متعاطیین با قصد ملکیت دارند أخذ و إعطاء می کنند اما با این وجود مفید اباحه است - که این قول به مشهور نسبت داده شده است - آیا این مستلزم این است که قواعد جدیدی در فقه به وجود بیاید و لذا قول باطلی است؟ و بعد از حرف نتیجه بگیریم که از این طریق می شود اثبات کرد که أخذ و إعطایی که به قصد ملکیت است مفید ملک باید باشد؟ یعنی این حرف، قول ما را تایید کند؟ کاشف الغطاء از این مسیر سیر کرده اند. جناب شیخ در مکاسب یک بحثی را تحت عنوان استبعادات کاشف الغطاء بررسی کرده اند که لولا دلالت ادله ی صحت معاطاة آیا خود این استبعادات می تواند مساله را حل کند؟

استبعاد اول این بود که اگر این أخذ و إعطاء به قصد ملکیت باشد و در عین حال افاده ی اباحه کند قانون العقود تابعة للقصد به هم می خورد. توضیح هم دادیم که این قانون یک عقد ایجابی و یک عقد سلبی دارد. یعنی آن چه که واقع می شود مقصود است و آن چه مقصود نیست واقع نمی شود. می

خواستند بگویند فتوایی که مشهور می دهند این قاعده را خراب می کند. هم در عقد ایجابی اش چون این ها قصد ملک کرده اند اما واقع نشده است، هم در عقد سلبی اش چون قصد اباحه نکرده اند اما اباحه واقع شده است.

جواب شیخ این بود که این قانون در عقد صحیح جاری است نه در عقد فاسد! و آن جا که می گوئیم عقود تابع قصود هستند اگر عقدی صحیح بود اصلاً معنایش این است که آن چه که "ما قُصِد" بوده است محقق می شود. معنا ندارد که یک عقدی صحیح باشد ولی "ما قُصِد" آن محقق نشود و "ما وقع" آن "لم یقصد" باشد. اصلاً معنای صحت عقد همین است.

اما مشهور در فضایی حرف می زنند که یک عقدی صحیح نباشد و معاطاة را هم عقد باطل می دانند. اگر مشهور ثابت کردند که معاطاة عقد باطلی است خب دیگر نمی شود آن را به قانونی که در عقد صحیح جاری است نقض کرد. بعبارة آخری، اباحه در این جا اباحه ی عقدی نیست! این اباحه از عقد نیامده است که من بگویم ما قصد لم یقع! که ملکیت باشد و بگویم ما وقع لم یقصد! که اباحه باشد. بلکه آن عقد باطل شد و این اباحه، اباحه ی شرعی است. اباحه ی شرعی مثل همان تعبدات شرعیه است. مثلاً شارع می گوید مارّه می تواند از این درختی که شاخه اش بیرون افتاده است استفاده کند. این اباحه، اباحه ی شرعی است. شارع می گوید اگر یک چیزی را باد در منزل شما انداخت این نزد شما امانت شرعی است و مثلاً می توانید بعضی کارها را انجام بدهید. اگر تصرفاتی را شارع در این موارد جائز دانست، این تصرفات از عقد نشأت نمی گیرد که شما قانون را برای آن پیاده کنید.

حالا استبعاد دوم را هم بگوییم چون محقق خوئی در مورد هر دو تای آن ها یک ملاحظاتی دارند. در مورد قاعده ی دومی که به عنوان اشکال بر فتوای به اباحه ی معاطاة مطرح شده است کاشف الغطاء می گوید که فتوای مشهور اقتضاء می کند که من قصد تصرف یا خود تصرف را مملک بدانم! بگوییم که یکی از اسباب مملکه این است که یک کسی قصد کند در یک چیزی تصرف کند! یا خود تصرف مملک باشد نه قصد آن - حالا عبارت مکاسب کمی مفصل است - در صورتی که ما چنین چیزی را در فقه نداریم. بله! شیخ آن جا فرموده اند که در فقه این را داریم که اگر شما به کسی گفتید که این عبت را از طرف من آزاد کنید. معنای این حرف این است که این عبت را به من ببخش، به من تملیک کن و بعد از طرف من آزادش کنید. یعنی اولاً عبت را ببخش و بعد قبول وکالت کند و بعد آزاد کند تا از طرف شما باشد. شیخ این را ذیل این بحث در مکاسب دارد. می گوید این جا می شود این حرف را زد. می شود اگر کسی آمد گفت شما صد تومن از طرف من صدقه بدهید، معنایش این است که صد تومن از مالتان را به من تملیک کنید و بعد هم شما از جانب من وکیل هستید و بعد هم از طرف من صدقه اش بدهید. شیخ می گوید چون این جا التفات به این اثر وجود دارد، حیث مملکت قابل بحث است. این جا بحثی نداریم. اما در معاطاة فرض بر این است که از اول چنین چیزی وجود نداشته است. متعاطیین از اول قصد تملیک مطلق کرده اند که این هم توسط شارع الغاء شده است. وقتی شارع گفت که این أخذ و إعطاء برای تملیک صلاحیت ندارد و اصل قضیه خراب شد، دیگر به این حیث التفاتی وجود ندارد که بگوییم این را ببخشید، وکیل شوید و بعد تصرف کنید! این حرف ها در آن نیست. وقتی این ها در آن نباشد ما هستیم و یک اباحه. این اباحه ادامه دارد تا این که یک تصرفی متعاطیین انجام می دهند که این تصرف متوقف بر ملک است. عرض کردم مثلاً می خواهد این

کنیز را وطئ کند یا می خواهد این خانه را که با أخذ و إعطاء گرفته است و الان اباحه ی تصرف دارد را وقف کند، می خواهد این خانه را بفروشد، از آن طرف قوانین شرعی ای داریم که "لا بیع إلا فی ملک"، "لا وقف إلا فی ملک"، "لا وطئ إلا فی ملک"، "لا عتق إلا فی ملک"؛ صحت وطئ یا ملکیت می خواهد و یا ازدواج. خلاصه این که اگر این خواست تصرفی کند که متوقف بر ملک است، ولی مورد معامله برای او مباح بوده است، این جا چه می توانیم بگوییم؟ مجبورید بگویید که این تصرف، مملک است. بگویید که همین وطئ، مملک است. چاره ای ندارید! این بیع مملک است، این تصرف و فروختن، مملک است. باید فتوی بدهید که یا خود تصرف و یا قصدش مملک است و این هم قابل قیاس با آن مساله ی إعتق عنی نیست که بگوییم "إعتق عبدک عنی" چون در این مورد خیلی واضح است که التفتات در آن هست و در واقع شما از او طلب می کنید و او هم با این تصرفش دارد تملیک می کند. توجه دارد. پس قانون دومی که به وجود می آید این است که قصد تصرف و یا خود تصرف باید از اسباب تملیک باشد.

جوابی که جناب شیخ به این استبعادات کاشف الغطاء می دهد این است که چه اشکالی دارد که بگوییم این نوع تصرف مملک است؟! چه اشکالی دارد که بگوییم که این تصرف مملک است اگر جمع بین ادله چنین مملکتی را اقتضاء کند؟! بله! یک بار از قبل خودم می گویم خب این طوری نمی شود اما یک بار جمع بین ادله این را می گوید. جمع ادله چه چیزی است؟ معطاء مفید اباحه است. اباحه هم هر نوع تصرفی را اقتضاء می کند. از آن طرف هم دلیلی دارم که می گوید "لا بیع إلا فی ملک". معاطاة اباحه ی تصرف دارد اما اباحه ی تصرف که فرد را مالک نمی کند چون استصحاب حاکم بر

این است که این ملک مردم است اما برای شما مباح است که تصرف کنید. یعنی بقاء ملکیت شما را در این مالی که در اختیار من قرار داده اید استصحاب می کنیم و بر اساس این معاظاة شارع برای من اباحه ی تصرف قائل شده است. از طرف دیگر دارم که "لا بیع إلا فی ملک" مجبورم بگویم که این تصرف آنما ما ایجاد ملکیت کرده است. چه اشکالی دارد؟! چه استبعادی وجود دارد که بگویم این جا فقه به هم می ریزد؟! لازمه ی جمع بین این سه دلیل یعنی:

یکم: استصحاب بقاء ملکیت برای شما؛

دوم: اباحه ی مطلق تصرفات برای من؛

سوم: و این که بعضی از تصرفات متوقف بر ملکیت برای من است؛

معنایشان این است که این سیره که می گوید هر نوع تصرفی برای شما جائز است، دارد به من می گوید که قصد تصرف شما مملک است. همین که قصد کردید که تصرف کنید، مالک هستید. یا به نفس تصرف شما، ملکیت آنما ما حاصل می شود و بعد هم بیع محقق می شود. چه مشکلی دارد؟!

ذکر بعضی از موارد مملکیت تصرف در فقه:

جناب شیخ می فرماید اصلاً ما موارد دیگری هم در فقه داریم - حالا من بعد یک مورد هم برای فرض اول می گویم. چون دو تا را داریم با هم بررسی می کنیم. عرض کردم که خیلی نمی خواهیم این جا معطل شویم - جناب شیخ می گوید ما موارد خیلی روشنی در فقه به شما نشان می دهیم.

مثلا اگر کسی مالش را فروخت ولی برای خودش حق خیار قائل شد، مثلا کنیزش را فروخت و برای خودش حق خیار قائل شد و بعد هم با او مجامعت کرد. خود این تصرف معنایش این است که مالک است و از بیع برگشته است. یا این کنیزش را بخشید اما با او مجامعت کرد، معنایش این است که دوباره مال خودش است. شیخ می گوید که ما در فقه مواردی داریم که خود این تصرف مملک است. لذا جناب شیخ می گوید که این مساله اشکالی ندارد که شما بگویید فقه به هم می خورد.

ذکر اشکال صغروی به قاعده ی العقود تابعة للقصد:

حالا عرض کردم که در بخش اول که گفتند عقود تابع قصد هستند شیخ می گوید ما زیر بار کبرای نقض کاشف الغطاء نمی رویم. شیخ گفت که عقود صحیحه تابع قصد هستند اما این جا عقد باطل شده است لذا نمی توانید به این راحتی آن قانون را این جا پیاده کنید. آن جا شیخ نقوض صغروی هم دارد. من یکی از آن ها را عرض می کنم که خیلی طول نکشد. مثلا شیخ می گوید آقایان در عقد فاسد، ضمان را چطوری درست می کنند؟ وقتی شما می گوئید متبایعین، ضامن هستند، ضمان را علی فرض صحت می برید می گوئید هر چه صحیحش اقتضاء ضمان می کند، فاسدش هم همان طور ضمان می آورد. در صورتی که در صورت فساد، مقصود متبایعین ضمان نیست! این طوری نیست که همه جای فقه این طور باشد که تابع قصد است. خیر! آن چه که آن ها قصد کرده بودند این بود که این را معامله کنند، این بیع در فضای قصد آن ها، صحیح است و صحیحش هم ضمان دارد. شما

چطوری ضمان را در عقد فاسد، علی طبق صحیح، به ذمه ی این ها می گذارید در صورتی که مقصودشان نیست؟!!

ذکر دو احتمال در منشاء ضمان در معاملات و بیان مختار شیخ:

بعد خود شیخ می گوید که اگر کسی بگوید که منشاء ضمان، ید است یعنی قاعده ی ید که می گوید "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" ضمان بیاورد. آن موقع این طوری می شود که من این شیء را به شما می فروشم، این اقدام من بر معامله، ضمان آور نیست. بلکه همین که من این را به شما فروختم و این تحت ید شما آمد، شما ضامن هستید تا آن را برگردانید. ید شما، ید امانت است و ید عدوان نیست چون این ید، از باب رضایت من بر این مال استقرار پیدا کرد، وقتی با رضایت به شما فروختم و به این ترتیب، ید شما بر این مال مستقر شد، آن موقع تا آن را برنگردانید، ضامن هستید. چنان چه اگر امانت به شما بدهم. لذا اگر تلف شد، از باب "علی الید" ضمان می آید. شیخ می گوید اگر منشاء ضمان این باشد، خب این ربطی به قصد و این ها ندارد. اما اگر منشاء ضمان، اقدام این ها بر معامله است، این ها از باب اقدام بر معامله، در مقابل هم ضامن هستند. شیخ می گوید من حق را همین می دانم. اقدام بر معامله، ضمان می آورد و اگر صحیح باشد این مقصودشان است. اما اقدام بر معامله، اگر باطل باشد که چنین ضمانی مقصودشان نیست. ولی شما گردنشان می گذارید. در بحث خودمان هم می گوید تصرف ذی الخيار، مملک است. چه اشکالی دارد؟! لذا شیخ در هر دو بخش،

هم کیرویا و هم صغرویا، موارد و نظائری را تحویل ما می دهد که این ها فقه جدیدی نیست و ما داریم به این ها فتوی می دهیم. عمده ی استبعادات کاشف الغطاء هم همین دو مورد است.

محقق خوئی این جا یک تحلیل زیبایی می خواهند ارائه کنند. می گویند جناب شیخ! شما تکلیف ما را روشن کنید. آن هایی که می گویند معاطاة افاده ی اباحه می کند و نه افاده ی ملک، اگر منظورشان این است که معاطاة هیچ گاه ملکیت نمی آورد، حرف شما درست است یعنی هم در بخش اول، قانون عقود تابع قصود است در عقد باطل پیاده نمی شود و هم در بخش دوم که این عقد، باطل شده است و کنارش بگذارید، تصرف مملک است ولی در جایی مملک است که جمع ادله اقتضاء کند. در فقه هم برای آن نظیر داریم و حرفی هم نداریم. اما اگر این ها بگویند که معاطاة افاده ی ملکیت می کند اما ملکیت متأخره نه ملکیت متصله، آن موقع باید ببینیم که قانون العقود تابعة للقصود چه تکلیفی پیدا می کند. آن موقع این طوری می شود که یک بار کسی می گوید که شما از زمان أخذ و إعطاء مالک این کتاب و این کالا هستید. یک بار به شما می گوید که شما الان مالک نمی شوید بلکه موقعی مالک می شوید که می خواهید تصرفی کنید که متوقف بر ملک است، همان معاطاة ملک می آورد. آقای خوئی می گوید اگر آن ها این طوری بگویند تحلیل حرف شان در این دو قاعده چه می شود؟ قاعده ی عقود تابع قصود است یا قاعده ی این که تصرف مملک است، را در این فضا باید بررسی کرد که این ها بگویند معاطاة افاده ی ملکیت کرده است اما ملکیتی که متأخر از زمان عقد است. اگر این ها بخواهند این طوری ورود کنند چه اتفاقی می افتد؟ آیا لازم است که ما درگیر این حرف ها بشویم؟ انصافا حرف آقای خوئی، حرف قشنگی است ولی باید ببینیم که واقعا به جایی راه می برد یا حق را

باز باید به شیخ برگردانیم؟ لذا دیگران مثل حضرت امام به این بخش از فرمایش شیخ ورود نکرده اند. مصباح الفقهاء را هم ببینید. جلد دوم مصباح الفقهاء روان تر از تنقیح جلد سی و ششم است و عباراتش هم بیشتر است. آقای خوئی کأن خواسته بگوید آن هایی که می گویند معاطاة افاده ی اباحه می کند و بعد خواسته اند بگویند بعضی از تصرفات چون محتاج ملک است، ملکیت می آورد، شاید بخواهند اصلا ملکیت را به خود معاطاة مستند کنند. اما فرقی این است که بیع بالصیغة از زمان بعد از عقد، ملکیتش می آید اما معاطاة ممکن است که ملکیت متأخری به وجود بیاورد. آن موقع این دو قاعده که کاشف الغطاء اشاره کرده است به کجا می رسد؟ این را ملاحظه کنید. چون آقای خوئی خواسته است با این حرف ها، همه ی نقوض بعدی را هم بررسی کنند. تا ببینیم به کجا می رسد.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.