

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مروری بر جلسات گذشته:

بحث ما درباره ی فرمایش کاشف الغطاء بود. ایشان می خواستند بگویند که اگر أخذ و إعطایی به قصد تملیک صورت بگیرد و ما فتوی بدهیم که این أخذ و إعطاء به قصد تملیک، مفید اباحه است، این مستلزم به وجود آمدن یک فقه جدید و خرق یک سلسله قواعد در فقه است. تقریباً دو قاعده بحث شد. قاعده ی اول این بود که بگوییم این قانون العقود تابعة للقصود، غلط است. چرا؟ چون آن چه که مقصود است ملک است که واقع نشده یعنی ما قصد لم یقع، و آن چه که واقع شده است یعنی اباحه، مقصود نبوده است! لذا قانون العقود تابعة للقصود، یک عقد ایجابی دارد و یک عقد سلبی دارد. ایجابش این است که "ما قصد یقع" اما این جا - در معاطاة - "ما قصد لم یقع". یک عقد سلبی هم دارد که "ما لم یقصد لم یقع" اما در معاطاة واقع می شود. لذا نمی شود بگوییم که ملکی که مقصود بوده است محقق نشده اما اباحه ای که مقصود نبوده محقق شده است. اشکال دومی که ایشان می گرفتند این بود که ما باید ببینیم که آیا تصرف - حالا یا قصد تصرف و یا خود تصرف - می تواند مملک باشد؟ کاشف الغطاء می فرماید اگر شما بگویید که معاطاة مفید اباحه است، ولی فتوی بدهید که بعضی از تصرفات چون متوقف بر ملک است لذا این تصرفات سبب ملک است، این درست نیست.

قبلاً مثلاً زدیم که اگر کسی خواست کنیز را وطئ کند و این کنیز را هم با معاظاة أخذ کرده است، خوب تصرف متوقف بر ملک - مثل وطئ، یا مثل وقف و بیع و عتق، این ها متوقف بر ملک است - آیا شما فتوی می دهید که این تصرفات مملک است؟! کسی نمی تواند در فقه زیر بار این مطلب برود. لذا می خواهد با این استبعادات، قول مشهور را اشکال کند و بگوید که مشهور نمی توانند بگویند که أخذ و إعطایی که به قصد تملیک است مفید اباحه است. فعلاً که دو تالی فاسد جدی در فقه پیدا کرده است. جناب شیخ تالی فاسد اول را جواب دادند و گفتند آن قانون، متعلق به عقود صحیحه است و اگر مشهور گفتند که معاظاة عقد فاسد است دیگر نمی شود به آن ها بگوییم که عقود تابع قصود است. اباحه ای که در معاظاة آمده است اباحه ی عقدی نیست. اگر اباحه، اباحه ی عقدی بود فرمایش شما کاملاً درست بود. چون از این عقد، ملک خواسته شده اما نتیجه اش اباحه است. اما اباحه، اباحه ی شرعی است نه اباحه ی عقدی. آن عقد باطل شد ولی شارع به یک اباحه ی شرعیه قائل شده است. بعد هم نقوضی مطرح کردند و گفتند این قاعده ی العقود تابعة للقصود، در فقه، کلی موارد نقض دارد. من یک نقضش را می گویم. مثلاً در جایی که ما می گوئیم یک عقد فاسدی وجود دارد. آقایان فتوی می دهند که اگر کسی یک شیئی را به عقد فاسد أخذ کرد ضامن مثل یا ضامن قیمت است. در صورتی که آن ما قُصِدِ آن عقد فاسد، مثل یا قیمت نبود. فرض کنید که مثلاً قرار بود شما این کالا را ده تومن بخرید. آن عقد هم فاسد بود. مثلاً بیع مجهول بود و فاسد بود. یا بیع مشروط به یک شرط فاسدی بود و ما هم قائل بودیم که فساد شرط، عقد را فاسد می کند. شما قرار بود که این شیء را ده تومن بخرید. وقتی شما قرار شد که این شیء را با ده تومن مالک شوید، قصدتان در این معامله، ضمان مسمی است یعنی ضمان این ده تومن است نه ضمان مثل یا ضمان قیمت! اما مشهور به ضمان مثل

فتوی می دهند. می گویند اگر مثلی است ضامن مثل آن هستید و اگر قیمی است ضامن قیمتش هستید. ضمان قیمت یا ضمان مثل که مقصود متعاقدين نبوده است. آن که مقصود متعاقدين بوده است ضمان مسمی است یعنی قیمت این شیء. اما آن ها - مشهور - می گویند اگر این عقد صحیح بود چطور ضمان مثل و قیمت را اقتضاء می کرد؟ حالا هم که فاسد است ضمان همان مثل و قیمت را اقتضاء می کند. لذا جناب شیخ می گوید این جا قانون العقود تابعة للمقصود را چطور درست می کنید؟ ضمان مثل و یا ضمان قیمت مقصود نبود اما واقع شد و ضمان مسمی مقصود بود اما واقع نشد. لذا کأن جناب شیخ، اشکال اول را هم حلّی و هم نقضی جواب داده اند یعنی دو تا جواب می دهند. البته ذیل نقض هم گفته اند که اگر کسی در باب ضمان قائل شد که منشاء ضمان ید است نه اقدام مساله فرق می کند. یعنی چرا الان من ضامن هستم؟ چون اقدام بر معامله، من را ضامن کرده است. یا این که کاری به معامله ندارم بلکه همین که ید من بر این شیء قرار گرفت، طبق قاعده ی "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" هر چه که تحت ید من است تا پس ندهم ضامن هستم. شیخ می گوید اگر کسی بگوید که در ضمان، منشاء ید است، درست است و مثل و قیمت مطابق قاعده است اما اگر کسی بگوید که منشاء ضمان در این عقود معاوضی، اقدام بر عقد است و همین که شما اقدام بر این معامله می کنید در واقع خودتان را ضامن تلقی کرده اید ولی ضامن تلقی کرده اید نسبت به آن چه که قصد کرده اید یعنی مسمی، اما مشهور می گوید شما ضامن مثل و یا قیمت هستید در نتیجه ضمان مثل و قیمت مطابق با قانون نیست. اشکال دوم کاشف الغطاء را هم جواب داده اند. اشکال دوم این بود که تصرف مملک نیست. شیخ می گوید چه اشکالی دارد که تصرف مملک باشد؟! ولی این مملکیت در جایی است که مملکیت لازمه ی جمع ادله باشد. هر گاه جمع ادله، اقتضاء بکند چه اشکالی دارد که

بگوئیم تصرف مملک است؟! این جا چطوری قواعد اقتضاء می کند؟ شیخ می گوید معاظاة افاده ی اباحه کرده است یعنی هر گونه تصرفی بر شما مباح است. از طرف دیگر، استصحاب، اقتضاء بقاء این شیء در ملکیت مالک قبلی اش را می کند. بر شما مباح است که تصرف کنید اما این شیء ملک مالک قبلی اش است. از طرف دیگر دلیل داریم که بعضی از تصرفات، متوقف بر ملکیت است. مثلا اگر شما خواستید بفروشید یا عتق کنید یا وقف کنید باید مالک باشید. اگر این گونه تصرفات متوقف بر ملکیت است و این هم تا آن قبلی، در ملکیت مالک قبل است، جمع ادله اقتضاء می کند که شما قبل از تصرف، مالک شده باشید. چه اشکالی دارد؟! این که فقه جدید نیست. بله! اگر من کلی بگویم که تصرف مملک است، این اشکال دارد. اما خیلی جاها فقهاء به آن قائل هستند. مثل کسی که کنیزش را بخشیده است اما با آن نزدیکی می کند. اشکالی ندارد. همین تصرفش، به معنای این است که از هبه اش برگشته است و هنوز مال خودش است. این ها خرق قاعده ی جدید نیست. لذا جناب شیخ کأن فرمود که این ها دو تا استبعاد است.

خب ما چون ادله ی معاظاة را تمام کردیم خیلی در صدد تحلیل این ها نیستیم. إن شاء الله در ادامه ی فروع بعدی، درباره ی ضمان و بعضی مسائل، مفصلاتی هست که خواهد آمد. اما در حد اشاره ی اجمالی عرض کردیم که محقق خوئی به هر دو تا جواب شیخ، یک اشکالی دارد. لذا ما هم دو قاعده را با هم گفتیم که اشکال آقای خوئی را تکرار نکنیم چون تقریبا یک اشکال است. آقای خوئی ذیل العقود تابعة للقصد، یک اشکالی به حرف شیخ دارد. ایشان می خواهند بفرماید که جناب شیخ! اگر مشهور قائل به این هستند که معاظاة هیچ گاه تحت ادله ی بیع قرار نمی گیرد مطلقا، تحلیل شما

کاملاً درست است. این یک اباحه ی شرعیه است نه یک اباحه ی عقدیه و این اباحه ی شرعیه، ربطی به عقد ندارد تا نقضی برای العقود تابعه للقصد باشد. اما اگر مشهور این طوری نگویند که مطلقاً معاطاء تحت ادله ی امضائی بیع واقع نمی شود بلکه بگویند که معاطاء مفید اباحه است. تا کی؟ تا وقتی که تصرفی اتفاق بیافتد که این تصرف محتاج ملک است آن موقع خود معاطاء ملک را می آورد. اگر حرف مشهور را این گونه تحلیل کنیم و بگوییم که این ها قائل هستند به این که معاطاء افاده ی اباحه کرده است تا زمانی که یک تصرفی که محتاج ملکیت است لازم بیاید آن موقع خود معاطاء از آن قبل از تصرف، ملکیت را می آورد ولی این معاطاء است که ملکیت را می آورد. اگر معاطاء ملکیت را آورد ولی ملکیتش بلافاصله بعد از أخذ و إعطاء نبود بلکه ملکیت از آن قبل از تصرف بود آقای خوئی می فرماید که اگر این طوری بگوییم اصلاً قاعده نقض نشده است و لازم هم نیست که شما بگویید این اباحه اباحه ی شرعیه بوده است. خیر! چه اتفاقی برای قاعده می افتد؟ آقای خوئی این طوری می فرماید که قاعده این طوری میشود که عقود تابع قصود هستند و این جا أخذ و إعطاء به قصد ملکیت است. بسیار خب! ملکیت هم حاصل می شود اما کی حاصل می شود؟ از عقود تابع قصود هستند که نتیجه نمی گیریم که ملکیت بلافاصله بعد از عقد حاصل شود تا بگوییم اگر حصول ملکیت متاخر بود قاعده به هم خورده است! قاعده این است که عقود تابع قصود هستند و در این صورت هر عقدی تابع قصدی است که از آن عقد شده است و این جا هم قصد ملکیت است و ملکیت هم می آید. اما گاهی اوقات - اگر ایجاب و قبول لفظی باشد - ملکیت بلافاصله می آید گاهی هم ملکیت متاخر می آید. چه اشکالی دارد؟! ملکیت بعد از تصرف بیعی باشد. دیگر قاعده العقود تابعه للقصد به هم نمی خورد. قسمت اول فرمایش آقای خوئی این است.

بعد می فرماید تازه در آن نقضی که شما به العقود تابعه للقصود وارد کردید، مثال زدید به این که من به عقد فاسد، یک چیزی را تملک کنم حالا عقد لفظی هم باشد و معاطاتی نباشد اما فاسد باشد، بعد گفتید که این جا به ذمه ی من ضمان قیمی یا ضمان مثلی آمده است در صورتی که ما قُصِد، ضمان مسمی بوده است. آقای خوئی می فرمایند مبنای این نقضی که کرده اید غلط است. شما مبنای این حرف را اقدام قرار داده اید و گفتید ضمان مستند به اقدام است در صورتی که این طوری نیست. ضمان در این موارد، مستند به ید است. عقد فاسد شد و تمام شد و رفت. ید من بر این مال، مستقر شد و تا برنگردانم ضامن هستم. یا باید خودش را برگردانم و یا باید قیمتش را برگردانم.

نقض مرحوم خوئی به منشاء ضمان بودن اقدام:

بعد آقای خوئی می فرماید اقدام این جا چه جایگاهی دارد؟ می فرماید اقدام، موضوع ید است. یعنی اقدام سبب می شود که ید بر مال مستولی شود نه این که اقدام موضوع ضمان باشد. آقای خوئی نقض جالبی هم می گوید. می گوید اگر کسی بگوید که اقدام ضمان آور است این طوری می شود که اگر قبض و اقباضی محقق نشد باید به صرف جریان عقد، فتوی به ضمان بدهیم. هیچ کسی چنین فتوایی نمی دهد. هیچ کس فتوی نمی دهد همین که بعث و اشتیریت ای گفته شد شما ضامن هستید ولو این که هنوز جنس را تحویل شما نداده اند. خیر! مشهور ضمان را قائل هستند اما ضمان را مستند به قاعده ی ید می کنند و به خاطر همین است که تا قبض و اقباضی صورت نگیرد ضمان نمی آید. اقدام بر معامله یعنی این که شما این را تحویل بدهید و این زمینه را فراهم می کند برای این که ید شکل

بگیرد و ید خودش ضمان را می آورد و ضمان مثل و قیمت را می آورد. لذا محقق خوئی کأن هم به پاسخ حلّی شیخ اشکال دارند و می گویند پاسخ حلّی شیخ حلال نیست و هم به این نقض شیخ اشکال دارند.

مملک نبودن تصرف از دیدگاه محقق خوئی:

اما در بحث دومشان که آیا تصرف مملک است یا نه، آقای خوئی می خواهند به جناب شیخ بفرمایند که باز هم به نظر ما تحلیل شما نارس است و نمی شود این طوری که شما می فرمایید تحلیل کرد. جلسه ی قبل هم عرض کردم که عبارات آقای خوئی را از مصباح استفاده کنید. عبارات مصباح در این جا قوی تر و روشن تر از عبارت تنقیح است چرا؟ چون آقای خوئی می فرمایند که تصرفات دو دسته هستند:

دسته ی اول:

بعضی تصرفات مثل اکل و شرب است. خب این ها که متوقف بر ملک نیست. تصرفاتی که متوقف بر ملک نیست اصلا مساله ی مملکیت تصرف در آن ها منتفی است. إلا این که - خیلی نکته ی خوبی را بیان می کنند - ضمن این تصرفات، مال تلف شود وقتی ضمن این تصرفات، مال تلف شود، خب چون تلف شده است ضمان وجود دارد. وقتی ضمان مطرح می شود ولو این که تصرف اکل و شرب بوده است و مثل بیع نبوده است که متوقف بر ملک باشد، اما چون تلف محقق شده است، تلف ضمان

آور است. ضمان متفرع بر این است که شما مالک بدلش باشید. چیزی که می خواهید ضامنش شوید باید مالکش شده باشید. این جا ممکن است که به ما بگویند حتی این گونه تصرفات در فضای تلف - چون ضمان آور هستند و اقتضاء ملکیت دارند - را چه کار می خواهید بکنید؟ یعنی تصرفی که منجر به تلف شده است از باب آمدن ضمان، و وجود ضمان هم متفرع بر این است که شما مالک بدل باشید تا ضامن بشوید، حالا چه ضمان، ضمان مسمی باشد و چه ضمان، ضمان قیمت یا مثل باشد، خیلی فرقی نمی کند در این جا، آقای خوئی می گوید اگر کار به این جا رسید، اشکالی ندارد، ما می گوییم چون ضمان از باب اتلاف آمده است و "من أتلف مال الغير فهو له ضامن" اتلاف ضمان آور است و شما متلف این مال هستید و شما ضامن هستید. این ضمان، اقتضای ملکیت می کند و شما ملکیت قبل از اتلاف دارید. چه اشکالی دارد؟! منتهی ملکیت قبل از اتلاف را به همان نکته ای که گفتیم بر می گردانیم یعنی می گوییم معاطاة افاده ی ملکیت کرده است - نه تصرف یا ضمان - اما افاده ی ملکیت متاخره کرده است. چه اشکالی دارد؟! با همان تحلیلی که سر العقود تابعة للقصد انجام دادیم.

دسته ی دوم:

اگر این طوری نباشد بلکه خود آن تصرف اقتضاء ملکیت کند آقای خوئی می فرماید باز هم ما می توانیم حلش کنیم. ما می توانیم بگوییم که آن تصرف اقتضاء ملکیت می کند و شما یک ملکیت قبل از تصرف دارید و از خود معاطاة این ملکیت به دست می آید.

لذا آقای خوئی می خواهد بفرماید ما نفهمیدیم که چطور جناب شیخ گفتند که لازمه ی جمع بین ادله، این است که تصرف مملک است؟! و بعد هم به کاشف الغطاء بگویند که چه اشکالی دارد که بگوییم تصرف مملک باشد وقتی جمع ادله اقتضاء مملکیت تصرف را بکند؟!!

خب این فرمایش آقای خوئی، دو بخش است. یک بخش آن مساله ی ضمان است که مستند آن چیست و ریشه ی آن نقض شیخ چیست؟ درباره ی این شاید فردا دو سه نکته ی مختصر بگوییم. چون عرض کردم اصل تفصیل این بحث بعدا می آید. ما فقط می خواهیم فضای فرمایش شیخ دستمان بیاید.

غفلت مرحوم محقق خوئی از فضای گفتار مشهور:

اما اصل مساله ای که آقای خوئی روی آن مانور می دهند واقع مطلب این است که ریشه اش به یک جمله بر می گردد - برای همین من دو قاعده را با هم عرض کردم - آن حرف چیست؟ این بود که قائلین به اباحه بپذیرند که معاطاة تحت ادله ی بیع واقع می شود ولو متأخرا، اگر این را قبول کنند که معاطاة بیع است و "أحل الله البیع" شامل آن می شود و لذا عقد است، منتهی این عقد ابتداء ملکیت نمی آورد و بعدا می آورد، اگر این را بپذیرند که ما اصلا درگیری با آن ها نداریم. نه کاشف الغطاء دنبال این حرف بود و نه شیخ! تمام مطلب این بود که کسانی که قائل شدند به این که معاطاة افاده ی اباحه می کند، از اول می خواهند بگویند که این عقد فاسد است! اگر از اول گفتند که این عقد فاسد

است و لذا تحت عمومات امضاء بیع و امضاء عقد نمی رود و "أحل الله البيع" و "أوفوا بالعقود" آن را نمی گیرد - ما در ادله ی امضاء یک عنوان بیع داریم و یک عنوان عقد داریم - اگر "أحل الله البيع" آن را بگیرد ولو این که ملکیتش متاخره باشد دیگر حرفی در آن نیست. اگر "أوفوا بالعقود" آن را بگیرد و معاظاة را عقد بکند که دیگر حرفی نداریم.

ریشه ی این بر می گردد به این که ما بیعی را که در ادله ی امضاء می آید بیع عرفی بدانیم یا بیع شرعی؟ ما تبعاً للامام، و خود آقای خوئی بنا بر بعضی از عباراتش، بیع و عقد را بیع و عقد عرفی کردیم. اگر معاظاة بیع یا عقد عرفی باشند و ادله شامل آن ها شوند حرف ایشان کاملاً درست در می آید. ولی این که مشهور قائل شوند به این که بیع یا عقد، معاظاة را بگیرد جای بحث دارد. شیخ یا حتی خود کاشف الغطاء در فضایی اشکال می کنند که ما اصلاً زیر بار نرویم که معاظاة عقد باشد. یعنی عقد صحیح شرعی اش ندانیم و لذا ادله ی امضائیه را ناظر به عقود صحیحه ی شرعیه بدانیم و از این بابت معاظاة را نگیرد. اگر این به هم بخورد دیگر شما نمی توانید بگویید که قاعده ی العقود تابعة للقصد شامل آن شده ولو این که افاده ی ملکیت متاخره کرده است. اگر این را نتوانید آن جا بگویید این جا هم که در مساله ی مملکت تصرف ناگزیرید بگویید که تصرف مملک است. چون ملکیت را نتوانستید از عقد بیرون بیاورید. خیلی روشن است. لذا دقت کنید، این جمله ای که محقق خوئی به جناب شیخ نسبت می دهد و می گوید که خود شیخ قائل شدند که می شود ملکیت آن ما را قبل از تصرف درست کنیم، بسیار خب! ملکیت آن ما را درست می کنیم اما این دو راه دارد:

یک بار ملکیت آنها را از طریق صدق عقد در "أوفوا بالعقود" درست می کنیم ولی از باب این که ملکیتی متاخر از عقد درست شده است.

یک بار هم از باب جمع ادله درستش می کنیم و جمع ادله اقتضاء می کند که این تصرف مملک باشد. شما باید تکلیفتان را در دلیل روشن کنید. به نظر ما سر اصل مساله، در فضایی که کاشف الغطاء به مشهور اشکال می کند، همان فضای فرمایش شیخ است و این هر دو تبعا للمشهوری سخن می گویند که صدق عنوان عقد در دلیل امضاء بر معاطاة درست نیست. اگر صدق عنوان عقد و بیع درست نباشد و دلیل امضاء ناظر به عقد صحیح باشد، آن موقع ما چاره ای جز تحلیل فرمایش شیخ نداریم.

اشاره ای اجمالی به تحلیل محقق اصفهانی از نقض مرحوم شیخ:

مساله ی نقض باقی می ماند. حرف مهمی که در نقض باید بررسی کرد، حرف محقق اصفهانی است. محقق اصفهانی در حاشیه ی مکاسب حرف خوبی زده است و آن این که آیا شیخ می خواهد قاعده ی العقود تابعة للقصد را نقض کند یا می خواهد بگوید که آن قاعده اصلا نقض پذیر نیست؟ محقق خوئی کأن این سخن شیخ را به عنوان نقض و استثناء گرفته است. عبارت محقق اصفهانی را در حاشیه ی مکاسب ملاحظه کنید تا یک مختصر نکته ای را عرض کنم ولو این که تفصیلش را به محل خودش موکول می کنیم. این مطلب در مساله ی ضمان در عقد فاسد مطرح می شود. آن جا بحث

می‌کنیم که ریشه ی این مطلب چه چیزی است؟ اقدام است یا ید است؟ اگر اقدام باشد آیا این سخن شیخ، نقض قاعده ی العقود تابعة للقصود است یا نیست؟ این را إن شاء الله عرض خواهیم کرد.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.