

بسم الله الرحمن الرحيم

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

### مروری بر جلسات گذشته:

عرض شد که محقق خوئی این دو تا قاعده ای که مرحوم کاشف الغطاء ادعاء فرموده بودند که فتوای اباحه، مستلزم این دو قاعده است را این طوری می خواستند درست کنند - به عنوان تکلمه ی فرمایش شیخ - که آقای شیخ! شما اگر احتمال بدهید که آقایان معتقدند معاطاة هرگز در دلیل عقد در "أوفوا بالعقود" یا در عنوان بیع در دلیل "أحل الله البيع" قرار نمی گیرد و به اصطلاح، عقد فاسد است، خب آن توضیح شما کاملاً درست است و قاعده ی العقود تابعة للقصود، مربوط به عقد صحیح است و معاطاة بیرون است از باب این که عقد فاسد است. کما این که آن مساله ای که فرمودید تصرف یا قصد تصرف، مملک باشد، لازمه ی جمع ادله است و با تحلیلی که شما کردید خوب است. اما من - محقق خوئی - می خواهم تحلیل دیگری ارائه بدهم و آن این که چه اشکالی دارد که بگوییم معاطاة از زمانی که ما یک تصرفی که متوقف بر ملک است انجام دادیم، داخل در دلیل امضاء می شود و شارع از آن زمان معاطاة را قبول می کند و آن را تصحیح می کند. اگر از زمان آن تصرف - مثل فروش أمة یا دار - دلیل قبول این تصرف، به معنای امضاء معاطاة در ذیل ادله ی "أوفوا بالعقود" باشد یا این به معنای امضاء معاطاة در ذیل "أحل الله البيع" باشد، اگر من این طوری بگویم

دیگر قاعده ی العقود تابعة للقصود به هم نخورده است. کما این که دیگر تصرف مملک نیست بلکه تملیک از عقد آمده است و ملکیت بر معاطاة از آن زمان تصرف - چون عقد مورد امضای شارع شده است - آن بار شده است.

### اشکال محقق خوئی به خود و پاسخ آن:

لذا آقای خوئی می فرماید بنابراین کسی به من اشکال نکند که اگر شما می خواهید بگویید که عقود تابع قصود هستند، چطوری در این عقد که وقتی لفظی باشد، مقصود این ها بلافاصله محقق می شود. یعنی مقصود متعاقبین در بیع بالصیغة این بود که از الان مالک شوند، مالک هم می شدند. اما وقتی با فعل - أخذ و إعطاء - انجام می شود، شما می گوید الان مالک نمی شوند بلکه دو ماه دیگر که مشتری خواست بفروشد مالک می شوند، خب این که مقصود آن ها نبود و باز هم قاعده ی العقود تابعة للقصود به هم می خورد. آقای خوئی این طوری به خودش اشکال می کند و می گوید ببینید! باز هم قانون به هم خورد! قانون این بود که هر چه قصد کردند همان محقق شود. خب قصد این ها این بود که همین الان مالک شوند. شما می گوید من قانون العقود تابعة للقصود را پیاده می کنم ولی دو ماه دیگر مالک می شوند! لذا شما نمی توانید به شیخ بگویید که من قانون را درست می کنم و در العقود تابعة للقصود چه فرقی بین ملکیت الان و ملکیت دو ماه دیگر وجود دارد؟! خیر! اتفاقا تفاوتش در این است که قصد آن ها ملکیت الان بوده است.

محقق خوئی خیلی قشنگ به این اشکال جواب می دهند. می گویند شما متوجه حرف ما نشدید. چرا؟ ایشان می گویند حرف ما این است که از آن موقع، معاطاة تازه امضاء شده است. من نمی گویم از الان صحیح است ولی ملکیتش دو ماه دیگر اتفاق می افتد تا قانون به هم بخورد. بلکه می گویم از زمانی که یک تصرفی که متوقف بر ملکیت بود انجام داد، از آن موقع تازه شارع امضاءش کرده است. تا قبل از آن تصرف، اباحه، اباحه ی شرعی بوده است و بعد از آن تصرف، دیگر اباحه نیست بلکه ملکیت است. چون از آن موقع تازه وارد قانون می شود.

این دیگر غایت تقریر فرمایش محقق خوئی است که دیگر عرض کردم عبارات تنقیح جلد 36 را ببینید، عبارات مصباح ایشان را هم ببینید، غایت تقریر فرمایش محقق خوئی همین است که عرض کردم. رضوان خدا بر ایشان باد. لذا به شیخ می گویند اگر این طوری شد همه چیز درست می شود و شما قواعد را به هم نزنید.

این بخش اول فرمایش ایشان بود. بعد در ذیل آن نقض شیخ که العقود تابعة للقصور را هم حلی، حل کردند با این بیان که قاعده ی العقود، متعلق به عقود صحیحه است و معاطاة عقد باطل است و محقق خوئی هم این تکمله را اضافه کردند و گفتند که چرا این طوری بگوییم؟! بلکه باید این طوری بگوییم که عقد باطل است تا زمان تصرفی که محتاج ملک است واقع شود، از آن زمان به بعد، شارع امضاءش می کند و لذا عقد می شود و اثرش هم ملکیت است. تصرف هم دیگر مملک نیست بلکه خود عقد مملک است.

همچنین شیخ نقوضی داشتند و گفتند اگر شما بگویید همیشه عقود باید تابع قصد باشند ما نقضش می کنیم. شیخ پنج تا نقض وارد کرد. ما از آن ها یکی بیشتر را کار نمی کنیم. نقض شیخ این بود که اگر کسی به بیع فاسدی چیزی را به دست آورد ضمان این، ضمان قیمی و مثلی است. اگر این عقد صحیح بود ضمان مسمی به ذمه اش می بود. مثلاً این کتاب را ده تومن خریده بود در حالی که قیمت واقعی اش پنجاه تومن است. ضمان اگر عقد صحیح بود ضمان مسمی بود یعنی در مقابل ده تومن ضامن بود اما اگر این عقد فاسد باشد، شارع می گوید این ضمان، ضمان واقعی است یعنی ضامن قیمت واقعی اش است البته اگر قیمی باشد و اگر هم مثلی باشد که ضامن مثلش است. شیخ آن جا نقض کرد و گفت در این جا ما قصد، مسمی بود اما ما وقع، قیمت یا مثل شد. پس قاعده به هم خورد. آقای خوئی آن جا باز به شیخ اشکال کرد و گفت آقای شیخ! منشاء ضمان چیست؟ اگر اقدام بر عقد است که حرف شما درست است. اقدام بر این عقد به قصد ضمان مسمی بوده است اما آن چه که تحقق پیدا کرده است ضمان واقعی یعنی ضمان مثل یا قیمت است. اما اگر منشاء ضمان ید باشد یعنی فرد ضامن است نه به خاطر اقدامش بر معامله، بلکه به این دلیل که مال مردم تحت ید اوست. "علی الید ما أخذت" مال مردم تحت ید است و تا برنگرداند ضامن است و باید خودش را برگرداند و اگر خودش امکان نداشت باید بدل واقعی اش را برگرداند که یا مثل آن است و یا قیمت آن است. اگر منشاء ضمان قاعده ی "علی الید" شد دیگر عقد نیست که شما بگویید این ضمان از یک عقدی به دست آمده است و مقصودش مسمی بود ولی آن چه که محقق شد مثل یا قیمت است تا قاعده ی العقود تابعة للقصد نقض شده باشد!

عرض کردیم که ما باید بررسی خودمان را نسبت به فرمایش آقای خوئی کامل کنیم. این هم که می‌گوییم کامل کنیم یعنی دو سه نکته بگوییم و إلا سر جای خودش در بحث مأخوذ به عقد فاسد این را باید مفصل بحث کنیم و نظرات همه ی اعلام را هم بررسی کنیم.

در بخش اول، عرض ما به آقای خوئی این است که مبنای فرمایش جناب شیخ این است که کسانی که قائل به اباحه هستند معاطاة را عقد نمی‌دانند. از اول معاطاة را عقد نمی‌دانند. معاطاة را بیع نمی‌دانند. حالا عبارت شیخ را می‌خوانیم و شما هم ملاحظه می‌کنید. وقتی معاطاة را عقد یا بیع ندانستند، آن موقع اگر آن تصرفی که متوقف بر ملک است اتفاق بیافتد دیگر به هیچ وجه نمی‌شود به معاطاة برگرداند. شما که تحلیل می‌کنید تحلیل خوبی انجام می‌دهید. کأن می‌گویید این معاطاة بیع است اما تا قبل از آن تصرف، بیع فاسد است و بعد از آن تصرف، بیع صحیح است. چرا می‌گویید بیع فاسد است؟ می‌گویید چون شارع فقط اباحه اش را تا قبل از آن تصرف امضاء کرده است. چرا می‌گویید بعد از آن تصرف بیع صحیح است؟ می‌گویید چون شارع مملکیتش را امضاء کرده است. لذا می‌گویند از همان موقع، ما قُصِدِ آن یقع! خب شما باید اول به ما نشان بدهید که این معاطاة نزد قائلین به اباحه، بیع یا عقد است. اگر این معاطاة عقد شد ولی تا قبل از آن تصرف، عقد فاسد بود، حرف شما درست است. ولی از بعد از آن تصرف عقد صحیح می‌شود.

ما این جا دو تا مطلب داریم.

## اشکال بنائی به تحلیل محقق خوئی از مملکت معاطاة:

مطلب اول این است که شما از تحلیل شیخ بی نیاز نشدید حتی اگر این تحلیل شما را هم بپذیریم. چرا؟ به خاطر این که شما هم قبول کردید که تا زمان آن تصرف، چون معاطاة عقد فاسد است قانون العقود تابعه للقصد در آن محقق نمی شود. فقط اباحه بر آن مترتب می شود. اباحه هم اباحه ی شرعی است نه اباحه ی مالکی و عقدی. پس شما هم در واقع دارید می گوئید در این دو ماه که هنوز فروشی تحقق پیدا نکرده است، شارع معاطاة را امضاء نکرده است یعنی عقد صحیح ندانسته است. در این دو ماه فقط اباحه مترتب می شود اباحه هم اباحه ی شرعی است نه اباحه ی عقدی. پس بالاخره در این دو ماه محتاج تحلیل شیخ هستید. این طوری نیست که تحلیل شما به طور کلی مشکل را حل کند.

## در صورت عقد بودن معاطاة، ملکیت متاخره فاقد دلیل است:

مطلب دوم این است که آیا شما می گوئید معاطاة عقد است ولی تا پیش از مثلا دو ماهی که تصرف متوقف بر ملک انجام شود، عقد فاسد است و از آن تصرف به بعد عقد صحیحش می دانید؟! خب این به چه استدلالی است؟! اگر عقد است که خب خود "أحل الله البيع" یا "أوفوا بالعقود" آن را درست می کند.

## غفلت مرحوم محقق خوئی از خروج تخصصی معاطاة از قاعده ی العقود:

احتمال خوبی که شیخ داده است این است که اصلاً قائلین به اباحه معاطاة را عقد نمی دانند. به همین دلیل شیخ بعد از این که جواب حلّی را می دهد یعنی می گوید که قاعده ی العقود تابعه للقصد فقط مربوط به عقود صحیحه است، یک جواب نقضی می دهد یعنی پنج تا نقض وارد می کند که ما فقط نقض اول را خواندیم. در پایان نقض ها شیخ یک جمله ای دارد:

نعم! الفرق بین العقود و ما نحن فیه...

شیخ می گوید هر عقد صحیحی تابع قصد است. چرا؟ چون معنای صحت عقد این است که آن چه که می خواهند بر آن مترتب شود. امکان ندارد که شارع یک عقدی را صحیح بداند ولی مقصود از آن محقق نشود. تعبیر شیخ این است که معنای صحت عقد، ترتب چیزی است که از عقد خواسته شده است. لذا عقود تابع قصد هستند. ما نحن فیه، مثل همان نقض اول ماست که عقد، عقد فاسد بود. شیخ می گوید فرق ما نحن فیه، با عقود صحیحه این است نقوض ما عقد بودند اما یک دلیلی فساد آن ها را درست می کرد و آن ها را از عقد صحیح بیرون می برد. عنوان عقد در آن ها بود اما صحیح نبودند به یک دلیل مخرج. خیلی تعبیر دقیقی شیخ دارند و عجیب است که آقای خوئی به این نکته توجه نفرمودند. شیخ می فرماید:

نعم! الفرق بین العقود و ما نحن فیه أن التخلّف عن القصد یحتاج إلى الدلیل المخرج من أدلة صحّة العقود...

در مورد نقض اول، یک کسی می آمد یک چیزی را با عقد فاسد می گرفت، این عقد بود اما فاسد بود لذا به جهت دلیل مخرج و فسادش، قانون العقود تابعة للقصد در آن پیاده نمی شد. ولی ما نحن فیه که معاطاة است اصلا عقد نیست!

و ما نحن فیه عدم الترتب مطابق الاصل...

شیخ این طوری می گوید که ما یک قانونی به نام العقود تابعة للقصد داریم معاطاة را از آن خارج می کنیم چون عقد نیست. یعنی تخصصا خارج می شود. مأخوذ به عقد فاسد را از آن خارج می کنیم چون عقد است ولی فاسد است. دلیل مخرج داریم. لذا جناب شیخ مشکلی ندارد. دقت کنید که از این جا می خواهیم برگردیم آن نقضی را هم که آقای خوئی در آن اشکال کردند درست کنیم. یک بار دیگر مطلب را تکرار می کنیم. قانونی داشتیم به نام العقود تابعة للقصد. این قانون در معاطاة پیاده نشد. چرا؟ خروج معاطاة از این قانون، تخصصی بود. یعنی صدق عنوان عقد در این جا وجود نداشت. لذا عدم ترتب ما قُصد، مطابق با اصل است. چون عقد نیست. در معاطاة که ما نحن فیه، عدم پیاده شدن قانون العقود تابعة للقصد، از باب تخصص است. یعنی از باب عدم صدق عقد است. اما در فرض اول که شیخ نقض کردند، گفتند کسی که این کتاب را با عقد فاسد گرفت، ضمان واقعی به ذمه اش می آید. ما قُصد لم يقع! شیخ می فرماید این نقض اول ما، از قانون بیرون می رود اما نه به این دلیل که عقد نیست بلکه به این دلیل که عقد فاسد است. شیخ می خواهد فرق بگذارد و بگوید پنج تا نقض به شما ارائه می دهم از باب دلیل مخرج و معاطاة را از باب تخصص به شما تحویل می دهم. آن پنج تا را تخصیصا بیرون می برم و معاطاة را تخصصا بیرون می برم.



حالا ما می خواهیم به آقای خوئی بگوییم که شما باید تکلیفتان را با شیخ مشخص کنید. شیخ می گوید که معاطاة تخصصا بیرون است. شما معاطاة را داخل می آورید و بعد می گوید که عقد فاسد است؟ بعد از آن جایی که تصرف شد عقد صحیح می شود؟ در این صورت حرفی نداریم. ولو این که این را نمی فهمیم چون اگر این ها این را عقد صحیح می دانستند که به صحتش فتوی می دادند. ولی اگر معاطاة را عقد نمی دانید چطوری از آن موقع که تصرف واقع می شود می گوید عقد است و دلیل شامل آن می شود؟ این مطلب درست نمی شود. نه با فرمایش شیخ این حرف می سازد و نه اصلا خودش درست است.

شیخ یک سازمان روشنی دارد و می گوید هر کس که معاطاة را عقد دانست از اول می گوید صحیح است و هر کس گفت که معاطاة عقد نیست فقط یک سیره ای داریم بر این که یک اباحه ای وجود دارد و از یک زمانی به بعد، از باب جمع بین ادله، ما باید تصرف را مملک بدانیم و کار تمام می شود. لذا شما - مرحوم آقای خوئی - باید تکلیفتان را با ما روشن کنید. آیا المعاطاة عقد فاسد؟ که مثل این نقوض شیخ بشود یا المعاطاة لیس بعقد؟ لذا ما فرمایش آقای خوئی را در عین زیبایی و صناعت قشنگی که دارد غیر از فرمایش شیخ می دانیم و فرمایش شیخ را احق به تصدیق می دانیم.

## بررسی اجمالی نقض پذیری قاعده ی العقود:

حالا نقض را باید بررسی کنیم. مرحوم آقای خوئی به شیخ گفتند که شما به ما بگویید که ضمان از کجا آمده است که شما دارید نقض می کنید؟ ما می خواهیم قبل از فرمایش آقای خوئی یک سوالی که محقق اصفهانی در حاشیه ی مکاسب مطرح کرده است را طرح کنیم. استاد بزرگوار محقق خوئی یعنی محقق اصفهانی، گفته اند آیا شیخ که دارد نقض می کند واقعا قاعده ی العقود تابعه للقصد قابل نقض است یا شیخ دارد جدلی نقض می کند؟ اول تکلیف خود این نقض باید روشن شود. حالا ما یکی اش را بحث کردیم شما روی پنج تا نقض در مکاسب پیاده اش کنید. آیا قاعده ی العقود تابعه للقصد خودش قابل نقض است؟ یعنی واقعا شیخ قبول کرده است که یک چیزی عقد باشد تابع قصد نباشد؟ و شیخ کأن دو تا جواب داده است و یک جا حلّی جواب داده و گفته است که آن قاعده متعلق به عقود صحیحه است و بعد در نقض هم گفته است خیر! محقق اصفهانی گفته است که شیخ دارد نقض را در عقد فاسد پیاده می کند. لذا در واقع آن قانون نقض نشده است. اول باید این را با آقای خوئی درست کنیم و بعد تکلیف آن اشکال آقای خوئی را به شیخ روشن کنیم. آیا قانون العقود تابعه للقصد نقض پذیر است؟ شیخ در خود عبارت مکاسب تعبیر "لا یُعقل" دارد. می گوید معقول نیست! البته آقایان "لا یُعقل" را به تناقض برگرداندند اما چون در بحث اعتباریات از این ادبیات خوشمان نمی آید به لغویت واضح البطلان باید برگردانیم. عبارت مکاسب را ملاحظه کنید. شیخ آن جا می گوید:

فإن تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الاثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه...

شیخ می گوید معنای معقول صحت عقد، ترتب اثر مقصود است. شیخ خیلی عالی مکانیزم اعتبار را تحلیل کرده است. حالا آقایان در حواشی مکاسب که ملاحظه کنید این را به تناقض برگردانده اند ولی ما چون این را قبول نداریم و خلط حقیقت و اعتبار می شود این را به مکانیزم اعتبار بر می گردانیم. شیخ می گوید وقتی کسی چیزی را برای چیزی اعتبار می کند، شارع به آن گفت من اعتبار شما را قبول دارم یعنی بر آن اثر مترتب می کنم. آیا می شود شارع به او بگوید من اعتبار شما را قبول دارم اما بر آن اثر مترتب نمی کنم؟! می گوید من برای همین اعتبار کردم که اثر مترتب شود! حرف شیخ خیلی زیباست. می گوید وقتی من می گویم عقود تابع قصود هستند یعنی همین! یعنی هر جا عقد را پذیرفتم اثر بر آن مترتب می شود. از اعتبار آن دنبال چه بودید؟ من همان را قبول دارم. معنای قاعده ی عقلائی العقود تابعة للقصد همین است. یعنی ترتب اثر در جایی که شما آن معامله و آن اعتبار را قبول کردید. لذا امکان ندارد که چیزی را قبول کردید اثرش را بر آن مترتب نکنید چون معنایش این است که آن اعتبار را قبول نکردید. بنابراین شیخ می گوید این قانون اگر معنایش همین باشد، وقتی می گوئید من یک چیزی را صحیح نمی دانم از موضوع قاعده ی العقود تابعة للقصد بیرونش می برید. منتهی بیرون بردن دو جور است. یک بار تخصصی است و یک بار تخصیصی است. این همان عبارت "نعم" است. یک بار تخصیصی بیرون می برید یعنی می گوئید این عقد فاسد است. یعنی من آن را صحیح نمی دانم لذا اثر ندارد. یک بار بیرون بردن، تخصصی است. یعنی می گوئید من

آن را عقد نمی دانم. معلوم می شود که این نقض در واقع جدلی است. فرمایش محقق اصفهانی یک  
تتمه دارد که فردا این شاء الله بررسی می کنیم.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين.