

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مروری بر جلسات گذشته:

در ادامه ی فرمایشات جناب شیخ، در پاسخ به کلام کاشف الغطاء و تحقیق فرمایش محقق خوئی بحث به این جا رسید که جناب شیخ نشان دادند که خروج معاطاء از قاعده ی العقود تابعة للقصود خروج تخصصی و موضوعی است. شیخ در عبارت "نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه..." نشان دادند که معاطاء از قاعده ی العقود تابعة للقصود خروج تخصصی دارد. چرا؟ چون معاطاء عقد نیست. بر همین اساس ما به آقای خوئی اشکال کردیم و گفتیم که توجیه شما با مبنایی که شیخ از قائلین به اباحه تحلیل کرده است سازگار نیست و اصلاً از اول معاطاء از عقد بیرون است و لذا آقایان به خاطر سیره قائل به افاده ی اباحه شده اند و اباحه را هم اباحه ی شرعی دانستند نه اباحه ی عقدی چون اصلاً عقدی وجود ندارد. گفتیم اگر هم کسی بگوید که معاطاء عقد است ولی عقد فاسد است - چون گفتیم چنین احتمالی هم هست و بعضی ها این را می گفتند - ما قبلاً بحث کرده ایم که عنوان عقد در "أوفوا بالعقود" یا عنوان بیع در "أحل الله البيع" باید معلوم شوند که آیا بیع عرفی است یا بیع شرعی است؟ ممکن است کسی بگوید که این عناوین، عرفی هستند و معاطاء هم عقد عرفی است ولی به یک دلیلی در دلیل امضاء نیست و لذا عقد فاسد شرعی می شود ولی عرفاً عقد است. یعنی آقای

خوئی این طوری بگویند که این عقد، عقد فاسد است و در این دو ماه که آن تصرف متوقف بر ملک محقق نشده است، معاطاة افاده ی اباحه می کند و از وقتی که تصرف متوقف بر ملک انجام می شود معاطاة امضاء می شود. گفتیم اگر کسی این را بگوید یعنی دیگر خروج معاطاة را از قاعده ی العقود تابعة للقصد تخصصی نداند و بگوید معاطاة عقد است - البته شیخ این را قبول ندارد و لذا جواب آقای خوئی را داده ایم - اما اگر کسی این را هم بگوید باز به آقای خوئی عرض کردیم که باز هم شما به تحلیل شیخ محتاج هستید. چرا؟ چون شما می گوید که معاطاة عقد است ولی عقد فاسد است. خب چرا در این دو ماه معاطاة افاده ی اباحه می کند؟ عیبی ندارد، بعد از دو ماه که امضاء شد یعنی وقتی که تصرف متوقف بر ملک انجام شد، مثلاً امة را فروخت یا وطئش کرد و یا وقفش کرد، شما هم می گوید از آن موقع است که معاطاة امضاء شده است، اشکالی ندارد، اما در این دو ماه قبل از تصرف، ترتب اباحه بر معاطاة را چه می کنید؟!

اولاً شما ناگزیر هستید که به تحلیل شیخ عمل کنید و ثانیاً ناگزیر هستید که به این سوال ما جواب بدهید که موضوع العقود تابعة للقصد، عقود صحیحه است یا مطلق عقد است؟ بحث ما هم الان این جاست. اگر موضوع قاعده، عقود صحیحه است و دیروز گفتیم که ظاهر عبارت شیخ هم همین است. شیخ گفتند:

فإن تبعیة العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه إنما هو لأجل دلیل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود علیه فلا یعقل حينئذ...

"لا یُعقل" یعنی اصلاً قانون قابل تخصیص نیست. معقول نیست که یک عقدی صحیح باشد اما اثر مقصود بر آن بار نشود. معنای صحت، ترتب اثر مقصود است. اگر آن قانون را قانون غیر قابل تخصیصی می دانید به قرینه ی تعبیر "لا یُعقل" آن موقع این نقض شیخ را چطور تحلیل می کنید؟ عرض کرده ام که شیخ در ارتباط با این قانون، دو جواب داده اند. یک جواب حلی داده بودند که آن را بررسی کرده ایم و یک جواب نقضی هم داشتند و گفته بودند که متاعی که شما با عقد فاسد قبض می کنید، ضمانش را چطور حل می کنید؟ قصد متعاطیین، ضمان مسمی بود اما آن چه که محقق می شود ضمان قیمی یا مثلی است. این ضمان مقصود نبود! این را چه می کنید؟ شیخ این را به عنوان نقض مطرح کرد. اگر قانون العقود تابعهً للقصد قابل تخصیص و نقض نیست پس نقض شیخ را چطور باید تحلیل کنیم آقای خوئی؟! اگر شما گفتید که معاطاة عقد فاسد است در این دو ماه ترتب اباحه بر عقد فاسد را چطور می خواهید تحلیل کنید؟ عیبی ندارد که از بعد از دو ماه، امضاء که شد، عقد صحیح می شود و اثر بر آن مترتب می شود. اما این دو ماه که اباحه بر آن مترتب می شود را چه کنیم؟ آیا نقوض شیخ را قبول دارید؟

تفصیل مطلب در نقض پذیری قاعده ی العقود:

عرض کردیم که این جا محقق اصفهانی در حاشیه ی مکاسب، تعبیر قشنگی دارند. این تعبیر ایشان می خواهد بگوید که نقض شیخ، جدلی است و إلا "لا یُعقل" شیخ اجازه نمی دهد که ایشان قانون

العقود تابعة للقصد را نقض کند. چرا؟ چون شیخ وقتی خواست مساله ی "أما حکایة تبعیة العقود للقصد" را بگوید اول حلّش کرد و بعد گفت:

ثانیا أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعین کثیر...

معنای این عبارت چیست؟ شیخ پنج تا نقض را مطرح کرده است. یکی اش را برای بحثمان خوانده ایم. در این موارد عقد از مقصود متبايعین تخلف کرده است. مثلا مقصود آن ها ضمان مسمی بود ولی الان تخلف پیدا کرد و ضامن بدل واقعی اش که مثل یا قیمتش باشد شده اند. محقق اصفهانی می خواهند بفرماید که این ثانیا شیخ جدلی است. یعنی چه؟ یعنی شیخ می خواهد بگوید که:

اولا قانون شامل عقود صحیحه است و بس! نمی شود قانون را در مطلق عقد - یعنی هم در عقد صحیح و هم در عقد فاسد - پیاده کرد.

بعد می گوید که پنج مورد عقد فاسد داریم که از قانون تخلف کرده اند. معنای این نقض این است که من بگویم که معنای العقود تابعة للقصد این است که این عقود را اعم از عقد صحیح و فاسد کنم و بگویم مطلق عقد باید تابع قصد باشد. آن موقع حق دارم بگویم که این قانون - با این عقد فاسدی که در آن ضمان قیمی محقق شده است که مقصود نبود - نقض شده است. اما اگر از اول گفتم که آن تعبیر "لا یعقل" قرینه است بر این که این قانون متعلق به عقد صحیح است دیگر این نقض، نقض صحیحی نیست. پس چرا شیخ آن را آورده است؟ جدلا آورده است.

حالا مشکلی که ما این جا داریم این تعبیر "نعم" است. باید ببینیم که آیا این فرمایش محقق اصفهانی را می شود با این تعبیر جمع کنیم؟ شیخ وقتی که نقوض را بیان کرد، بعد از ذکر نقوض، گفت:

نعم! الفرق بين العقود و ما نحن فيه، أن التخلف عن القصد يحتاج إلى دليل المخرج عن أدلة صحة العقود و ما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل...

شیخ با آن "نعم" گفتند که خروج معاطاة موضوعی است که واضح بود و با همین بیان به آقای خوئی جواب دادیم. اما این جا که می گویند ما دلیل مخرج می خواهیم یعنی تخلف این جا استثنائی و تخصیصی است. دلیلی بر این تخلف وجود دارد که اجازه داده است ما از قانون العقود تابعه للقصد خارج شویم. این دلیل مخرج، معنایش این است که شیخ عقد را اعم گرفته است. چون اگر موضوع العقود تابعه للقصد، صرفا عقود صحیحه بودند که دیگر دلیل مخرج نداشتیم! عقود فاسده تخصصا بیرون بودند! اگر قاعده، العقدُ الصحیحُ تابعٌ للقصد باشد، عقد فاسد موضوعا خارج است و دیگر نمی توانم بگویم که دلیل مخرج یا مخصص می خواهم. این جا که تخصیص ندارم! اگر موضوع من مطلق عقد باشد بله! حق دارم که بگویم دلیل مخرجی دارم که نشان می دهد که این عقد تابع قصد نیست ولو این که عقد فاسد باشد. مشکل ما این است که ما وقتی برای خروج عقود فاسده از قانون راه حل درست می کنیم معاطاة را عقد نمی دانیم. فرقی نمی کند که موضوع قاعده را مطلق عقد بگیریم یا عقد صحیح بگیریم. لذا عرض کردم که نزاع ما با آقای خوئی کاملا روشن است. در معاطاة عدم ترتب قصد مطابق با اصل است. چون در معاطاة مقصود ملک بود ولی ملک مترتب نمی شود و اباحه مترتب می شود. می گوئیم هیچ اشکالی ندارد چون معاطاة اصلا عقد نیست. اما عقد فاسد را چه

کنیم؟ شیخ گفته است که دلیل مخرج لازم داریم. لذا بعضی از محشین و شارحین مکاسب دچار مشکل شده اند. از آن طرف عبارت "لا یعقل" می خواهد موضوع را به عقد صحیح مقید کند. از طرف دیگر، اصرار شیخ بر این که این موارد پنج گانه ی نقض، خروجشان دلیل مخرج می خواهد یعنی خروجشان تخصیصی است. خب اگر خروج تخصیصی باشد موضوع باید از قبل محقق شده باشد. تلاش محقق اصفهانی این است - به نظر ما هم تلاش خوبی است - که بگوید چون شیخ نقض را دارد جدلی مطرح می کند دلیل مخرجش هم جدلی است.

بعد شیخ یک نتیجه ی مهمی از این جدل می گیرد. می خواهد بگوید که:

اولا قانون مربوط به عقود صحیحه است. لذا عقود فاسده نقض قانون نیست به خاطر قرینه ی "لا یعقل". معاطاة هم نقض قانون نیست چون قانون متعلق به عقد صحیح است.

ثانیا اگر شما اصرار کنید که این قانون در عقد فاسد هم جاری است می گوییم پنج تا نقض در عقد فاسد داریم که فقهاء به آن ها فتوی داده اند. فلیکن به این که معاطاة هم نقض ششم باشد.

ثالثا اگر پنج تا نقض داشتیم برای قانونی که موضوعش را مطلق عقد دانستیم تا به کاشف الغطاء نشان دهیم که خیلی هم استبعاد ندارد که عقدی تابع قصد نباشد، با این وجود می خواهیم بگوییم که وضع معاطاة از این ها بهتر است. چون حتی اگر موضوع را مطلق عقد بگیریم معاطاة تخصصا خارج است. این "نعم" استدراک برای این است که بگوید معاطاة مشکلی ندارد.

لذا به کاشف الغطاء می خواهیم این طوری بگوییم که جواب حلّی اش این است که قانون منحصر در عقود صحیحه است. جواب نقضی اش این است که در مطلق عقود پنج نقض داریم. معاطاة هم که اصلا عقد نیست! لذا به محقق خوئی می گوئیم که این فرمایش استاد شما محقق اصفهانی محکم است.

با این تحلیلی که تا حالا قبل از مساله ی ضمان کردیم، در دو نقضی که کاشف الغطاء مطرح کرده است، حق با شیخ است. نقض اول قاعده ی العقود تابعة للقصد بود و نقض دوم هم مملکت تصرف بود. در این موارد حق با شیخ بود نه با محقق خوئی. ما چاره ای نداریم جز این که مملکت تصرف را قائل شویم و چاره ای نداریم جز این که العقود تابعة للقصد را منحصر در عقود صحیحه بدانیم و معاطاة را هم تخصصا بیرون ببریم و اباحه را هم اباحه ی شرعیه بدانیم. تحلیل محقق خوئی را هم نپسندیدیم. نقوض را هم جدلی دانستیم تبعاً للمحقق الاصفهانی. بقیه ی ریزه کاری های مساله را این شاء الله در ادامه ی بحثمان در عقد فاسد دنبال می کنیم.

بررسی نزاع محقق خوئی با شیخ در مساله ی منشاء ضمان:

اما در مورد مساله ی ضمان، محقق خوئی به شیخ اشکالی کردند و گفتند اصلا این نقض به محقق کاشف الغطاء وارد نیست! چرا؟ این نقض به این جهت می توانست وارد باشد که منشاء ضمان اقدام بر عقد باشد. اگر منشاء ضمان اقدام بر عقد باشد شما درست می گوئید و ضمانی که از اقدام بر عقد

مقصود متعاقدين بود، ضمان مسمى است. ضمانی که الان در فقه شکل می گیرد ضمان بدل واقعی یعنی مثل یا قیمت است و لذا اشکال شما وارد است. اما نکته این است که آقایان منشاء ضمان را قاعده ی علی الید می دانند. مفاد قاعده ی ید هم معلوم است. وقتی ید شما بر مال مردم تسلط پیدا کرد، ضامن مال مردم می شوید. ضمان هم به ضمان بدل واقعی اش بر می گردد. یعنی یا باید خودش را و یا بدل واقعی اش - که یا مثل است و یا قیمت است - را تحویل بدهید.

بعد آقای خوئی فرمودند که اقدام که در عبارت مشهور آمده است در واقع، موضوع ید را درست می کند. یعنی وقتی شما اقدام بر معاظاة می کنید و إعطاء می کنید، این اقدام بر أخذ و إعطاء، تحقق بخش موضوع قاعده ی "علی الید" است. چون مال باید تحت ید شما قرار بگیرد این جا هم با اقدام، تحت ید شما قرار می گیرد. لذا اقدام منشاء ضمان نیست.

ولی واقع مساله این است که این اشکال هم به شیخ وارد نیست. چرا؟ چون شیخ در مکاسب تعبیری دارد و در فضای خاصی به کاشف الغطاء اشکال می کند. تعبیر شیخ این است:

فإنهم اطبقوا علی أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر...

که این اصل اشکال به کاشف الغطاء است که قبلاً خوانده ایم. شیخ می گوید آقایان اجماع دارند بر این که عقد فاسد ضمان بدل واقعی را می آورد که ضمان مثل یا قیمت باشد در حالی که قصد این ها ضمان مسمى بوده است. بعد خود شیخ می گوید:

و توهم أن دلیلهم علی ذلك قاعدة الید...

یعنی اگر کسی بگوید که ضمان از اقدام نیامده است بلکه از قاعده ی ید به دست می آید. یعنی خود شیخ حواشش هست که منشاء ضمان قاعده ی ید بشود دیگر نقض وارد نیست. چون ضمان از عقد نمی آید، از اقدام نمی آید که شما بگویید باید تابع قصد باشد و قصد، ضمان مسمی بوده است و این جا محقق نشده است! بلکه ضمان از ید آمده است. شیخ می گوید:

مدفوع! بانه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا علی الوجه الاول و هو اقدامهما علی الضمان
فلاحظ المسالك...

توجه کنید! حرف شیخ به کاشف الغطاء این است که اگر شما با مشهور می خواهید کار کنید بعضی ها مستند را قاعده ی ید قرار داده اند ولی مشهور در ضمان، اقدام را قائل هستند. شیخ در این فضا دارد اشکال می کند. می خواهد به کاشف الغطاء که اصرار دارد که فقه جدیدی به وجود می آید و تاسیس قواعد جدیدی لازم می آید، بگوید که شما تاسیس قواعد جدید را برای مشهور فقهاء می گوید در حالی که خود مشهور فقهاء چنین چیزی را ملتزم نیستند. فقط بعضی از فقهاء ملتزم هستند که مستند ضمان، قاعده ی ید است. فرمایش شیخ این است که اگر مشهور در ضمان، اقدام را مبنا قرار نمی دادند بلکه قاعده ی ید را مبنا قرار می دادند ما چنین اشکالی نمی کردیم ولی مشهور اقدام را مستند ضمان می دانند. فقط بعضی از فقهاء ید را ذکر کرده اند. آن بعض از فقهاء چه کسانی هستند؟ می گوید بروید مسالك شهید ثانی را ببینید. شهید ثانی در شرح قواعد محقق در مسالك جمله ای دارد - خیلی هم خوب مرحوم آقای مروج در همین هدی الطالب این جمله را بیان کرده

اند - شهید ثانی جزء آن بعض فقهاء است که قاعده ی ید را ذکر کرده است. تازه در این قاعده هم که ذکر می کند نکته ای وجود دارد که عرض می کنم. خب آقای خوئی! شیخ دارد در فضای مشهوری که مبنای ضمان را اقدام می دانند با کاشف الغطاء بحث می کند و به آن نقض وارد می کند. می خواهد بگوید این قاعده ی جدیدی که شما می گوئید باید تاسیس شود، مشهور به آن ملتزم هستند و کن فیکونی در فقه اتفاق نمی افتد چون "لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم"

تازه آن بعضی هم که این وجه را ذکر کرده اند "معطوفا علی الوجه الاول" یعنی تازه قاعده ی ید را که گفته اند اقدام را هم گفته اند. حرف شیخ خیلی قشنگ است. این نکته ای هم که در عبارت شهید هست همین است. تازه آن هایی که قاعده ی ید را گفته اند اقدام را نفی نکرده اند.

ما می خواهیم بگوییم که آقای خوئی! انصافا آن هایی هم که قاعده ی ید را گفته اند اقدام را موضوع ید نکرده اند. خود اقدام را موضوع ضمان کرده اند. در واقع برای ضمان دو موضوع قائل شده اند. باز هم حرف شیخ درست در می آید. یعنی چیزی که شما می گوئید شهید هم در مسالک نگفته است. عیبی هم ندارد و شاید اصلا ما هم همین را اختیار کنیم اما اشکال شیخ به کاشف الغطاء وارد می شود. اگر مشهور در ضمان عقد فاسد، به اقدام أخذ کرده باشد یا بعضی ها قاعده ی ید را ذکر کنند اما معطوفا علی الاقدام، یعنی اقدام را هم قبول داشته باشند، خب اشکال شیخ وارد می شود و نقض هم درست می شود. عبارت شهید در مسالک این است:

لا اشکال فی ضمانه إذا کان جاهلا بالفساد لأنه أقدم علی أن یکون مضمونا علیه فیحکم علیه به...

چون اقدام کرده است ضامن است.

و إن تلف بغير تفريط و لقوله على الید ما أخذت حتی تؤدی...

پس شهید علی الید را گفته است اما معطوفا علی الاقدام. نه این که اقدام را موضوع ید کرده باشد! پس شهید هم قبول دارد که اقدام می تواند تمام الموضوع ضمان باشد.

بله! ممکن است من بعدا در اصل مساله بگویم که حق با این ها نیست و اقدام ضمان نمی آورد. چرا؟ چون مشهور می گوید تا قبض و اقباضی صورت نگیرد ضمان حاصل نمی شود. اما الان شیخ با کاشف الغطاء دارد بحث می کند که می خواهد بگوید قواعد جدیدی در فقه درست می شود. شیخ می گوید چنین قاعده ی جدیدی وجود ندارد. خود آقایان، مشهور آقایان این را قبول دارند. فقط بعضی هایشان با "علی الید" کار کرده اند و آن ها هم "علی الید" را دلیل منحصر ضمان نکرده اند تا مشکل حل شود. بلکه معطوفا علی الاقدام آورده اند. یعنی دو سبب برای ضمان درست کرده اند. یعنی شما به خود شهید هم بگویید که چرا شما با اقدام دارید ضمان را درست می کنید؟ ضمان قیمی یا مثلی که مقصود نبوده است! شهید از شما می پذیرد. مخصوصا اگر ما حرف محقق اصفهانی را ملتزم شویم. یعنی شیخ حرف را دارد جدلا نقض می کند. می خواهد بگوید این ها همه شان این حرف را زده اند برای این که از اول العقود تابعة للقصود را در عقد صحیح قائل بودند و هیچ ابائی نداشتند از این که این جا - در عقود فاسده - به چیزی فتوی بدهند که مقصود نبوده است. لذا به نظر ما هر دو بخش فرمایش محقق خوئی یعنی فرمایش ایشان در ارتباط با قاعده ی العقود تابعة للقصود و فرمایششان درباره ی این که آیا تصرف یا قصد تصرف مملک است بر شیخ وارد نیست.

باقی می ماند آن قاعده ی سومی که کاشف الغطاء بیان کرده اند. آن چهار نقض دیگر را کنار بگذارید. هر کدامشان بحث های زیادی دارند که تحلیل و تحقیق شان فعلا به ما مربوط نیست. با این تحلیلی که راجع به کلیت قاعده و استثناءات کرده ایم از آن ها بی نیاز هستیم.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.