

بسم الله الرحمن الرحيم

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

### استبعاد سوم کاشف الغطاء:

بحث ما درباره ی استبعادات کاشف الغطاء بود. مشهور قداماء معتقد شدند معاطاتی که در آن قصد ملک وجود دارد مفید اباحه است. کاشف الغطاء می خواهند بگویند که این فتوی مستلزم تاسیس قواعد جدیدی در فقه است. یکی از آن ها این است که ما ناگزیریم در فقه به یک اموری فتوی بدهیم که این امور در عین این که مسلم است که باید در ظرف ملکیت شکل بگیرند در غیر ملکیت هم باید به آن ها فتوی بدهیم. ایشان یازده فرع فقهی ذکر می کنند که از یک طرف معلوم است که این فروع بر ملک مترتب می شوند اما بر اساس این حرف مشهور قداماء باید در اباحه هم مترتب شوند.

مثلا در بحث خمس، اگر کسی یک مالی از طریق معاطاة به دستش رسید آیا باید خمسش را بدهد یا نه؟ از این طرف مشهور می گویند باید خمسش را بدهد از این طرف می گویند که این اصلا مالش نیست بلکه فقط اباحه ی تصرف دارد. من یک معامله ای کردم و این کتاب را فروختم و این پول را گرفتم. بیع معاطاتی صورت گرفت. سودی کردم در این معامله و این سود من تا سر سال باقی ماند. خب چه کار کنم؟ خمسش را بدهم یا نه؟ می گویند باید خمسش را بدهید. می گویم خب مال من که نیست! این در ملک فلانی باقی مانده است و لذا فقط برای من اباحه ی تصرف وجود دارد. وقتی فقط

اباحه ی تصرف وجود دارد من خمس چه چیزی را بدهم؟ من باید خمس مال خودم را بدهم. می گویند باید خمسش را بدهید. کاشف الغطاء می گوید ببینید! این فقه جدید می شود.

یادآوری کنیم که فرض بحث ما در این است که هنوز تصرف مملکی صورت نگرفته است. اباحه که مشهور می گویند، تا زمانی که تصرف مملکی یا تلفی صورت بگیرد، باقی است. من و شما وقتی به شکل معاطاتی معامله ای کردیم، این شیء برای من اباحه ی هر گونه تصرفی دارد، اگر تصرف مملک کردم از آن قبل از آن تصرف، ملک من می شود. اگر پرداخت خمس بعد از آن تصرف است دیگر نقضی نمی خواهیم بکنیم چون دیگر ملک من است. در واقع دو تا نقض این جا وجود ندارد. نقض قبلی این بود که چطور تصرف، مملک است؟ اما اگر قبول کرد که تصرف مملک است دیگر بعد از آن تصرف، نمی خواهیم در پرداخت خمس، رأی مشهور را نقض کنیم. اما الان قبل از آن تصرف داریم نقض می کنیم. اگر بدون این که تصرف مملکی انجام بدهم داشتم از آن استفاده می کردم، یا جنس بعدی که به آقا می دادم از بین می رفت، مثلاً این کتاب را به آقا می دادم و از او چیز دیگری می گرفتم، این کتاب می سوخت، چون مقابلش تلف شده است این دیگر در ملک من می ماند. عیبی ندارد و در فضای تلف أحدی العینین یا تصرف مملک، این اشکال وارد نیست. فعلاً فرض ما در جایی است که چنین اتفاقی نیافتاده است. کاشف الغطاء می گوید در این جا که نه أحد العینین تلف شده باشد و نه تصرف مملکی وجود داشته باشد یا اصلاً شک دارید تا در حال شک در وجود تصرف مملک، استصحاب ملکیت طرف مقابل را بکنیم، در این صورت، آیا من باید خمسش را بدهم یا نه؟ می گویند باید بدهید.

و كذلك الزكاة. نقض دوم زکات است. اگر این مال به ملک من در آمد و از اموالی که مشمول زکات می شوند بود، آیا من باید زکاتش را بدهم یا نه؟ خب این مال من نیست که زکاتش را بدهم.

نقض سوم استطاعت است. اگر این مال، ملک من شد، آیا مستطیع می شوم یا نمی شوم؟ موضوع مساله ی استطاعت این است که من مالک زاد و توشه ی راهم باشم. مالک چیزی باشم که هزینه های من را تامین بکند. الان که این مال برای من اباحه دارد نه این که ملک من باشد.

در مساله ی دیون آیا واجب است که من دینم را از این بدهم یا پرداخت دیون در شرائطی واجب است که من از مالم دینم را بتوانم بدهم. این که مال من نیست.

نفقه چه؟ من که باید به همسرم یا به فرزندم یا به والدینم، به کسانی که واجب النفقه ی من هستند، نفقه را باید از این مالی که با معاطاة به دست من رسیده است و صرفاً برای من اباحه دارد پرداخت کنم؟ می گویند باید بدهید. در صورتی که از آن طرف گفته اند که پرداخت نفقه از مال من واجب است نه از مال مردم! مگر من می توانم از مال مردم واجب النفقه ی خودم را نفقه بدهم؟! این مال مردم است.

یا به حق المقاصه یا حق المقاسمة تعبیر کرده اند. هر دو جورش در عبارات کاشف الغطاء هست. در مورد حق المقاصه یک بحثی به نام تقاص در فقه داریم. اگر کسی از کسی چیزی را طلب داشت، او هم نمی داد، آن فرد طلبکار می تواند تقاص کند و از مالش حقش را بردارد. شارع قائل است که می تواند تقاص کند. حالا سوال این است که اگر مالی از طریق معاطاة به دست شما رسید آیا کسی که از شما طلب کار است می تواند از آن تقاص کند و حقش را بردارد؟ در فقه گفته اند که این تقاص از

مال مدیون است نه از مال مردم! این که مال مدیون نبود. یا حق مقاسمة به تعبیری؛ حق مقاسمة در باب شرکت و مشارکت است. دو نفر وقتی با هم شریک می شوند هر شریکی حق دارد که قسمت خودش را جدا کند، سهم خودش را افزاز کند. آیا من می توانم حق خودم را از مالی که مشترکا در معاطاة با شما به دستم رسیده است جدا کنم؟ خب این مال من نیست، مال شما نیست، چطور افزاز کنم؟!

بعد می فرمایند شفعه هم همین طور است. حق شفعه این است که اگر شما با کسی شریک بودید و شریک آمد حق خودش را به دیگری تملیک کرد. شما این را شنیدید، حق دارید بگویید که أخذت بالشفعة، آن سهم را برای خودتان بردارید و حق طرف را بدهید. چون من با این آقا مشاعا شریک بودیم، حالا که به شما واگذار کرد، من اولی هستم. حالا اگر این آقا آمد حقش را در معاطاة داد، خب آیا شما می توانید با أخذت بالشفعة سهم معاطاتی او را بگیرید؟! خب این که از ملکش خارج نشده است! هنوز خودش مالک است. شریک شماست و مالک مالش هست. چطور می خواهید مالش را از او بگیرید؟!

یا مساله ی ارث؛ اگر این مال معاطاتی که در اختیار شما بودید، وقتی از دنیا رفتید آیا درست است که به ارث کسی برسد؟ خب مال شما نیست که بخواهید به ارث دیگری بگذارید! گفته اند خیر! به ارث هم می رسد.

یا در مساله ربا؛ اگر شرائط ربا محقق شد و دو جنسی که مثل هم بودند با تفاضل با هم معامله ی معاطاتی شدند، آیا این جا ربا محقق می شود یا نه؟ خب اگر این جا ملکیتی حاصل نشده است

ربایی وجود ندارد! یک اباحه ای است. چیزی به کسی تملیک نشده است که شما بیایید ادله ی ربا را این جا پیاده کنید. می گویند خیر! پیاده می شود.

یا در وصیت؛ آیا می توانید وصیت کنید که فلان چیز را به فلانی واگذار کنند؟! اگر گفتید جائز است که این مال معاطاتی به دیگری واگذار شود، معنایش این است که وصیت در ملک غیر نافذ است! خب این ملک غیر است و نفوذ وصیت شما در ملک غیر معنا ندارد. تقریباً این ده تا را این جا شیخ ذکر می کند. کمی جلوتر می گوید:

و إن الصفة الغنی و الفقر...

آیا اگر مالی از طریق معاطاة به شما رسید، مثلاً کسی مستحق شرعی بود و در طول سال تمکن شرعی نداشت، از طریق معاطاة یک اباحه ی تصرفی برایش به وجود آمد، آیا می شود با آن اباحه ی تصرف گفت که آن شخص، دیگر فقیر شرعی نیست و غنی شده است؟ چون اگر فقیر شرعی باشد مستحق زکات است. اگر فقیر شرعی سید باشد مستحق سهم سادات از خمس است. اما اگر به واسطه ی آن مالی که برایش از طریق معاطاة اباحه ی تصرف درست شده است صفت فقرش از بین رفت و غنی شد، دیگر حق ندارد که در زکات یا سهم ساداتی که موضوعشان استحقاق شرعی است تصرف کند. حالا بحث علماء و طلبه ها عنوان دیگری دارد. آیا با اباحه ی تصرف معاطاتی می شود مساله ی تبدل صفت فقر به غنی را پذیرفت و گفت این شخص دیگر مستحق صدقه و زکات نیست و بلکه واجب است که مثلاً زکات فطره هم بدهد؟ می گویند می شود. خب مالک نیست! چطوری غنی می شود؟

کاشف الغطاء این یازده تالی فاسد را گردن مشهور قدماء گذاشته است و گفته است شما بر اساس فتوایتان که می گوئید معاطاة اقتضاء اباحه ی تصرف می کند دارید فقه جدیدی را با قواعد جدیدی تاسیس می کنید. لازمه ی حرف شما به تعبیر شیخ این است که:

تتعلق بما فی الید مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فیہ...

خمس و زکات و شفعه و صدقه و همه ی این ها که گفتیم، تعلق پیدا کنند اما نه به ملک بلکه به آن چه که در دست شماست ولو این که مالکش نیستید. در حالی که می دانید هنوز مقابله از بین نرفته است. چون اگر مقابله تلف شود دیگر این از باب تلف مقابله مال شما می شود و یا اگر تصرف مستلزم ملکیتی از شما یا طرف مقابل صادر شد باز هم ملک شما می شود. اگر ملک شود خب حرفی نداریم. اما جایی که می دانید مقابله باقی است و تصرف مملکی صورت نگرفته است، خمس باید بدهید، زکات باید بدهید، مستطیع می شوید و همه ی فروع مترتب می شود اما نه بر ملک بلکه بر چیزی که در اختیار شماست ولو این که مالکش نباشید.

أو مع عدم العلم به...

لازم هم نیست که علم به بقاءش داشته باشید. شک هم که داشته باشید استصحاب ملکیت طرف مقابل جاری است. چطوری شما چنین مسائلی را بر اباحه مترتب می کنید وقتی که به عدم ملکیت علم دارید و حداقل ملکیت طرف مقابل را استصحاب می کنید؟!!

این اشکال کاشف الغطاء به عنوان استبعاد سوم ایشان است.

## بیان اشکال صغروی شیخ به استبعاد سوم کاشف الغطاء:

اما شیخ در مقام جواب دو تا جواب می دهند. یک جواب حلّی کبروی - که در فهم عبارت آن، آقایان گرفتار شده اند - و یک نقض صغروی دارند. بیانی که مرحوم آقای خوئی دارند - و انصافا هم بیان خوبی است و مختار ما هم همین بیان آقای خوئی است - بیانی است که ایشان در مصباح دارند. انصافا بیان شیخ را خوب تفسیر کرده اند. بر خلاف بعضی دیگر که گفته اند اصلا عبارت شیخ قابل تحلیل نیست. ولی آقای خوئی خوب توانسته است حل کند. اول دو نکته ی صغروی بگویم بعدا بحث کبروی شیخ را عرض می کنیم.

شیخ صغرویا می خواهد بگوید که چه کسی گفته است که بعضی از فروعاتی که شما گفته اید حتما مربوط به ملک است؟ مثلا چه کسی گفته است که استطاعت از فروع ملک است؟! اگر کسی به شما چیزی را بخشید مستطیع نمی شوید؟ به شما می گوید که این متاع در حدی که شما هر کاری خواستید با آن انجام بدهید در اختیار شماست ولی به مکه بروید و اگر هم نرفتید مال من باشد. چه کسی این حرف را زده است که استطاعت حتما از فروع ملک است؟! اگر در فقه هم گفته اند که شما باید مالک زاد و راحله ی سfertان باشید این اشاره به مورد غالب دارد و لازم نیست که حتما ملکیتی وجود داشته باشد. لذا نقض های شیخ خیلی در فقه قابل بحث است. عبارت شیخ این است:

مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج...

چه کسی گفته است که استطاعتی که موجب حج است حتما موضوعش ملک است که اگر شما آمدید استطاعت را بر اباحه مترتب کردید اشکال کنند که این خلق یک قاعده در فقه است!  
یا مثلا:

تحقق الغنی المانع عن استحقاق الزکاة...

چه کسی گفته است که برای این که کسی غنی باشد حتما باید مالک باشد تا غنی باشد؟! خیر! شما می توانید زکاة را به مستحق بدهید و نمی توانید به غیر مستحق بدهید. غیر مستحق هم یعنی کسی که غنی است. حالا یا از باب این که مالک است و غنی است و یا از باب این است که کسی دیگر نفقه اش را تقبل کرده است. باز هم غنی است.

این نقوض خیلی زیبا هستند و خیلی هم در فقه قابل بحث هستند. حالا بعضی ها به این جا که رسیده اند به شیخ گفته اند که چرا شما این دو تا را فقط می گوئید؟ خیلی از این فروع این طوری هستند. در خیلی از این فروع شما می توانید اشکال کنید که اصل مساله مترتب بر ملک نیست که حالا اگر بر اباحه مترتب شود خرق قاعده ای در فقه پیش بیاید. لذا اشکال صغروی را خیلی ها از شیخ قبول کرده اند. محقق خوئی می خواهد بگوید که تقریبا خیلی از این ها از موضوع ملک خارج است و لذا اصل مساله اصلا استبعاد ندارد.



## بیان اشکال کبروی شیخ به استبعاد سوم کاشف الغطاء:

اما عمده، اشکال کبروی شیخ است. تعبیر شیخ را در این جا می خوانم و توضیح آقای خوئی را عرض می کنم. البته محقق خوئی دو تا تعبیر دارند ولی من یکی را عرض می کنم که به نظر توضیح خوبی است. عبارت شیخ این است:

و أما ما ذكره من تعلق الاخماس و الزكوة إلى ما آخر ما ذكر فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته  
للسيرة رجوع إليها...

شیخ همین یک جمله را گفته است. "رجوع إليها" یعنی رجوع به سیره. محشین مانده اند که این عبارت یعنی چه؟! انصافاً بهترین توضیح، توضیح آقای خوئی است. آقای خوئی توضیح می دهند که منظور شیخ این است که شما دارید می گوئید این مسائل نمی تواند بر اباحه مترتب شود. در صورتی که مشهور این را بر اباحه مترتب کرده اند. یعنی مشهور می گویند مأخوذ به معاطاة را باید تخمیس کرد، باید زکاتش را داد؛ خب حالا اگر ما بگوییم که نباید خمس و زکاتش را داد، چه اشکالی دارد؟! لذا به قول آقای خوئی این ضمیر "دفعه" را به عدم تعلق بزیند. بگویید اصلاً خمس به مأخوذ به معاطاة تعلق نمی گیرد. چه اشکالی دارد که بگوییم موضوع خمس ملک است و چون معاطاة مفید ملک نیست مأخوذ به معاطاة متعلق خمس قرار نمی گیرد. چه اشکالی دارد؟! شما جواب می دهید که سیره قائم بر این است که خمس مأخوذ به معاطاة را بدهد، زکاتش را بدهد؛ ما در جواب می

گوییم سیره چه چیزی می گوید؟ سیره می گوید خمسش را بدهید چون ملکش است؟ خب این که حرف ما می شود. اثبات ملکیت است با سیره. این که حرف شما - کاشف الغطاء - نمی شود. شما می خواستید با استبعاد مساله را حل کنید. کاشف الغطاء می خواست به مشهور بگوید شما که در أخذ و إعطاء به قصد ملک قائل به ملک نیستید و قائل به اباحه هستید، نتیجه ی این اباحه، تاسیس قواعد جدیدی است و این استبعاد شما را مجبور می کند که قائل به ملکیت شوید. خب این اشکال شما که این نتیجه را نمی دهد! بلکه سیره است که شما را ملتزم می کند که این خمس را باید بدهید و چون قبول هم داریم که موضوع خمس، ملک است پس این مأخوذ به معاطاة ملک شماست. با این توضیح، از حرف شیخ، مطلب خوبی به دست می آید. کأن شیخ می گوید شما یازده تا فرع فقهی برای ما درست کردید و می خواهید این ها را مصداق استبعاد کنید و با استبعاد ملکیت را نتیجه بگیرید؟ یا می خواهید یازده تا را مصداق سیره ای بدانید که از آن سیره ملکیت در می آید؟ ما که از اول گفتیم معاطاة به دلیل سیره، مفید ملک است. مگر ما که از اول گفتیم معاطاة مفید ملک است به دلیل سیره ی مستمره ی شرعی، به خاطر چه بود؟! به خاطر همین ها بود. نگاه کردیم که در سیره ی متشرعه، بر مأخوذ به معاطاة احکامی را مترتب کرده اند که آن احکام فقط بر ملک مترتب می شود پس این "رجوع إلى السیره" است نه "رجوع إلى الاستبعاد". شما می خواستید با استبعاد آن ها را ملتزم به ملکیت کنید ولی باز با سیره کار کردید. اگر از سیره دست بر می دارید ما می گوییم خیر! اصلا این حکم بر آن مترتب نمی شود. چه کسی گفته است که باید خمس مأخوذ به معاطاة را پرداخت کرد؟! فتوای من این است که خمس در ملک محقق است و مأخوذ به معاطاة هم ملک نیست لذا خمس ندارد، زکاة و شفعه هم ندارد. صرف استبعاد که نمی تواند تعلق این ها را درست کند.

لذا به نظر ما این تحلیل بسیار خوبی که شیخ ارائه می دهد با تبیین خوبی که آقای خوئی انجام می دهند و مرحوم آقای مروج هم به تبع ایشان تحلیل کرده اند، حرف بسیار خوبی است. عبارت مکاسب هم همین طوری است که آقای خوئی بیان کرده اند.

و دفعه...

یعنی دفع این عدم تعلق.

بمخالفته للسیره...

به این که این عدم تعلق خمس، یا عدم تعلق زکاء و عدم تعلق حق شفعه و کذا و کذا، اگر کسی بگوید این ها مخالف سیره است، سیره می گوید خمس این را باید داد، ما می گوییم سیره می گوید خمس این را باید داد چون ملک است. پس حرف ما می شود. استبعاد مساله را حل نمی کند. سیره است که مساله را حل می کند. اگر سیره ی مستمره را کنار بگذارید عیبی ندارد، حرفی نداریم، این صرف استبعاد است و ما اصلا خمسش را نمی دهیم. لذا بیان بسیار خوبی ایشان دارند.

فقط تعجب ما این است که چرا آقای خوئی در تنقیح گفته اند که کلام شیخ اضطراب دارد و یک نوع تشویشی دارد. خیر! این طوری نیست و همین تحلیل که در مصباح دارند تحلیل بسیار خوبی است.

یک احتمال دیگر هم آقای خوئی داده اند. ما قصد نداریم که آن را بگوییم و بررسی و اشکال کنیم. چون اصل احتمال اول را خودشان گفته اند و ما هم اختیار کرده ایم. عبارت، عبارت بسیار خوبی است و ما می توانیم استبعاد کاشف الغطاء را جواب بدهیم یا با اصرار بر فتوای قداماء خمس و زکاء

در مأخوذ به معاظاة نمی دهیم چون ملک ما نیست و یا اگر اصرار کنید که سیره بر پرداخت خمس جاری است ما خود این را دلیل بر ملکیت قرار می دهیم.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.