

بسم الله الرحمن الرحيم

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

### مروری بر جلسات گذشته:

بحث ما درباره ی فرمایشات کاشف الغطاء در رابطه ی با استبعاداتی که از قول مشهور ارائه کردند بود. مشهور می گفتند که معاطاتی که قصد ملک در آن هست مفید اباحه است. کاشف الغطاء به این حرف چند تا اشکال به عنوان استبعاد گرفته اند و گفته اند اگر این حرف درست باشد مستلزم یک فقه جدید و تاسیس قواعدی جدید در فقه است. داشتیم این قواعد را می خواندیم.

### بررسی استبعاد مملک بودن تصرف أحد المتعاطیین برای دیگری:

یکی از آن قواعدی که کاشف الغطاء می فرمایند لازمه ی حرف مشهور است و به همین دلیل قول مشهور باطل است و بنابراین معاطاتی که به قصد ملک است باید مفید ملک باشد، این است:

و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف...

کاشف الغطاء می خواهد بفرماید که ما نمی توانیم ملک را مستند به تصرف کنیم که این را خوانده ایم. بر اساس فتوای مشهور این جنس را که از شما أخذ می کنم برای من اباحه ی تصرف دارد. اباحه ی

تصرف طوری است که من می توانم آن را بفروشم و چون "لا بیع إلا فی ملک" از لحظه ای که تصرفی می کنم که متوقف بر ملک است قضیه دچار مشکل می شود. کاشف الغطاء گفت که این تصرف مملک می شود و استناد ملک به تصرف غرابت دارد. چون تصرف مالکانه متوقف بر ملک است نه این که ملک متوقف بر تصرف باشد! لذا تعبیر قشنگی که شیخ از ایشان می آورد این است که:

اولا نمی شود تصرف را مملک دانست و ملک را مستند به تصرف کرد چون بر عکس است. تصرف مالکانه متوقف بر تحقق ملک است. لذا این غلط است که کسی بخواهد تصرف را سبب ملک بداند.

ثانیا - که این را قبلا خوانده بودیم. به قول محقق خوئی این را در یکی از آن استبعادات خوانده ایم. اما این جا یک چیز اضافه ای می خواهیم بخوانیم و آن این است که - بسیار خب! تصرف من مملک باشد. اشکالی ندارد. من این جنسی که از شما با معاظاة گرفتم را فروختم و این تصرف به بیع یا تصرف به وطئ یا تصرف به وقف این ها تنها در ملک محقق می شود. فرض می کنیم که این تصرفات مملک باشد. برای من مملک هستند اما برای شما چطور مملک باشند؟! من این کتاب را از شما معاظاة می گیرم و شما هم در مقابل این کتاب از من چیزی می گیرید ولی بدون صیغه بلکه با أخذ و إعطاء. خب من کتاب را می فروشم. شما که آن شیئی را که از من گرفته اید نفروخته اید. تصرف بیعی من مملک من باشد، اشکالی ندارد اما این تصرف چطور سبب می شود که شما مالک بشوید؟! تعبیر شیخ این است که:

کون التصرف من جانب مملکا للجانب الآخر...

من و شما با أخذ و إعطاء یک چیزی را دست به دست می کنیم. فرض کنید که تصرف مالکانه، سبب مالکیت من بشود. خب این چطور سبب می شود که شما مالک چیزی بشوید که از من گرفته اید؟! شما که تصرفی نکرده اید! لذا کاشف الغطاء می گوید که این خودش یک اشکال دیگری است. یعنی دو تا اشکال هست. یکی این که من تصرف را مملک برای متصرف بدانم و یک اشکال دیگر این است که من تصرف متصرف را مملک برای شخص مقابل بدانم.

### پاسخ مرحوم شیخ به استبعاد فوق:

مرحوم شیخ هم یک جواب روشنی دارند. ایشان می گوید اگر مملکیت تصرف لازمه ی جمع بین قواعد فقهی باشد هیچ عیبی ندارد که تصرف مملک باشد. آن جا چطور این مساله را تحلیل کردیم؟ معاطاة مفید اباحه است. من مالک مال خودم هستم و شما هم مالک مال خودتان هستید. ولی اباحه ی تصرف برای هر دوی ما وجود دارد. استصحاب بقاء ملکیت هم وجود دارد. من کماکان مالک هستم و شما هم کماکان مالک مال خودتان هستید. اما از آن جا که تصرف بیعی لایمکن إلا فی ملک، لذا ناگزیریم که آن سیره ای که به شما اجازه ی این تصرف می دهد را دلیل مملکیت تصرف بدانیم. هر وقتی که توانستید تصرف را از جمع قواعد نتیجه بگیرید این جا هم می گوئید که مملک است. شیخ می گوید این جا هم یک قاعده ای داریم که شما را وادار می کند که مملکیت تصرف من برای مالکیت طرف مقابل را هم بپذیرید. آن قاعده این است که اگر تصرف من فقط مملک من باشد معنایش این می شود که بین عوض و معوض در ملکیت یک نفر جمع بشود. چون معنایش این می

شود که من که این کتاب را از شما گرفتم و فروختم، این فروختن سبب می شود که من مالک این کتاب بشوم و شما دیگر مالک نباشید. خب شما که آن شیئی که از من گرفته اید را نفروخته اید. تصرف مالکانه در آن نکرده اید. آن شیء در ملک من است و کتاب هم در ملک من است. لذا عوض و معوض هر دو در ملک من قرار می گیرد. خب هیچ فقیهی فتوی نمی دهد که بین عوض و معوض در ملکیت یک نفر جمع شود! لذا جمع قواعد اقتضاء می کند که وقتی تصرف من مملک است برای شما هم نسبت به عوض این شیء، مالکیت درست کند. همان سیره ای که بر این مطلب قائم شده است، این را هم درست می کند. ما گفتیم که این اشکال صرف استبعاد است.

### پاسخ محقق خوئی به استبعاد فوق:

نظر محقق خوئی را هم که قبلا خوانده ایم. ایشان می گوید اگر شیخ حرف ما رابزند که از اول راحت است. حرف آقای خوئی این بود که آن که مملک است تصرف نیست بلکه خود معاظاة است اما از زمان این تصرف مالکانه. آقای خوئی می گوید هر کس تحلیل من را قبول کند این جا مشکلی ندارد. اگر شما تصرف مالکانه کردید معاظاة مملک است. وقتی معاظاة مملک باشد هم مملک برای من است و هم برای شما مملک است. لذا آقای خوئی هم این را به عنوان استبعاد مستقل ذکر نکرده است. البته در تنقیح. در مصباح تبعا للشیخ جدا ذکر کرده است. اما در تنقیح این اشکال را با العقود تابعة للقصد و در ارتباط با مساله ی ملکیت تصرف یک جا بیان کرده اند و گفته اند همه اش را می شود یک

طور جواب داد. شیخ یک طور حل کرده است و آقای خوئی هم یک طور حل کرده است که ما هم تحلیل شیخ را ترجیح دادیم.

### بررسی استبعاد مملکت انواع تلف:

یکی دیگر از استبعادات کاشف الغطاء این است که آیا می توانیم تلف سماوی را مملک بدانیم؟ آن هم مملک برای جانب دیگر؟ همین تحلیلی که در مورد تصرف کردیم را شما در مورد تلف پیاده کنید. خب می دانید که اگر مال مردم دست شما بود و دست شما نه با تصرف شما بلکه با یک سیلی یا زلزله ای تلف شد که به آن تلف سماوی می گوئیم، آیا اگر من یک چیزی را از شما أخذ کردم و شما هم یک چیزی از من گرفتید، مال من دست شما امانت است و مال من هم دست شما امانت است و اباحه ی تصرف هم وجود دارد، اگر این شیء با یک آفت سماوی تلف شود، آیا این سبب می شود که شما مالک عوضش بشوید؟! چه کسی این را گفته است؟! کاشف الغطاء می گوید که این از تصرف بدتر است. اقلاً تصرف یک استنادی به متصرف دارد. اگر تصرف متصرف، مملک شما باشد باز قابل تحمل است اما در این فرض که شخص کاری نکرده است. امانت شما دست من بود و آفت سماوی آن را از بین برده است. آیا این تلف سماوی سبب می شود که شما مالک این شیء بشوید؟! این مملکت تلف سماوی برای جانب آخر می شود. کدام فقیهی این تلف را مملک می داند؟! آن هم برای طرف دیگر!

اشکال بعدی ای که کاشف الغطاء می گیرد در مورد این است که تلف سماوی نباشد بلکه تلف با یک تفریطی باشد. این خودش یک اشکال مستقلی است گرچه ذیل تلف ذکر شده است. اگر مال شما که در دست کسی به امانت باشد، با افراط یا تفریطی تلف شود، اگر این طوری شود، شما ضامن چه چیزی می شوید؟ لازمه ی قاعده ی ید که قبلا خوانده ایم این است که شما ضامن بدل واقعی اش باشید. مال مردم دست شما بود. اگر افراط و تفریطی در کار نبود که ضمانی در کار نیست. امین هستید و لیس علی الامین إلا الیمین. اما اگر افراط و تفریطی شکل گرفت از باب قاعده ی ید ضمان می آید. خب این قاعده ی ید اقتضاء ضمان بدل واقعی - یعنی مثل یا قیمت - را می کند. چون مال مردم است و امانت است. ایشان می گوید اما آقایان فقهاء به این فتوی نمی دهند و می گویند شما ضامن مسمی هستید نه ضامن بدل واقعی. ضمان مسمی در عقد صحیح درست است. در عقد فاسد از باب قاعده ی ید، ضمان بدل واقعی درست می شود. کاشف الغطاء می گوید چرا این جا به ضمان بدل واقعی فتوی نمی دهید بلکه به ضمان مسمی فتوی می دهید؟ این فتوی راه ندارد إلا این که معاطاة ملکیت بیاورد. با فرض اباحه که معاطاة یک عقد فاسد بشود و از آن فقط یک اباحه ی شرعی در بیاید چطور می خواهید این فتوی را توجیه کنید؟

لذا کاشف الغطاء اشکال کرده است که نه تلف سماوی می تواند مملک باشد آن هم برای جانب آخر و نه تلف با تفریط می تواند اقتضاء ضمان مسمی را کند. تلف با تفریط باید ضمان بدل واقعی را اقتضاء کند. البته یک تتمه های دیگری هم دارد که شما خودتان مکاسب را ملاحظه کنید.

## پاسخ مرحوم شیخ و مرحوم خوئی به استبعاد فوق:

جناب شیخ می فرماید که اولاً مسأله ی مملکت تلف باز هم مثل مملکت تصرف است و قانون همان قانون است. اگر سیره وجود داشت و جمع ادله اقتضاء کند همان طور که تصرف مملک است تلف هم مملک است. لذا شیخ خیلی سر این قسمت معطل نمی شود. می گوید همان طوری که ما تصرف را به خاطر جمع بین ادله مملک دانستیم چه اشکالی دارد که تلف را هم مملک بدانیم؟! و اگر کسی به مملکت تلف فتوی بدهد که دیگر مشکلی نداریم. آن هم لازمه ی جمع بین ادله است.

آقای خوئی هم در سیستم خودش می گوید اگر من گفتم که معاطاة مملک است اما از حین تلف، چه اشکالی دارد که بگوییم که دلیل اقتضاء کرد که معاطاة از حین تلف، مملک باشد. وقتی این طوری باشد که دیگر مشکلی ندارم. معاطاة است که اقتضاء ملکیت کرده است.

## بررسی نحوه ی خروج تلف در مأخوذ بالمعاطاة از قاعده ی ید:

عمده همان قسمت بعدی اشکال است. اگر کسی در فضای مملکت نرفت و قائل به این شد که یک اباحه ی شرعی داریم. ببینیم که آیا می توانیم قاعده ی ید را تخصیص بزیم یا برای حفظ قاعده ی ید، یک ملکیت قبل از تلفی درست کنیم؟! یک بحثی وجود دارد که ما در علم اصول با آن آشنا شده ایم و شیخ می خواهد خیلی خوب از آن استفاده کند.

اگر شما یک اَکرم العلماء داشتید و می دانستید که زید واجب الاکرام نیست. اما نمی دانید که خروج زید از اَکرم العلماء تخصیصی است؟ یعنی عالم است و واجب الاکرام نیست مثلاً به دلیل فسقش؟ یا خروج زید تخصیصی است یعنی اصلاً عالم نیست که واجب الاکرام نیست. اگر به خروج جناب زید علم داشتید و شک داشتید که این خروج، تخصیصی است یا تخصیصی، آیا عموم اَکرم العلماء می تواند ثابت کند که خروج زید تخصیصی است؟! شیخ می گوید این مطلب یکی از موارد بحث ماست. شما یک عمومی دارید به نام "علی الید ما أخذت" هر گاه ید شما بر مال مردم تسلط پیدا کرد، ضامن بدل واقعی اش هستید. حالا اگر در یک موردی ثابت شد که این جا ضامن بدل واقعی منتفی است مثل همین بحث خودمان. بر اساس فتوای مشهور وقتی ید شما بر این کتابی که با معاطاة گرفته اید مستقر می شود، این استقرار ید، استقرار بر مال مردم است. وقتی شما یدتان مستقر شد، ضامن بدل واقعی اش هستید و اگر با تفریط از دست رفت باید آن را برگردانید.

اگر معاطاة مفید ملک است دیگر این طوری نیست. چون شما بر مال خودتان مسلط شده اید. چون عقد صحیح مفید ملک بود و لذا مشکلی نداشتید. فرض بر این است که معاطاة عقد فاسد است و یک اباحه ای بیشتر این جا وجود ندارد و این مال مردم به صورت امانت در دست شماست و دست شما هم بر آن مستقر شده است. اگر این طوری باشد قاعده ی ید می آید.

اگر ما عموم ید را محترم بداریم مجبور هستیم که بگوییم که پس قبل از تلف، شما مالک شده اید تا این جا دیگر قاعده ی ید موضوعاً مطرح نشود. ما برای آن که خروج این مورد را از قاعده ی ید



تخصیصی نکنیم مجبور هستیم که به ملکیتِ آنی قبل از تلف فتوی بدهیم تا عموم قاعده ی ید دچار مشکل نشود.

ثمره هم دارد. مثلاً شما این کتاب را دو دینار خریده اید. واقعیت این کتاب چهار دیناری بود، اگر ضمان مسمی مطرح شود فقط می توانید به دو دینارتان رجوع کنید. حق ندارید آن چهار دینار واقعی را برگردانید. اما اگر معاطاء را مفید ملک ندانستید و این قانون را قبول نکردید و این کتاب هم از بین رفت آن موقع ضمان واقعی مطرح می شود باید چهار دینار را تحویل بدهید. لذا جناب شیخ می فرماید امر من دائر شد بین این که این خروج را تخصیصی تحلیل کنم تا قاعده ی ید تخصیص بخورد و بگویم این جا در عین این که ملکیتی وجود ندارد قاعده ی ید - تخصیصاً - ضمان واقعی نمی آورد و آن سیره را مخصص بدانم، یا این که من این جا قائل به تحقق ملکیت شوم و سیره را دلیل خروج تخصیصی بدانم و بگویم یک ملکیتِ آنا مایی قبل از تلف وجود دارد و مساله را حل کنم.

خوب توجه دارید که ما در فضای قول مشهور داریم حرف می زنیم و إلا خود این می تواند دلیل صحت معاطاء باشد و از اول افاده ی ملکیت کند و مشکل را حل کند.

شیخ می گوید ما این طوری حل می کنیم که یک ملکیتِ آنا ما قبل از تصرف درست می کنیم و این ملکیتِ آنا ما مشکل شما را حل می کند.

اشکال به پاسخ مرحوم شیخ (عدم توانایی اصالة العموم در افاده ی تخصص یا تخصیص):

خب این فرمایشات شیخ خوب است ولی مشکل این است که ما آن قاعده را در فتوی قبول نمی کنیم. حالا ان شاء الله عبارات سید یزدی را در حاشیه ی مکاسب ملاحظه کنید. ایشان یک تلقی ای از عبارت شیخ کرده است و بر اساس آن اشکالی کرده که آن را می شود جواب داد. صاحب عروه اشکال کرده است که نمی شود! این جا که مصداق قاعده ی ید نیست! جواب سید یزدی را می شود داد اما اشکال کار این است که خود این قاعده مفتی بها نیست. یعنی حداقل محققین در علم اصول قبول ندارند که شما بتوانید از اصالة العموم تخصص را نتیجه بگیرید. چرا؟ چون اصالة العموم از قواعدی است که شما برای شناخت مراد متکلم از آن استفاده می کنید. خب این جا که شما می دانید مراد متکلم چه چیزی است! اگر شما یک اصالة العمومی در اکرم العلماء داشتید. اصالة العموم می گوید عموم، مراد جدی است. إذا شککت، اصالة العموم می گوید ظاهر در عام است و این ظهور که مراد استعمالی است قطعاً مراد جدی هم هست و لذا عموم حجت است. اما این جا که شما می دانید زید قطعاً در این عموم نیست دیگر اصالة العموم به درد نمی خورد! عقلاء به شما اجازه نمی دهند که اصالة العموم جاری کنید تا تخصص را نتیجه بگیرید! این که این خروج تخصیصی است یا تخصیصی، ربطی به اصالة العموم ندارد. همین که می دانید این داخل نیست مساله تمام است. لذا در جای خودش در علم اصول بحث می کنند که آیا می شود شما از آن فروع اصالة الظهور جایی استفاده کنید که ثمره اش شناخت مراد نیست بلکه ثمره اش تحلیل کیفیت اراده است؟ این غلط است. ما یک مراد داریم و یک کیفیت اراده داریم. شما می دانید که زید مراد نیست اما نمی دانید که کیفیت مراد نبودن

زید، تخصصی است یا تخصیصی؟ اصالة العموم به درد این مساله نمی خورد. سیره ی عقلائیة که دلیل حجیت ظهور و فروعات ظهور است، مال وقتی است که شما در شناخت مراد مشکل پیدا کنید نه در کیفیت اراده! حالا این با مجاز است یا با حقیقت؟ با تخصیص است یا با تخصص؟ به اصالة العموم چه ربطی دارد؟! اگر نمی دانم که زید اراده شده است یا نه، اصالة العموم می گوید اراده شده است. اما اگر می دانم که زید اراده نشده است اما نمی دانم که زید عالم نیست و بیرون است یا فاسق است و بیرون است؟ به اصالة العموم ربطی ندارد. لذا اگر کسی در آن مساله اصل مبنای شیخ را اشکال کند که در خروجی که دائر بین التخصیص و التخصص است جریان اصالة العموم در دلیل حجیتش اشکال هست.

لَبَّی بودن سیره ی أخذ به اصالة العموم و لزوم تفکیک بین مقادیر متیقن و مقادیر مشکوک آن:

بعد هم خاطرتان باشد که سیره چون دلیل لبَّی است هر وقت در آن شک شود باید به قدر میتقنش أخذ شود. چون سیره دلیل لبَّی است و لسان ندارد - البته ما که یقین داریم. این جا روشن است که اصالة العموم به درد نمی خورد - اما اگر کسی شک کرد نمی تواند از سیره که دلیل لبَّی است استفاده کند. لذا سیره دلیل لبَّی است و جریان آن این جا مشکل دارد. ما یا یقین داریم به عدم جریان این سیره در موارد کیفیت اراده و یا اگر شک هم داشتیم، شک در حجیت مساوق با قطع به عدم حجیت است. لذا ما نمی توانیم اصالة العموم را این جا حجت بدانیم. این اصل که کنار برود دیگر دست شیخ

خالی می ماند! حالا عبارت سید صاحب عروه را هم ملاحظه کنید که خواسته است پاسخی به کاشف الغطاء بدهد تا این را هم بررسی کنیم. این قسمت متاسفانه در فرمایش آقای خوئی رسیدگی نشده است. کأن ایشان خواسته بگویند همان مبنای ما – که می گفتند معاطاة از زمان تلف مملک است – مشکل را حل می کند. اما ظاهراً حل نمی کند. عرض خواهم کرد.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.