

بسم الله الرحمن الرحيم

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

### مروری بر جلسات گذشته:

بحث ما درباره ی استبعاداتی که کاشف الغطاء در ارتباط با نظریه ی مشهور داشتند بود. مشهور می گفتند که أخذ و إعطایی که به قصد ملک انجام می شود، افاده ی اباحه می کند. کاشف الغطاء استبعاد می کردند که بر اساس این مطلب مواردی در فقه باید به هم بخورد. یکی از قواعدی که در فقه به هم می خورد این است که ما باید تلف سماوی را اگر در دست کسی اتفاق افتاد مملک جانب آخر بدانیم. اگر من و شما تعاطی کردیم و من کتابی به شما دادم و چیزی در مقابل گرفتم و این کتاب در دست شما از بین رفت، همین که از بین رفت من باید مالک آن عوض بشوم. کاشف الغطاء می گوید این مساله مشکل دارد. شیخ هم جواب دادند و گفتند که این لازمه ی جمع بین ادله است و عیبی ندارد. بعد هم ذیل همین نکته یک اشکال دیگری پیش می آید. آن اشکال این است که:

و التلف من الجانبين مع التفریط معینا للمسمی...

اگر تلف از دو طرف با تفریط تحقق پیدا کند ما باید به ضمان مسمی قائل شویم. ضمان مسمی یعنی چه؟ این را توضیح دادیم ولی تتمه اش باقی مانده بود. عرض کردیم که اگر ما یک معامله ی صحیحی انجام بدهیم و من یک کتابی را با صیغه از شما بخرم - معاطاة را فعلا کنار بگذارید - من

این کتاب را که قیمتش چهار دینار است از شما دو دینار خریدم. خب شما مغبون محسوب می شوید. دو دینار به من ارزان فروخته اید. حالا قبل از این که من این کتاب را از شما تحویل بگیرم و یا شما تحویل بدهید، این کتاب تلف شد. شما ضامن هستید. ضامن چه چیزی هستید؟ چون عقد صحیح است ضمان مسمی به ذمه ی شماست. شما ضامن آن دو دیناری که در معامله رد و بدل شده است هستید و من حق ندارم که اگر کتاب از بین برود بگویم که شما باید چهار دینار را به من پس بدهید. ولو این که ارزش کتاب چهار دینار است. ضمان بر روی مسمی واقع می شود. چرا؟ چون عقد صحیح بوده است. حالا کاشف الغطاء می گوید شما در معاظاة چه فتوایی می دهید؟ اگر در معاظاة به مسمی فتوی می دهید معنایش این است که معاظاة مفید ملک است. اما اگر به مسمی فتوی ندهید بلکه به ضمان بدل واقعی اش یعنی مثل یا قیمت فتوی بدهید آن موقع درست می شود. معاظاة یک عقد فاسدی می شود و یک اباحه ی تصرفی حاصل می شود این کتاب دست من یا شما می افتد بالاخره یکی از دیگری می خرد، ولی بیعی با معاظاة واقع نمی شود، ملکیتی با معاظاة واقع نمی شود بلکه فقط این کتاب به شکل امانت برای اباحه ی تصرفات در اختیار من بود. بسیار خب! وقتی که این کتاب در دست من بود و از بین رفت قاعده ی "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" سبب می شود که من ضمان بدل واقعی اش یعنی مثل یا قیمتش بر ذمه ی من بیاید و من باید بروم اداء کنم. ولی شما این فتوی را نمی دهید. فتوای شما این است که ضمان مسمی محقق شده است. ضمان مسمی با این فتوای شما که معاظاة یک عقد فاسد است و فقط یک اباحه ی شرعی در آن محقق شده است سازگار نیست. پس ذیل استبعاد پنجم که مساله ی تلف و ملکیت تلف است کاشف الغطاء چند تا نکته دارد می گوید. اصل ملکیت تلف را شیخ جواب داد. این ذیل را هم جواب داد. جواب شیخ این

است که ما برای جمع بین ادله، فتوی می دهیم به این که یک ملکیتی قبل از تلف به وجود آمده است. اگر یک ملکیتی قبل از تلف به وجود بیاید همه ی ادله درست می شوند. چطور؟ از این طرف معاواة عقد فاسد است و افاده ی ملک نمی کند. استصحاب هر کدام از عوضین در ملک مالک قبلی اش جاری است. این کتاب مال شما بود و من آن را گرفته ام. شما کماکان مالک هستید. در مقابلش من دو دینار داده ام من هم کماکان مالک هستم و شما دارید از آن ها استفاده می کنید. استصحاب بقاء هر کدام از این ها در ملک مالک قبلی اش جاری است و معاواة هم فقط اباحه ی تصرف ایجاد کرده است. اما چون این تلف اتفاق افتاده است این تلف سبب می شود که من قبل از این تلف مالک این کتاب شوم. شما هم قبل از تلف، مالک دینار ها بشوید. اگر ملکیتی قبل از تلف به وجود بیاید دیگر مشکلی نداریم. چرا؟ چون مشکلمان قاعده ی "علی الید" بود. این قاعده می گوید اگر ملک باشد هیچ اشکالی ندارد. من کاری به قاعده ی ید ندارم. شما مالک مال خودتان هستید حالا تلف شد خوب بشود. شیخ می گوید جمع بین ادله این طوری می شود. عبارت شیخ این بود:

أما كون التلف مملکا للجانبین...

اما این که تلف با همان قیودش مثل تفریط بیاید مساله ی مسمی را درست کند، شیخ می گوید هیچ اشکالی ندارد چون:

فإن ثبت بإجماع أو سيرةً كما هو الظاهر كان كل من المالین مضمونا بعوضه فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه...

هیچ اشکالی ندارد چون سیره ای وجود دارد که تلف مملک است. بر اساس جمع بین ادله، قبل از تلف یک ملکیت آنی به وجود می آید. ملکیت که درست شود مشکل حل می شود. مثل چه چیزی؟  
نظیر تلف المبیع قبل قبضه فی ید البائع...

چطور در بیع بالصیغة اگر این مبیع در ید بایع تلف می شد، ملک خودش بود و تلفش اشکالی نداشت؟

لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم علی الید ما أخذت و بین اصالة عدم الملك إلا فی الزمان المتیقن وقوعه فيه...

ما بین سه دلیل جمع می کنیم. آن سیره و آن اجماع را داریم. اصالة عدم ملک را هم داریم. قاعده ی ید را هم داریم. عبارت شیخ تا این جا تمام و بعد هم توضیح می دهند.

اشکال مرحوم صاحب عروه به استدلال مرحوم شیخ و دفع آن:

گفتیم این جا مرحوم سید یزدی یک اشکالی به شیخ کرده است. ایشان فکر کرده است اگر کسی بخواهد این جا ضمان مسمی را از قاعده ی ید نتیجه بگیرد، خب اشکالش این است که ید اقتضای ضمان مسمی را ندارد بلکه اقتضاء ضمان بدل واقعی یعنی مثل را دارد. فکر کرده است که شیخ که گفته است جمع بین ادله می کنیم یعنی خواسته است ضمان مسمی را از قاعده ی ید نتیجه بگیرد. لذا سید اشکال کرده است که:

لا يخفى أن الحكم بالضمان بعوضه المسمى ليس عملا بعموم علي اليد. لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة لا المسمى...

صاحب عروه گمان کرده اند که وقتی شیخ می گوید جمع بین ادله می کنیم خواسته است اجماع و اصالة عدم حصول ملک را کنار علی اليد بگذارد و بعد بگوید که ما مجبور می شویم که از باب قاعده ی علی اليد ضمان مسمی را قائل شویم. سید هم گفته است که قاعده ی علی اليد ضمان بدل واقعی را به ما می دهد.

خدا مرحوم آقای خوئی را رحمت کند. ایشان و خیلی از بعدی ها به سید گفته اند که منظور شیخ همان نکته ای است که دیروز گفته ایم. منظور شیخ این است که اگر ما یک عمومی به نام قاعده ی "علی اليد ما أخذت" داشتیم و بعد خواستیم یک چیزی را از این عموم خارج کنیم خروج تخصیصی است یا تخصیصی؟ شیخ خواسته است بگوید که خروج تخصیصی است. اگر اکرم العلماء ای داشتیم و بعد یقین داشتیم که اکرام زید واجب نیست، مثلا نمی دانستیم که زید عالم است اما به دلیل فسقش تخصیصا بیرون رفته است یا اصلا زید عالم نیست؟ إذا دار الامر بین التخصص و التخصیص، اصالة العموم جاری می شود و می گوید این بیرون رفتن به خاطر تخصص است نه تخصیص. شیخ خواسته است بگوید که عموم علی اليد می گوید که من تخصیص ناپذیر هستم. لذا این جا که شما از این قاعده استفاده نمی کنید یعنی به ضمان بدل واقعی فتوی نمی دهید، معلوم می شود که اصلا این قاعده این جا جاری نیست! جاری نیست یعنی این که این جا ملکی وجود دارد. مال مردم نیست بلکه مال

خودش است. شیخ نخواستہ است کہ از خود علی الید استفاده کند بلکه خواسته است این قاعده تخصیص نخورد. تعبیر شیخ ہم همین است.

أن الأجماع لما دلّ علی عدم ضمانه بمثله أو قيمته حکم بكون التلف من مال ذی الید...

ما مجبوریم این جا فتوی بدهیم به این کہ تلف از مال خودش است

رعايةً لعموم علی الید فذلک الأجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه...

کأن دارم این طوری می گوییم کہ چون قاعده ی علی الید قابل تخصیص نیست لذا این تلف، تلف مال مردم نیست. اگر تلف مال مردم بود قاعده ی علی الید می گفت شما ضامن بدل واقعی اش هستید. این تلف مال خودش هست.

فإذا قدر التلف من مال ذی الید...

اگر مجبور شدیم بگوییم کہ این ملکیت به وجود آمده است و قاعده ی علی الید تخصصاً جاری نشد نه این کہ تخصیص خورده است، آن موقع مجبور هستیم کہ استصحاب را رعایت کنیم و تا جایی کہ می شود بگوییم کہ ملک نبوده است و تا آخر ازمنه و به قدر تیقن یعنی آن قبل از تلف، ملکیت را قائل می شویم.

فلا بدّ أن يقدر فی آخر ازمنه امکان تقدیره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله...

پس به صاحب عروه می گوئیم فرمایش شیخ این است. انصافا اشکال سید وارد نیست و حق با آقای خوئی و بقیه ی محشین مکاسب است.

### ذکر مجدد اشکال عقیم بودن اصالة العموم نسبت به تخصیص و تخصص:

منتهی اشکال مهمی که بر عبارت شیخ وارد است این است که آن قانون جاری نمی شود. اصالة العموم نمی تواند کیفیت خروج را روشن کند. اصالة العموم جایی جاری است که شما بخواهید احراز مراد کنید نه این که کیفیت اراده را بخواهید احراز کنید. شما این جا می دانید که زید مراد نیست. دیگر راه اصالة العموم بسته است. نمی دانید زید که مراد نیست آیا تخصیصا مراد نیست یا تخصصا مراد نیست؟ اصالة العموم می گوید به من چه ربطی دارد؟! اصالة العموم، اصالة الاطلاق، اصالة عدم القرینة، این فروع اصالة الظهور، در جای خودشان بحث می شود که این ها برای تشخیص مراد هستند. کدام مراد؟ مراد جدی. اصالة العموم می خواهد بگوید که مراد جدی مولی این است. حالا که شما می دانید این جا قطعاً زید مراد نیست. دیگر نمی توانید بگویید که چون می دانم که زید مراد نیست، اصالة العموم هم می گوید که من جاری هستم، پس زید عالم نیست! تا تخصیص اتفاق نیافتد و تخصص اتفاق بیافتد. أكرم العلماء به عموم خودش بماند. خیر! در ما نحن فيه شما می دانید که بنا بر اجماع و سیره، این جا ضمان مسمی وجود دارد، ضمان بدل واقعی وجود ندارد. وقتی این را می دانید دیگر عموم علی الید به درد نمی خورد. عموم علی الید جایی کاربرد دارد که شما شک دارید که کدام نوع ضمان وجود دارد. از اصالة العموم استفاده می کنید و می گوئید این جا ضمان بدل واقعی وجود دارد.

اما وقتی شما می دانید و اجماع دارید، سیره دارید و دلیل خاص دارید که این جا این حکم جاری نیست دیگر اصالة العموم جریان پیدا نمی کند.

### محکم بودن مملکت تلف:

اگر اصالة العموم جریان پیدا نکرد آخرش حق با کدام است؟ آخرش حق با شیخ است اما نه به این دلیل بلکه به همان دلیل استدلال جمع بین دو دلیل - قاعده ی علی الید را کنار بگذارید - اگر جمع بین ادله اقتضاء کرد که تلف مملک باشد مساله تمام است. کاری هم به قاعده ی علی الید ندارم که تخصیص یا تخصص خورده است. مملکت تلف لازمه ی جمع بین ادله است. سیره دارم، اجماع دارم دال بر این که تلف این جا مملک است.

### تلاشی برای تقویت بیان صاحب عروه:

اگر کسی به این تحلیل ملتزم شود آن موقع شاید بشود عبارت سید در حاشیه ی مکاسب را هم درست کرد. یعنی جناب سید می خواهد بگوید که شما بالاخره دارید تعبد به ملکیت می کنید و إلا باید قاعده ی علی الید را تخصیص بزنید. با دلیل تعبدی دارید قاعده را تخصیص می زنید. اشکالی هم ندارد. باید حق ایشان هم اداء شود. اگر کسی عبارت ایشان را ملاحظه کند این حاصل می شود - چون عبارت شیخ خیلی روان است و معلوم است که دارد دوران بین تخصیص و تخصص را بررسی



می کند - اما صاحب عروه کأن دارد می گوید که شما دارید می گوئید یک اباحه ای جاری بود و این اباحه بطبیعتش اقتضاء می کرد قاعده ی علی الید، ضمان بدل واقعی را به ذمه ی شما بگذارد ولی با تعبد به اجماع و سیره می گوئید این جا قاعده ی علی الید تخصیص می خورد. چه اشکالی دارد؟ می شود این را بگوئید. می شود این را هم بگوئید که ملکیت قبل از تلفی وجود دارد از باب جمع بین ادله. تعبد به تخصیص علی الید مؤونه اش با تعبد به وجود ملکیت قبل از تلف تفاوتی ندارد و اشکالی پیش نمی آید. چون مساله ی دلیل مطرح است.

### بررسی استبعاد مملکت غصب و ذکر پاسخ شیخ:

ذیل این مساله ی مملکت تلف، یک اشکال دیگری وجود دارد که شیخ آن را هم جواب داده است.

و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها...

داریم یکی یکی جلو می رویم. اول اصل مملکت تلف را بحث کردیم و بعد این تلف مع التفریط را که آیا ضمان بدل واقعی به بار می آورد یا ضمان مسمی را بحث کردیم و حالا سراغ غصب می رویم. اگر یک معاطاتی واقع شد و بعد یک غاصبی آمد این مال را از دست زیدی که طرف تعاطی بود گرفت. این مال در دست غاصب است. کاشف الغطاء می گوید اگر این کتاب را غاصب غصب کرد، مُطالب چه کسی است؟ زید می تواند برود مطالبه کند؟ خب زید که مالک نیست که مطالبه کند! مطالبه مال مالک مال است. اگر بگوئید زید مالک است و مطالبه می کند معنایش این است که غصب مملک

باشد. خب این خیلی عجیب است. اگر بگویید زید مالک نیست ولی می تواند مطالبه کند باز هم عجیب است. خب مطالبه مال مالک است. حالا فرض کنید که این مال در ید غاصب تلف شد، بعد از تلف، تکلیف چیست؟ این فروضی که عرض کردم مال وقتی است که غاصب، مال را گرفته و برده، در این جا بحث سر مطالبه ی مال بود. حالا اگر مال تلف شد غاصب برای چه کسی ضامن است؟ باید ضامن این مال غصبی را به مالک بدهد یا به این زید که طرف تعاطی بوده است بدهد؟

فالتقول بأنه المطالب...

اگر بگویید این زیدی که أخذ کرده است باید مطالبه کند مساله خراب می شود و باید بگویید که غصب مملک است. یا باید بگویید که تلف در ید غاصب مملک است. اگر بگویید زید مالک نیست و باید برود مطالبه کند این هم غریب است.

جناب شیخ یک جمله در جواب می گوید. ایشان می گوید:

قبل از تلف هر دو تا می توانند طلب کنند. چه اشکالی دارد؟ غاصب آمد این مال را غصب کرد. هم مالک می تواند مطالبه کند چون مالک است. هم جناب زید می تواند طلب کند. چرا؟ چون زید دارد طلب حقیقش را می کند. حق داشت کیف شاء تصرف کند. غاصب مانع تصرف او شده است. مگر ما نمی گوییم این معاطاة مفید اباحه است و اباحه یعنی هر طور که خواست می تواند تصرف کند؟! الان غاصب با غصبش مانع استیفاء منافی است که برای زید مباح است. خب زید حق دارد برود مطالبه کند و بگوید اجازه بده تصرفاتم را انجام بدهم. لذا جناب شیخ می گوید مطالب می تواند هم مالک

باشد چون مالک اصلی است و هم این جناب زید باشد که مباح له است و مالک برایش همه ی تصرفات را اباحه کرده است.

اگر فرض کردیم که این عین در ید غاصب تلف شد. شما تلف را مملک می دانید یا نمی دانید؟ اگر گفتیم که سیره و اجماع این است که تلف، مملک است چه از طریق آفت سماوی باشد چه از هر طریق دیگر باشد، اگر تلف، مملک محسوب شود، خب جناب زید مالک می شود و می رود حقش را مطالبه می کند. اما اگر گفتید این گونه تلف که تلف با غصب است مملک نیست، در این صورت مالک باید برود مطالبه کند. چه اشکالی دارد؟! لذا جناب شیخ می خواهد بگوید که هیچ قاعده ای این جا به هم نمی خورد. یا ما قائل به مملکیت تلف می شویم حتی در ید غاصب خب زید مطالبه می کند و یا قائل نمی شویم.

یک فرع دیگر هم در این جا هست که دیگر شیخ متعرض آن نشده است و لذا ما هم به آن کاری نداریم. ولی جواب آن در همین سیر می آید. اصل مساله این است که تلف مملک است. مملکیت تلف لازمه ی جمع بین قواعد است. دو استبعاد دیگر را هم شیخ بیان کرده و بقیه را رها کرده است. ما هم إن شاء الله این دو استبعاد دیگر را بخوانیم که مقداری با حدود و ثغور مساله ی معاطاة آشنا شویم تا برای ما روشن شود که انصافا درست است که بگوییم سیره ی شرعی و عقلائی این است که معاطاة مفید ملک است.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.