

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مروری بر جلسات گذشته:

بحث ما در مورد نماء بود. عرض کردیم که کاشف الغطاء از مشهور پرسیده بودند که اگر کسی بخواهد قبل از تصرف در اصل، در نماء تصرف کند، چه حکمی دارد؟ چون تصرفی که مملک اصل باشد نکرده است تا به تبع آن، نماء هم به ملکش در بیاید. اگر در اصل تصرف کرده بود ما مشکلی نداشتیم. مثلاً یک حیوانی را معاطاةً أخذ کرده است و این حیوان بچه ای را به دنیا آورده است. قبل از این که در حیوان تصرف مملکی داشته باشد می خواهد در این نماء تصرف کند. تصرف در نماء قبل از تصرف در اصل چه حکمی دارد؟ اگر بگویید این نماء، ملک اوست دچار مشکل می شوید. این که این نماء به تنهایی ملک شود، درست نیست. به همراه اصلش ملک شود هم درست نیست. اگر بگویید این نماء مشمول اباحه ی تصرف است خب چنین إذنی را برای اباحه ی تصرف از کجا می آورید؟ شمول إذن برای تصرف در این فرع - مخصوصاً منفصل آن - محل اشکال است. جناب شیخ پاسخ دادند که اولاً ما قائل هستیم که این فرع در اباحه ی تصرف، مثل اصلش می باشد. عرض شد که این جا به شیخ اشکال کرده اند که اباحه ی تصرف در این فرع را از کجا نتیجه گرفته اید؟! کاشف الغطاء به شما اشکال کرده است که شمول إذن برای این جواز تصرف در این فرع، خفی است! شما

باید توضیح بدهید که این إذن را از کجا می آورید؟! صرف این ادعاء که بگویید ما قائل می شویم که این فرع - در این که جواز تصرف دارد - تابع اصل است، این دلیل می خواهد. کاشف الغطاء می گوید برای این إذن دلیلی نداریم. لذا محشین مکاسب این اشکال را کرده اند و آقای خوئی بالاتر از بقیه گفته اند که اصلا این از نوع تصرف در ملک غیر و حرام است. إذنی برای این تصرف وجود ندارد. در مورد طرف دیگر مساله هم شیخ گفته اند که اصلا ممکن است بگوییم معطی له مالک این نماء می شود. چرا؟ چون آن اباحه ی وسیعی که ما در معاطاة قائل شدیم، موضوع ملک می شود. شارع برای آن نسبت به نماء، ملک قائل است. باز هم همه اعتراض کرده اند که آقای شیخ! ملک سبب می خواهد. این جا سبب چیست؟ فرض بر این است که تصرفی وجود ندارد تا سبب باشد. تلف هم که سبب نیست، چون تلفی در کار نیست. خود حدوث نماء مملک است برای معطی له؟! هیچ فقیهی به این فتوی نمی دهد! آیا ملک بدون علت داریم؟! نمی شود که معلول بلا علة داشته باشیم! در این فضا محقق خوئی می خواهد مساله را حل کند. ایشان می گوید بر اساس مبنای ما مساله حل می شود. مبنای ما این بود که معاطاة را مملک قرار می دادیم. آقای خوئی می گوید خود معاطاة مملک است نه تصرف یا تلف؛ بنا بر قول مختار ما - محقق خوئی - که مثل بیع از اول مملک است، مساله حل است و بنا بر فتوای مشهور که می گفتند یک اجماع و سیره ای داریم که قائل به مملکیت معاطاة نیستند، این اجماع مانع تحقق ملکیت است. اما چه قدر مانع است؟ به مقدار قدر متیقنش! چون دلیل لَبّی است. قدر متیقن مانعیتش تا قبل از حدوث نماء است. لذا بعد از این که نماء حادث شد، به خود اصل أخذ می کنیم. اصل، مملکیت معاطاة است. می گوییم معاطاة از زمان حدوث نماء، مملک هم نماء و هم اصل است و هیچ مشکل دیگری نداریم.

دیروز عرض کردیم که آقای خوئی! این مطلب شما اگر قول خودتان باشد حرفی نداریم ولی این حرف مشهور نیست! مشهور معاطاة را عقد فاسد گرفته اند. ما بحث کردیم که علی المشهور، این إذن، إذن مالکی است یا إذن شارع است؟ آیا در معاطاة، اباحه، اباحه ی مالکی است که مستند به إذن مالک باشد؟ یا اباحه، اباحه ی شرعی است تا مستند به إذن شارع باشد؟ مثل لقطه که یک چیزی را باد در خانه ی ما بیاندازد، آن چیز، در دست ما امانت است. اگر إذن تصرف داشته باشیم این شارع است که در یک شرائطی إذن داده است. مالکش که چنین إذنی نداده است. مشهور می گفتند که این إذن، إذن شرعی است. چرا؟ به خاطر این که می گفتند معاطاة عقد فاسد است. آن جا از زبان خود شیخ، تحلیل کردیم که مالک قصد اباحه نکرده بود که إذن مالکی به ما بدهد بلکه مالک، قصد ملک کرد ولی چون عقد فاسد بود ملک محقق نشد. الان در معاطاة فرض بر این است که أخذ و إعطاء به قصد تملیک است. لذا وقتی من این شیء را به شما می دهم و شما در مقابلش چیزی می دهید، هر دوی ما قصد ملک کرده ایم نه قصد اباحه! قصد ملک کرده ایم اما به خاطر این که از نظر شارع، عقد فاسد بود، ملک محقق نمی شود. اگر بر اساس همین نظریه گفتیم که اباحه، اباحه ی شرعی است، إذن در تصرف، إذن شارع است - بنا بر دلالت سیره یا اجماع - لذا اگر کسی گفت این اباحه ی مالکی نیست بلکه شرعی است، معاطاة عقد فاسد می شود و دیگر نمی توانید بگویید وقتی تصرف کرد یا تلف کرد، معاطاة مملک می شود! معاطاة مرد و رفت! عقد فاسدی بود. اگر معاطاة می خواست مؤثر باشد شما باید إذن را إذن مالکی می گرفتید اما نمی گیرید. آقایان به چنین چیزی فتوی نمی دهند. لذا وقتی اباحه، اباحه ی شرعی است و معاطاة از کار افتاده است دیگر شما نمی توانید بگویید وقتی نماء حادث شد یا تصرف محقق شد یا تلف اتفاق افتاد، معاطاة مملک است. لذا اصل مبنای ایشان

محل اشکال است. البته گفتیم که با روال خودتان فرمایش منظمی دارید اما ربطی به حرف مشهور ندارد و در این رابطه که تصرف و تلف مملک است حق با شیخ است حالا نماء را باید ببینیم چه حکمی پیدا می کند.

بررسی دو اشکال در مورد تابعیت فرع از اصل در جواز تصرف:

در مورد مساله ی اذن که شیخ فرموده است این نماء در اباحه ی تصرف، تابع اصلش است، این جا هم چند مساله هست.

اولا تابعیتش در جواز تصرف دلیل می خواهد. تا جواب کاشف الغطاء را - یعنی آن اشکال شمول الإذن له خفی - ندهد، این مطلب محل اشکال است.

ثانیا یک عده به شیخ اشکال کرده اند که اگر این نماء در اباحه تصرف مثل اصل باشد، اگر اصل تلف شد این آقا حق دارد به نماء رجوع کند؟ اگر در هر دو تا اباحه است باید بتواند رجوع کند. مثلا یک حیوانی در معاطاة رد و بدل شد و بعد یک بچه ای به دنیا آورد. شیخ می گوید هم اباحه ی تصرف برای اصل وجود دارد و هم برای این نماء منفصل. مستشکلین می گویند لازمه ی حرف شما این است که اگر اصل تلف شد و نماء باقی ماند، نماء که مستقل شده است، آیا مالک می تواند رجوع کند؟ لازمه ی حرف شما جواز رجوع مالک است. خب این خیلی بعید است که وقتی اصل از بین رفته است این بتواند نماء را برگرداند.

خب این اشکال انصافاً بر شیخ وارد نیست. چون شیخ معتقد است که نماء تابع اصل است. فرض بر این است که تلف اتفاق افتاده است. تلف اگر مملک اصل باشد مملک نماء هم هست. لذا نمی تواند رجوع به نماء کند. لذا این فرمایش مرحوم آقای مروج در حاشیه ی مکاسب به تبع بعضی از محشین، بر شیخ وارد نیست. ایشان ذیل عبارت شیخ یعنی "بل حکمه حکم اصله" گفته است:

لکن یستشکل فیه بأن لازمه جواز الرجوع فیه مادام باقیا و إن تلف اصله...

لازمه اش این است که بتواند به فرع رجوع کند ولو این که اصل تلف شود. پاسخ می دهیم که خیر! اصلاً چنین لازمه ای ندارد! اگر گفتیم این تابع اصل است و فرض بر این است که اصل تلف شده است - ما هم که گفته ایم تلف مملک است - دیگر مشکلی نداریم.

اما دقت خود کاشف الغطاء بالاست! قبل از تصرف این اشکال وارد است. قبل از تلف می شود بحث کرد. یعنی اگر مملکی مثل تصرف و تلف برای اصل به وجود آمد دیگر هیچ اشکالی نسبت به فرع و نماء وجود ندارد. لذا این اشکال به شیخ وارد نیست. کاشف الغطاء هم که اشکال کرده است اشکالش این نیست بلکه می گوید قبل از تصرف و تلف، تصرف در نماء چه حکمی دارد؟ لذا ما الان که داریم درباره ی نماء بحث می کنیم داریم قبل از تصرف و تلف را بحث می کنیم. بعد از تصرف و تلف چون فرض بر این است که این ها مملک هستند دیگر مشکلی نداریم و نماء هم در ملک او قرار می گیرد.

اما آن اشکال اول که می گفت ما دلیل می خواهیم به شیخ وارد است.

بعضی ها خواسته اند بگویند که جواز را می شود درست کرد. اول فرمایش آقای خوئی را که نخواستہ است از شیخ دفاع کند می گوئیم. بعد مطلب مدافعان شیخ را می گوئیم و بعد جمع بندی می کنیم و بعد سراغ فرمایش محقق نائینی می رویم. چون این جا حق با نائینی است.

دو راه حل از محقق خوئی برای تحصیل إذن تصرف در نماء:

محقق خوئی می گویند ما می توانیم علی سبیل المنفصلة الحقیقیة دو جواب به کاشف الغطاء بدهیم. یک جواب همین بود که گفتیم با مبنای ما معاطاة مملک است و مشکلی نداریم. این جواب را رد کردیم و گفتیم اصل این جواب غلط است. معاطاة مملک نیست بلکه عقد فاسد است.

بعد فرموده اند اگر کسی آن جواب را قبول نکند این جواب را می دهیم که إذن در اصل با إذن در فرع و نماء ملازمه ی عرفی دارد. عبارت ایشان در مصباح خیلی روان و صریح است. ایشان می گویند اگر کسی مبنای ما را در مملکیت معاطاة قبول نکرد - خودشان حواسشان هست که مبنایشان به همین راحتی قابل قبول نیست - می گوئیم:

و يمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الأنفصال الحقيقي...

جواب اول این است که:

أن النماء و إن لم يصر ملكا للمباح له - که نظر شیخ بود - لكن يجوز له التصرف فيه بدهاءة أن الإذن في التصرف في شيء يلازم عرفا الإذن في التصرف في تابعه و لوازمه...

ما می خواهیم یک ملازمه ی عرفی درست کنیم و بگوییم وقتی اِذْنِ در اصل بود اِذْنِ در فرع هم هست.

فجواز التصرف فی النماء من جواز التصرف فی الاصل...

دفاع از مرحوم شیخ در مقابل محقق خوئی:

ما به آقای خوئی می خواهیم بگوییم که انصافا اگر این احتمال را می خواستید بدهید خب این احتمال را برای شیخ هم قائل می شدید! بآءک یجرّ و بآء الشیخ لا یجرّ؟! شیخ هم که گفت این فرع مثل اصلش هست در همین ملازمه داشت حرف می زد. شما به شیخ که رسیده اید گفته اید این تصرف در ملک غیر است و شمول الإذن له خفی! خود شما که خواستید مساله را درست کنید با ملازمه ی عرفی پیش می روید. خب شیخ هم همین را داشت می گفت.

اشکال به راه دوم محقق خوئی (عدم وضوح ملازمه ی عرفی در نماء منفصل):

ولی اشکال این است که اصل این راه حل اشکال دارد. ملازمه ی عرفی انصافا در نماء متصل درست است. ولی ملازمه ی عرفی در نماء منفصل انصافا خفی است. یعنی فرمایش کاشف الغطاء جا دارد. نماء متصل یعنی این حیوان ده کیلو گوشت داشت الان بیست کیلو دارد اما در اِذْنِ تصرف در منفصل،

شک می کنیم. در متصل معلوم است. وقتی به شما إذن تصرف داد - حالا بعد عرض می کنم که این إذن مالکی است یا إذن شرعی است - ولی وقتی إذن آمد این إذن در متصل روشن است اما در منفصل مقداری محل اشکال است. لذا این ملازمه ی عرفی که محقق خوئی ارائه می کنند به این راحتی مشکل نماء منفصل را حل نمی کند.

تکرار اشکال فوق در صورتی جدید:

ثالثا باید از آقای خوئی سوال کنیم که این إذن، إذن مالکی است یا إذن شرعی است؟ در کدام فضا از إذن بحث می کنید؟! اگر در فضای إذن مالکی دارید بحث می کنید که باید بگوییم إذن مالکی از کار افتاد. چون معاطاة عقد فاسد بود. تصرف سه منشاء دارد. یا ملکیت است که فرض بر این است معاطاة مملک نیست. یا منشاء این جواز تصرف، إذن مالکی است که فرض بر این است که مالک دنبال إذن اباحه نبود. بلکه دنبال ملکیت بود که این ملکیت هم باطل شد. اگر قرار است که إذن در این جا مطرح باشد، باید اباحه ی شرعی باشد. اباحه ی شرعی هم همان سیره است. آیا واقعا سیره قائم بر این است که در نماء منفصل چنین چیزی وجود دارد؟! قضیه مشکل دارد.

بیان مدافعین شیخ و ردّ آن:

و از همین جا معلوم می شود که بعضی دیگر از آقایان که خواسته اند از شیخ دفاع کنند فرمایششان مشکل دارد. آقای خوئی که راه حلشان را به شیخ نسبت نداده اند ولی جا داشت که نسبت بدهند. بعضی ها خواسته اند از شیخ دفاع کنند و بگویند شیخ نخواسته است که فقط از ملازمه استفاده کند بلکه خواسته است از یک اطلاق مقامی استفاده کند. اطلاق مقامی این طوری است که مالک این جنس را دست شما می دهد و این گوسفند هم باردار بود. مالک هم اطلاع داشته است. بعد هم بچه ی گوسفند به دنیا می آید ولی مالک شما را منع نکرد. می توانست منع کند اما این کار را نمی کند. پس معلوم است که در تصرف در نماء منفصل إذن داده است. گفته اند طبیعتش این طوری است که وقتی شما در مرآء و منظر مالک اصل دارید در نماء تصرف می کنید و او هم می داند خب اگر إذن نمی داد که مانع شما می شد.

لذا در نماء متصل ملازمه ی عرفی روشن است. اصلاً إذن در اصل إذن در نماء است. تفکیکشان خیلی سخت است. در نماء منفصل هم ولو این که بگوییم آن ملازمه وجود ندارد اما چنین اطلاق مقامی ای وجود دارد.

اما جواب این است که این إذن قرار نبود که مالکی باشد! شما مساله را بر محور إذن مالکی حل می کنید.

در این میان حق با نائینی است. ایشان مساله را خیلی فنی دیده است. ما اگر گفتیم که معاطاة عقد فاسد است دیگر کار مالک تمام شده است. مالک قَصَد التملیک و لم یؤثر فعله فی التملیک. همین! اگر من گفتم که این اباحه، اباحه ی شرعی است نه اباحه ی مالکی، خب حالا جلوی چشم مالک باشد، خب باشد، مأذون است خب باشد، إذن داده است، یا نداده است، چه قدر إذن داده است؟ همه ی این تحلیل ها در فضای إذن مالکی است. اما فرض بر این است که ما الان اباحه را اباحه ی شرعی تحلیل می کنیم. اباحه ی شرعی دلیل مستقل شرعی می خواهد. شارع چه قدر إذن داده است؟ إذن شارع، سیره است، اجماع بر اباحه ی تصرف است. شارعی که إذن در تصرف داده است این إذن نماء متصل را قطعاً می گیرد و هیچ بحثی در آن نیست اما آیا این إذن، نماء منفصل را می گیرد؟ اگر چنین سیره ای داشته باشیم حرفی نداریم و به آن فتوی می دهیم. اما اگر چنین دلیلی نداشته باشیم چه کنیم؟ مشکل اصلی ما این است که از این طرف باید إذن را إذن شرعی بدانیم نه اباحه ی مالکی، از آن طرف هم در دلیلش که سیره است مشکل داریم. سیره هم لَبّی است و لَبّی هم قدر متیقن دارد. قدر متیقن آن هم در نماء منفصل محل اشکال است و وقتی محل اشکال است می گوییم شک در حجیت مساوق با قطع به عدم حجیت است. نمی توانید این دلیل لَبّی را در نماء منفصل حجت بدانید.

به همین دلیل است که محقق نائینی گفته است ما نه سیره ای داریم که بخواهد حدوث نماء را مملک قرار بدهد و نه سیره ای داریم که جواز تصرف در نماء منفصل را درست کند. اگر جواز تصرف در نماء منفصل دلیل می خواهد، اگر مملکیت حدوث نماء دلیل می خواهد و فرض بر این است که دلیلش سیره است، خب سیره دلیل لَبّی است و باید در مملکیت و جواز تصرف به قدر متیقن آن أخذ

کرد. اگر این طوری باشد محقق نائینی گفته است که باید برای آن دلیل جدا درست کنیم. اگر دلیل جدا درست کنیم، تحلیل شیخ در مورد تلف و تصرف را می شود پیاده کرد و گفت این ها مقتضای جمع ادله است. شیخ می گفت تلف به خاطر جمع بین ادله، مملک است، تصرف به خاطر جمع بین ادله مملک است چون آن دلیل می گوید که "لا بیع إلا فی ملک"، "لا وطئ إلا فی ملک"، "لا وقف إلا فی ملک"، از طرف دیگر هم اباحه ی تصرف به صورت گسترده ای آمده است. پس معلوم است که ملکیت آنها ما قبل از تصرف وجود دارد. نائینی دیده است که این تحلیل ها مشکل دارد و نمی شود از اشکال کاشف الغطاء نجات پیدا کرد. نه ملکیت حدوث نماء بنابر قول مشهور و نه جواز تصرف در نماء منفصل، با فرض این که اباحه، اباحه ی شرعی باشد و نه اباحه ی مالکی. این ها دلیل می خواهد لذا محقق نائینی تلاش کرده اند که یک دلیلی دست و پا کنند.

فردا إن شاء الله به فضل پروردگار فرمایش نائینی را هم می گوئیم تا این بحث جمع شود. البته یک استبعاد دیگر باقی مانده است ولی خیلی کار ندارد. این استبعادهای مهمی که در فهم خود مساله ی معاطاة و سیره دخالت داشته اند را بنده بحث کردم تا یک مقداری حدود و ثغور مساله روشن شود.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.