

بسم الله الرحمن الرحيم

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

بیان استبعاد اتحاد موجب و قابل و اولی بودن مملکت قبض:

جلسه ی گذشته قرار گذاشتیم که ادله ی لزوم معاطاة را شروع کنیم ولی بنده مرور که کردم دیدم در این استبعادات کاشف الغطاء یک جمله ای باقی مانده است. چند تا مطلب است که شیخ بررسی نکرده است ولی من هم نمی خواهم همه اش را بگویم. اما یک جمله ای وجود دارد که در تکمیل نقش أخذ و إعطاء و قبض خیلی مؤثر است. این جمله را هم توجه کنید تا آن نکاتی را که در فهم معاطاة دخالت دارند گفته باشیم. این را هم به عنوان آخرین استبعاد کاشف الغطاء توجه کنید. هر چند که متأسفانه شیخ جوابش را نداده است. البته گفته اند که از بحث ما جوابش معلوم می شود. اما انصافاً بعضی از محشین این را بررسی کرده اند و این بررسی هم مؤثر است.

یکی از نکاتی که در فرمایش کاشف الغطاء وجود دارد این قسمت است:

و منها قصر التملیک علی التصرف مع الاستناد فيه إلی أن إذن المالك فيه إذن فی التملیک...

این قسمت خیلی مهم است. گفته است یکی از استبعاداتی که این جا هست - حالا شیخ می گوید استبعاد است ولی کاشف الغطاء می گوید این یکی از قواعد جدیدی است که باید در فقه تاسیس شود - این است که اگر کسی در معاطاتی که به قصد تملیک انجام می شود گفت این تصرف به خاطر این

که مستند به إذن مالک است، مملک است، کاشف الغطاء می گوید این جا دو قاعده ی جدید تاسیس می شود.

یکی این است که اگر مالک به شما إذن بدهد که تصرف مملک انجام بدهید شما هم موجب می شوید و هم قابل می شوید. از آن جهت که از قبل مالک مأذون هستید در این که تملیک کنید - یعنی تصرف مملک انجام بدهید - از این جهت موجب هستید. چون فرض بر این است که مالک به شما اجازه داده است که شما متاع را بفروشید. این بیع، تصرف مملک است. مالک به شما اجازه داده است که این کنیز را وطئ کنید، یا اجازه داده است که این متاع را وقف کنید و این وقف، تصرف مملک است. بسیار خب! چون به شما إذن در تصرف داده است یعنی إذن در تملیک داده است. شما با آن تصرف - مثل این است که صیغه ی عقدی برای تملیک جاری کنید - با این تصرف هم موجب هستید چون دارید ایجاب می کنید و هم قابل هستید به خاطر این که مالک می شوید. گفته است این که بگویند این تصرف مملک است و مستند به إذن مالک است مآلاً شما را هم موجب می کند و هم قابل می کند.

یک اشکال دیگری هم وجود دارد که کاشف الغطاء می گوید مهم تر است. آن اشکال این است که این إذن اگر بخواهد إذن در تملیک تلقی شود چرا این إذن به خود تعاطی نخورد و به تصرف متأخر بخورد؟! همین که با إذن در تملیک، متاع را به شما تحویل می دهد، همین تعاطی و قبض، تملیک باشد. این که بهتر است. این قبض، متصل به إذن در تملیک است. چه اشکالی دارد که بگویم همین قبض مملک است. چرا؟ چون این إذن در تملیک را معطی داده است. إذن تملیک را میبچ داده است.

این معطی و مبیحی که اباحه را اجازه می دهد چون این إذن، إذن در تملیک است لذا شما می توانید با همین قبض ملکیت را حل کنید. قبض که از همه بهتر است. این که شما متاع را قبض می کنید متصل به إذن در تملیک است. اگر إذن در تملیک بخواهد تصرف را مملک کند، آن تصرف که متأخر است. شما با همین قبض مشکل را حل کنید. لذا می گوید:

قصر التملیک علی التصرف...

این که شما فقط تصرف را مملک می دانید.

مع الإستناد فیه...

با فرض این که استناد می کنید در این مملکیت...

إلی أن إذن المالك فیه إذن فی التملیک..

می گوئید مالک به شما اجازه داده است که این تصرف مالکانه را انجام دهید پس إذن در تملیک داده است. این دو تا اشکال دارد:

فیرجع إلی کون المتصرف فی تملیک نفسه موجبا و قابلا...

هم ایجاب را خودش جاری کرده است به استناد همان إذن و هم قابل است.

و ذلك جارٍ فی القبض...

خب همین حرف را شما در قبض بگوئید!

بل هو أولى منه...

بلکه قبض از تصرف اولویت دارد. به خاطر این که قبض متصل به إذن است. چرا با تصرف کار می کنید؟!

لإقترانه بقصد التملیک دونه...

این اشکال کاشف الغطاء بود.

خوب در این مطلب دقت کنید چون انصافاً در فهم معاطاة نقش دارد.

شیخ در پایان بحث گفتند که از تحلیلی که کردیم شما می فهمید که این ها را راحت می شود جواب داد. ببینیم چطوری این ها را باید جواب بدهیم.

پاسخ استبعاد فوق:

نکته ی مهم ما این است که تحلیل شیخ روشن بود. این اباحه، چه اباحه ای شد؟ اباحه ی شرعی شد یا اباحه ی مالکی شد؟ اباحه ی شرعی شد. خب اباحه ی شرعی چه ربطی به إذن مالک دارد؟! شیخ می گوید تعجب ما از کاشف الغطاء این است که ما در فهم معاطاة که می گفتیم معاطاة مفید اباحه است، اباحه را اباحه ی مالکی نمی دانیم! چرا اباحه مالکی نیست؟ چون مالک قصد اباحه نکرده است. مالک قصد تملیک کرد که مؤثر هم نبود و لذا معاطاة عقد فاسد شد. لذا در تحلیل مشهور –

خوب دقت کنید که این مطلب در فهم معاطاة مهم است - وقتی مشهور می گویند این أخذ و إعطاء به قصد تملیک بود اما شارع برایش فقط اباحه قرار داده است معنایش این است که آن معاطاة عقد فاسد شد و وقتی عقد فاسد شده است دیگر نمی توان گفت که این معاطاة، اباحه ی مالکی دارد یا بگوئیم مستند به إذن مالک است که بعدش بگوئیم آن تصرف مملک، مستند به إذن مالک شده است! ادا این طوری نیست.

ناتوانی مبنای مملکت معاطاة از پاسخ به اشکال اخیر کاشف الغطاء:

از همین جا اشکالی به محقق خوئی وارد می شود. آقای خوئی این مساله را چطوری با تحلیل خودشان حل می کنند؟ آقای خوئی می خواستند ملکیت را به معاطاة مستند کنند و بگویند ملکیت از زمان تصرف مملک مستند به معاطاة است. خب اگر واقعا ملکیت از زمان تصرف مملک به معاطاة مستند شود، خب فضای اشکال اخیر کاشف الغطاء همین است! کاشف الغطاء می گوید تصرف، متأخر است. شما بیاوید با قبض کار کنید که متصل به إذن است.

ما اباحه را اباحه ی شرعی می دانیم. معنای اباحه ی شرعی، همان اشکالی است که ما به آقای خوئی گرفتیم و گفتیم حق با شیخ است. گفتیم که معنای اباحه ی شرعی این است که معاطاة عقد فاسد است و هیچ کاری به إذن و قصد مالک نداریم. این اباحه، شرعی است. این امانت، امانت شرعی است نه امانت مالکی! اگر این طوری شد، می گوئیم اصل استبعاد کاشف الغطاء غلط است.

اگر اصل إذن به هم بخورد، این مساله دیگر به إذن مالک و این حرف ها بر نمی گردد.

پاسخی دیگر به اتحاد موجب و قابل:

از این اباحه ی شرعی، تصرف مملک حاصل می شود. تصرف مملک، یعنی شارع اجازه داده است که شما با تصرفتان، ایجاب را جاری کنید. این هم غلط است! اصلا این طوری نیست. بلکه تازه می گوئیم این تصرف مملک کاشف از ملکیت آنا ما قبل از تصرف است. این طوری می شود که تصرف چون متفرع بر ملک است، "لا بیع إلا فی ملک"، "لا وطئ إلا فی ملک"، "لا وقف إلا فی ملک!" شما یک ملکیتی قبل از تصرف دارید. نه این که آن تصرف به منزله ی ایجاب باشد و بعد شما موجب و قابل شوید.

خب این ملکیت را از کجا نتیجه گرفتیم؟ از جمع بین ادله. حالا در کدام ادله؟ گفته اند که "لا قبض إلا فی ملک"؟!

مغالطه بودن مقایسه ی مملکیت تصرف با قبض:

لذا شما نمی توانید آن تصرف را با قبض مقایسه کنید و بگویید این هم در قبض جاری است. ما دلیلی نداریم که بگوید "لا قبض إلا فی ملک". شما می توانید الی ما شاء الله، اموال مباحه ی مردم را قبض و تصرف کنید. مطلق قبض یا تصرف که متوقف بر ملک نیست. بعضی از تصرفات متوقف بر ملک است آن هم تصرفی که دلیلش دلالت کند.

- می شود گفت مقتضای جمع ادله، کشف از ملک قبل از تصرف است نه سببیت؟
- شیخ هم همین را می گفت. شیخ می گفت جایی که می گوید دلیل می گوید این تصرف متوقف بر ملک است ما یک ملکیت آنا مایی قبل از تصرف داریم. مثل ملکیت عمودین. انسان از یک طرف مالک عمودینش نمی شود و از طرف دیگر، عتق باید در ملک تحقق پیدا کند. لذا باید یک ملکیت قهری به وجود بیاید و یک عتق قهری به وجود می آید.

لذا با تحلیلی که شیخ ارائه کرد، ما اصلا متوجه نمی شویم که شما چطوری می خواهید بگویید این آقا موجب است؟! یا چطوری می خواهید این را با قبض مقایسه کنید؟! قبض دلیل نداشت! فرض هم کنید که مستند به إذن مالک باشد، اما قبض که مملک نیست! چون دلیلی بر آن نداریم. یعنی دلیلی نداریم که بگویید ملکیتی قبل از قبض شکل می گیرد. دلیل در بعضی از تصرفات داریم که در آن ها، ملکیت آنا ما قبل از تصرف را شکل می دهد. لذا مقایسه ی این ها با مساله ی مطلق قبض غلط است. صرف این که این قبض، متصل به إذن است – که البته ما اصل إذن را خراب کردیم و گفتیم إذن مال مالک نیست – که به درد نمی خورد! ما ملکیت را از جمع بین ادله نتیجه گرفتیم.

انکار اصل استبعاد اتحاد موجب و قابل:

در نهایت متوجه نمی شویم که چرا کاشف الغطاء استبعاد می کند؟! خیلی جاها داریم که موجب و قابل یکی هستند اما تعدد بالاعتبار دارند. مگر نه این است که خود کاشف الغطاء گفتند اگر کسی بگوید این مال را از طرف من صدقه بدهید یعنی من به شما اجازه می دهم که این مال را مالک شوید و بعد از طرف من آن را صدقه بدهید؟! ما در کلی از ادله داریم که هیچ اشکالی ندارد که ایجاب و قبول را یک نفر به دو اعتبار جاری کند. چه اشکالی دارد؟! هر چند که ما اصلا ما نحن فیه را این طوری نمی بینیم.

به نظر ما این قدر این مساله برای شیخ واضح بوده است که می گوید دفع این جور استبعادات را خود شما یاد گرفته اید.

ما در أخذ و إعطاء دو تا راه حل بیشتر نداریم. یا قائل به عقد فاسد و اباحه ی شرعی می شویم و می گوییم بنا بر جمع بین ادله، تلف و تصرف متوقف بر ملکیت، ملکیت قبل از تلف و تصرف را اقتضاء می کند یا قائل به عقد صحیح و افاده ی ملکیت از اول امر می شویم. شیخ راه را بسته است. امر دائر بین این دو گزینه است. دیگر نمی توانیم ملتزم به یک تصویر ثالثی شویم که محقق خوئی خواسته اند از آن دفاع کنند و إلا گرفتار اشکالات کاشف الغطاء می شویم.

- آخرش سبب مملک را در تحلیل شیخ معرفی نمی کنیم.
- ما می گوییم جمع بین ادله اقتضاء کرده است.
- معلوم می کند که یک ملکیتی بوده است.
- بله! ما می گوییم تصرفاتی که متوقف بر ملک است کاشف از وجود ملکیت آنا ماست.

- ولی نمی گوییم سبب ملکیت چیست.
 - بله! ما هم همین را گفته ایم. نیامدیم بگوییم که تصرف مملک است یا تلف مملک است. ما داریم می گوییم هر گاه دلیل دلالت کرد باید قبل از این تصرف یا تلف، ملکیتی شکل گرفته باشد به عنوان جمع بین ادله.
 - بالاخره یک اثر عرفی به نام ملکیت داریم. مؤثرش چیست؟
 - ما از اولش گفتیم که برای همین ما زیر بار کلیت "عقود تابع قصود هستند" نرفتیم تا این اتفاق نیافتند.
 - شما آن جا فرمودید که نمی خواهیم کبرایش را نقد کنیم.
 - چرا! ما آن جا همین مساله را تحلیل کردیم.
- بنابراین ما بین این دو گزینه هستیم که یا باید معاطاة را عقد فاسد بدانیم و اباحه را اباحه ی شرعی بدانیم و دلیل هر جا دلالت کرد که این تصرف یا تلف باید در ملکی تحقق پیدا کند یک ملکیت آنا ما قبل از تصرف درست کنیم. یا این که بگوییم معاطاة عقد صحیح است و از صحت این عقد، کشف کنیم - از همان تحلیلی که شیخ در آخر ارائه کرد و گفت این دلیل اصلا قابل تخصیص نیست - که معاطاة از اول عقد صحیحی بوده است و خودش هم افاده ی ملک کرده است و عقد صحیحی است که هر جا شکل گرفت تابع قصد است.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین.