

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

راه سوم شیخ برای اثبات مختار

«هذا، مع أنَّ ما ذكر: من أنَّ للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه».

مرحوم شیخ برای اثبات مدعای خویش که معاطات مفید ملکیت من اول الامر است، سه راه بیان می کنند، دو راه آن بیان شد، رسیدیم به راه سوم.

راه سوم: اگر قائل شویم به اینکه معاطات در ابتدا مفید اباحه تصرف است، اما هنگام تصرف متوقف بر ملک، ملکیت حادث می شود، التزام به این مطلب در شأن یک متفقه نیست، تا چه برسد به اینکه یک فقیه که قواعد و ضوابط فقهیه در درست اوست، بخواهد این مطلب را ملتزم شود. مؤید این مطلب کلامی است که مرحوم کاشف الغطا در شرح خودشان بر قواعد بیان فرمودند.

کاشف الغطا فرموده است که اگر قائل شویم به اینکه معاطات در ابتدا مفید اباحه تصرف است، اما هنگام تصرف متوقف بر ملک، مفید ملکیت است، مستلزم تأسیس قواعد جدیدی است و چون چنین تالی فاسدی دارد، نمی پذیریم. - دقت بفرمایید نمی گوید: این باطل است، می فرمایند: بعید است که فقیهی به آن قائل شود. -

اشکالات کاشف الغطاء در ردّ ملکیت آنّا ما در معاطات

مرحوم شیخ، کلام کاشف الغطا را مفصلاً بیان می کنند، ایشان فرموده است که بر چنین نظریه ای حدود هشت اشکال و تالی فاسد مترتب است که اگر این اشکالات ثمانیه کاشف الغطا را دسته بندی و جمع بندی کنیم، در بین این هشت اشکال، دو اشکالش به قسمت اول این نظریه است و بقیه به قسمت دوم آن.

قسمت اول این نظریه این است که بگوییم معاطات در ابتدا مفید اباحه است. دو اشکال از هشت اشکال کاشف الغطا به این قسمت برمی گردد، که عبارت از اشکال اول و سوم است. بقیه اشکالات به قسمت دوم این نظریه برمی گردد، یعنی جایی که قائلند به اینکه اگر تصرف متوقف بر ملک را بخواهد انجام شود، بعد از اباحه در زمان آن تصرف، ملکیت حادث می شود. اجمال اشکالات را بیان می کنیم و توضیح و تفصیلش را در تطبیق بیان می کنیم.

اشکال اول: قاعده ای وجود دارد به نام «العقود تابعة للقصود»، عقود و آنچه که قائم مقام عقود است، مثل ایقاعات یا معاملات

فقیهه تابع قصد طرفین هستند، در حالی که در معاطات با اینکه طرفین قصد تملیک کرده اند، خلاف قصدشان واقع می شود و گفته می شود: معاطات مفید اباحه است، یعنی با قانون مسلم فقهی «العقود تابعة للقصود» مخالفت شده است.

اشکال دوم: بعد از آنکه معاطات مفید اباحه شد، طرفین که در اثر معامله معاطاتی، مالی را گرفتند، زمانی که بخواهند تصرف متوقف بر ملک انجام دهند، مال داخل ملکشان می شود. این حرف بازگشتش به این است که «ارادة التصرف» یا خود تصرف خارجی را مملک قرار دهیم و بگوییم: همین که شخص اراده تصرف کرد یا همین مقدار که تصرف خارجی را انجام داد، این تصرف «من اسباب الملكية» و خودش یک سبب مملک باشد، در حالی که هیچ فقهی تصرف را از اسباب ملکیت قرار نداده است.

در توضیح مطلب می فرمایند: این کتاب الان مال زید است، زید به معاطات کتاب خودش را به عمرو می دهد، شما می گوید ابتداءً این معاطات مفید اباحه است، معنای مفید اباحه بودن یعنی این مال هنوز در ملک مالک قبلی است. اگر عمرو بخواهد تصرف متوقف بر ملک انجام دهد، می گوید همین اراده تصرف یا تصرف خارجی خودش مملک است، در حالیکه آن مالک قبلی نه قاصد نقل است، نه دیگر سلطنتی دارد. مالک قبلی از راه معاطات مالش را به عمرو داد. چطور عمرو که می خواهد تصرف کند، بدون اینکه مالک قبلی نیت ملکیت مجده او را کند و بدون اینکه سلطنتی دیگر بر مال داشته باشد به ملک عمرو منتقل شود؟ این مطلبی است که ما نمی توانیم به آن ملتزم بشویم.

اگر مال بخواهد از ملک مالکی خارج شود، اراده آن مالک باید دخالت داشته باشد، تا مالک قصد نکند، نمی شود، پس چطور قائل شویم: اراده تصرف از خود متصرف، موجب ملکیت خودش می شود، در حالی که دیگر ارتباطی هم به مالک قبلی ندارد.

اشکال سوم: در این اشکال، مرحوم کاشف الغطا در حقیقت دو اشکال را بیان می کنند؛ 1. اموری در فقه داریم که تعلق به املاک پیدا می کند، تعلق پیدا می کند به مالی که «ملک بالمالک»، در حالی که طبق این نظریه که معاطات مفید اباحه تصرف است، مستلزم این است که آن امور، تعلق به غیر املاک پیدا کند. 2. لازمه این فرمایش این است که آنچه عنوان ملک را ندارد، در حکم ملک قرار دهیم. «صیرُ ما لیس من الاملاک بحکم الاملاک». عنوانی داریم به نام عنوان فقر و غنا که این موضوع بسیاری از مسائل در فقه است، مثلاً زکات، یکی از موارد مصرفش فقیر است، غنا یک معنای خاصی در فقه دارد، لازمه این فرمایش این است که بگوییم: اگر کسی بیست تا منزل معاطاتی دارد، عنوان فقیر را دارد چون این منزلهای معاطاتی، عنوان ملکیت را برای این شخص ندارد.

اشکال چهارم: طبق این نظریه، تصرف، سبب ملکیت مال دیگری را دارد، چون معاطات مفید اباحه است، بعد از اینکه اباحه آمد، هر کدام تصرف کردند، این تصرف دو خاصیت دارد، یک: مالی که در یدش هست ملک خودش قرار می دهد. دوم: سبب ملکیت نسبت به مالی که در ید دیگری هست می شود. این چه ارتباطی دارد که تصرف یکی را سبب ملکیت مال در ید دیگری قرار دهیم؟ «هذا امرٌ غریبٌ». این غرابت دارد.

اشکال پنجم: مرحوم کاشف الغطا در این اشکال، چهار اشکال را مطرح می کنند؛ یکی مربوط به تلف سماوی است، دوم مربوط به تلف من الجانبین است، سوم مربوط به غاصب است، چهارم مربوط به تلف قهری است. در اشکال پنجم این چهار عنوان را مطرح می کنند و مورد اشکال قرار می دهند، برای اینکه مقداری بیشتر خوانده شود، تطبیق می کنیم و توضیح می دهیم.

تطبیق

«هذا»، یعنی این دوراه را داشته باش. یک راه سومی هم داریم برای اینکه معاطات مفید ملکیت من اول الامر است، و آن این

است، «مع أن ما ذُكر: من أن للفقيه التزام حدوث الملك»، اگر بگویم فقیه ملتزم شود به حدوث ملک، «عند التصرف المتوقف عليه»، هنگام تصرف متوقف بر ملک، یعنی فقیه بگوید: معاطات در ابتدا افاده اباحه می‌کند، بعد آن شخصی که مال را گرفته یا هر دو طرف، اگر خواستند تصرف متوقف بر ملک کنند، آنرا ما داخل در ملکشان می‌شود و تصرف می‌کنند، این «لایلیق بالمفتقه»، کسی که قواعد فقهی در دستش نیست، چنین حرفی را نمی‌زند. سزاوار به مفتقه نیست، تا چه رسد به فقیه. «ولذا ذکر» بعضی از اساطین که مرحوم کاشف الغطاءست، در شرح خودش بر قواعد در مقام استبعاد نظریه‌ای که خواندیم. «ذکر ان»، «ان» با اسم و خبرش مفعول «ذکر» است. «ان القول بالاباحة المجردة»، قول به اباحه مجرده، یعنی اباحه‌ای که اول «خالیة عن الملك» است، «مع فرض قصد المتعاطين التملیک»، در حالی که طرفین معاطات، قصد تملیک و بیع را دارند، چنین قولی «مستلزم لتأسيس» قواعد جدیدی در فقه، که هشت تا از آنها را در اینجا بیان می‌کنند.

اشکالات هشت‌گانه مرحوم کاشف الغطاء

دو اشکال از این هشت اشکال، به قسمت اول نظریه است، بقیه‌اش به آن قسمتی که می‌گوید: حین تصرف ملکیت می‌آید. «منها»، از آن قواعد این است که «ان العقود و ما قام مقامها»، «عقود» یعنی عقود لفظیه و آنچه که قائم مقام عقود لفظیه است، همین معاملات عملیه فعلیه است، مثل معاطات. بعضی «ما قام مقامها» را به ایقاعات هم تفسیر کردند که بیان درستی نیست. «عقود و ما قام مقامها، لا تتبع القصد»، تابع قصد نباشد، در حالی که ما عکس این قضیه را در فقه داریم، در فقه می‌گوییم: «العقود تابعة للقصد»، در معاطات، دو نفر قصد ملکیت کردند، اما ملکیت نمی‌آید، بلکه اباحه می‌آید، لذا این قاعده نقض می‌شود.

اشکال اول: «منها: ان يكون ارادة التصرف من المملكات»، یکی از اسباب ملک، اراده تصرف است، «فیملک العین»، مالک عین می‌شود یا مالک منفعت می‌شود به سبب «ارادة التصرف بهما»، «بهما» یعنی به این عین یا به این منفعت، جایی که عینی یا منفعتی در اختیارش است. مثلاً با مال معاطاتی خانه‌ای را اجاره داده، اما ابتدا منفعت خانه برایش مباح است، و هر زمانی که اراده تصرف را کرد، مالک منفعت می‌شود. «أو معه دفعة»، یعنی «أو مع تصرف الخارجي دفعة». نگوییم اراده که امری قلبی است، سبب ملک می‌شود، بلکه خود تصرف خارجی «دفعة» موجب ملکیت می‌شود.

«و ان لم يخطر ببال المالك الاول، الاذن في شيء من هذه التصرفات»، ولو اینکه به ذهن مالک اول، اذن در تصرفی از این تصرفات هم خطور نکند. می‌خواهد تصرف متوقف بر ملک انجام دهد، مثلاً هبه کند یا بیع کند، وقتی که مال معاطاتی را داشت، مالک اول اصلاً در ذهنش نبود که این گیرنده بعداً می‌خواهد بیع یا هبه کند. چرا؟ «لأنه قاصد لنقل من حين الدفع»، مالک اول قاصد نقل و تملیک به دیگری بود، از زمانی که این کتاب را به او می‌داد. «من حين الدفع»، «من حين الدفع» در مقابل «من حين التصرف» است. زید کتاب را به نحو معاطاتی به عمرو می‌دهد، درحین که کتاب را می‌دهد «قاصد للنقل»، اما زید اصلاً در ذهنش خطور نمی‌کند که عمرو یک ساعت یا یک روز دیگر، در این کتاب تصرف متوقف بر ملک انجام می‌دهد، مثلاً به یک شخص دیگری می‌فروشد. مالک دخیل در آن تصرف نیست، چرا؟ چون قاصد نقل «من حين الدفع» بوده، نه قاصد نقل «من حين التصرف».

اشکال دوم: «وأنه»، «لأنه» در برخی کتاب‌ها غلط است. «وأنه لا سلطان له بعد ذلك»، «سلطان» یعنی سلطنت. سلطنتی برای مالک اول «بعد ذلك»، یعنی بعد از دفع نیست، بعد از آنکه کتاب را به عمرو داد، دیگر نقش و سلطنتی ندارد. همین مقدار که اباحه جمیع تصرفات می‌کند، جلوی سلطنت خود را می‌گیرد.

اباحه جمیع تصرفات با ملکیت در آثاری فرق دارد، اما در سلطنت فرق ندارد. همانطور که ملکیت برای انسان سلطنت آور است، اگر مالی را هم به آنحای تصرفات، مباح کردند، برای انسان سلطنت آور است، یعنی شکی نیست کسی که کتابی را گرفته،

سلطنت بر کتاب دارد، و چون دو نفر در زمان واحد بر مالی سلطنت ندارند، دیگری سلطنتش قطع شده است. - مرحوم شیخ بعداً به همه این اشکالات جواب می‌دهد و مورد مناقشه قرار می‌دهد.

مستشکل در اینجا به کاشف الغطا اشکال می‌کند که دو مورد داریم، با اینکه مال، در اختیار مالک اول نیست، مع ذلک، سلطنت و علقه او قطع نشده است:

1. جایی که عمرو عبدي بر ذمه زید دارد، زید می‌خواهد عبد را به عنوان کفاره آزاد کند. قانونی داریم که «لا عتق الا في الملك». زید دو راه دارد؛ یک راهش این است که از عمرو عبد را بخرد و خودش آزاد کند. و راه دوم این است که زید به عمرو بگوید: «اعتق عبدک عني»، عبد خودت را از طرف من آزاد کن، بعد از اینکه این معاهده بینشان برقرار می‌شود، عمرو، عبد را اول به زید تملیک می‌کند، بعد از جانب زید آزاد می‌کند، چون اگر عمرو به عنوان عبد خودش آزاد کند، کفاره زید ادا نمی‌شود.

مستشکل می‌گوید: اینجا بعد از آنکه معاهده و مقاوله بینشان تمام شد، عمرو سلطنت دارد، سلطنتش به این است که عبد را داخل در ملک زید می‌کند، بعد از آنکه داخل در ملک خودش کرد، آزاد می‌کند.

مرحوم کاشف الغطا می‌فرماید: این مورد قابلیت نقض بر ما را ندارد، چون این مورد از باب وکالت است، زید که می‌گوید: «اعتق عبدک عني»، یعنی تو وکیل من هستی، و بعد وکیل من آزاد کنی، اما در ما نحن فيه اینطور نیست، در ما نحن فيه، کتاب را که زید به عمرو داد، عمرو می‌خواهد تصرف متوقف بر ملک کند، آیا عمرو وکیل از ناحیه زید است که اول کتاب را داخل در ملک خودش کند و بعداً از ملک خودش خارج کند؟ چنین وکالتی در ما نحن فيه وجود ندارد، «بخلاف من قال: أعتق عبدک عني».

2. جایی که زید به عمرو می‌گوید: «تصدق ب مالي عنک»، این مورد عکس قبلی است. مال برای زید است، می‌گوید: به مال من از ناحیه خودت صدقه بده. حقیقت این امر برگشتش به وکالت است، یعنی من تو را وکیل می‌کنم که اول، مال من را از جانب من به خودت بفروشی، خودت را مالک کنی، بعد که خودت را مالک کردی صدقه بدهی.

پس در «اعتق عبدک عني» و «تصدق ب مالي عنک»، مسئله وکالت موجود است، اما در ما نحن فيه که وکالت نیست، زید کتاب را داده به عمرو، عمرو هم اصلاً در ذهنش نمی‌ماند که چه کسی این کتاب را به او داده، مالک اول را فراموش می‌کند، اینطور نیست که بگوید: من وکالتاً از جانب مالک اول کتاب را ملک خودم می‌کنم، بعد می‌فروشم، اصلاً مسئله وکالت در کار نیست.

اشکال سوم: این اشکال دو طرف دارد. 1- «أنّ الاخماس»، ده مورد را کاشف الغطا مثال می‌زند، در این ده مورد، موضوعش ملکیت است، یعنی تا ملکیت نباشد، این ده مورد تحقق پیدا نمی‌کند، آنگاه می‌فرماید: روی این نظریه که معاطات مفید اباحه است، باید گفته شود، آنچه که ملک نیست، این عناوین دهگانه به آنها تعلق پیدا می‌کند.

«أنّ الاخماس»، خمس. مالی را که به معاطات گرفتیم، اگر گفتیم که ملک من نشده است، صد سال هم بر آن بگذرد، هیچ فقهی نمی‌گوید که باید خمس این مال را بپردازیم. مالی که ملک انسان است، خمس به آن تعلق پیدا می‌کند. «الزکوات»، شخصی هکترها گندم را معاطاتی بدست آورده است، معاطات هم مفید اباحه است، پس زکات به گندمها تعلق پیدا نمی‌کند. «الاستطاعة»، کسی صد میلیون تومان مال معاطاتی بدست آورده، باید گفته شود با این صد میلیون مستطیع نمی‌شود، چون این صد میلیون ملک او نیست. این فقط اباحه تصرف دارد. «الدیون»، کسی بخواهد با مال معاطاتی دین خودش را ادا کند، نباید ذمه‌اش بری شود، چون دینی را که می‌خواهد ادا کند، باید ملک خودش باشد، نه اینکه فقط برایش مباح باشد. «النفقات»، برخی

افراد واجب النفقه انسان هستند، از ملک خود، باید نفقه آنها را بدهد، پس اگر اموال زیادی به نحو معاطات دارد، باید گفته شود از این اموال نمی‌تواند نفقه را بدهد.

«حقّ المقاصّة»، در بعضی از نسخه‌ها «مقاسمه» آمده، البته قابل توجیه و توضیح هست، ولی حق مقاصه صحیح است. مقاصّه از تقاص است، تقاص معنایش این است من از زید هزار تومان پول طلب دارم، وقتش هم رسیده زید نمی‌دهد، زید مالی پیش من یا پیش دیگری دارد، من می‌توانم این مال را که به اندازه همان هزار تومان است به نحو تقاص بردارم. اگر زید مالی که دارد را معاطاتی بدست آورده باشد، نباید طبق این نظریه، برای من حق تقاص ثابت باشد، چون معاطات فقط مفید اباحه است. حق تقاص در جایی است که دین از مالی که مملوک مدیون است، برداشته شود.

«الشفعة»، دو نفر با هم شریکند، احد الشریکین، سهم خودش را به شخص سومی به نحو معاطات می‌فروشد. طبق این نظریه، نباید برای شریک دیگری حق شفعه باشد، چرا؟ چون حق شفعه در جایی است که احد الشریکین مال را از ملک خودش به ملک دیگری خارج کرده باشد، در حالیکه در اینجا تملیک نکرده، بلکه اباحه تصرف داده است.

«المواربث»، توضیحش سابقاً گذشت. «الربا»، برای ربا تفسیرهای مختلفی، در عبارت کاشف الغطا گفته شده است، اما تفسیری را که پسندیدیم، تفسیر مرحوم ایروانی در حاشیه‌اشان است. اگر کسی یک کیلو گندم در مقابل یک کیلو و نیم گندم به نحو معاطات معامله کرد. نباید ربا باشد. چرا؟ چون آن نیم کیلویی اضافه در ملک دیگری داخل نشده و ربا در صورتی محقق است که اضافه، داخل در ملک دیگری شود. دیگران، مثل مرحوم سید، برای ربا بیان دیگری دارند خودتان مراجعه بفرمایید.

«والوصایا»، انسان به مالی می‌تواند وصیت کند که در ملکش است، پس اگر اموالی را معاطاتی بدست آورده، حق وصیت کردن نسبت به آنها را نباید داشته باشد.

این ده مورد «تتعلّق بما فی الید»، یعنی خمس و زکات و تا آخر به آنچه که در ید انسان است، تعلق پیدا می‌کند، «مع العلم بقاء مقابله و عدم التصرف فيه»؛ قائل به اباحه می‌گوید: هر زمانی که مال در ید دیگری تلف شد، یا دیگری در آن مال تصرف کرد، مال هم داخل در ملک این شخص می‌شود. کاشف الغطا فرض را آورده در جایی که دیگری مال در یدش تلف نشده است، دیگری در مال هم تصرف نکرده، عین اول باقی است، اموال معاطاتی در ید من آمده و در مقابلش آنکه به دیگری دادم، محفوظ است. خمس و زکات و مواردی که گفته شد، باید همگی به این مال تعلق پیدا کنند، چون اگر بگوییم: تعلق پیدا نمی‌کند، 99 درصد از مواردی که به عنوان خمس و زکات و... است، از باب معاطات هستند. «مع العلم ببقاء مقابله»، یعنی مقابل «ما فی الید»، آنکه به دیگری دادیم، و عدم تصرف در آن مقابل.

یا علم داریم یا شک، مثلاً یک میلیون معاطاتی بدست آوردم، شک دارم آنچه که به عنوان مقابل این یک میلیون به دیگری دادم، دیگری در آن تصرف کرده است یا نکرده؟ صورت قبلی فرض در جایی بود که علم داریم به اینکه تصرف نکرده، صورت دوم جایی است که شک کردیم. اگر شک داریم پناه می‌بریم به اصل، اصل عدم تصرف است.

«أو عدم العلم به»، یعنی به تصرف، «فینفی»، این تصرف نفی می‌شود «بالاصل»، مراد اصل عدم تصرف است. «فتکون» نتیجه اشکال است. چه اشکالی دارد آنچه «بما فی الید» تعلق می‌گیرد، مثل خمس و زکات و... تعلق بگیرد «بما فی الید»، آنچه معاطاتی به دست آمده است؛ اشکالش این است «فتکون» این امور دهگانه، «متعلّقة بغیر الاملاک»، در حالی که موضوع اینها ملک است.

طرف دوم اشکال، عکس این است؛ «وأنّ صفة الغنا والفقر»، غنا و فقر «تترتب علیه»، «علیه»، یعنی «علي ما فی الید کذلک»،

يعني ولو «ما في اليد» معاطاتي باشد. «كذلك»، يعني «مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف في المقابل»، يعني مالي معاطاتي دارم، آنكه به عنوان مقابلش به ديگري هم دادم محفوظ است و در آن تصرفي نشده، اما مع ذلك بايد بگويم، من غني نيستم، چون ميگويد: معاطات مفيد ملكيت نيست. «فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك»، آنكه ملك نيست، بايد در حكم ملك شود، يعني موضوع غنا چيزي است كه ملك انسان شود، طبق اين نظريه، با معاطات انسان غني مي شود. اگر كسي با معاطات، روزي هزار تومان، دوهزار تومان پول دارد، هيچ فقيهي نمي گويد فقير است، ولو با مال معاطاتي پول دستش آمده است. پس بايد مال معاطاتي كه شما مي گوييد مفيد ملك نيست، موجب غنا باشد، يعني به حكم الاملاك بشود.

اشكال چهارم: «كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر»، تصرف يكي سبب ملكيت ديگري شود. اين امر بعيدي است كه شخصي تصرفي كند و سبب شود ديگري مالك شود. «مضافاً الي غرابته»، «مضافاً..»، يعني همين كه تصرف من جانب مملك است، خودش «غريب»، «مضافاً الي غرابة استناد الملك الي التصرف». در اشكال دوم گذشت كه سببيت تصرف براي ملكيت، خودش هم غريب و بعيد است.

اشكال پنجم: چهار قسمت دارد: 1. تلف سماوي را بايد مملك قرار دهيم. دوفر معاطاتي معامله كردند، زيد كتاب داده است و عمرو هم در مقابلش فرش داده. اگر سيلبي يا تلف سماوي كتاب را از بين برد، تلف سبب شود كه آن فرش ملك زيد شود. 2. «التلف من الجانبين مع التفريط». قبل از توضيح، به اين نكته توجه داشته باشيد كه در شرح لمعه خوانديد، اگر انسان ملك ديگري را با تفريط تلف كرد، ضامن مثل يا قيمت است. بنابر اين در اينجا كه مي گوييد معاطات مفيد اباحه است، اگر دوطرف مع التفريط، اين دو تا مال را تلف كردند، بايد ضامن مثل يا قيمتش باشند. چرا؟ چون كتاب در ملك زيد بوده و فرش در ملك عمرو بوده، در حالي كه شما مي گوييد: اگر «من الجانبين» تلف شد، حكم «ضمان المسمي» را دارد. «ضمان المسمي» در مقابل «ضمان المثل» است. در معامله لفظي وقتي مي گوييد كتاب را فروختم در مقابل فرش، گفته مي شود در اينجا ضمان المسمي وجود دارد، يعني آن ضمانتي كه در مقابل كتاب معين شده، فرش است و آن ضمانتي كه در مقابل فرش معين شده، كتاب است، ديگر ضمان المثل و ضمان القيمه در كار نيست. در اينجا مي گوييد: اگر «من الجانبين» تلف شد، ضمان المسمي است، در حالي كه هر دو در ملك مالك اولش است و بايد ضمان القيمه و ضمان المثل در كار باشد.

3. اگر غاصبي كتابي كه معاطاتي به دست آورده ام را بگيرد، چه كسي بايد برود از غاصب بگيرد؟ «مَن المطالب؟»، آيا من كه مالك نيستم، بروم كتاب را از غاصب بگيرم؟

قسمت چهارم در تلف قهري است، كه توضيحش خواهد آمد.

تطبيق

«و منها: جعل التلف السماوي، من جانب مملكاً للجانب الآخر»، تلف آسماني را مملك قرار دهيم براي جانب ديگر. «والتلف من الجانبين مع التفريط»، اگر جانبين تلف كردند و تلف مستند به اختيار خودشان بود - تلف سماوي، در مقابل تلف اختياري و شخصي است -، مثلاً كتابي را كه به معاطاتي گرفته شده است را در هواي ابري و باراني بيرون گذاشته است و كتاب تلف شده است، «مُعِيناً للمسمي»، اين تلف را معين ضمان المسمي قرار دهيم «من الطرفين»، در تمام معاملات لفظيه، آنكه به عنوان عوض و معوض قرار داده مي شود را ضمان المسمي مي گويند، عوض ضمان المسمي معوض است، معوض ضمان المسمي، عوض است، يعني وقتي معامله تمام شد و كتاب را فروختم به صد تومان، آنكه مشتري از من طلب دارد، كتاب است، آنكه من از مشتري مي خواهم صد تومان است، نه كمتر نه بيشتر. اما در ضمان المثل و ضمان القيمه اينطور نيست، من كتاب را دادم به مشتري، اگر مشتري ضامن مثل اين باشد، بايد مثل آن را بياورد، ضامن قيمتش باشد، قيمتش ممكن است از صد تومان بيشتر باشد يا كمتر باشد.

طبق نظر شما باید ضمان المسمي باشد، «ولا رجوع الى القيمة او المثل»، ضمان القيمة و ضمان المثل نباشد، «حتي يكون له الرجوع بالتفاوت»، تا اينكه رجوع به تفاوت كند. اگر ضمان القيمة باشد، ممكن است تفاوت قيمت باشد، مثلاً دونفر معاطاتي كتاب و فرشي را رد و بدل کرده‌اند، اگر كتاب تلف شد، ديگري پول كتاب را مي‌گيرد. پول كتاب ممكن است قيمتش از فرش بيشتري باشد، ممكن است كمتر باشد، اگر فرش تلف شد به همين صورت، مالك فرش، پول فرش را مي‌گيرد، پول فرش ممكن است قيمتش با كتاب مساوي باشد، ممكن است كمتر يا بيشتري باشد. رجوع به تفاوت قيمت مي‌كند.

قسمت سوم اشكال، «ومع حصوله في يد الغاصب»، يعني حصول مال معاطاتي در يد غاصب يا تلف مال «فيها»، در يد غاصب. غاصبي كتابي كه معاطاتي به من رسيده است را مي‌برد، «فالقول بأنه المطالب»، «بأنه»، مرجعش قابض است، يعني آنكه كتاب را به نحو معاطاتي گرفته، مطالب به صيغه اسم فاعل. چرا؟ «لأنه»، يعني اين قابض، «تملك بالغصب». چون با غصب كتاب توسط غاصب، كتاب ملك من مي‌شود، يا تلف در يد غاصب، سبب ملكيت من شود اين امر «غريب». خيلي بعيد است. «والقول بعدم الملك»، اگر هم گفته شود: من مالك نيستم، پس چه كسي به غاصب رجوع كند براي گرفتن كتاب؟ «والقول بعدم الملك بعيداً جداً»، گفته شود ملكيتي هم در اينجا نيست، جداً بعيد است.

قسمت چهارم اشكال در تلف قهري است. دقت كنيد، تلف سماوي در مقابل تلف اختياري انسان است. تلف قهري در مقابل اتلاف است. اگر مال معاطاتي قهراً و خودبخود تلف شد، گفته شود قبل از تلف به ملك قابض آمده است، اشكال دارد. «حين التلف» آمده، اشكال دارد، «بعد التلف» آمده اشكال دارد. اگر هم گفته شود در ملكش نيامده، اشكال دارد، لذا تمام صورش اشكال دارد. «مع ان في التلف القهري، ان ملك التالف»، اگر قابض تالف را مالك شود قبل از تلف، «ف عجيب». چرا؟ چون لازمه اش تقدم معلول بر علت است. تلف علت ملكيت است، اگر ملكيت قبل از تلف آمده باشد، اين تقديم معلول بر علت است. «و معه»، در حين تلف مالك مي‌شود، «بعيد». چرا؟ «لعدم قابليته»، چون در حين تلف موضوع منتفي است، «و بعده»، بعد از تلف هم همينطور، چرا؟ «ملك معدوم». انسان مالك ملك موجود مي‌باشد نه مالك مال معدوم.

«و مع عدم الدخول في الملك»، اگر گفته شود كتابي كه معاطاتي در دست من بود، خود به خود تلف شد، در ملك من داخل نشده است، لازمه اش اين است كه آنچه من به ديگري در مقابل كتاب تملك کرده بودم، تملك بلاعوض بشود، «ومع عدم الدخول في الملك، يكون ملك الآخر»، «آخر»، يعني كسي كه مال در يدش هنوز محفوظ است در مقابل كسي كه مال در يدش تلف شده. بگويم من اين مال را به او تملك كردم اما تملك بلا عوض است. اين هم نشدني است. احتمال پنجم اينكه كتاب در يد من تلف شود. آن مالي هم كه در مقابل كتاب به ديگري داده بودم، ملك ديگري نشود. «و نفي الملك»، يعني «نفي الملك عن الآخر». نفي ملك از ديگري، «مخالفة للسيرة، وبناء المتعاطيين». با سيره شرعيه و قصد متعاطيين منافات دارد. پس در تلف قهري پنج احتمال بود كه هر پنج احتمال را كاشف الغطا مخدوش كرد.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين