

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

فرق نقوض پنج گانه با معاطات

«نعم، الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أن التخلّف عن القصد يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلّة صحّة العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتّب مطابق للأصل».

مرحوم شیخ در جواب از اشکال اول کاشف الغطا فرمودند: قاعده «العقود تابعة للقصد»، موارد نقض فراوانی دارد و پنج مورد از آن موارد را بیان فرمودند. در دنباله مطلب می فرمایند: بین این موارد نقض و بین مانحن فيه فرقی وجود دارد و آن فرق این است که در این موارد نقض که بیان کردیم، تخلف عقد از قصد «لوجود المانع» است، یعنی دلیلی اقامه شده که به دلیل سبب، در این موارد عقد از قصد تخلف پیدا می کند، مثلاً در مورد پنجم که در عقد موقت، طرفین ذکر اجل را فراموش می کنند، روایت داریم که عقد انقلاب به عقد دائم پیدا می کند، لذا مشهور به آن فتوا داده اند.

بنابراین در این موارد خمسّه تخلف عقد از قصد «لوجود المانع» است، اما در مانحن فيه که متعاطیین قصد تملیک دارند و اباحه بر عقد مترتب می شود، تخلف از قصد «لعدم المقتضي» است، قائل به اباحه می گوید: درست است که قصد تملیک می کنند، اما مقتضی و دلیلی برای تملیک نداریم.

نکته مهم

نکته ای تذکرش لازم است و در عبارات شیخ وجود ندارد این است که مقصود شیخ از بیان موارد نقض چیست؟ دو بیان در اینجا وجود دارد؛ یک بیان را بعضی یا اکثر محشین مکاسب فرمودند که هدف شیخ بیان این است که قاعده «العقود تابعة للقصد» قابل نقض است، پس مورد معاطات هم نقضی بر آن است. به عبارت بهتر: اگر یک عمومی به موارد متعددی نقض شد، قرینه می شود که عمومیت عموم محکم نیست، مثلاً اگر مولا گفت: «اکرم العلماء»، بعد زید و عمرو و بکر و بیست نفر دیگر را استثنا کرد، استثناء موارد متعدد قرینه می شود که «اکرم العلماء»، عموم محکم غیر قابل تخصیص نیست، بلکه قابل تخصیص و نقض به موارد دیگر است.

اما بیان دوم که در حاشیه مکاسب مرحوم محقق اصفهانی آمده و به نظر به عبارات شیخ نزدیکتر است، این است که مرحوم شیخ برای «العقود تابعة للقصد»، یک معنای عقلی کردند، لذا این قاعده، یک قاعده عقلی شد که قابلیت تخصیص ندارد. بنابراین این پنج مورد، به ظاهر ناقض «العقود تابعة للقصد» می باشند، اما در واقع نقضی صورت نگرفته و همه را باید توجیه کرد. از جمله مواردی که نقض قاعده «العقود تابعة للقصد» نیست، معاطات است که باید برای آن توجیهی پیدا کنیم.

جواب از اشکال دوم کاشف العطاء

اما اشکال دوم کاشف الغطاء، این بود که روی قول به اباحه در معاطات اول اباحه می‌آید، بعد هر زمانی که اراده تصرف شد یا تصرف خارجی محقق شد، این تصرف مملک می‌باشد، یعنی لازمه این قول، مملک دانستن تصرف یا اراده تصرف است که امر بعیدی به‌شمار می‌رود.

مرحوم شیخ جواب می‌دهند: وقتی از نظر قواعد و ضوابط به این نتیجه برسیم که تصرف یا اراده تصرف از مملکات است، اشکالی در قبول آن نیست، بله، اگر دلیلی بر مطلب نداشتیم، استبعاد جا داشت، اما قائل به اباحه برای این مطلب دلیل دارد، می‌گوید: جمع بین ادله چنین اقتضایی دارد. از یک طرف بعد از معاطات شک می‌کنیم که آیا ملکیت آمده یا نه، اصل «عدم الملكية» جاری می‌کنید و از طرفی عموم «أَحَلَّ اللَّهُ التَّيْبَع» جمع تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملک را جایز می‌شمارد، دلیل سومی هم می‌گوید: بعضی از تصرفات متوقف بر ملکیت است، «لا عتق الا في ملك. لا وقف الا في ملك».

این سه دلیل که کنار هم قرار بگیرد، اقتضاء می‌کند که «ارادة التصرف» یا خود تصرف خارجی را از اسباب ملکیت بدانیم.

جواب از اشکال سوم کاشف الغطاء

در اشکال سوم کاشف الغطاء دو طرف را بیان کرد، فرمود: طبق قول به اباحه باید این امور دهگانه؛ خمس و زکات و استطاعت و... به غیر ملک تعلق پیدا کند. به مال معاطاتی زائد بر نیاز سال قابض، خمس تعلق پیدا کند، در حالی که مال معاطاتی در ملک قابض نیامده.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: «هذا استبعاد محض». مگر اشکالی دارد خمس و زکات و استطاعت و... به غیر ملک تعلق پیدا کند؟ دلیلی بر استحاله این امر وجود ندارد. بعد می‌فرمایند: در باب استطاعت، فقها فتوا دادند که اگر مالی را انسان می‌تواند از آن استفاده کند، مثل شهریه‌ای است که انسان می‌گیرد، بنابراین آنهایی که می‌گویند این ملک انسان نمی‌شود، ولی انسان حق استفاده دارد، خیلی از فقها فتوا می‌دهند، اگر به اندازه‌ای شود که بتوانن با آن حج انجام داد، مستطیع می‌شود. با اینکه مبنایشان این است که این ملک انسان نیست.

در باب فقر و غنا، در مسئله زکات هم مسئله همینطور است، اگر کسی که از راه سهم سادات اداره می‌شود، بطوری که خرج سالیانه‌اش تأمین می‌شود، دیگر نمی‌شود صدقه واجبه را به او داد، چون صدقه واجبه موردش فقیر است و همچنین آن اموری که موضوعش فقیر است. بنابراین شیخ می‌فرماید: این یک استبعاد محض است که وجهی ندارد.

جواب از اشکال چهارم کاشف الغطاء

اشکال چهارم این بود که تصرف «مملکاً للجانب الآخر» شود، در معامله معاطاتی، تصرف یکی سبب ملکیت دیگری شود. همان جوابی که مرحوم شیخ در اشکال دوم دادند، در اینجا هم می‌آید.

بعد به جواب از اشکال پنجم که جواب دقیقی است، می‌پردازند که بعد از تطبیق بیان می‌کنیم.

تطبيق

«نعم، الفرق بين العقود»، «نعم»، يعني بعد از اینکه موارد نقض را ملاحظه فرمودید، بین عقودي که مثال زدیم «و بین ما نحن فيه» فرقی هست، فرقی این است که «أَنَّ التَّخْلَفَ عَنِ الْقَصْدِ يَحْتَاجُ إِلَى الدَّلِيلِ الْمَخْرُجِ عَنْ أدْلَةِ صِحَّةِ الْعُقُودِ»، تخلف از قصد به دلیلی که مخرج از ادله صحت عقود است، احتیاج دارد.

در همین عقد منقطع که أجل و مدت را فراموش کرده، روایتی داریم که می‌گوید: وقتی ذکر أجل در عقد منقطع فراموش شود، «يَنْقَلِبُ إِلَى الدَّوَامِ». عقد منقلب به دوام می‌شود. اگر این روایت نبود، نمی‌توانستیم این عقد منقطع را از تحت ادله انقطاعی خارج کنیم، پس در موارد خمس که تخلف از قصد می‌شود، «لوجود الدلیل المخرج» است. اسم دلیل مخرج را مانع بگذارید، یعنی چرا این عقد منقطع نیست؟ چون مانع وجود دارد.

«و فی ما نحن فيه عدم الترتب»، در ما نحن فيه روی قول به اباحه، قائل به اباحه می‌گوید: طرفین قصد ملکیت کردند اما ملکیت محقق نمی‌شود «للاصل»، اصل عدم ملکیت است، پس در مانحن فيه اگر این معامله از قصد تخلف پیدا می‌کند «لعدم المقتضي» است. مقتضی برای ملکیت وجود ندارد.

جواب اشکال دوم: «وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنْ لَزُومِ كَوْنِ ارَادَةِ التَّصَرُّفِ مَمْلُكًا، فَلَا بَعَثَ بِالتَّزَامِهِ»، التزام به آن اشکالی ندارد، چرا؟ «إِذَا كَانَ مُقْتَضِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْأَصْلِ»، اصل یعنی اصل عدم الملك، «و دلیل جواز التصرف المطلق»، دلیل جواز تصرف مطلق چیست؟ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، عمومی که می‌گوید: همه تصرفات با بیع حلال می‌شود و معاطات هم «بیع» و «أدلة توقف بعض التصرفات على الملك»، آن ادله ای که می‌گوید: بعضی از تصرفات متوقف بر ملک است، «لا بیع الا ملک»، «لا وقف الا فی ملک» و «لا عتق الا فی ملک».

این سه دلیل را کنار هم بگذاریم، نتیجه این می‌شود که بگوییم: بعد از معاطات، اول اباحه می‌آید و هر زمانی متصرف اراده تصرف کرد یا تصرف خارجی محقق شد، ملکیت می‌آید. برای این مطلب نظیری هم هست؛ بله، شیخ می‌فرماید در باب ذوالخیار، کسی که معامله عقد لفظی کرده و برای خودش تا ده روز خیار گذاشته که معامله را به هم بزند، در این بین ده روز اگر بایع همین جنسی را که به مشتری فروخته است، به کسی هبه کند، - شرط هبه این است که ملک انسان باشد - جنس به ملک بایع بر می‌گردد. یا واهب، مالش را که به دیگری هبه کرده است را بفروشد، در حالی که عین مال هم هنوز باقی است، عین موهوبه آن‌ا، به ملک واهب برمی‌گردد و واهب به عنوان ملک خودش می‌فروشد. «کتصرف ذی الخیار والواهب فی ما انتقل عنهما»، یعنی «عن ذی الخیار و عن الواهب». آن مالی که از این دو منتقل شده است را وطی یا بیع یا عتق کنند.

جواب از اشکال سوم: «وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنْ تَعَلُّقِ الْإِخْمَاسِ وَالزُّكُوتِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ»، شیخ انصاری می‌فرماید: این اشکالی ندارد، «فَهُوَ اسْتِعْبَادٌ مُحَضٌّ». «فَهُوَ اسْتِعْبَادٌ مُحَضٌّ» را دو گونه معنا کردند؛ 1. اگر معاطات مفید ملک نباشد، خمس، زکات، استطاعت، دیون، نفقات و تا آخر، به غیر ملک تعلق پیدا می‌کند. شیخ می‌فرماید: چه اشکالی دارد تعلق پیدا کند؟ مانعی از تعلق نیست.

2. سید یزدی در حاشیه می‌فرماید: شیخ می‌خواهد بگوید: چه اشکالی دارد بگوییم به مال معاطاتی خمس و زکات تعلق پیدا نکنند، نتوان دیون را از آن ادا کرد، نتوان نفقه را از آن پرداخت کرد؟ هیچ محذوری ندارد.

در معنای اول می‌گفتیم تعلق پیدا کند، یعنی خمس همانطوری که به ملک تعلق پیدا می‌کند به غیر ملک هم تعلق پیدا کند، اما در معنای مرحوم سید، بگوییم: اصلاً این موارد به مال معاطاتی تعلق پیدا نکنند، مگر آسمان به زمین می‌آید؟

– بحث فتوایی جدایی از بحث علمی است. در فتوا بالاخره ثابت می‌کنند که خمس به ملک تعلق پیدا می‌کند. و خود شیخ قائل به این است که معاطات مفید ملک است، اما قائل به اباحه بگوید: به اکثر اموال مردم خمس، تعلق پیدا نمی‌کند.

«إن قلت:» از راه سیره، این استبعاد را دفع می‌کنیم سیره قائم است بر تعلق خمس به اموال معاطاتی. شیخ می‌فرماید: اگر به سیره تمسک کردید، معنایش این است که سیره را دلیل قرار دادید. «و دفعه»، یعنی دفع این استبعاد، «بمخالفتة للسيرة»، این استبعاد مخالف با سیره است، سیره این است که آنچه ملک است، متعلق خمس قرار می‌گیرد. «استبعاداً محض» را هر طور معنا کردید، ضمیر در «دفعه» هم بر طبق همان، معنا می‌شود. طبق معنای اول، یعنی «ودفعُ تعلق تلك الامور بغير الملك»، بخواهید تعلق این امور به غیر ملک را از باب اینکه مخالفت با سیره دارد، دفع کنید، «رجوعُ الي السيرة»، برگشتش به سیره است، در حالی که جواب قائل به اباحه را می‌دهید، لذا نباید به سیره رجوع کنید. چرا؟

چون قائل به اباحه می‌گوید: شک داریم ملکیت هست یا نه؟ اصل عدم الملك است. تا زمانی که تصرف متوفق بر ملک هم نیامده، ملکیت نمی‌آید. «والآ»، اگر بخواهید بگویید سیره قائم است بر اینکه خمس بر این امور تعلق پیدا می‌کند، پس معاطات مفید ملکیت و خارج شدن از بحث است. «رجوعُ اليها»، یعنی الي السيره.

«مع انّ تعلق الاستطاعة الموجبة للحج»، استطاعتی که موجب حج است و تحقق غنا که مانع از استحقاق زکات است، «لايتوقفان علي الملك». توقف بر ملک ندارند. – امام(رضوان الله تعالی علیه) نظر شریفشان این بود که طلبه‌ها که از شهریه استفاده می‌کنند هیچ وقت مستطیع نمی‌شوند. اکثر فقها می‌گویند: لازم نیست مالی که در اختیار انسان است، ملک انسان باشد، اگر مالی جمیع تصرفات برای انسان در آن حلال باشد و اضافه بر نیاز انسان شد، بطوری که انسان بتواند با آن حج برود، مستطیع می‌شود، در حالی که ملکیت هم محقق نیست.

و اما اشکال چهارم: «كون التصرف مملکاً للجانب الآخر»، در اشکال دوم گفتیم: «ارادة التصرف من المتصرف»، مملک برای مال خودش بشود، اما در اشکال چهارم می‌فرمایند: اراده تصرف از یک طرف، سبب ملکیت مال برای دیگری شود، «فقد ظهر جوابه»، جوابش روشن شد، همان جمع بین ادله است.

اما اشکال پنجم: مرحوم شیخ قسمت دوم را در اینجا بیان می‌کنند و جواب می‌دهند، در اشکال پنجم کاشف الغطا مسئله را برد روی تلف. فرمود: اگر تلف «من الجانبين» محقق شود، روی قول قائل به اباحه، باید موجب ضمان المثل یا ضمان القیمه شود، چرا؟ فرض کنید شخصی کتاب را داده در مقابل یک کیلو گندم، هر دو معاطاتی بوده، کتاب در دست دیگری تلف شد، گندم هم در دست شخصی که گرفته تلف شد. قائل به اباحه می‌گوید: معاطات مفید به اباحه است و مفید ملکیت نیست، پس کتاب که در دست دیگری تلف می‌شود به عنوان مال غیر تلف شده، گندم هم که در دست این شخص تلف می‌شود، به عنوان ملک غیر تلف شده. قاعده داریم که اگر مال دیگری در ید انسان تلف شد، انسان ضامن مثل یا ضامن قیمة است، درحالی که همه فقها در معاطات می‌گویند: «التلف من الجانبين معینٌ للمسمي»، همه می‌گویند: ضمان المسمي ثابت است، یعنی کتاب در مقابل گندم، گندم هم در مقابل کتاب. اگر کتاب در دست دیگری تلف شد، به او گفته نمی‌شود قیمت کتاب را بده.

به ضمان جعلی، ضمان المسمي می‌گویند، یعنی ضمانی که در متن معامله قرار داده شده است. همه در باب معاطات می‌گویند: ضمان مسمي وجود دارد.

مرحوم شیخ جواب می‌دهند: در مقام سه دلیل داریم؛ 1. اجماع بر ضمان المسمي. اجماع داریم بر اینکه در معاطات، مثل بیع لفظی، اگر تلف من الجانبين شد، ضمان المسمي در کار است. 2. عموم علي الید. «علي الید» می‌گوید: اگر انسان ید عدوانی بر مال غیر پیدا کرد، و آن مال در یدش تلف شد، انسان ضامن مثل یا ضمان قیمت آن است. به ضمان المثل یا ضمان القیمه،

ضمان واقعي هم گفته می شود. 3. اصل عدم ملکیت.

شیخ ابتدا دلیل اول و دوم؛ اجماع و علي الید را بررسی می کنند. می فرمایند: در ما نحن فیه دو راه وجود دارد؛ تخصیص و تخصّص.

راه اول این است که بنا بر قول به اباحه، عموم «علي الید» در ما نحن فیه که مال معاطاتی من الجانبین تلف شده، اثبات ضمان مثل یا قیمت می کند و اجماع اثبات ضمان المسمی می کند، پس اجماع این عموم را تخصیص می زند.

راه دوم این است که قائل شویم، قبل از تلف، آنّا ماء در ملک ذوالید داخل می شود. وقتی در ملک ذوالید داخل شود، به عنوان مال خودش تلف می شود، در حالی که موضوع قاعده «علي الید» ید عدواني بر مال غیر است، لذا مال معاطاتی که به ملک تالف داخل شده، مال غیر نیست و دیگر ضمان المثل و ضمان القیمه مطرح نیست.

«وَأَمَّا كَوْنُ التَّلَفِ مَمْلُكًا لِلْجَانِبَيْنِ»، تلف مملک برای جانبین است، «فَإِنْ ثَبِتَ»، «ثَبِتَ»، فاعلش ضمان المسمی است، اگر ضمان المسمی ثابت باشد به «اجماع أو سيرة كما هو الظاهر»، ظاهر این است که اجماع یا سیره بر ضمان المسمی قائم است. نتیجه این می شود که «كَانَ كُلُّ مَنْ الْمَالَيْنِ مَضْمُونًا بَعْوَضَهُ»، هر مالی مضمون به عوض قراردادی وجعلیش که همان عوض المسمی است، می باشد. «فَيَكُونُ تَلَفُهُ فِي يَدِ كُلِّ مِنْهُمَا، مِنْ مَالِهِ مَضْمُونًا بَعْوَضَهُ»، تلف در ید هر کدام مضمون به عوضش هست، یعنی این مال در مقابل آن و آن هم در مقابل این مال.

یک نظیری می آورند، «نظيرُ تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع»، اگر مال فروخته شده قبل از آنکه به قبض مشتری برسد، در ید بایع تلف شد، مشتری نمی تواند به بایع بگوید: قیمتش را باید به من بپردازي. فقها می گویند: این مال قبل از تلف، آنّا ما به ملک خود بایع بر می گردد و به عنوان مال بایع تلف می شود.

«لأنّ هذا»، «هذا»، یعنی ضمان المسمی، «هو مقتضي الجمع بين هذا الاجماع»، جمع بین این اجماع و بین عموم «علي الید ما أخذت» و بین «أصالة عدم الملك الآ». «الآ» فقط استثنای دلیل سوم است، الا در زمانی که «المتيقن وقوعه فيه»، یقین داریم به وقوع ملک در آن زمان.

«توضيحه»، یعنی توضیح الجمع: «إنّ الاجماع لما دلّ علي عدم ضمانه بمثله او قيمته»، اجماع می گوید: ضمان المثل یا قیمت نیست. «حُكِمَ بِكَوْنِ التَّلَفِ مِنْ مَالِ ذِي الْيَدِ»، اگر چنین اجماعی داریم، نتیجه اش این است که تلف از مال خود ذوالید است. به عنوان مال خودش تلف شده، نه مال غیر در ید ذوالید. چرا؟ «رعايتاً لعموم علي الید ما أخذت»، برای اینکه عموم محفوظ بماند.

مرحوم شیخ به آن دو راه که توضیح دادیم و تفکیک کردیم، تصریح نمی کند؛ 1. اجماع مخصص علي الید است. اگر مخصص باشد، نتیجه این است که علي الید عمومش از بین می رود. 2. تخصّص است، یعنی کاری کنیم ما نحن فیه از موضوع علي الید خارج شود. موضوع علي الید مال غیر است، لذا اینجا بگوئیم: مال معاطاتی که این شخص گرفته به عنوان مال خودش تلف شده. «فذلك الاجماع مع العموم المذكور»، این اجماع با این عموم، «بمنزلة الرواية الواردة»، روایتی که وارد شده «في أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه»، تلف مبيع قبل از قبض از مال بایع است.

«فَإِذَا قُدِّرَ التَّلَفُ مِنْ مَالِ ذِي الْيَدِ»، اگر گفتیم تلف در ید ذوالید، از مال خودش واقع شده، «فلا بد»، دلیل سوم می گوید آن زمانی که دیگر چاره ای نیست ملکیت بیاید، همان زمان ملکیت می آید، نه قبلش. «فلا بد من أن يقدر»، مال بودن، «في آخر أزمّة امکان تقدیره». آخرین زمانی که امکان تقدیرش هست. چرا؟ «رعايتاً لأصالة عدم حدوث الملكية قبله»، چون قبل از تلف اصل عدم

الملک است.

«کما یُقَدَّر»، در همان مسئله بایع و مشتری، بایع روز شنبه جنسش را فروخته به مشتری، روز دوشنبه این جنس در ید بایع قبل از آنکه مشتری قبض کند، تلف می‌شود. اینجا هم همه فقها می‌گویند تا روز دوشنبه در ملک مشتری بوده است، آثارش مثل نمائات مال مشتری است، آخرین زمانی که دیگر چاره نداریم، می‌گوییم: قبل از آنکه تلف شود، یک لحظه در ملک بایع می‌آید و به عنوان مال بایع تلف می‌شود. «یُقَدَّر ملکة المبیع للبائع وفسخ البیع»، البته فسخ درست نیست، انفساخ منظور شیخ است. یعنی خود بخود فسخ می‌شود.

آنما در داخل ملک بایع می‌آید و خود بخود بیع منفسخ می‌شود «من حین التلف»، چرا «یُقَدَّر»؟ «استصحاباً لأثر العقد» که ملکیت است. عقدی که روز شنبه خواندند، اثرش ملکیت است، استصحاب می‌کنیم تا یک دقیقه مانده به تلف، آن لحظه ملک بایع شده است.

جواب از اشکال پنجم کاشف الغطاء

قسمت سوم اشکال پنجم، مسئله غصب بود. کاشف الغطاء به قائل به اباحه فرمود: اگر غاصب مال معاطاتی را غصب کرد. «مَن المطالب»، مُطالب کیست؟ مطالب کسی است که مغضوب منه است؟ مغضوب منه که مالک نیست. مطالب مالک اولی است؟ مالک اولی هم ارتباطش با مال قطع شده است.

شیخ انصاری از طرف قائل به اباحه جواب می‌دهد: مرادتان از مطالب، در صورت بقاء عین است یا صورت تلف عین؟ در صورت بقاء عین، مُطالب هم می‌تواند مغضوب منه باشد هم مالک اول. در صورت تلف عین، مغضوب منه فقط مالک می‌شود و او فقط می‌تواند مطالبه کند.

«وَأَمَّا ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر علي القول بالاباحه، أَنَّ لِكُلِّ منهما»، یعنی مغضوب منه و مالک اول، «المطالب ما دام باقیاً»، مادامی که این عین در ید غاصب باقی است. «وإذا تلف»، اگر عین در ید غاصب تلف شود. به این نکته توجه شود که شیخ می‌فرماید: قائل به اباحه یک کبرای کلی دارد که تلف مملک است، فرقی نمی‌کند تلف در ید متعاطی باشد یا در دست غاصب، «فظاهر اطلاقهم»، یعنی اینکه قائل به اباحه مقید نکرده که تلف در ید متعاطی باشد، بلکه مطلقاً تملک را با تلف می‌داند. ظاهر این اطلاق «تلفه من مال المغضوب منه»، از مال مغضوب منه است، یعنی قبل از تلف، مغضوب منه مالک می‌شود، و باید جنس را از غاصب بگیرد.

«نعم»، «لولا» در بعضی کتابها غلط است، «لو قام اجماع»، کان تلفه من مال المالك»، اگر اجماعی داشته باشیم بر اینکه تلف از مال مالک اول یعنی «منتقل منه» است، بر طبق اجماع عمل می‌کنیم. البته این اجماع در صورتی کارساز است که مقابلش تلف نشده باشد.

«منتقل منه»، مالی را به «منتقل الیه» داد، کتاب را به زید داد، زید هم گندم را به او داد، زمانی می‌گوییم کتابی که غاصب گرفته از مال «منتقل منه» تلف شده که گندمی که در دستش است، هنوز باقی باشد، «لو لم يتلف عوضه قبله»، اگر عوض آن مال قبل از آن، تلف نشده باشد.

جواب از اشکال هفتم کاشف الغطاء

اما مسئله نمائات که کاشف الغطاء اشکال کرد، شیخ می‌فرماید: قائل به اباحه، همان حکمی که برای اصل مال می‌گوید، برای نمائات نیز قائل است. اگر اصل مال، ملک «منتقل الیه» نشده، نماء هم ملک او نمی‌شود. «و اما ما ذکره من حکم النماء فظاهر المحكي عن بعضٍ»، از بعضی فقها حکایت شده، «أنَّ القائل بالإباحة لا يقولُ بِإنتقال النماءِ إلى الآخذ»، بعضی کتابها «بالأخذ» دارد که غلط است، قائل به انتقال نماء، «إلى الآخذ» نیست. «بل حكمُهُ حكمُ أصله». یعنی حکم اصل نما را دارد، اصل یعنی همان عین. اگر عین به ملکیت او وارد نشده، نماء هم وارد نمی‌شود.

البته، «و یحتمل أن يحدث النماء، في ملكه بمجرد الإباحة»، احتمال دارد که نماء در ملکش یعنی در ملک منتقل الیه حادث شود «بمجرد الإباحة»، یعنی به مجرد اینکه «منتقلُ منه» مال را مباح کرد، همین اباحه دلیل بر ملکیت نماء هم بشود.

جواب از سائر اشکالات کاشف الغطاء

تا اینجا مرحوم شیخ تمام اشکالات کاشف الغطاء را جواب دادند، فقط یکی، دوتا اشکال مانده که می‌فرماید: از جوابهایی که ما دادیم، جواب آن اشکالات هم روشن می‌شود. یک اشکالش این بود که کاشف الغطاء به قائل به اباحه فرمود: «إن ملک التالف قبل التلف فعجيبٌ»، اگر قبل از تلف مالک شود، عجیب است. وجه عجیب بودن را تقدم معلول بر علت بیان کردیم. شما اگر تلف را علت می‌دانید، چطور می‌شود قبل از علت، معلول بیاید؟

شیخ می‌فرماید این جوابش روشن است، تلف، علت فلسفی نیست تلف کاشف است. تلف که آمد، کشف می‌کند که قبل از تلف ملکیت بوده است.

اما اشکالی که می‌گفت: تصرف را از نواقل قهریه می‌دانید یا غیر قهریه؟ شیخ نظرش این است که تصرف، مانند ارث از نواقل قهریه است. جمع بین ادله، چنین اقتضایی دارد.

«ثمَّ إنَّک ممَّا ذکرنا تقدَّرُ علی التخلُّص عن سائر ما ذکره»، «سائر ما ذکره»، همین دو مورد بود که بیان شد. «مع»، یک جواب کلی هم شیخ می‌دهد، «أنَّه»، یعنی «أنَّ کاشف الغطاء، لم یذکرها للإعتماد»، این وجوه را به عنوان اینکه بر آنها اعتماد کند و قول به اباحه را رد کند، ذکر نفرموده، «والانصاف أنَّها استبعاداتٌ فی محلِّها»، یک استبعاداتی است که در محل خودش به نحو استبعاد درست است.

وَصَلَّى اللّٰهُ عَلٰى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ