

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

ادامه استبعادات مرحوم کاشف الغطاء

«و منها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية، فهو بعيد، و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئاً بالشبهة».

در جلسه گذشته از قول مرحوم کاشف الغطاء بیان شد که قول به مفید اباحه بودن معاطات، مستلزم قواعد جدیدی در فقه است که این قواعد محل اشکال و استبعاد هستند، پنج مورد آن بیان شد، رسیدیم به اشکال و استبعاد ششم.

اشکال ششم: استبعاد ششمی که کاشف الغطاء دارد، این است که در فقه معاملات، دو قسم اسباب ناقله وجود دارد؛ قسم اول: نواقل قهریه، یعنی آن نواقلی که سببند برای نقل و در این سببیت نیت معتبر نیست. قهراً و خود به خود، مال از شخصی به دیگری انتقال پیدا می‌کند، مثل ارث که نیت شخص میت یا ورثه قبل از فوت مورث، دخالتی در انتقال ندارد، ولو مخالف انتقال هم باشند، مال انتقال به ورثه پیدا می‌کند.

قسم دوم: نواقل غیر قهریه، یعنی نواقلی که در نقل نیاز به نیت و قصد نقل دارند، مثل بیع و اجاره و امثال ذلک. کاشف الغطاء به قائلین به اباحه می‌فرماید: شما که معاطات را مفید اباحه می‌دانید، آن را از کدام یک از این دو قسم قرار می‌دهید؟ اگر از نواقل قهریه قرار دهید، «بعید». وجه بعدش این است که نواقل قهریه یک امر تقریباً استثنائی و بر خلاف قاعده است، قاعده این است که نقل مال از مالکی به دیگری نیاز به نیت و قصد تملیک دارد، نقل خود به خودی آن به دیگری، برخلاف قاعده است. پس معاطات را نمی‌توان از نواقل قهریه قرار داد.

و اگر بخواهد از نواقل غیر قهریه باشد، یعنی نیاز به قصد داشته باشد، لازمه اش این است که اگر کسی با معاطات جاریه‌ای را به دیگری داد، اما نه او و نه گیرنده، قصد نقل تملیک نکردند و گیرنده جاریه را وطي کرد، وطي او وطي به شبهه باشد. بنابراین چه از نواقل قهریه، چه از نواقل غیرقهریه قرار داده شود، محذور دارد.

اشکال هفتم: اشکال مربوط به نمائات است. شخصی گوسفندی را به معاطات به دیگری می‌دهد. این گوسفند بچه‌ای می‌آورد. اگر معاطات را مفید اباحه بدانید، این نماء ملک کیست؟ آیا می‌توان گفت: ملک گیرنده است، یعنی گیرنده مالک خود گوسفند نشده، اما مالک نماء شده، این یک امر بعیدی است، چطور می‌شود کسی مالک اصل نباشد، ولی مالک فرع باشد؟ و اگر هم گفته شود: بعد از آنکه گوسفند بچه دار شد، گیرنده مالک هر دو می‌شود، هم مالک عین شود هم مالک نماء، این هم بعید است.

در ادامه مطلب می‌فرمایند: هر دو صورت «منافٍ لظاهر الأكثر»، چه فقط مالک نماء شود، «دون العین» یا هم مالک نماء شود،

هم مالک عین، با ظاهر قول اکثر قائلین به اباحه منافات دارد، چون قائلین به اباحه، سبب ملک را دو چیز قرار داده‌اند؛ تصرف و تلف. حدوث نماء را سبب برای ملکیت قرار نداده‌اند.

اشکال هشتم: راه تملیک را قائلین به اباحه، منحصر کردند به تصرف. وجه اینکه تصرف علت برای تملیک است، این است که دهند مال معاطاتی، اذن در تصرف ملازم با اذن در تملیک داده است، یعنی همین که به او اجازه داده در مال تصرف کند، معنایش این است که اذن ضمنی داده که تو از جانب من وکیل هستی که این مال را به خودت تملیک کنی.

در نتیجه گیرنده مال معاطاتی، وقتی می‌خواهد تصرف کند یا به تعبیر خود کاشف الغطا متصرف هم موجد شود و هم قابل. موجد می‌شود، چون مالک مال اذن در تصرف داده، اذن در تصرف ملازم با اذن در تملیک است، اذن در تملیک یعنی تو وکیل هستی این مال را از جانب من به عنوان ایجاب، تملیک به خودت کنی. پس متصرف وکیل است در ایجاب. از آن طرف چون می‌خواهد به ملک خودش در بیاید پس قابل هم می‌شود.

موجد و قابل شدن چه اشکالی دارد؟ اشکالش این است که راه دوری را طی کردید. اگر قرار است با تصرف هم موجد بشود هم قابل، قبل از تصرف یک مرحله قوی‌تری به نام مرحله قبض وجود دارد، آنجا هم موجد شود و هم قابل. در معاطات همین که مشتری قبض می‌کند، با همین قبض، هم موجد شود هم قابل. وجه اولویتش این است که در حین قبض طرفین قصد تملیک دارند، اما بعد از قبض و اقباض، دیگر طرفین توجهی به این معامله و به اینکه بعداً احدهما یا هر دو می‌خواهند تصرفی را انجام بدهند، ندارند.

و اگر با خود قبض، هم موجد، هم قابل شود، برخلاف قول به اباحه می‌شود. زیرا اگر گفتیم به مجرد قبض، مشتری «یکون موجباً و قابلاً»، نتیجه‌اش این است که به مجرد قبض ملکیت می‌آید، در حالی که قائل به اباحه، مجرد قبض را مملک نمی‌داند.

مناقشه مرحوم شیخ در اشکالات هشت‌گانه کاشف الغطا

مرحوم شیخ می‌فرمایند: این وجوه ثمانیه که کاشف الغطا مطرح کردند، در مقابل اصول و قواعد مسلم‌های که داریم، استبعاداتی بیش نیست، لذا اگر بیش از این وجوه ثمانیه هم وجوه استبعادیه دیگری هم کاشف الغطا ذکر کند، چون اصول و عموماتی داریم، طبق اصول و عمومات پیش می‌رویم. اصول چیست؟ وقتی معاطات واقع می‌شود، شک می‌کنیم آیا ملکیت محقق شد یا نشد؟ اصل عدم ملک جاری می‌کنیم. عمومات هم مثل عموم «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» به عمومش، همه تصرفات را مباح می‌کند، حتی تصرفات متوقف بر ملک. پس چاره‌ای نداریم بگوییم: اولاً بنابر اصل عدم الملك، ابتدا اباحه می‌آید، بعد که تصرف متوقف بر ملک انجام می‌دهد، ملکیت آن‌ا ما می‌آید.

علاوه بر اینکه این وجوه ثمانیه‌ای که کاشف الغطا بیان فرمودند، قابل مناقشه و اشکال است. مرحوم شیخ شش وجه از این وجوه ثمانیه را جواب می‌دهند و می‌فرمایند از جواب این شش وجه جواب از دو وجه دیگرش هم، روشن می‌شود، این دو، سه سطر را تطبیق کنیم.

تطبیق

«ومنها»، یکی از آن وجوه، وجه ششم این است که تصرف بعد از معاطات را اگر از نواقل قهریه قرار دهید «فلا يتوقف علي النية»، نواقل قهریه، یعنی نواقلی که نیاز به قصد نقل ندارد، مثل ارث، در ارث مال از یکی به دیگری منتقل می‌شود، بدون اینکه

طرفین قصدي را داشته باشند، «فهو بعيد». چرا؟ چون نواقل قهریه بر خلاف قاعده است. قاعده این است که هر نقلي نیاز به «قصد النقل من الطرفين» دارد. «وإن اوقفناه عليها»، اگر تصرف را متوقف کردیم «علیها»، یعنی بر نیت و قصد النقل، لازمه اش این است که «كان الواطي للجارية من غيرها»، یعنی من «غير النية»، کسی که بدون نیت و طی جاریه معاطاتی می کند، باید و طیش و طی به شبهه بشود. چرا؟ چون نیت نقل نکرده، پس معلوم نیست که به ملک خودش منتقل شده باشد. از آن طرف اگر کسی یک عیدی را به نحو معاطات بگیرد، بعد بیايد بر این عبد مرتکب جنایتي شود، مثلاً دست عبد را قطع کند یا مالی را به معاطاتی بگیرد و آن را تلف کند، و در حین تصرف هم نیت نقل نداشته باشد، باید بگوییم این جنایت و اتلاف، نسبت به مال غیر واقع شده است، نه نسبت به مال خودش.

«والجاني عليه»، «عليه»، یعنی «علي المال المأخوذ بالمعاطاة»، کسی که جنایت می کند بر یک مال معاطاتی، «والمتلف له»، کسی که مال مأخوذ معاطاتی را اتلاف می کند، نسبت به مال غیر جنایت کرده، در نتیجه ضامن است. «متلفاً له»، یعنی «لمال الغير». اگر «متلفاً لمال نفسه» باشد ضمانی در کار نیست، اما اگر گفتیم «متلف لمال غيره»، ضمان در کار است.

«ومنها»، وجه هفتم: «أن النماء الحادث قبل التصرف»، نمائی که قبل از تصرف حادث می شود، مراد از «نماء»، نماء منفصل است، نه نماء متصل. شخصی گوسفندی را معاطاتی به زید داده، قبل از تصرف در گوسفند، بچه ای از آن متولد می شود، «ان جعلنا حدوده مملکاً له، دون العين»، اگر حدوث نماء را سبب ملکیت «له»، یعنی «لنماء، دون العين» قرار بدهیم، «فبعيد»، چرا «بعيد»؟ چون ملکیت نماء تابع ملکیت عین است، نمی شود انسان عین را مالک نباشد، نمائش را مالک باشد. «أو معها»، نماء که بوجود آمد، هم نماء و هم عین را مالک باشد، «معها»، یعنی «مع العين، فکذلك»، آن هم «بعيد». چرا؟ چون که تصرفی نبوده، آوردن گوسفند تصرف نیست، چیزی که سبب ملکیت هر دو شود، وجود ندارد. «وکلاهما»، یعنی هر دو فرض، چه جائی که فقط نماء مملک باشد، «دون العين»، چه جائی که مملک هر دو باشد، «مناف لظاهر اکثر»، «اکثر»، یعنی قائلین به اباحه، اکثر قائلین به اباحه که می گویند: ملکیت دو راه دارد؛ تصرف و تلف.

«شمول الاذن»، جواب از این اشکال مقدر است که اگر مالک، اذن در تصرف در عین داده، این اذن در تصرف در عین، شامل اذن در تصرف نماء هم می شود. و اگر اذن باشد، بعید نیست ملکیت محقق شود. کاشف الغطا جواب می دهد: «و شمول الاذن»، یعنی اذن در تصرف در عین. «له»، یعنی «للتصرف في النماء»، «خفي»، شمولش روشن نیست.

استبعاد هشتم: «قصر التملیک علي التصرف»، در معاطات، تملیک منحصر به تصرف شده است و وجه آن این است که «مع الاستناد فيه»، استناد شده «الي أن»، -برخی کتابها «أن» ندارد- «الي أن اذن المالك فيه اذن في التملیک»، اذن مالک در تصرف، اذن در تملیک است، یعنی وقتی مالک می گوید: هر تصرفی می خواهی انجام بده، معنائش این است که تصرف متوقف بر ملکیت را هم می توانی انجام بدهی. «فيرجع الي كون المتصرف في تملیکه نفسه»، برمی گردد به اینکه متصرف، با تملیکی که انجام می دهد، «موجباً هم قابلاً»، هم موجب می شود، چون آن مالک گفته تو از طرف من مجازی، مال را تملیک به خودت کنی. هم قابل می شود، چون به خودش تملیک می کند، پس باید قبولش هم مربوط به خودش باشد.

مرحوم کاشف الغطا می فرماید: اگر بنا بر این باشد، یک مرحله به قبل از تصرف بیايد، یعنی مرحله قبض، قبض را هم به «منزلة الايجاب» و هم به «منزلة القبول» قرار دهید، «و ذلك»، یعنی جمع بین ايجاب و قبول، «جار في القبض»، در قبض مال معاطاتی، «بل هو أولي من»، بلکه مرحله قبض اولی از تصرف است. چرا؟ «لإقتران القبض لقصد التملیک دونه»، یعنی «دون التصرف»، تصرف مقترن به قصد تملیک نیست.

ممکن است به ذهن بیايد قبض هم ايجاب شد و هم قبول، چه فرقی کرد؟ کاشف الغطا می فرماید: این برخلاف قول قائل به اباحه می شود. اگر قبض به «منزلة الايجاب والقبول» باشد، معنائش این است که بعد از قبض ملکیت بیايد، در حالی که قائل به اباحه

می‌گوید: بعد از قبض، اباحه می‌آید، نه ملکیت. «انتهی» کلام کاشف الغطا.

«فالمقصود من ذلك كله، استبعاد هذا القول»، مقصود از وجوهی که بیان شد، این است که این قول، قول بعیدی است، «لأنَّ الوجوه المذكورة، تنهضُ في مقابل الاصول والعمومات»، نه اینکه این وجوه مذکوره در مقابل اصول و عمومات قیام کند. اصول یعنی اصل عدم الملك، شک می‌کنیم بعد از معاطات ملکیت واقع شد یا نه؟ اصل عدم الملك است. عمومات هم همان «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» است که از عمومش استفاده شد، جمیع تصرفات بعد از معاطات حلال می‌شود.

چرا این وجوه، در مقابل این عمومات نمی‌تواند قیام کند؟ «از لیس فیها»، یعنی در این وجوه ثمانیه، «لیس تأسیسُ قواعد جدیدة»، تأسیس قواعد جدید نیست، «لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء»، تا اینکه این قواعد جدید، مخالف باشد با قواعد رایجی بین فقها.

جواب از اشکال مخالفت با «العقود تابعة للقصود»

در وجه اول کاشف الغطا فرمود: اگر معاطات مفید اباحه باشد، با قانون «العقود تابعة للقصود» مخالفت دارد. این قانون می‌گوید: هر عقدي اثری که بر آن مترتب می‌شود، تابع قصدي است که طرفین دارند، در حالی که در معاطات با اینکه طرفین قصد تملیک دارند، قائلین به اباحه ادعا می‌کنند که تملیک محقق نمی‌شود، بلکه اباحه می‌آید.

مرحوم شیخ دو جواب از این بیان می‌دهند: یک جواب حلی و یک جواب نقضی.

جواب حلی: مرحوم کاشف الغطا قاعده «العقود تابعة للقصود» را درست معنا نفرمودند و اشکال را وارد کردند. مراد از این قاعده چیست؟ مرحوم شیخ قاعده را طوری معنا می‌کنند که معاطات تخصصاً از این قاعده خارج است. ایشان سه مطلب را بیان می‌کنند تا معنا روشن شود:

مطلب اول: مراد از «عقود» که جمع «عقد» است، «العقد المعتبر شرعاً» می‌باشد. عقدي که شرعاً معتبر است، عقدي که شارع امضا فرموده.

مطلب دوم: عقدي شرعاً معتبر است که دلیل بر صحت آن داشته باشیم.

مطلب سوم: مراد از صحت، ترتب اثر مقصود بر عقد است. به عقدي می‌گوییم صحیح، که اثر مقصود بر آن عقد مترتب شود.

بعد از بیان این سه مطلب، شیخ می‌فرمایند این قاعده، قاعده‌ای است که نیاز به دلیل ندارد. از قواعدی است که «قیاسات‌ها معها»، چرا؟ وقتی در عقد، این سه خصوصیت را معتبر دانستیم، لامحاله این عقد تابع قصد است. پس در نتیجه قاعده‌ای که می‌گوید: عقد تابع قصد است، مثل قضایای ضروری‌ی به شرط محمول است.

در منطق به قضایای، قضایای ضروری‌ی به شرط محمول گفته می‌شود که محمول به عنوان شرط در موضوع آن قرار بگیرد، مثل اینکه گفته شود: زید به شرط اینکه عالم باشد عالم. اینجا هم همینطور است، عقد یعنی عقد صحیح معتبر. عقد صحیح یعنی آنچه اثر مقصود بر آن مترتب شود. پس در قاعده «العقود تابعة للقصود»، قصد در همان صحت نهفته است.

با توجه به مطلبی که گفته شد، معاطات از موضوع این قاعده خارج است، چون روی قول قائل به اباحه، برای معاطات دلیلی بر

صحت نداریم. اگر دلیل بر صحت نداشتیم از این قاعده موضوعاً خارج است. البته این بیانی است که مرحوم شیخ برای قاعده دارند، دیگران هم بیانهایی دارند.

جواب نقضی:

مرحوم شیخ می‌فرماید پنج مورد می‌آوریم که در آنها اثری که بر عقد مترتب شده است برخلاف قصد طرفین می‌باشد که در تطبیق می‌خوانیم و توضیح می‌دهیم.

تطبیق

«اما حکایة تبعیة العقود وما قام مقامها»، قائم مقام عقود، مثل معاملات فقهیه یا ایقاعات، «للقصود ففیها، اولاً»: «اولاً»، جواب حلی است. «ان المعاطاة لیست عند القائل بالاباحة المجردة»، معاطاة نزد قائل به اباحه مجردة، «لیست من العقود»، یعنی «من العقود المعتبرة الممضاة»، عقودی که شارع امضا فرموده باشد، «ولا ما قام مقامها لیست من العقود شرعاً»، چون قائل به اباحه می‌گوید: دلیلی بر این که معاطات افاده ملکیت کند، نداریم. «فإن تبعیة العقد للقصد»، اینکه عقد تابع قصد است، «وعدم انفکاکه عنه»، عدم انفکاک عقد از قصد، «انما هو لأجل دلیل صحة ذلك العقد»، برای این است که دلیل دالّ بر صحت عقد، همان دلیل دالّ بر تابعیت عقد از قصد است. صحت یعنی چه؟ «بمعنی ترتب الاثر المقصود علیه»، اثر مقصود مترتب بر این عقد می‌شود. «فلا یُعقل حینئذٍ»، قاعده الآن یک قاعده ضروری و عقلیه شد، «لا یعقل حینئذٍ»، «حینئذٍ»، یعنی حالا که مراد از عقد، عقد صحیح است و صحت هم یعنی ترتب اثر مقصود، «لا یعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود علیه»، بین اینها نمی‌توان تفکیک کنیم، یعنی بگوییم: «صحیح»، اما اثر مقصود بر آن مترتب نمی‌شود. چون صحت معنایش ترتب اثر مقصود است، «اما المعاملات الفعلية التي لم یدل علی صحتها دلیل». معاملات فعلیه‌ای که بر صحتش دلیل نداریم، مثل معاطات، «لم یدل»، یعنی دلالت ندارد «عند القائل بالاباحة»، والا عند الشیخ دلیل داریم، قائل به اباحه می‌گوید: ما دلیل بر صحت نداریم، «فلا یحکم بترتب الاثر المقصود علیها»، بر این معاملات فعلیه، «كما نبّه علیه»، آگاه کرده بر این عدم ترتب، شهید اول در کلام گذشته‌اش در کتاب «القواعد والفوائد»، «من أن السبب الفعلي لا یقوم مقام السبب القولی، فی المبیعات». سبب فعلی قائم مقام سبب قولی در مبیعات نمی‌شود، یعنی آن اثر مقصودی که در اسباب قولیه است، در اسباب فعلیه مترتب نمی‌شود.

مرحوم شیخ می‌فرماید: «نعم اذا دلّ الدلیل علی ترتب اثر علیه»، اگر دلیلی پیدا کردیم که اثری بر این سبب فعلی مترتب می‌کند، «حُکم به»، مثلاً دلیل پیدا کردیم که اباحه مترتب می‌شود «وان لم یکن مقصوداً»، ولو اینکه مقصود نباشد.

جواب نقضی

«ثانیاً»، جواب نقضی است. شیخ پنج مورد را به عنوان نقض بیان می‌کند؛

مورد اول: در عقد فاسد است. اگر دو نفر بیع لفظی فاسدی را انجام دادند، بایع مبیع را به مشتری داد و مشتری هم ثمن را به بایع داد، «بالبیع الفاسد». بعد هر دو یا یکی از آنها تلف شد. فرض را جایی می‌بریم که هر دو تلف شده باشد، همه فقها می‌گویند: هر کدام ضامن قیمت یا ضامن مثل هستند. مشتری که مبیع را از بایع گرفته به بیع فاسد، مبیع در یدش تلف شد، ضامن مثل یا قیمت است «و كذلك البایع». در حالی که وقتی این معامله را انجام می‌دادند، «ضمان المثل» یا «ضمان القيمة» را قصد

نکرده بودند، آنچه قصد کرده بودند «ضمان المسمي» بود. «ضمان المسمي»، يعني بايع بگوید: در مقابل این جنس فقط این پول، مشتري هم بگوید: در مقابل این پول فقط این جنس، در اینجا فقها ميگویند: ضمان المثل هست، در حالی که طرفین قصد نکرده بودند.

«إنّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثيرٌ». موارد نقض زيادي داريم؛ 1. «فإنّهم أجمعوا»، يعني اطبقوا بر این که عقد لفظي معاوضه «إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كلّ من العوضين القيمة»، این عقد تأثیر ميگذارد در ضمان القیمة، نه ضمان المسمي، «لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم»، اگر کسی بپرسد، چرا عقد فاسد موجب ضمان است؟ شيخ جواب مي دهد: – این دليل را هم نمی آورد مغل به بحث نبود، خیلی ارتباطی به بحث ندارد. قاعده ای داریم که «ما یضمن بصحيحه، یضمن بفاسده» که بعداً مفصل بحث از این قاعده را بیان مي کنند. «لإفادة العقد الفاسد الضمان عند الفقهاء»، ضمان در عقد فاسد، در چه موردی است؟ «فیما یقتضیه صحیحه». در آن عقدي که صحیحش اقتضای ضمان را دارد.

«مع أنّهما لم یقصدها»، با وجود اینکه بايع و مشتري قصد ضمان القیمة را نکردند. «لم یقصدا الاّ ضمان كلّ منهما بالآخر». قصد ضمان هر کدام از عوضین در مقابل دیگری را کردند، يعني ضمان المسمي.

«ان قلت:» کسی بگوید: این نقض وقتی وارد است که عقد در ضمان القیمة مؤثر باشد، اما مي گوییم: ضمان القیمة یا ضمان المثل را از دل عقد بیرون نمی آوریم، بلکه قاعده «علي الید»، آن را اثبات مي کند. قاعده «علي الید» ميگوید: اگر کسی يد عدواني به مال غیر پیدا کرد و مال غیر در یدش تلف شد، ضامن است. شيخ جواب مي دهد: «وتوهم أنّ دليلهم علي ذلك»، دليل فقها «علي ذلك»، يعني بر ضمان القیمة یا ضمان المثل، «قاعدة الید» است، «مدفوع». چرا؟ چون در باب ضمان، فقها دليل ضمان را منحصر به قاعده يد ندانسته اند، درحالی که غیر از این دليل یک دليل دیگر را هم آورده اند که عطف بر قاعده علي الید کرده اند. آن دليل قاعده «اقدام» است.

قاعده «اقدام» ميگوید: اگر کسی بر ضمان اقدام کرد، ضامن است و اینجا عقد فاسد مصداق اقدام بر ضمان است. کسی که با کسی عقد فاسد را منعقد مي کند، بر ضمان اقدام مي کنند، يعني اگر تلف شد هر کدام ضامن قیمت و مثل مي شوند.

«مدفوعٌ بأنّه لم يذكر هذا الوجه»، «هذا الوجه» يعني استناد به قاعده «علي الید»، «الا بعضهم»، آن هم «معطوفاً علي الوجه الاول»، در حالی که عطف کردند بر وجه اول، يعني یک دليل مهم تري بر ضمان است. آن وجه اول چیست؟ «وهو اقدامهما علي الضمان»، اقدام بر ضمان. عقد فاسد مصداق اقدام بر ضمان است. اقدام بر ضمان مثل این است که در عرف ميگویند خودش خودش را به زحمت انداخت. اقدام بر ضرر، يعني خودش متحمل بر ضرر شده. خودش اقدام بر ضمان کرده، يعني کاری کرده که دلالت دارد بر اینکه هر ضمانی هم که باشد، بر گردن ميگیرد. «فلاحض المسالك».

مورد دوم: شرط فاسد است. قدما مي گفتند: اگر در عقدي شرط فاسدي شود، شرط فاسد مفسد نیست. مفسد نیست يعني چه؟ يعني عقد بدون شرط صحيح است، يعني آنچه را که قصد کردند، مترتب نمي شود، عقد همراه با شرط را قصد کردند، فقها ميگویند: شرطش چون فاسد است، بيخود است. «وكذا الشرط الفاسد لم یقصد المعاملة الاّ مقرونةً به»، قصد نشده است مگر اینکه معامله مقرون به این شرط باشد. «غير مفسد» خبر «الشرط الفاسد» است. شرط فاسد مفسد نیست عند اکثر القدما.

مورد سوم: در متاجر خواندید اگر گوسفند و خنزیر، به عقد واحد به مشتري فروخته شود، فقها ميگویند: بيع نسبت به گوسفند صحيح است و نسبت به خنزیر باطل، در حالی که بايع قصد کرده بود این دوتا را با هم بفروشد. «و بيع ما یملک، و ما لا یملک»، «یملک»، مثل گوسفند، «لا یملک»، مثل خنزیر، «صحيحٌ عند الكل»، اما «صحيحٌ» نسبت به «ما یملک».

مورد چهارم: اگر غاصبي مالي را غصب کرد و به عنوان مال خودش فروخت، يعني «بيع لنفسه»، «بيع لنفسه»، يعني مال را به عنوان مال خودم مي‌فروشم ثمن هم داخل در ملک خودم بشود. فقها فتوا دادند: بيع غاصب صحيح است و از طرف مالک واقع مي‌شود، البته اگر مالک بعداً اجازه داد. «قصد لنفسه»، قصد لغوي بود. «و بيع الغاصب لنفسه»، يعني جائي که غاصب براي خودش مي‌فروشد که ثمن داخل در ملک خودش شود، «يقع»، اين بيع، «للمالك، مع اجازه»، در صورتي که مالک اجازه بدهد، «يقع علي قول كثير»، بنا بر قول کثيري از فقها. در حالي که قصد غاصب اين بوده که بيع براي خودش باشد.

مورد پنجم: در عقد موقت است. در عقد موقت خوانديد که بايد مدت در متن عقد ذکر شود و اگر مدت را يادشان رفت، مشهور فتوا دادند که اين عقد موقت، به عقد دائم تبديل مي‌شود، در حالي که طرفين قصد عقد دائم را نکرده‌اند. «و ترک ذکر العجل في العقد المقصود به الانقطاع»، عقدي که قصد انقطاع شده، «يجعله دائماً علي قول نسبة في المسالك و كشف اللثام»، اين قول را به مشهور نسبت داده‌اند.

همانطور که ملاحظه فرموديد شيخ در جواب دوم، پنج مورد نقض آورده. نکته‌اي وجود دارد که هدف شيخ از بيان موارد خمسه‌اي که بعنوان نقض آورده چيست؟ آيا هدف شيخ اين است که بگويد: معاطات هم يکي از موارد نقض است، لذا موارد نقض شش تا مي‌شود يا شيخي که قاعده را عقلي کرد هدف ديگري دارد؟
يک نکته بسيار مهمي دارد که در جميع فقه بدرد مي‌خورد که إن شاء الله فردا بيان مي‌کنيم.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين