



## درس فارغ اصول استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

تاریخ: ۱ اسفند ۱۳۸۸

موضوع کلی: تقسیمات حکم شرعی

موضوع جزئی: مقام دوم: حکم وضعی / قسم سوم احکام وضعیه

مصادف: ۵ ربیع الاول ۱۴۳۱

جلسه: ۶۵

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

### کلام مرحوم آخوند در قسم سوم احکام وضعیه:

بحث در کیفیت جعل احکام وضعیه بود، مرحوم آقای آخوند احکام وضعیه را به سه قسم تقسیم کرده‌اند که بررسی دو قسم از این اقسام سه گانه و انظار مختلفی که درباره‌ی آن‌ها مطرح بود بیان شد، اما قسم سوم از احکام وضعیه به نظر مرحوم آقای آخوند آنست که هم جعل استقلالی در آن امکان دارد و هم جعل تبعی، اگر چه به حسب ظواهر ادله و به تعبیر مرحوم آقای آخوند اصح، جعل آن‌ها استقلالی است مثل ملکیت، زوجیت، قضاوت و نظایر این‌ها؛ یعنی هر دو نوع جعل در مورد قسم سوم ممکن است لکن اصح این است که گفته شود آن‌ها مجعول به جعل استقلالی هستند، مثلاً وقتی که به دنبال عقد، بیع محقق شد شارع حکم به جواز انواع تصرفات از ناحیه بایع و مشتری در ثمن و مثنی می‌نماید که این یک حکم تکلیفی است و به دنبال آن ملکیت انتزاع می‌شود یعنی ملکیت یک مجعول تبعی است، هم به این نحو ممکن است گفته شود و هم می‌توانیم بگوییم شارع بعد از تحقق بیع به نحو استقلالی اعتبار ملکیت می‌کند و با قطع نظر از احکام و آثار، خود ملکیت یک مجعول شرعی است و احکام مثل جواز تصرف و امثال این‌ها متفرع بر ملکیت می‌شوند نه این که ملکیت از جواز تصرف انتزاع شود یا مثلاً در مورد زوجیت هم می‌توانیم بگوییم شارع و عقلاء بعد از عقد، آن چیزی را که جعل می‌کنند یک سری احکام و آثار است مثل جواز نظر زوج به زوجه و بالعکس و سپس از این احکام، زوجیت انتزاع می‌شود و هم می‌توانیم به عکس بگوییم یعنی اولین چیزی که شارع و عقلاء بعد از عقد اعتبار می‌کنند زوجیت است و به دنبال جعل زوجیت یک سری احکام و آثار متفرع می‌شود مثل جواز نظر زوج به زوجه.

پس هر دو نحوه‌ی جعل در مورد مثل ملکیت و زوجیت به نظر مرحوم آخوند ممکن است لکن اصح آن است که گفته شود اولین چیزی که از دید شارع و عقلاء بعد از تحقق بیع و نکاح و امثال آن‌ها مجعول است خود ملکیت و زوجیت است و به دنبال تحقق ملکیت و زوجیت جواز تصرف در ثمن و مثنی و جواز نظر زوج به زوجه و بالعکس پدید می‌آید. محصل فرمایش مرحوم آخوند آن است که هر دو نحوه‌ی جعل امکان دارد لکن اصح این است که مثل ملکیت و زوجیت و نظائر آن جعل استقلالی دارند. مرحوم آخوند موارد دیگری هم برای قسم سوم مثال می‌زنند مثل حجیت، قضاوت، حریت و غیرذلک و می‌گویند این‌ها از مصادیق قسم ثالث است.

مرحوم آخوند در واقع کلامشان از دو بخش تشکیل شده، یک بخش ایجابی است و یک بخش سلبی، بخش ایجابی کلام ایشان این است که می‌گویند جعل ملکیت و زوجیت و امثال ذلک جعل استقلالی است و بخش سلبی کلام ایشان که در واقع ردّ فرمایش مرحوم شیخ می‌باشد این است که جعل ملکیت و زوجیت و امثال این‌ها جعل تبعی نیست،

این‌ها انتزاع از یک حکم تکلیفی نشدند بلکه خودشان رأساً مجعول شارع هستند، چون همانطور که گفته شد مرحوم شیخ مدعی است احکام وضعیه منتزاع از احکام تکلیفیه هستند.

پس محصل ادعای مرحوم آخوند در قسم سوم این است که هم امکان جعل استقلالی در مورد آن‌ها هست و هم امکان جعل تبعی؛ اگر چه واضح این است که این‌ها مجعول به جعل استقلالیند، بعد در ادامه برای ردّ فرمایش مرحوم شیخ و این ادعا که احکام وضعیه منتزاع از احکام تکلیفیه نیستند، سه دلیل اقامه می‌کنند.

### **ادله مرحوم آخوند بر رد نظریه مرحوم شیخ:**

مرحوم آخوند سه دلیل در ردّ نظریه شیخ انصاری اقامه می‌کنند که ابتدا این سه دلیل را ذکر می‌کنیم و بعد بررسی می‌کنیم که آیا این ادله قابل اعتماد هستند یا نیستند؟

#### **دلیل اول:**

دلیل اول مرحوم آخوند این است که به مجرد تحقق عقد، ملکیت و زوجیت و امثال این‌ها محقق می‌شوند یعنی وقتی بعت و قبلیت گفته می‌شود ملکیت و زوجیت به دنبال آن تحقق پیدا می‌کند، برای تحقق ملکیت بعد از عقد بیع اصلاً مسئله ترتب احکام و آثار تکلیف ملاحظه نمی‌شود و حتی ممکن است نسبت به ترتب آن آثار و احکام هم غفلت شود یعنی احکام آن حتی مغفول باشد اما در عین حال بعد از عقد، ملکیت تحقق پیدا می‌کند.

حال اگر قرار بود ملکیت یک امر انتزاعی باشد نباید بدون ترتب احکام و آثار تکلیف، ملکیت انتزاع شود در حالی که قائلیم ولو احکام و آثار تکلیف مورد غفلت باشد باز ملکیت بعد از عقد بیع تحقق پیدا می‌کند یا زوجیت بعد از عقد نکاح تحقق پیدا می‌کند، پس این نشان می‌دهد که ملکیت و امثال آن منتزاع از حکم تکلیفی نیستند و این یک امر بدیهی و کاملاً آشکار است که بعد از عقد، ملکیت و زوجیت و امثال این‌ها تحقق دارد بدون این که مسئله احکام تکلیفی و آثار تکلیفی آن لحاظ شده باشد.

#### **دلیل دوم:**

دلیل دوم مرحوم آقای آخوند این است که اگر قرار باشد ملکیت یک امر انتزاعی باشد لازم می‌آید که با قاعده مسلم و پذیرفته شده «تبعیت عقد للقصد» مخالفت شود، قاعده‌ای وجود دارد مبنی بر اینکه «العقود تابعة للقصد»، عقد تابع قصد است. اگر کسی که بیع را انشاء می‌کند به قصد او توجه شود می‌بینیم قائل قصد وقوع تملیک دارد و قصد چیز دیگری را ندارد. طبیعتاً وقتی قصد تملیک می‌کند به دنبال عقد بیع باید ملکیت هم حاصل شود، چون مرحوم شیخ انصاری قائلند ملکیت از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود، اگر قرار باشد با عقد بیع ملکیت تحقق پیدا نکند بلکه یک سری از احکام مثل جواز تصرف در ثمن و مثنی برای بایع و مشتری مترتب شود و بعد از این احکام و آثار ملکیت انتزاع شود این نتیجه‌اش این است که «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع»، چون وقتی که بایع می‌گوید بعت قصدش تملیک است، اما مرحوم شیخ مدعی هستند این جا اول جواز تصرف حاصل می‌شود و بعد از این جواز تصرف، انتزاع ملکیت می‌کنید پس آن چه را که قصد شده واقع نشده و این صحیح نیست که ما ادعایی را مطرح کنیم که با این قانون العقود تابعة للقصد، سازگاری نداشته باشد.

## دلیل سوم:

دلیل سوم مرحوم آقای آخوند بر ردّ شیخ و نظریه انتزاعی بودن احکام وضعی از احکام تکلیفی این است که اگر قرار باشد ملکیت از جواز تصرف در مال انتزاع شود، باید هر جایی که جواز تصرف بود ملکیت هم وجود داشته باشد در حالی که در بعضی موارد جواز تصرف ثابت است ولی ملکیت وجود ندارد مثل کسی که ماذون در تصرف است اما ملکیتی ندارد، که در این مثال جواز تصرف هست ولی ملکیت وجود ندارد یا ولی جواز تصرف در مال مولی علیه را دارد اما ملکیت برای او ثابت نیست.

## بررسی ادله مرحوم آخوند:

اما حالا ببینیم آیا فرمایشات مرحوم آقای آخوند و ادله‌ی سه گانه ایشان در ردّ مرحوم شیخ وافی به مقصود ایشان هست یا نیست؟

البته به این نکته توجه داشته باشید که بنای ما این نیست که نظریه‌ی شیخ را بپذیریم بلکه در اصل ادعا با آقای آخوند موافقیم یعنی در این که بخشی از احکام وضعیه منتزع از احکام تکلیفیه نیستند با ایشان موافقیم و نظریه‌ی مرحوم شیخ را قبول نداریم، اما این ادله‌ای را که آقای آخوند اقامه کرده‌اند محل تأمل و اشکال است.

## اشکال به دلیل اول:

در مورد دلیل اولی که مرحوم آخوند ارائه کردند آن چه به نظر می‌رسد این است که بعید است که بدون ملاحظه‌ی احکام و آثار تکلیف و یا غفلت از احکام و آثار تکلیف، ملکیت و زوجیت با مجرد تحقق عقد بیع و نکاح ترتب پیدا کنند یعنی به هر حال هر کسی که عقد بیع را واقع می‌کند یک لحاظ اجمالی و التفات اجمالی به احکام و آثار عقد دارد؛ کسی که در واقع با بیعت می‌خواهد برای خود ملکیت ایجاد کند و یا مال خود را تملیک کند به مشتری، نمی‌شود نسبت به مسئله‌ی جواز تصرف غفلت داشته باشد، لذا اصل این که می‌شود بدون لحاظ این آثار و یا غفلت از این آثار، ملکیت را مترتب کرد محل اشکال است، یعنی چنین مسئله‌ای فرض صحیحی نیست، به نظر ما قطعاً در این موارد یک توجه و التفات و لحاظ اجمالی وجود دارد و این که بدون این توجه و التفات و لحاظ بگوییم ملکیت و زوجیت و امثال این‌ها مترتب شود این قابل قبول نیست، چون کسی که ملکیت را برای خود می‌خواهد با عقد بیع ایجاد کند آیا صرف این ملکیت بدون توجه به احکام و آثار تکلیفی اساساً می‌تواند چیز مطلوبی برای او باشد؟ صرف این ملکیت - ولو ملکیت را به معنای واجدیت و احاطه بگیریم - بدون توجه به آثار و احکامی که مترتب بر اوست آیا اساساً می‌تواند یک امر مطلوبی برای متعاملین و متعاقدین باشد؟ لذا این دلیل اول ایشان، دلیل قابل اتکائی نیست.

## اشکال به دلیل دوم:

اولاً: مسئله‌ی ترتب ملکیت ولو به نحو انتزاعی به معنای تخلف عقد از قصد نیست. به عبارت این که مرحوم آخوند به شیخ می‌گویند پذیرش انتزاعی بودن ملکیت منافات با قاعده‌ی تبعیت عقود للمقصود دارد، ما چنین سخنی را قبول نداریم چون تخلف عقد از قصد نشده است برای این که بالأخره آن چه که برای بائع مقصود است ولو به تبع حکم تکلیفی تحقق پیدا می‌کند، مهم این است این قصد محقق شده باشد، مهم این است که آن چه که به عقد محقق می‌شود مخالف و منافی با قصد نباشد و عقد تابع قصد باشد، و در این جا عقد بیع واقع شده و نتیجه‌اش هم ملکیت است، قصد بائع هم تملیک بوده

است حالا گاهی ملکیت مستقیماً و بدون واسطه تحقق پیدا می‌کند و گاهی مع الواسطه، این جهت که مهم نیست بلکه مهم آن است که آنچه که مقصود بایع است محقق شود و اینجا قصد بایع تملیک بوده و ملکیت به هر حال ولو به نحو انتزاعی تحقق پیدا کرده و همین کافی است برای این که بگوییم با این قاعده مخالفت نشده است.

ثانیاً: ممکن است کسی در دفاع از شیخ انصاری بگوید که خود مرحوم شیخ در کتاب بیع پنج مورد نقض برای لزوم تبعیت عقود از قصود ذکر می‌کند، یعنی بر فرض که بپذیریم نظریه انتزاعی بودن ملکیت منافات دارد با قاعده‌ی تبعیت عقود للقصود چه اشکالی پیش می‌آید؟ و به کدام اصل یا مبنا خلل وارد می‌کند؟ در موارد زیادی این قاعده نقض شده که این مورد هم یکی از آن موارد می‌باشد. مرحوم شیخ پنج مورد را در مکاسب<sup>۱</sup> برای نقض این قاعده ذکر می‌کند از جمله در مورد «بیع ما یملک و مالا یملک» مثلاً بایع گوسفندی را ضمیمه کند به خنزیر و بفروشد، اولی ما یملک است، دومی مالا یملک است، در این بیع قصد به تملیک متعلق شده، اما بیع نسبت به بعضی یعنی گوسفند واقع می‌شود، این جا عقد تبعیت از قصد نکرده است، اینجا می‌گویند بیع نسبت به گوسفند صحیح است و نسبت به خنزیر باطل است؛ این یکی از موارد عدم تبعیت عقد للقصود است و موارد دیگری هم هست.

البته مرحوم شیخ در آن جا بین موارد تخلف عقد از قصد فرق می‌گذارند و می‌فرمایند در بعضی از موارد تخلف عقد از قصد به خاطر وجود مانع است مثلاً دلیل خاصی اقامه شده که تخلف اشکالی ندارد و در بعضی موارد این تخلف به جهت عدم مقتضی است، پس بالأخره مواردی وجود دارد که این تخلف تحقق پیدا کرده است و اینجا هم چه اشکالی دارد که منافاتی با این قاعده به وجود بیاید.

**سؤال:** اگر شخصی بخواهد از کلام مرحوم آخوند دفاع کند این نتیجه را نمی‌دهد چون نهایتاً می‌خواهد بگوید چون یک موردی هست به طور استثناء که این مورد هم مثل آنها باشد و مورد ششمی باشد و اشکالی هم ندارد، در صورتی که این مطلبی که مرحوم آخوند فرمودند اگر چنین نقضی وارد باشد به عنوان یک مورد استثنائی نیست بلکه کل عقود این نقض بر آن وارد می‌شود و یک مورد نخواهد بود یعنی کل عقود دچار مشکل می‌شود؟

**استاد:** درست است ولی این اشکال را بر اساس مبنای شیخ عرض می‌کنیم و می‌گوییم مرحوم آخوند این اشکال را به مرحوم شیخ وارد می‌دانند، در حالی که خود شیخ در جاهایی پذیرفته‌اند که تبعیت عقد از قصد مختل می‌شود و هیچ اشکالی هم پیش نمی‌آید.

**سؤال:** مرحوم شیخ می‌خواهند بگویند عموماً این طور است که این قاعده در عقود صدق می‌کند ولی موارد استثنائی هست که به وسیله آن نقض می‌شود.

**استاد:** این که این قاعده یک نقضی برای آن پیدا شود این گونه نیست که یک قاعده‌ی عقلی مورد سؤال قرار گرفته است یعنی استحاله ندارد.

**سؤال:** می‌خواهم بگویم این مطلبی که مرحوم آخوند می‌فرمایند که این در واقع این قاعده نقض می‌شود این منظورشان این است که این مسئله پیش می‌آید و وقتی مسئله را انتزاعی فرض کنید، این انتزاع مانع صدق آن قاعده می‌شود و هر

<sup>۱</sup>. المکاسب، ج ۳، ص ۴۷

عقدی که طبق مبنای شیخ انتزاعی خواهد بود پس آن مورد صدق نمی‌کند، قاعده العقود تابعة للقصد صدق نمی‌کند پس یک مورد استثنائی نیست که بگوییم فلان عقد، هر جا دست بگذاریم اینچنین خواهد بود کل عقود را شامل می‌شود و می‌خواهند بگویند در تمامی عقود این مسئله پیش می‌آید؟

**استاد:** به هر حال اگر در اشکال دوم خدشه کنید آن اشکال اول هست یعنی اگر این جواب دوم را نمی‌پذیرید همان جواب اول جواب محکم و قابل قبولی است.

### **اشکال به دلیل سوم:**

اما در مورد دلیل سوم به نظر ما مرحوم شیخ نمی‌خواهد بگوید که هر جا جواز تصرف ثابت باشد حتماً ملکیت هم هست تا این اشکال شود که در مواردی جواز ثابت است ولی ملکیت نیست، مراد مرحوم شیخ این است که اگر جایی ملکیت وجود داشت این حتماً ناشی از جواز تصرف و منتزع از جواز تصرف است، و فرق است بین جواز تصرف ناشی از عقد و جواز تصرف ناشی از اذن، جواز تصرفی که ناشی از عقد باشد موجب انتزاع ملکیت است یعنی ملکیت از این جواز تصرف منتزع است؛ اما جواز تصرفی که ناشی از اذن یا ناشی از ولایت باشد نمی‌تواند منشأ انتزاع ملکیت باشد. لذا دلیل سوم مرحوم آقای آخوند هم قابل قبول نیست.

پس تا این جا اصل ادعای مرحوم آخوند را قبول داریم اما ادله‌ای که مرحوم آخوند برای مطلوب خود ذکر کرده‌اند را همان طور که ملاحظه فرمودید وافی به مطلوب نمی‌دانیم.

**بحث جلسه آینده:** بررسی نظریه مرحوم شیخ انصاری