



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرس طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه‌ی نود و پنجم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۳/۲/۳۰

بررسی صور مختلف إباحه در مقابل إباحه

إباحه در مقابل إباحه نیز می‌تواند دارای صوری باشد که اهم آن عبارتند از:

۱. طرفین از ابتدا قصد می‌کنند که إباحه در مقابل إباحه به نحو معاوضه بوده به حدی که سلب اختیار از هر یک از طرفین نسبت به مالش کند و نتوانند رجوع کنند. به عنوان مثال که کثیراً در کشتزارها اتفاق می‌افتد هر یک از مالکان زمین بخشی از زمین خود را برای عبور طرف مقابل إباحه می‌کنند؛ مثلاً زید به عمرو می‌گوید بخشی از زمینم را إباحه می‌کنم به عنوان ممر برای تو باشد در مقابل، بخشی از زمین تو هم برای من مباح باشد به عنوان ممر استفاده کنم و مقصودشان این است که این إباحه برای طرفین برای همیشه ثابت باشد و معاوضه‌ای باشد که قابل برگشت نباشد.

بعید نیست که عرفاً بر این صورت عقد اطلاق شود؛ چون در عقد لازم نیست متعلق آن ملک باشد، لذا مشمول اطلاق «أوفوا بالعقود» بوده و صحیح و لازم می‌باشد و دیگر نمی‌توان برای اثبات جواز آن به اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک کرد؛ چون روایت در این جا تخصیص خورده است، کما این که کسی که ملکش را إجاره می‌دهد نمی‌تواند به اطلاق روایت تمسک کرده و جواز آن را اثبات کند.

۲. هر یک ملک خود را به دیگری إباحه می‌کند ولی سلب اختیار از خود نمی‌کنند و هر وقت هر کدام خواست می‌تواند مانع تصرف طرف مقابل شود؛ مثلاً یکی به دیگری می‌گوید فعلاً شما کتاب مرا مطالعه کن من هم از قلم شما استفاده می‌کنم.

این صورت معلوم است که صرف اباحه است و عرفاً عقد بر آن صدق نمی‌کند. مدتی که با هم نشسته‌اند از مال یکدیگر استفاده می‌کنند و عقدی در کار نیست. بنابراین صحت چنین اباحه‌ای از باب عقد نیست، بلکه از باب جواز تصرف است در ملک دیگری با رضایت وی.

۳. گاهی یک طرف مالش را اباحه می‌کند به داعی این که طرف مقابل هم مالش را اباحه کند.

این صورت هم معلوم است که عقد نیست. طرف مقابل هم ملزم نیست مالش را اباحه کند؛ چون شرط نشده و صرف داعی بوده و تخلف دواعی ضربه‌ای به عقد یا ایقاعی که قبلش بوده نمی‌زند. بنابراین مباح له می‌تواند تصرف کند بدون آن که خودش اباحه کند.

تنبیه پنجم: (جریان معاطات در غیر بیع)

تنبیه پنجم که کاربرد زیادی دارد مربوط به این مسأله است که آیا معاطات در غیر بیع از عقود و حتی ایقاعات هم جریان دارد؟ البته جناب شیخ این عنوان را به عقود^۱ اختصاص داده‌اند، ولی در ایقاعات هم به همین ملاک می‌تواند جاری باشد.

از آن چه تا به حال بیان کردیم پاسخ به این سؤال به راحتی میسر است؛ زیرا از مباحث گذشته معلوم شد که ملاک، تحقق عقد نزد عرف و عقلاء است. تحقق عقد هم تارةً به لفظ است مثل «بعث و اشتریت» در بیع، و تارةً به فعل است که معاطات یکی از مصادیق آن می‌باشد.

پس قاعده آن است که هر عقد و ایقاعی با فعل (معاطات بالمعنی الاعم) محقق می‌شود و تمام آثار عقد لفظی را دارد؛ مگر این که اجماعی بر خلاف قائم باشد یا عقد خاصی دارای خصوصیتی باشد که امکان معاطات در آن نباشد؛ مثلاً قیام اجماع در نکاح موجب عدم تحقق به لفظ است یا در مورد طلاق روایاتی وارد شده که جز با لفظ خاص محقق نمی‌شود، مانند:

و عنه [محمد بن یعقوب عن حمید بن زیاد] عن ابن سماعه [الحسن بن محمد بن سماعه] عن ابن رباط و علی بن إبراهیم عن أبيه عن ابن أبي عمير جميعاً عن ابن أذينة عن محمد بن مسلم أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته أنت علي حرام أو بائة أو بثة أو بريئة أو خلیة قال: هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق أن يقول لها في

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثة)، ج ۳، ص ۹۱:

[الأمر] الخامس فی حکم جریان المعاطاة فی غیر البیع من العقود و عدمه.

قَبْلَ الْعِدَّةِ بَعْدَ مَا تَطَهَّرُ مِنْ مَحِيضِهَا قَبْلَ أَنْ يُجَامِعَهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ اعْتَدَى يُرِيدُ بِذَلِكَ الطَّلَاقَ وَيُشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ.

وَرَوَاهُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرٍ فِي كِتَابِ الْجَامِعِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَلَى مَا نَقَلَهُ الْعَلَّامَةُ فِي الْمُخْتَلَفِ وَتَرَكَ قَوْلَهُ أَوْ اعْتَدَى.^١

روایت از لحاظ سند تمام است.

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام سؤال کرد درباره‌ی مردی که به زنش چنین گفت: تو بر من حرامی، تو جدا شدی از من، تو منقطع از من، تو بری هستی از من، تو دیگر خالی و بی شوهر هستی، حضرت فرمودند: هیچ یک از این‌ها چیزی نیست [و طلاق با آن محقق نمی‌شود] طلاق فقط به این است بعد از این که از حیض پاک شد قبل از این که مجامعت کند بگوید: «أنتِ طالق» ... و دو مرد عادل شاهد باشند.

پس معلوم می‌شود حتی لفظ‌های نزدیک به «أنتِ طالق» هم در طلاق کافی نیست؛ چه رسد به این که اصلاً لفظی نباشد و با فعلی مانند چادر سرش کردن یا از خانه بیرون کردن یا برگرداندن نگاه ... طلاق جاری کند. پس این روایت به طریق اولی دلالت می‌کند طلاق با معاطات محقق نمی‌شود، بلکه در مورد لفظ «اعتدای» هم کلام است.

وجه اعتباری محقق نائینی رحمته الله در عدم تحقق نکاح به معاطات و نقد آن

محقق نائینی رحمته الله در مورد نکاح، غیر از تمسک به إجماع و نص، وجه اعتباری دیگری نیز در عدم تحقق نکاح به معاطات ذکر کرده‌اند و آن این که^٢ معاطات در نکاح مصداق زنا و سفاح است که ضد نکاح می‌باش؛ چون مایز بین نکاح و سفاح جز لفظ نیست. پس چگونه می‌توان نکاح را با ضدش که سفاح است

١. الکافی (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص ٦٩.

٢. المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ١، ص ٢٢٠:

إن عناوين المعاملات باعتبار وقوع المعاطاة فيها و عدمه ينقسم على أقسام الأول ما لا تقبل المعاطاة شرعاً بأن جعل الشارع المائز بين صحيحها و فاسدها اللفظ، فالمشتمل منها على اللفظ صحيح و غير المشتمل منها فاسد و ذلك كالتكاح حيث أن المائز بين التكاح و السفاح هو اللفظ و هذا القسم مما لا تجرى فيه المعاطاة أصلاً.

✓ منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ١، ص ٨١:

ما لا يجرى فيه المعاطاة أمور منها: ما لا يمكن إلا بإنشاء بالقول خارجاً و منها: ما لا يصح إنشاءه بالفعل شرعاً و منها: مورد الخلاف. ... و من الثاني التكاح فإن الفعل فيه ملازم لصدّه و هو الزنا و السفاح بل مصداق للصدّ حقيقة فإن مقابل النكاح ليس إلا الفعل المجرد عن الإنشاء القولي و عمّا جعله الشارع سبباً للحلية.

إنشاء کرد؟!۱

ولی این کلام درست نیست؛ زیرا:

اولاً: عقد نکاح معاطاتی منحصر در آن عمل خاص نیست، ممکن است مثلاً انگشتر دادن و انگشتر گرفتن در جایی دالّ بر نکاح باشد. بلکه اگر اجماع یا نصی بر خلاف آن باشد عقد نکاح با آن محقق نمی‌شود، ولی محلّ کلام صرف نظر از اجماع و نص می‌باشد.

ثانیاً: فرق نکاح با سفاح این است که در نکاح قصد می‌کند که با این فعل زوجیت محقق شده و حقوق زوجیت برای طرفین ثابت شود، ولی در سفاح قصد تحقق زوجیت و حقوق آن را ندارد.

بنابراین اگر کسی با اقدام به وطی هم بخواهد عقد نکاح را محقق کند نمی‌توان گفت فعل او زناست و لزومی ندارد ابتدا نکاح محقق شود و لو رتبتاً آن‌گاه وطی، بلکه اگر نکاح و وطی هم‌زمان محقق شود و این وطی، وطی نکاحی باشد کفایت می‌کند.

کلام محقق نائینی رحمته الله در عدم تحقق ضمان، وصیت و تدبیر به معاطات و نقد آن

محقق نائینی رحمته الله درباره‌ی ضمان، وصیت و تدبیر نیز فرموده است^۱ که محذور خاص دارد و به معاطات محقق نمی‌شود.

«ضمان» که در کتب فقهی به معنای «انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه‌ی دیگر» است، از آن‌جا که مربوط به ذمه بوده؛ نه عین و لذا عینی ردّ و بدل نمی‌شود نمی‌توانند با معاطات و بده و بستان آن را محقق کنند؛ مثلاً زید که در ذمه‌اش فلان مبلغ به عمرو بدهکار است و با یک عقد ضمان منتقل به ذمه‌ی بکر می‌شود، عینی ردّ و بدل نمی‌شود تا بتوان ردّ و بدل آن عین را به عنوان محقق عقد ضمان دانست.

۱. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۸۱:

ما لا یجری فیہ المعاطاة أمور منها: ما لا یمکن إلّا إنشاء بالقول خارجاً و منها: ما لا یصح إنشاءً بالفعل شرعاً و منها: مورد الخلاف. فمن الأوّل الوصیة تملیکیة کانت أو عہدیة و التدبیر و الضمان فإنّها لا تنشأ إلّا بالقول لعدم وجود فعل کان مصداقاً لهذه العناوین فإن انتقال الدّین من ذمّة إلى أخرى لا یمکن أن یتحقّق بالفعل و لا العتق أو المملکیة أو القیمومة بعد موت الموصی.

✓ المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۲۲:

العقود المعاوذیة و ما یلحق بها مما یشتمل علی التسلیط کالعاریة و الودیعة و نحوهما کلها مما تصح بالمعاطاة لصلاحیة الفعل التسلیطی لأن یتحقّق مصداقاً لها ... و اما ما عدا العقود المعاوذیة فالوصیة لا تجری فیها المعاطاة لعدم کون التسلیط مصداقاً لها أما العہدیة منها فواضح، و أما التملیکیة منها فکذلک أيضاً لأنها عبارة عن التملیک بعد الموت و التسلیط الفعلی لا یمکن أن یتحقّق بالقول لأن یصیر مصداقاً للتملیک بعد الموت.

یا وقتی کسی «وصیت» می‌کند که مثلاً این کتاب بعد از مرگم مال زید باشد، نمی‌توان این وصیت را با دادن آن کتاب به زید محقق کرد؛ زیرا زید که الان مالک کتاب نمی‌شود و اگر الان به او بدهد مصداق هبه می‌باشد؛ نه وصیت.

یا در «تدبیر» کسی که می‌خواهد بعد از وفاتش عبدش را آزاد کند، اگر آن را با آزاد کردن بالفعل عبد محقق کند که دیگر تدبیر نمی‌شود.

ولی کلام محقق نائینی رحمته الله تمام نیست؛ زیرا:

در تحقق عقد ضمانِ معاطاتی لازم نیست که متعلق عقد ردّ و بدل شود تا اشکال شود که متعلق عقد که عین نیست تا قابلیت ردّ و بدل شدن تکوینی داشته باشد! بلکه ممکن است در جایی مثلاً گرفتن انگشتر کسی و دست کردن آن دلالت بر تحقق عقد ضمان داشته باشد. پس هر فعلی که عرفاً دالّ بر انشاء عقد باشد می‌تواند محقق عقد باشد.

یا در وصیت می‌تواند همین الان کتاب را بدهد بعد از او پس بگیرد، ولی معنایش این باشد که بعد از مرگ موصی مال او باشد و لازم نیست کتاب را به این نیت بدهد که از الان مالک باشد.

یا در تدبیر می‌تواند با یک فعل یا علامتی این را برساند که بعد از مرگم آزادی؛ نه از الان.

بنابراین در مثل ضمان، وصیت و تدبیر نیز راه برای معاطات بالمعنی الاعم باز است و صیغه لازم نیست.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی