



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه ی سیم؛ سه شنبه ۱۳۹۵/۹/۱۶

ثمرات مترتب بر کشف به معانی مختلف و بر نقل

۱. ثمره در کشف حقیقی بنا بر این که شرط، نفس اجازه باشد یا تعقب عقد به اجازه

مرحوم شیخ^۱ ابتدا می فرماید: ثمره بنا بر کشف حقیقی بین این که نفس اجازه شرط باشد یا تعقب عقد به اجازه، ظاهر می شود در تصرف هر یک از متعاملین فی ما انتقل الیه بانشاء الفضولی در جایی که علم به اجازه ی مالک داشته باشد؛ به تعبیر دیگر اگر در جایی فضولی، مال مالک را بفروشد و مشتری علم داشته باشد که مالک عقد را اجازه می کند، بنا بر کشف حقیقی اگر قائل شویم که شرط، نفس اجازه است به نحو شرط متأخر، تصرف مشتری در مبیع قبل از اجازه جایز نیست، اما اگر شرط، تعقب عقد به اجازه باشد، مشتری می تواند در مبیع تصرف کند و مانعی ندارد.

عرض می کنیم قبلاً بیان کردیم این فرقی که مرحوم شیخ^۱ بین دو نحو کشف حقیقی بیان فرمودند درست نیست، بلکه حتی اگر شرط، نفس اجازه باشد به نحو شرط متأخر، در صورتی که مشتری علم داشته باشد این شرط در ظرف خودش محقق می شود، از الان عقد صحیح است و می تواند در مبیع تصرف کند. بنابراین وجهی برای فرق مرحوم شیخ بین این دو نحو کشف حقیقی وجود ندارد.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۰:

قی الکلام فی بیان الثمرة بین الکشف باحتمالاته و النقل.

فقول: أما الثمرة علی الکشف الحقیقی، بین کون نفس الإجازة شرطاً، و کون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له، فقد یظهر فی جواز تصرف کلّ منهما فیما انتقل الیه بانشاء الفضولی إذا علم إجازة المالك فیما بعد.

۲. ثمره بین کشف حقیقی و کشف حکمی

مرحوم شیخ^۲ برای تبیین ثمره بین کشف حقیقی بنابر این که شرط، نفس اجازه باشد - البته اگر شرط تعقب عقد به اجازه هم باشد فرقی ندارد - و بین کشف حکمی، مثالی می‌زنند که اگر فضولی، اُمّی کسی را به دیگری بفروشد و مشتری کنیز را وطی کند و او را مستولده کند، بنابر کشف حقیقی، وطی مشتری حلال است؛ چون اگر اجازه در آینده محقق شود - که علی الفرض محقق می‌شود - کشف می‌شود عقد از ابتدا صحیح بوده و وطی حلال بوده است. بله، در ظاهر وطی مشتری حرام است؛ چون مشتری نمی‌داند که مالک عقد را اجازه می‌کند یا نه و بلکه استصحاب استقبالی عدم اجازه جاری می‌شود، اما جریان اصل نمی‌تواند واقع را منقلب کند، لذا اگر فی الواقع عقد بعداً اجازه شود، معلوم می‌شود که وطی حلال بوده و نهایت این که مشتری تجرّی کرده است اما مرتکب حرام واقعی نشده است، و اگر مستحق تعزیری هم باشد، به خاطر تجرّی است؛ نه این که به خاطر زنا مستحق حدّ باشد.

جالب این که کلام مرحوم شیخ^۲ در این جا با کلام قبلی ایشان سازگار نیست. ایشان قبلاً فرموده بودند در کشف حقیقی بنابر این که نفس اجازه شرط باشد، علم به اجازه‌ی لاحقه کافی نیست و وطی حرام است، اما در این جا می‌فرمایند وطی حرام نیست، و از آن جا که علم طریقت دارد و موضوعیت ندارد، پس معلوم می‌شود در قبل خبطی اتفاق افتاده است و إلا اگر حصول شرط در آینده موجب صحّت فعلی عقد نشود، وجهی ندارد که بگوییم وطی حلال است. و اگر این مقدار کافی باشد، باید در قبل هم می‌فرمودند مشتری می‌تواند تصرف کند و مانعی ندارد؛ چراکه علم، طریق به واقع است و حتّی دیگر تجرّی هم نکرده است.

مرحوم شیخ در مورد وطی بنابر کشف حکمی چیزی نمی‌فرماید و منتقل به قضیه‌ی استیلاذ اُمّه می‌شوند، اما ما طبق مبنای مختار در کشف حکمی عرض می‌کنیم: وطی اُمّه حرام بوده است؛ چراکه قبل از اجازه‌ی مالک، حکمی به حلیت وطی نیامده است بلکه بعد از اجازه است که حکم می‌شود وطی از ابتدا حلال بوده است. بنابراین آن وقتی که وطی را انجام داده، مرتکب حرام شده است و حرام هم واقعی بوده، لذا اگر در آن زمان برای حاکم شرع اثبات شود که با علم به فضولیت عقد و عدم اجازه مالک انجام داده، می‌تواند او را حدّ بزند و در جایی که موضوع تعزیر است، تعزیر کند. بله، بعد از اجازه حکم می‌کنیم که آن وطی حلال بوده و حاکم شرع اگر آن موقع حد یا تعزیر نکرده باشد، الان دیگر نمی‌تواند مشتری را حدّ

۲. کتاب المکاسب، ج 3، ص ۴۱۰:

و أمّا الثمرة بین الكشف الحقیقی و الحکمی مع کون نفس الإجازة شرطاً، يظهر فی مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالکها فأجاز، فإنّ الوطاء علی الكشف الحقیقی حرام ظاهراً؛ لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً؛ لكشف الإجازة عن وقوعه فی ملكه.

بزند و یا تعزیر کند.

اما بنابر **مبنای نقل**، خیلی واضح است که در صورت علم مشتری به فضولی بودن بیع، وطی او حرام بوده است و اگر شرایط اجرای حلاً فراهم باشد، حلاً بر او جاری می‌شود و این که بعداً مشتری مالک می‌شود هیچ تأثیری در حکم ندارد، اما در صورتی که جهل داشته باشد، وطی او به شبهه بوده و مستحق حلاً نیست.

آنچه گفتیم از حیث **حکم وطی** بود، اما از حیث **استیلا**، آیا امة أم ولد شده و احکام أم ولد بر او جاری است - از جمله این که دیگر قابلیت بیع را ندارد و سایر احکام - یا این که أم ولد نمی‌شود؟

عرض می‌کنیم بنابر **کشف حقیقی** چنان که خود مرحوم شیخ رحمته الله نیز تصریح می‌کنند - «لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً: ترتب حکم وقوع الوطاء في الملك»^۳ - امة أم ولد می‌شود؛ چراکه علی الفرض بنابر این که اجازه کاشف باشد، کشف می‌شود عقد از ابتدا صحیح بوده و امة ملک مشتری شده است و هیچ حالت منتظره‌ی دیگری وجود ندارد، لذا مشتری امة خود را مستولده کرده و در نتیجه امة أم ولد بوده و احکام آن جاری است. نهایت این که مشتری در صورت عدم علم به تحقق اجازه در آینده، تجرّی کرده اما این ربطی به قضیه‌ی این که استیلا در الواقع حلال بوده و امة أم ولد است ندارد. بنابراین فرمایش مرحوم شیخ در این قسمت صحیح است.^۴

بنابر **کشف حکمی** نیز مرحوم شیخ رحمته الله ابتدا احتمال می‌دهند که کنیز أم ولد شود؛ زیرا معنای کشف حکمی آن است که از الان حکم شود تمام آثار ملکیت از قبل مترتب بوده است، یعنی از الان حکم می‌شود کنیز از قبل أم ولد بوده است، هرچند وطی در آن زمان حرام بوده است. سپس شیخ رحمته الله احتمال می‌دهند که بنابر کشف حکمی، أم ولد صادق نباشد؛ زیرا امة آن وقتی أم ولد می‌شود که استیلا به نحو حلال باشد، اما در صورتی که استیلا در آن زمان حرام باشد و بعداً حکم شود که این استیلا حلال بوده، این کافی در صدق عنوان أم ولد نیست.

عرض می‌کنیم به نظر می‌آید این احتمال دوم صحیح نباشد؛ زیرا کشف حکمی بنابر آنچه که ما از

۳. کتاب المکاسب، ج 3، ص ۴۱۰:

و لو أولدها صارت أم ولد علی الکشف الحقیقی و الحکمی؛ لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً: ترتب حکم وقوع الوطاء في الملك، و یحتمل عدم تحقق الاستیلا علی الحکمی؛ لعدم تحقق حدوث الولد في الملك و إن حکم بملکيته للمشتري بعد ذلك
۴. این کلام شیخ نیز خلاف حرف قبلی ایشان است که فرمودند بنابر کشف حقیقی، وطی امة حرام است.

ادله‌ی عامه و خاصه استنباط کردیم، آن است که از الان حکم می‌شود تمام آثار ملکیت از قبل وجود داشته است مگر آنچه که امکانش نباشد. لذا مانعی ندارد اُم ولد باشد، کما این که ظاهر صحیح‌هی محمد بن قیس آن بود که ولد بعد از اجازه، از اوّل مال مالک دوم می‌باشد، در نتیجه مادرش اُم ولد می‌شود، لذا خدمت جناب شیخ عرض می‌کنیم با توجه به این صحیح‌ه، دیگر تشکیک در این مطلب معنا ندارد. بله اگر کسی دلالت این صحیح‌ه بر صحت عقد فضولی را نپذیرد، ممکن است این حرف را بزند، برخلاف مثل مرحوم شیخ که دلالت این صحیح‌ه را پذیرفتند. بنابراین کنیز اُم ولد شده و تمام احکام اُم ولد بر او بار می‌شود.

اما بنا بر نقل، واضح است که کنیز اُم ولد نمی‌شود.

تصرّفات مالک قبل از اجازه و احکام آن

آنچه تا این جا مرحوم شیخ رحمته فرمودند، نسبت به احکام مشتری و تصرّفات او بود، اما تصرّفات مالک و احکام آن قبل از اجازه چگونه است؟ مثلاً اگر مالک قبل از این که بیع فضولی را اجازه کند، کنیزی را که مشتری ام ولد^۵ کرده به دیگری بفروشد و سپس بیع فضولی را اجازه کند، چه حکمی دارد؟

مرحوم شیخ رحمته^۶ بنا بر کشف حقیقی مذبذب هستند و ابتدا احتمال می‌دهند بنا بر این که شرط، نفس اجازه باشد، بیع مالک (یعنی نقل دوم) باطل باشد؛ زیرا مالک که بعداً بیع فضولی را امضاء می‌کند به این معناست که اُمه حقیقتاً و فی الواقع در ملک او نبوده و وارد ملک مشتری شده است، لذا مالک، ملک دیگری را فروخته و در حقیقت بیع فضولی انجام داده است. بنابراین نقل اول صحیح بوده و نقل دوم باطل است. احتمال دیگری که مرحوم شیخ ذکر می‌کنند این است که نقل دوم صحیح باشد و نقل اول کالعدم باشد؛ زیرا نقل دوم به منزله‌ی ردّ عقد فضولی است و اگر طبق نظر مشهور عقد فضولی ردّ شود دیگر قابلیت تصحیح به لحوق اجازه را ندارد. در این جا مرحوم شیخ هیچ یک از این دو احتمال را انتخاب نمی‌کنند.

۵. نسخ مکاسب در این جا متفاوت است. بعضی از نسخ به صورت «لو نقل المالک الولد» است و بعضی دیگر به صورت «لو نقل المالک ام الولد» است. به هر حال مقصود از «ام الولد» در این جا، دیگر آن اصطلاح خاص فقهی نیست، بلکه مراد «ام» آن ولدی است که مشتری با استیلا به دست آورده است.

۶. کتاب مکاسب، ج ۳، ص ۴۱۱:

و لو نقل المالک] أم [«الولد عن ملکه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل علی الکشف الحقیقی؛ لانکشاف وقوعه فی ملک الغیر مع احتمال کون النقل بمنزلة الردّ و بقى صحیحاً علی الکشف الحکمی، و علی المجیز قیمتها لأنه مقتضى الجمع بین جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحّة النقل الواقع قبل حکم الشارع بهذا الجعل، کما فی الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم.

اما بنا بر کشف حکمی، مرحوم شیخ رحمته الله در این جا می فرمایند که نقل دوم صحیح است؛ زیرا بنا بر کشف حکمی، اُمة واقعاً قبل از اجازه ملک مالک بوده، لذا مالک ملک خودش را فروخته و بیع هم چون واجد شرایط صحت بوده، صحیح می باشد و اُمة داخل در ملک مشتری دوم می شود، لذا اگر مالک بعد از آن بیع فضولی اوّل را امضاء کند، چون اُمة با دخول در ملک مشتری دوم در حکم تالف است، لذا مشتری اوّل فقط حق دارد قیمت این اُمة را دریافت کند. پس هم بیع فضولی اول صحیح می باشد و هم بیع دوم. اما مرحوم شیخ در ذیل، ضابطه ای برای کشف حکمی می دهند که لازمه اش آن است که بیع اوّل صحیح باشد و بیع دوم باطل باشد، بعضی دیگر هم این احتمال را ذکر کرده اند لذا مناسب است آن را بررسی کنیم.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی