



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه سی و چهارم؛ سه شنبه ۱۳۹۵/۹/۲۳

بررسی حکم مسأله طبق مبنای کشف حقیقی

اما بنابر قول به کشف^۱ - ظاهراً مراد شیخ کشف حقیقی است - مرحوم شیخ رحمته الله علیه می فرماید: مستفاد از کلمات جماعتی از جمله علامه، سید عمید الدین، محقق ثانی رحمته الله علیه و ظاهر برخی دیگر این است که بنابر کشف حقیقی، اصیل حق تصرف در ما انتقل عنه را ندارد. مرحوم شیخ هم در نهایت این کلام را تثبیت می کنند، منتها اشکالات و شبهاتی را مطرح می کنند و به طور نامنظم تقریباً به همه ی آنها پاسخ می دهند و

۱. کتاب مکاسب، ج ۳، ص ۴۱۴:

هذا كلّه على النقل، و أمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة والسيد العميدي والمحقق الثاني و ظاهر غيرهم.

و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف؛ لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدر في السلطنة الثابتة له؛ ولذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً. نعم، إذا حصلت الإجازة كسفت عن بطلان كلّ تصرف منافٍ لانتقال المال إلى المميز، فيأخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعي بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك، و من هنا يظهر أنّه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة.

لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقّبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشكّ، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين؛ و أمّا على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخّرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، و قد تحقّق، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛ فإن ردّ المالك فسخ للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل: أنّه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمیمة شيء شرطاً أو شرطاً-: حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكلّ تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة بمعنی عدم اجتماعه مع صحّة العقد فهو غير جائز.

در نهایت می‌فرمایند: بنابر کشف حقیقی همان‌طور که فسخ اصیل نافذ نبود، تصرفش هم جایز نیست، و اصیل باید منتظر بماند تا طرف مقابل عقد را اجازه و یا رد کند.

برخی بر این کلام اعتراض کرده‌اند که اصیل گاهی علم دارد که طرف مقابل عقد را اجازه می‌کند و گاهی علم ندارد، اگر علم به اجازه داشته باشد، کلام شما متین است و بدان ملتزم می‌شویم؛ چراکه عقد صحیح بوده و در نتیجه تصرف اصیل در ما منتقل عنه جایز نیست و در مقابل می‌تواند در عوض معامله و مانتقل الیه تصرف کند، الا این که اصیل در اغلب موارد علم به تحقق اجازه در آینده ندارد و بلکه شک دارد، لذا استصحاب استقبالی عدم تحقق اجازه و یا استصحاب بقاء ملکیت اصیل بر مالش جاری شده و حکم می‌شود مال هنوز در ملک اصیل باقی است و در نتیجه تصرفات او مانعی ندارد. بله اگر اجازه بعداً محقق شود، کاشف از بطلان هر تصرفی است که منافات با انتقال عین به مجیز داشته باشد، در نتیجه اگر مال باقی باشد، مجیز آن را می‌گیرد و اگر تلف شده باشد بدل آن را می‌گیرد. به هر حال قبل از تحقق اجازه، اصیل می‌تواند تصرف کند ظاهراً.

مرحوم شیخ^۲ بر کلام این بعض فقهاء اشکال کرده و با ضرس قاطع می‌فرمایند: تصرفات اصیل جایز نیست، [چراکه مقتضای عموم «أوفوا بالعقود» آن است که عقد نسبت به اصیل وجوب و فاء دارد و نقض آن حرام است، و وجوب وفای اصیل به عقد مراعاتی به اجازه مالک نیست، بلکه اصیل] حتی اگر علم به عدم اجازه مالک داشته باشد، وفاء به عقد بر او واجب است؛ چه رسد به صورت شک؛ مثلاً اگر زنی خود را تزویج به زید کرد و عمرو فضولتاً نکاح را برای زید قبول کرد، طبق کلام شیخ^۲ این مرأه حتی اگر علم داشته باشد زید نکاح را رد می‌کند، نمی‌تواند خود را به تزویج دیگری دریاورد، مگر در بعض جاها که تحت عناوینی مثل «لاضرر» راه حلی پیدا شود. سپس شیخ^۲ می‌فرمایند: از آن چه گفتیم روشن می‌شود که أصالة عدم الاجازه که بعضی گفته‌اند - یعنی استصحاب استقبالی عدم اجازه - هیچ فایده‌ای ندارد.

مرحوم شیخ^۳ در ادامه استدراک کرده و می‌فرمایند: این حرف بعض معاصرین که مشتری می‌تواند مطلقاً تصرف کند، طبق مبنای خود این بعض معاصرین که - همان مبنای صاحب فصول^۲ است که -

۲. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۴:

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، و من هنا يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة.

۳. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۵:

لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا

شرط را تعقب عقد به اجازه می‌داند، صحیح است و مانعی ندارد؛ زیرا اصیل در صورتی که شک داشته باشد، شرط عقد را احراز نمی‌کند و در نتیجه عقد بر هیچ یک از متعاملین وجوب و فاء ندارد؛ چه اصیل و چه غیر اصیل. اما طبق مبنای مشهور که نفس اجازه به نحو شرط متأخر مأخوذ در عقد است، اصیل نمی‌تواند تصرف کند؛ چراکه موضوع وجوب و فاء، نفس عقد است و قید دیگری ندارد و علی الفرض نفس عقد هم با اقدام خود اصیل محقق شده است، در نتیجه التزام به عقد بر اصیل واجب است و تصرفات او ممنوع است.

قبل از این که ادامه کلام شیخ رحمته الله را نقل کنیم عرض می‌کنیم: این کلام اخیر، دلیلی ندارد، بلکه چه شرط، تعقب عقد به اجازه باشد و چه نفس اجازه به نحو شرط متأخر، فرقی وجود ندارد.

به هر حال شیخ رحمته الله با صرف نظر از این اشکال می‌فرماید: بنابر این که اجازه را کاشف بدانیم، عقد محقق شده و هیچ حالت منتظره‌ای ندارد. چراکه عقد محقق شده و منتسب به اصیل هم می‌باشد. در نتیجه وفاء به عقد بر اصیل واجب است و نمی‌تواند آن را فسخ کند، مگر در صورتی که طرف مقابل عقد را رد کند که در این صورت بالطبع عقد از طرف اصیل هم فسخ می‌شود.

شیخ^۴ در ادامه توهمی را مطرح کرده و به آن پاسخ می‌دهند که اگر به صورت «ان قلت و قلت» ذکر شود بهتر است و آن این‌که:

يجب الوفاء به علی أحد من المتعاقدين؛ و أما علی المشهور فی معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقّق، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛ فإن ردّ المالك فسخ للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى.

و الحاصل: أنه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبنى على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمیمه شیء شرطاً أو شرطاً-؛ حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكلّ تصرف يعدّ نقضاً للعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحّة العقد فهو غير جائز. ۴. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۵:

و من هنا تبین فساد توهم: أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه؛ لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف فى ماله مع حرمة التصرف فى عوضه ينافى مقتضى العقد، أعنى المبادلة.

توضیح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة: حرمة نقضه و التخطى عنه، و هذا لا يدلّ إلا على حرمة التصرف فى ماله؛ حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل، و أما دخول البدل فى ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه، و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه، و أمّا قید «كونه بإزاء مال» فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلاً فى مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرف فى مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادلة، فالمرجع فى هذا التصرف فعلاً و تركاً إلى ما يقتضيه الأصل، و هى أصالة عدم الانتقال.

إن قلت: اگر اصیل نتواند در عین مربوط به خودش تصرف کند، پس باید ملتزم شوید تصرف او در عوض مانعی ندارد؛ چراکه این دو قابل تفکیک از هم نیست؛ اگر اصیل کتابش را فروخته و ممنوع التصرف در آن است، پس لااقل باید بتواند در ثمن آن تصرف کند؛ زیرا مقتضای عقد، مبادله‌ی بین مالین است و اگر بگوییم اصیل در مال خودش نمی‌تواند تصرف کند و در عوض هم نمی‌تواند تصرف کند، چنین چیزی خلاف مقتضای عقد - یعنی مبادله - است.

قلت: آن چه که ثابت است از وجوب وفای به عقد و از «اوفوا بالعقود» استفاده می‌شود، آن است که نقض عقد و تخطی از آن حرام است، و این بیش از آن اقتضاء ندارد که آن چه را که اصیل بر خودش ملتزم شده رعایت کند، اما اقتضای وجوب وفاء به عقد آن نیست که به آن چه به نفع اصیل است ملتزم شویم. به تعبیر دیگر اگر عقد صحیح بود، تصرف اصیل در ثمن که واجب نبود و عدم تصرف او نقض عقد نبود، برخلاف تصرف در مبیع که نقض عقد است. بنابراین این که در ما نحن فیه می‌گوییم تصرفات اصیل حرام است به این خاطر است که تصرف او در مال خودش، نقض عقد است، اما عدم تصرفش در ثمن که نقض عقد نیست تا بگوییم می‌تواند تصرف کند.

مرحوم شیخ^۵ بعد از این که این توهّم و پاسخ آن را ذکر می‌کند، یک ادعای دیگر ذکر کرده و به آن پاسخ می‌دهند و آن این‌که:

۵. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۶:

و دعوی: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط؛ حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعدّ حثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً. مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال: - بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنما التزم بالمبادلة متوقعاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه بردّ المالك. و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها قال في القواعد في باب النكاح: و لو تولى الفضولى أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة والأخت والأُمّ و البنت، إلا إذا فسخت، على إشكال في الأُمّ، و في الطلاق نظر؛ لترتبته على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة، و إن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسح، و الطلاق هنا معتبر، انتهى.

و عن كشف اللثام نفى الإشكال، و قد صرح أيضاً جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، و فرعوا عليه تحريم المصاهرة. و أمّا مثل النظر إلى المزوجة فضولاً و إلى أمها مثلاً و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه، فهو باقٍ تحت الأصول؛ لأنّ ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفّية بالأصل، فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعنى علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين.

إن قلت: التزام اصیل به بیع مالش، التزام مقید است نه مطلق؛ یعنی اصیل در صورتی که [طرف مقابل اجازه کند و] بدل داخل در ملکش شود ملتزم به مبادله است؛ مثلاً التزام اصیل این است که کتابش در صورتی ملک دیگری شود که در مقابل، قلم دیگری ملک او گردد، [پس چون التزام اصیل معلق بر تقدیری است که علم به تحقق آن ندارد] در نتیجه تصرف او در ثمن نباید منعی داشته باشد.

به تعبیر دیگر التزام اصیل به عدم نقص عقد، مطلق نیست بلکه معلق بر اجازه‌ی طرف مقابل است؛ یعنی اصیل می‌گوید اگر طرف مقابل عقد را اجازه کرد، من ملتزم به عقد هستم اما اگر اجازه نکرد و بدل داخل در ملک من نشد، من هم ملتزم به عقد نیستم، و چون علی‌الفرض اجازه‌ی طرف مقابل معلوم التحقق نیست، در نتیجه حداقل به حسب ظاهر، موضوع التزام محقق نشده و اصیل می‌تواند فی‌ما انتقل عنه تصرف کند. و این نظیر آن است که کسی نذر کرده باشد^۶ اگر مریضش خوب شود، گوسفندی را در راه خدا انفاق کند؛ مثلاً آن را ذبح کند و گوشتش را به فقراء بدهد، اما قبل از این که مریض خوب شود، چون علم به تحقق شرط وجود ندارد - بلکه احتمال می‌دهد خوب شود و احتمال هم می‌دهد خوب نشود - در این صورت گفته‌اند تصرف مالک در این گوسفند مانعی ندارد و مثلاً می‌تواند آن را بفروشد و یا این که ذبح کرده و مصرف کند؛ چراکه هنوز معلق علیه نذر حاصل نشده است. [پس همان‌طور که تصرف در مال مندور، حث نذر شمرده نمی‌شود، در ما نحن فیه نیز تصرف اصیل، نقض آن‌چه که بدان ملتزم شده نیست].

قلت: التزام اصیل در عقد به صورت مطلق است و قیدی ندارد؛ یعنی اصیل براساس عقد ملتزم شده که تصرفات ناقضانه انجام ندهد، اما این که تصرف در ثمن جایز باشد یا نباشد، این مقتضای التزام اصیل در عقد نیست. بله اقتضای مبادله این است که اصیل بتواند تصرف کند، اما قبل از این که مالک اجازه کند که مبادله‌ای محقق نیست بلکه فقط عقد است که مقتضای آن هم فقط التزام اصیل به نقل مالش است.

مرحوم شیخ رحمته الله در تنظیر به نذر هم مناقشه کرده و می‌فرماید: **اولاً:** ما در اصل مشبه به، حرف داریم و این اول کلام است که نادر، قبل از این که بچه‌اش خوب شود می‌تواند در گوسفند تصرف کند و این کلام، مشهور به اشکال است. **ثانیاً:** ما نحن فیه با مسأله نذر متفاوت است؛ در مسأله‌ی نذر همان‌طور که مستشکل فرمود، واقعاً تعلیق وجود دارد که اگر ولد خوب شد، گوسفندی ذبح کند، اما عقد فضولی معلق نیست بلکه مطلق است و اصیل علی‌الاطلاق گفته «بعثک کتابی هذا». بله اصیل توقع اجازه را دارد اما این به معنای تعلیق عقد نیست. بلکه ما نحن فیه نظیر نذر مطلق است که کسی گفته باشد «**لله علی أن أذبح هذه الشاة و**

۶. غرض ما از نقل کلام مرحوم شیخ رحمته الله در اینجا به طور کامل، عمدتاً این بود که تنظیر ایشان به مسأله نذر را بیان کنیم.

اطعمها الفقراء» که نذر منعقد شده است و معلق علیه ندارد. ما نحن فيه نیز چنین است که عقد مطلق است و اصیل ملتزم شده آن چه را که به عنوان نقض است مرتکب نشود.

سپس شیخ رحمته الله عبارتی از مرحوم علامه نقل می‌کنند که اگر فرض کنیم مردی، زنی را فضولتاً عقد کرده باشد، آن چه را که خلاف تعهد او بر خودش است نمی‌تواند انجام دهد؛ مثلاً اگر این زن، چهارمین زن او باشد دیگر نمی‌تواند زن پنجم را بگیرد، اما این به آن معنا نیست که آن زن بر او محرم شده و می‌تواند به او نگاه کند؛ چراکه این اثر لافسه است که ترک آن نقض تعهد علی نفسه نیست.

نقد و بررسی کلمات شیخ رحمته الله

علی رغم عظمت و جلالت جناب شیخ رحمته الله، کلمات ایشان در این جا خلاف تحقیق بوده و مطابق شأن ایشان نیست. از جمله این که ایشان فرق گذاشتند بین این که شرط، نفس اجازه باشد و یا تعقب عقد به اجازه، که گفتیم فرقی بین این دو نیست.

هم چنین این که فرمودند مقتضای وفاء به عقد با مقتضای مبادله متفاوت است، و اصیل به اعتبار وجوب وفاء به عقد باید ملتزم به عقد شود و نمی‌تواند در مال خود تصرف کند و عقد را نقض کند. اما به اعتبار مقتضای مبادله چون تحقق مبادله مشکوک است، اصل عدم تحقق آن بوده و در نتیجه اصیل می‌تواند فی ما انتقل عنه تصرف کند. خدمت ایشان عرض می‌کنیم:

این مبادله از همان وجوب وفاء به عقد به دست می‌آید؛ یعنی وجوب وفاء به همان عقدی که در ذاتش مبادله است، پس مبادله، مقتضای عقد و بلکه همان عقد است؛ چراکه عقد بیع به معنای «مبادلة مال بمال» است و این عقد به طور صحیح یا وجود دارد یا ندارد و حدّ وسط معنا ندارد. اگر عقد صحیح وجود دارد، تمام احکامش هم وجود دارد و اگر نیست و مشکوک است، احکامش هم نیست.

بنابراین این که شیخ رحمته الله در پاسخ به این اشکال که تعهد اصیل در مقابل مال است، فرمودند «تعهد در عقد مطلق است و در إزاء انتقال عوض نیست، برخلاف مقتضای مبادله که مربوط به انتقال مال می‌باشد»، این کلام درست نیست و نمی‌توان پذیرفت که مقتضای مبادله، جدای از مقتضای عقد است، بلکه حقیقت این دو واحد است؛ چون عقد بیع به معنای «مبادلة مال بمال» است.

هم چنین این که شیخ رحمته الله علیه فرمودند ممکن است کسی قائل شود التزام اصیل، معلق است بر اجازه‌ی طرف مقابل و آن را تنظیر به نذر معلق - یعنی نذر جزائی - کردند، سپس در پاسخ فرمودند «اولاً: ما در اصل «مشبهه به» کلام داریم و ثانیاً: عقد، در ما نحن فیه مطلق است و معلق نیست»، عرض می‌کنیم:

اگر مقصودتان این باشد که انشاء اصیل به نحو تنجیزی است نه به نحو تعلیقی، کلام شما متین است و آن را قبول داریم و واقعاً تعلیقی در انشاء او وجود ندارد و حتی ممکن است توقع اجازه هم وجود نداشته باشد؛ چراکه ممکن است اصیل اصلاً علم به فضولی بودن طرف مقابل نداشته باشد و در نتیجه اصلاً توقع اجازه‌ای هم نداشته باشد، مخصوصاً در صورتی که قبول فضولی قبلاً محقق شده باشد.

اما اگر مقصودتان این است که ترتب اثر بر عقد فضولی، معلق بر اجازه‌ی مالک نیست، این کلام را قبول نداریم؛ چراکه حداقل در اعتبار عقلاء و شارع، «اجازه» جزء شروط صحت عقد است، و مادامی که اجازه محقق نشده، اثری بر عقد در نزد عقلاء و شارع مترتب نیست. پس در صورتی که اصیل علم داشته باشد که طرف مقابل عقد را اجازه نمی‌کند، عقد چه وجوب و فائمی بر او دارد؟! لازمی کلام شما که اصیل حتی در این فرض اخیر نمی‌تواند تصرف کند این است که عقد بدون شرطش که حصول اجازه است، مؤثر باشد و در نتیجه وجوب و فاء داشته باشد، در حالی که واضح است نمی‌توان ملتزم به این کلام شد.

اما در صورتی که شک داشته باشد که طرف مقابل آیا معامله را اجازه می‌کند یا نه، در این صورت استصحاب استقبالی عدم اجازه وجود دارد که به نظر ما مشکلی ندارد، یعنی اصیل می‌تواند استصحاب کند که طرف مقابل در آینده اجازه نخواهد کرد و در نتیجه موضوع برای جواز تصرف درست می‌شود. و حتی اگر کسی در این استصحاب مناقشه کند و آن را قبول نکند، استصحاب عدم تحقق انتقال یا حتی استصحاب جواز تصرف به صورت استصحاب حکم جزئی جاری است.

اما آن چه مهم است، بررسی مسأله نذر است که نذر تعلیقی و نذر تنجیزی چگونه است، و این مسأله هم ممکن است مورد ابتلای فرد باشد و هم مورد سوال واقع شود، که ان شاء الله بررسی آن خواهد آمد.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی