



## تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه هشتم؛ یکشنبه ۱۳۹۶/۷/۱۶

### مناقشه در وجه مرحوم نائینی رحمته

استدلالی که مرحوم نائینی رحمته برای اثبات مطلب ارائه کردند نیز ناتمام است؛ زیرا «إنشاء تملیک» از شئون سلطنت مالک بر مالش و از شئون مالک بما هو مالک نیست، بلکه انشاء تملیک از شئون هرکسی است که قدرت بر اعتبار داشته باشد؛ چه آن فرد مالک باشد و چه بیگانه از مال. بله، در صورتی که خود مالک انشاء تملیک کند، چون انشاء عقد متناسب به مالک است، عقلاء ملتزم به مفاد انشاء هستند و اثر را بر آن مترتب می‌کنند، برخلاف جایی که انشاء تملیک توسط فضولی محقق شده باشد که مادامی که مالک اجازه نکند، عرفاً و عقلاً اثری بر آن مترتب نیست و مالک ملزم به آن نیست، ولی این منافاتی با آن ندارد که فضولی و یا هر کسی که قدرت بر انشاء دارد، سلطنت بر نفس انشاء داشته باشد. و اساساً اینکه می‌گویند عاقد فضولی فلان عقد را محقق کرده، گواه آن است که سلطنت بر انشاء تملیک داشته است، در حالی که اگر فضولی سلطنت نداشت باید ملتزم می‌شدیم هیچ انشایی رخ نداده است، و این خلاف فرض است؛ چراکه محل بحث در مسئله فضولی آن است که اگر مالک همان انشاء فضولی را اجازه کند آیا عقد صحیح شده و اثر مترتب می‌شود یا نه.

بنابراین چون وجود انشاء تملیکی در اختیار مالک بما هو مالک نیست، لذا رفعش هم لزوماً در اختیار مالک نیست، به این معنا که چون مالک است پس حتماً می‌تواند انشاء تملیکی فضولی را امحاء و اعدام کند، بلکه این انشاء در عالم اعتبار محقق شده و همچنان باقی است و مالک حتی اگر صد بار هم بگوید این انشاء را نابود کردم، اثری ندارد و انشاء تملیک از بین نمی‌رود. به تعبیر دیگر اعدام انشاء تملیک،

مقتضای سلطنت مالک بر مالش نیست تا اینکه مرحوم نائینی بفرماید: «التزام به بقاء قابلیت عقد برای لحوق اجازه در صورت ردّ مالک، به معنای قصر سلطنت مالک است» بلکه سلطنت مالک در جای خود محفوظ است و بقاء این وجود اعتباری و انشائی، علل خود را دارد و اصلاً از شئون سلطنت مالک بما هو مالک نیست.

از آنچه نسبت به ردّ استدلال مرحوم نائینی رحمته الله بیان کردیم، پاسخ بیانی که مرحوم شیخ<sup>۱</sup> در مباحث بعدی دارند نیز روشن می‌شود. مرحوم شیخ رحمته الله فرموده است: مجیز بعد از ردّ، از این حالت که احد طرفی العقد باشد خارج می‌شود و در نتیجه ردّ اصیل موجب امحاء و بی‌اثر شدن عقد فضولی است.

پاسخ این بیان آن است که مالک قبل از اجازه، اصلاً احد طرفی العقد نبود؛ چراکه عقد را فضولی به همراه شخص دیگری انشاء کرده است، لذا مالک از ابتدا طرف عقد نبود و ردّ او هیچ اثری ندارد. بله، شیخ رحمته الله می‌توانست این‌طور بفرماید: «ردّ، موجب می‌شود که مالک بعداً نتواند احد طرفی العقد قرار بگیرد» اما این کلام هم ناتمام است؛ زیرا دلیلی برای اثبات اینکه مالک بعد از ردّ نتواند احد طرفی العقد قرار بگیرد وجود ندارد.

#### دلیل چهارم: تمسک به روایات

چه بسا ادعا شود<sup>۲</sup> بعض روایاتی که مربوط به نکاح فضولی است - که قبلاً آنها را ذکر کردیم - دلالت بر این مطلب دارد که در صورت ردّ مالک، عقد دیگر قابلیت لحوق اجازه را ندارد. از جمله حسنۀ کالصحیحۀ زرارۀ که درباره نکاح فضولی عبدی بود که بدون اذن مولایش با امه‌ای ازدواج کرده بود.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۸۰؛

آن المانع من صحّة الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي، و هو خروج المجیز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد. ✓ همان، ص ۲۶؛

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ؛ إذ مع الردّ يفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة.

و الدليل عليه بعد ظهور الإجماع، بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا: أن الإجازة إنما تجعل المجیز أحد طرفي العقد، و إلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد؛ لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو في حقّ العاقدين أو من قام مقامهما، و قد تقرّر: أن من شروط الصیغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة.

هذا، مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثیر الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۷۹؛

... أما الأول، فهو ردّ فعلي للعقد، و الدليل على إلحاقه بالردّ القولي مضافاً إلى صدق الردّ عليه، فيعتمه ما دلّ على أن للمالك الردّ، مثل: ما وقع في نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه، و ما ورد في من زوّجته امه و هو غائب، من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل و إن شاء ترك»، إلا أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا تعرّض فيه لكيفيته ...

حضرت فرمودند: «ذَاكَ إِلَى سَيِّدِهِ إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ وَإِنْ شَاءَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا»<sup>۳</sup>. در استدلال به این صحیحه گفته‌اند: «فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» به معنای ردی است که دیگر قابل اجازه نباشد.

اما این استدلال ناتمام است؛ زیرا اولاً: عبارت «فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» اعمّ از ردّ و عدم اجازه است، چراکه ممکن است مالک فعلاً آن دو را از هم جدا کند تا تأمل کرده و بعداً عقد را اجازه یا ردّ کند.

ثانياً: فرضاً بپذیریم «فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» عرفاً یک امر وجودی و به معنای ردّ باشد، اما این عبارت دلالتی ندارد که ردّ، اثری بالاتر از عدم اجازه دارد و مالک بعداً نمی‌تواند از ردّ خود برگشته و عقد را اجازه کند. خصوصاً که «إِنْ شَاءَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» در مقابل «إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ» ذکر شده است، پس معنایی بیش از «عدم اجازه» از آن فهمیده نمی‌شود.

#### - روایت محمد بن مسلم:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنِ إِسْمَاعِيلِ بْنِ سَهْلٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ الْحَضْرَمِيِّ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ قَالَ النَّكَاحُ جَائِزٌ إِنْ شَاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبْلَ وَ إِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنَّ تَرَكَ الْمُتَزَوِّجُ تَزْوِجَهُ فَالْمَهْرُ لَازِمٌ لِأُمَّهِ.<sup>۴</sup>

مرحوم شیخ طوسی رحمته الله این روایت را با سند<sup>۵</sup> صحیح خود از محمد بن احمد بن یحیی ثقه، صاحب

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب نکاح العیید و الاماء، باب ۲۴، ح ۱، ص ۱۱۴ و الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ مَفْلُوكٍ تَزَوَّجَ بَعِيرٍ إِذْ سَيِّدُهُ فَقَالَ ذَاكَ إِلَى سَيِّدِهِ إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ وَإِنْ شَاءَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا قُلْتُ: أَضَلَّكَ اللَّهُ إِنْ الْحَكَمَ بِنِ عُنَيْنَةَ وَ إِبرَاهِيمَ التَّحِيَّيَّ وَ أَضْحَايَهُمَا يَقُولُونَ إِنْ أَضَلَ النِّكَاحَ فَاسِيدٌ وَ لَا تُجْلُ إِجَازَةُ السَّيِّدِ لَهُ فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام: إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ وَ إِنَّمَا عَصَى سَيِّدُهُ فَإِذَا أَجَازَهُ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ زُرَّارَةَ مِثْلَهُ.

۴. وسائل الشیعة، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب المهور، باب ۴۷، ح ۱، ص ۳۰۵ و تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۳۷۵.

۵. تهذیب الاحکام، المشیخة، ص ۷۱:

و ما ذکرته في هذا الكتاب عن محمد بن احمد بن یحیی الأشعری فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون کلهم عن ابي جعفر محمد بن سفيان بن احمد بن ادریس عن محمد بن احمد بن یحیی.

و اخبرنا ابو الحسين بن ابي جيد عن محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن یحیی و احمد بن ادریس جميعا عن محمد بن احمد بن یحیی.

و اخبرني به أيضا الحسين بن عبيد الله عن احمد بن محمد بن یحیی عن ابيه محمد بن یحیی عن محمد بن احمد بن یحیی.

و اخبرني به الشيخ ابو عبد الله و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون کلهم عن ابي محمد الحسن بن الحمزة العلوي و ابي جعفر محمد ابن

الحسين الزوفري جميعا عن احمد بن ادریس عن محمد بن احمد بن یحیی.

نوادِر الحکمه (دبّة الشیب) نقل می‌کند. محمد بن عبدالجبار هم ثقّه است، اما اسماعیل بن سهل تضعیف شده است<sup>۶</sup> و در وثاقت الکاهلی<sup>۷</sup> هم کلام وجود دارد. پس سند روایت ناتمام است. بدین جهت مرحوم شیخ که بعداً متعرض این روایت می‌شوند، آن را به عنوان مؤید مطلب می‌پذیرند.

محمد بن مسلم نقل می‌کند که از امام باقر علیه السلام در مورد مردی سؤال شد که مادرش زنی را برای او تزویج کرده بود در حالی که آن مرد، غائب بود. حضرت فرمودند: نکاح جایز است؛ اگر زوج خواست قبول کند و اگر خواست ترک کند و اگر زوج نکاح را ترک کرد، مهر بر عهده مادر اوست.

«جائز» در این روایت، همان طور که خود حضرت توضیح می‌دهند، به معنای «ان شاء قیل و ان شاء ترک» است و «ترک» هم به معنای «رد» نیست، بلکه اعم از ردّ و عدم اجازه می‌باشد. مضافاً به اینکه فرضاً «ان شاء ترک» به معنای ردّ باشد، اما دلیلی وجود ندارد که بعد از ردّ عقد فضولی، مالک نتواند آن را اجازه کند.

#### بررسی مقتضای سیره عقلاء در ردّ عقد توسط مالک

مقتضای سیره عقلاء هم این است که اگر مالک، عقد فضولی را ردّ کرد اما بعداً پشیمان شد و همان عقد را اجازه کرد، این اجازه کافی برای صحت عقد فضولی سابق است؛ مثلاً اگر فضولی کتاب زید را به عمرو بفروشد و وقتی زید خبردار شد بگوید من این بیع را قبول ندارم و آن را ردّ می‌کنم، اما بعد از اینکه تأمل کرد پشیمان شود و بگوید من همان عقد فضولی را با همان خصوصیات اجازه می‌کنم، در عرف عقلاء همین مقدار کافی است و ملتزم به صحت عقد فضولی می‌شوند.

بنابراین سیره ارتکازیّه عقلاء قائم بر تأثیر اجازه مالک بعد از ردّ است و چون ردّ قطعی از این سیره

۶. رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة، ص ۲۸:

إسماعیل بن سهل الدهقان ضعفه أصحابنا. له کتاب، أخبرنا محمد بن محمد قال: حدثنا الحسن بن حمزة قال: حدثنا محمد بن جعفر بن بطّة قال: حدثنا أحمد بن محمد بن خالد قال: حدثنا أبي عن إسماعيل.

✓ الفهرست (للشيخ الطوسي)، ص ۱۴:

إسماعیل بن سهل. له کتاب، أخبرنا به عدة من أصحابنا عن أبي المفضل عن ابن بطّة عن أحمد بن أبي عبد الله عن أبيه عنه.

۷. رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة، ص ۲۲۱:

عبد الله بن يحيى أبو محمد الكاهلي عربي، أخو إسحاق رويًا عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام. و كان عبد الله وجهًا عند أبي الحسن عليه السلام، و وصى به علي بن يقطين فقال [له]: اضمن لي الكاهلي و عياله اضمن لك الجنة.

و قال: محمد بن عبدة الناسب: عبد الله بن يحيى الذي يقال له الكاهلي هو تميمي النسب. و له كتاب يرويه جماعة منهم، أحمد بن محمد بن أبي نصر أخبرنا القاضي أبو عبد الله الجعفي قال: حدثنا أحمد بن محمد بن سعيد قال: حدثنا محمد بن أحمد القطواني قال: حدثنا أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الكاهلي بكتابه.

نشده، لذا کشف امضاء معصوم علیه السلام نسبت به این سیره می‌شود.

پس نتیجه این شد که «رد مالک» در اثر، فرقی با «عدم اجازه» ندارد<sup>۸</sup> و همان‌طور که اگر مالک اجازه ندهد، بعداً می‌تواند عقد فضولی را اجازه کند، در صورت رد هم می‌تواند دوباره عقد را اجازه کند و رد، قابلیت عقد را برای لحوق اجازه از بین نمی‌برد. در نتیجه طبق مبنای ما چون «رد» در اثر، فرقی با «عدم اجازه» ندارد، لذا بحث‌هایی که مرحوم شیخ در اینجا تحت عنوان «احکام الرد» مطرح کرده‌اند دیگر جایگاه ندارد، الا اینکه چون مشهور قائل شده‌اند «رد» اثری غیر از «عدم اجازه» دارد و در صورت تحقق «رد»، دیگر مالک نمی‌تواند عقد فضولی را اجازه کند، شایسته است فی الجمله کلام شیخ رحمته الله در اینجا را بررسی کنیم، اما دیگر نیاز به استیعابی که در بررسی کلمات شیخ در سایر مسائل داشتیم نیست؛ چراکه ما اصل مبنا را قبول نکردیم.

### الف: رد به چه چیزی محقق می‌شود؟

مهم‌ترین مطلبی که در این مسئله وجود دارد این است که «رد مالک» به چه چیزی محقق می‌شود. فی الجمله می‌گوییم: آنچه مبین رد است ممکن است قول باشد و ممکن است فعل باشد. رد قولی هم یا صریح است و یا غیر صریح، و رد فعلی هم اقسامی دارد که ان شاء الله ذکر خواهیم کرد. مرحوم شیخ در مورد رد قولی می‌فرماید: رد قولی فقط به «رددت»، «فسخت» و شبه آن از الفاظی که صریح در رد است محقق می‌شود؛ و در صورتی که لفظی صریح در «رد» نباشد، طبق مبنای شیخ رحمته الله استصحاب بقاء لزوم از طرف اصیل و استصحاب بقاء قابلیت اجازه از طرف مجیز جاری است. خدمت مرحوم شیخ رحمته الله عرض می‌کنیم: دلیلی وجود ندارد که تحقق رد را منحصر در لفظ صریح کنیم، بلکه طبق قاعده عقلانیه باید بگوییم هر لفظی که ظهور در رد داشته باشد کافی است؛ چراکه ظهورات حجت هستند مگر در جایی که دلیل خاصی بر عدم حجیت ظهوری وجود داشته باشد و یا اینکه دلیل بیان کند ظهور خاصی لازم است.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی

۸. بله مفهوم «رد» غیر از مفهوم عدم اجازه است. «رد» نیاز به قصد و انشاء دارد، اما «عدم اجازه» احتیاج به انشاء ندارد و صرف اینکه مثلاً سکوت کند و چیزی نگوید، عدم اجازه صادق است. پس مفهوم این دو متفاوت است الا اینکه از لحاظ اثر فرقی با هم ندارند.