



## تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سیّد محمد رضا مدرّسی طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جلسه پنجاهم؛ شنبه ۱۳۹۴/۱۱/۱۷

### نقد و بررسی کلام شیخ توسط محقق نائینی رحمته

محقق نائینی رحمته با اصل کلام مرحوم شیخ رحمته موافقتی که مقتضای قواعد اولیه، ناقلیت اجازة است، اما در تشبیهاتی که شیخ رحمته در ما نحن فیه ذکر کرده مناقشه می‌کنند.

### اشکال اول محقق نائینی رحمته به تنظیرات شیخ رحمته

مرحوم نائینی رحمته می‌فرماید: تنظیرهایی که شیخ رحمته در نحن فیه ذکر کردند و فرمودند چون اجازة در این

۱. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۲۰۲:

التانی هل الأصل أن تكون الإجازة ناقلة أو كاشفة الأقوى هو الأول لأن لازم دخلها بوجودها الخارجي كما هو ظاهر الأدلة عدم تحقق النقل إلا بعد تحققها نعم لو ساعد العرف والاعتبار على دخل وصف التعقب كما في شرطية الأجزاء اللاحقة في الصلاة للأجزاء السابقة فنلتزم بالكشف وأما في خصوص الإجازة فمضافا إلى أن ظاهر الأدلة الدالة على اعتبار الرضا والطيب كونها بوجودها الخارجي شرطا للعرف والاعتبار أيضا يساعدان على ذلك.

۲. همان:

الأول في بيان الفرق بين الشروط المتأخرة التي تصلح لأن تكون كاشفة أو ناقلة وبين ما لا يكون إلا ناقلا فقط وضابط الفرق على ما يظهر من المحقق الثاني أن كل شرط كان ناظرا إلى ما وقع من سائر أجزاء العقد وأركانه فهو مما وقع فيه هذا النزاع كالإجازة فإنها ناظرة إلى ما وقع من العقد وكل شرط كان هو بنفسه من شرائط العقد وتماماته فهو ليس إلا ناقلا وبعبارة أخرى كل ما يرجع إلى تنفيذ ما سبق وإمضائه فهو محل هذا النزاع وأما كل ما كان متمما وهو بنفسه من الأجزاء ومما له دخل في تأثير البقية فلا يجري فيه هذا النزاع بل يكون ناقلا وعلى هذا فمثل القبول مطلقا والقبض في الصرف والسلام ونحو ذلك ناقل وأما مثل الإجازة وأداء من باع ماله المشتتم على الزكاة مقدار الزكاة فهو محل هذا النزاع وعلى هذا فذهاب المحقق الثاني إلى كون إجازة المرتهن ناقلة مع قوله بالكشف في إجازة الفضولي إنما هو للنزاع في الصغرى أي إجازة المرتهن ليست ناظرة وتنفيذا لما صدر من الرأهن بل حيث إن من أركان البيع الطلقة أي خلو المبيع من حق غير البائع فإذا أسقط المرتهن حقه أو أدى الرأهن الدين أو أبرأه المرتهن تم جميع أركان العقد ومن المعلوم أنها تتم حين الإسقاط فلا معنى لكونه كاشفا وهذا الكلام وإن لم يكن صحيحا لأن الإسقاط

موارد ناقل است، پس رضای مکره هم ناقل است، درست نیست؛ زیرا مثل قبول، قبض در صرف و سلم و یا حتی انقضاء زمان خیار بنابر نظر شیخ طوسی رحمته الله، این موارد از متممات و ارکان عقد هستند و قبل از تحقق این متممات اصلاً عقدی وجود ندارد تا این نزاع مطرح شود که الحاق این موارد آیا کاشف می‌باشد یا ناقل، [بلکه این موارد قطعاً ناقل هستند]. برخلاف ما نحن فیه که این نزاع در آن مطرح می‌شود؛ زیرا عقد، قبل از الحاق رضایت مکره تمام است لذا می‌توان بحث کرد که این رضایت، ناقل است یا کاشف.

به تعبیر دیگر در عقد مکره چون عقد تمام است، معنا دارد بحث شود رضایت کاشف است یا ناقل، اما در مواردی که شیخ تشبیه فرمودند اصلاً عقدی وجود ندارد تا این نزاع در آن مطرح شود؛ زیرا قبول، قبض و انقضاء زمان خیار بنابر نظر شیخ طوسی رحمته الله، از متممات عقد است.

### مناقشه در اشکال اول محقق نائینی رحمته الله

عرض می‌کنیم کبرای فرمایش محقق نائینی رحمته الله - که در اصل مأخوذ از محقق کرکی رحمته الله است - صحیح می‌باشد؛ یعنی چیزی که از متممات عقد باشد، نمی‌توان سؤال کرد که کاشف است یا ناقل؛ چون علی الفرض قبل از تحقق متمم، عقدی وجود ندارد. اما به نظر می‌آید تنظیم مرحوم شیخ - کما صرح فی عبارته - از جهت دیگری باشد و آن این که «زمان»، مأخوذ در ایجاب عقد نیست.

توضیح بیشتر این که مرحوم شیخ رحمته الله فرمودند چون زمان، مأخوذ در ایجاب عقد نیست، پس مقتضای قواعد اولیه این است که اجازه ناقل باشد. سپس برای این مطلب که «زمان» مأخوذ در ایجاب نیست، مواردی را تنظیم کردند از جمله این که اگر زمان مأخوذ در ایجاب عقد باشد، باید حصول ملکیت بعد از الحاق قبول، منافات با مقتضای ایجاب داشته باشد.

كإجازة ناظر إلى تنفيذ العقد السابق إلا أن الكبرى صحيحة.

۱. جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۷۴:

یُنشأ: من أن الإجازة هي: الرضى، و هي: المكملة للسبب، فيمتنع انتقال الملك قبلها، و من أن العقد سبب تام في حصول الملك، لعموم (أوفؤوا بالعقود) و تمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاما، فوجب ترتب الملك عليه، و إلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر، و لا دليل يدل عليه.

و الاحتجاج بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في الموجود - لأن العقد حالها عدم - ليس بشيء، لأن تأثيرها ليس في العقد، بل في الأمر المترتب عليه، و هو: نقل الملك، و هذا بعد تمام السبب يجب أن يكون موجودا لا معدوما، على أنه لا تأثير هنا، لأن علل الشرع معرفات للأحكام لا مؤثرات، فلا يمنع تعريفها للأحكام المترتبة على الأمور العدمية.

و كذا الاحتجاج على كونها جزءا أو شرطا - بأنها إما شرط في قبول المحل، أو في فعل الفاعل - ليس بشيء أيضا، لمنع الحصر، إذ يجوز كونها علامة على تمامية العقد و اعتباره في نظر الشرع، مع عدم مطابقته للمدعى.

هم چنین اگر در ایجاب صرف و سلم زمان دخیل باشد، باید حکم به تحقق ملکیت بعد از قبض، منافات با مقتضای ایجاب داشته باشد در حالی که چنین نیست. پس معلوم می‌شود زمان دخیل نیست [چه بسا ما نحن فیه نیز چنین باشد]. پس از این نظر تشبیه شیخ اشکالی ندارد. مضافاً به این‌که در مورد صرف و سلم می‌توان جواب دیگری هم به اشکال محقق نائینی داد که بحث از کاشف یا ناقل بودن قبض در صرف و سلم، ثبوتاً محال نیست، هرچند از لحاظ اثباتی به نظر می‌رسد بحث بی‌جایی است؛ زیرا اثباتاً پذیرفتند که ملکیت بعد از قبض پدید می‌آید.

### اشکال دوم محقق نائینی رحمته الله

اشکال دوم مرحوم نائینی<sup>۱</sup> مربوط به تنظیر دیگر شیخ رحمته الله است که ایشان در پایان فرمودند اگر می‌خواهید ناقل بودن اجازه در ما نحن فیه برای شما حل شود، مسأله‌ی فسخ به خیار را ملاحظه کنید؛ زیرا فسخ هرچند حل همان عقد سابق است و آن را کأن لم یکن می‌کند، اما این حل از زمان فسخ می‌باشد. ما نحن فیه نیز چنین می‌باشد و اجازه ناقل است. محقق نائینی رحمته الله می‌فرماید:

تشبیه رضای مکروه به فسخ ذی الخیار، درست نیست؛ زیرا فسخ ذی الخیار در مقابل اقرار و تثبیت ذی الخیار است که هر دو به عقد صحیح تعلق می‌گیرند؛ یعنی بر عقدی وارد می‌شوند که با صرف نظر از اجازه و فسخ، صحت آن مفروغ منه است و ذی الخیار حق تثبیت یا فسخ آن را دارد. بنابراین این اجازه یا فسخ از زمان وقوعشان مؤثر هستند. اما در ما نحن فیه اجازه و رضایت مالک، در مقابل رد عقد فضولی است؛ یعنی

۱. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۲۰۳:

بقی هنا أمران الأول أنه لا وجه لاستفادة حكم الرضا في المقام من حكم فسخ ذی الخیار فكون الفسخ حلًا للعقد من حين الفسخ لا حين العقد لا يلزم كون الرضا و الإجازة كذلك أيضا فإن الفسخ مقابل لإجازة ذی الخیار و كل زمان أعمل الخیار فيه بإزالة العقد أو إقراره فيؤثر في ذلك الزمان و أما الإجازة أو الرضا في المقام فمقابل لرد عقد الفضولی و رد المالك كما يؤثر من حين العقد فيمكن أن يقاس عليه الرضاء من المكروه و الإجازة من المالك.

✓ المكاسب و البيع (للميرزا النائینی)، ج ۱، ص ۴۷۵:

قوله قده و ان شئت توضیح ما ذكرنا فلا حظ مقتضى فسخ العقد (إلخ)

لا يخفى ان الإجازة تارة تكون في مقابل الفسخ و تارة تقع في مقابل الرد و كون الفسخ هو الحل من حينه يقتضى أن تكون الإجازة التي في مقابلة إمضاء من حين الإجازة لا ان الإجازة التي في مقابل الرد إمضاء من حينها، و ذلك لان الخیار لما كان هو السلطنة على إقرار العقد السابق أو حله و كان جعله من الشارع أو من المتعاملين لان تكون لهما النظرة الثانية في صلاح المعاملة و فسادها، فالقرار و التثبيت و الفسخ و الحل كلاهما يقعان على العقد الصحيح المفروغ صحته مع قطع النظر عن هذه الإجازة و الفسخ فيكون كلاهما من حين وقوعهما لا من حين العقد و هذا بخلاف الإجازة و الرد في المقام إذ بالإجازة يراد تصحيح العقد لا انها تثبیت للعقد الصحيح و من المعلوم ان الرد الذي في مقابلها يوجب رفع اثر العقد من حين العقد لا من حين الرد فمقتضى مقابلته مع الإجازة ان تكون الإجازة أيضا كذلك.

قبل از الحاق رضایت مکروه، اصلاً عقد صحیحی واقع نشده است بلکه رضایت متأخر می‌خواهد عقد مکروه یا فضولی را تصحیح کند نه تثبیت. پس ما نحن فيه با فسخ ذی الخیار متفاوت است و نمی‌شود این دو را با هم قیاس کرد.

اگر می‌خواهید ما نحن فيه را به فسخ ذی الخیار تشبیه کنید باید این‌طور بگویید که اجازه در ما نحن فيه در مقابل ردّ عقد است و همان‌طور که ردّ مالک در بیع فضولی یا مکروه، اصل عقد را از بین می‌برد نه استمرار آن را، اجازه و رضایت لاحق هم اصل عقد را تصحیح می‌کند و این یعنی کاشفیت اجازه نه ناقلیت آن.

### بررسی اشکال دوم محقق نائینی رحمته الله

ظاهراً این اشکال که هم در کلمات سید یزدی<sup>۱</sup>، محقق نائینی و به تبع ایشان سید خوبی<sup>۲</sup> و برخی دیگر وارد شده، اشکال درستی است و تشبیه شیخ رحمته الله تشبیه مناسبی نیست؛ زیرا فسخ گرچه حلّ عقد است، اما حلّ عقد ثابت و صحیح است، برخلاف ما نحن فيه که قبل از لحوق رضا، عقد صحیح وجود ندارد و رضایت می‌خواهد اصل عقد را تصحیح کند.

**خلاصه‌ی مطلب** تا این‌جا این شد که اصل کلام شیخ، محقق نائینی رحمته الله و برخی دیگر که فرمودند مقتضای قواعد اولیه، ناقلیت اجازه است، کلام درستی است؛ زیرا رضای متأخر، شرط تأثیر و صحت عقد بیع و نظایر آن است و قبل از حصول این شرط، مشروط یعنی نقل و انتقال محقق نمی‌شود بلکه تحقق اثر

۱. حاشیة المكاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۱۲۸:

قوله فلاحظ مقتضى فسخ إلخ

أقول لا يخفى أن الفسخ ليس مثل الإجازة بل هو مماثل للرضا بالمضمون فمماثل الإجازة إنما هو ردّ العقد من أصله فتحصل أن الإجازة كالردّ و الفسخ كالقبول و الرضا بالمضمون فكون الفسخ مؤثراً من حينه لا يكون دليلاً على كون الإجازة كذلك فتدبر.

۲. مصباح الفقهة (المكاسب)، ج ۳، ص ۳۴۰:

ثم إن المصنف قاس ما نحن فيه بفسخ العقد، بدعوى: أن الفسخ وإن كان حلاً للعقد السابق، وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا ترفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوث الفسخ، لا بزمان حدوث متعلقة.

و يتوجه عليه: أن هذا قياس باطل، لوجود الفارق بين الفسخ و بين ما نحن فيه: بدهة أن الفسخ عبارة عن حل العقد، و يقابله إقراره و إمضاؤه و أما إجازة العقد فيقابله رده، فلا منافاة بين أن يكون أثر الفسخ من حينه - كما هو ظاهر أدلته - و أن يكون أثر الإجازة ترتيب أثر العقد من حينه ثم إنه هل للطرف غير المكروه فسخ العقد قبل صدور الرضاء من المكروه؟.

فيه كلام سيأتي في بحث العقد الفضولي. فإن الملاك مشترك فيه بين البابين.

و الى هنا جف القلم في بيع المكروه و توابعه. و الحمد لله أولاً و آخراً.

منوط به الحاق رضایت است، لذا قول به کاشفیت اجازه و تحقق نقل و انتقال قبل از الحاق رضا، نیاز به مؤونه دارد که فعلاً خارج از محل بحث ماست؛ زیرا بحث در مقتضای قواعد اولیه با صرف نظر از بعضی روایات است. از آن چه که گفتیم معلوم می شود کلام سید خوبی رحمته الله علیه که قائل شده اند مقتضای قواعد اولیه کاشفیت اجازه است، ناتمام می باشد.

### آیا قبل از الحاق رضایت مکره، طرف دیگر می تواند رفع ید از عقد کند؟

مرحوم شیخ رحمته الله علیه<sup>۱</sup> در ادامه مسأله ی دیگری مطرح می کند که چندان مهم نیست و آن این که قبل از الحاق رضایت مالک، آیا طرف مقابل می تواند رفع ید از عقد کند یا نه؟

عرض می کنیم: ظاهراً طرف مقابل می تواند قبل از الحاق رضایت، رفع ید از عقد کند، نظیر این که کسی ایجاب یا قبول عقد را إنشاء کند، اما قبل از این که طرف مقابل نظر خود را ابراز کند از ایجاب یا قبول متقدم رفع ید کند. و این که در ما نحن فیه یک طرف فضولی یا مکره است و طرف دیگر اصیل یا غیر مکره، ظاهراً تأثیری ندارد. البته توضیحاتی در این جا وجود دارد که إن شاء الله در بحث بیع فضولی خواهد آمد.

### شرط چهارم: إذن سید در صورتی که عاقد عبد باشد

چهارمین شرطی را که مرحوم شیخ رحمته الله علیه<sup>۲</sup> به عنوان شروط متعاقدين ذکر می کند، إذن مولا است در صورتی که عاقد، عبد باشد (إذن السيد لو كان العاقد عبداً) بنابراین مملوک بدون إذن سیدش نمی تواند عقد را إنشاء کند؛ نه برای خودش - چه در ذمه و چه نسبت به ما فی یده - و نه برای غیر؛ اعم از مولا و غیر مولا.

قبل از این که وارد بحث شویم این مطلب را تذکر دهیم که ممکن است برخی بگویند این بحث فایده ای ندارد؛ زیرا عبید و إماء که فعلاً در خارج وجود ندارد.

اما در جواب عرض می کنیم: حداقل ثمره ی این بحث آن است که اگر خواسته باشیم معنای آیه ی

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۳۶.

ثمّ علی القول بالكشف، هل للطرف الغير المکره أن یفسخ قبل رضا المکره، أم لا؟ یأتی بیانه فی الفضولی إن شاء الله.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۳۷.

مسأله و من شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً، فلا يجوز للمملوك أن یوقع عقداً إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه في ذمته أو بما في یده، أم لغيره؛ لعموم أدلّة عدم استقلاله فی أموره، قال الله تعالى ضربَ الله مثلاً عبداً مملوكاً لا یقدرُ علی شیءٍ.

شریفه‌ی ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾<sup>۱</sup> و نیز روایاتی که در این زمینه وارد شده را خوب بفهمیم، به این مبحث احتیاج داریم. وانگهی بسیاری از مباحث فقه به یکدیگر ربط دارند، مثلاً از ادله‌ی تصحیح عقد فضولی، روایاتی است که در رابطه‌ی عبد و اُمه و تزویج آن‌ها وارد شده است. یا بعض احکام بیع حیوان، مشترک بین حیوان ناطق و غیر ناطق است و امثال این موارد. پس رسیدگی به امهات این مبحث دارای ثمره است، هرچند فعلاً عملاً عبد در خارج پیدا نمی‌شود و اساساً برنامه‌ریزی اسلام به گونه‌ای است که در دراز مدت، عبدی در خارج پیدا نشود و یا خیلی کم باشد و مواردی هم که باشد، اسلام شرایط و مسائلی را مطرح کرده که با عدالت و انصاف منافات ندارد و چه بسا عده‌هایی که با رعایت این دستورات، رشد و تعالی پیدا کردند و به مقامات ظاهری و باطنی بالایی دست یافتند.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی

---

۱. سوره‌ی نحل، آیه‌ی ۷۵:

﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾