



## تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه چهارم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۱۰/۶

### ادامه نقد و بررسی کلام صاحب جواهر رحمته الله علیه

گفتیم کلام صاحب جواهر رحمته الله علیه را باید از دو جهت بررسی کنیم؛ یکی این که آیا واقعاً نمی شود نسبت به صحیح‌ه‌ی ابو عبیده الحذاء القاء خصوصیت کرد؟ و دیگر این که فرضاً نکاح خصوصیت داشته باشد، آیا می توان پذیرفت که ظهور ادله در آن است که قابلیت متعاقدین باید از حین عقد تا حین اجازه استمرار داشته باشد یا نه؟

عرض می کنیم ما در بحث فضولی گفتیم از این روایت استفاده می شود که نکاح فضولی، با اجازه لاحق‌ه قابل تصحیح است، اما چون احتمال دارد این روایت اختصاص به نکاح فضولی داشته باشد، لذا با القاء خصوصیت از این روایت نمی توان حکم به تصحیح سایر عقود فضولی با اجازه کرد، اما اگر یادتان باشد بعداً گفتیم وقتی که صحّت بیع فضولی را با ادله‌ی دیگر از جمله صحیح‌ه‌ی محمد بن قیس و عمومات به ضمیمه‌ی سیره‌ی غیر مردوعه عقلاء ثابت کردیم، می فهمیم که بیع و نکاح در فضولی بودن تفاوتی ندارند، لذا دیگر احتمال نمی دهیم که نکاح از این جهت خصوصیت داشته باشد، پس نمی توان گفت در نکاح اگر احد المتعاقدین فوت کرد و از قابلیت ملک خارج شد، مانعی ندارد عقد با اجازه‌ی طرف مقابل صحیح شود، اما در بیع و امثال آن صحیح نیست. بنابراین هر چند بعض معاصرین نیز در این جا کلام صاحب جواهر رحمته الله علیه را پذیرفته و با ایشان همراهی کرده‌اند، ولی این کلام درست نیست.

اما کلام دیگر صاحب جواهر که فرمودند «سایر روایات ظهور در این دارد که باید قابلیت و مالکیت متعاقدین تا حین اجازه مستمر باشد»، این کلام هم درست نیست؛ زیرا اگر مقصودتان این است که «چون

عقد فضولی خلاف قاعده است، پس در تصحیح آن باید اقتصار بر قدر متیقن کرد و فقط به مثل صحیح‌های محمد بن قیس از این قاعده خارج شد، و این صحیح‌ها اطلاقی نسبت به صورت موت احد المتعاقدين ندارد»، عرض می‌کنیم: این دیگر تمسک به ظهور نیست بلکه دلیل دیگری است.

و اگر مقصودتان این است که واقعاً ظهور اخبار چنین است، این حرف صحیح نیست و هیچ روایتی ظهور در این مطلب ندارد؛ بلکه همان‌طور که مرحوم شیخ رحمته الله فرمودند، اخباری وجود دارد که صراحت یا ظهور در این دارد که استمرار قابلیت متعاقدين تا حین اجازه لازم نیست، از جمله روایت «ابن اشم و روایات إتجار به مال یتیم»، و این که ما متعرض این روایات نشدیم، چون سنداً یا دلالتاً در این روایات مناقشه داشتیم، اما مرحوم شیخ رحمته الله و برخی دیگر به این روایات به عنوان دلیل یا مؤید برای تصحیح بیع فضولی تمسک کردند، و این روایات اطلاق دارد و شامل صورت فوت احد المتعاقدين نیز می‌شود. بنابراین نه تنها کلام صاحب جواهر شاهی ندارد، بلکه شاهد بر خلاف آن است و کلام شیخ رحمته الله در این جا صحیح می‌باشد.

### بررسی جواب نقضی شیخ رحمته الله

**اشکال نقضی<sup>۱</sup>** شیخ رحمته الله آن بود که اگر بیوع متعدده به صورت فضولی بر عین واحدی واقع شود؛ مثلاً زید فضولتاً کتاب مالکی را به عمرو بفروشد، عمرو هم کتاب را به خالد بفروشد، خالد به بکر بفروشد، بکر به دیگری بفروشد الی آخر، فقهاء فرمودند اگر مالک اصلی بیع فضولی اول را اجازه کند، تمام بیوع مترتبه بر آن تا آخر صحیح می‌شود، در حالی که مالکیت اول، تا آخر مستمر نیست.

**در جواب می‌گوییم** این اشکال وارد نیست؛ زیرا مراد صاحب جواهر رحمته الله که می‌فرماید «قابلیت متعاقدين باید تا حین اجازه استمرار داشته باشد» این است که با غمض عین از اجازه، باید قابلیت باقی باشد؛ نه این که مراد ایشان بقاء قابلیت باشد که با اجازه از بین می‌رود؛ زیرا چنین قابلیت حتی اگر تابع عقود هم نباشد و فقط یک عقد باشد، حین اجازه وجود ندارد؛ چراکه با اجازه کشف می‌شود مجیز حین اجازه، فاقد ملکیت بوده است.

۱. کتاب مکاسب، ج ۳، ص ۴۱۸:

و ربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة فى اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدود الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

و فيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية، و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بیوع متعدده على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع، مع عدم بقاء مالكية الأول مستمراً.

## نظر مختار در ثمره‌ی اول کاشف الغطاء<sup>۱</sup>

نسبت به اصل ثمره‌ی اولی که مرحوم کاشف الغطاء<sup>۱</sup> ذکر کردند، عرض می‌کنیم: کلام ایشان بنابر مبنای کشف درست است و همان‌طور که گفتیم طبق صناعت، هیچ شبهه‌ای بر آن وارد نیست، و روایات هم با تقریبی که کردیم مؤید آن می‌باشد.

اما بنابر مبنای نقل، کلام ایشان را علی الاطلاق قبول نداریم؛ زیرا اگر مراد این است که اجازه فایده‌ای ندارد و عقد کلاً باطل می‌باشد - چه مبیع شخصی باشد و چه کلی، کلی هم چه در ذمه‌ی شخص خاص به عنوان قید باشد و یا این‌که قید نباشد - این کلام صحیح نیست؛ زیرا بنابر مبنای نقل اگر مبیع عین شخصی باشد؛ مثلاً زید اصیل فلان کتاب مشخص را به فضولی فروخته باشد، در این‌جا اگر زید قبل از اجازه‌ی طرف مقابل فوت کند، نمی‌توان گفت عقد صد درصد باطل است؛ چراکه آن کتاب قبل از اجازه، منتقل به ملک وراثت شده است، لذا اگر وراثت عقد را اجازه کنند<sup>۲</sup> و طرف مقابل هم اجازه کند، عقد صحیح می‌شود؛ نظیر این‌که فضولی عقد را برای خودش بخواند اما اگر مالک اجازه کند، طرف عقد قرار گرفته و عقد برای او واقع می‌شود. بله، ما قبلاً یک مورد را استثناء کردیم که اگر خصوصیت بایع لحاظ شده باشد به گونه‌ای که مشتری حاضر نباشد از غیر آن فرد خاص چیزی را بخرد، در این صورت اجازه‌ی ورثه فایده‌ای ندارد.

و اگر مبیع کلی باشد و مثلاً بایع اصیل قبل از اجازه‌ی طرف مقابل فوت کند، در این‌جا بعضی به قول مطلق گفته‌اند که بیع باطل است؛ چراکه مبیع در ذمه‌ی زید فروخته شده بود و بعد از مرگ دیگر ذمه در مورد زید معنا ندارد، در نتیجه بیع باطل می‌باشد.

عرض می‌کنیم در این‌جا هم علی الاطلاق نمی‌توان حکم به بطلان بیع کرد، بلکه دو شق می‌توان فرض کرد؛ یکی این‌که ذمه‌ی فرد خاص خصوصیت داشته باشد که معمولاً چنین است - چون ذمه نسبت به افراد، متفاوت است و کسی که می‌فروشد معمولاً به ذمه‌ی خاص می‌فروشد - در این صورت بیع باطل است و اجازه‌ی شخص دیگر فایده ندارد.

اما اگر ذمه خصوصیت نداشته باشد بلکه مراد بایع این باشد که اگر هر شخصی یا مثلاً هر شخص ملی‌ء که عقد را قبول کرد صحیح باشد، در این صورت بعید نیست بگوییم هر کسی - چه ورثه و چه غیر ورثه - یا هر کسی که ملی‌ء باشد عقد را اجازه کند، عقد صحیح باشد.

۲. همان‌طور که گفتیم در این فرض نیاز به اجازه‌ی وراثت است و رضایتی که اصیل قبل از موت داشته کافی نیست.

والحمد لله رب العالمين

جواد احمدى