



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه سی و نهم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۱۰/۵

ادامه‌ی کلام کاشف الغطاء^{علیه السلام} در ثمرات مترتب بر کشف و نقل

سومین ثمره‌ای که مرحوم کاشف الغطاء^{علیه السلام} بر قول به کشف و نقل مترتب کرده‌اند این است که اگر چیزی در حین عقد قابلیت ملک را نداشته باشد، ولی بعد از عقد قابلیت پیدا کرد؛ مثلاً حین عقد خمر بود اما بعد از عقد و قبل از اجازه، تبدیل به خلّ شد، یا ماء نجس بی فایده بود اما با بارش باران تطهیر شد، یا این که میوه‌های باغ را قبل از بدو صلاح فروخته بود اما حین اجازه بدو صلاح حاصل شد. در این جا اگر قائل به کشف شویم، بیع باطل است؛ چراکه مبیع در حین عقد قابلیت ملکیت را نداشته است، اما اگر قائل به نقل شویم چون در حین اجازه قابلیت حاصل شده، بیع صحیح است؛ چراکه علی الغرض از ادله بیش از اشتراط قابلیت در حین نقل که همان حین اجازه باشد استفاده نمی‌شود.

مرحوم کاشف الغطاء^{علیه السلام} در نهایت به طور کلی می‌فرماید: هر عقدی که حین انشاء فاقد شرط باشد اما حین اجازه از هر نظر واجد شرط شود و بالعکس، این ثمره در مورد آن جریان دارد؛ مثلاً اگر عاقد در حین عقد «سفیه یا محجور» باشد اما در حین اجازه سفاهت و حجرش زایل شود، بنابر مبنای کشف عقد باطل است؛ چراکه عاقد در حین عقد فاقد شرط بوده است. اما بنابر مبنای نقل صحیح است؛ زیرا حین اجازه که نقل و انتقال محقق می‌شود، عاقد واجد شرایط صحّت است.

۱. شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر، ص ۱۷۱:

و فی مقابله ما لو تجددت القابلیة قبل الإجازة بعد انعدامها حین العقد كما لو تجددت الثمرة أو بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فیما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثم حصلت أو بالعکس.

مناقشه‌ی صاحب جواهر در کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته الله

صاحب جواهر رحمته الله^۲ در هر سه ثمره‌ای که مرحوم کاشف الغطاء رحمته الله بر قول به کشف و نقل مترتب کرده‌اند، مناقشه کرده و می‌فرماید:

اما ثمره اول که فرمودید «اگر احد المتبايعين بعد از عقد و قبل از اجازه بميرد سپس طرف مقابل عقد را اجازه کند، این اجازه بنا بر کشف مؤثر است اما بنا بر نقل مؤثر نیست» می‌گوییم: قول به کشف و نقل در این جا تفاوتی ندارد؛ زیرا از ادله استظهار می‌شود که حتی بنا بر مبنای کشف باید قابلیت متعاقدين در حين عقد وجود داشته باشد و این قابلیت تا زمان اجازه هم استمرار داشته باشد [تا این‌که با زمان تملك که از حين عقد تا حين اجازه استمرار دارد، تنافی نداشته باشد]، لذا اگر این قابلیت در حين عقد یا در یکی از ازمنه‌ی بعد از عقد موجود نباشد، دیگر اجازه نمی‌تواند مؤثر باشد حتی بنا بر مبنای کشف.^۳

[صاحب جواهر^۴ می‌فرماید از آن‌چه که در ردّ ثمره اول گفتیم، مناقشه در ثمره دوم هم روشن می‌شود، بلکه فساد آن اوضح از اول است؛ زیرا آن‌چه که بنا بر قول به کشف و نقل معتبر است، رضایت مالک است، در حالی که علی الفرض مالکیت مالک با انتفاء قابلیت ملک در مبيع منتفی می‌شود، پس اصلاً مالک نیست تا بخواهد اجازه کند.] در نتیجه بیع باطل است و فرقی بین این‌که اجازه ناقل باشد یا کاشف، وجود ندارد.

اما ثمره سوم^۵ که احد العوضين حين عقد فاقد قابلیت ملک باشد اما حين اجازه واجد قابلیت باشد، این ثمره حتی بنا بر قول به نقل مترتب نیست؛ چراکه بیان کردیم عقدی با لحوق اجازه صحیح می‌شود که با صرف نظر از رضایت، حين تحقق واجد سایر شرایط باشد [و قابلیت نقل و انتقال داشته باشد] در حالی که

۲. عبارت مرحوم شیخ در نقل کلام کاشف الغطاء در این‌جا، مثل عبارات جواهر است و احتمالاً جناب شیخ هم از جواهر نقل کرده است.

۳. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۱:

و فيه أن الأول و إن كان قد يشهد له خبر الصغيرين الذين مات أحدهما لكن يمكن الجمود عليه، و دعوى عدم الجواز في غيره، بناء على الكشف أيضا ضرورة أنه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله، كالنقل أيضا و انه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بد من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة، حتى لا ينافي زمان التملك الذي هو مستمر أيضا من حين العقد إلى حين الإجازة.

۴. همان:

و منه تنقدح المناقشة في الثاني، بل هي أوضح فيه من الأول، ضرورة كون المعتبر على الكشف و النقل رضی المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها.

۵. همان:

و أوضح من ذلك فسادا فاقد القابلية للملك حين العقد، ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، و على النقل أيضا لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل، فلا تنفعه الإجازة بعد إن كان في غير محله.

علی الفرض در این جا فاقد بعض شرایط می باشد. بنابراین حتی بنا بر مبنای نقل، عقد باطل بوده و قابلیت تصحیح با حقوق اجازه را ندارد.

نقد مناقشات صاحب جواهر^{رحمته} بر ثمره اول در کلام مرحوم شیخ^{رحمته}

مرحوم شیخ کلام صاحب جواهر^{رحمته} را مورد نقد قرار داده است. شیخ^{رحمته} در رد مناقشه‌ی صاحب جواهر بر ثمره‌ی اول می فرماید: این که از ادله استظهار کردید باید قابلیت متعاقدين از حین عقد تا حین اجازه مستمر باشد، این استظهار درست نیست نقضاً و حلاً؛

اما اشکال نقضی^۶ آن است که خود شما و دیگران قبول دارید - و بعید نیست در میان قائلین به صحّت عقد فضولی اجماعی باشد - 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، و همه این بیوع قبل از اجازه‌ی بیع فضولی اول باشد، در این جا فقهاء فرمودند اگر مالک اصلی، بیع فضولی اول را اجازه کند، تمام بیوع فضولی مترتبه تا آخر صحیح می شود، در حالی که مالکیت مالک اول، تا آخر مستمر نیست بلکه در این میان افرادی واقع شده‌اند که با اجازه‌ی مالک، بیع آنها هم صحیح می شود و وقتی نوبت مثلاً به آخری می رسد، اصلاً مالکیت مجیز تا او مستمر نیست.

اما اشکال حلّی^۷ آن است که استظهار از ادله، خلاف آن چیزی است که شما فرمودید؛ چراکه صریح بعض ادله، ظاهر برخی دیگر آن است که استمرار قابلیت متعاقدين تا حین اجازه لازم نیست.

۶. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۸:

و ربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث 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 متعدّدة على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحّة الجميع، مع عدم بقاء مالکية الأول مستمراً.

۷. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۹:

و كما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدمة؛ حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغیرين الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثمرة الثانية أعني: خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد.

نقد و بررسی کلام شیخ و مرحوم صاحب جواهر علیه السلام

عرض می‌کنیم کلام مرحوم شیخ علیه السلام درست است که نص بعض روایات، عدم اشتراط استمرار قابلیت متعاقدين - از جمله حیات - از حین عقد تا حین اجازه است، و در میان روایاتی که در مورد فضولی وارد شده که هم سنداً و هم دلالتاً تام باشد، ظاهراً فقط صحیح‌ه‌ی ابو عبیده الحذاء^۱ که در مورد نکاح صغیرین بود، نص در این مطلب است و روایت تام دیگری که نص در این مطلب باشد وجود ندارد. استفاده این مطلب از روایت چنین است که «ابو عبیده سؤال می‌کند در مورد نکاح فضولی صغیرین که اگر زوج بالغ شود و عقد را اجازه کند و سپس فوت کند قبل از این که زوجه بالغ شود و عقد را اجازه کند، چه حکمی دارد؟ حضرت فرمودند: سهم زوجه از میراث را کنار بگذارند تا در صورتی که بعد از بلوغ، رضایت به نکاح پیدا کرد و قسم خورد، سهمش را به او دفع کنند». از این روایت استفاده می‌شود که اگر زوجه، بعد از بلوغ اجازه کند، عقد فضولی نکاح صحیح می‌شود، در حالی که این جا قابلیت زوج تا حین اجازه‌ی زوجه باقی نیست. بنابراین اگر ما این روایت را از ادله‌ی تصحیح فضولی یا لا اقل از ادله‌ی تصحیح نکاح فضولی بدانیم، کلام شیخ درست است و روایت نص در این است که استمرار حیات متعاقدين از حین عقد تا حین اجازه لازم نیست.

اما این که شیخ فرمودند ظاهر بعض ادله‌ی دیگر نیز چنین است، عرض می‌کنیم ممکن است این مطلب از بعض روایات دیگر استظهار شود، اما چون ما هیچ کدام از این روایات - روایات اتجار به مال یتیم و ... - را مستند برای صحت عقد فضولی با حقوق اجازه ندانستیم، لذا حتی اگر این روایات ظهور در این مطلب هم داشته باشد، نمی‌توان به آن‌ها استناد کرد. پس عمده همان صحیح‌ه‌ی ابو عبیده الحذاء است. البته روایت ابن اُشیم نیز صریح در مطلب است، اما گفتیم سنداً حجت نیست.

۸. وسائل الشیعة، ج ۲۶، کتاب الفرائض و الموارث، أبواب میراث الازواج، باب ۱۱، ح ۱، ص ۲۱۹ الکافی، ج ۷، ص ۸۲:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَّابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلِيَّانِ لَهُمَا وَهُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ قَالَ فَقَالَ: النَّكَاحُ جَائِزٌ أَتَاهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فَإِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَرَضِيََا قُلْتُ: فَإِنْ أَدْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ؟ قَالَ: يُجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَرَضِيَ النَّكَاحَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَوْ تَرْتُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ وَتُحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاهَا بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثُ وَنِصْفُ الْمَهْرِ قُلْتُ: فَإِنْ مَاتَتْ الْجَارِيَةُ وَلَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ أَوْ يَرْتُهُا الرُّوْحُ الْمُدْرِكُ؟ قَالَ: لَا بَلَى لَهَا الْخِيَارُ إِذَا أَدْرَكَتْ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ أَبُوها هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ؟ قَالَ: يُجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَ يُجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَالْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ.

و رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب مثله.

البته صاحب جواهر رحمته الله غافل از این صحیحه نبوده است. ایشان در ردّ ثمره‌ی اوّل کاشف الغطاء می‌فرماید:

و إن كان قد يشهد له خبر الصغيرين الذين مات أحدهما لكن يمكن الجمود عليه، و دعوى عدم الجواز في غيره، بناء على الكشف أيضا ضرورة أنه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله، كالنقل أيضا و انه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بد من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة، حتى لا ينافي زمان التملك الذي هو مستمر أيضا من حين العقد إلى حين الإجازة.

صاحب جواهر رحمته الله می‌فرماید هرچند این روایت نص در این مطلب است که بقاء حیات متعاقدين تا حين اجازة لازم نیست، اما چون این روایت از جهات مختلف خلاف قاعده است - مثل عزل سهم زوجه، حلف زوجه و ... - جمود بر آن می‌کنیم و نمی‌توان آن را به سایر موارد تعمیم داد؛ چراکه اصل نکاح، مبتنی بر معامله و نقل و انتقال مال نیست، بلکه قراردادی است که انتقال مال در آن، یک امر عرضی است که مثلاً به عنوان مهر زوجه یا به عنوان ارث بعد از موت است، لذا نمی‌توان القاء خصوصیت از نکاح کرد و به عنوان یک قاعده‌ی کلی گفت بیعی که اساسش بر نقل و انتقال است، همین حکم نکاح را دارد.

بنابراین حق مطلب این بود که جناب شیخ متعرض کلام صاحب جواهر نسبت به این روایت می‌شدند و اگر آن را قبول نداشتند، ردّ می‌کردند. به هر حال در دو جهت باید کلام صاحب جواهر را بررسی کرد؛ یکی این که آیا واقعاً نمی‌شود نسبت به این صحیحه القاء خصوصیت کرد و حکم مستفاد از آن را به بیع و سایر عقود سرایت داد؟ و دیگر این که فرضاً نکاح خصوصیت داشته باشد، آیا می‌توان این کلام صاحب جواهر را پذیرفت که ظهور ادله در آن است که قابلیت متعاقدين باید از حين عقد تا حين اجازة استمرار داشته باشد یا نه؟

والحمد لله رب العالمين