



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه‌ی چهل و یکم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۷

ادامه‌ی نقد و بررسی ثمره‌ی اول طبق مبنای مختار

حکم صورت موت احد المتعاقدين را بررسی کردیم، اما اگر یکی از متعاقدين مرتد شود که مرحوم کاشف الغطاء مرتد فطری را ملحق به موت کردند و نیز مرتد ملّی در جایی که مبیع عبد مسلم یا مصحف باشد، عرض می‌کنیم:

اگر کسی قائل شود مرتد فطری بعد از این که اموالش بین ورثه تقسیم شد، دیگر قابلیت تملک را ندارد و نمی‌تواند مالک چیزی شود، کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته درست است. اما اگر قائل شویم که مرتد فطری بعد از تقسیم اموال اگر به هر دلیلی کشته نشد - مثلاً قدرتی نبود و... - و معامله و کسب و کاری کرد می‌تواند مالک شود، طبق این مبنا کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته صحیح نیست. نظیر کافر حربی که برخی قائل شده‌اند اصلاً مالک چیزی نمی‌شود و هر چه دارد، ملک مسلمین است، اما ما در بحث‌های گذشته - از جمله در بحث اجرت بر واجبات - گفتیم ولو این که کافر حربی اموالش احترام ندارد، اما مالک می‌شود و احکام مالکیت بر آن مترتب است، هر چند مسلمان با شرایطی - که قبلاً گفتیم - می‌تواند اموال او را بگیرد. بنابراین ثمره اول کاشف الغطاء طبق یک مبنا صحیح است و طبق مبنای دیگر صحیح نیست.

اما در مورد مرتد ملّی یا فطری نسبت به بیع مصحف یا عبد مسلم، کلام کاشف الغطاء رحمته طبق مبنای کشف صحیح است و ما نیز ملتزم به صحت بیع می‌شویم؛ زیرا با اجازه کشف می‌شود عقد از ابتدا مؤثر بوده است، و چون این فرد در حین عقد مسلمان بوده و واجد شرایط، در نتیجه مالک عبد مسلم و مصحف

می‌شود؛ نظیر این که کسی مسلمان باشد و مصحف داشته باشد، سپس مرتد شود که در این جا گفتیم - مطلقاً یا در شرایط خاصی - نمی‌تواند مصحف را نگه دارد و او را مجبور به فروش به مسلمان می‌کنند.

اما بنابر **مبنای نقل** که فرمودند عقد باطل است، می‌گوییم آیا مقصودتان این است که عقد کلاً ملغی است یا این که فقط نسبت به خود مرتد ملغی است؟ اگر مقصودتان این باشد که عقد نسبت به خود این فرد باطل است، این را می‌پذیریم؛ زیرا فرد مرتد شده و دیگر قابلیت ملکیت را ندارد. اما در ارتداد فطری اگر ثمن عین شخصی باشد و اموال مرتد منتقل به ورثه شده باشد؛ چه مانعی دارد بگوییم که اگر مشتری بیع را امضاء کند و ورثه هم امضاء کنند، عقد نسبت به ورثه صحیح شود و مصحف یا عبد مسلم داخل در ملک آنها شود.

این در صورتی است که ثمن شخصی باشد. اما اگر فرد مرتد فطری شده باشد و ثمن کلی باشد، در این جا یا مقصود ذمه با خصوصیت شخصی است و یا این که ذمه‌ی شخصی خصوصیت ندارد. اگر ذمه‌ی شخصی مقصود باشد؛ یعنی مثلاً ذمه‌ی خود زید که مرتد فطری شده، در این صورت عقد باطل است و با اجازه هم عقد تصحیح نمی‌شود؛ چون علی الفرض مرتد فطری نمی‌تواند مالک مصحف یا عبد مسلم شود. اما اگر ذمه خصوصیت نداشته باشد، بعید نیست بگوییم هر کسی که عقد را اجازه کند - بجز فرد مرتد؛ چه وراثت و چه غیر وراثت - عقد صحیح شده و برای او واقع می‌شود.

حکم مرتد ملی نیز همانند مرتد فطری است؛ [یعنی اگر ثمن شخصی باشد، چون مرتد ملی قابلیت ملکیت را ندارد، لذا عقد باطل است و اجازه هم فایده‌ای ندارد، هم‌چنین اگر ثمن کلی باشد و ذمه خصوصیت داشته باشد. ولی اگر ثمن کلی باشد و ذمه خصوصیت نداشته باشد، هر کسی غیر از فرد مرتد که عقد را اجازه کند برای او صحیح می‌شود.]

البته آن چه گفتیم طبق این مبناست که کافر اصلاً مالک عبد مسلم یا مصحف نمی‌شود، اما مبنای دیگر آن است که مالک می‌شود و او را مجبور به فروش می‌کنند، که دیگر لزومی ندارد علی التفصیل طبق این مبنا حکم را بررسی کنیم.

بررسی ثمره‌ی دوم کاشف الغطاء رحمته‌م

ثمره دومی که جناب کاشف الغطاء رحمته‌م مترتب بر قول به کشف و نقل کردند این بود که اگر عین مورد معامله قبل از اجازه‌ی طرف مقابل تلف شود - چه تلف عقلی و چه تلف شرعی مثل این که آب پاک، نجس

شود به گونه‌ای که هیچ فایده‌ای نداشته باشد یا خلّ تبدیل به خمر شود - بنابر کشف حقیقی معامله درست است، اما بنابر نقل صحیح نیست.

صاحب جواهر^۱ در اشکال بر مرحوم کاشف الغطاء^۲ فرمودند: از ادله استظهار می‌شود که باید مالکیت از حین عقد تا حین اجازه مستمر باشد ولو از طرف اصیل، و وقتی چیزی تلف می‌شود، قابلیت ملکیت را ندارد و در نتیجه ملکیت هم از بین می‌رود؛ چراکه ملکیت و ملکیت قابل تفکیک نیست. پس اگر خلّ تبدیل به خمر شود دیگر حین اجازه، مملوک اصیل نیست، لذا اجازه فایده‌ای ندارد.

نقد مرحوم شیخ^۳ بر مناقشه صاحب جواهر^۴ در ثمره دوم

مرحوم شیخ^۲ سه اشکال بر کلام صاحب جواهر^۱ وارد می‌کنند؛ یکی این که فرمودند اصل این کلام که باید مالکیت تا حین اجازه استمرار داشته باشد، درست نیست، که این اشکال شیخ را بررسی کردیم و معلوم شد حق با ایشان است.

اشکال دوم شیخ^۳ این است که در صحیحی ابو عبیده الحذاء که مربوط به نکاح صغیرین است، فرض شده بود احد الزوجین که رکن در عقد است فوت کرده، ولی در عین حال حضرت فرمودند عقد با اجازه‌ی طرف مقابل صحیح می‌شود، بنابراین وقتی در نکاح که بدل ندارد اگر یکی از دو رکن عقد از بین برود عقد با اجازه صحیح می‌شود، در بیع که بدل دارد باید به طریق اولی بگوییم صحیح می‌شود؛ یعنی مثلاً اگر مبیع که یکی از دو رکن عقد است تلف شود، با اجازه عقد صحیح می‌شود و مبیع تبدیل به بدل می‌شود.

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

و فيه أن الأول و إن كان قد يشهد له خبر الصغیرین الذین مات أحدهما لكن يسكن الجمود عليه، و دعوى عدم الجواز فی غیره، بناء على الكشف أيضا ضرورة أنه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلة فی اعتبار القابلية حاله، كالتقل أيضا و انه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بد من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة، حتى لا ينافى زمان التملك الذى هو مستمر أيضا من حين العقد إلى حين الإجازة، و منه تنقدح المناقشة فی الثاني، بل هي أوضح فيه من الأول، ضرورة كون المعتبر على الكشف و النقل رضى المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها.

۲. كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۹:

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 مالكية الأول مستمرا، و كما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدّمة؛ حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغیرین الذى يصلح رداً لما ذكر فى الثمرة الثانية أعنى: خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجین كتلف أحد العوضین فى فوات أحد ركنى العقد، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه.

عرض می‌کنیم این کلام شیخ رحمته الله علیه - یعنی القاء خصوصیت مخصوصاً به نحو اولویت - جای تأمل دارد؛ چراکه لعل در رکنیت فرد در نکاح، یک خصوصیتی باشد که در مورد بیع نیست. البته ظن قوی وجود دارد که فرقی بین این دو نیست، اما این ظن در حد اطمینان نیست و القاء خصوصیت نیاز به یقین یا اطمینان دارد. از این جهت بهتر است به همان قاعده اولی اکتفاء کنیم؛ یعنی صحت عقد فضولی با اجازه‌ی مالک، طبق قاعده است و اگر جایی بخواهیم از این قاعده خارج شویم، نیاز به دلیل خاص است، و چون علی الفرض آنچه را که صاحب جواهر به عنوان مانع ذکر کردند مانعیت ندارد، لذا قاعده‌ی اولی اقتضاء می‌کند بیع فضولی در جایی که احد العوضین از قابلیت ملک خارج شود، با اجازه‌ی مالک قابل تصحیح باشد. بله، روایت تزویج صغیرین را می‌توان به عنوان مؤید بر مطلب ذکر کرد، اما به عنوان دلیل خصوصاً به نحو اولویت، جای تأمل دارد.

اشکال سوم شیخ رحمته الله علیه بر مرحوم صاحب جواهر رحمته الله علیه این است که اطلاق روایت عروه بارقی اقتضاء دارد که حتی با تلف عین، بیع فضولی با اجازه ذات اثر شود. به این نحو که حضرت به عروه یک دینار دادند تا گوسفندی را بخرند، و عروه با یک دینار دو گوسفند خرید و سپس یکی را به یک دینار فروخت - که این بیع قطعاً فضولی است^۳ - و گوسفند دیگر را همراه با یک دینار، تحویل پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله داد. حضرت به حسب روایت به او فرمودند: «بارک الله فی صفقة یمینک». شیخ رحمته الله علیه می‌فرمایند:

اطلاق کلام حضرت حتی شامل صورتی می‌شود که مشتری قبل از اجازه‌ی بیع فضولی توسط پیامبر صلی الله علیه و آله، گوسفند را ذبح کرده باشد، و با این که این احتمال وجود داشت، حضرت بدون این که استفصال کنند فرمودند «بارک الله فی صفقة یمینک»، پس معلوم می‌شود بیع فضولی حتی در صورت تلف عین مورد معامله، قابلیت تصحیح به اجازه را دارد.

خدمت جناب شیخ عرض می‌کنیم: **اولاً:** روایت عروه بارقی مستند ما برای تصحیح عقد فضولی نبود. **ثانیاً:** احتمال این که مشتری ظرف این مدت اندک، گوسفند را ذبح کرده باشد خیلی کم است، هر چند منتفی نیست. **ثالثاً:** لقائل آن يقول که ذبح گوسفند به گونه‌ای نیست که موجب شود مبیع به طور کلی تالف باشد؛

۳. [عروه دو معامله انجام داده بود؛ یکی این که به جای یک گوسفند، دو گوسفند خریده بود. دیگر این که یک گوسفند را به یک دینار فروخته بود. در معامله اول برخی شبهه کرده‌اند که به صورت فضولی نبوده است، اما معامله‌ی دوم قطعاً فضولی است و عروه حق نداشت گوسفندی را که برای پیامبر صلی الله علیه و آله خریده، بدون إذن حضرت بفروشد].

بلکه عمده قیمت آن باقی است، هرچند قیمت آن مقداری کمتر از گوسفند زنده است. مگر آن که کسی چنین ادعا کند که بیع، روی عنوان گوسفند رفته و مقصود گوسفند زنده بوده است.

بنابراین نتیجه این شد که ثمره‌ی دومی که کاشف الغطاء ذکر کردند، بنا بر کشف درست است اما بنا بر نقل درست نیست.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی