



## تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه سی و یکم؛ شنبه ۱۳۹۵/۹/۲۰

### ضابطه‌ی کشف حکمی در نظر شیخ رحمته

مرحوم شیخ رحمته می‌فرمایند: ضابطه‌ی کشف حکمی آن است که بعد از اجازه‌ی مالک، حکم به ترتب آثار ملکیت مشتری از حین عقد شود. [پس اگر شیئی از آثار ملکیت مشتری قبل از اجازه مترتب شده باشد که منافات با اجازه نداشته باشد - مانند اتلاف نماء یا نقل آن - جمع می‌شود بین این تصرف و بین اجازه‌ی عقد فضولی، به رجوع به بدل.] به تعبیر دیگر تصرفاتی که اثر ملکیت مالک است [اگر با مقتضای اجازه منافات نداشته باشد]، جایز و نافذ است؛ مثلاً اگر قبل از اجازه‌ی عقد فضولی، مالک نماء عین را بفروشد یا تلف کند، مانعی ندارد که بعداً عقد مربوط به خود عین را اجازه کند؛ فرضاً اگر مبیع، مرغی باشد که در این مدت چندین تخم گذاشته است و مالک قبل از این که عقد فضولی را امضاء کند بعضی این تخم‌مرغها را فروخته باشد، بیع نماء منافاتی با اجازی بیع فضولی ندارد؛ چراکه قبل از اجازه تخم‌مرغها در ملک مالک است. منتها چون طبق کشف حکمی از الان حکم می‌شود که مرغ از ابتدا داخل در ملک مشتری شده، لامحاله نمائش هم برای مشتری است، لذا مالک بعد از این که عقد را اجازه کرد باید قیمت آن تخم‌مرغها را به مشتری برگرداند. البته عبارت شیخ رحمته به گونه‌ای است که از آن استفاده می‌شود کأن می‌خواهند بفرمایند

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۱:

و ضابط الكشف الحکمی: الحکم بعد الإجازة بترتب آثار ملکية مشتری من حین العقد، فإن ترتب شیء من آثار ملکية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء ونقله و لم يناف الإجازة، جمع بینه و بین مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، و إن نافی الإجازة كإتلاف العین عقلاً أو شرعاً كالعققات محلها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، و سیجیء.

فروش نماء ممکن است در بعض مواقع منافات با مقتضای اجازه داشته باشد، اما نمی دانیم می شود چنین چیزی را تصور کرد که شرعیت هم داشته باشد یا نه؟

اما اگر مالک بعض تصرفات مالکانه‌ای را انجام دهد که منافات با اجازی بیع فضولی داشته باشد، مثل این که مبیع را تلف کند - چه تلف عقلی و چه تلف شرعی - مرحوم شیخ در این جا ابتدا می فرمایند «فات محلها»؛ محل اجازه فوت می شود و عقد دیگر قابلیت صحّت به لحوق اجازه را ندارد؛ مثلاً اگر مالک، مرغی را که به عنوان مبیع است ذبح کند (تلف عقلی) یا آن را بفروشد (تلف شرعی) و یا اگر مبیع عبد است آن را آزاد کند، دیگر محل اجازه فوت می شود. سپس شیخ رحمته الله احتمال می دهند که شاید بشود در این صورت نیز عقد را اجازه کرد و بدل مبیع را پرداخت.

### نقد و بررسی کلام شیخ رحمته الله

[قبل از این که به اصل مطلب مرحوم شیخ بپردازیم، نکته‌ای در مورد اختلاف نسخ مکاسب در این جا عرض کنیم و آن این که: اگر یادتان باشد گفتیم نسخ مکاسب در این جا متفاوت است. در بعض نسخ عبارت به صورت «لو نقل المالك ام الولد» است و بعض دیگر به صورت «لو نقل المالك الولد» است. بنا بر این که عبارت به صورت «أم الولد» باشد، مرحوم شیخ در قبل فرمودند اگر مالک «أم ولد» را بفروشد - که شرعاً در حکم تالف است - عقد صحیح است و باید عوض آن را به مشتری بدهد، اما در این جا که ضابطه‌ی کشف حکمی را بیان می کنند می فرمایند که محل اجازه فوت می شود [و دیگر عقد قابلیت صحت با لحوق اجازه را ندارد]، و این دو کلام با هم سازگاری ندارد. البته در ادامه یک احتمال می دهند که بشود عقد را اجازه کرد، ولی در آن جا با ضرس قاطع گفتند عقد با اجازه صحیح می شود. و از آن جا که نمی شود ملتزم شد مرحوم شیخ با این عظمت، چنین تذبذبی در سه یا چهار سطر داشته باشد، لذا بعید نیست کسی بگوید در آن جا نسخه‌ی صحیح «ولد» است که دیگر این تذبذب پیش نیاید و کلام قبلی شیخ با ضابطه‌ای که در این جا دادند سازگاری داشته باشد. البته باید مساله را به گونه‌ای تصویر کرد که ولد قابلیت بیع را داشته باشد؛ مثلاً فرض کنیم مشتری با علم به این که بیع فضولی است، أمه را مستولده کرده که در این صورت دیگر ولد ملحق به او نمی شود؛ یا این که مثلاً مشتری خودش عبدی باشد که با اذن مولایش أمه را مستولده کرده باشد که این فرض راحت تر است و ولد، عبد می باشد. اگر عبارت صدر به صورت «ولد» باشد، معنا چنین می شود:

اگر مالک «ولد» را بفروشد، این بیع صحیح نیست؛ چراکه طبق کشف حقیقی معلوم می‌شود عقد از ابتدا صحیح بوده و ولد هرچند قابلیت ملک را داشته، ولی ملک مالک نبوده است، اما بنابر کشف حکمی چون این ولد قبل از اجازه واقعاً در ملک مالک است، بیع آن جایز است و منافاتی با این ندارد که مالک بعداً بیع امة را اجازه کند. بله بعد از این که مالک بیع امة را امضاء کرد، بنابر کشف حکمی حکم می‌شود که ولد از ابتدا در ملک مشتری است، و چون مالک، ولد را فروخته و در حکم تالف است، لذا باید قیمت آن را به مشتری بپردازد. در نتیجه این مثال با مثال تخم مرغها طبق ضابطی که مرحوم شیخ رحمته الله دادند یکی می‌شود.

بنابراین طبق این احتمال، مرحوم شیخ در عبارت صدر چیزی در رابطه با فروش «ام ولد» فرموده‌اند، و در ضابطه‌ای که در ذیل می‌دهند، ابتدا می‌فرمایند اجازه باطل است چون «فات محلها»، سپس احتمال می‌دهند که اجازه صحیح باشد و مشتری رجوع به بدل کند. پس به نظر می‌آید اگر عبارت شیخ به صورت «ولد» باشد بهتر است، هرچند در نسخ چاپی «ام ولد» را اصل قرار داده‌اند.

اما نسبت به اصل مطلب عرض می‌کنیم:

بنابر کشف حکمی اگر مالک قبل از اجازه نماء عین را بفروشد، همان‌طور که مرحوم شیخ فرمودند بیع صحیح است و اگر بعد از آن عقد فضولی را اجازه کند، چون عقدی را اجازه کرده که تمام شرایط و اجزاء بجز رضایت مالک را داشته، لذا عقد صحیح شده و آثار ملکیت از همان حین عقد مترتب می‌شود، و چون مالک نماء را تلف کرده لامحاله باید قیمت آن را به مشتری بپردازد. اما در صورتی که مالک در نفس عین تصرف کند مثلاً مرغ را ذبح کند و یا بفروشد و یا این که عبد را آزاد کند، در این موارد نیز می‌گوییم بیع صحیح است چون بنابر کشف حکمی، مبیع قبل از اجازه، هنوز در ملک بایع است و هر مالکی حق دارد در آن چه که ملکش است تصرف کند؛ چه تصرف تکوینی و چه تصرف اعتباری. منتها بعد از این که عقد فضولی را اجازه کرد چون عین مبیع تلف شده است، باید مثل آن را در صورتی که مثلی است و قیمت آن را در صورتی که قیمی است به مشتری اول بپردازد، اما این کلام در مثل بیع صحیح است ولی شیخ رحمته الله در اینجا متعرض غیر بیع مثل نکاح نشدند و ما عرض می‌کنیم:

### حکم سایر تصرفات اصیل غیر از بیع

اگر عقد فضولی مربوط به غیر بیع باشد، مسأله پیچیده‌تر می‌شود؛ مثلاً اگر فضولی، زنی را به نکاح زید درآورده باشد، شکی نیست که این نکاح موقوف بر اجازه‌ی زن است، حال اگر زن قبل از این که نکاح

فضولی را اجازه کند، دانسته یا ندانسته خود را به تزویج عمرو دریاورد اما بعداً پشیمان شده و نکاح اولی را اجازه کند، حکم مسأله چگونه است. آیا اصلاً این اجازه نافذ است یا نه؟ و اگر اجازه‌ی زن نافذ است، چه کار باید کرد؟

برخی گفته‌اند اگر اجازه نافذ باشد، نکاح دوم صحیح است چراکه نکاح دوم ردّ نکاح اول است و بنابراین نظر مشهور، اگر عقدی رد شود دیگر قابلیت صحت با حقوق اجازه را ندارد. ولی عرض می‌کنیم:

بنابر **کشف حکمی**، در این جا اصلاً موضوعی برای اجازه‌ی نکاح فضولی باقی نمی‌ماند؛ زیرا علی‌الفرض قبل از اجازه که زن خود را تزویج به عمرو کرده، خلیه بوده است و با شرایط، خود را تزویج به عمرو کرده است، در نتیجه نکاح دوم صحیح است و معنا ندارد بگوییم باطل است، وقتی نکاح دوم صحیح بود، واضح است که اجازه‌ی عقد اول نمی‌تواند این نکاح را باطل کند، زن هم نمی‌تواند دو شوهر در آن واحد داشته باشد، مانند بیع هم بدل ندارد تا بگوییم زنی را بدل از خود به زوج اول بدهد. بنابراین طبق کشف حکمی شکی نیست که نکاح دوم صحیح است و نکاح اول چون موضوعی برایش باقی نمی‌ماند تا اجازه شود، باطل می‌باشد. و به طریق اولی بنا بر نقل هم همین حکم جاری است.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی