



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه هفتم؛ شنبه ۱۳۹۵/۷/۳

سیر بحث در کلام مرحوم شیخ رحمته الله علیه

قبل از این که به کلام شیخ رحمته الله علیه بپردازیم، مناسب است ابتدا سیر بحث ایشان را ذکر کنیم؛ چراکه عبارات شیخ رحمته الله علیه در این جا مقداری بالا و پایین دارد. شاکله‌ی کلام شیخ رحمته الله علیه چنین است که ایشان بعد از این که کلام محقق قمی رحمته الله علیه در جواب به محذور چهارم را نقل و نقد کردند، ابتدا خود جوابی به محذور چهارم ذکر می‌کنند اما در ادامه در این جواب مناقشه کرده و تأییدی هم از عبارت مرحوم علامه‌ی حلی رحمته الله علیه نسبت به مناقشه‌ی مذکور ذکر می‌کنند. سپس نقضی از صاحب مقایس رحمته الله علیه بر کلام علامه نقل می‌کنند و به آن پاسخ می‌دهند و اشکال خود را تثبیت می‌کنند. سپس می‌فرمایند برخی از معاصرین متفطن در این اشکال شده و دو راه تخلص برای آن ذکر کرده‌اند که مرحوم شیخ رحمته الله علیه در هر دو راه تخلص مناقشه می‌کنند. در ادامه مرحوم شیخ رحمته الله علیه جواب نهایی خود را با عبارت «فالانسب» ذکر می‌کنند، سپس جواب دیگری از کاشف الغطاء رحمته الله علیه ذکر می‌کنند و دو توجیه از بعضی در مورد کلام کاشف الغطاء نقل می‌کنند و در هر دو توجیه اشکال می‌کنند. بنابراین جواب نهایی مرحوم شیخ رحمته الله علیه به محذور چهارم، همان عبارت «فالانسب» است. حال که شاکله و سیر کلام شیخ مشخص شد، به تفصیل عبارات ایشان می‌پردازیم.

جوابی از مرحوم شیخ رحمته الله علیه به محذور چهارم

مرحوم شیخ^۱ می‌فرماید: [اولی در جواب به محذور چهارم این است که مغایرتی بین عقدی که واقع

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۸۱:

فالأولی فی الجواب: منع مغایرة ما وقع لما أجز، و توضیحه:

شده با آنچه که اجازه داده شده نیست. توضیح مطلب این که]:

بایع غاصب که خطاب به مشتری می گوید «بعتک هذا الكتاب بذلك القلم»، [قصدهش این است که مثنی را تملیک به مشتری کند در مقابل ثمن، اما] این که مالک واقعی کتاب کیست تا ثمن داخل در ملک او شود، این از ایجاب فهمیده نمی شود و در قبول هم تابع ایجاب است، لذا در این جهت باید به آنچه که طبع معاوضه اقتضاء دارد رجوع کنیم؛ و از آن جا که بیع به معنای إنشاء تبادل است، ذات بیع اقتضاء می کند که مُبدل از کیس هر کسی که خارج می شود، بدل داخل در کیس او شود، و چون مبدل از کیس مالک واقعی خارج می شود، لذا بدل هم بعد از اجازه داخل در ملک مالک می شود. اما این که قصد بایع فضولی بیع لئفسه بوده، اثری بر آن مترتب نیست؛ زیرا غاصب، مالک واقعی مبیع نیست.

از آنچه گفتیم معلوم می شود که قصد بایع فضولی برای تملک ثمن، داخل در مفهوم ایجاب نیست، بلکه مفهوم ایجاب بیش از تملیک مثنی در مقابل عوض نیست، بدون این که متعرض کسی شود که عوض داخل در ملک او می شود. بنابراین اگر مالک واقعی عقد را اجازه کند؛ چون مبدل از کیس او خارج می شود، اقتضاء بیع این است که بدل نیز داخل در کیس او شود. لذا مالک همان عقد سابق را اجازه می کند نه عقد مستأنف را و در عین حال، مشکل حل می شود و دیگر احتیاج به تکلفاتی که میرزای قمی انجام دادند نیست.

مناقشه‌ی شیخ رحمته الله در جواب مذکور

شیخ^۱ اعلی الله مقامه الشریف در این جواب خود مناقشه کرده و می فرماید: جواب مذکور در جایی مشکل را حل می کند که فضولی، بایع باشد و مال دیگری را لئفسه بفروشد، اما اگر فضولی را مشتری فرض کردیم

أنَّ البائع الفضولی إنما قصد تمليک المثنی للمشتري بإزاء الثمن، و أما كون الثمن مآلاً له أو لغيره، فإيجاب البيع ساکت عنه، فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوض؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادلة، و حيث إنَّ البائع يملك المثنی بانياً على تملكه له و تسلطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه، و هذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث إنَّ المثنی ملك لمالكه واقعاً فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنَّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تمليک المثنی بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۸۱:

و لكن يشکل فيما إذا فرضنا الفضولی مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل: تملكك منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم؛ فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولی للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بد من التزام كون الإجازة نقلًا مستأنفًا غير ما أنشأه الفضولی الغاصب.

و بالجملة، فنسبة المتكلم الفضولی ملك المثنی إلى نفسه بقوله: ملكت أو تملكك، كإيقاع المتكلم الأصلي التمليک على المخاطب الفضولی بقوله: ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك.

که با مال غیر می‌خواهد مبیعی را برای خود بخرد و به بایع اصیل چنین بگوید: «تملکت منک أو ملکک هذا الثوب بهذه الدراهم» - یعنی مشتری فضولی با اشاره به دراهم غیر، قبول مؤخر یا مقدمی را انشاء کند - و یا این که بایع اصیل خطاب به مشتری فضولی بگوید: «ملکتک هذا الثوب بتلک الدراهم» سپس مشتری فضولی بگوید «قبلت» یا بگوید «تملکت بهذه الدراهم ذلک الثوب»، در این جا نمی‌توان گفت که مالکیت فضولی بر ثوب، داخل در مفهوم عقد نیست؛ زیرا در عقد تصریح شده که مشتری فضولی با دراهم غیر، ثوب را مالک می‌شود. بنابراین در این امثله دیگر نمی‌توان گفت فضولی فقط اصل معاوضه را انشاء کرده و اگر مالک اصیل اجازه دهد، عقد برای او واقع می‌شود؛ زیرا آنچه را که فضولی انشاء کرده، تملک خودش است نه تملک مالک دراهم. لذا اگر در این جا ملتزم شویم که با اجازه‌ی اصیل، عقد برای او واقع می‌شود، این در حقیقت باید به عقد مستأنف باشد و به عقد قبلی نمی‌تواند باشد؛ زیرا مفاد عقد قبلی این بود که فضولی مالک شود.

بنابراین فرضاً شما در بیع فضولی لافسه، مشکل را این چنین حل کنید که «فضولی، اصل مبادله را انشاء کرده و ملکیت فضولی داخل در منشأ نیست، لذا به اقتضای معاوضه رجوع می‌کنیم» اما در مورد شراء فضولی که تصریح می‌کند در مقابل ثمن، مالک مثنی می‌شود، هم چنان اشکال باقی است و مالکیت فضولی مأخوذ در عقد است؛ چه بایع اصیل بداند مشتری فضولی با دراهم غیر معامله می‌کند یا این که جهل داشته باشد.

مرحوم شیخ در ادامه، مطلبی را از مرحوم علامه در تأیید اشکال خود نقل می‌کنند. مرحوم علامه^۱ در مورد بیع فضولی در صورتی که مشتری جهل داشته باشد فرموده‌اند: اگر بایع غاصب خطاب به مشتری بگوید «بعثک هذا الكتاب بتلک الدراهم» و مشتری علم به فضولی بودن بایع نداشته باشد، چنین بیعی مورد اشکال است. ظاهراً اشکال جناب علامه رحمته از این جهت است که حداقل در صورت جهل مشتری به فضولی بودن بایع، قصد مشتری این است که ثمن را ولو ضمناً تملیک به بایع کند و در نتیجه خصوصیت بایع غاصب در این موارد خارج از مفهوم عقد نیست. بنابراین اگر در جایی این صراحت وجود داشته باشد که فضولی مالک می‌شود، لامحاله مورد اشکال است و محذور چهارم وجود دارد. مرحوم شیخ در ادامه

۱. تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۰، ص ۱۷:

لو باع الفضولی أو اشتری مع جهل الآخر، فإشکال ینشأ من أن الآخر إنما قصد تملیک العاقد. أما مع العلم: فالأقوی ما تقدّم. و فی الغاصب مع علم مشتری أشکال، إذ لیس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا.

نقضی از صاحب مقابیس بر کلام مرحوم علامه قده ذکر می کنند^۱ و به آن پاسخ می دهند، سپس می فرمایند:

دو راه تخلص از برخی در جواب به اشکال شیخ قده

بعضی از معاصرین^۲ متفطن به این اشکال شده اند و دو راه تخلص برای آن ذکر کرده اند؛ راه تخلص

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۸۲:

و بهذا استشكل العلامة رحمه الله في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكال، من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد، ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته؛ لأنه حينئذٍ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، و ليس إلّا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أمّا الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار.

و قد تفطن بعض المعاصرین لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تارة بطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة في المسألة كما اعترف به أخيراً، و أخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمؤمن مأخوذة فيها.

و فيه: أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال أعنى قول المشتري الغاصب: تملكّت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلّا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقّف على نقل مستأنف.

۲. مقابيس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ۱۳۱:

فعلى هذا إذا باع الفضولي او اشترى لنفسه و كان المبيع او الثمن بمال الغير ثم اجاز المالك فالانتقال اما من المالك و اليه او من الفضولي و اليه او من المالك و الى الفضولي او عكس ذلك و يبطل الاول بمخالفته القصد او اللفظ أيضا اذا اتفق معه و الثاني بمخالفته للواقع لتوقف الانتقال على الملك فينتفى بانتفائه كما هو الفرض و الثالث بمخالفته لوضع البيع من حصول المعاوضة و المقابلة لاستلزامه وقوع التملك و التملك بالبيع بلا عوض خصوصا اذا كان المتعاقدان كلاهما فضوليين قاصدين للمعاملة لأنفسهما و الرابع بجميع ما ذكر من مخالفة القصد و الواقع و الوضع فاذا بطلت هذه الوجوه باسرها تعين بطلان العقد من اصله فان قلت يمكن دفع المحذورات الثلاثة باسرها اما الاول و هو المخالفة للقصد فيما سبق من عدم اعتباره فيما اذا كانت للمعاملة جهة واحدة تقع عليها فان تعين الجهة مغن عن القصد و المعتبر قصد النقل باللفظ المعلوم و هو حاصل و هذا كما قال بعضهم في نية وجه العمل في العبادات انه اذا كان العمل معهما و قصد القرية صحّ سواء نوى وجهه او نوى خلافه او لم ينو اصلا لأن العبرة بالتعيين و نية القرية و قد وجد ذلك فلا يراعى ما زاد عليه فاذا ثبت في العادة بالمعاملة اولى بذلك و يشهد للحكم هنا تتبع كلمات الاصحاب في تضاعيف الاحكام و حكاية بيع عقيل دار النبيّ ص و رواية مسمع السابقة فان الظاهر وقوع معاملات الودعي عن نفسه و رواية ابن اشيم الظاهرة في ان المدار على وقوع الشراء بمال المالك و الروايات الواردة في النكاح فان ظاهرها عدم قصد وقوع النكاح عن المولى او الولي او الزوجين بل قصد الاستقلال بالامر و اما الثاني فباننا لو قلنا بان الانتقال من الفضولي و اليه و اجاز المالك امكن تصحيحه بانكشاف حصول الملك الضمني بالايجازة كما ادعوه فيمن امر غيره ان يعتق عبده عنه فان كلا من العتق و البيع مشروط بالملك و عتق الفضولي غير جائز عندنا و كما جاز اعتاق عبد غيره لنفسه مع اذنه و رهن مال غيره كذلك فلا مانع من جواز بيع مال غيره لنفسه باذنه او اجازته و كما انهم حكموا بان المشتري العالم بالغصب اذا سلم الثمن الى البائع الغاصب صحت تصرفات الغاصب فيه و لم يجز له استرداده منه فكك اذا اجاز له ان يبيع لنفسه و يشهد لذلك اطلاق ان الناس مسلطون على اموالهم و قول القائم ع الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالکها او بامر او رضی منه مع ان الاجازة قائمة مقام الملك في تصحيح العقد و اما الثالث فيستفاد دفعه بما ذكر في دفع الثاني قلت باب المناقشة فيما ذكر واسع و حيث كان الحكم على خلاف الاصل ناسب الاقتصار على محل اليقين فلا يكتفى بايجازة بيع الفضولي اذا وقع عن نفسه خصوصا اذا سمي نفسه في العقد بل يجدد العقد ثانيا و ربما يكون فيما دل على النهي عن ان يبيع شيئا ثم يشتريه من مالکة ليلزم العقد و ما دل على النهي عن شراء السرقة و الخيانة ما يؤيد ذلك فتدبر ثالثها ان المشتري او البائع من الغاصب اما قصد

اول این که در این صورت‌هایی که تصریح می‌شود غاصب مالک باشد، ملتزم به بطلان شراء غاصب لنفسه می‌شویم. به تعبیر دیگر بین مواردی که غاصب مال دیگری را لنفسه بفروشد و بین جایی که با مال دیگری چیزی را لنفسه بخرد، قائل به فرق می‌شویم و می‌گوییم: در بیع فضولی لنفسه اگر مالک اصیل اجازه دهد، عقد برای او واقع می‌شود، بر خلاف شراء فضولی لنفسه که باطل است.

مرحوم شیخ در این راه تخلص مناقشه کرده و می‌فرماید: این تخلص مخالف با فتاوی و اکثر نصوصی است که سابقاً در مسأله ذکر کردیم.^۱

خدمت جناب شیخ رحمته الله عرض می‌کنیم: حکم به بطلان، خلاف فتاوی نیست؛ چراکه اصلاً معلوم نیست در ما نحن فيه اجماع بر صحت وجود داشته باشد.^۲ مضاف به این که اگر اجماعی هم باشد، مدرکی و یا محتمل المدرک است. اما در مورد نصوص عرض می‌کنیم: نص خاصی در ما نحن فيه وجود ندارد بلکه [علی القاعده] مراد شیخ رحمته الله باید عمومات صحت مثل «أحل الله البيع» «أوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض» باشد. اما عمومات صحت در صورتی شامل همه موارد می‌شود که محذوری وجود نداشته باشد، اما در ما

تملیکه فکیف ینتقل الی المالك بالاجازة و الی هذا اشار العلامة فی التذكرة فقال لو باع الفضولی او اشتری مع جهل الاخر فاشکال ینشاء من ان الاخر انما قصد تملیک العاقد و یلزم علیه انه لو باع الوکیل او اشتری مع جهل الاخر جرى الاشکال و انه لو علم الاخر بكونه فضولیا و هو قد قصد البيع لنفسه كان أيضا موضع اشکال لعدم مطابقة القصدین و قد تقدم تحقیق ذلك فی شرط القصد رابعها ما اشار الیه العلامة فی التذكرة أيضا حیث قال بعد العبارة السابقة اما مع العلم فالاقوی ما تقدم ای الوقوف علی الاجازة و فی الغاصب مع علم المشتري اشکال اذ لیس له الرجوع بما دفعه الی الغاصب هنا و كان هذا هو الوجه فی اشکال القواعد و حاصله ان المشتري لم یقصد الشراء حقیقة و الا لكان الثمن للمالك ان اجاز و رجع به علی الغاصب ان تلف عنده و كان للمشتري ان یسترده مع فسخ المالك و قبل اجازته أيضا و كل ذلك باطل عندهم فیلزم حکم بانه اباح الثمن للغاصب مجانا او بعوض تسلیمه البيع فلا تنفع اجازة المالك فتخلف آثارها و لوازمها عنه و یمكن الجواب بانفکاک العقد عن الاقباض و یترتب علی کل منهما حکمه و ما ذکره من آثار الاقباض فإن كان الثمن شیئا فی الذمة و اجاز المالك اخذه منه و إن كان قد دفع غیره الی الغاصب و إن كان معینا فان قلنا بان الاجازة نافذة اشترط بقاء العوضین قابلین للانتقال الی ان تحصل الاجازة و ان قلنا بانها کاشفة و قد دفع الثمن الی الغاصب ففی الرجوع الیه إن كان و الا فالمثل او القيمة او الی المثل او القيمة اولا خلاف معروف خامسها ما اشار الیه ولده فی الشرح فی صورة ترتب العقود من انه اذا اخذ الغاصب الثمن او المبيع برضا المالك الاخر فواقع علیه عقدا اخر وقع عنه و لم ینفع اجازة المالك كما لا یجدی فسخه و ابطاله و یجاب بانه ان حکم بصیرورة ذلك ملکا له او فی حکم الملک

فقد خرج عقده الواقع علیه من عن مسأله الفضولی و ان قلنا بانه مال احد المالكین فی العقد الاول كما كان قبل الاقباض فالاشکال حیثنذ كما فی غیره فبناء الاشکال فی جواز تتبع المالك للعقود مطلقا علی الاشکال فی تعیین المالك فتدبر.

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۸۲:

و قد تظن بعض المعاصرين لهذا الإشکال فی بعض کلماته، فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا یخفی مخالفته للفتاوی و أكثر النصوص المتقدمة فی المسألة كما اعترف به أخیراً.

۲. بله چون این مسأله شاذ بوده، فقهاء متعرض حکم آن نشده‌اند، اما این که متعرض نشده‌اند غیر از آن است که متعرض شده و فتاوی به صحت بدهند، بلکه لعل فتاوی به بطلان می‌دادند.

نحن فيه به خاطر محذوری که ذکر کردیم، قائل به تخصیص عمومات می‌شویم. البته اطلاق صحیح‌های محمد بن قیس نیز هست ولی لعل شامل ما نحن فيه نشود؛ چراکه مورد آن بیع بود؛ نه شراء فضولی. نتیجه این می‌شود که نمی‌توان گفت حکم به بطلان، خلاف نصوص و فتاوی است.

راه حل دیگر این‌که وقتی فضولی چیزی را با دراهم غیر برای خود می‌خرد و سپس اصیل معامله را اجازه می‌کند، در این جا مشتری اصیل، اصل معامله را اجازه می‌کند اما خصوصیت این‌که مشتری فضولی مالک دراهم باشد را که اجازه نمی‌کند، هرچند این خصوصیت مأخوذ در مبادله باشد. و اگر این اجازه را نسبت به ما نحن فيه توسعه بدهیم می‌گوییم: در بیع فضولی نیز مالک اصیل وقتی اجازه می‌کند، اصل بیع را اجازه می‌کند اما خصوصیت ملکیت با بیع غاصب للثمن را اجازه نمی‌کند.

بنابراین جواب دوم در حقیقت مبتنی بر تبعیض در اجازه است؛ یعنی در شراء فضولی وقتی اصیل معامله را اجازه می‌کند، فقط اصل معاوضه را اجازه می‌کند، اما این‌که مثنی داخل در ملک مشتری فضولی شود را دیگر امضاء نمی‌کند؛ چراکه خصوصیت مشتری فضولی دخیل در مفهوم معاوضه نیست.

مرحوم شیخ^۱ در این تخلص دوم نیز **مناقشه** می‌کنند که حاصل آن چنین است: اجازه‌ی اصیل در حقیقت به آنچه که إنشاء شده و به عقدی که واقع شده تعلق می‌گیرد، و چون عقد قابل تبعیض نیست و خصوصیت ملکیت مشتری نیز مأخوذ در عقد است، لامحاله اجازه‌ی مالک به کلّ عقد تعلق می‌گیرد. به تعبیر دیگر حقیقت شراء فضولی چیزی جز إنشاء تملک فضولی نسبت به مبیع نیست، لذا با اجازه‌ی اصیل نمی‌توان ملتزم به تحقق شراء برای اصیل شد بلکه تملک اصیل متوقف بر یک عقد جدید است نه إنشاء سابق.

به نظر ما این اشکال شیخ رحمته وارد است؛ چراکه اگر بگوییم خصوصیت مشتری برای تملک مثنی، مأخوذ در عقد است، دیگر عقد قابل تجزیه نیست، بلکه تجزیه عقد به معنای عقد مستأنف با شرایط جدید است، در حالی که ما دنبال تصحیح عقد فضولی سابق بودیم نه إنشاء عقد جدید.

والحمد لله رب العالمین

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۸۲:

و أخرى بأنّ الإجازة إنّما تتعلّق بنفس مبادلة العوضین و إنّ كانت خصوصيّة ملک مشتری الغاصب للثمن مأخوذة فیها. و فیہ: أنّ حقیقة العقد فی العبارة التي ذکرناها فی الإشکال أعنی قول مشتری الغاصب: تملّکت أو ملکت هذا منك بهذه الدراهم لیس إلّا إنشاء تملّکة للمبیع، فإجازة هذا الإنشاء لا یحصل بها تملّک المالك الأصلي له، بل یتوقّف علی نقل مستأنف.

جواد احمدی