



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه‌ی بیست و سوم، یکشنبه ۱۳۹۲/۹/۳

آیا إعراض موجب سقوط ملکیت می‌شود؟

همان‌طور که بیان کردیم بعضی مثل محقق اصفهانی رحمته الله علیه در این که إعراض از ملک، موجب سقوط ملکیت می‌شود تشکیک کرده و آن را مؤثر نمی‌دانند؛ چون دلیلی بر آن وجود ندارد.

اعراض از ملک، به معنای قطع وابستگی مملوک به مالک [در عالم اعتبار] است. اگر بخواهیم در عالم تکوین آن را به چیزی تشبیه کنیم به قطع التفات به صورت ذهنی تنظیر می‌کنیم. صورت ذهنی این ویژگی را دارد مادامی که نفس به آن التفات دارد موجود است، ولی به مجرد غفلت و صرف نظر از آن، دیگر آن صورت وجود ندارد. ملکیت اعتباری مقتبس از ملکیت حقیقی یا تکوینی نیز همین ویژگی را دارد؛ یعنی آن وابستگی مملوک به تمام هویت خود به مالک، با رفع التفات مالک از مملوک - به همان نحو مناسب عالم اعتبار - قطع شده و دیگر آن ملک نخواهد بود.

در سیره‌ی عقلائیّه نیز این وجود دارد که اگر کسی مقداری از اموالش را با التفات در بیابان رها کند و دیگری با علم به این که مالک به قصد رهایی آن را دور انداخته، آن را بردارد هیچ کس او را ملامت نکرده و نمی‌گوید مال دیگری را برداشته یا در ملک دیگری تصرف کرده است، بلکه با آن اموال دور ریخته شده، معامله‌ی مباحات می‌کنند.

این سیره‌ی عقلائیّه به نظر می‌آید مورد ردع شارع واقع نشده است. بنابراین چنان‌که مشهور ظاهراً قائلند، إعراض موجب خروج از ملکیت است و تشکیک در مؤثریت إعراض طبق قواعد درست نیست؛

کما این که اسقاط حق نیز موجب ابطال و اعدام حق می‌باشد.

حکم شک در قابلیت بالفعل إسقاط حق

بیان کردیم بعضی از حقوق، قابلیت بالفعل اسقاط ندارد و آن [معمولاً] حقوقی است که منفعت آن، دو سویه باشد؛ یعنی علاوه بر منفعت ذو الحق، نفعی هم از ناحیه‌ی آن عائد دیگران شود؛ به خاطر این که فهم عقلاء و نیز متشرعه بر این است که هر کس می‌تواند آن‌چه را که به نفع خودش است اسقاط کرده و غمض عین کند، اما اگر چیزی به نفع دیگری هم بود، نمی‌تواند اسقاط کند؛ مانند حق ولایت که علاوه بر منفعت والی که می‌تواند در اموال و نفوس افراد تحت ولایتش تصرف کند، کسانی که تحت ولایتند نیز با این ولایت، بهره‌مند شده معاش و معاششان تنظیم می‌شود. یا حق تولیت اوقاف که علاوه بر منفعت متولی در [جواز] تصرف وقف [موقوفه]، خود وقف [موقوفه] و موقوف علیهم نیز از تولیت او بهره‌مند می‌شوند. همچنین است حق النظاره و ... که منفعت آن دو سویه بوده و قابل اسقاط نیست.

اما حقوقی که شک داریم علاوه بر منفعت ذو الحق آیا منفعت دیگری نیز در آن لحاظ شده یا نه و در نتیجه شک در قابلیت اسقاط آن حق داشتیم - مثل حق حضانت - اگر به همان روش‌هایی که قبلاً اشاره کردیم توانستیم اثبات کنیم که قابل اسقاط است به آن اخذ می‌کنیم، و الا اگر دلیل ثبوت حق، اطلاق داشت به اطلاقش اخذ می‌کنیم؛ یعنی اطلاق دلیل ثبوت حق حتی صورتی را که گفته باشد «أسقطت حق» شامل می‌شود، پس آن حق باقی است و ساقط نشده است. و اگر دلیل ثبوت حق اطلاق نداشت، استصحاب عدم تأثیر إسقاط و نیز استصحاب بقاء حق و ... که قبلاً توضیح دادیم جاری می‌شود.

تعریف بیع

مرحوم شیخ رحمته الله بعد از ذکر مطالبی در مورد حق، تعاریفی درباره‌ی بیع، از اعیان فقهاء نقل می‌کنند که هیچ‌کدام مورد پسندشان واقع نمی‌شود. سپس خودشان تعریفی را ارائه می‌دهند و می‌فرمایند: فالأولی تعریفه بأنه: «إنشاء تملیک عین بمال»^۱.

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۰:

ثم الظاهر: أن لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها: «انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي». وحيث إن في هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون إلى تعريفه بـ: «الإيجاب والقبول الدائنين على الانتقال»، وحيث إن البيع من

اهتمام بزرگان برای تعریف صحیح بیع به این خاطر است که بیع احکامی دارد که برای عقود دیگر جاری نیست؛ مانند خیار مجلس، خیار حیوان و به نوعی خیار تأخیر و نیز لزوم تقابض در بیع نقدین و نیز ثبوت حق شفعه که اختصاص به بیع دارد. لذا لازم است تعریف جامع و مانعی ارائه شود تا آن را از عقود دیگر ممتاز کند.

به هر حال مرحوم شیخ بعد از تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» برای تثبیت آن، شبهاتی را مطرح، سپس پاسخ می‌دهند.

پاسخ شیخ به شبهات تعریف «إنشاء تملیک عین بمال»

اشکال اول

لازمه‌ی این تعریف آن است که بتوان ایجاب بیع را با لفظ «مَلَّکْتُ» انجام داد. [و إلا تملیک مرادف با بیع نیست].^۱

طبیعی است وقتی گفته می‌شود حقیقت بیع در همان عالم اعتبار، تملیک عین است در مقابل عوض، بتوان با لفظ «مَلَّکْتُ» ایجاب بیع کرد.^۲

مقولة المعنى دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى، وإلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بـ: «نقل العين بالصيغة المخصوصة».

و یرد علیه مع أن النقل ليس مرادفاً للبيع؛ ولذا صرح في التذكرة: بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، وجعله من الكنايات، وأن المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة: أن النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة.

و لا یندفع هذا: بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا أنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول «بعت»: نقلت بالصيغة؛ لأنه إن أريد بالصيغة خصوص «بعت» لزم الدور؛ لأن المقصود معرفة مادة «بعت»، و إن أريد بها ما يشمل «مَلَّکْتُ» وجب الاقتصار على مجرد التمليک و النقل.

فالأولى تعريفه بأنه: «إنشاء تمليک عین بمال»، و لا يلزم عليه شيء مما تقدم.

۱. کتاب المكاسب (ط - الحديثة)، ج ۳، ص ۱۱:

فالأولى تعريفه بأنه: «إنشاء تمليک عین بمال»، و لا يلزم عليه شيء مما تقدم. نعم، يبقى عليه أمور:

منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «مَلَّکْتُ» وإلا لم يكن مرادفاً له. و یردّه: أنه الحق كما سيجيء.

۲. ولی به نظر می‌رسد تلازمی بین تعریف بیع به تمليک و جواز ایجاب با لفظ «مَلَّکْتُ» وجود ندارد؛ چون ممکن است به دلایلی

لازم باشد الفاظ خاصی در إنشاء عقد به کار رود. (امیرخانی)

✓ حاشیة کتاب المكاسب (للاصفهانی، ط - الحديثة)، ج ۱، ص ۶۶:

لا يخفى عليك أنه لا ملازمة بين جواز الإيجاب و جواز التعريف، لإمكان اناطة التسبیب بألفاظ صريحة، بل بعين عنوان ذلك العقد أو الإيقاع، ألا ترى أن إيقاع الطلاق منوط بعنوان هي طالق، مع أن الطلاق ليس إلا البيئونة التي لا يقع بها الطلاق شرعاً، بل جواز التعريف منوط

شیخ در جواب می‌فرماید: بله ما ملتزم هستیم و قبول داریم ایجاب بیع با «ملکت» محقق می‌شود.

اشکال بعضی بر تعریف شیخ رحمته و نقد آن

اما بعضی^۱ برای اثبات عدم ترادف بیع با تملیک و اشکال بر تعریف شیخ مطلبی را ذکر کرده‌اند که مایه‌ی تعجب است و آن این‌که در بعضی موارد، بیع محقق می‌شود بدون این‌که تملیکی واقع شود؛ مثلاً اگر کسی مالی را وصیت کند که در راه خدا مصرف شود و قید کند که ملک احدی نشود، چنین وصیتی از باب عمومات وصیت نافذ است. حال اگر «وصی» یا «مَنْ بِحُكْمِ الْوَصِيِّ» این مال را بفروشد تا ثمن آن را در راه خدا مصرف کند، صدق بیع می‌کند [بدون این‌که تملیک باشد؛ چون] وصیت کرده بود موصی به ملک کسی نشود. پس معلوم می‌شود بیع مرادف با تملیک نیست تا بتوان همیشه و همه جا با «ملکت» ایجاب بیع کرد.

در پاسخ به این اشکال می‌گوییم: اگر وصیت کرده عین مال در راه خدا مصرف شود و ملک کسی نشود، بیع آن جایز نخواهد بود؛ زیرا با بیع دیگر عین آن در راه خدا مصرف نمی‌شود، بلکه ثمن آن در راه خدا مصرف می‌شود، در حالی که وصیت کرده بود عین آن در راه خدا مصرف شود.

اما اگر وصیت کرده ارزش آن، در راه خدا مصرف شود، این نقض بر کلام شیخ نیست؛ زیرا وصی، آن شیء را با بیع به مشتری تملیک می‌کند و ثمن آن را در راه خدا مصرف می‌کند و این خلاف وصیت نیست، و «تملیک عین بمال» نیز صادق است.^۲

باتحاد الحد و المحدود ذاتا و مفهوما مع اختلافهما بالإجمال و التفصیل فی الحدود، و بمجرد الاتحاد وجودا فی الرسوم، فلا عدم جواز الإيجاب كاشف عن المغایرة مفهوما، و لا ملازمة بین الإيجاب و التعریف، بل لكل منهما ملاک خاص و مناط مخصوص، نعم بناء علی ما قدمناه لیس التملیک متحدا مع البیع مفهوما و لا وجودا، فتدبر.

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۲، ص ۵۷؛

و التحقیق: أنه لا ریب فی جواز إنشاء البیع بلفظ ملک. و لکن هذا بعيد عن قضية مرادفة التملیک للبیع. ضرورة أنه ربما يتحقق مفهوم البیع و لا يكون هناك تملیک أصلا. و مثال ذلك: أنه إذا أوصی أحد بصرف ماله فی سبیل الله، و نص علی عدم صیورته لملکا لأحد، فإنه إذا بیع المال المزبور - لکی یصرف ثمنه فی قربات الله - لم یقع التبدیل بین العوضین فی الإضافة الملكية. بل فی إضافة أخرى غیرها. و أضف إلى ذلك أن الإنشاء بصیغة ملک إنما یصح فیما إذا كان المشتري أصیلا. و أما إذا كان فضولیا، أو أحد الأولیاء من قبل الأشخاص المحجورین فإنه لا یصح خطابه بلفظ ملک. بل لا بد حیثئذ من إنشاء البیع بلفظ آخر غیر لفظ ملک.

۲. البته در دو تقریر دیگر مستشکل محترم، اشکال به نحو دیگری مطرح شده که به نظر می‌رسد فی الجملة بر تعریف شیخ وارد باشد و آن این‌که کسی که وصیت می‌کند مالش [مثلاً یک میلیون تومان] در جهت خاصی مانند عمارت مسجد مصرف شود، اگر وصی یا «مَنْ بِحُكْمِ الْوَصِيِّ» آن را به عنوان ثمن قرار داده و مبیعی را برای عمارت مسجد بخرد، در این جا [عرفاً] بیع صادق است، بدون این‌که تملیکی از طرف

نقضی بر ترادف بیع با تملیک

نقضی که بر ترادف بیع با تملیک وارد است این است که بیع حقوق همانطور که قبلاً بیان کردیم به نحو تملیک نیست، چون مشتری با شراء حق، مالک حق نمی‌شود، بلکه واجد حق و ذو الحق می‌شود.^۱ بنابراین در مواردی^۲ مثل بیع حقوق، با این که تملیک صادق نیست، ولی بیع صادق است. پس معلوم

بایع محقق شود؛ زیرا مبیع باید برای عمارت مسجد خرج شود و کسی نمی‌تواند مالک آن شود.

در این فرض نیز می‌گوییم: اگر مقصود از وصیت این بوده که آن مال حتی به عنوان عوض و ثمن ملک هیچ کس و هیچ عنوان نشود بدین معنی است که با موصی به چیزی خرید شده و در نتیجه بیع باطل است. اما اگر مقصود آن است که موصی به داخل در ملک وراثت نشود، بعد از فوت موصی بیع صحیح خواهد بود، گرچه ممکن است مثل مرحوم شیخ در چنین جایی پاسخ دهند که مبیع در این جا تملیک عنوانی از عناوین مناسب [مانند تملیک مسجد] می‌شود.

✓ التنقیح فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۴۲:

لا یخفی أنه إنما یصح إنشاء البیع بلفظ ملکت فیما إذا کان المشتري نفس مالک المال، وأما إذا کان ولیه أو وکیله أو من غضب منه فلا، لأنه حينئذٍ إنما یملکه للمالک لا للمخاطب الذی فرضناه ولیاً أو وکیلماً أو غاصباً، فإنه نظیر التزویج فی النکاح إذ لا یصح أن یقال: زوّجتک للمخاطب مع أنه ولی الزوج أو وکیله بل یقول: زوّجت موکک و هكذا، و ذلك من جهة أن المبادلة فی التملیک إنما یتحقق بین المالکین لا محالة، و هذا بخلاف ما إذا انشئ بلفظ البیع فإنه یصح مع کل واحد من الأشخاص المذكورین، کان مالکاً أو ولیاً و وکیلماً عنه أو غاصباً، لأنه عبارة عن المبادلة بین المالین كما سیأتی توضیحه فی بیع الفضولی. إن شاء الله تعالی. و کذا قد یتحقق البیع من غیر تملیک كما إذا أوصی بصرف ماله فی جهة خاصة كعمارة المسجد فاشترى به مال فإنه لا یدخل فی ملک أحد ومع ذلك یصدق البیع. فظهر أن البیع لیس مرادفاً للتملیک و إن صح إنشاءه به.

✓ محاضرات فی الفقه الجعفری، ج ۲، ص ۳۲:

اقول: لا اشکال فی جواز إنشاء البیع بلفظ ملکت الا انه لا یلازم مرادفة البیع و التملیک فإن البیع یمکن اسناده الی الطرف مطلقاً سواء کان اصیلاً أو وکیلماً أو ولیاً، فیصح أن یقال فی البیع للولی بعثک هذا المال بمال ابنک و هذا بخلاف بقية عناوین العقود، ففي التزویج لا یصح الاسناد الی الولی او الوکیل فلا یقال زوجتک بل یقال زوجت ابنک أو موکک و التملیک ایضاً یمکن نظیر التزویج فلا یقال للولی المشتري ملکتک السلعة بكذا و هكذا الوکیل. لأن دخول المثلث فی کیس من یدخل الثمن من کیسه و بالعکس مأخوذ فی عنوان البیع، بل قد یتحقق البیع بلا تملیک كما اذا أوصی بصرف ماله فی جهة خاصة كعمارة المسجد و نحوها فاشترى به مال فإنه لا یدخل فی ملک أحد اصلاً و مع ذلك یصدق علیه البیع.

۱. هر چند گفتیم «حق»، «ملک حیثی» است، ولی مراد این بود که «حق» با «ملک حیثی» مساوق است؛ نه عین آن.

۲. بعضی مانند محقق اصفهانی رحمته الله موارد متعددی را به عنوان نقض تعریف بیع به تملیک بیان می‌کنند:

✓ حاشیة کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثة)، ج ۱، ص ۶۴:

الالتزام بالتملیک فی جملة من الموارد مشکل:

منها: بیع العبد ممن ینعتق علیه، فإن الملک التحقیقی إذا کان ممتنعاً شرعاً أو عقلاً فلا فرق بین زمان طویل أو قصیر، فالالتزام بحصول الملک آناً ما ثم الانعتاق فی غایة الإشکال، و الالتزام بالملک الحکمی مرجعه الی ترتیب أثر الملک من دون ثبوته حقیقة، فلا بیع حقیقة فیکون العوضان علی ملک مالکهما، حیث لا معاوضة حقیقة، مضافاً الی دعوی ظهور بعض الأدلة «۴» فی ترتب الانعتاق علی نفس الشراء، و لا یعقل تخلف المعلول عن علته و لو آناً ما.

می شود بیع مرادف با تملیک نیست.

بله اگر کسی مانند محقق نایینی رحمته الله منکر قابلیت بیع و شراء برای حق باشد، از این حیث اشکال بر تعریف شیخ رحمته الله وارد نیست. ولی اصل قابلیت فروش حق همان طور که بیان کردیم فی الجمله روایات^۱ بر آن دلالت می کند و در میان عرف نیز فروش حقوقی مانند حق انشعاب آب، حق امتیاز تلفن، گاز و ... مرسوم است.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی

و ما فی الجواهر تبعاً لغيره من تقدّم الملك على الاعتاق تقدّمًا ذاتيًا لا زمنيًا، حتى يلزم تخلف المعلول عن علته و لو آنا ما، بل جعله جمعا بين النصوص المقتضية لعدم العتق إلاً في الملك، و لترتب الاعتاق على نفس الشراء، بل جعله أقرب إلى الضوابط من الالتزام بالملك آنا ما. كله خلاف التحقيق، إذ لا اعتبار للملك إلاً في الزمان، فالملك لا في زمان غير معقول، حتى ينفك التقدّم الذاتي بلحاظ شرطيته للعتق عن التقدم الزماني بلحاظ تأثير البيع في الملك، فكيف يكون الأمر الممتنع جمعا بين النصوص، أم كيف يكون أقرب إلى الضوابط فتدبر جيدا. و منها: بيع الدين على من هو عليه، فإنه إذا لم يعقل أن يملك الإنسان ما في ذمة نفسه، و لأجله يسقط، فمانع البقاء مانع الحدوث، إذ لا فرق في ما لا يعقل بين زمان طويل و زمان قصير كما مرّ و سيجيء إن شاء الله تعالى في شرح كلامه قدس سره. و منها: بيع العبد من نفسه في بعض الموارد، فإن اتحاد المالك و المملوك ممتنع عندهم، و لا فرق فيه أيضا بين الطويل من الزمان و القصير منه.

و منها: شراء العبد تحت الشدة من الزكاة، فإن المشتري سواء كان من عليه الزكاة أو الحاكم الشرعي و إن كان له ملك التصرف و الولاية على الشراء، لكنهما لا يملكان الرقبة كما لا يملكان الزكاة الواقعة عوضا، فبأى وجه يملكان العبد، خصوصا مع ترتب الاعتاق على شرائهما في قبالة العتق بعد شرائهما.

و منها: اشتراء آلات المسجد و القنطرة من الزكاة أو من غلة العين الموقوفة عليهما، فإنه لا يملك تلك الآلات أحد لعدم الموجب، كما لا يملك الزكاة و الغلة لكون الزكاة غير مملوكة للمشتري و لا لغيره، بل المسجد و القنطرة مصرف لها، و لكون الغلة غلة عين غير مملوكة لأحد، لفرض الوقف على الجهة لا على شخص أو أشخاص خاصة، كما حقق في باب الوقف على الجهات العامة.

و منها: البيع بإزاء سقوط الحق، حيث لا معنى لحصول التمليك أو التبدیل بلحاظ الملكية من الطرفين، مع أنه بیع عرفا و إن لم ينطبق عليه تعریف صاحب المصباح.

و بالجمله: فالالتزام بالتمليك الحقيقي في هذه الموارد لا يخلو عن تكلف و تعسف، و لا ملزم به إلاً اشتهاار تعریف البيع بالنقل و التبدیل و التمليك.

۱. مثل صحیحہی علی بن جعفر در شراء حق قَسَم:

و [مُحَمَّدُ بْنُ أَحْسَنَ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعُمَرَكِيِّ عَنِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أُخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ رحمته الله قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتَا إِخْدَاهُمَا لِيَلْتِي وَيَوْمِي لَكَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ مَا كَانَ أَوْ يَجُوزُ ذَلِكَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ. وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ. (وسائل الشيعة، ج ۲۱، كتاب النكاح، ابواب القسم و النسوز و الشقاق، باب ۶، ح ۲، ص ۳۴۴؛ تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۷۴؛ مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص ۱۱۷۴)

