



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه سی و دوم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۹/۲۱

بررسی حکم مسأله بنابر مبنای کشف حقیقی و نقل

اما بنابر کشف حقیقی در صورتی که شرط، نفس اجازه باشد عرض می‌کنیم:

اگر مرأه اطلاع از نکاح فضولی داشته باشد، بلاشبهه نکاح دوم، رد نکاح اول است. ولی اگر اطلاعی از نکاح فضولی نداشته باشد، بعضی گفته‌اند که باز نکاح دوم، رد نکاح اول است که این شاء الله بحث آن خواهد آمد که آیا رد عقد فضولی هست یا نه؟ ولی اگر بپذیریم رد است، در این صورت نکاح اول باطل می‌باشد.

اما اگر گفتیم عقد دوم، رد نکاح فضولی اول نیست و مرأه هم نکاح فضولی را اجازه کرد، در این جا بعضی گفته‌اند چون مرأه موضوع را فوت کرده، دیگر نکاح اول صحیح نیست؛ زیرا مرأه زمانی می‌تواند نکاح فضولی را اجازه کند که خلیه باشد، در حالی که در این جا خلیه نیست. اما به نظر می‌رسد این اشکال وارد نیست؛ زیرا فرض آن است که بنابر کشف حقیقی بحث می‌کنیم، لذا بعد از این که مرأه عقد اول را اجازه کرد، کشف می‌شود که عقد از ابتدا صحیح بوده است. بله عقد دوم بر غیر خلیه واقع شده و در نتیجه باطل است و در صورتی که از روی جهل و طی ای اتفاق افتاده باشد، و طی به شبهه است و احکام شبهه را دارد. و اگر کسی در این جا استغراب کند و بگوید نمی‌شود ملتزم به این کلام شد، این یکی از شواهدی است که معلوم می‌شود اصل مبنا یعنی کشف حقیقی صحیح نیست؛ یعنی در جایی که شارع فرموده عقد فضولی با اجازه صحیح می‌شود، کشف حقیقی مراد شارع نبوده است.

حکم زنای زن قبل از اجازه نکاح فضولی

مسأله‌ی دیگری را می‌توان در این جا مطرح کرد که نظیر مسأله قبل است و آن این‌که اگر فضولی، مرأه‌ای را فضولتاً به نکاح کسی در بیاورد، ولی قبل از این‌که زن نکاح فضولی را اجازه کند کسی با او مواجهه کرد؛ آیا این زنای با ذات بعل محسوب می‌شود که احکام خود را دارد - از جمله این‌که برخی گفته‌اند حرام ابدی می‌شود - یا این‌که زنای با ذات بعل محسوب نمی‌شود؟

عرض می‌کنیم بنابر کشف حقیقی روشن است که زنای به ذات بعل است؛ زیرا بعد از اجازه کشف می‌شود نکاح فضولی از ابتدا صحیح بوده است. بله، ممکن است علم به صحت نکاح نداشته باشند اما آن کلام دیگری است.

بنابر کشف حکمی طبق تقریر مختار که بعد از اجازه حکم می‌شود تمام آثار عقد صحیح از ابتدا مترتب بوده، در این جا هم بعید نیست کسی ملتزم شود بعد از اجازه، حکم می‌شود که زنای به ذات بعل بوده و در نتیجه زن حرام مؤید بر آن مرد شود. بله اگر کسی در ادله‌ی زنای به ذات بعل تشکیک کند که لحن این ادله فقط شامل جایی می‌شود که حین عقد زن محکوم به ذات بعل بودن شود، در این صورت طبق مبنای کشف حکمی، زنای به ذات بعل نبوده است که این کلام باید در جای خود بررسی شود.

اما بنابر این‌که قائل به ناقل بودن اجازه شویم، شبهه‌ای نیست که زنا به ذات بعل نبوده؛ چراکه زن هنوز نکاح را اجازه نکرده بود و بالطبع ذات بعل هم نبوده است، و بنابر نقل هم که بسیار واضح است.

ثمرات مترتب بر کاشف یا ناقل بودن اجازه

۱. حکم نماء

مرحوم شیخ رحمته‌الله در ادامه می‌فرمایند: «ثمَّ إِنَّهُمْ ذَكَرُوا لِلثَّمَرَةِ بَيْنَ الْكَشْفِ وَالنَّقْلِ مَوَاضِعٌ؛ فقهاء برای ثمره‌ی بین کاشف یا ناقل بودن اجازه، مواضعی را ذکر کرده‌اند.

بعض این ثمرات را مرحوم شیخ در قبل هم ذکر کرده بودند از جمله در مورد نماء که ما هم توضیحاتی

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۱:

ثمَّ، إِنَّهُمْ ذَكَرُوا لِلثَّمَرَةِ بَيْنَ الْكَشْفِ وَالنَّقْلِ مَوَاضِعٌ:

منها: النماء، فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه، و للشهيد الثاني في الروضة عبارة، توجیه المراد منها كما فعله بعض أولى من توجیه حکم ظاهرها، كما تكلفه آخر.

دادیم و دیگر لازم نیست تکرار کنیم. ظاهراً عمده نظر شیخ در این جا از نقل این ثمره آن است که اشاره‌ای به فرمایش شهید ثانی رحمته الله داشته باشند و می‌فرمایند: التزام به ظاهر کلام شهید مشکل است و این که مراد ایشان را توجیه کنیم - کما فعله بعض^۳ - بهتر از آن است که مطلب را با حفظ ظاهرش توجیه کنیم. البته شیخ مطلب شهید رحمته الله را نقل نمی‌کنند، ما هم نقل نمی‌کنیم و چندان مهم هم نیست.

۲. حکم فسخ اصیل

ثمره‌ی دیگری که شیخ رحمته الله ذکر می‌کند این است که اگر در بیع فضولی، یک طرف اصیل باشد - چه بایع و چه مشتری - آیا قبل از این که طرف مقابل عقد را اجازه کند، اصیل می‌تواند انشائش را فسخ کند تا در نتیجه عقد کأن لم یکن و باطل باشد یا نه؟ مثلاً اگر فضولی، کتاب زید را به قلم عمرو فروخته و عمرو هم بیع را قبول کرده باشد و یا این که زید قلم خود را به عمرو فروخته اما فضولی عقد را قبول کرده باشد، آیا اصیل - چه بایع و چه مشتری - با این که خودش اقدام به معامله کرده، می‌تواند قبل از اجازه‌ی عقد توسط طرف مقابل، انشائش را فسخ کند یا نه؟

مرحوم شیخ رحمته الله می‌فرمایند: بنا بر نقل مانعی ندارد که اصیل رفع ید از إنشاء خود کرده و آن را فسخ کند؛ زیرا قبل از اجازه‌ی طرف مقابل، عقد [موثر] محقق نشده است و فقهاء تسالم دارند اگر کسی ایجاب

۲. الروضة البهية، ج ۳، ص ۲۰۳:

و تظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبايع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

۳. التعليقات على الروضة البهية (للاغا جمال)، ص ۳۵۸:

قوله و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز

الظاهر على القول بالنقل ان نماء الثمن للمشتري و نماء المبيع للبايع اذ على القول به يبقى قبل الاجازة كل على ملك صاحبه فيكون نماءه له فقوله فهما للمالك المجيز كما ترى الا ان يفرض كون العقد فضوليا من الطرفين و يكون المراد بكونهما للمالك المجيز كون كل منهما لمالك اصله المجيز و فيه تكلف او يقال ان المراد ان كل منهما للمالك المجيز و لو في صورتين فنماء المبيع للبايع عند كونه فضوليا من قبله و نماء الثمن للمشتري اذا كان فضوليا من قبله و لم يتعرض لنماء الطرف الآخر لظهوره بالمقايسة و لا يخفى بعده و يمكن ان يقال في صورة كون احد الطرفين فضوليا ان الطرف الآخر قدر صريحا من حين العقد فوق الانتقال من طرفه انما يبقى التزلزل من الطرف الآخر فلا ينتقل منه الا بعد الاجازة و حينئذ فيكون نماء كل منهما قبل الاجازة للمالك المخبر و فيه اشكال و الظاهر على القول بالنقل ان الانتقال لا يقع في شيء من الطرفين الا بعد الاجازة كيف و على الوجه المذكور يلزم في صورة عدم اجازة المالك ايضا ان يكون النماء المتخلل بين العقد و الحكم بعدم الاجازة للطرف الفضولي و الظاهر انه لم يقل به احد الا ان يقال الانتقال المذكور انتقال متزلزل يتوقف لزومه على الاجازة فعند عدم الاجازة يفسخ من اصله كأصله فافهم.

۴. كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۲:

و منها: أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل، دون الكشف، بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل كفسخ

عقدی را انشاء کند، قبل از آن که مشتری آن را قبول کند می تواند از ایجاب خود رفع ید کرده و آن را فسخ کند، در نتیجه قبول مشتری ثمره ای ندارد و این مورد تسالم است. بنابر قول به نقل، اجازه ی عقد فضولی هم مانند قبول است؛ یعنی عقد باید قابلیت حقوق اجازه را داشته باشد، در حالی که با رفع ید از ایجاب توسط اصیل و فسخ آن، دیگر اثر مترتب بر اجازه نیست. هم چنین است عقد فضولی در جایی که قبول مقدم توسط مشتری محقق شده باشد و سپس فضولی، انشاء ایجاب متأخر کرده باشد، اما قبل از این که مالک بیع را اجازه کند، مشتری اصیل رفع ید از قبول مقدم کند و آن را فسخ کند، دیگر حقوق اجازه ی مالک تأثیری ندارد.

بنابراین طبق مبنای نقل، اگر احد المتعاملین قبل از اجازه ی دیگری، انشاء خود را فسخ کند، عقد دیگر کارایی ندارد و این نظیر آن است که کسی رفع ید از انشاء خود کند قبل از تحقق قبول و بلکه قبل از تحقق شرط صحت عقد مانند قبض در وقف، هبه و صدقه؛ مثلاً اگر زید چیزی را به عمرو هبه کند و عمرو هم قبول کند اما قبل از قبض، زید رفع ید از هبه کند، مانعی ندارد و عقد هبه باطل می باشد، با این که عقد کامل شده و ایجاب و قبول توسط اصیلین محقق شده است.

اما بنابر کشف حقیقی مرحوم شیخ رحمته الله می فرمایند: چون با تحقق اجازه از طرف مقابل کشف می شود که عقد از ابتدا صحیح بوده و هیچ حالت منتظره ای نداشته، لذا اصیل نمی تواند فسخ کند. بله غیر اصیل یعنی کسی که فضولتاً برای او فروخته شده یا چیزی برای او خریداری شده، می تواند معامله را رد کند، چون خودش عقد را انجام نداده است، اما اصیل طبق مبنای کشف نمی تواند رفع ید از انشاء خود کند و آن را فسخ کند؛ چراکه علی الفرض با تحقق اجازه کشف می شود از حین عقد تمام شرایط فراهم بوده است و عقد انجام شده، از طرف مالک هم بوده و إذن و رضایت هم موجود بوده است و التزام به جواز فسخ در این فرض نظیر آن است که بگوییم عقد تام و لازم، قابل فسخ است.

الموجب قبل قبول القابل فی كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة؛ فإنَّ العقد تامٌّ من طرف الأصيل، غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه، وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة والوقف والصدقة فلا يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل؛ معللاً بأنَّ ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه.

و فيه: أنَّ الكلام في أنَّ عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدٍ في وجود المسبب؛ فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود ولزومها، ولا يخلو عن إشكال.

در ادامه مرحوم شیخ رحمته الله مطلبی را از بعضی نقل می‌کنند که گفته‌اند حتی اگر اجازه را ناقله بدانیم، اصیل نمی‌تواند انشاء خود را قبل از تحقق اجازه‌ی طرف مقابل فسخ کند؛ چراکه ترتب اثر بر عقد متوقف بر اموری است که یک جزء آن عقد است و جزء دیگر اجازه، و چون این‌ها احکام وضعیه هستند، لذا طبق جعل شارع می‌باشد و مدخلی برای اختیار مشتری در آن وجود ندارد. به تعبیر دیگر ترتب اثر بر علت تامه یا چیزی که نظیر آن باشد، به طور خودکار انجام می‌شود و اختیار مشتری در آن دخیل نیست. بنابراین وقتی اجازه آمد، خود به خود اثر مترتب بر عقد می‌شود؛ چه قبل از آن مشتری فسخ کرده باشد و چه نکرده باشد.

مرحوم شیخ رحمته الله به این کلام اشکال کرده و می‌فرمایند: درست است که ترتب اثر بر عقد و اجازه، حکمی وضعی است، اما کلام در این است که تأثیر عقد و اجازه، شرط دیگری هم دارد و آن این که فسخی متخلخل بین عقد و اجازه نشود. اما اگر این شرط - یعنی عدم تخلخل فسخ - مفقود شود، دیگر اثر مترتب بر عقد نمی‌شود. بنابراین این کلام که گفته‌اند چون ترتب اثر بر عقد، امری وضعی است و لذا مدخلی برای اختیار مشتری در آن وجود ندارد، صحیح نیست؛ چراکه این حکم وضعی از ابتدا به گونه‌ای قرار داده شده که عدم تخلخل فسخ توسط مشتری که یک امر ارادی است، جزء شرایط آن قرار داده شده است.

سپس شیخ رحمته الله می‌فرمایند: اگر کسی می‌خواهد بگوید حتی بنا بر نقل، فسخ نافذ نیست و موجب ابطال انشاء نمی‌شود، اولی آن است که این منع را مستند به اطلاق «أوفوا بالعقود» و امثال آن کند، به این بیان که قبل از اجازه، عقد محقق شده و «أوفوا بالعقود» شامل آن می‌شود، و اگر شک کنیم آیا تخلخل فسخ مضر است یا نه، به اطلاق «أوفوا بالعقود» تمسک کرده و حکم به وجوب وفاء به عقد می‌کنیم. اما شیخ می‌فرمایند این حرف خالی از اشکال نیست؛ زیرا هر عقدی وجوب وفاء ندارد بلکه عقدی که جامع شرایط صحت باشد و مرتبط به طرفین باشد، وجوب وفاء دارد در حالی که قبل از اجازه‌ی مالک، او مرتبط به عقد نیست و ارتباط او معلق به اجازه است، و نمی‌شود به عموم «أوفوا بالعقود» تمسک کرد، چون آیه شریفه خطاب به مرتبین و ملتزمین به عقد است.

بنابراین طبق مبنای نقل، مشتری اصیل می‌تواند قبل از تحقق اجازه توسط طرف مقابل، انشاء خود را فسخ کند.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی

