



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه نهم؛ دوشنبه ۱۳۹۶/۷/۱۷

تحقیق ردّ با فعل

مرحوم شیخ در مبحث ردّ فعلی، ابتدا صورتی را ذکر می‌کنند که فعل، مخرج مورد از ملک مالک باشد و متعرض صورتی که فعل، ظهور در ردّ داشته باشد نشده‌اند، اما باید توجه داشت که اگر فعلی ظهور در ردّ داشته باشد، کافی در تحقق ردّ است و بارها گفته‌ایم که تحقق انشائیات و حتی اخباریات، حتماً لازم نیست به لفظ باشد بلکه فعل هم کافی است. قاعدتاً مرحوم شیخ نیز این مطلب را قبول دارند، منتها به سبب وضوح مطلب یا مشکل بودن احراز صغری، متعرض آن نشده‌اند. به هر حال شیخ رحمته می‌فرمایند:

«ردّ» به هر فعلی که مخرج مورد از ملک اصیل باشد محقق می‌شود؛ فرقی هم نمی‌کند چه این خروج به نقل باشد مانند اینکه آن را بفروشد، هبه بدهد یا مصالحه کند، چه به اتلاف باشد مانند اینکه اگر غذا است آن را بخورد یا دور بریزد، و چه به شبه نقل و اتلاف باشد مانند عتق، وقف و نکاح؛ مثلاً مالک اصلی جاریه‌ای را که زید فضولتاً فروخته آزاد کند، که «عتق» نه تلف جاریه است و نه نقل ملک؛ بلکه فک ملک است و شبیه اتلاف می‌باشد. مثال دیگر اینکه مالک اصلی، آن شیء را وقف کند؛ خصوصاً اگر وقف مثل مسجد باشد که آن هم تحریر است^۱ و یا اینکه زنی که فضولی او را به تزویج شخصی درآورده، خودش را به تزویج شخص دیگری دریاورد.

بنابراین بحث مرحوم شیخ رحمته در جایی است که فعلی توسط مالک محقق شود که هر چند دالّ بر انشاء ردّ نیست، اما مفوّت محل اجازه باشد، مانند این که مالک همان مبیعی را که فضولی فروخته به شخص دیگری بفروشد. شیخ رحمته در اینجا می‌فرمایند: چون بیع مالک صحیح است، لذا مفوّت محل اجازه نسبت به

۱. مشهور قائل هستند که وقف مسجد تملیک نیست و مسجد ملک کسی نمی‌شود، بلکه تحریر ملک است مانند عتق.

بیع فضولی است و دیگر آن مبیع در ملک مالک نیست تا بتواند بیع را اجازه کند. یا اگر مالک، عبدی را که فضولی فروخته، قبل از اجازه آزاد کند، در این صورت محل اجازه فوت شده و دیگر رقیتی وجود ندارد که قابل اجازه باشد (الحرّ لایرجع عبداً). همچنین است مثال تزویج مرأه. و در تمام این مثالها فرقی نمی‌کند که مالک، اطلاع از عقد فضولی داشته باشد و یا اینکه بعداً مطلع شود.

نقد و بررسی کلام شیخ رحمته الله

خدمت جناب شیخ رحمته الله عرض می‌کنیم: اولاً: حقیقت آن است که این افعال «رد» نیستند بلکه «رد» یک امر انشائی است که نیاز به قصد دارد. و این تعلیل که «با صحّت این افعال، محلی برای اجازه باقی نمی‌ماند»، در حقیقت محذور دیگری غیر از «تحقق رد» است ولو اینکه همان اثر «رد» را دارد. پس تعبیر صحیح آن است که بگوییم با این افعال، دیگر محلی برای اجازه باقی نمی‌ماند.

ثانیاً: اصل این حرف «که این افعال، مفوّت محل اجازه هستند» مورد مناقشه است و در دو جهت با مرحوم شیخ رحمته الله کلام داریم. توضیح بیشتر اینکه:

استدلال شیخ رحمته الله بر اینکه این افعال، مفوّت محل اجازه هستند، مبتنی بر دو مطلب است: **مطلب اوّل** اینکه تصرفاتی که خود مالک انجام داده - یعنی نکاح، بیع، عتق، اتلاف و ... - صحیح می‌باشد. **مطلب دوم** اینکه با تصرف مالک، دیگر محلی برای اجازه عقد فضولی باقی نمی‌ماند؛ چراکه شرط اجازه این است که ملکیت مجیز در حین اجازه باقی باشد و مرحوم شیخ این دو مطلب را مفروغ^۱ منه گرفتند و از آن بحث نکردند، در حالی که هر دو مطلب مورد مناقشه است.

در مورد مطلب اوّل می‌گوییم: ظاهر عبارات مرحوم شیخ رحمته الله در اینجا این است که طبق مبنای کشف حقیقی - که مشهور فقهاء قائل به آن هستند - این مطالب را مطرح کرده‌اند^۲ و طبق این مبنا در اینجا اشکال

۲. این نکته را تذکر بدهیم که عبارات مرحوم شیخ رحمته الله در صدر بخشان، آن نظم و انسجام معمول را ندارد و خیلی روشن نیست که مطالب ایشان بنا بر مبنای کشف است یا بنا بر مبنای نقل. بعض مطالب ایشان به گونه‌ای است که جز با کشف سازگاری ندارد. بعض مطالب هم واضح است که بنا بر مبنای نقل ذکر شده است. در آخر مطلب هم تصریح می‌کنند که بنا بر مبنای کشف حقیقی، تصرفات مالک باطل است.

در مجموع به نظر می‌آید شیخ رحمته الله از ابتدا بنا بر مبنای کشف حقیقی - نه کشف حکمی؛ زیرا مشهور قائل به کشف حقیقی هستند و کشف حکمی را به تصریح مرحوم شیخ کسی قبل از استاد ایشان متعرض نشده بود. پس مراد شیخ رحمته الله، کشف حقیقی است و در جاهای دیگر هم که شیخ رحمته الله بنا بر کشف بحث کرده‌اند، مرادشان کشف حقیقی است - این مطالب را ذکر فرموده‌اند، هر چند برخی از محشین گفته‌اند که شیخ در ابتدا بنا بر مبنای نقل صحبت کرده‌اند. منتها چون مبانی در کشف مختلف بوده، شیخ رحمته الله در آخر استدرکی کرده و می‌فرمایند: بنا بر مبنای کشف حقیقی این تصرفات باطل است.

واضحی وجود دارد و آن اینکه: طبق مبنای کشف حقیقی چون اشتراط اجازه در تأثیر بیع فضولی به نحو شرط متأخر است، لذا - حداقل بنابر برخی تصاویر - باید بگوییم عقدی که در آینده ملحق به اجازه می‌شود، از حین صدورش صحیح است و هیچ فرقی ندارد با عقدی که واجد شرط رضایت مقارن مالک است.^۳ به تعبیر دیگر اگر فی علم الله اجازه بعداً در ظرف خودش محقق شود، عقد از حین تحققش ذات اثر است. پس اگر عقد از ابتدا صحیح باشد، دلیلی وجود ندارد که بگوییم تصرفات بعدی مالک صحیح است!

مثلاً اگر فی علم الله این طور باشد که زید در هفته آینده، بیع فضولی کتاب خود را اجازه می‌کند، لاقلاً بنابر برخی تصاویر شرط متأخر، عقد از حین صدور ذات اثر است و چنین بیعی فرقی ندارد با بیعی که واجد رضایت مالک به نحو مقارن است، و به تعبیر تسامحی، چنین عقدی علت تامه برای ترتب اثر است؛ چراکه علی الفرض این عقد همراه با شرط متأخرش، در عالم اعتبار موجود است.^۴ بنابراین اگر اجازه در ظرف خودش محقق شود، بیع فضولی از حین عقد صحیح است و آن مبیع از ملک مالک خارج شده و داخل در ملک مشتری شده است، پس مالک که بعداً بیعی انجام داده، در واقع ملک دیگری را فروخته است و دلیلی بر صحت آن وجود ندارد. بله، اگر مالک شک داشته باشد که بعداً عقد را اجازه می‌کند، در این صورت به حسب ظاهر می‌تواند با تمسک به استصحاب عدم اجازه، حکم کند که الان مبیع ملک خودم است و می‌توانم در آن تصرف کنم، در این صورت تصرفش تکلیفاً حرام نیست، اما اگر بعداً کشف خلاف شد و عقد را فی الواقع اجازه کرد، حکم آن مانند سایر مواردی می‌شود که کسی در ملک دیگری تصرف کند و بعداً کشف خلاف شود.

اما نسبت به **مطلب دوم** که شیخ رحمته الله علیه فرمودند «این تصرفات، مفوت محل اجازه هستند» می‌گوییم: دلیلی بر این مطلب وجود ندارد مگر اینکه گفته شود در اجازه شرط است که ملکیت مالک در حین اجازه باقی باشد، در حالی که خود شما در بحث ثمره بین کشف و نقل به خلاف این مطلب تصریح فرمودید و ملکیت حین عقد را کافی دانستید و چنین مثال زدید که اگر فضولی سرکه مالک را به دیگری بفروشد، اما وقتی که مالک مطلع می‌شود و عقد را اجازه می‌کند، سرکه تبدیل به خمر شده باشد که برای مسلم ملکیت ندارد، بنابر مبنای کشف مالک می‌تواند بیع را اجازه کند؛ چراکه در صحت اجازه، ملکیت حین عقد شرط است و در اینجا هم مبیع در حین عقد سرکه بوده و ملک مالک. همچنین به بیع مائی مثال زدید که در حین

۳. یکی از مثال‌های مشهور شرط متأخر این است که می‌گویند صحت صوم مستحاضه، مشروط به غسل لیلۀ لاحقۀ است؛ به این معنا که صوم مستحاضه الان صحیح است اگر در ظرف لیلۀ لاحقۀ غسل محقق شود، نه اینکه بعد از غسل معلوم شود صوم او صحیح بوده است.

۴. اینکه می‌گوییم تعبیر تسامحی است؛ به این دلیل است که رابطه علیت و معلولیت در اعتباریات وجود ندارد.

عقد طاهر بوده، اما در حین اجازه نجس شده باشد.

إن قلت: اجازه بیع خمیری که حین عقد خلّ بوده یا اجازه بیع ماء نجسی که حین عقد طاهر بوده، متفاوت با ما نحن فیه است؛ چراکه نجاست و خمیریت، مخرج مبیع از ملک مالک است مطلقاً؛ چه قبلاً ملک مالک باشد و چه ملک شخص دیگر، برخلاف تصرفات مالک در ما نحن فیه به مثل بیع، هبه، عتق و ... که مخرج مورد از ملک است در صورتی که سابقاً ملک خود مالک باشد، اما اگر ملک شخص دیگری باشد مخرج از ملک نیست.

قلت: این فرق فارق نیست و اثری ندارد، لذا اگر مالک نبودن حین اجازه، مفوّت محل اجازه باشد، باید در هر دو جا مفوّت باشد؛ چه جایی که مبیع قبلاً ملک مالک باشد و چه جایی که ملک شخص دیگری باشد؛ چه این ناقل قهری باشد و چه اختیاری، در حالی که شما در مثل خمر و تنجیس ماء پذیرفتید که مفوّت محل اجازه نیست، پس باید در ما نحن فیه یعنی در مثل بیع و عتق هم بپذیرید که مالک نبودن حین اجازه، مفوّت محل نیست.

نتیجه این شد که طبق مبنای کشف حقیقی که ظاهر کلام شیخ رحمته الله است - باید ملتزم به صحت بیع فضولی از حین وقوعش شد و در نتیجه تصرفات بعدی مالک به مثل بیع، هبه و ... باطل بوده و اثری بر آن مترتب نیست و فرضاً اگر کسی دلیلی اقامه کند که تصرفات خود مالک هم صحیح است، می‌گوییم مالک باید بدل آن شیء را بدهد.

بنابراین هر دو مطلبی که مرحوم شیخ رحمته الله در اینجا مفروغ منه گرفتند، ناتمام است و در نتیجه نمی‌توان گفت تصرف مخرج از ملک، مفوّت محل اجازه است.

برخی هم از طریق دیگری در اینجا وارد شده‌اند و گفته‌اند: درست است که دلیلی وجود ندارد که ملکیت مالک باید در حین اجازه باقی باشد، اما به مناسبات حکم و موضوع استفاده می‌شود که شرط است مجیز در حین اجازه باید مالک باشد. به تعبیر دیگر، در صحت عقد فضولی با اجازه، حصه‌ای خاصه‌ای از اجازه شرط است. پس چون در اینجا حصه‌ای خاصه‌ای از اجازه شرط است که مفقود می‌باشد، لذا عقد فضولی تصحیح نمی‌شود و تصرفات خود مالک صحیح است.

اما واقع مطلب این است که این بیان هم چیزی جز همان بیان شیخ رحمته الله با اندکی تغییر نیست. و دلیلی وجود ندارد که ملکیت حین اجازه شرط باشد. و اینکه گفته شده اگر ملکیت مالک باقی نباشد، دیگر عقد با اجازه منتسب به او نمی‌شود، می‌گوییم: چنین نیست که عقد منتسب به مالک نشود؛ زیرا مالک آن عقد را از

حین صدورش اجازه می‌کند و همین اندازه که در حین عقد مالک بوده، کافی در صحّت اجازه است. شاهد این مطلب هم فهم عرف و عقلا در این جاست.

البته این مطلب را تذکر دهیم که ما قبول داریم التزام به بطلان تصرف مالک و صحّت عقد فضولی با اجازه؛ خصوصاً در مثل تزویج فضولی و تزویج خود زوجه، غریب است، امّا همانطور که قبلاً در بحث ثمره بین کشف و نقل گفتیم، این آیت آن است که اصل مبنای کشف حقیقی صحیح نیست؛ نه اینکه بگویید کشف حقیقی صحیح است ولی التزام به این موارد مشکل. به هر حال اگر کسی دلیل قاطعی بر کشف حقیقی داشته باشد، باید ملتزم به این لوازم هم بشود.

والحمد لله ربّ العالمین

جواد احمدی