



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه ی هجدهم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۸/۹

اشکال سوم: اشکال محقق نائینی رحمته الله علیه

بحث ما در این مسأله بود که آیا عقد فضولی، به معاطاة هم محقق می شود یا نه؟ مرحوم شیخ رحمته الله علیه فرمودند که معاطاة فضولی، در قوهی عقد قولی فضولی است و تصحیح آن به اجازه مانعی ندارد، الا این که بعض اشکالاتی مطرح شده است. مرحوم شیخ دو اشکال را نقل کردند و به آن پاسخ دادند، ما نیز این دو اشکال را نسبتاً مفصل بررسی کردیم و معلوم شد اشکالات قابل اعتنایی نیستند. اشکال سومی که مطرح می شود، اشکال محقق نائینی رحمته الله علیه است.

مرحوم نائینی رحمته الله علیه ابتدا در معاطاة تفصیل داده و می فرمایند: معاطات یا مفید اباحه است و یا مفید ملک. اگر مفید اباحه باشد، از آن جا که این اباحه ناشی از تسلیط مالکی است - نه تسلیط غیر مالکی و اجازه ی آن توسط مالک - لذا نفس اجازه ی مالک مؤثر و مبیح است؛ نه این که اباحه ای را که قبلاً فضولی انجام داده، مالک اجازه کند؛ چراکه فضولی، بیگانه ی از مال بوده و تسلیط او فایده ای ندارد، بلکه تسلیط مالک مؤثر است و تسلیط مالک هم با اجازه حاصل می شود. پس اجازه نفس تسلیط است؛ نه کاشف از تسلیط غیر و رضایت مالک به آن تسلیط.^۲

۱. این اشکال در هر دو تقریر محقق نائینی رحمته الله علیه آمده است؛ هم در *المکاسب و البیع* (تقریرات میرزا محمد تقی آملی رحمته الله علیه) و هم در *منیة الطالب* (تقریرات آقا شیخ موسی خوانساری رحمته الله علیه) البته بیان این دو بزرگوار از اشکال، کمی با هم متفاوت است اما لباب کلامشان واحد است.

۲. *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، ج ۱، ص ۲۳۲.

قوله قدس سره الثانی الظاهر أنه لا فرق فیما ذکرنا من أقسام بیع الفضولی بین العقدی و المعاطاة إلى آخره لا یخفی أن الکلام فی جریان الفضولی فی المعاطاة یتوقف علی أن یکون التّعاطى محققاً للبیع و آله للتّملیک و التملک لا أن یکون السّبب

المستقل لهما هو تراضى المالكين وإلا يكون الفضولي دائما واسطة في الإيصال فيكون كالصبي و الحيوان.

ولكننا قد بينا في المعاطاة أن التراضى ليس معاملة فإذا كان تحقق المعاملة بالفعل فهل تجرى الفضولي في المعاطاة مطلقا أو لا تجرى مطلقا أو فرق بين القول بالإباحة فلا تجرى و القول بالملك فتجربى أو فرق بين كون الفضولي على خلاف القاعدة فلا تجرى مطلقا و كونه على طبقها فتجربى كذلك وجوه و الأقوى عدم جريان الفضولي فيها لا للوجوه المذكورة في المتن و غيره من أن الفعل الذى يحصل به التملك محرّم من الفضولي فلا يوجد المنشأ به و من أن المعاطاة منوطه بالتراضى مع قصد التملك أو الإباحة و كلاهما من وظائف المالك و من أن حصول التملك بالفعل على خلاف القاعدة و إنما ثبت بالسيرة فيختص حصوله به بما قامت السيرة عليه و هو التملك الحاصل بفعل المالك فإن هذه الوجوه فاسدة

أما كون الفعل محرّما ففيه أنه قد لا يتوقف المعاطاة على الإقباض كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة بناء على كفاية العطاء من طرف واحد و قد لا يكون الإقباض محرّما كما لو علم برضا المالك بناء على ما هو الأقوى من عدم خروج المعاملة المقرونة بالرّضا الباطنى من المالك عن الفضولية مع أن الحرمة الموجبة للفساد من قبل الفضولي لا ينافى الصحة للمالك و إن كانت راجعة إلى المسبب لا السبب كما هو كذلك في المقام و تقدم توضيحه في أدلة المبطلين للفضولي

و أما كون قصد الإباحة أو التملك مع الرضا الباطنى من وظائف المالك ففيه أن قصد الإباحة أو التملك يتمشى من الفضولي أيضا لا سيما إذا كان غاصبا فإنه بعد سرقته الإضافة يرى نفسه مالكا و لذا لا إشكال في الإنشاء القولى من الفضولي مع أنه يتوقف على القصد و أما الرضا فالمفروض تحقّقه من المالك بإجازته

و أما كون المعاطاة على خلاف القاعدة ففيه أنه لو فرض أن الفعل بعنوانه الثانوى مصداق للبيع فلا فرق بين الفعل الصادر من المالك و الفعل الصادر من الفضولى و أما كون الفضولى على خلاف القاعدة ففيه ما عرفت فهذه الوجوه المذكورة ليست علّة لعدم جريان الفضولى فيها إلا الوجه الثانى بتقريب آخر

بيان ذلك أما على الإباحة فلأن مجرد قصدتها و إن كان بلا مؤنة إلا أن الإباحة المؤثرة هي التسليط المالكى لا تسليط غيره و إجازة المالك تسليط الغير هي بنفسها مؤثرة لا لكونها إجازة لغير لأن العقود الإذنية و الأمور المتقومة برضا المالك لا تتوقف على سبب خاص فإجازة الإباحة هي بنفسها إباحة و محل النزاع فى الفضولى هو ما كانت الإجازة قابلة للنزاع فى الكشف و النقل فيها.

✓ المكاسب و البيع (للميرزا النائينى)، ج ٢، ص ٧٢:

قوله (قده) إلا ان يقال ان مقتضى الدليل ذلك (إلخ)

هذا هو الاشكال الثالث: و حاصله ان صحة الفضولى أمر تعبدى ثبتت بالأدلة الخاصة على خلاف القاعدة، و لا شبهة ان مورد دليله هو غير المعاطاة فالمسلم من صحة المعاطاة التي هي المتيقن مما يدل الدليل عليه هو بيع الأصيل معاطاة فيجب الاقتصار عليه. و الحكم فيما عداه و هو مورد الفضولى بالبطان جريا على القاعدة، و الجواب ان ما ذكر مبنى على كون الفضولى على خلاف القاعدة، و حيث قد أوضحنا سابقا خلافه و ان صحته على طبق القواعد العامة فلا وقع لهذا الإشكال أصلا هذا ما يرجع الى شرح ما فى الكتاب.

و لكن بعد ذلك فى الحكم بإجراء الفضولى فى المعاطاة اشكال بل منع، و توضيحه يتوقف على بيان أمور (الأول) انه قد تقدم مرارا من ان البيع اما يراد بالمعنى المصدرى أعنى المعاملة الخاصة من حيث صدورهما عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورهما ملحوظا، و اما يراد منه معنى الاسم المصدرى و هو نفس تلك المعاملة بلا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هي (الثانى) ان البيع القولى يتصور فيه المعنيين معا دون الفعلى اما فى القولى فلأن آلة الإنشاء أعنى كلمة بعث المركبة من الهيئة و المادة الواردة هيئتها على مادتها يصح ان يراد من البيع الوارد عليه الهيئة بالمعنى المصدرى، كما يصح ان يراد منه المعنى الاسم المصدرى، و ذلك لوجود لفظ صالح لكلا المعنيين، و اما فى الفعلى، فلأنه ليس فى البين دال يمكن ان يراد منه المعنى المصدرى تارة و الاسم المصدرى أخرى، بل ليس فى البين الا فعل خارجى تكوينى و هو ذاك الفعل المعطائى الذى هو مصداق للبيع و التملك الصادر عن الفاعل و القائم به بالقيام الصدورى (الثالث) الإجازة فى بيع الفضولى القولى يمكن ان يتعلق فى عالم التصور بالبيع بالمعنى المصدرى و يمكن ان يتعلق بمعنى الاسم المصدرى و معنى تعلقه بالأول هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولى من حيث صدور عنه بيعا للمجيز، و لازم تعلقه بالثانى هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز، لكن المطابق بالوجدان هو تعلق الإجازة بمعنى الاسم المصدرى و ذلك لان

این در صورتی است که بگوئیم معاطات مفید اباحه است. اما اگر بگوئیم معاطات مفید ملک است -
کما هو المختار - محقق نائینی^۳ می فرماید: اجازه در این صورت مؤثر نیست و نمی تواند معاطات فضولی را
تبدیل به معاطات صحیحی کند که آثار بر آن مترتب باشد؛ زیرا در فضولی قولی که گفتیم اجازه متمم عقد

المعنى المصدري فعل تكويني و له اضافة الى الفاعل المباشر تكويننا و هذا غير قابل لان يرتبط الى المجيز بسبب الإجازة كالضرب الحاصل من الضارب حيث انه بالإجازة لا يصير فعل المجيز و هذا بخلاف المعنى الاسم المصدري الذى هو لحاظ ذاك الحدث مقطوع النسبة عن فاعله إذ هو قابل لان يسند الى المجيز فعلى هذا فطبع الإجازة المؤثرة يقتضى تعلقها بمعنى الاسم المصدري اللهم إلا ان يقوم دليل على تعيين تعلقها بالمعنى المصدري فيصير امرا تعديا مخالفا مع القاعدة من هذه الجهة قد ثبت بالدليل.

إذا تحقق هذه الأمور، فنقول: إذا وقعت المعاطة فضوليا فلا يخلو اما ان نقول بعدم قيام دليل على تعيين تعلق الإجازة بالمعنى المصدري أو نقول بقيامه و على كلا التقديرين لا يتم القول بصحة الفضولي، اما على الأول فلعدم المعنى الاسم المصدري فى المعاطة حتى تتعلق به الإجازة، و اما على الثانى فلأن الفضولى (ح) بصير مخالفا للقاعدة فيجب فيه الاقتصار على ما ثبت فيه بالدليل و هو منحصر بالقولى و لو سلم تعميمه للفعلى بدعوى إطلاق خبر عروة مع ترك الاستفصال فيه عن اشتراطه الشاة من كونه قوليا أو فعليا على أقرب الاحتمالين أو انصرافه إلى الفعلى على أبعد الاحتمالين لزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشى ذلك فى سائر أدلته التى العمدة منها واردة فى مورد النكاح لعدم تصوير المعاطة فيه فاللازم (ح) هو التفصيل فى جريان الفضولى فى المعاطة بين البيع و بين غيره (و بالجملة) فالحكم بإجرائه فى المعاطة فى غاية الاشكال.

و بعبارة أوضح نقول: الدليل على صحة المعاطة بناء على القول بالإباحة هو السيرة، و لا بد فى إثبات كل خصوصية معتبرة فيها من إثبات قيام السيرة عليها بالخصوص، و على القول بالملك يكون الدليل هو الأدلة العامة الدالة على صحة البيع من الآيات و نحوها لكون المفروض على القول بإفادتها للملك كونها مصداقا للبيع، لكن فرق بين صدق البيع على إنشاء البيع باللفظ و بين صدقه على الفعل الخارجى الاعطائى، بأن الأول معنون بعنوان البيع بالعنوان الاولى حيث ان إيراد الهيئة على مادة البيع بقصد إيجادها فى وعاء المناسب لوجوده و هو عالم الاعتبار بيع بخلاف الثانى فإنه عطية و نقل تكوينى خارجى فهو معنون بعنوان العطاء بالعنوان الاولى و حيث انه عطاء مع التسليط على جميع تصرفاته يصير ذاك المعنون بعنوان العطاءى معنونا بعنوان البيع و التمليك ثانيا فيصير عنوان البيع الصادق عليه عنوانا ثانويا و البيع العنوائى المفهومى ما صار متعلقا للإنشاء حتى يتصور فيه المعنى المصدري و الاسم المصدري و المعنون بذاك العنوان بالعنوان الثانوى أعنى فعل الخارجى العطاءى ليس من عالم المفهوم و المعنى حتى يتصور فيه المعنى المصدري و الاسم المصدري بل هو فعل خارجى متعلق للإنشاء و الإيجاد حاصل بإيجاد موجهه، غير قابل بحسب وجوده العينى لأن ينتقل عن موجهه الى آخر بإجازته. بل هو فعل فاعله كيفما كان تعلق به اجازة الآخر أم لا فلا موضوع فى المعاطة للإجازة لكى يتعلق به الإجازة و يصير بها مستندا الى المجيز كما لا يخفى.

۳. منية الطالب فى حاشية المكاسب، ج ۱، ص ۲۳۳:

و أما بناء على الملك فلأن الفعل الواقع من الفضولى لا يعنون إلا بعنوان الإعطاء و التبديل المکانى و أما تبديل طرف الإضافة فمصداقه إما إيجاد المادة بالهيئة و إما فعل المالك فإنه حيث يقع فى مقام البيع أو الشراء يعنون بالعنوان الثانوى بتبديل طرف الإضافة و الفرق بينه و بين القول هو أنه يمكن انفكاك حاصل المصدر من المصدر فى الإنشاء القولى فإذا أجاز المالك و أسنده إلى نفسه وقع له و أما الفعل فاسم المصدر منه لا ينفك عن مصدره بمعنى أنه ليس للإعطاء اسم مصدر غير العطاء و هذا لا ينفك عنه و بإجازة المالك لا يتقلب الفعل عمّا وقع عليه و نفس الإجازة أيضا ليست مصداقا للتمليك حتى تكون كإجازة الإباحة و لو كانت كذلك لكانت هى المملكة لا إعطاء الفضولى.

و بالجملة يصح أن يقال إن التبديل بالفعل و الإباحة من وظائف المالك و لا أثر لفعل الغير و إباحته فإن فعله الخارجى غير قابل للاستناد إلى غير فاعله بالإجازة و ليس حكم الإجازة حكم التوكيل كما لا يخفى.

است، اجازه متعلق می‌شود به چیزی که قابلیت بقاء را دارد - و باقی هم هست - برخلاف معاطات فضولی که اصلاً چیزی که قابلیت بقاء را داشته باشد حاصل نشده تا اجازه به آن تعلق بگیرد.

توضیح مطلب این که در فضولی قولی، آن چه بالذات وجود دارد، عنوان بیع است؛ یعنی بیع مصدری، و این بیع مصدری یک حاصل مصدر دارد که از آن تعبیر به اسم مصدر می‌شود [و چون امکان تفکیک بین مصدر و اسم مصدر در انشاء قولی وجود دارد، لذا] وقتی بیع مصدری تمام می‌شود، اسم مصدر آن می‌تواند باقی باشد و اجازه متعلق به این اسم مصدر می‌شود. اما معاطات فضولی چون بالذات فعل خارجی است و با عنوان ثانوی بیع می‌شود، لذا چیزی که قابلیت بقاء را داشته باشد نداریم تا اجازه به آن ملحق شود. به تعبیر دیگر معاطات، إعطاء است و إعطاء، تبدیل مکانی است و اسم مصدر آن چیزی جز «عطاء» نیست، و این اسم مصدر قابل انفکاک از مصدرش نیست، لذا وقتی اعطاء تمام می‌شود، اسم مصدر آن یعنی عطاء هم تمام می‌شود، مانند کسر و انکسار که وقتی کسر تمام شد، انکسار هم تمام می‌شود و بقاء آن معقول نیست. پس با تمام شدن إعطاء که فعل خارجی است، چیزی باقی نمی‌ماند که مالک آن را اجازه کند. لذا معاطات فضولی معنا ندارد.

مناقشه در کلام مرحوم نائینی رحمته الله

علی رغم تلاشی که هر دو مقرر محقق نائینی مخصوصاً مرحوم میرزا محمد تقی آملی رحمته الله کردند تا به استدلال استاد صورتی بدهند، اما واقعیت این است که کلام محقق نائینی ناتمام است؛ زیرا همان‌طور که قبلاً اشاره کردیم، انشاء و اخبار، گاهی به لفظ محقق می‌شود و گاهی به فعل؛ مثلاً وقتی کسی اجازه‌ی دخول در دار می‌خواهد، گاهی به او می‌گوییم «بفرماید» که مفاد لفظ است و گاهی به او اشاره می‌کنیم که داخل شود و او هم می‌فهمد، در این جا هر دو - یعنی لفظ و اشاره - از حیث مدلول واحد هستند.^۴ لذا خدمت محقق نائینی رحمته الله عرض می‌کنیم: فرقی نمی‌کند که با بیع با لفظ بگوید «بعث» و یا این که با اعطاء خارجی همان مطلب را بیان کند؛ زیرا همان‌طور که «بعث» آلت انشاء بیع است - حال حقیقت انشاء علی اختلاف المبانی هر چه می‌خواهد باشد - «اعطاء خارجی» هم آلت انشاء بیع است. طبق مبانی مشهور که فی‌الجمله منصور هم هست، حقیقت انشاء این است که مثلاً با «بعث» در عالم اعتبار بیع ایجاد می‌شود؛ یعنی «بعث» وسیله‌ی ایجاد است، «اعطاء» هم این چنین می‌باشد یعنی وسیله‌ی ایجاد است و از این جهت فرقی بین بیع قولی و فعلی وجود ندارد.

۴. برای اخبار هم می‌توان این گونه مثال زد که اگر مثلاً کسی بی‌سود درس نیست؟ در جواب آن گاهی با لفظ می‌گوییم «نیست» و گاهی

سرمان را به نشانه‌ی نفی تکان می‌دهیم.

بنابراین اگر اشکال وارد باشد، باید در هر دو جا وارد باشد و اگر وارد نباشد، در هیچ جا وارد نیست، که به نظر ما اشکال وارد نیست؛ زیرا همان طور که در تکوین اگر چیزی ایجاد شود حداقل به نظر سطحی باقی است - ولو به نظر دقی و فلسفی باقی نباشد مگر در جایی که به نوعی علت بقاء داشته باشد - در عالم اعتبار نیز وقتی چیزی با وسیله‌ی مناسب خود ایجاد شد، باقی هم هست؛ هر چند بالدقة نیز علت مبقیه دارد که همان بقاء اعتبار عقلاء است، و هیچ تفاوتی نمی‌کند که آن اعتبار توسط لفظ ایجاد شده باشد یا توسط فعل. بنابراین وقتی اجازه ملحق شد، لامحاله بنابر مبنای صحت فضولی با اجازه، معاطات تأثیر خود را می‌گذارد.

بنابراین اشکال محقق نائینی رحمته قابل التزام نیست، چنان که بعض اعظام تلامیذ^۵ ایشان هم این حرف را رد کرده‌اند. *إن شاء الله* توضیح بیشتر این مطلب در مبحث اجازه و رد خواهد آمد.

بنابر این که معاطات مفید اباحه باشد، آیا معاطات فضولی قابل تصحیح است؟

آن چه تا کنون بیان کردیم، طبق این مبنا بود که معاطات مفید ملک باشد، اما بنابر این که معاطات مفید اباحه باشد^۶، آیا معاطات فضولی با اجازه‌ی مالک قابل تصحیح است یا نه؟

۵. مصباح الفقه (المکاسب)، ج ۴، ص ۱۳۱:

الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ و اختاره.

و حاصله: ان فعل الفضولی ليس قابلاً للإيجاب في باب المعاطة سواء قلنا بإفادتها الإباحة أو بإفادتها الملك الجائز أو اللازم.

اما على القول بكونها مفيدة للإباحة، فمن جهة ان مجرد قصد اباحه التصرف بالإعطاء و ان كان بلا مئونة للفضولی الا ان الإباحة التي تكون مؤثرة في باب المعاطة هي الإباحة الحاصلة من تسليط غيره، فيكون تسليط غيره لغوا محضاً.

و اما اجازة المالك، فهو و ان كان تنفيذ الإباحة الا أنه بنفسها تكون مؤثرة في الإباحة من غير ربط بفعل الفضولی، و اما بناء على الملك فلان الفعل الواقع من الفضولی لا يتصرف الا بعنوان الإعطاء و التبديل، و اما افادة الملكية التي عبارة عن تبديل طرفي الإضافة فلا، بل هي متوقفة اما على إيجاد المادة بالهيئة و اما على فعل المالك فحينئذ يكون ذلك مصداقاً للبيع.

و فيه ان انحصار إفادة الملكية في البيع اما بإيجاد المادة أو بفعل المكلف و ان كان له وجه على المذاهب المعروفة في الإنشاء و لو كان مع ذلك قابلاً للمناقشة، الا أنه لا وجه له بناء على ما ذكرنا من ان الإنشاء ليس الا اعتبار النفساني و إظهاره بمرز في الخارج، لأن الفضولی أيضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونة و خفيف الاعتبار و يبرزه في الخارج بمرز سواء كان ذلك المبرز فعلاً أو قولاً، فإنه على كل حال يكون مصداقاً للبيع و قد تقدم ذلك منه في المعاطة مع جوابه.

نعم بناء على إفادتها الإباحة يتوجه الاشكال من جهة ان افادة المعاملات المقصود بها المالك للإباحة على خلاف القاعدة و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعديات عديدة على القول بالإباحة و ان أجاب عنها الشيخ الأنصاري بأنها ليست بمبعديات إذا اقتضاه الجمع بين الأدلة، و قد عرفت ذلك مفصلاً و اذن فلا بد من الاقتصار على صورة تعاطي المالكين في المعاطة.

۶. همان طور که بیان کردیم، ما این مبنا را قبول نداریم که معاطة مفید اباحه باشد، كما این که مشهور و بلکه نزدیک به اجماع متأخرین نیز این مبنا را قبول نکرده‌اند. لذا هر چند بعضی در این جا مطالب زیادی بیان کرده‌اند، اما چون ما اصل مبنا را قبول نداریم، فقط به اندازه‌ای که عبارات

برخی مانند مرحوم شیخ رحمته الله فرموده‌اند بنابر این مبنا که معاطات مفید اباحه باشد، می‌توان گفت اصلاً فضولی در آن راه ندارد. یک تقریر این مطلب، همان است که در عبارات محقق نائینی رحمته الله ذکر شد که اباحه ناشی از تسلیط مالکی است و این تسلیط با اجازه حاصل می‌شود، لذا نفس اجازه‌ی مالک، مبیح است، نه این که مالک تسلیط غیر را اجازه کند. مرحوم شیخ رحمته الله از طریق دیگری می‌خواهند این مطلب را اثبات کنند.

دلیل اول شیخ رحمته الله بر عدم صحت معاطات فضولی مفید اباحه

مرحوم شیخ ^۷ می‌فرماید: التزام به این قول که معاطات مفید اباحه می‌باشد، خلاف قاعده است و فقهاء به خاطر اجماع، سیره یا چیزی شبیه به آن قائل به اباحه شده‌اند؛ چراکه متعاطین قصد تملیک و تملک دارند نه قصد اباحه. و اگر بگوییم آنچه متعاطین قصد کرده‌اند که تملیک و تملک است واقع نمی‌شود و فقط اباحه‌ی تصرف واقع می‌شود، با توجه به توضیحاتی که قبلاً در ابتدای بحث معاطات بیان کردیم این خلاف قاعده است، و وقتی خلاف قاعده شد و دلیل صحّتش علی رغم خلاف قاعده بودن، اجماع یا سیره بود - یعنی دلیل لبی - لذا باید اقتصار به قدر متیقن کرد و قدر متیقن آن معاطاتی است که از جانب اصیلین انجام شده باشد اما اگر معاطاتی بین اصیل و فضولی یا بین فضولیین محقق شده باشد، دیگر اجماع و امثال آن شاملش نمی‌شود و لامحاله نمی‌توان حکم به صحت کرد.

عرض می‌کنیم کلام شیخ رحمته الله در این جا خیلی جای حرف دارد اما چون ما اصل این مبنا را قبول نداریم، لذا بیش از این کلام شیخ را دنبال نمی‌کنیم.

دلیل دوم شیخ رحمته الله

دلیل دوم شیخ ^۸ بر عدم حصول معاطات فضولی مفید اباحه این است که اصلاً حصول اباحه قبل از اجازه‌ی مالک غیر ممکن است. قاعدتاً مراد مرحوم شیخ رحمته الله این است که قبل از اجازه‌ی مالک، کسی حق ندارد در مال غیر که فضولی به او داده تصرف کند، بلکه چنین تصرفی شرعاً غیر ممکن است. حال که غیر

شیخ رحمته الله در مکاسب فهم شود، مطالبی را عرض می‌کنیم و سپس منتقل به مبحث بعدی می‌شویم.

۷. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۹۷:

هذا كله على القول بالملك، و أما على القول بالإباحة، فيمكن القول بطلان الفضولي؛ لأن إفادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين.

۸. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۹۷:

مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن، والآثار الأخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية، لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة، فافهم.

ممکن است، زمانی می‌توان تصرف کرد و اباحه هم باشد که مالک اصیل اجازه کند، که در این صورت اثر مترتب بر نفس اجازه‌ی مالک است و ربطی به عقد سابق ندارد.

اما آثار دیگر غیر از اباحه مثل جواز بیع و امثال آن - بنابر این که بگوییم این‌گونه تصرفات در غیر زمان اباحه‌ی فعلیه جایز است^۹ - قبل از اجازه‌ی مالک اثری بر این تصرفات مترتب نیست، و اگر بعد از اجازه باشد، اثر مربوط به نفس اجازه است و معاطات سابق فضولی تأثیری ندارد.

شیخ رحمته‌الله در ادامه با «اللهم إلا أن یقال» استدراک کرده و می‌گویند: مگر این که گفته شود هرچند قبل از اجازه، اباحه‌ی فعلیه وجود ندارد، اما اگر اجازه را کاشف بدانیم، می‌توان گفت با اجازه کشف می‌شود تصرفاتی که قبل از اجازه واقع شده مانعی ندارد؛ چراکه آن شیء فی الواقع مباح بوده، هرچند مباح له علم به آن نداشته است، و همین مقدار برای ترتب آثار کافی است.

شیخ رحمته‌الله در انتهای یک «فافهم» دارند که می‌خواهند بفرمایند نمی‌توان گفت آثار دیگر وجود دارد. یک وجه کلام شیخ این است که یکی از راه حل‌هایی که برای سایر آثار گفته‌اند این است که در آثار متوقف بر ملک، ملتزم می‌شویم آن‌ما قبل از بیع، آن مبیع ملک بایع می‌شود به دلالت اقتضاء؛ زیرا وقتی مبیح می‌گوید همه‌ی تصرفات بر تو جایز است حتی تصرفات متوقف بر ملک، کأن به این معناست که به او وکالت داده ابتدا مبیع را داخل در ملک خودش کند و سپس ملک خود را بفروشد. اما این توجیه مربوط به جایی است که معاطات توسط اصیلین انجام شود، اما اگر توسط اصیل و فضولی و یا دو فضولی انجام شود، چون فضولی اصلاً چنین حقی ندارد، لا محاله نمی‌توان ملتزم شد که بدون اباحه‌ی فعلیه، این آثار مترتب می‌شود. وجوه دیگری نیز برای «فافهم» می‌توان بیان کرد که نیاز نیست آن را دنبال کنیم. مرحوم شیخ در این چند سطر و با عباراتی گنگ و بدون تفصیل، مطالبی را بیان کرده‌اند و بحث را تمام کرده‌اند. به نظر ما نیز مرحوم شیخ کار خوبی کرده‌اند و ما هم از ایشان تبعیت کرده و منتقل به مطلب بعدی می‌شویم.

اجازه و ردّ عقد فضولی

تا این جا بیان کردیم عقد فضولی قابل تصحیح به اجازه است. اما مباحث مهم دیگری باقی مانده از جمله این که حقیقت اجازه چیست و به چه الفاظی محقق می‌شود و چه احکامی دارد؟ هم‌چنین مجیز و

۹. در بحث معاطاة غیر فضولی بیان کردیم مشتری که چیزی را به معاطاة می‌خرد، می‌تواند آن را بفروشد حتی علی القول بالاباحه، و این‌گونه تصرفات متوقف بر ملک را پذیرفتیم ولو با توجیه این که آن‌ما قبل از تصرف، داخل در ملک متصرف می‌شود.

مجاز چه احکامی دارند و در مقابل، احکام ردّ چیست؟ که إن شاء الله باید هر یک از این مباحث مورد رسیدگی قرار گیرد.^{۱۰}

عرض می‌کنیم هر کسی که قائل به صحت عقد فضولی شده، مقصودش این است که با اجازه صحیح می‌شود. اجازه فی الجمله معنایش روشن است و آن این که مالک یا کسی که در حکم مالک است، عقد اجنبی را بپذیرد و رضایت به آن داشته باشد و این رضایت را ابراز هم کند، اما اگر ابراز نکند علی المشهور کافی نیست.

اقوال در اجازه

مرحوم شیخ^{۱۱} می‌فرماید در حقیقت اجازه، سه قول وجود دارد؛ قول اول این که بگوییم اجازه کاشف است از این که عقد از ابتدا واقع شده است و دقیقاً مثل آن است که مالک از ابتدا رضایت به عقد داشته است و عقد با إذن مبرز او انجام شده باشد، که به آن کشف حقیقی می‌گویند.

قول دوم این که اجازه ناقل باشد به این معنا که عقد سابق از حین اجازه مؤثر می‌شود و این که می‌گویند اجازه به عقد سابق تعلق می‌گیرد، به این معناست که نیاز به انشاء جدید ندارد.

۱۰. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۹۹:

القول فی الإجازة و الردّ

أما الكلام فی الإجازة: فيقع تارةً فی حکمها و شروطها، و أخرى فی المجیز، و ثالثة فی المجاز.

۱۱. همان:

أما حکمها، [هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة فی كونها كاشفة بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتّى كأن العقد وقع حال الإجازة، على قولين: فالأكثر على الأوّل

و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله فی المقام بعض الأعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة: شرطية الوصف المنتزع منها، و هو كونها لاحقة للعقد فی المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحق بالإجازة، و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخرة عنه.

...و الحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، و هذا نقل حقيقيّ فی حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتي الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقي.

و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء قدّس سرّه فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، و إلّا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال في زمان العقد؛ و لذا عنون العلامة رحمه الله في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله: «و في زمان الانتقال إشكال». فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال.

قول سوم که مرحوم شیخ رحمۃ اللہ علیہ می فرمایند قبل از استاد شریف العلماء رحمۃ اللہ علیہ ندیدم کسی متعرض آن شده باشد این است که با حقوق اجازه، تعبداً حکم می شود که آثار - البته آثاری که امکان ترتب آن باشد - از ابتدا مترتب بوده است، که به آن کشف حکمی می گویند.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی