



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جلسه شصت و نهم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۱۲/۱۵

بازگشت به اصل بحث (بررسی مسأله «من باع شیئاً ثم ملكه»)

بحث ما بر سر این مسأله بود که اگر کسی، ملک غیر را فضولتاً لنفسه بفروشد، سپس آن را مالک شود - قهراً یا اختیاراً - و بیع سابق خود را اجازه کند، آیا بیع صحیح می شود یا نه؟
مرحوم شیخ عباراتی را از محقق حلّی رحمته الله نقل کردند که استظهار ما از عبارت ایشان این بود که بیع با اجازه صحیح می شود. و حتی از شیخ طوسی رحمته الله نقل شده بود که بیع بدون اجازه هم صحیح است، که به تبع عبارت مرحوم شیخ که در مورد زکات بود، وارد در بحث چگونگی تعلق زکات به اموال زکوی شدیم و فی الجمله مطالبی ذکر کردیم.

مرحوم شیخ رحمته الله در ادامه می فرمایند: جناب شهید رحمته الله در دروس^۲ تصریح به صحّت بیع با اجازه کرده اند

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۶:

بل يظهر ممّا حکاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلّا أن يقول الشيخ بتعلّق الزكاة بالعين كتعلّق الدين بالرهن، فإنّ الرهن إذا باع ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفة.

و بهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في الدروس، و هو ظاهر المحكي عن الصميري.

و المحكي عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان، و مال إليه بعض المعاصرين، تبعاً لبعض معاصريه.

[الأقوى الصحة]

و الأقوى هو الأوّل؛ للأصل و العمومات السليمة عمّا يرد عليه ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا ممّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح و جامع المقاصد.

۲. الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج ۳، ص: ۱۹۳

و لا يشترط الإجازة في الحال، و لا كون المجيز حاصلًا حين العقد، فتصحّ إجازة الصبيّ و المجنون بعد الكمال، و كذا لو باع ملك غيره ثمّ

و ظاهر محكى از فاضل صيمرى^٣ رحمته الله نيز چنين است. كثير ديگرى از علماء نيز قائل به صحت بيع شده‌اند. در مقابل، نادراً از عده‌اى از جمله محقق كركى در تعليق الارشاد^٤ نقل شده حتى اگر مالك اجازه كند، بيع صحيح نمى‌شود و بعض معاصرین يعنى مرحوم صاحب جواهر^٥ رحمته الله - على ما نقل - تمايل به اين قول پيدا کرده و تبعيت از بعض معاصرینش يعنى شيخ اسد الله تسترى^٦ رحمته الله کرده است.

صاحب جواهر^٧ رحمته الله در مبحث زكات^٦ صريحاً حكم به بطلان بيع کرده است، اما در مبحث بيع فضولى،

انتقل إليه فأجاز.

٣. غاية المرام فى شرح شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٥:

الثالث: لو باع مال غيره ثم ملكه قبل فسخ المالك وإجازته، افتقر إلى الإجازة من البائع؛ لأنه باع وهو غير مالك، ولا بد من إجازة المالك، وقد صار مالكا فلا بد من إجازته.

و اختار فخر الدين نفوذ البيع من غير توقف على الإجازة على القول بصحة بيع الفضولى؛ لأن إجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر، فملك المباشر أبلغ بإيجاب الصحة.

و اشترط العلامة الشهيد الإجازة من غير تردد. وهو المعتمد؛ لما قلناه.

٤. مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة، ج ١٢، ص ٦٢٦:

و فى «تعلق الإرشاد» فى الفرع المذكور هل يصح البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا؟ وجهان، و عدم الاشتراط أبعد بل البطلان يتبعه إذا قلنا: إن الإجازة كاشفة، لأن انتقال الملك إلى المشتري الأول إذا كان فى وقت العقد استلزم بطلان البيع الثانى فينتفى الملك، و صحه البيع الأول فرع له.

٥. جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ٢٢، ص ٢٩٧:

و كيف كان ففى القواعد الأقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال أى فى صحة الفضولى، فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ينفذ على إشكال، و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و أجاز، قيل: و مراده بقرينة التفریع اعتبار كون المجيز له قابلية الإجازة حين العقد، فلو تجدد له القابلية كما فى المنالين لم تؤثر الإجازة، و مقتضاه حينئذ عدم الصحة لو باع الفضولى حين كمال المالك ثم نقص لجنون و نحوه، أو مات و انتقل المال إلى الوارث أو غير ذلك، بل لو اعتبر مع ذلك استمرار القابلية إلى حين الإجازة لم تجد أجازته لو عاد إلى الكمال، فضلا عن غيره إلا أنه كما ترى لا دليل عليه، بل مقتضى إطلاق ما سمعته من أدلة الفضولى خلافه، مضافا إلى خبر الصغيرين و دعوى أن الإجازة فيه بناء على الكشف تقتضى نفوذ التصرف فى زمان لم يكن للمجيز التصرف فيه، يدفعها إمكان منع ذلك أولا، و منع امتناعه فى مثل الفرض ثانيا، نعم قد يمتنع فى نحو المثال الثانى، لأن الكشف حال العقد يقتضى عدم ملك للثانى، الذى قد فرض انتقال الملك إليه و كل ما يستلزم وجوده عدمه غير متحقق، و لا يناقش بإمكان جريان ذلك فى المالك المتحد، بأن يقال لا تأثير لإجازته أيضا مع انكشاف زوال ملكه عنه سابقا، فهى أيضا مما يستلزم وجودها عدمها، ضرورة وضح الفرق بينهما بأدنى تأمل.

٦. همان، ج ١٥، ص ١٤٢:

و حينئذ فلو باع المالك النصاب نفذ فى نصيبه قولا واحدا كما اعترف به فى البيان، و وقف فى حصه الفقير على إجازة الإمام عليه السلام أو وكيله، فياخذ من الثمن بالنسبة، و لو أدى المالك الزكاة من غيره بعد البيع لم يجد فى الصحة، ضرورة عدم الملك حال البيع، اللهم إلا أن يجعل الشرط الملك و لو متأخرا عنه، و فيه بحث أو منع، و ما يقال إن التأديبة من الغير تقوم مقام الإجازة يدفعه - بعد اختصاصه بالتأديبة للإمام عليه السلام أو وكيله دون الفقير الذى لا تجدى الإجازة منه، لعدم الولاية له، و عدم اختصاص الحق به - أن المتجه حينئذ الرجوع بالثمن على النسبة كما هو مقتضى الإجازة، اللهم إلا أن يكون ذلك معاوضة عنه، و هو كما ترى.

عبارتشان مقداری نوسان دارد و شاید نظر شیخ رحمته الله که فرمودند «مال الیه بعض المعاصرین»، بیشتر به عبارت بحث بیع ایشان باشد، هرچند اگر به خصوص عبارت باب بیع ایشان اکتفاء کنیم، نمی‌توان گفت تمایل به این قول دارد، اما با نظر به مجموع کلمات ایشان می‌توان گفت صاحب جواهر رحمته الله تمایل به این قول دارد.

نظر مرحوم شیخ رحمته الله: اقوا صحت بیع

مرحوم شیخ رحمته الله می‌فرمایند: اقوا، قول اول است که بگوییم بیع فضولی در مسأله‌ی «من باع شیئاً ثم ملكه»، با اجازه صحیح شده و آثار بر آن مترتب می‌شود، و در تعلیل آن می‌فرمایند: «للأصل و العمومات السلیمة عما یرد علیه»؛ زیرا ادله‌ی صحت یعنی اصل و عموماتی که در ابتدای بحث بیع ذکر کردیم، قصوری نسبت به شمول ما نحن فیه ندارد.

مراد شیخ رحمته الله از «اصل» در این جا، اصل عملی نیست؛ زیرا مقتضای اصل عملی بطلان معامله است^۷، بلکه مراد از اصل، همان «قواعدی» است [که از عمومات استفاده می‌شود]؛ یعنی عمومات و قواعد، کافی در حکم به صحت بیع فضولی بعد از اجازه‌ی مالک است. سپس مرحوم شیخ رحمته الله می‌فرماید: اشکالی بر صحت بیع فضولی در این جا وجود ندارد مگر بعضی شبهاتی که بعضی معاصرین - یعنی شیخ اسدالله تستری رحمته الله - سر هم کرده‌اند (لَفَقَّهَا بَعْضٌ مِنْ قَارِبِ عَصْرِنَا) که اکثر اشکالات ایشان، برگشت به مطالبی دارد که فخرالمحققین رحمته الله در ایضاح الفوائد^۸ و محقق کرکی رحمته الله در جامع المقاصد^۹ ذکر کرده‌اند.

۷. [استصحاب عدم تحقق نقل و انتقال].

۸. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۱، ص ۴۱۹.

المسئلة الثانية إذا باع مال غيره ثم ملكه (يحتمل) الصحة لأن إجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر فملكه أبلغ و لان عقد الفضولي سبب صالح للتأثير عند وجود الشرط و قد تحقق و لزوال المانع (و هل) يتوقف على إجازته إشكال من حيث ان الرضا الأول لم يكن معتبراً لانه لم يكن مالكا و من حيث تحقق شرط اعتباره (و يحمّل) البطلان لتضاد ملكي شخصين لشيء واحد بعينه و قد تحقق احد الضدين فينتفى الآخر (و التحقيق) انه ان قلنا بصحة بيع الفضولي صح البيع هنا من غير توقف على إجازة البائع.

۹. جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۷۳:

قوله: (و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و أجاز).

إن حمل على أن المراد: و كذا الإشكال في عدم النفوذ لو باع مال غيره إلى آخره، فمنشأ الإشكال من أن العقد كان موقوفاً على الإجازة من المالك الذي وقع البيع، حال كونه مالكا، و قد تعذرت بانتقال الملك إلى مالك آخر، فامتنع الحكم بالصحة. و من أن الإجازة للعقد الفضولي من مالك العين و من يقوم مقامه في ذلك، فإن الوكيل المفوض تعتبر إجازته على وفق المصلحة قطعاً، و من انتقل المبيع إليه تصرفه أقوى، بل يحمّل أن يقال: مجرد الانتقال إلى المتصرف فضولياً كاف في صحة العقد، لأن ذلك أبلغ من إجازة المالك.

و إن حمل على أن المراد: و كذا لا ينفذ إلى آخره، فوجهه أن الإجازة قد تعذرت، و إنها على القول بأنها كاشفة، يلزم كون الملك لشخصين في

همان‌طور که ملاحظه می‌کنید، بعض عبارات مرحوم شیخ رحمته الله در این چند صفحه، مشوش و ناقص است، هم‌چنین بعض تعبیری دارند که با تعبیر سابق ایشان سازگاری ندارد؛ مثلاً شیخ رحمته الله تقریباً در همه جا از شیخ اسدالله تستری رحمته الله، تعبیر به محقق کرده و در بسیاری از موارد می‌فرماید: «بعض المحققين من المعاصرين»، اما در این جا می‌فرمایند اشکالی وارد نیست مگر آن‌چه که «لَفَقَّهَا بَعْضٌ مِنْ قَارِبِ عَصْرِنَا». به هر حال امکان دارد جناب شیخ رحمته الله این چند صفحه را آخر شب نوشته باشند و حالشان چندان مناسب نبوده است.^{۱۰}

مرحوم شیخ رحمته الله در ادامه، اشکالات محقق تستری رحمته الله را ذکر کرده و به آن پاسخ می‌دهد. ما هم به تبع ایشان، یک یک این اشکالات را ذکر کرده و بررسی می‌کنیم^{۱۱} که آیا می‌توانند مانع از صحت بیع حتی با حقوق اجازه باشند یا نه؟ و معلوم خواهد شد بعض آن اشکالات مخصوصاً اشکال هفتم، کاملاً قوی است

زمان واحد.

و اعلم أن في هذه المسألة إشكالا، و ذلك لأن الإجازة إن كانت كاشفة لزم دخول المبيع في ملك المشتري من حين العقد، فيكون السبب المقتضى لملك العاقد فضولا غير صحيح، لكونه واقعا على ملك الغير، فإذا فسد فسدت الإجازة المترتبة عليه. و التحقيق أن يقال: إن كان السبب الناقل للملك بعد العقد الفضولي مع علم المالك بجريان الفضولي كان فسحا له، فيبطل، فلا تؤثر فيه الإجازة لامتناع الرضى بالفضولي مع صحة التصرف فيه، الناقل عن الملك. و إن كان بغير علمه نظر في أنه هل يعد هذا التصرف مستلزما للفسخ أم لا؟ و على الثاني نظر هل تعد الإجازة كاشفة، أو معتبرة في السبب المقتضى لنقل الملك؟ فعلى استلزام الفسخ لا بحث، و على اعتبار الإجازة في السبب بناء على الثاني يمكن الصحة مع إجازته، و على كونها كاشفة يتجه البطلان، لأنه يلزم من ثبوتها نفيها. إلا أنه يشكل معموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و لم يتم دليل يدل على انفساخ الفضولي، و لا قام دليل على انحصار الإجازة في المالك المعين، و هو الأول، و من المعلوم أن اللزوم الفضولي إنما يتوقف على انضمام رضى المالك إلى صيغة العقد، ليصير العقد كالصادر عن رضاه، فيكون كعقد الوكيل، و إذا كان تقدم العقد على الرضى لا يقدر، فتقدمه على الملك لا يقدر، لانتهاء المقتضى. فيمكن أن يقال: يكفي لصحة الإجازة ثبوت الملك في ظاهر الحال، فكأنه ناب مناب المالك فيها. و يرد عليه: أن الثمن الثاني إن ملكه المالك لم يجوز أن يتخلف عنه ملك المشتري المتصرف فضولا، و إن لم يملكه كانت المعاوضة فاسدة، و لا سبيل إلى القول به.

۱۰. مثلاً بعض از مشایخ ما رحمته الله نقل می‌کرد در تهران می‌خواستیم کتاب شفای بوعلی را بخوانیم. خدمت علامه شعرانی رسیدیم و پرسیدیم پیش چه کسی این کتاب را بخوانیم؟ ایشان فرمودند پیش فاضل تونی بخوانید که عالم واردی است. ما دو جلسه پیش ایشان رفتیم اما دیدم مطالب را دردم می‌گوید. خدمت علامه شعرانی رسیدیم و قضیه را گفتیم، علامه فرمود: ایشان استاد مسلطی است و خوب می‌گوید، احتمالاً مشکلی باید باشد. بعد از چند روز فاضل تونی سکنه کرد و معلوم شد حالش میزان نبوده است. به هر حال گاهی مزاج روی فکر و حالات انسان تاثیر می‌گذارد. و احتمالاً مرحوم شیخ رحمته الله هنگام نوشتن این چند صفحه، حال خوشی نداشتند.

۱۱. این مسأله، مسأله‌ی مهمی است که در ابواب متعدد فقه کاربرد دارد از جمله باب خمس. در مسأله‌ی زکات هم کاربرد دارد اما چون در باب زکات نص خاص داشتیم، از مقتضای قاعده خارج شدیم. بله اگر کسی قائل شود خمس در تمام امور مانند زکات است، خمس هم از تحت قاعده خارج می‌شود.

که حتی خود شیخ رحمته الله فی الجمله تسلیم آن شده‌اند.

اشکالات محقق تستری رحمته الله بر صحت بیع در مسأله‌ی «من باع شیئاً ثم ملكه»

اشکال اول

اولین اشکالی که محقق تستری^{۱۲} ذکر می‌کند این است که اشکالاتی که در مسأله‌ی ثالثه‌ی فضولی بیان کردیم، همان اشکالات در ما نحن فیه هم وارد می‌شود. مسأله‌ی ثالثه‌ی فضولی این بود که «باع الفضولی مال الغير لنفسه ثم اجاز المالك لنفسه». در آن جا چهار و بلکه پنج اشکال بر قول به صحت بیع فضولی با لحوق اجازه وارد شده بود، محقق تستری رحمته الله می‌فرماید: همان اشکالات در این جا هم وارد می‌شود، البته چه بسا بعض اشکالاتی که آن جا ذکر کردیم، در ما نحن فیه جاری نباشد.

عبارت «ربما لا یجری فیه بعض ما ذکر هناک» عین عبارت صاحب مقابس رحمته الله است که شیخ رحمته الله نقل کرده است. و این عبارت مقداری ابهام دارد که مراد چیست، آیا بعض اشکالات آن جا در ما نحن فیه وارد نیست و یا این که بعض جواب‌هایی که به اشکالات داده شد در ما نحن فیه کافی نیست؟

اگر مراد این باشد که بعض اشکالاتی که در آن جا ذکر کردیم، در این جا وارد نیست، کلام خوبی است و واقعاً بعض اشکالات آن جا در ما نحن فیه وارد نیست، از جمله اشکال چهارم که مرحوم شیخ رحمته الله بعداً متذکر آن می‌شوند. هم‌چنین اشکال اولی که آن جا ذکر شد، فی الجمله در ما نحن فیه وارد نیست. اشکال اول این بود که مسأله‌ی ثالثه‌ی فضولی، غالباً در مورد «غاصب» است - مانند سارق - که مال غیر را برای خودش می‌فروشد، و «غصب» هم اماره‌ی عدم رضای مالک است، پس کأن مالک عقد را رد کرده است و عقدی که رد شد، دیگر قابلیت صحّت با لحوق اجازه را ندارد. اما این اشکال در ما نحن فیه وارد نیست؛ زیرا مالک حین اجازه، همان عاقد فضولی است که می‌خواهد عقد را برای خودش اجازه کند، پس عدم رضایت مالک مجیز، هیچ وقت وجود نداشته است. اما عدم رضایت مالک حین عقد، اولاً اصلاً معلوم نیست موجود بوده باشد، ثانیاً این عدم رضایت هیچ تأثیری ندارد.

اما این که می‌گوییم اشکال اول فی الجمله در ما نحن فیه وارد نیست، به این خاطر است که در بعض

۱۲. مقابس الأتوار و نفائس الأسرار، ص ۱۳۴:

لنا ان هذا العقد قد اشتمل على وجوه من الخلل و المفاصد الاول انه قد باع مال الغير لنفسه و قد مر الكلام فیه و ربما لا یجری فیه بعض ما ذکر هناک فلیتأمل فیه.

موارد ممکن است این اشکال وارد باشد؛ مثلاً مالک از ابتدا راضی نبوده، ولی فضولی مبیع را برای خودش فروخته و سپس از مالک خریده باشد. در این جا اگر کسی قبول کند عدم رضایت مالک به منزله‌ی ردّ است، دیگر قابلیت عقد را برای اجازه از بین می‌برد. بدین جهت چون سید یزدی^{۱۳} دیده چنین نیست که این اشکال صددرصد در ما نحن فیه وارد نباشد، لذا کأنّ اظهر این گرفته‌اند که مراد از «ربما لا یجری فیه بعض ما ذکر هناک» یعنی بعض آن جواب‌هایی که آن جا به اشکالات دادیم، در ما نحن فیه کافی نباشد. سپس خود سید^ع می‌فرماید من که نمی‌فهمم چرا بعض آن جواب‌ها این جا کافی نباشد.

به نظر می‌آید اظهر، همان احتمال اول باشد - که سید یزدی^ع آخر ذکر فرمودند - یعنی مراد صاحب مقابس^ع این باشد که بعض اشکالات آن جا، در ما نحن فیه جاری نیست. و آن اشکالی که در آن جا جاری بود اما در ما نحن فیه اصلاً جاری نیست، اشکال چهارم است که شیخ بعداً متعرض آن می‌شوند. و در این جا چون شیخ^ع ابتدا کلمات محقق تستری را نقل می‌کند و سپس کلماتی دارند و بعد از آن اشاره به عدم ورود اشکال چهارم می‌کنند، مقداری انسجام عبارات شیخ^ع به هم خورده است.

اشکال چهارم این بود که «المنشأ غیر مجاز و المجاز غیر منشأ»؛ عقدی که انشاء شده، غیر از عقدی است که اجازه داده شده و عقدی که اجازه داده شده، غیر از عقدی است که انشاء شده است؛ زیرا در آن جا عاقد و مالک دو نفر بودند، فضولی مال غیر را لنفسه می‌فروخت؛ یعنی منشأ، وقوع بیع برای فضولی بود، اما مالک، عقد را برای خودش اجازه می‌دهد؛ یعنی مجاز، وقوع بیع برای مالک بود، پس مجاز غیر منشأ و منشأ غیر مجاز بود. اما این اشکال در ما نحن فیه وارد نیست؛ زیرا عاقد فضولی که مال غیر را لنفسه فروخته،

۱۳. حاشیة المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۱۶۳:

قوله و ربما لا یجری فیه بعض الخ

أقول یعنی لا یجری بعض التوجهات لدفع بعض الإشکالات هناک هاهنا لکن لم أفهم المراد من ذلك البعض فإنّ جمیع الإشکالات المذكورة هناک مشترک الدفع إلی ما أشار إلیه المصنف من إشکال مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان و هذا كما أشار إلیه قدّس سره علی العکس ممّا قصده المستدلّ فإنّه مندفع عن المقام من دون حاجة إلی ما ذکر هناک و قد یقال إنّ مراده من ذلك البعض توجیه إشکال عدم قصد حقيقة البیع فی بیع الغاصب بما ذکر هناک من أنّ الغاصب ینزل أولاً نفسه منزلة المالك بمعنى أنّه یدعی أنّه مالک ثمّ یبیع فیکون حقيقة البیع محفوظة بعد هذا الادعاء و أنت خبیر بأنّ هذا التوجیه جار فی المقام أيضا فإنّ البائع إذا باع لنفسه مال الغير فلا بدّ و أنّ یدعی کونه مالکا بناء علی الحاجة إلی هذا التوجیه و إلیا فقد عرفت دفع الإشکال بوجه آخر و الحاصل أنّ هذا التوجیه أيضا مشترک بین المقامین و لعلّه ذکر فی المقاییس إشکالا آخر غیر ما مرّ فی هذا الكتاب یختصّ دفعه بتلك المسألة فتدبر و یمکن علی بعد أن یمکن مراد المستدلّ من العبارة المذكورة و ربما لا یجری فی المقام بعض الإشکالات هناک فیکون حاصله أنّ الإشکالات الواردة فی بیع مال الغير لنفسه المذكورة هناک جاریة هاهنا أيضا و إن کان بعضها لا یجری یعنی یکفی فی الإشکال جریان البعض فلیس غرضه أولیة المقام بالإشکال فتأمل.

على الفرض الان خودش مالک شده و می‌خواهد عقد را برای خود اجازه کند، پس مُجاز همان مُنشأ است.

پاسخ شیخ رحمته به اشکال اول محقق تستری رحمته

مرحوم شیخ رحمته^{۱۴} می‌فرماید: ما قبلاً به تمام این اشکالات پاسخ دادیم و [معلوم شد اقوا، صحّت بیع فضولی با حقوق اجازه‌ی مالک است] و بلکه بعض آن اشکالات اصلاً در ما نحن فیه وارد نیست، مانند اشکال عدم مطابقت مُجاز با منشأ. هم‌چنین فی‌الجمله اشکال اول که غصب، اماره عدم رضایت است، در ما نحن فیه وارد نیست؛ چون مسأله «من باع شیئاً ثم ملكه» غالباً در مورد غیر غاصب است؛ زیرا در ما نحن فیه بایع عمدتاً به قصد این‌که بعداً از مالک بخرد و تحویل مشتری بدهد، مال غیر را برای خود می‌فروشد، لذا غالباً در مورد غیر غاصب است، هرچند صورت غصب را هم شامل می‌شود. البته شاید بعض اشکالات دیگر نیز در ما نحن فیه وارد نباشد، اما مهم نیست و آن‌جا به تمام این اشکالات پاسخ دادیم، چه رسد به این‌جا.

اشکال دوم محقق تستری رحمته

اشکال دوم محقق تستری رحمته^{۱۵} این است که در صورتی ملتزم به صحّت عقد فضولی با اجازه‌ی مالک می‌شویم که من له الاجازه در حین عقد، مالک باشد. هم‌چنین مالک قدرت بر تسلیم مبیع در حین عقد داشته باشد و رضایت محرزه به عقد فضولی هم حاصل شود. اما در مسأله‌ی «من باع شیئاً ثم ملكه»، مالک حین اجازه، در حین عقد اصلاً مالک نبوده است، رضایت مالک حین عقد هم مفقود است - زیرا چه بسا اصلاً اطلاع از بیع نداشته - بایع هم قدرت بر تسلیم مبیع در حین عقد نداشته است، در نتیجه شروط صحت بیع مفقود است و لذا حتّی اگر بایع فضولی بعداً مالک شود و عقد را اجازه کند، تأثیری ندارد.

۱۴. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۳۷:

الأول: أنه باع مال الغير لنفسه، وقد مرّ الإشكال فيه، وربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

وفيه: أنه قد سبق أن الأقوى صحته، وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

۱۵. مقابس الأنوار و نفاثس الأسرار، ص ۱۳۴:

الثاني انا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضاء المالك و القدرة على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز لأنه البائع حقيقة و الفرض هنا عدم اجازته و عدم وقوع البيع عنه.

پاسخ شیخ رحمته الله علیه به اشکال دوم

عبارت مرحوم شیخ رحمته الله علیه در این جا مقداری تشویش دارد. شیخ ^{۱۶} رحمته الله علیه می فرماید: این که باید مجیز، در حین عقد مالک باشد و رضایت به عقد هم داشته باشد، دلیلی بر این مطلب وجود ندارد، بلکه آن چه ثابت است، اعتبار مالکیت در حین اجازه و رضایت مالک حین اجازه است که هر دو حاصل است، چون علی الفرض مالک، عقد را اجازه می کند.

بله، ما مضایقه ای از اشتراط قدرت بر تسلیم نسبت به مالک حین عقد نداریم و قدرت مالک حین اجازه را کافی نمی دانیم، اما فعلاً بحث ما در مورد اشتراط یا عدم اشتراط قدرت بر تسلیم نیست؛ چراکه ما درصدد بررسی تمام شروط عقد نیستیم، بلکه بحث ما فعلاً در مورد اشتراط رضایت مالک حین عقد یا کفایت رضایت مالک حین اجازه می باشد و سایر شروط از جمله اشتراط قدرت بر تسلیم باید در جای خود بررسی شود. حال اگر این شروط را احراز کردیم، می گوییم اثر مترتب می شود و اگر احراز نکردیم دیگر اثر مترتب نمی شود، علی ای حال اشتراط قدرت بر تسلیم مالک حین عقد، ربطی به بحث فضولی و کفایت رضایت مالک حین اجازه ندارد.

بررسی جواب شیخ رحمته الله علیه به اشکال دوم

خدمت جناب شیخ رحمته الله علیه عرض می کنیم: محل بحث در مسأله بیع فضولی آن است که اثبات کنیم با اجازه مالک، عقد بالفعل ذات اثر می شود، نه این که شأنیت صحّت و نقل و انتقال را داشته باشد، لذا اگر قدرت بر تسلیم «مالک حین عقد» شرط باشد و آن قدرت باید تا حین اجازه هم مستمر باشد، عقد بالفعل صحیح نمی شود؛ چون مالک مجیز، در حین عقد قدرت بر تسلیم مبیع نداشته است. بله مالک دیگری قدرت بر تسلیم داشته، اما علی الفرض او که اجازه نمی دهد.

بنابراین صرف این که بگوییم بحث اشتراط قدرت بر تسلیم، مربوط به جای دیگری است، اشکال را حل

۱۶. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۷:

الثانی: إنا حیث جوزنا بیع غیر المملوک مع انتفاء الملک و رضا المالك و القدرة علی التسليم اکتفینا بحصول ذلك للمالك المجیز؛ لأنه البائع حقیقه، و الفرض هنا عدم إجازته، و عدم وقوع البیع عنه.

و فیه: أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملک حال العقد أم لا؛ لأنّ الداعی علی اعتبار الرضا سلطنة الناس علی أموالهم و عدم حلّها لغير ملّاکها بغير طیب أنفسهم و قبح التصرف فیها بغير رضاهم، و هذا المعنی لا یقتضی أزید ممّا ذکرنا. و أمّا القدرة علی التسليم فلا تضایق من اعتبارها فی المالك حین العقد، و لا یکتفی بحصولها فیمن هو مالک حین الإجازة، و هذا کلام آخر لا یقصد التزاه فی صحّة البیع المذكور؛ لأنّ الکلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

نمی‌کند و همان‌طور که خود شیخ رحمته‌الله فرمودند «الکلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها»، لذا شما باید به گونه‌ای بگویید این شرط حاصل است.

اما حقیقت آن است که بیش از اشتراط قدرت بر تسلیم مالک حین اجازه، چیز دیگری شرط نمی‌باشد و فرضاً اگر بگویید شرط است، می‌گوییم چه بسا مالک اصلی در حین عقد، قدرت بر تسلیم داشته و در حین اجازه هم مالک مجیز قدرت بر تسلیم دارد، و همین مقدار قدرت، کافی در صحت عقد است. به تعبیر دیگر **قدرت بر تسلیم تلفیقی**، کافی در صحت عقد است، لذا در مجموع می‌توان گفت هر کسی که مالک بوده از حین عقد تا حین اجازه، قدرت بر تسلیم داشته است، هرچند مصداق مالک فرق می‌کند؛ مالک حین عقد مثلاً زید بوده و مالک حین اجازه عمرو می‌باشد، اما این ضربه‌ای به صحت عقد نمی‌زند.

این در صورتی است که کسی اصرار داشته باشد مالک باید قدرت بر تسلیم داشته باشد. اما اگر دقت کنیم باید چنین بگوییم که «مبیع و ثمن باید به گونه‌ای باشد که بعد از عقد، در اختیار طرف مقابل قرار گیرد و تسلیم به او شود، هرچند این تسلیم قهراً باشد»؛ یعنی لازم نیست مالک، عاقد یا هر کس دیگری این مبیع را بگیرد و تحویل طرف مقابل بدهد، بلکه اگر بدانیم اولین زمانی که لازم است مبیع تحویل طرف مقابل داده شود، تسلیم مبیع به هر طریقی محقق می‌شود، بعید نیست بگوییم همین مقدار کافی در صحت عقد است؛ مثلاً فرض کنید عبدی به خاطر تنفر از مولایش فرار کرده باشد، اما آرزویش این است که مالک دیگری پیدا کند تا به او غذا بدهد، و ما هم می‌دانیم به مجرد این که اطمینان پیدا کند که مالکش او را فروخت، خودش را تسلیم مشتری و مالک جدید می‌کند، در این جا مشکل است که بگوییم این مقدار قدرت بر تسلیم کافی نباشد.

مثال روشن‌تر این که کسی مال دیگری را لافسه بفروشد، درست است که الان قدرت بر تسلیم ندارد، اما اگر یقین داشته باشد که می‌تواند مالک را راضی کند و مال را از او بخرد و تحویل مشتری بدهد، همین مقدار قدرت بر تسلیم کافی است و بیش از این هم شرط نمی‌باشد. و جواب صحیح به اشکال دوم محقق تستری رحمته‌الله این است؛ نه جوابی که مرحوم شیخ رحمته‌الله به صورت مبهم و با عبارتی مشوش بیان فرمودند.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی