



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جلسه ی نود و یکم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۳/۳

۳. روایت محمد بن القاسم بن الفضیل:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ إِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْبَرْقِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقَاسِمِ بْنِ

۱. مرحوم شیخ طوسی رحمته الله در مشیخه تهذیب الاحکام دو طریق به روایات احمد بن محمد بن عیسی - به جز نوادر که سند جدا می دهند - ذکر می کند که هر دو به صورت «و من جمله» می باشد، لذا شامل همه ی روایات ایشان نمی شود، ولی با ضم اسانید/فهرست، اطمینان به صحت سند شیخ به روایات احمد بن محمد بن عیسی حاصل می شود:

✓ تهذیب الاحکام، المشیخه، ص ۷۲:

و من جمله ما ذکرته عن احمد بن محمد بن عیسی ما رویته بهذا الاسناد [فقد اخبرنی به الحسین بن عبید الله عن احمد بن محمد بن یحیی العطار عن ابیه محمد بن یحیی] عن محمد بن علی بن محبوب عن احمد بن محمد.

✓ همان، ص ۴۲:

و من جمله ما ذکرته عن احمد بن محمد بن عیسی ما رویته بهذه الاسانید* عن محمد بن یعقوب عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد بن عیسی.

✓ الفهرست، ص ۲۵:

أخبرنا بجمع کتبه و روایاته عدة من أصحابنا منهم الحسین بن عبید الله و ابن أبی جید عن أحمد بن محمد بن یحیی العطار عن أبیه و سعد بن عبد الله عنه.

و أخبرنا عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن الحسن بن الولید عن أبیه عن محمد بن الحسن الصفار و سعد جميعا عن أحمد بن محمد بن عیسی.

* فما ذکرناه فی هذا الكتاب عن محمد بن یعقوب الكلینی رحمه الله فقد اخبرنا به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان رحمه الله عن ابی القاسم جعفر ابن محمد بن قولویه رحمه الله عن محمد بن یعقوب رحمه الله.

و اخبرنا به أيضا الحسین بن عبید الله عن ابی غالب احمد بن محمد الزراری و ابی محمد هارون بن موسی التلعکبری و ابی القاسم جعفر بن محمد بن قولویه. و ابی عبد الله احمد ابن ابی رافع الصیمری و أبی المفضل الشیبانی و غیرهم کلهم عن محمد بن یعقوب الكلینی.

و اخبرنا به أيضا احمد بن عبدون المعروف بابن الحاشر عن احمد بن ابی رافع و ابی الحسین عبد الکریم بن عبد الله بن نصر الیزاز بتنیس و

الْفُضَيْلِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الْأَوَّلَ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ امْرَأَةٍ مِنْ آلِ فُلَانٍ بَعْضَ قَطَائِعِهِمْ وَ
 كَتَبَ عَلَيْهَا كِتَابًا بِأَنَّهَا قَدْ قَبِضَتْ الْمَالَ وَ لَمْ تَقْبِضْهُ فَيُعْطِيهَا الْمَالَ أَمْ يَمْنَعُهَا؟ قَالَ: قُلْ لَهُ لِيَمْنَعُهَا
 أَشَدَّ الْمَنْعِ فَإِنَّهَا بَاعَتْهُ مَا لَمْ تَمْلِكْهُ.

وَ رَوَاهُ الْكُلَيْبِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنِ
 الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْقَاسِمِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عليه السلام وَ ذَكَرَ مِثْلَهُ.^٢

شيخ طوسي رحمته الله این روایت را با سند صحیح خود از احمد بن محمد بن عیسی ثقه نقل می کند. پدر
 ایشان یعنی محمد بن عیسی هم شاید قابل اعتماد باشد هرچند لفظ ثقه در مورد ایشان به کار نرفته، اما
 گفته اند «شیخ التمیمین و وجه الاشاعره»^٣. محمد بن خالد البرقی هم ظاهراً قابل توثیق است.^٤ محمد بن القاسم
 بن الفضیل هم ثقه است^٥، پس سند جناب شیخ طوسی رحمته الله به این روایت تمام است. الا این که در بعض
 نسخه ها سند به صورت «قاسم بن محمد عن محمد بن القاسم» است که مراد از قاسم بن محمد، قاسم بن

بغداد عن ابی جعفر محمد بن یعقوب الكلینی جمیع مصنفاته و احادیثه سماعاً و اجازة. (احمدی)

٢. وسائل الشیعة، ج ١٧، أبواب عقد البیع و شروطه، باب ١، ح ٢، ص ٣٣٣ و تهذیب الاحکام، ج ٦، ص ٣٣٩.

٣. رجال النجاشی، ص ٣٣٨.

محمد بن عیسی بن عبد الله بن سعد بن مالک الأشعری أبو علی، شیخ التمیمین، و وجه الأشاعرة، متقدم عند السلطان. و دخل علی الرضا
 علیه السلام و سمع منه، و روى عن أبی جعفر الثانی علیه السلام. له کتاب الخطب. قال أحمد بن محمد بن عبيد الله: حدثنا محمد بن أحمد بن
 مصقلة قال: حدثنا سعد بن عبد الله قال: حدثنا أحمد بن محمد بن عیسی.

٤. رجال النجاشی، ص ٣٣٥.

محمد بن خالد بن عبد الرحمن بن محمد بن علی البرقی أبو عبد الله، مولی أبی موسی الأشعری، ينسب إلى برقة رود قرية من سواد قم علی
 واد هناك. و له إخوة يعرفون بأبی علی الحسن بن خالد. و أبی القاسم الفضل بن خالد. و لابن الفضل ابن يعرف بعلي بن العلاء بن الفضل بن
 خالد فقيه. و كان محمد ضعيفاً في الحديث، و كان أدیباً حسن المعرفة بالأخبار و علوم العرب. و له كتب، منها: كتاب التنزيل و التعبير، كتاب يوم
 و ليلة، كتاب التفسير، كتاب مكة و المدينة، كتاب حروب الأوس و الخزرج، كتاب العلل، كتاب فی علم الباری، كتاب الخطب. أخبرنا أحمد بن
 علی بن نوح قال: حدثنا الحسن بن حمزة الطبری قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن أحمد بن أبی عبد الله محمد بن خالد البرقی قال: حدثنا أحمد
 بن أبی عبد الله، عن أبيه بجمیع كتبه.

رجال الشیخ الطوسی، ص ٣٦٣.

محمد بن خالد البرقی، ثقة، هؤلاء من أصحاب أبی الحسن موسی علیه السلام.

٥. رجال النجاشی، ص ٣٦٢.

محمد بن القاسم بن الفضیل بن یسار النهدي ثقة هو و أبوه و عمه العلاء و جده الفضیل روى عن الرضا علیه السلام. له كتاب. أخبرنا محمد
 بن النعمان قال: حدثنا أحمد بن محمد قال: حدثنا علی بن الحسين السعدآبادی قال: أخبرنا أحمد بن محمد بن خالد، عن أبيه، عن محمد بن
 القاسم بكتابه.

محمد الجوهری^۶ است که توثیق ندارد، از این جهت از لحاظ سند مشکل داریم.

محمد بن القاسم بن الفضیل می‌گوید از امام کاظم علیه السلام سوال پرسیدم در مورد مردی که از زنی از آل فلان - احتمالاً بنی عباس - چند قطعه زمین خریده است و سندی هم نوشته که آن زن ثمن را قبض کرده است در حالی که ثمن را قبض نکرده، آیا مال را به او بدهد یا این که از آن منع کند؟ حضرت فرمودند: به او بگو ثمن را از آن زن منع کند به نحو شدید، همانا آن زن فروخته چیزی را که مالک نبوده است. مخالفین بیع فضولی به ذیل این روایت که می‌فرماید «فَإِنَّهَا بَاعَتْهُ مَا لَمْ تَمْلِكْهُ» تمسک کرده و گفته‌اند چون فضولی نیز «باع ما لم تملكه» پس بیعش باطل است.

مناقشه در استدلال به روایت محمد بن القاسم بن الفضیل

این روایت ربطی به صحت بیع فضولی بعد از حقوق اجازهی مالک ندارد؛ زیرا بحث بر سر این بوده که زنی از بنی عباس یا نظیر آنها، قطعاتی از زمین را غصب کرده بود و بعداً می‌خواهد آن را بفروشد که حضرت می‌فرماید «فَإِنَّهَا بَاعَتْهُ مَا لَمْ تَمْلِكْهُ؛ چیزی را که مالک نبوده فروخته است»، و سوال محمد بن القاسم هم از جهت صحت یا بطلان بیع نبوده، گرچه فی‌الجمله از آن استفاده می‌شود که بیع باطل است، ولی سؤال اصلی این بوده که آیا ثمن را به او تحویل دهد یا ندهد؛ چون آن زن فی‌الواقع ثمن را تحویل نگرفته بود که حضرت در جواب فرمودند ثمن را تحویل ندهد.^۷

بنابراین نهایت دلالت روایت آن است کسی که چیزی را فضولتاً می‌فروشد، استحقاق قبض ثمن را

۶. رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشيعة؛ ص: ۳۱۵

القاسم بن محمد الجوهری

کوفی، سکن بغداد، روی عن موسی بن جعفر علیه السلام. له کتاب. أخبرنا أبو عبد الله بن شاذان قال: حدثنا أحمد بن محمد بن يحيى قال: حدثنا سعد و عبد الله بن جعفر قالوا: حدثنا أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسين بن سعيد، عن القاسم بن محمد بكتابه.

✓ رجال الشيخ الطوسي - الأبواب، ص ۳۴۲:

القاسم بن محمد الجوهری، له کتاب، واقفی.

✓ الفهرست (للشيخ الطوسي)، ص ۱۲۷:

القاسم بن محمد الجوهری

الكوفي له كتاب، أخبرنا به المفيد عن ابن بابويه عن ابن الوليد عن الصفار عن أحمد بن محمد، و أحمد بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله البرقي، و الحسين بن سعيد عنه.

۷. كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۶۹:

و أما رواية القاسم بن فضل، فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي؛ لأنه باع ما لا يملك، و هذا حق لا ينافي صحة الفضولي.

ندارد، و این مطلبی است که همه قبول دارند؛ زیرا حتّی موافقین فضولی نمی‌گویند قبل از اجازه مالک، نقل و انتقال محقق می‌شود و فضولی استحقاق قبض ثمن را دارد، بلکه قائل هستند وقتی مالک بیع را اجازه کرد، نقل و انتقال محقق می‌شود. بنابراین این روایت دلالتی بر بطلان بیع فضولی حتی با حقوق اجازه ندارد. جواب‌های دیگری هم در این جا وجود دارد از جمله این که فرضاً بپذیریم این روایت اطلاق داشته باشد، اما مانعی ندارد آن را با روایات مجوزه تخصیص بزنیم، لاسیما در صورتی که باع الفضولی للمالک. مرحوم شیخ در ادامه توقیع جناب صفار را پاسخ می‌دهند که قبلاً در ضمن مطالبشان جواب استدلال به این روایت را مطرح کرده بودند و در این جا دوباره یکی از آن جواب‌ها را تکرار می‌کنند که دیگر نیازی به ذکر آن نبود.^۸

دلیل سوم: تمسک به اجماع بر بطلان بیع فضولی

دلیل دیگری که مرحوم شیخ^۹ از قبل قائلین به بطلان عقد فضولی اقامه می‌کند، ادعای اجماع بر بطلان عقد فضولی حتّی در صورت الحاق اجازه‌ی مالک است. مرحوم شیخ^{۱۰} می‌فرماید: این اجماع را شیخ طوسی^{۱۱} در الخلاف^{۱۲} ادعا کرده، هر چند اعتراف کرده است که مذهب قومی از اصحاب ما، صحت بیع

۸. برخی در این جا تذکر داده‌اند که مرحوم شیخ جواب استدلال به توقیع صفار را قبلاً ذکر کرده بود و نیازی نبود دوباره ذکر کند. اما برخی دیگر به آن‌ها اشکال کرده‌اند که مطالب بر شما خلط شده و جوابی که قبلاً مرحوم شیخ بیان کرده، مربوط به توقیع حمیری است نه توقیع صفار.

اما همان‌طور که تذکر دادیم، جناب شیخ^{۱۳} جواب استدلال به این روایت را قبلاً ذکر کرده بود. بله آن روایتی که به صراحت جواب داده و انگشت روی آن گذاشته است، توقیع حمیری بود، اما جواب «لا يجوز بیع ما لیس یملک» را قبلاً در ضمن روایت «لا بیع الا فی ملک» بیان کرده بودند؛ زیرا روایتی با این الفاظ که «لا بیع الا فی ملک» وجود ندارد، بلکه مضمون بعض روایات از جمله «لا بیع فی ما لا یملک و امثال آن است. بنابراین جواب استدلال به توقیع صفار قبلاً بیان شده بود و دیگر نیازی به تکرار نبود.

۹. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۷۰.

الثالث: الإجماع علی البطلان، ادعاه الشیخ فی الخلاف معترفاً بأنّ الصحّة مذهب قوم من أصحابنا، معتدراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، و ادعاه ابن زهرة أيضاً فی الغنیة، و ادعی الحلّی فی باب المضاربة عدم الخلاف فی بطلان شراء الغاصب إذا اشتری بعین المغصوب. و الجواب: عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين و المفید و المرتضی و الشیخ بنفسه فی النهاية التي هی آخر مصنّفاته علی ما قیل و أتباعهم علی الصحّة، و إطباق المتأخّرين علیه، عدا فخر الدین و بعض متأخّری المتأخّرين.

۱۰. الخلاف، ج ۳، ص ۱۶۸.

مسألة ۲۷۵: إذا باع إنسان ملك غيره بغير اذنه، كان البيع باطلا. و به قال الشافعی.

و قال أبو حنیفة: ینعقد البیع، و یقف علی اجازة صاحبه. و به قال قوم من أصحابنا.

دلینا: إجماع الفرقة، و من خالف منهم لا یعتد بقوله، و لأنه لا خلاف أنه ممنوع من التصرف فی ملك غيره، و البیع تصرف.

و أيضاً روی حکیم، عن النبی صلی الله علیه و آله أنه نهی عن بیع ما لیس عنده، و هذا نص. و روی عمرو بن شعیب، عن أبیه، عن جده،

فضولی است، سپس چنین عذر آورده که خلاف این قوم چندان مهم نیست و لطمه‌ای به انعقاد اجماع نمی‌زند.^{۱۱}

هم‌چنین سید ابوالمکارم بن زهره در غنیة النزوع^{۱۲} ادعای اجماع کرده است و ابن ادریس حلی نیز در باب مضاربه سرائر، ادعای عدم خلاف بر بطلان شراء غاصب کرده هرگاه به عین مغضوب چیزی را بخرد.^{۱۳}

مرحوم شیخ اعلی الله مقامه الشریف می‌فرماید: ما حتی ظن به اجماع نداریم چه رسد اطمینان به اجماع،

عن النبی صلی الله علیه و آله أنه قال: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك». فنفى عليه السلام البيع في غير الملك، ولم يفصل.

۱۱. احتمالاً شیخ طوسی رحمته الله به خاطر اجماع لطفی یا اجماع حدیثی که قائل به آن است، چنین فرموده‌اند.

۱۲. غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، ص ۲۰۷:

کتاب البيع

جملة ما يحتاج إليه معرفة أقسامه و شروطه و أسباب الخيار فيه و مسقطاته و ما يتعلق بذلك من الأحكام به.

أما أقسامه فأربعة: بيع عين حاضرة مرئية، و بيع خيار الرؤية في الأعيان الغائبة، و بيع ما فيه الربا بعضه ببعض، و بيع موصوف في الذمة إلى أجل معلوم و هو السلم.

و أما شروطه فعلى ضربين: أحدهما شرائط صحة انعقاده، و الثاني شرائط لزومه.

فالضرب الأول: ثبوت الولاية في المعقود عليه، و أن يكون معلوما مقدورا على تسليمه، منتفعا به منفعة مباحة، و أن يحصل الإيجاب من البائع و القبول من المشتري من غير إكراه و لا إجبار إلا في موضع نذكره، و يختص بيع ما فيه الربا و بيع السلم بشروط زائدة على ذلك، نبينها في بابها إن شاء الله.

اشتراطنا ثبوت الولاية احترازا من بيع من ليس بمالك للمبيع، و لا في حكم المالك له، و هم ستة: الأب و الجد و وصيهما و الحاكم و أمينه و الوكيل، فإنه لا يتعد و إن أجازته المالك، بدليل الإجماع الماضي ذكره، و لأن صحة انعقاده حكم شرعي يفتقر ثبوته إلى دليل شرعي، و ليس في الشرع ما يدل على ثبوت ذلك ها هنا.

۱۳. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۲، ص ۴۱۴:

إذا غصب رجل مالا فاتجر به، فربح، أو كان في يده مال أمانة، أو ودیعة، أو نحوهما، فتعدى فيها، و اتجر، و ربح، فلمن يكون الربح؟ قيل: فيه قولان.

أحدهما أن الربح كله لرب المال، و لا شيء للغاصب، لأننا لو جعلنا الربح للغاصب، كان ذلك ذريعة إلى غصب الأموال، و الخيانة في الودائع، فجعل الربح لرب المال، صيانة للأموال.

و القول الثاني، أن الربح كله للغاصب، لا حق لرب المال فيه، لأنه إن كان قد اشترى بعين المال، فالشراء باطل بغير خلاف، و إن كان الشراء في الذمة، ملك المشتري المبيع، و كان الثمن في ذمته بغير خلاف، فإذا دفع مال غيره، فقد قضى دين نفسه بمال غيره، فكان عليه ضمان المال فقط، و المبيع ملكه، حلال له، طلق، فإذا اتجر فيه، و ربح، كان متصرفاً في مال نفسه، فلماذا كان الربح له، دون غيره، و لا يكون ذريعة إلى أخذ الأموال، لأن حسم ذلك بالخوف من الله تعالى، و الحذر مما يرتكبه من المعصية و يحذر من الإثم، و هذا القول هو الصحيح الذي تقتضيه الأدلة و أصول المذهب.

و بلکه ظن به عدم اجماع هم داریم؛^{۱۴} زیرا معظم قدما از جمله قدیمین (یعنی ابن ابی عقیل و ابن جنید)^{۱۵}، شیخ مفید^{۱۶}، سید مرتضی^{۱۷} و حتی خود شیخ طوسی^{۱۸} در *النهاية*^{۱۸} که نقل شده آخر مصنفات ایشان

۱۴. اما این که شیخ طوسی^{رحمته}، ابن زهره، ابن ادریس و .. بر چه اساسی ادعای اجماع کرده اند، این مطلب در مباحث اصول در ضمک بحث حجیت اجماع مطرح شد که معیار ادعای اجماع در نزد این اعلام متفاوت بوده است، لذا ادعای اجماع بر بطلان در ما نحن فیه را باید به گونه ای توجیه کنیم.

۱۵. مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۷، ص: ۱۱۹

مسألة ۵۹: المشهور: أن عقد النکاح قد يقع موقوفاً علی الإجازة، کعقد الفضولی فی البیع، فلو عقد غیر من له الولاية، وقف علی إجازة مالک الولاية، فإن أجازته، مضی، و إن فسخته، کان مفسوخاً، و اختاره السيد المرتضی مطلقاً. و نصّ المفید علی أن الصغیرة لو زوجها غیر أبيها و جدّها لأبيها، کان العقد موقوفاً علی رضاها به بعد البلوغ، فإذا بلغت فرضیت به و أجازته، ثبت، و إن أبته، بطل.

و کذا قال الشيخ فی (النهاية) و قال فیها أيضاً: لو زوجت البکر البالغ نفسها بغير إذن أبيها، کان العقد موقوفاً علی رضی الأب، فإن أمضاه، مضی، و إن لم يمضه و فسخ، کان مفسوخاً. فجعل عقد النکاح موقوفاً.

و کذا قال ابن ابی عقیل: و الصغیرة إن زوجها غیر الأب من سائر أولیائها دون البلوغ، فبلغت و أبت، فالنکاح باطل، و إن رضیت، فالنکاح جائز.

و کذا جعل ابن الجنید نکاح الصغیرین موقوفاً علی رضاها بعد البلوغ لو زوجها غیر الولی.

و کذا قال سلّار و أبو الصلاح و ابن البرّاج و ابن ادریس، فإنّه قال: النکاح عندنا یقف علی الإجازة، مثل: إن تزوّج رجل امرأة من غیر أمر ولّیها لرجل لم یأذن له فی ذلك، فإنّ العقد موقوف علی إجازة الزوج و الولی.

✓ غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد؛ ج ۳، ص: ۳۹

الثانی: ووقفه علی الإجازة مطلقاً، و هو قول الحسن و المفید و المرتضی و الشيخ فی النهاية و سلّار و القاضی و التقیّ و ابن حمزة

۱۶. المقنعة (للشیخ المفید)، ص ۶۰۶:

باب إجازة البیع و صحته و فساده و حکم الدرک فیه و من باع ما لا یملک بیعه کان البیع موقوفاً علی إجازة المالك له أو إبطاله إياه. فإن أجازته کان ماضياً و إن لم یجزه کان مردوداً.

✓ المقنعة (للشیخ المفید)، ص ۵۱۰:

... و إن عقد الأب علی ابنته البکر البالغ بغير إذنّها أخطأ السنة و لم یکن لها خلفه.

و إن أنکرت عقده و لم ترض به لم یکن للأب إکراهها علی النکاح و لم یمض العقد مع کراهتها له.

فإن عقد علیها و هی صغیرة لم یکن لها عند البلوغ خيار.

و إن عقدت علی نفسها بعد البلوغ بغير إذن أبيها خالفت السنة و بطل العقد إلا أن یجیزه الأب.

و إن عضلها الأب فعقدت علی نفسها بغير إذنّه كذلك لم یکن للأب سبیل إلى فسخ ما عقدته.

و إذا عقدت الثیب علی نفسها بغير إذن أبيها جاز العقد و لم یکن للأب فسخ ذلك سواء کان منه عضل أو لم یکن.

و لیس لأحد أن یعقد علی صغیرة سوی أبيها أو جدّها لأبيها فإن عقد علیها غیر من سميناه من أهلها کان العقد موقوفاً علی رضاها به عند البلوغ فإذا بلغت فرضیت به و أجازته ثبت فإن أبته بطل.

۱۷. المسائل الناصریات، ص ۳۳۰:

المسألة الرابعة و الخمسون و المائة [و یقف النکاح علی الفسخ و الإجازة فی أحد القولین]

است، و عدهی کثیر^{۱۹} دیگری قائل به صحت بیع فضولی بعد از حقوق اجازہی مالک شدہ اند. ہم چنین

«و یقف النکاح علی الفسخ و الإجازة فی أحد القولین، و لا یقف فی القول الآخر». هذا صحیح و یجوز أن یقف النکاح عندنا علی الإجازة، و وافقنا علی ذلك أبو حنیفة. و قال الشافعی: لا یصح النکاح الموقوف علی الإجازة، سواء کان موقوفا علی إجازة الزوج أو الولی أو المنکوحه. و قال مالک: یجوز أن یقف العقد مدة یسیره، و إن تطاولت المدة بطل. دلیلنا علی صحة ما ذهبنا إلیه: الإجماع المتردد، و ما رواه ابن عباس، أن جاریة بکرا أتت النبی صلی الله علیه و آله و سلم فذکرت: أن أباهما زوجها و هی کارهه، فخيرها النبی صلی الله علیه و آله و سلم. و هذا یدل علی أن النکاح یقف علی الإجازة و الفسخ. و أيضا ما روى فی خبر آخر: أن رجلا زوج ابنته و هی کارهه، فجاءت إلی النبی صلی الله علیه و آله و سلم فقالت: زوجنی أبی - و نعم الأب - من ابن أخیه، یرید أن یرفع بی خسیسة. فجعل النبی صلی الله علیه و آله و سلم أمرها إلیها. فقالت: أجزت ما صنع بی أبی، و إنما أردت أن اعلم النساء أنه لیس إلی الآباء من أمر النساء شیء. و روى فی بعض الأخبار أنه صلی الله علیه و آله و سلم قال لها: «أجیزی ما صنع أبوک» و أبوها ما صنع إلا العقد، فدل علی أنه کان موقوفا علی الإجازة.

۱۸. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۳۸۵:

باب الشرط فی العقود

لا یجوز أن یرفع الإنسان إلی ما یرفعه فی الحال. فإن باع ما لا یرفع، کان البیع موقوفا علی صاحبه: فإن أمضاه مضی، و إن لم یرفعه باطلا. إن باع ما یرفعه و ما لا یرفعه فی صفقة واحدة، مضی البیع فیما یرفعه، و کان فیما لا یرفعه موقوفا حسب ما بیّنناه.

۱۹. المراسم العلویة و الأحکام النبویة، ص ۱۴۸:

فأما الصغار فیعقد لهم آباؤهم، و لا یرفع لهم بعد البلوغ. و كذلك ان عقد لهم أجدادهم بشرط وجود الأب. فإن عقد علیهم غیر من ذکرناه من الأعمام أو العم أو الخال کان موقوفا علی رضاهن عند البلوغ، إلا أن اختیار الجد مقدم علی اختیار الأب، و عقده أمضی.

✓ المذهب (لابن البراج)، ج ۱، ص ۳۵۰:

«کتاب البیوع و عقودها و أحكامها»

عقد البیع لا تصح الا بشرط و هی ثبوت الولاية فی المبیعین اما بملک، أو اذن، أو ما یقوم مقامه، و إمكان التسليم و رفع الحظر، و تعیین الأجل فیما یرفعه مؤجلا و تعیین بالمبلغ، أو الصفة، أو هما جمیعا. و القول المقتضى للإيجاب من البائع و القبول من المبتاع. و الافتراق بالأبدان من مجلس البیع، و وقوع ذلك علی إیثار و اختیار المتبایعین، و حصول ذلك منها أيضا علی وجه یحل.

و إذا باع إنسان ما لیس بملک له من غیر اذن أو ما یقوم مقام الاذن، أو ما لا یرفعه و لا رفع الحظر عنه، أو باع شیئا إلی أجل و لم یعیّن الأجل، أو باعه و لم یعینه بالمبلغ، أو الصفة، أو بهما جمیعا کان جمیع ذلك باطلا و البیع فاسدا.

✓ الکافی فی الفقه، ص ۲۹۲:

فأما نکاح الغبطة و هو نکاح الدوام، فمن شرط صحته الولاية، و عقد الولی له بلفظ مخصوص یقتضى الإيجاب، و قبول المعقود له أو النائب عنه، و الولاية مختصة بأب المعقود علیها و جدها له فی حیاته، فإذا حضرا فالجد أولى، و یصح لكل منهما أن یعقد من دون اذن صاحبه، و الأولى بالأب إیدان أبیه.

فإذا سبق أحدهما إلی العقد لم یکن للآخر فسخه، فان كانت صغيرة جاز عقدهما علیها، و لا یرفع لها بعد البلوغ.

و ان عقد علیها غیرهما کان العقد موقوفا علی بلوغها و إمضائها، و ان كانت بالغا «۱» لم یجز لهما العقد علیها إلا بإذنها، فإن عقدا بغير اذنها

تقريباً تمام متاخرين قائل به صحت بيع فضولى شده‌اند الا مناقشه‌ای که از فخر المحققين^{۲۰} و بعض متاخر

خالفا السنة، و كان عليها القبول و لها الفسخ، فإن أبت العقد بطل.

✓ شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۸:

فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين و هو البلوغ و العقل و الاختيار.

فلا يصح بيع الصبى و لا شراؤه و لو أذن له الولى و كذا لو بلغ عشرة عاقلا على الأظهر و كذا المجنون و المغمى عليه و السكران غير المميز و المكره و لو رضى كل منهم بما فعل بعد زوال عذره عدا المكره للوثوق بعبارة.

و لو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيده لم يصح فإن أذن له جاز و لو أمره أمر أن يبتاع له نفسه من مولاه قيل لا يجوز و الجواز أشبه.

و أن يكون البائع مالكا أو ممن له أن يبيع عن المالك كالأب و الجد للأب و الوكيل و الوصى و الحاكم و أمينه.

فلو باع ملك غيره وقف على إجازة المالك أو وليه على الأظهر و لا يكفى سكوته مع العلم و لا مع حضور العقد فإن لم يجز كان له انتزاعه من المشتري و يرجع المشتري على البائع بما دفع إليه و ما اغترمه من نفقة أو عوض عن أجره أو نماء إذا لم يكن عالما أنه لغير البائع أو ادعى البائع أن المالك أذن له.

✓ مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ۵، ص ۵۳:

مسألة: شرط لزوم البيع الملك أو ما يقوم مقامه

بالإجماع، و هل هو شرط الصحة؟ قولان، فلو باع مالا للغير من غير ولاية بل كان فضوليا صح و وقف على إجازة المالك، فإن أجازه

المالك لزم البيع، و إن فسخته بطل، و هو اختيار الشيخ فى النهاية، و مذهب المفيد، و ابن الجنيد، و ابن حمزة.

و قال فى الخلاف و المبسوط: يقع البيع باطلا غير موقوف على الإجازة.

قال فى الخلاف: و به قال الشافعى، و قال أبو حنيفة: يتعدى البيع و يقف على إجازة صاحبه، و به قال قوم من أصحابنا. و تبعه ابن إدريس فى ذلك.

لنا: إنه بيع صدر من أهله فى محله فكان صحيحا، أما صدوره من أهله فلصدوره من بالغ عاقل مختار، و من جمع هذه الصفات كان أهلا للإيقاعات، و أما صدوره فى محله فلائنه وقع على عين يصح تملكها و ينتفع بها و تقبل النقل من مالك الى غيره، و أمّا الصحة فلتبوت المقتضى السالم عن معارضة كون الشيء غير مملوك للعاقد غير مانع من صحة العقد، فإن المالك لو أذن قبل البيع لصح فكذا بعده، إذ لا فارق بينهما.

✓ مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة؛ ج ۷، ص: ۱۱۹

مسألة ۵۹: المشهور: أن عقد النكاح قد يقع موقوفا على الإجازة، كعقد الفضولى فى البيع، فلو عقد غير من له الولاية، وقف على إجازة

مالك الولاية، فإن أجازه، مضى، و إن فسخته، كان مفسوخا، و اختاره السيد المرتضى مطلقا.

۲۰. /يضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، ج ۱، ص ۴۱۶:

قال دام ظله: فبيع الفضولى موقوف على الإجازة على رأى.

أقول: هذا اختيار الشيخ فى النهاية و المفيد و ابن الجنيد و ابن حمزة و قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف يبطل من رأس و تابعه ابن إدريس (احتج) الأولون بأنه عليه السلام دفع دينارا إلى عروة البارقي ليشتري به شاة فاشترى به شاتين فباع إحدهما بدينار و جاء بشاة و دينار فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم بارك الله لك فى صفقة يمينك وجه الاستدلال انه باع الشاة الثانية من غير إذن النبى صلى الله عليه و آله و سلم ثم انه عليه السلام اجازه (احتج) الآخرون بقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك و لبطلان بيع الآبق لتعذر التسليم و هو شرط فبيع ما لا ملك فيه و لا قدرة على تسليمه اولى لفقد السبب و الشرط، و الأقوى عندى البطلان، لقوله عليه السلام و لا بيع الا فيما يملك و الحقيقة نفى أصل البيع الشرعى فتنتفى الصحة، و أقرب المجازات نفى الصحة و أيما كان يحقق البطلان و لفسح التصرف فى مال الغير بغير اذنه عقلا، و لان جواز التصرف بالعقود من توابع الملك و ليس أعم منه و معلول له و لا يجوز وجود التابع الذى ليس

بأعم بغير متبوعة وكذا المعلول لا يجوز وجوده بدون العلة.

٢١. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ٨، ص ١٥٧:

قوله: «و لو باع الفضولي إلخ»

هذا هو المشهور وما نجد عليه دليلا الا ما روى عن عروة البارقي انه صلى الله عليه وآله أعطاه دينارا ليشتري له شاة، فاشترى به شاتين، فباع أحدهما بدينار فجاء بدينار وشاة وحكى له، فقال صلى الله عليه وآله له: بارك الله لك في صفقة يمينك.

و ذكروا أيضا انه عقد صدر من أهله في محله، وليس شيء منه بمفقود الا الرضا وقد حصل.

و معلوم عدم صحة الرواية، و معارضتها بأقوى منها دلالة و سندا، لقوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك.

و يمكن أيضا حملها على فهم الرضا عنه صلى الله عليه وآله، و كونه وكيلًا مطلقًا.

و معلوم أيضا عدم صدوره من أهله، لأن الاهل هو المالك أو من له الاذن.

و بالجملة، الأصل، و اشتراط التجارة عن تراض - الذى يفهم من الآية الكريمة، و الآيات و الاخبار الدالة على عدم جواز التصرف فى مال

الغير إلا باذنه، وكذا العقل - يدل على عدم الجواز و عدم الصحة و عدم انتقال المال من شخص الى آخر.

✓ الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، ج ١٨، ص ٣٧٦:

اختلف الأصحاب فى صحة بيع الفضولى و بطلانه، فالمشهور - بل كاد ان يكون إجماعا - هو الأول. و ان توقف لزومه على الإجازة، و ذهب فى الخلاف و المبسوط و تبعه ابن إدريس الى الثانى. و هو الظاهر من عبارة أبى الصلاح فى الكافى. و لم أر من نقل عنه، الا ان الذى يظهر من عبارته ذلك، فإنه قال فى الكتاب المذكور - بعد تعريف البيع بأنه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما - ما صورته: و يفتقر صحته الى شروط ثمانية:

صحة الولاية فى البيعين - الى ان قال - و اعتبرنا صحة الولاية لتأثير حصولها بثبوت الملك أو الاذن، و صحة الرأى فى صحة العقد، و عدم ذلك فى فساده. ثم قال - فى موضع آخر -: و من ابتاع غصبا يعلمه كذلك فعليه رده الى المالك، و لا يدرك له على الغاصب، و ان لم يعلمه فللمالك انتزاعه منه، و يرجع بالدرك على من باع. انتهى.

فإنه جعل المؤثر فى صحة العقد هو حصول الولاية المسببة عن الملك أو الاذن كالكيل و نحوه: فالفضولى ليس له ولاية بشيء من المعنيين، و فى فساده عدم ذلك. و أوجب فيمن ابتاع غصبا رده الى المالك لا وقوفه على الإجازة.

و نقل الفاضل المقداد فى التنقيح هذا القول عن شيخه. و لا اعلم من أراد به من مشايخه.

و اختار هذا القول - أيضا - فخر المحققين هنا و فى كل موضع من العقود الفضولية، و تبعه على ذلك العماد مير محمد باقر الداماد، حيث قال فى رسالته الرضاعية ما هذا لفظه: عندى ان عقد النكاح بل مطلق العقد الصادر من الفضولى، و هو الذى ليس له ولاية و لا وكالة، باطل من أصله، و الإجازة اللاحقة غير مؤثرة فى تصحيحه، و لا كاشفة عن صحته أصلا. انتهى.

و ممن ظاهره القول بالبطلان هنا - أيضا - المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد، حيث قال - بعد قول المصنف «و لو باع الفضولى وقف على الإجازة» ما ملخصه: هذا هو المشهور، و ما نجد عليه دليلا. ثم نقل الرواية العامة الاتية إنشاء الله تعالى، و بعض تعليقاتهم العقلية. ثم قال: و معلوم عدم صحة الرواية و معارضتها بأقوى منها دلالة و سندا، لقوله عليه السلام لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك.

و معلوم - أيضا - عدم صدوره من أهله، لأن الأهل هو المالك أو من له الاذن. و بالجملة: الأصل، و اشتراط التجارة عن تراض، الذى يفهم من الآية الكريمة، و الآيات و الاخبار الدالة على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا باذنه، و كذا العقل، يدل على عدم الجواز، و عدم الصحة و عدم انتقال المال من شخص الى آخر. انتهى.

و يظهر ذلك - أيضا - من الشيخ الحر فى الوسائل.

بنابراین تا این جا معلوم می شود اجماع محصل بر بطلان بیع فضولی وجود ندارد بلکه ظن قوی به عدم اجماع و چه بسا اطمینان به عدم آن وجود دارد. اجماع منقول این چنینی هم که ناقلین اجماع در جای دیگر مخالفت کرده باشند، حجیت ندارد. و ما علاوه بر مطالب شیخ رحمته الله علیه اضافه می کنیم که حتی فرضاً اجماع هم بر بطلان بیع فضولی وجود داشته باشد، این اجماع لا اقل محتمل المدرک است؛ یعنی احتمال دارد مجمعی به همین جوهری که شیخ رحمته الله علیه و دیگران ذکر کرده اند تمسک کرده باشند. بنابراین علی فرض این که اجماعی هم وجود داشته باشد، چون محتمل المدرک است نمی تواند کاشف از قول معصوم علیه السلام باشد.

دلیل چهارم: تمسک به عقل

چهارمین دلیلی که مرحوم شیخ رحمته الله علیه از قبل قائلین به بطلان بیع فضولی اقامه می کند، تمسک به دلیل عقل است. شیخ رحمته الله علیه ۲۲ تمسک به دلیل عقل را به دو نحو تقریر می کند؛ یک رقم به نحو عقل مستقل - به معنای خاصی که خواهد آمد - و یک رقم به نحو عقل غیر مستقل.

تمسک به دلیل عقل به نحو مستقل این گونه است که عقل، حاکم است به قبح تصرف در مال غیر، لذا فرد با بیع فضولی مرتکب امر قبیحی شده است و اجازه ی بعدی مالک موجب رفع قبح سابق نمی شود، بنابراین عقد فضولی ارزشی ندارد ولو بعد از الحاق اجازه ی مالک. البته مراد در این جا عقل مستقل به گونه ای که موضوع و محمولش هیچ ربطی به شرع نداشته باشد نیست، بلکه مراد این است که وقتی ملکیت را قبول کردیم، عقل چنین حکمی دارد. به تعبیر دیگر مقصود، عقل مستقل نسبی است؛ نه عقل مستقل

و هذا القول هو الظاهر عندی من الاخبار، علی وجه لا يعترضه الشك و الإنكار، إلا ممن قابل بالصد عن الحق و الاستكبار، و سیأتیک اخباره إنشاء الله تعالی فی المقام ساطعة الأنوار علیة المنار.

۲۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۷۱:

الرابع: ما دلّ من العقل و النقل علی عدم جواز التصرف فی مال الغير إلاً بإذنه، فإن الرضا اللاحق لا ینفع فی رفع القبح الثابت حال التصرف، ففی التوقيع المروى فی الاحتجاج: «لا يجوز لأحد أن يتصرف فی مال غيره إلاً بإذنه»، و لا ريب أن ینبع مال الغير تصرف فیهِ عرفاً. و الجواب: أن العقد علی مال الغير متوقفاً لإجازته غیر قاصد لترتیب الآثار علیها لیس تصرفاً فیهِ. نعم، لو فرض كون العقد علّة تامّة و لو عرفاً لحصول الآثار كما فی بیع المالك أو الغاصب المستقلّ كان حکم العقد جوازاً و منعاً حکم معلوله المترتب علیه.

ثمّ لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءة و الاصطلاء بنور الغير و ناره، مع أنه قد يفرض الكلام فیما إذا علم الإذن فی هذا من المقال أو الحال؛ بناءً علی أنّ ذلك لا یخرجه عن الفضولی، مع أنّ تحریمه لا یدلّ علی الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ علی بطلان البیع بمعنی عدم ترتّب الأثر علیه و عدم استقلاله فی ذلك، و لا ینكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقله.

و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولی قاصداً لترتیب الأثر من دون مراجعة المشتري؛ بناءً علی أنّ العقد المقرون بهذا التصرف قبیح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

محض مانند حسن عدل و قبح ظلم.^{۲۳}

تمسک به دلیل عقل به نحو غیر مستقل چنین است که شارع مقدس هم حکم وضعی را بیان می‌کند مثلاً اعتبار ملکیت برای زید می‌کند و هم حکم تکلیفی را بیان می‌کند که «لا یجوز لأحد أن یتصرف فی مال غیره إلا بإذنه»، بعد از آن عقل حکم می‌کند اگر کسی در ملک زید تصرف کند، تصرفش باطل است. به تعبیر دیگر مستدل می‌گوید بیع مال غیر فضولتاً، تصرف در آن است، لا محاله عقل طبق روایت «لا یجوز أن یتصرف فی مال غیره إلا بإذنه» حکم می‌کند که آن تصرف باطل است و اثری بر عقد مترتب نیست.^{۲۴}

مناقشه‌ی شیخ رحمته‌الله در تمسک به دلیل عقل

مرحوم شیخ رحمته‌الله جواب‌هایی به این استدلال بیان می‌کنند. جواب اول این‌که اگر کسی فقط إنشاء عقد بر ملک غیر برای خود مالک کند و توقع اجازه‌ی مالک را داشته باشد و قصد ترتب اثر هم قبل از اجازه‌ی مالک نداشته باشد، عرف این را تصرف در مال غیر نمی‌داند؛ مثلاً اگر زید منزل عمرو را برای او بفروشد به قصد این‌که اگر عمرو اجازه کرد ترتیب اثر بدهد و اگر اجازه نکرد ترتیب اثر بر بیع ندهد، عرفاً این تصرف در مال غیر نیست، بلکه تصرف در نفس، زبان و فکر خودش کرده است و لذا حتی می‌توانیم بگوییم عقلاً هم تصرفی نکرده است.

بله مرحوم شیخ یک فرضی در این‌جا می‌کنند که اگر فرضاً إنشاء عقد، علت تامه‌ی ترتیب اثر باشد ولو عرفاً - چنانچه عقد غاصبین و ظالمین معمولاً این‌طور است - در این موارد می‌توان گفت تصرف عرفی صادق است، لذا حرام می‌باشد. منتها آیا موجب بطلان عقد می‌شود یا نه، شیخ رحمته‌الله می‌فرماید ما جواب‌های دیگری داریم.

جواب دوم شیخ رحمته‌الله این است که فرضاً عقد بر ملک دیگری، عرفاً تصرف محسوب شود، اما چنین تصرفی حرام نیست و عقل استقلال به جواز آن دارد؛ زیرا چنین تصرفی نظیر استضاءه‌ی به نور غیر یا اصطلاء به نار غیر می‌باشد؛ یعنی اگر کسی در خانه‌ی خود چراغی روشن کند که نور آن از پنجره به بیرون

۲۳. در مستقلات عقلیه‌ی محضه، اصلاً کاری به شارع و شرع نداریم و عقل است که حکم می‌کند به حسن عدل یا قبح ظلم، اما در مستقلات عقلیه‌ی نسبی یا همان ملازمات عقلیه، بعد از این‌که موضوعی شرعاً ثابت شد، عقل حکم می‌کند به کذا. در ما نحن فیه چنین فرض می‌کنیم بعد از این‌که شارع موضوعی وضعی مانند ملکیت زید را اعتبار می‌کند، آن وقت عقل حکم می‌کند تصرف در ملک زید قبیح است.

۲۴. تقریر استدلال به دلیل عقل به نحو غیر مستقل، همانند تمسک به دلیل عقل مستقل است، الا این‌که مقدمات شرعیه‌ی بیشتری دارد؛ چراکه هم حکم وضعی را مفروض گرفتیم و هم حکم تکلیفی را.

می‌رود، اگر کسی در خیابان از این نور برای مطالعه استفاده کند، عرفاً نمی‌گویند مرتکب حرام شده است. یا اگر کسی آتشی روشن کند که اطراف منزل خود را هم گرم کند، اگر کسی در کنار خیابان از گرمای این آتش استفاده کند گفته نمی‌شود که مرتکب حرام شده است.

جواب سوم که مرحوم شیخ آن را فرضی ذکر می‌کنند این است که چه بسا فضولی، اطمینان به طیب نفس مالک در فروش متاعش داشته باشد - چه به قرینه‌ی حالیه و چه مقالیه - و در جایی که مالک طیب نفس داشته باشد، نه تصرف قبیح است و نه حرام. البته این جواب طبق این مبناست که صرف طیب نفس مالک، عقد را از فضولی بودن خارج نکند و الا اگر قائل شویم صرف طیب نفس مالک ولو ابراز نشده باشد عقد را از فضولی بودن خارج می‌کند، دیگر این جواب کاربرد ندارد.

جواب چهارم شیخ رحمته الله این که فرضاً بیع فضولی منهی باشد، نهی از بیع به این معناست که حرام تکلیفی می‌باشد، اما حرمت تکلیفی دلالتی بر فساد و بطلان بیع ندارد؛ زیرا نهی در معاملات، موجب فساد نیست؛ چه این نهی به اصطلاح قوم متوجه سبب شده باشد و چه متوجه مسبب.

جواب پنجم این که فرضاً آن چه دالّ بر حرمت تصرف در مال غیر است در بحث فضولی هم کاربرد داشته باشد، ما هم قائل به بطلان بیع فضولی هستیم؛ زیرا بطلان بیع فضولی به معنای عدم ترتیب اثر بر بیع است و این که نمی‌توان به عقد فضولی اکتفاء کرد، و هر کسی که قائل به صحت بیع فضولی است، بطلان به این معنا را قبول دارد، و بیش از این معنا قطعاً از دلیل استفاده نمی‌شود، خصوصاً در نزد کسانی که قائل به ناقلیت اجازه هستند؛ زیرا قائل هستند مادامی که اجازه نیامده، بیع فضولی باطل است و بعد از اجازه هم موضوع عوض می‌شود.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی