



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جلسه هشتاد و هفتم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۲/۲۶

نقد و بررسی اشکال دوم شیخ رحمته الله علیه (عدم وجود مباح و مباح له عند الاباحه)

اشکال دیگر مرحوم شیخ رحمته الله علیه این بود که چگونه اباحه‌ی خمس از ائمه علیهم السلام صادر شده در حالی که در بسیاری از موارد، مباح و مباح له عند الاباحه موجود نبودند؛ مثلاً متعلق خمس، جاریه‌ای است که بعداً متولد شده و در زمان ائمه علیهم السلام اصلاً وجود نداشته و مباح له هم در آن زمان معدوم بوده است، و اباحه‌ی شیء معدوم و نیز اباحه‌ی به شخص معدوم است صحیح نیست.

خدمت ایشان عرض می‌کنیم چرا اباحه نسبت به شخص معدوم و نیز اباحه‌ی شیء معدوم جایز نباشد؟! بلکه ما در جای خودش بیان کردیم حتی تملیک به معدوم و نیز تملیک معدوم به توضیحی که خواهد آمد صحیح است؛ چه رسد به اباحه. البته مراد تملیک معدوم و تملیک به معدوم بما هو معدوم نیست؛ زیرا چنین چیزی نامعقول است، بلکه مراد آن است که آنچه در ظرف خودش موجود می‌شود و لولا این تملیک، مال مملک خواهد شد، الان می‌توان آن را تملیک به دیگری کرد. بنابراین هرچند مشهور و دارج بر السن فقهای عظام این است که تملیک معدوم و تملیک به معدوم صحیح نیست، اما هیچ آیه یا روایت و یا حتی دلیلی از عقل [که دلیلتش تام باشد] بر این مطلب وجود ندارد. غایت آنچه که به عنوان دلیل در منع از تملیک به معدوم و تملیک معدوم ذکر کرده‌اند، سه چیز است:

ادله‌ی عدم صحت تملیک به معدوم و تملیک معدوم

دلیل اول و مناقشه در آن

اولین دلیلی که بر عدم صحت تملیک به معدوم و تملیک معدوم ذکر شده این است که چون ملکیت که

نسبتي به مالك و نسبتي به مملوك دارد، يك صفت وجوديه است، پس بايد اطرافش موجود باشد، لذا تمليك شيء معدوم يا تمليك به شخص معدوم معقول نيست (لا يعقل تمليك المعدوم فإن الملكية صفة وجودية تستدعي محلاً موجوداً).^١

عرض می کنیم این دليل هم نقضاً مورد اشكال است و هم حلّ دارد.^٢ اما نقض می شود از حيث من

١. كتاب الإجارة (للميرزا حبيب الله)، ص ٣١٤:

و أيضا ينقض التوجيه بالفسخ بعد تلف العين على القول به كما لعلة المشهور لأنها بعد التلف كيف يصير ملكا للتأقل العاقد مع ان الملكية تستدعي محلاً موجودا و علة المشترك هو جعل الفسخ بعد التلف فسحا حكماً راجعا الى تنزيل الشارع العين الهالكة منزلة القائمة بعينها ✓ تكلمة العروة الوثقى، ج ١، ص ٢٠٨:

الفصل الرابع في شرائط الموقوف عليه و هي أمور

أحدها: أن يكون موجودا فلا يصح الوقف على المعدوم الذي لا يمكن وجوده بعد ذلك أيضا كما لو وقف دارا على زيد لسكانه بتخييل أنه موجود فتبين موته قبل ذلك، و اما إذا وقف على من سيوجد من أولاده فظاهرهم الإجماع على عدم جوازه أيضا، بل ظاهرهم الإجماع على عدم جواز الوقف على الحمل، قالوا: لأن الوقف تمليك و لا يعقل تمليك المعدوم فإن الملكية صفة وجودية تستدعي محلاً موجودا، و لهذا لا تصح الوصية للمعدوم، و هذا من الوهن بمكان، إذ أولاً...

✓ حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثة)، ج ١، ص ٢٠٥:

و إما لتقيد موضوعه عقلا، حيث إن الملكية صفة وجودية قائمة بموضوع موجود، فمع تلف العين لا موضوع كي تقوم به الملكية، حتى يمكن الردّ و الاسترداد بلحاظها.

✓ جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ج ٤، ص ١٥:

و الظاهر عدم الإشكال في صحة الوقف على الحجاج و الزوار و إمام مسجد خاصّ مع عدم وجودهم بالعناوين المذكورة في الوقف، و أمّا لزوم تعيين الموقوف عليه فالظاهر عدم الخلاف فيه فلا يصحّ مع عدم التعيين فإن تمّ الإجماع عليه و إلّا فالوجه العقليّ و إن الملكية صفة وجودية تحتاج إلى محلّ معيّن لا يتمّ كما في طرف المملوك حيث يصحّ الوصية بأحد العبدین.

٢. تكلمة العروة الوثقى، ج ١، ص ٢٠٨:

و هذا من الوهن بمكان، إذ أولاً: لا يتم في الحمل فإنه موجود، و دعوى عدم قابليته للملكية و لذا لا تصح الوصية له كما ترى، إذ لا فرق بين الحمل و الرضيع خصوصا مع فصل قليل كما إذا كان قبل الوضع بربع ساعة و اشتراط إرثه بتولده حيا، ليس لعدم قابليته للملكية بل للدليل الخاص فلا يصح القياس عليه، و لذا استشكلنا على حكمهم في الوصية له باشتراط تولده حيا.

و ثانيا: يرد عليهم النقض بما إذا كان تبعا لموجود فإنهم يجوزونه، كما إذا وقف على أولاده الموجودين و من سيوجد منهم و كما في سائر البطون اللاحقة، فإن تمليك المعدوم لو كان غير معقول لم يكن فرق بين الاستقلال و التبعية، و ما في الجواهر «من أن معنى تبعية البطن الثاني للأول أن الشارع جعل عقد الوقف سببا لملك المعدوم بعد وجوده فالوجود حينئذ كالقبض أحد أجزاء العلة التامة في ثبوت الملك له لا أنه مالك حال عدمه». فيه، انا نقول بمثله في المعدوم أولاً أيضا.

و ثالثا: لا فرق في المعقولية و عدمها بين كون المالك معدوماً أو المملوك - مع أنهم يجوزون تمليك الكلي في الذمة - مع أنه ليس شيئا موجودا في الخارج، و أيضا يجوزون بيع الثمار قبل بروزها عامين أو مع الضميمة، و يجوزون تمليك المنافع و ليست موجودة بل يستوفى شيئا فشيئا، و يجوزون الوصية بما تحمله الجارية أو الدابة و نحو ذلك، و لو كانت الملكية تحتاج إلى محل موجود لم يتفاوت الحال بين كون المالك معدوماً أو المملوك، و لا وجه و لا طائل فيما ذكره صاحب الجواهر - في دفع اشكال تمليك المعدوم - حيث قال: «في مثل بيع الثمار يمكن منع

يملك به اين كه: ظاهراً مورد اتفاق فقهاست كه مي توان چيزي را وقف بر معدوم كرد ولو تبعاً؛ مثلاً شخصي چيزي را وقف بر اولادش، اولاد اولادش، اولاد اولاد اولادش الى آخر كند. مشهور گفته اند اين وقف خاص تمليكی است، در حالی كه فرقی بين تملك تبعی و اصلی وجود ندارد و اگر تملك به معدوم معقول نیست، چگونه فقهاء در اين جا قائل به تملك تبعی شده اند؟!

برخی مانند صاحب جواهر^۳ در اين جا توجيهی ذكر کرده و گفته اند: اين كه بطن ثانی و ثالث می توانند

تحقق الملك حقيقة، بل أقصاه التأهل للملك والاستعداد له على حسب ملك النماء لمالك الأصل و ملك المنفعة لمالك العين، فهو من قبيل ملك أن يملك لا أنه ملك حقيقة بل بالأسباب المقررة استحق أن يملك المعدوم بعد وجوده لا أنه مالك للمعدوم حقيقة. انتهى» - مع أنه كيف يتحقق البيع حينئذ مع كونه تملكاً حقيقة.

و رابعاً: أن التحقيق أن الملكية من الأمور الاعتبارية، فوجودها عين الاعتبار العقلائي، وليست كالسواد والبياض المحتاجين إلى محل خارجي، بل يكفيها المحل الاعتباري، بل أقول: أن جميع الأحكام الشرعية من الوجوب والحرمة ونحوهما، وكذا سائر الوضعيات وأحكام الموالى بالنسبة إلى العبيد والساطين بالنسبة إلى الرعايا، اعتبارات عقلانية حقيقتها عين الاعتبار ولا وجود لها في الخارج غير الاعتبار فيكفيها المحل الموجود في اعتبار العقلاء، كيف وإلا لزم عدم تعلق الوجوب بالصلاة ولا الحرمة بالزنا إلا بعد وجودهما في الخارج. نعم مبانيها من الحب والبغض والإرادة والكراهة أعراض خارجية، و يتفرع على ما ذكرنا من التحقيق مطالب كثيرة.

۳. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص ۲۷:

القسم الثالث: في شرائط الموقوف عليه و قد اشتهر فيما بينهم أنه يعتبر في الموقوف عليه شروط أربعة الأول أن يكون موجوداً والثاني: أن يكون ممن يصح تملكه والثالث أن يكون معيناً والرابع أن لا يكون الوقف عليه محرماً ...

و حينئذ ف لو وقف على معدوم ابتداء لم يصح، كمن وقف على من سيولد له مثلاً أو على حمل لم ينفصل فإنه وإن كان موجوداً أو صحت الوصية له و عزل الميراث له، إلا أنه بحكم المعدوم بالنسبة إلى الوقف للإجماع المزبور، أو لعدم قابليته للملك إلا ما خرج بناء على صحة الوصية له بمعنى التملك الاختياري الفعلي و لو قبول وليه، بناء على ثبوت الولاية له قبل التولد لا الوصية العهدية أو التملكية المتأخر قبولها من وليه عن تولده، فإن ثبوتها لا يقتضي صحة الوقف.

أما لو وقف على معدوم قابل لذلك بعد وجوده فضلاً عن الحمل تبعاً لموجود قابل لعقد الوقف و مقتضاه من التملك للمنفعة فإنه يصح بلا خلاف فيه بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص بعمومها و خصوص صدقاتهم مستفيضة أو متواترة فيه على معنى تملكه بعد وجوده مرتباً و مشاركاً.

✓ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص ۳۶۲:

الفصل الرابع: في الموصى له و يشترط فيه الوجود حال الوصية فلو كان معدوماً لم تصح الوصية له كما لو أوصى لميت، أو لمن ظن وجوده، فبأن ميتاً عند الوصية، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة في الزمان المستقبل أو لمن يوجد من أولاد فلان بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بل عن نهج الحق و التذكرة الإجماع عليه، للأصل المقتصر في تقييده بالمنساق من إطلاقات الوصية في الكتاب و السنة على الوصية للموجود على أن المراد هنا الوصية التي قد عرفت كونها تملك عين أو منفعة، و المعدوم ليس له أهلية التملك و لا قابليته ضرورة كون الملك من الصفات الوجودية التي لا تقوم بالمعدوم، بل لا يتصور قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك، و ما ثبت في الوقف من صحته على المعدوم تبعاً للموجود، إنما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذ كالتقبض أحد أجزاء العلة التامة في ثبوت الملك له، لا أنه مالك حال عدمه، و إلا كان وجوده كاشفاً عن تحقق شركته مع الموجود من أول الأمر، و هو معلوم البطلان، و هذا شيء لا مانع عقلاً و لا نقلاً من شرع الشارع كله، كما أنه شرع لإثبات الملاء للموجود ما دام موجوداً على وجه ينتقل عنه الملك بموته، و

مالک شوند، به این خاطر است که شارع مقدس در عقد وقف علاوه بر انشاء، شرط دیگری را بیان کرده تا سبب تکمیل شود و آن، وجود بطن لاحق است. به تعبیر دیگر شارع مقدس وجود بطن لاحق را احد أجزاء علت تامه در ثبوت ملک برای آن بطن قرار داده است - مانند این که قبض را در صرف و سلم شرط تملیک قرار داده است - نه این که بطن لاحق در حال عدمشان مالک باشند.

عرض می‌کنیم ما نیز که قائل به تملیک به معدوم شدیم به این معناست که معدوم در ظرف وجودش می‌تواند مالک شود و به تعبیر صاحب جواهر رحمته‌الله، وجود معدوم جزء علت تامه‌ی ملکش است، بدین جهت عرض کردیم معدوم بما هو معدوم قابلیت تملیک را ندارد بلکه معدوم در ظرف وجودش مالک می‌شود. آنچه گفتیم از حیث من یملک و تملیک به معدوم بود، اما از حیث ما یملک و تملیک معدوم عرض می‌کنیم:

تملیک معدوم امر شناخته شده‌ای در فقه است؛ مثلاً در بحث ثمار گفته‌اند مالک می‌تواند ثمار را قبل از بروزش برای دو سال بفروشد یا همراه با ضمیمه بفروشد، در حالی که کَلَش یا لاقل بخشی از آن معدوم است. هم‌چنین گفته‌اند جایز است وصیت تملیکیه به آنچه که بناست جاریه یا دابه‌ی حامل در آینده بزاید^۴، در حالی که الان معدوم است. بنابراین اگر تملیک معدوم امر نامعقولی بود، در هیچ جا نباید جایز

یتلقاه الآخر من الواقف، لا من الموقوف علیه، علی خلاف قیاس باقی أسباب الملک.

۴. قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۴۵۵:

و لا يشترط: كونه مالا، و لا معلوما، و لا معینا، و لا مقدورا علی تسليمه. و لا نغنی بالموجود كونه موجودا بالفعل حال الوصية، بل ما يمكن وجوده، فلو أوصى بما تحمله الجارية أو الدابة أو بالثمرة المتجددة فی العام المقبل أو بأجرة سكنی السنة المستقبلية صح، لأنها فی تقدير الموجود.

✓ جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۰، ص ۹۹:

قوله: (فلو أوصى بما تحمله الجارية، أو الدابة، أو بالثمرة المتجددة فی العام المقبل، أو بأجرة سكنی السنة المستقبلية صح، لأنها فی تقدير (۱) نظرا إلى العادة، بل ينبغي أن يقال: لو أوصى بما يتجدد له تملكه و لو علی وجه الندره، كما يتجدد له بشراء و هبة وارث و نحو ذلك صح، لأن وجود ذلك ممكن، و قد قرر أن الشرط إمكان وجوده.

✓ تحرير الوصية، ج ۲، ص ۹۶:

مسألة ۱۷ يشترط فی الموصى به فی الوصية التملكية أن يكون مالا أو حقا قابلا للنقل كحقى التحجير و الاختصاص، من غير فرق فی المال بین كونه عینا أو دینا فی ذمة الغير أو منفعة، و فی العین بین كونها موجودة فعلا أو مما ستوجد، فتصح الوصية بما تحمله الدابة أو يثمر الشجر فی المستقبل.

۴. تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص ۲۰۸:

و ثالثا: لا فرق فی المعقولية و عدمها بین كون المالك معدوما أو المملوك - مع أنهم يجوزون تملیک الكلى فی الذمة - مع أنه ليس شيئا موجودا فی الخارج، و أيضا يجوزون بيع الثمار قبل بروزها عامين أو مع الضميمة، و يجوزون تملیک المنافع و ليست موجودة بل يستوفى شيئا

باشد.

اما جواب حلی این است که ملکیت از امور اعتباریه است و اعتبار هم سهل المؤونه است؟ لذا تملیک به معدوم و تملیک معدوم در ظرف وجودش قابل اعتبار است و هیچ محالیتی لازم نمی آید.

استدلال دوم و مناقشه در آن

دومین استدلال برای عدم صحّت تملیک به معدوم و تملیک معدوم، استدلالی است که در کلمات سید خویی^۵ وجود دارد به حسب ما فی تقریراته. البته ایشان این استدلال را فقط نسبت به تملیک معدوم ذکر کرده اند نه تملیک به معدوم. سید خویی^۵ می فرماید:

وقتی چیزی معدوم باشد یعنی مالک بالفعل ندارد، و وقتی کسی بالفعل مالک چیزی نیست، چگونه آن را تملیک به دیگری کند؟!^۶ در ما نحن فیه نیز چنین می باشد؛ زیرا ائمه^{علیهم السلام} که بالفعل مالک چیز معدوم نبودند، لذا چگونه آن را تملیک شیعه کنند.

جواب این استدلال هم از ما سبق روشن می شود و آن این که چگونه مالک قبل از بروز ثمار می تواند آن را تملیک به دیگری کند، یا منافع آینده ی وقف را که هنوز نیامده است تملیک به فلان شخص کند و یا این که وصیت تملیکیه نسبت به ما تحمله الجاریة أو الدابة می کند؟! اگر تملیک معدوم صحیح نیست، این موارد هم نباید جایز باشد.

سید خویی^۵ چون در این موارد گرفتار شده اند و مثلاً دیده اند در مضاربه که طرفین قرارداد می بندند

فشیئا، و يجوزون الوصية بما تحمله الجارية أو الدابة و نحو ذلك، و لو كانت الملكية تحتاج إلى محل موجود لم يتفاوت الحال بين كون المالك معدوماً أو المملوك.

۵. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۱، ص ۱۹۰:

و ذلك لما تقدّم غير مرة من عدم الدليل على صحة تمليك المعدوم، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل.

✓ همان، ص ۱۲۲:

و فيه: أنه لا أثر للقصد و عدمه، و ذلك لما تقدّم مراراً من عدم صحّة تمليك الإنسان ما لا يملكه بالفعل إلّا ما خرج بالدليل، إذ ليس له بالفعل مال و ملك كي ينقله إلى غيره و يجعله هو المالك.

✓ همان، ص ۲۰۳:

إلّا أنّ فساده يظهر مما تقدّم. فإنه مخالف للكتاب و السنة أيضاً، حيث إنّه يتضمن تمليك المعدوم بالفعل و هو غير جائز، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه؛ بالفعل.

۶. سید خویی^۵ اصل این استدلال و نیز نامعقول بودن تملیک معدوم را مکرر در فقه استفاده کرده اند از جمله در بحث مضاربه، شرکت، مزارعه، مساقات و امثال آن و ثمرات متعددی بر آن بار کرده اند.

که نصف سود برای مالک و نصف سود برای عامل باشد، هنوز سودی حاصل نشده و چه بسا اصلاً حاصل نشود، پس چگونه تملیک می‌کنند؟ لذا فرموده‌اند در این موارد دلیل خاص وجود دارد.

خدمت ایشان عرض می‌کنیم حتماً نیاز نیست دلیل خاص وجود داشته باشد بلکه دلیل عام هم کافی است. شما اگر می‌خواهید بفرمایید سیره‌ی عقلائیة بر خلاف آن است و تا دلیل خاص وجود نداشته باشد نمی‌توان به آن ملتزم شد، عرض می‌کنیم سیره‌ی عقلاء بر خلاف آن وجود ندارد، مضافاً به این‌که عموماتی هم وجود دارد که شامل تملیک معدوم می‌شود، لذا هر جا عمومات شامل شد، بدان ملتزم می‌شویم حتی اگر به نحو شرط باشد.

البته ایشان می‌فرمایند اگر به نحو شرط باشد، شرط خلاف شرع می‌شود، اما عرض می‌کنیم که هیچ خلافی در آن وجود ندارد و معقول است و عمومات هم شاملش می‌شود. وقتی ائمه علیهم‌السلام در مورد مباحات فرمودند تا روز قیامت برای شیعه اباحه کردیم، یعنی هر کسی که بعداً پیدا شود و نیز هر چیزی که بعداً پیدا شود تحت این اطلاق است.

استدلال سوم و مناقشه در آن

آخرین استدلالی که بر این مطلب ارائه شده، ادعای اجماع است که تملیک معدوم صحیح نیست. عرض می‌کنیم این اجماع حداقل محتمل المدرک است، لذا کاشف از قول معصوم علیه‌السلام نمی‌باشد. مضافاً به این‌که اجماع، دلیل لبی است و باید قدر متیقن آن را اخذ کرد، قدر متیقن آن هم غیر آن جایی است که بالخصوص از ائمه علیهم‌السلام دلیلی بر جواز آن رسیده باشد از جمله قضیه‌ی اباحه. فتحصل این‌که شیخ فرمودند در اباحه نباید مباح و مباح له معدوم باشد، عرض می‌کنیم وقتی در تملیک، مملوک و من یملک می‌تواند معدوم باشد، در اباحه به طریق اولی جایز است.

بازگشت به اصل مطلب «تطبیق اباحه بر قواعد از باب اجازه‌ی عقد فضولی»

[اصل مطلب این بود که آیا می‌توان به روایات اباحه‌ی خمس، برای تصحیح بیع فضولی با اجازه لاحق تمسک کرد یا نه؟ مرحوم شیخ رحمته‌الله فرمودند در این‌که اباحه‌ی خمس به گونه‌ای است که موجب ملکیت شیعه می‌شود، شبهه‌ای وجود ندارد، الا این‌که در تطبیق این اباحه بر قواعد اشکالاتی وجود دارد. سپس ایشان دو پاسخ ذکر کردند که در آن مناقشه کردیم.] سپس جواب دیگری از جانب برخی برای تطبیق اباحه با قواعد ذکر کردیم که این جواب حداقل در مورد اباحه‌ی آن‌چه که از غیر شیعه به شیعه منتقل می‌شود

صادق است و آن این که گفته‌اند اباحه در حقیقت اجازه است؛ یعنی اجازه‌ی عقد فضولی مخالف است؛ چه عقد بیع باشد، چه هبه، چه اجاره و چه عقود دیگر. آن مخالف که مالی به شیعه می‌فروشد که یا کل آن و یا بعض آن ملک امام علیه السلام است، در حقیقت عاقد فضولی است که بدون إذن، متعلق حق ائمه علیهم السلام را فروخته است و امام علیه السلام که اباحه کردند به این معناست که بیع فضولی او را اجازه کردند، لامحاله مبیع منتقل به شیعه می‌شود و ثمن یا بخشی از آن منتقل به ملک امام علیه السلام می‌شود. پس شیعی مالک می‌شود و می‌تواند تصرفات متوقف بر ملک را انجام دهد. بنابراین با این جواب، هم اباحه مطابق قواعد شد و هم کأن دلیلی شد بر صحت بیع فضولی.

بررسی استدلال به روایات اباحه‌ی خمس برای شیعه برای اثبات صحت بیع فضولی

عرض می‌کنیم کأن مستدلین این مطلب را مسلم گرفته‌اند که در ما نحن فیه راهی برای تطبیق «تملیک به اباحه» بر قواعد جز از طریق اجازه‌ی فضولی وجود ندارد و این را هم دلیل بر صحت عقد فضولی با اجازه‌ی مالک گرفته‌اند^۷ و هم دلیل بر این که منتقل‌آلیه می‌تواند هر تصرف متوقف بر ملک را انجام دهد.

عرض می‌کنیم اولاً: این استدلال در صورتی مفید صحت بیع فضولی بعد از اجازه‌ی مالک است که توجیه و تطبیق این اباحه بر قواعد، منحصرأ از طریق بیع فضولی باشد، در حالی که از ما سبق معلوم شد می‌توان این اباحه را طبق قواعد توجیه کرد بدون این که نیاز به تمسک به صحت بیع فضولی با اجازه‌ی لاحقه باشد. مضافاً به این که همان‌طور که اشاره کردیم و در بعض روایات هم وجود داشت، اباحه‌ی خمس منحصر در چیزهایی که به سبب عقد منتقل به شیعه شود نیست، بلکه در این روایات چیزهای دیگری ذکر شده که اصلاً مشتمل بر انشاء عقد نیست تا نیاز به اجازه داشته باشد، مانند میراث. هم‌چنین نطفه و لقمه اباحه شده ولو در ملک خود شیعه باشد. هر جوابی که در این موارد بیان می‌کنید، همان جواب را در جاهای دیگر هم بگویید.

ثانیاً: خدمت سید خویی رحمته الله عرض می‌کنیم: معنای معهود از عقد فضولی در نزد ما آن است که «عقدی واقع شود که به خاطر عدم استناد به مالک ذات اثر نیست، سپس بعد از این که با اجازه‌ی لاحقه مستند به مالک شد، ذات اثر واقع شود»، در حالی که در ما نحن فیه چنین نیست؛ چون علی الفرض از زمان امیرالمؤمنین علیه السلام و حضرت فاطمه‌ی زهرا علیها السلام و بلکه چه بسا به یک معنا از زمان رسول گرامی

۷. برخی مثل سید خویی رحمته الله - علی ما فی تقریراته - تصریح کرده‌اند که این روایات دال بر صحت عقد فضولی است، اما این که این استدلال توجیه‌گر اشکال شیخ رحمته الله باشد، ندیدم کسی متعرض آن شده باشد.

اسلام ﷺ، تحلیل خمس و إذن مبرز در آن وجود داشته است.

و این که سید خوبی رحمته می فرماید: «استدلال به این اخبار بنابر تقدیری صحیح است و بنابر تقدیری صحیح نیست، به این معنا که] اگر قائل شویم این إذن مبرز در استناد عقد به مالک کافی است هر چند عاقد فضولی اطلاع از این إذن نداشته باشد، در این صورت نمی توان به این اخبار برای صحّت فضولی تمسک کرد؛ زیرا عقد صحیح بوده و دیگر اصلاً فضولی نیست؛ چراکه عقد انجام شده و علی الفرض إذن مالک هم وجود دارد و شرط دیگری هم که عاقد مطلع بر این إذن مبرز باشد وجود ندارد. اما اگر قائل شویم خروج از فضولیت، متقوم به این است که عقد منتسب به مالک باشد و در صورتی عقد منتسب به مالک است که عاقد اطلاع از إذن داشته باشد، در این صورت إذن مبرز کافی در استناد عقد به مالک است، و در نتیجه طبق این فرض می توان به اخبار مذکور استدلال کرد». خدمت ایشان عرض می کنیم:

اصلاً علم و جهل عاقد در این جا چه تأثیری دارد و چگونه علم عاقد موجب استناد عقد به مالک می شود؟! این حرف عجیبی است که جناب سید خوبی رحمته فرمودند و در حقیقت کلام سید خوبی رحمته این است که اگر عاقد جهل به إذن مبرز مالک داشت و بعداً عاقد نه غیر او، نسبت به إذن مبرز عالم شد، عقد منتسب به مالک می شود و حال آن که این حرف نامعقول است.

بنابراین این که سید خوبی رحمته علی ما فی التنقیح^۸ خواسته اند به اخبار اباحه استدلال کنند بر صحت بیع

۸. مکاسب البیع، ج ۱، ص ۳۸۷:

ومنها: ما ورد فی المساکن والمتاجر، أی ما یشتريه الشیعی ممن لا یعتقد بالخمس وقد ورد فی بعضها ما مضمونه «إنّا ما أنصفناکم إن کلفناکم الیوم» أی الوقت الذی لم یتمکنوا من استنقاذ أموالهم من الناس لعدم وصول الخلافة الظاهرية إلیهم، فإن تکلیف الشیعة حیثین بذاء الخمس ممّا یشترونه من العامّة خلاف الانصاف.

وکیف کان، هذه الأخبار بعضها صادرة عن مولانا أمير المؤمنين (عليه السلام) وفي بعضها تصريح بعدم اختصاص الاباحه بامام دون إمام، فيستفاد منها صحة المعاملات الواقعة على أموالهم (عليهم السلام) فضولة وبغير إذنهم.

ونقول: الاستدلال بهذه الأخبار یصح علی تقدیر ولا یصح علی تقدیر آخر، فأنه إن قلنا بخروج العقد عن عنوان الفضولی إذا کان مسبوفاً بالرضا المبرز مع عدم وصوله إلى العاقد فلا محالة تكون مورد هذه الأخبار خارجاً عن الفضولی، وأما إن قلنا بأن الخروج عن الفضولية متقوم باستناد العقد إلى المالك وهو متقوم بالاذن - أعنی وصول الرضا المبرز إلى العاقد ولا یکفی فی ذلك مجرد الابراز كما لا یکفی فی الرضا النفساني المجرد عن المبرز - فالاباحه فی الأخبار تدل علی المقصود، والظاهر هو الثاني، لأن الاستناد إلى غیر العاقد إنما یکون فیما إذا وقع العقد عن إذن المالك ومستنداً إلیه، وأما إذا فرض أن المالك رضی بالعقد بل وكّل غیره فی بیع داره مثلاً وأبرز ذلك لأهله ولكن قبل وصول ذلك إلى الوکیل باع الدار فضولة لعدم مبالاته، لا یقال عرفاً إن المالك باع داره بمجرد رضاه المبرز مع عدم وصوله إلى العاقد، وعليه یکون شراء ما تعلق به حق الامام (عليه السلام) أيضاً من الفضولی وتكون الاباحه بمنزلة الاجازة المتأخرة، فیمكن التمسک بهذه الأخبار علی الفضولی.

فضولي با اجازه لاحقہ، معلوم است کہ هیچ فایده‌ای ندارد و این استدلال از اضعف استدلال‌هاست.

والحمد لله رب العالمين

جواد احمدی

۷ مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۴، ص ۴۶:

الوجه السادس: الروایات الواردة فی إباحة المناکح و المساکين و المتاجر للشيعة و ان كان ذلك بأجمعه للإمام عليه السلام فإنها تدل على ان الأئمة عليهم السلام قد أجازوا معاملات شيعتهم على أموالهم فتدل على تأثير الإجازة اللاحقة. أقول لا يخفى عليك ان هذه الروایات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولي على تقدير و لا يمكن ذلك على تقدير آخر و بيانه انك قد عرفت في طليعة البحث عن العقد الفضولي ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الأجنبي لا يخرج عن عنوان الفضولي إلا إذا أظهره بمظهر خارجي و هذا لا شبهة فيه.

و انما البحث في ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضولية أم لا؟ كما إذا اذن المالك في بيع شيء من ماله فباعه المأذون قبل وصول الإذن إليه فإن قلنا بتأثير الاذن الغير الواصل في خروج العقد عن الفضولية، فالإجازة المزبورة أجنبية عن بحث الفضولي بالكلية، ضرورة أن الأئمة عليهم السلام قد أذنوا لشيعتهم في المعاملة على ما فيه حق الامام عليه السلام غاية الأمان المشتري لم يطع على ذلك الاذن و عليه، فتكون تلك المعاملة مستندة الى الأئمة عليهم السلام لأجل ذلك الاذن الموجود حين العقد، و ان قلنا بان مجرد صدور الاذن من المالك لا يخرج المعاملة الصادرة من الأجنبي عن عنوان الفضولي ما لم يصل اليه، بل الاذن المزبور انما يؤثر في خروجها عن الفضولية حين وصوله الى العاقدان قلنا بذلك فالروایات المذكورة تدل على صحة العقود الفضولية و هذا هو الحق لأن الأئمة و ان أذنوا في المعاملة على أموالهم و لكنه لم يصل الى المشتري و من الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولية باستناده الى المالك و لا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه و ان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل و يكون عندئذ مشمولاً للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و نفوذها و اذن فتدل تلك الروایات أيضا على صحة العقود الفضولية بالإجازة اللاحقة. و دعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروایات حكم شرعي لا يجب تطبيقه على القواعد، و لا يمكن التعدي من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسدة، لأن الظاهر منها هو ان الامام عليه السلام انما يمضي معاملات شيعتهم الواقعة على أمواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعدة كلية و هي ان كل مالك يجوز له امضاء المعاملة الفضولية الواقعة على ماله و على هذا فإذا اشترى أحد شيئاً ثم علم ان البائع لم يؤد خمسة كان البيع بالنسبة إلى مقدار الخمس فضولياً و يحكم بصحته من ناحية إجازة الإمام عليه السلام فلا يحتاج إلى إجازة الحاكم و عليه، فيتعلق الخمس بالثمن و لو كان ذلك جارية بل يصح النقل بلا عوض أيضا و حينئذ فيتعلق الخمس بذمة الناقل و كل ذلك لأجل تلك الروایات و قد ذكرنا في كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها و مقيدها محمولة على هذه الجهة و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا للناقل بل ذمته مشغولة بحق الامام عليه السلام و انما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الدالة على طيب المناكح و المساکين و المتاجر للشيعة و بين ما دل على وجوب إيصال حق الإمام إليه كرواية الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه قال: كنت عند أبي جعفر عليه السلام إذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل إلخ، الوسائل باب ۳ من أبواب الأنفال و لو أغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام عليه السلام و لما جاز التصرف و لما جاز و طى الأمة التي هي للإمام عليه السلام مع انها جائزة و أيضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجارية ولد زنا مع انه ليس كذلك و جميع ذلك ليس الا من ان الامام عليه السلام قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال: من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحة و طى الجارية التي جعلت ثمنها لما فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز و وجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام في محله.

