



تقريرات دروس خارج فقه

حضرت آيت الله سيّد محمد رضا مدرّسي طباطبائي يزدي (دامت برکاته)

سال تحصيلي ۹۵-۱۳۹۴

جلسه هفتادم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۱/۲۲

تمسک حضرت امام عليه السلام به بعض روايات ديگر

مرحوم امام عليه السلام می فرمایند: یک دسته ديگر از روايات در باب نکاح عبد وجود دارد که دلالت آن‌ها بر صحت بيع فضولي، بهتر از روايات دسته‌ی قبل است، و آن دو روايتی است که در مورد مملوکی وارد شده

۱. کتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۱۵۸:

ثم إن روايات نکاح العبيد على طائفتين:

إحدهما ما مرّ الكلام فيها. و ثانيتهما: ما وردت في نکاح أحد الشريكين مملوکه بلا إذن صاحبه،

كرواية عبيد بن زرارَةَ، عن أبي عبد الله (عليه السلام): في عبد بين رجلين، زوجه أحدهما و الآخر لا يعلم، ثم إنه علم بعد ذلك، إله أن يفرق بينهما؟ قال للذي لم يعلم و لم يأذن أن يفرق بينهما، و إن شاء تركه على نکاحه.

و رواية عليّ بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: سألت عن مملوکه بين رجلين، زوجهما و الآخر غائب، هل يجوز النکاح؟ قال إذا کره الغائب لم يجوز النکاح.

و لا يرد على هذه الطائفة ما توهم و روده على الاولى: من كونه نظير بيع الراهن، فلا يستفاد منها بيع غير المالك؛ فإن المتزوج فيهما المولى لا المملوك.

و احتمال كونه بإذن المملوك و المملوکه ضعيف؛ ضرورة أن إذنهما غير معتبر.

مضافاً إلى أن ترك الاستفصال دليل على عدم الفرق بين ما إذا كان بإذنهما أو لا. كما أن احتمال كون قوله (عليه السلام) إذا کره الغائب يراد به الكراهة حين جريان العقد حتى يدل على بطلان الفضولي لا صحته، ضعيف؛ ضرورة أن قوله: و الآخر غائب، كناية عرفاً عن عدم إذنه و رضاه حال العقد؛ لعدم احتمال كون الغيبه بنفسها دخيلة في فساد المعاملة.

فقوله: و الآخر غائب، يراد به عدم الإذن و الرضا، و هو قرينة على أن قوله (عليه السلام) إذا کره الغائب يراد به الكراهة حين الاطلاع على

التزويج، فدلالتهما على صحة الفضولي في النکاح بلا إشكال.

كما أن فهم العرف منهما صحة مطلق الفضولي أيضاً، لا تنبغي الشبهة فيه؛ ضرورة أن مساق السؤال و الجواب هو جهة التصرف في مال الغير

بلا إذنه، من غير نظر إلى النکاح.

که احد الشریکین او را بدون إذن دیگری تزویج می کند.

۱. روایت عبید بن زرارہ:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْعَبْدِيِّ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ
عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي عَبْدِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ زَوْجَهُ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ لَا يَعْلَمُ ثُمَّ إِنَّهُ عَلِمَ بَعْدَ ذَلِكَ أَلَهُ
أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا؟ قَالَ: لِلَّذِي لَمْ يَعْلَمْ وَ لَمْ يَأْذَنْ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ عَلَى نِكَاحِهِ.
وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ.^۲

این روایت از لحاظ سند به خاطر عبدالعزیز العبیدی^۳ که تضعیف شده ناتمام است.

زراره از امام صادق عليه السلام نقل می کند که از حضرت سؤال شد در مورد عبیدی که مملوک دو نفر است و یکی از آنها عبد را تزویج کرده و دیگری علم ندارد سپس علم پیدا می کند، آیا می تواند بین آنها جدایی بیندازد [و نکاح را باطل کند؟] حضرت فرمودند: کسی که علم نداشته و إذن نداده است، می تواند بین آنها جدایی بیندازد و اگر خواست می تواند آنها را بر نکاحشان ترک کند.

مرحوم امام عليه السلام می فرماید: اشکالی که بر روایات سابق وارد بود [که مورد این روایات نظیر بیع راهن است] که عاقد برای خودش عقد کرده، دیگر بر این دو روایت وارد نیست؛ چراکه عاقد عقد را برای عبد انشاء کرده و متعلق عقد هم چیزی بوده که ملک دیگری بوده است - زیرا نصف عبد، ملک مالک دیگر است - و فقط فاقد اجازهی مالک دیگر می باشد. پس مورد این روایت دقیقاً مانند بیع فضولی است که عقد را یکی خوانده و ربطی به مالک ندارد و متعلق عقد هم ملک دیگری است، بنابراین اگر در این جا بعد از الحاق اجازهی مالک دیگر، حکم به صحت عقد شود، در بحث بیع فضولی هم عقد بعد از اجازهی مالک

۱. جناب زرارہ چندین پسر دارد از جمله حسین و عبید. حسین بن زرارہ توثیق ندارد اما عبید بن زرارہ توثیق شده است.

✓ رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشيعة، ص ۲۳۳:

عبید بن زرارہ بن أعین الشیبانی روی عن أبي عبد الله عليه السلام، ثقة ثقة، عین، لا لبس فيه و لا شك. له كتاب يرويه جماعة عنه. أخبرنا عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن يحيى قال: حدثنا عبد الله بن جعفر قال: حدثنا ابن أبي الخطاب و محمد بن عبد الجبار و أحمد بن محمد بن عيسى، عن محمد بن إسماعيل بن بزيع، عن حماد بن عثمان، عن عبید بكتابه.

۲. وسائل الشيعة، ج ۲۱، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماماء، باب ۲۵، ح ۱، ص ۱۱۶ و تهذيب الاحكام، ج ۸، ص ۲۰۷.

۳. رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشيعة، ص ۲۴۴:

عبد العزيز العبدي كوفي، روی عن أبي عبد الله عليه السلام، ضعيف، ذكره ابن نوح. له كتاب يرويه جماعة. أخبرنا أبو العباس أحمد بن علي قال: حدثنا الحسن بن حمزة قال: حدثنا ابن بطة قال: حدثنا محمد بن الحسن الصفار، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن محبوب، عن عبد العزيز بكتابه.

صحیح است.

نقد و بررسی استدلال مرحوم امام علیه السلام

عرض می‌کنیم واقعه این است که این روایت خیلی نزدیک به بحث ماست؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، عقد نسبت به ملک دیگری است که عاقد اختیار آن را ندارد، هم‌چنین عاقد عقد را برای خودش انجام نداده بلکه برای عبد انجام داده است، اما با این حال فرض این مسأله در باب نکاح است و در سؤال زواره بیان نشده که مشکل از چه جهت بوده آیا فقط از این جهت بوده که عاقد تصرف در ملک غیر کرده ولو به انشاء عقد، و هر تصرفی در ملک غیر موجب اشکال است، یا به خاطر این است که تصرف ازدواجی کرده است. علاوه جواب امام علیه السلام که می‌فرماید: «لِلَّذِي لَمْ يَعْلَمْ وَ لَمْ يَأْذَنْ أَنْ يُفْرَقَ بَيْنَهُمَا وَ إِنْ شَاءَ تَرَكَهُ عَلَى نِكَاحِهِ» این احتمال را که این حکم مخصوص نکاح باشد منتفی نمی‌کند و لذا روایت ظهوری در مدعا ندارد، هرچند ظن قوی بر این مطلب وجود دارد اما این ظن در حد اطمینان نیست که حجت باشد. بله با ادله‌ی خارجی می‌توان حکم را به سایر موارد سرایت داد، اما از خود روایت چنین تعمیمی استفاده نمی‌شود. مضافاً به این‌که بیان کردیم سند روایت ناتمام است.

۲. روایت علی بن جعفر:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعُمَرَكِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أُخِيهِ
مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ علیه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكَةٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمَا وَ الْآخَرَ غَائِبٌ هَلْ يَجُوزُ
النِّكَاحُ؟ قَالَ: إِذَا كَرِهَ الْغَائِبُ لَمْ يَجْزِ النِّكَاحُ.

وَ رَوَاهُ الْحَمِيرِيُّ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ.

وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ.^۱

علی بن جعفر می‌گوید از امام کاظم علیه السلام در مورد جاریه‌ای سؤال کردم که مشترک بین دو نفر است که یکی از دو مالک او را تزویج کرده در حالی که مالک دیگر غائب است، آیا نکاح جایز است؟ حضرت فرمودند: اگر مالک غائب مکروه باشد، نکاح جایز نیست.

این روایت را شیخ طوسی علیه السلام با سند خود از محمد بن احمد العلوی^۲ نقل کرده که صرف نظر از سند

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب نکاح العیبد و الاماء، باب ۷۰، ح ۱، ص ۱۹۰ و تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۲۰۰ و قرب الاسناد،

ص ۲۵۰ و مسائل علی بن جعفر، ص ۱۲۴.

۲. در نسخ موجود تهذیب، مرحوم شیخ علیه السلام این روایت را با سند خود به محمد بن احمد العلوی نقل می‌کند، اما شیخ علیه السلام نه در مشیخه

شیخ رحمته الله به او، توثیق خود محمد بن احمد العلوی جای کلام است. بنابراین سند شیخ رحمته الله در تهذیب ناتمام است. حمیری نیز این روایت را در *قرب الاسناد* از عبدالله بن الحسن نقل می‌کند که ایشان هر چند آقازاده و واجب التعظیم هستند، اما توثیقی در حق ایشان وارد نشده است، پس سند حمیری نیز به این روایت ناتمام است.

جناب علی بن جعفر نیز این روایت را در کتاب خود یعنی «*مسائل علی بن جعفر*» از برادر بزرگوار خود موسی بن جعفر رحمته الله بلاواسطه نقل کرده است. خود علی بن جعفر، ثقة و جلیل القدر است، الا این‌که بحثی در صحّت سند نسخ موجود این کتاب به ایشان مطرح است. بعضی به سند صاحب *مسائل* و امثال آن اکتفاء کرده و گفته‌اند اگر این سند تمام باشد که معمولاً چنین است، سند کتاب درست می‌شود، اما ما قبلاً عرض کردیم سندی که صاحب *مسائل* به چنین کتبی ارائه می‌دهد مانند سند قدما نیست که سماعاً، قرائتاً یا مناوَلَةً باشد و ارزش فقهی ندارد. قدما وقتی که اجازه می‌دادند گاهی تصریح می‌کردند که این کتاب را فلانی سماعاً از من شنیده است و من آن را اجازه کرده‌ام، یا قرائتاً بر من خوانده و من اجازه کردم. گاهی هم مناوَلَةً بوده است به این معنا که استاد کتابی را که خودش نوشته بود یا دیگری نوشته بود و استاد تدقیق کرده بود و آن را صحیح می‌دانست، به شاگرد خود می‌داد. اما سندی که صاحب *مسائل* ارائه می‌دهد مانند سند قدما نیست که سماعاً، قرائتاً یا مناوَلَةً از استاد خود دریافت کرده باشد، بلکه در اواخر رسم شده بود که برای تیمن و تبرک، اساتید می‌گفتند که فلان کتاب را اجازه می‌دهم نقل کنی، بدون این‌که آن کتاب را سماعاً یا قرائتاً یا مناوَلَةً از استاد خود دریافت کرده باشند، و چنین سندهایی ارزش فقهی ندارد، مانند اجازه‌هایی که الان فقهاء می‌دهند که مثلاً کتاب *مسائل*، کافی، تهذیب و امثال آن را اجازه‌ی نقل می‌دهند، به این معنا که اصل کتاب قابل اعتماد است، اما باید نسخه‌ی قابل اعتماد آن را خود ناقل پیدا کند و استاد، کتابی به شاگرد نمی‌دهد.

بله بعض کتب مانند «*کافی*، *تهذیب*، *من لا یحضره الفقیه*» مشهور هستند به گونه‌ای که اگر کسی در آن‌ها دس می‌کرد روشن می‌شد، این کتب احتیاج به سند ندارد و قابل اعتماد است، حال اگر کسی قائل شود کتاب *مسائل علی بن جعفر* هم چنین است، سند نزد او تمام می‌شود، چون انتساب همین نسخه‌ای که

تهذیب و نه در *الفهرست* و نه در *الرجال*، سندی به روایات ایشان ارائه نمی‌دهد. شیخ طوسی رحمته الله در مجموع، بیست و یک بار از محمد بن احمد العلوی نقل کرده که پانزده بار آن از طریق محمد بن علی بن محبوب بوده و پنج بار هم از طریق محمد بن احمد بن یحیی، و یک بار هم مستقیماً از خود ایشان نقل کرده است، که شاید بتوان گفت این یک روایت هم، از طریق یکی از این دو بزرگوار خصوصاً محمد بن علی بن محبوب بوده، اما بعداً به علنی مثل اشتباه نساخ و ... حذف شده است. (احمدی)

الان هست به مؤلف قطعی می‌شود، اما اگر چنین قائل نشویم، سند قابل اعتماد نیست.

وجه دلالت روایت و مناقشه در آن

مرحوم امام علیه السلام می‌فرماید: در این روایت نیز تنها مشکل عقد، تصرف در ملک غیر است؛ زیرا یکی از شریکین در حصه‌ی شریک دیگر بدون إذن او تصرف کرده است. روایت بیان می‌کند هر جا چنین محذوری باشد، با اجازه‌ی لاحق‌ه عقد صحیح می‌شود. پس اشکال سابق در این روایت وارد نیست، کما این که این اشکال وارد نیست که مراد از «كَرِهَ الْغَائِبُ» یعنی این که مالک دیگر حین جریان عقد کراهت داشته و در نتیجه عقد از اصل باطل است، بلکه مقصود این است که اگر مالک دیگر بعداً فهمید و راضی به عقد نشد، عقد باطل است، اما اگر راضی شد مانعی ندارد. شاهد بر این مطلب هم اولاً سیاق کلام است یعنی عبارت «وَالْآخِرُ غَائِبٌ» که عرفاً کنایه از عدم رضایت مالک دیگر در زمان اجرای عقد است. - ثانیاً: «إذا» ظرف استقبالی است؛ یعنی اگر بعداً خبر دار شد و کاره بود، عقد باطل است. -

عرض می‌کنیم هرچند این روایت نیز مانند روایت قبل ظن قوی ایجاد می‌کند که اگر کسی در مال دیگری به إنشاء تصرف کرد، إنشاءش ملغی نیست بلکه اگر مالک بعداً راضی شود عقد صحیح می‌شود، اما با همه‌ی این‌ها باز این احتمال وجود دارد - در حدی که مانع ظهور است - که حضرت در مورد تصرف به عقد نکاح چنین فرموده باشند؛ نه مطلق عقد، اما آیا ملاک شامل عقد غیر نکاحی هم می‌شود که اساساً ملکیت یک چیز عوض می‌شود - برخلاف نکاح عبد که ملکیت عوض نمی‌شود بلکه محدودیتی پیدا می‌شود - نمی‌توانیم این مطلب را احراز کنیم. بنابراین هرچند ظن قوی بر مطلب وجود دارد، اما در حدی نیست که حجّت باشد.

۵. تمسک به روایات وارده در مقامات خاصه

مرحوم شیخ^۱ می‌فرماید: دلیل دیگری که برای اثبات صحت بیع فضولی بعد از الحاق رضایت مالک اقامه شده، تمسک به روایات کثیری است که در مقامات خاصه وارد شده است. البته مرحوم شیخ علیه السلام دلالت این

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۵۸:

[ما يؤيد لصحة بيع الفضولي ما ورد في المضاربة]

هذا، ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي، بل يستدلّ عليها: بروایات کثیره وردت فی مقامات خاصه، مثل موثقه جمیل عن ابي عبد الله عليه السلام: «في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه». و نحوها غيرها الواردة في هذا الباب.

روایات را فقط به عنوان مؤید می‌پذیرد و هر یک از این مقامات خاصه را جدا جدا ذکر می‌کند، از جمله موثقی جمیل بن درّاج که شیخ آن را بالخصوص ذکر می‌کند، سپس می‌فرماید «و نحوها غیرها الواردة فی هذا الباب»؛ یعنی غیر از موثقی جمیل بن درّاج از روایاتی که در این باب ذکر شده نیز دلالت بر مطلب دارد.

۱. موثقی جمیل بن درّاج:

وَعَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّقَّارِ] عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.^۱

جمیل بن درّاج از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ نقل می‌کند در مورد مردی که مالی را به کسی داده که نوع خاصی از متاع را مضاربه بخرد، سپس مشتری رفته و غیر آن چه که مالک امر کرده بود خریداری کرد. حضرت فرمودند: عامل ضامن است و سود بین آن دو است طبق آنچه که شرط کرده‌اند.

حضرت در این روایت می‌فرمایند: اگر عامل، در غیر آن چیزی که مالک شرط کرده بود مضاربه انجام دهد، در این صورت اگر خسارتی وارد شود و یا مال تلف شود، عامل ضامن می‌باشد و اگر سودی حاصل شود، طبق شرط بین آن‌ها تقسیم می‌شود.

این روایت از جهات مختلف خلاف قاعده است؛ از جمله این که اگر عامل خلاف شرط مالک عمل کند، مضاربه باطل است و خرید و فروشی محقق نشده است، در نتیجه اگر مال را تحویل داده باشد، ملک خریدار نشده و پولی هم که گرفته ملک عامل و نیز صاحب سرمایه نمی‌شود. هم‌چنین این که سود حاصله بین آن‌ها طبق شرطی که در ضمن عقد مضاربه ذکر شده تقسیم شود، خلاف قاعده است.

مرحوم شیخ عَلَيْهِ السَّلَامُ^۲ چون توجه کرده‌اند این روایت خلاف قاعده است، می‌فرمایند: برای حلّ مشکل، دو

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، کتاب المضاربه، باب ۱، ح ۹، ص ۱۸ و تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۱۹۳.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۵۸.

فإنها إن أقيمت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة كما نسب إلى ظاهر الأصحاب، و عدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص، كما في المسالك و غيره كان فيها استثناس لحكم المسألة؛ من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره. و إن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب، و مقتضى الجمع بين هذه الأخبار، و بين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله و النهي عن أكل المال بالباطل اندرجت المعاملة في الفضولي. و صحتها في خصوص المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص، إلّا أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

احتمال وجود دارد؛ يك احتمال اين كه [اگر اين روايت را بر ظاهرش باقى بگذاريم كه دالّ بر ملكيت ربح بدون اجازةى مالك است] و همانند شهيد^۱ و جماعتى^۲ از تابعين ايشان قائل شويم اين روايت، حكمى

۱. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۳۴۵:

لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط و لزومها، و إن ضاقت بسببها التجارة، و إطلاق النصوص دالّ عليه. و تبه به على خلاف بعض العامة حيث منع من اشتراط ما يكون وجوده نادرا أو مضيّقا. و حيث يقع التعيين على أحد الوجوه فخالف العامل ضمن المال، لكن لو ربح كان الربح بينهما على ما شرطاه، سواء في ذلك المخالفة في النوع و في السفر و في جهته، لصحیحة الحلبي و محمد بن مسلم و غیرهما عن الباقر و الصادق علیهما السلام. و لو لا النصّ لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفا أو موقوفا على الإجازة.

۴. همان ۳۵۲:

المراد أنّ المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة، و إن وجب الضمان و الإثم في التصرف غير المأذون. و الربح بينهما على حسب الشرط، للنصوص الصحیحة الدالّة عليه، و إلّا لتوجّه الإشكال إلى صحّة الابتیاع المخالف، لوقوعه بغير إذن، فينبغي أن يكون فضوليا. و كأنّ السبب في ذلك أنّ الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح، و باقى التخصیصات عرضیة لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة، لحصول المقصود بالذات. و بالجملة: فالمستند النصّ الصحیح، و عمل الأصحاب به. و يجب تقييد المخالفة في جهة السفر بما إذا بیع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعیّنة أو يزيد، فلو كان ناقصا بما لا يتغابن بمثله لم یصحّ، كما لو باع بدون ثمن المثل.

۲. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، ص ۲۰۷:

و هذه الاخبار على كثرتها و تعددها فقد اشتركت في الدلالة على أن الربح بينهما مع المخالفة، و ضمان العامل لو عطب المال أو حصلت فيه نقیصة، و هو لا يوافق قواعدهم.

و لهذا قال في المسالك: و لو لا النصّ لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفا أو موقوفا على الإجازة، انتهى.

و توضیحه ما عرفت من أن القراض في معنى الوكالة، بل هو وكالة، و حينئذ فان لم يكن وكیلا في شراء عين فكيف یصح الشراء، و یترتب علیه حل الربح بينهما، و كذا فيما لو نهى عن السفر إلى جهة أو البیع أو الشراء على شخص بعينه، مع أنه في الوكالة لا تصح ذلك، فإنه متى وكل على أمر مخصوص و تجاوزه إلى أمر آخر غير ما وكل علیه فإنه يكون بیعه و شرائه باطلا، و كيف یستحق ربح عمل لم يكن مأذونا فيه، و لا مقارضا علیه، بل يكون آثما ضامنا مع أن الاخبار كما عرفت قد اتفقت على حل الربح، و أنه بينهما.

و هو مؤید لما قدمناه في غير مقام من أن الواجب هو الوقوف على مقتضى الاخبار، و ان خالفت مقتضى قواعدهم، و من الجائز تخصیص قواعدهم بهذه الاخبار، فيكون ما دلت علیه مستثنى من مقتضى تلك القواعد، كما قدمنا مثله مرارا.

۴. كتاب المناهل، ص ۲۰۷:

منهل لو خالف العامل

ما عین له المالك و شرط علیه من الزمان و المكان و الصّفن و غیر ذلك ضمن المال و كان الربح بينهما مقتضى الشرط مط و لو لم یجز المعاملات الصّادرة من العامل بعد المخالفة اماّ أنه ضامن هذه الصّورة فقد صرّح به في الغنية و التذكرة و د و التّحرير و عد و اللّمة و ضه و لك و مجمع الفائدة و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق علیه و منها أنه تبه في الغنية على دعوى الاجماع بقوله ان شرط الاّ یتجر الا في شىء معین و لا یعامل الا انسانا معینا فخالف لزمه الضمان بدلیل اجماع الطائفة و یعضد ما ادّعا قول الریاض بانه لا خلاف في الضمان بل علیه الاجماع في السّرائر و الغنية و هو الحجّة و منها ما تبه علیه في مجمع الفائدة بقوله لأنّه خرج من الامانة بل صار غاصبا و یده يد عادية و منها ما تبه علیه في ض بعد ما حکینا عنه سابقا بقوله مضافا الى الاصول و النّصوص منها الصّحیح في الرجل یعمل المال مضاربة قال له الربح و لیس علیه من الوضیعة شىء الاّ ان یخالف عن شىء ممّا امر به صاحب المال و نحوه الموثق و غیره و اماّ ان الربح بينهما بمقتضى الشرط في هذه الصّورة فقد صرّح به في كرة و د و عه و لك و ض و صرّح به أيضا في یع و فع و عد و الكفاية قائلین لو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غیرها او أمره

تعبدی را بیان می‌کند [که خارج از مسأله‌ی بیع فضولی است]، در این صورت می‌توان از این روایت استیناسی نسبت به صحّت بیع فضولی بعد از الحاق اجازه کرد؛ زیرا چیزی شبیه بیع فضولی است، منتها در فضولی می‌گوییم با اجازه لاحقّه عقد صحیح می‌شود ولی در این جا بدون اجازه.

احتمال دوم که مرحوم شیخ رحمته اللہ علیہ بیشتر به آن تمایل دارند این که روایت را حمل کنیم بر جایی که صاحب سرمایه بعد [از ظهور ربح، رضایت به عقد پیدا می‌کند - کما این که غالب موارد چنین است -]، در این صورت مقتضای جمع عرفی بین این روایت و بین ادله‌ی دالّ بر اشتراط رضایت مالک و نیز ادله‌ی نهی از اکل به باطل - یعنی «لا یحل مال امرء مسلم إلا بطیبة نفسه»، «إلا أن تكون تجارةً عن تراض منکم» و «لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل» - این است که چنین معامله‌ای مندرج در بیع فضولی باشد، در نتیجه روایت دقیقاً دالّ بر صحّت عقد فضولی بعد از اجازه‌ی مالک است. البته این احتمال هم وجود دارد که این روایت اختصاص به باب مضاربه داشته باشد، الا این که با این حال خالی از تأیید مطلب نیست «إلا أنّها لا تخلو عن تأیید للمطلب».

بررسی کلام شیخ رحمته اللہ علیہ

این که مرحوم شیخ رحمته اللہ علیہ فرمودند اگر احتمال اوّل را انتخاب کنیم که روایت، حکمی تعبدی است در این صورت می‌توان استیناسی نسبت به مطلب از آن کرد، خدمت ایشان عرض می‌کنیم: چگونه می‌توان از روایتی که تعبّد محض و از جهات مختلف خلاف قاعده می‌باشد، استیناس مطلب کرد؟! مثل این که نقل و انتقال محقق شده باشد، ربح بین هر دو تقسیم شود، آن هم طبق شرطی که کرده‌اند.

و صرف این که بدون اجازه‌ی لاحقّه حضرت فرمودند ربح بین این دو تقسیم می‌شود، دلیل بر این نیست که عقد فضولی هم با اجازه تصحیح می‌شود، و الا باید گفت از سایر انتقالات قهریه مثل ارث نیز می‌توان استیناس صحّت بیع فضولی بعد از اجازه کرد. بنابراین طبق احتمال اول، روایت یک حکم تعبدی را بیان

بابتیاع شیء معین فابتاع غیره ضمن و لو ربح و الحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط و كذا صرح به في التحرير قائلا فان شرط ان لا يبيع الا على شخص معین او لا يشتري الا منه او لا يشتري الا سلعة معينة لزم و لم یجز له التعدی فان خالف وقف على الاذن و كان ضامنا و الربح على ما شرطاه و اختصاص هذه العبارات ببعض صور المسألة ليس لأجل اختصاص الحكم به و الا لكانت المسألة خلافية و هو باطل اذ لم نجد احدا من الاصحاب نبه على وقوع الخلاف فيها فالعبادات المذكورة محمولة على ارادة التمثيل و هو غير مستبعدة اذ جرت عادة العلماء في كلّ فن على بيان القواعد الكلية بالامثلة الجزئية و كيف كان فالمعتمد ما بينا لا من ان الربح بينهما هنا مط كما صرح به جماعة و لهم وجه أيضا منها ظهور الاتفاق عليه و منها خبر الحلبي عن الصادق ع في الرجل يعطى الرجل مضاربة فيخالف ما شرط عليه فقال هو ضامن و الربح بينهما و قد وصف هذه الرواية بالصحة في كرة و لك و الكفاية ...

می‌کند و نمی‌توان آن را به سایر موارد سرایت داد، و استیناسی بر مطلب حتّی به نحو استحسان مذموم از آن استفاده نمی‌شود.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی