در تاریخ ۲۸ بهمن ۱۴۰۴
بیع فضولی

جلسه 32

---

بسم الله الرّحمن الرّحيم
الحمدلله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثمرة الثانية أعني: خروج المنقول عن قابلية تعلّق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإنّ موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد ...»

## خلاصه مطالب گذشته

مرحوم شيخ(ره) فرموده‌اند كه: مرحوم كاشف الغطاء(ره) سه ثمره ديگر بين ناقليت و كاشفيت بيان كرده، كه مرحوم صاحب جواهر(عليه الرحمه) در هر سه مورد مناقشه و اشكال كرده است.

مرحوم شيخ(اعلي الله مقامه الشريف) اشكال به ثمره اول و دوم را نپذيرفته‌اند، اما اشكال به ثمره سوم را پذيرفته و فرموده‌اند: اشكال اول و دوم صاحب جواهر(ره) به ثمره اول و دوم وارد نيست.

خلاصه فرمايش صاحب جواهر(ره) اين بود كه فرموده: از ادله صحت بيع فضولي استفاده مي‌كنيم كه بايد از زمان عقد تا زمان اجازه، صلاحيت مالكيت مالک مستمره باشد. همچنين مطلب دومي كه از ادله استفاده مي‌كنيم اين است كه از زمان عقد تا زمان اجازه، صلاحيت تملک مال منقول بايد مستمر باشد.

مرحوم شيخ(ره) فرموده: اين حرف را قبول نداريم و چهار دليل داريم بر اين كه اگر صلاحيت اصيل، از زمان عقد تا زمان اجازه باقي نباشد و يا صلاحيت مال منقول استمرار نداشته باشد، اين مخل به عقد نيست و بعد الاجازه عقد تام و صحيح مي‌شود، كه از اين چهار دليل شيخ دو مورد را تا به حال خوانديم.

## دليل سوم مرحوم شيخ(ره) در رد صاحب جواهر(ره)

در دليل سوم، مرحوم شيخ(ره) فرموده: روايتي در مورد تزويج صغيرين به نحو فضولي داشتيم، كه مضمون روايت اين بود كه اگر صغير و صغيره‌اي را، فضولتا به ازدواج يكديگر در آوردند، يعني نه اين كه ولي اين دو را به ازدواج در بياورد، بعد زوج كه بالغ شد، عقد را اجازه كرد و بعد از اجازه از دنيا رفت، كه در اينجا امام(عليه السلام) فرمودند: سهم اين زوجه از ارث را بايد كنار بگذارند، تا اين كه اين زوجه صغيره بالغ شود، بعد اگر عقد را اجازه كرد، اين ارث نصيب او مي‌شود، اما اگر اجازه نكرد، ارث نصيب او نمي‌شود.

مرحوم شيخ(ره) فرموده: در اين روايت فرض اين است كه احد الطرفين، زماني كه طرف ديگر خواسته اجازه دهد مرده،

بنابراين اگر احد المتبايعين در معاملات، از صلاحيت مالكيت، به موت يا شبه موت خارج شدند، به حسب اين روايت، نه تنها نبايد مانعي داشته باشد، بلكه در مورد بيع مساله به طريق اولي است، چون در باب نكاح، زوج و زوجه ركن هستند، اما در باب بيع، ركن عبارت از عوض و معوض است.

فرق ميان بيع و نكاح اين است كه در باب بيع، مشتري و بايع ركنيت ندارند، بلكه عوض و معوض ركنيت دارند، اما در باب نكاح اشخاص، زوج و زوجه ركنيت دارند.

آن وقت در اين روايت، با فرض اين كه زوج، كه احد ركني العقد است، مرده؛ مي‌گويد: اجازه زوجه موثر است، كه اگر در روايت، با فرض از بين رفتن يكي از دو ركن عقد، اين اجازه موثر باشد، درمورد بيع به طريق اولي است.

## دليل چهارم مرحوم شيخ(ره) در رد صاحب جواهر(ره)

در دليل چهارم شيخ(ره) فرموده: وقتي به روايت عروه بارقي مراجعه مي‌كنيم، در روايت ترک استفصال شده، يعني وقتي پيامبر(صلي الله عليه و آله) عمل عروه را امضاء كرده، در حين امضاء سئوال نكردند كه آن گوسفندي كه بيع فضولي خريدي، آيا الان باقي است يا نه؟ كه اين ترک استفصال، خودش يكي از علائم اطلاق است، يعني در حين اجازه، مالي كه به عقد فضولي نقل و انتقال داده مي‌شود، فرقي نمي‌كند كه باقي باشد يا نه.

بنابر اين چهار دليل شيخ(ره) فرموده: اشكال صاحب جواهر(ره) به ثمره اولي و ثانيه مورد قبول نيست.

## اشكال صاحب جواهر(ره) به ثمره ثالثه كاشف الغطاء(ره)

بله آن اشكالي كه به ثمره ثالثه داشته‌اند، كه كاشف الغطاء(ره) فرموده: اگر عقدي در حين انعقاد، فاقد بعضي از شروط بود، مثل اين كه عاقد صغير بود و بعد در حين اجازه بالغ شد، در اينجا اگر قائل شويم به اين كه اجازه كاشفيت دارد، اين معامله باطل است، اما اگر قائل شويم كه اجازه ناقليت دارد، معامله صحيح است.

صاحب جواهر(ره) اشكال كرده، كه در اينجا از اول عقد باطل بوده و عقد باطل صلاحيت لحوق اجازه را ندارد، تا بگوييم: آيا اين اجازه كاشفه است يا ناقله؟

شيخ(ره) فرموده: اين اشكال صاحب جواهر(ره) اشكال خوبي است.

## ثمرات ديگري بين كاشفيت و ناقليت

بعد فرموده: ما يک سري ثمراتي براي ناقليت و كاشفيت بيان كرديم، بعضي از ثمرات را هم كاشف الغطاء(ره) بيان كرده چه بسا ثمرات ديگري هم بين كاشفيت و ناقليت وجود دارد، كه مرحوم شيخ(ره) فقط اشاره كرده، اما اينها را ديگر مورد بحث قرار نداده و تنها به عنوان ربما يقال بيان كرده‌اند.

شش مورد ديگر را اشاره كرده، كه به عنوان ثمره بين ناقليت و كاشفيت بيان كرده‌اند؛

1 ـ مورد اول در تعلق خيارات است، كه اگر بايع مالي را فضولتا به مشتري فروخت و در حين معامله اين مال معيب باشد، اما بعد كه مالک اجازه مي‌كند، عيبش بر طرف شده و سالم شود، در اين صورت اگر بگوييم: اجازه كاشفيت دارد، چون كاشف از ملكيت و انتقال اين مال حين العقد به مشتري است و مال هم كه حين العقد مال معيب بوده، لذا مشتري خيار عيب دارد.

اگر بگوييم: اجازه ناقليت دارد، چون حين اجازه، مال به مشتري منتقل مي‌شود و مال حين اجازه، سالم است و عيبي ندارد، پس مشتري ديگر خيار عيب ندارد.

در باب خيار غبن هم همين طور است، كه اگر مالي را كه فضولي به مشتري فروخت، در حين معامله مشتري مغبون باشد، ولي در حين اجازه قيمت‌ها كم و زياد شده و مغبون نباشد، اگر بگوييم: اجازه كاشفيت دارد، مشتري خيار غبن دارد، اما اگر گفتيم: اجازه ناقليت دارد، مشتري خيار غبن ندارد.

2 ـ مورد دومي كه در اينجا بيان كرده، در باب حق شفعه است، كه در حواشي، دو سه بيان براي آن داشته‌اند، اما بيان معروف اين است كه اگر زميني را كه مشترک بين دو نفر باشد و فضولي حسه يكي از اين دو نفر را بفروشد، بعد شريک كه مالک نصف ديگر است، حسه‌اش را به مشتري ديگري بفروشد و بعد از اين معامله دوم، مالک حسه‌اي كه فضولي فروخته، عقد فضولي را امضاء كند، در اينجا اگر گفتيم: اجازه كاشفيت دارد، معلوم مي‌شود كه مشتري اول، قبل از آن كه مالک، نصف دوم را بفروشد، مالک نصفه ديگر شده، لذا زماني كه مالک نصف دوم، حسه‌اش را مي‌فروشد، مشتري اول مالک بوده و حق شفعه دارد.

اما اگر گفتيم: اجازه ناقل است، مشتري دوم حق شفعه دارد، چون قبل از مشتري اول، مالک مي‌شود و با حق شفعه‌اش، مي‌تواند جلوي اجازه مالک را بگيرد، چون قبل از مشتري اول مالک شده است.

3 ـ مورد سوم در احتساب مبدا خيارات است. مثلا در باب خيار حيوان، گفته‌اند: خيار حيوان سه روز است، حال اگر بايع فضولتا حيواني را به مشتري فروخت و مالک بعد از پنج، شش روز اجازه كرد، در اينجا اگر گفتيم: اجازه كاشفه است، معنايش اين است كه مبدا «ثلاثة ايام» از زمان عقد مي‌باشد، اما اگر گفتيم: اجازه ناقله است، بايد مبدا «ثلاثة ايام» از حين اجازه باشد.

4 ـ مورد چهارم در مجلس عقد در باب بيع صرف و سلم است، كه در بيع نقدين و بيع سلم، قبض در مجلس عقد شرط است، يعني اگر معامله نقدين روي طلا و نقره واقع شد، اين معامله در صورتي صحيح است، كه در مجلس عقد قبض صورت گيرد، حال اگر كسي فضولتا طلايي را فروخت، مالک هم بعدا اجازه كرد، اگر گفتيم: اجازه كاشفه است بايد قبض حين العقد محقق شده باشد، يعني اگر اجازه را كاشفه دانستيم، مجلس عقد، همان مجلس عقد فضولي است، اما اگر اجازه را ناقله دانستيم، مجلس عقد، مجلس اجازه مي‌شود و قبض حين الاجازه معتبر مي‌شود.

5 ـ مورد پنجم در باب قسم و نذر است، كه اگر كسي قسم ياد كرد كه همه اموالي كه متعلق به او هست، در روز جمعه در راه خدا صدق دهد، حال روز پنجشنبه معامله فضولي واقع شده و روز شنبه مالک اجازه كرده، در اينجا اگر بگوييم: اجازه كاشفيت دارد، معلوم مي‌شود كه اين فرش، در روز جمعه ملک مشتري بوده، لذا اين را هم بايد صدقه دهد. اما اگر بگوييم: اجازه ناقليت دارد، معلوم مي‌شود كه اين فرش، در روز جمعه داخل در اموال مشتري نبوده، لذا صدقه دادنش واجب نيست.

6 ـ مورد ششم ـ كه توضيحش را نمي‌دهيم، چون بحث مفصلي دارد، كه شيخ(ره) بعدا بيان مي‌كند.ـ در باب عقود متعدده‌اي

است كه بر اين مال و يا عوض اين مال فضولي واقع مي‌شود.

اگر عبد كسي را فضولتا به يک درهم بفروشد و مشتري هم اين عبد را در مقابل يک كتاب بفروشد و اين مشتري در عقد بعدي هم، عبد را در مقابل يک عسل بفروشد و آن مشتري سوم هم، دوباره اين عبد را به يک شي ديگر مي‌فروشد و هكذا.

در اينجا سه صورت فرض مي‌شود؛ يا مالک عقد اول را اجازه مي‌دهد، يا عقد آخر و يا عقد وسط را، حال اگر مالک عقد وسط را اجازه داد، بنا بر ناقليت، تمام عقود لاحقه صحيح مي‌شود، كه اين اجازه در فرضي است كه عقد وسط روي مال خود مالک بوده باشد. اما بنا بر كاشفيت، عقود سابقه صحيح مي‌شود و نه عقود لاحقه.

اين را مرحوم شيخ(ره) بعدا به صورت خيلي مفصل بيان مي‌كنند، كه طبق آنچه بعضي از بزرگان و اعاظم فرمودند و بلكه تعبيري كه مرحوم محقق نايبني(ره) داشته‌اند، مشكلترين بحث كتاب البيع است.

## تطبيق عبارت

«مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين»، فحوي مفهوم اولويت است، يعني مفهوم اولويت خبر تزويج صغيرين، كه دلالت داشت بر اين كه اگر صغير و صغيره با يكديگر ازدواج كردند و بعد كه زوج بالغ شد، اجازه داد و بعد از اجازه از دنيا رفت، امام(عليه السلام) فرمودند: سهم الارث زوجه را بايد كنار بگذارند، اگر زوجه هم بالغ شد و اجازه داد، سهم الارث را به او مي‌دهند، اما اگر اجازه نداد، هيچ. «الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثمرة الثانية»، در بعضي از نسخه هاي مكاسب كلمه «ردا» وجود ندارد، كه به نظر ما هم اين بهتر است، چون شيخ(ره) ثمره اولي و ثانيه كاشف الغطاء(ره) را تثبيت مي‌كند و شيخ خواسته بگويد: ردي كه صاحب جواهر(ره) بيان كرد، باطل است، لذا «يصلح ردا» حرف درستي نيست، يعني اين خبر صلاحيت دارد كه ثمره دوم را تثبيت كند.

ثمره دوم اين است كه «أعني: خروج المنقول عن قابلية تعلّق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه»، مال منقول از قابليت تعلق انشاء يا اجازه خارج شود، چون منقول تلف شده است. شبه تلف مثل همان نجاستي كه در شيء مايع ريخته مي‌شود، «فإنّ موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد»، موت احد زوجين مثل تلف احد العوضين است، در اين كه يكي از دو ركن عقد از بين مي‌رود.

وجه اولويت اين است كه وقتي در باب نكاح، كه زوجين ركن هستند، با از بين رفتن يكي از دو ركن، مع ذلک قابليت اجازه هست و زوجه صغيره اگر بالغ شد، مي تواند اجازه كند، پس به طريق اولي در باب بيع، كه عوضين عنوان ركنيت دارند، اگر احد المالكين از بين رفتند، معامله قابليت اجازه دارد.

شيخ(ره) كلمه «يصلح لما ذكر في الثمرة الثانيه» را براي اين آورده كه عمدتا خواسته نسبت به ثمره اولي با صاحب جواهر(ره) مواجهه كند و گفته: اين خبر صغيرين، كه قطعا براي ثمره اولي مفيد است، براي ثمره ثانيه هم صحيح است.

لذا در اين صورت كلمه فحوي درست مي‌شود، اما اگر در اينجا بگوييم كه: خواسته با جايي كه احد العوضين از بين مي‌رود مقايسه كند، كه همانطوري كه در عقد نكاح، زوج و زوجه ركن هستند، در بيع هم عوضين ركن هستند، پس اولويتي در كار نيست.

اصلا بگوييم: اين جمله «الذي يصلح لما ذكر في الثمرة الثانيه»، كه در ثمره ثانيه هم صلاحيت وجود دارد، به عنوان يک جمله

در پرانتز بيان شده است.

«مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل النبيّ(صلّى الله عليه و آله و سلم) عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه»، اطلاق روايت عروه بارقي، از اين حيث كه استفصال، يعني طلب تفصيل از موت يا ذبح گوسفند نفرمودند، يعني اگر مال هم از بين رفته باشد، باز قابليت اجازه دارد.

در اينجا در حواشي اشكال كرده‌اند كه چون براي پيامبر(صلّى الله عليه و آله) محرز بوده، ترک استفصال كرده و ظاهر اين روايت هم اين است كه فرع در جايي است كه بقاء شات محرز بوده است.

بعد فرموده: «نعم، ما ذكره أخيراً من تجدّد القابليّة بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة»، آنچه كه كاشف الغطاء(ره) اخيرا ذكر كرد، كه قابليت بعد از عقد و در حال اجازه محقق مي‌شود، اين ثمره‌اي براي مساله نمي‌تواند باشد، «لبطلان العقد ظاهراً على القولين»، چون اينجا عقد بنا بر هر دو قول، چه ناقليت و چه كاشفيت باطل است. «و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط»، همچنين در جايي كه عقد، فقد شرط را داشته باشد، يعني مثلا در جايي كه ميوه‌اي را كه بدوالصلاح نداشت، فروخته، شيخ(ره) مي‌گويد: اينجا عقد باطل است.

«و بالجملة، فباب المناقشة و إن كان واسعاً، إلّا أنّ الأرجح في النظر ما ذكرناه»، باب مناقشه واسع است، يعني حرف كاشف الغطاء قابل مناقشه هست، الا اين كه ارجح در اشكال، همين است كه گفتيم كه: اشكال سوم بر ثمره سوم كاشف الغطاء(ره) وارد است.

لازم به ذكر است، شيخ(ره) وقتي خواست در اين بحث به مقابله با صاحب جواهر(ره) برود، مثال را روي اصيل آورد و تكيه كلامش بر اين بود كه اصيل لازم نيست از زمان عقد، تا زمان اجازه صلاحيتش مستمره باشد، اما صاحب جواهر(ره) وقتي به عبارتش مراجعه مي‌كنيم، در اشكال به كاشف الغطاء(ره) نظرش روي مالک است و مي‌گويد: مالكي كه مي‌خواهد اجازه دهد، بايد صلاحيتش براي مالكيت، از حين العقد تا حين الاجازه باقي باشد، كه خود شيخ(ره) هم اين مطلب را قبول دارد.

شيخ(ره) در تنبيه چهارم عين مطلب صاحب جواهر(ره) را دارد، كه مي‌گويد: «مالک يكون مالكا لولا الاجازه»، كه اين عين عبارت صاحب جواهر(ره) است، كه مي‌گويد: مالک طوري باشد كه اگر اجازه نداد، مالكيتش استمرار پيدا كند، پس معلوم مي‌شود كه اين بقاء و صلاحيت براي مالكيت را نسبت به مالک مجيز آورده، كه اگر نسبت به مالک مجيز باشد، آن اشكالاتي كه شيخ(ره) بر صاحب جواهر(ره) در بحث ديروز داشته، ديگر وارد نيست.

«و ربما يقال بظهور الثمرة في تعلّق الخيارات و حقّ الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الايمان و النذور المتعلّقة بمال البائع أو المشتري»، چه بسا گفته مي‌شود: ظهور ثمره در تعلق خيارات و حق شفعه و ...، كه اينها را ديگر توضيح نمي‌دهيم و مفصل عرض كرديم.

«و تظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتّبة على الثمن أو المثمن، و سيأتي إن شاء الله»، در عقود مترتبه بر ثمن يا مثمن هم ثمره ظاهر مي‌شود.

ثمن يا مثمن معنايش اين است كه مثلا فضولي عبد مالک را به يک درهم فروخته، كه عبد مثمن مي‌شود و درهم ثمن، كه شيخ بعدا مي‌گويند كه: هم عقودي بر اين مثمن ممكن است واقع شود و هم عقودي روي ثمن واقع مي‌شود، كه در آنجا تقريبا حدود دوازده صورت را بيان مي‌كنند، كه بنا بر يک فرض، فقط عقود لاحقه درست مي‌شود و عقود سابقه باطل، اما در فرض ديگر

عقود سابقه درست مي‌شود و عقود لاحقه باطل، كه شيخ(ره) فرموده: «و سياتي ان شاء الله».

## تنبيهات

### تنبيه اول: منشأ اختلاف فقهاء

اولين تنبيه اين است كه اين كه فقهاء اختلاف دارند در اين كه اجازه، آيا كاشف است يا ناقل؟ نزاع در مفهوم لغوي و عرفي نيست، يعني بحث در اين نيست كه اجزت از نظر لغت يعني چه؟ اجزت از نظر عرف يعني چه؟ بلكه بحث و نزاع از باب حكم شرعي اجازه است، يعني از ادله چه استفاده مي كنيم؟

ادله‌اي كه رضايت را در عقد معتبر مي‌داند، ادله‌اي كه رضايت متاخر را كافي مي‌داند، آيا آن ادله رضايت متاخر را به عنوان جزء السبب قرار مي‌دهد، كه اجازه ناقله مي‌شود و يا اين كه واقعا خود عقد موثر است و رضايت هيچ تاثيري ندارد، كه كاشفيت مي‌شود؟ پس نزاع در حكم شرعي است.

### تطبيق عبارت

«و ينبغي التنبيه على أُمور الأوّل أنّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي و معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً»، در اين كه اجازه ناقله است يا كاشفه، اختلاف در مفهوم لغوي و معناي وضعي اجازه نيست. «بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلّة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلّة الخارجية»، نزاع در حكم شرعي است، به حسب ملاحظه اعتبار رضايت مالک، يعني ملاحظه ادله‌اي كه رضايت مالک را معتبر مي‌داند و ادله وجوب وفاء به عقود.

مي‌خواهيم ببينيم كه آيا در عقد فضولي، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قبل از اجازه مي‌آيد يا بعد از اجازه؟ اگر قبل از اجازه بيايد، نتيجه اين مي‌شود كه اجازه كاشفه است، اما اگر بعد از اجازه بيايد، نتيجه اين مي‌شود كه اجازه ناقله است.

پس نزاعمان در حكم شرعي و مقتضاي ادله است. همچنين غير اين دو از ادله خارجي، يعني از ادله خاصه، مثل صحيحه محمد بن قيس و آن روايات خاصه‌اي كه در بيع فضولي به آنها استدلال كرديم.

يعد شيخ(ره) تفريعي كرده، كه اگر فقيهي گفت: اجازه ناقله است، اما مجيز خلاف اين را قصد كرد، يعني مجيز بگويد: گرچه اجازه ناقله است، اما وقتي مي‌خواهم اجازه كنم، اجازه از حين عقد را قصد مي‌كنم و يا اگر فقيهي گفت: اجازه كاشفه است و مجيز بخواهد بر خلاف آن نيت كند، يعني ملكيت از حين الاجازه را قصد كند، در اين صورت؛ اگر گفتيم: نزاع در مفهوم لغوي است، حال اگر فقيهي گفت: اجازه ناقله است، يعني معناي لغويش ناقليت است، در نتيجه اگر قرينه‌اي بر خلاف قائم شد، اشكالي ندارد، لذا در جايي كه قرينه داريم كه مجيز مي‌خواهد ناقليت را قصد نكند، ولو مجتهد گفته اجازه ناقل است، مي‌خواهد اجازه از حين عقد را قصد كند، اين به منزله قرينه صارفه مي‌شود و هيچ اشكالي ندارد.

اما اگر نزاع را روي حكم شرعي آورديم، شيخ(ره) فرموده: اينجا مساله دو پهلو مي‌شود، يعني اگر گفتيم نزاع در حكم شرعي است، در جايي كه قصد خلاف مي‌كند، ديگر قاطعانه نمي توانيم بگوييم: بر طبق قصدش بايد عمل كند. «فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحّتها وجهان»، اگر مجيز

قصد امضاء از حین اجازه کند، علي القول بالکشف و یا امضاء کند و قصد کند من حین العقد واقع شود، علي القول بالنقل، در صحت این اجازه دو وجه است.

**وصلّی الله علی محمد و آله الطاهرین**