

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«الثاني: هل يشترط في صحّة عقد الفضولي وجود مجيزٍ حين العقد، فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة و لا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليّه إذا حدثت المصلحة بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان»

امر دوم: آیا در زمان عقد وجود مجیز معتبر است یا نه؟

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند که: مطلب دوم این است که بین فقهاء اختلاف است که آیا در زمان عقد، وجود مجیز معتبر است یا نه؟ یعنی در عقد فضولی، در همان زمانی که عقد واقع می‌شود، آیا در همان زمان، وجود مجیزی که صلاحیت اجازه کردن عقد را داشته باشد معتبر است یا نه؟

از ظاهر عبارت مرحوم علامه(ره) در کتاب قواعد استفاده می‌شود که چنین چیزی را معتبر می‌داند، مثلاً اگر در زمانی که انسان مال یتیم را لغير مصلحة می‌فروشد، در این زمان مجیز وجود ندارد، به دلیل این که خود یتیم صلاحیت اجازه ندارد و ولی یتیم هم، اجازه‌اش مشروط به وجود مصلحت است، پس در زمان عقد مجیز وجود ندارد، حال اگر این یتیم بالغ شد، آیا می‌تواند اجازه دهد یا نه؟ یا اگر بعداً مصلحتی در این معامله حادث شود، آیا اینجا قابل اجازه هست یا نه؟

مرحوم علامه(ره) قائل به اعتبار این شرط است و فرموده: باید به هنگام عقد فضولی، مجیزی که در همان زمان بتواند عقد را اجازه کند، وجود داشته باشد.

برای اعتبار این شرط دو دلیل آورده شده، که مرحوم شیخ(ره) هر دو دلیل را نقل کرده و مورد مناقشه قرار داده‌اند و بعد هم دلیلی برای قول دیگر، یعنی عدم اشتراط اقامه کرده‌اند و مجموعاً نظر شیخ(ره) این می‌شود که وجود مجیز در حال عقد اعتباری ندارد.

ادله اشتراط وجود مجیز حال العقد

دلیل اول این است که در همان زمان عقد، صحت عقد ممتنع است، چون فرض این است که مال یتیم را بغير مصلحة می‌فروشد، صحت این عقد ممتنع است.

بعد کبرایی را ضمیمه کرده‌اند که اگر صحت در زمانی ممتنع شد، بعداً هم ممتنع است. اگر در زمانی صحت این عقد امتناع پیدا کرد، این امتناع، امتناع دائمی می‌شود و دیگر هیچ گاه قابل تصحیح نیست.

دلیل دوم این است که اگر بگوییم: چنین عقدي صحيح است، لازمه صحت، متوجه شدن ضرر به اصیل است. در جایی که مال یتیم را لغیر مصلحة به مشتري اصیل می‌فروشند، اگر بگوییم: این عقد صحيح است، معنایش این است که اصیل، نه در مالی که به او منتقل شده حق تصرف دارد نه در آن ثمنی که به ازای مال داده است.

اما به دو جهت در عین حق تصرف ندارد، یعنی در مالی که از یتیم به او منتقل شده؛ یک جهت این است که ممکن است بعداً این یتیم که بالغ می‌شود، معامله را اجازه نکند و دلیل دوم عدم تحقق مقتضي است، چون اگر اجازه را به عنوان یک انشاء و عقد مستأنف قرار دادیم، مقتضي برای ملکیت اصیل هنوز به وجود نیامده است. بنابراین مشتري اصیل در مالی که از یتیم به او فروخته شده، حق تصرف ندارد.

اما در ثمن هم حق تصرف ندارد، چون ممکن است بعداً که یتیم بالغ شد، معامله را اجازه کند و معلوم شود که این ثمن، مال یتیم بوده است، پس حق تصرف ندارد.

بنابراین اگر بگوییم: عقدي که در زمان انعقاد، مجیز وجود ندارد، صحيح است، مرحوم علامه(ره) فرموده: این مستلزم متوجه شدن ضرر بر مشتري اصیل است، که نه می‌تواند در آن مبیع تصرف کند و نه در ثمن.

اشکالات شیخ(ره) بر این ادله

مرحوم شیخ(ره) دلیل اول را رد کرده و در جواب از آن یک جواب نقضي و یک جواب حلی داده‌اند.

این را که گفته‌اید: اگر صحت در زمانی ممتنع شد، دیگر برای همیشه صحتش ممتنع می‌شود، نقض می‌کنیم به جایی که به هنگام عقد فضولي، مالک در بلدي است که مسافتش با محلي که عقد منعقد می‌شود، مسافت بسیار طول و درازي هست، به طوري که عادتاً امکان وصول به آن مالک نیست، حال اگر مالش را به نحو فضولي بفروشند، در اینجا قطعاً مرحوم علامه(ره) نمی‌تواند بگوید: این معامله فضولي باطل است. این اولاً جواب نقضي.

اما در جواب حلی شیخ(ره) فرموده: دو نوع صحت داریم؛ یکی صحت شانی و تاهلی و دیگری صحت فعلیه. صحت شانی، یعنی این بیع و عقد اهلیت دارد، برای این که متصف به صحت شود. اما صحت فعلیه یعنی بالفعل تام و صحيح است.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: این کبرای کلی در فرضی هست که صحت عقدي مطلقاً ممتنع باشد، یعنی نه صحت فعلیه و نه صحت شانیه داشته باشد. پس اگر عقدي نه صحت فعلیه دارد نه صحت شانیه، این کبری پیاده می‌شود که اگر در زمانی ممتنع شد، دائماً ممتنع است.

اما اگر صحت فعلیه عقدي در زمانی ممتنع باشد، اما صحت شانیه و صحت تاهلیه را داراست، پس این عقد، الان شأنیت برای صحت دارد، اما صحت فعلیه‌اش ممتنع است. لذا در اینجا این کبری پیاده نمی‌شود و نمی‌توانیم بگوییم: اگر صحت فعلیه در زمانی ممتنع شد، برای همیشه ممتنع است.

اما مرحوم شیخ(ره) در جواب از دلیل دوم، که اگر بگوییم این عقد صحيح است، اصیل متضرر می‌شود، فرموده: اگر متضرر می‌شود، ضررش با جعل خیار جبران می‌شود و می‌گوییم خیار دارد و می‌تواند معامله را بر هم زند.

ادله عدم اشتراط وجود مجيز حال العقد

بعد از رد اين دو دليل، شيخ(ره) فرموده: دليلي براي عدم اعتبار اين شرط داريم، يعني مي‌گوئيم: وجود مجيز در حال عقد معتبر نيست. دليلمان رواياتي است كه در باب نكاح صغيرين وارد شده، كه اگر صغير و صغيره را به تزويج يكدیگر در آورند، كه اين روايات مطلق است، يعني اعم است از اين كه در زمان نكاح، ولي صغير و صغيره وجود داشته باشد، اما در باب اجازه مسامحه و اهمال كاري كند و يا اصلا وجود نداشته باشد.

شيخ(ره) اين را توضيح داده، فرموده‌اند: اين مبتني است بر اين كه بگوئيم: حاكم بر صغير در باب نكاح ولايت ندارد و ولايت در باب نكاح، منحصر به پدر و جد پدري باشد و حاكم شرع هيچ گونه ولايتي ندارد. لذا فتواي شيخ(ره) بر اين مي‌شود كه اقوي اين است كه وجود مجيز در زمان عقد اعتباري ندارد.

اشكال و جواب هايي در كلام علامه(ره) در باب وجود مجيز

بعد سراغ كلام مرحوم علامه(ره) آمده‌اند، كه وقتي در كتاب قواعد مي‌خواهد براي ما نحن فيه مثال بزند، يعني جايي كه در زمان عقد فضولي مجيز وجود ندارد، فقط به بيع مال يتيم مثال زده و قيدي نياورده‌اند.

بيضاوي كه يكي از علماي عامه است، به مرحوم علامه(ره) اشكال کرده . گفته: بنا بر مذهب اماميه نمي‌توانيد مثالي براي اين مطلب پيدا كنيد، چون شما امام(عليه السلام) را ولي من لا ولي له مي‌دانيد. براي او ولايت قائلید و مي‌گوئيد: زماني نداريم كه خالي از امام باشد، پس وجود مجيز هميشه هست و موردی را پيدا نمي‌كنيد كه مجيز نباشد.

مرحوم علامه(ره) از اعتراض بيضاوي جواب داده، كه در زمان ما، امام وجود و حيات دارد، اما متمكن از رسيدن خدمت امام(عليه السلام) نيستيم.

ديگران در مقابل جواب علامه(ره) از بيضاوي دفاع کرده و گفته‌اند: اگر تمكن از وصول به امام(عليه السلام) نيست، تمكن از وصول به نائب امام(عليه السلام) كه داريم، پس به مجتهد جامع الشرايط مي‌توانيد مراجعه كنيد و مي‌گوئيد: اگر مجتهد جامع الشرايط هم نبود، عدول مومنين ولايت دارند و اگر عدول مومنين هم نبودند، حتي فساق هم ولايت دارند، پس نمي‌توانيد زمان و موردی را فرض كنيد، كه در آن مورد، به هنگام عقد فضولي مجيز وجود نداشته باشد.

بعد مرحوم شيخ(ره) فرموده: مراد شما از مجيز چيست؟ اين كه مي‌گوئيد: مجيز در حال عقد وجود ندارد، مرادتان از مجيز چيست؟

اگر مرادتان ذات مجيز است، جوابي كه از بيضاوي داده‌ايد بي خود است و اعتراض بيضاوي بر شما وارد است، اما اگر مرادتان فقط ذات مجيز نيست، بلكه ذات مجيز همراه با تمكن از وصول است، دفاعي كه از بيضاوي شد، درست است، كه الان اگر امام متمكن الوصول نيست، مجتهد جامع الشرايط يا عدول مومنين هستند.

اگر مي‌گوئيد: امام كه متمكن الوصول نيست، چه بسا درباره مجتهدين يا عدول هم، از رفتن سراغ آنها تمكن پيدا نكنيم، يعني ممكن است آنها بر اين مساله اطلاع پيدا نكنند، چون اجازه فرع بر اين است كه مجتهد جامع الشرايط يا عدول مومنين، بر آن اطلاع پيدا كنند و مي‌توانيم زماني را فرض كنيم كه عقد فضولي واقع شود، اما مجتهد و عدول مومنين از اين عقد فضولي اطلاع پيدا نكنند.

بنابراین شیخ(ره) روی هم رفته خواسته‌اند بفرمایند: کلام علامه(ره) دچار اشکال است و برای حل اشکال آنچه را که محقق ثانی و فخر المحققین پسر علامه(قدس سرهم) طی کرده‌اند از همه بهتر است.

این دو بزرگوار مرحوم محقق ثانی(ره) صاحب جامع المقاصد و فخر المحققین(ره)، کلام علامه(ره) را که برای عدم وجود مجیز در حال عقد، به بیع مال یتیم مثال زده و قیدی دیگر ندارد، قید زده‌اند به بیع مال یتیم بلا مصلحه، که وقتی بلا مصلحه شد، دیگر هیچ کس نمی‌تواند اجازه دهد، حتی امام(علیه السلام) هم نمی‌تواند بیع مال یتیم بلا مصلحه را اجازه کند.

تطبیق عبارت

«الثانی: هل یشرط فی صحّة عقد الفضولی وجود مجیز حین العقد»، آیا در صحت عقد فضولی، وجود مجیز حین عقد شرط است؟ یعنی حین العقد کسی باشد که صلاحیت اجازه داشته باشد، «فلا یجوز بیع مال الیتیم لغير مصلحة»، بنابراین بیع مال یتیم بدون مصلحت جایز نیست، یعنی اگر کسی مال یتیم را بغير مصلحة فروخت، این معامله فضولی باطل است، اگر یتیم، ولی هم در آن زمان دارد، اما حق اجازه ندارد، چون بلا مصلحه است.

«و لا ینفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة ولیّه إذا حدثت المصلحة بعد البیع، أم لا یشرط؟ قولان»، آیا اگر یتیم بالغ شد و این بیع را اجازه کرد، فائده ندارد؟ یا اجازه ولی یتیم بعد از بیع و زمانی که مصلحتی حادث شد، فایده ندارد؟ هل یشرط أم لا یشرط؟ که دو قول است. «أولهما للعلامة فی ظاهر القواعد»، که قول اول از علامه(ره) است.

ولی فقط در دایره مصلحت می‌تواند کار کند و ولایتش فقط در موردی است که مصلحتی باشد. اما جایی که مصلحت یتیم نباشد، حق تصرف ندارد. مراد ما از مجیز هم کسی است که بتواند تصرف کند. حال این ولی در زمانی که یک بیع بدون مصلحت برای یتیم فروخته می‌شود، مثل سائر اجنبی هاست، که هیچ کدام حق اجازه کردن را ندارند، پس مجیز نداریم، چون در بیع یتیم، ولی ولایت دارد بر این که در اموال یتیم تصرف کند، به نحوی که احسن باشد، یعنی این که برای یتیم مصلحت داشته باشد.

این هم در مورد دایره ولایت ولی هست، و الا خود یتیم که بالغ شد، دیگر کسی بر او ولایت ندارد و می‌تواند در اموالش تصرف کند و چه بسا در اموالش تصرفاتی کند که به نفع خودش هم نباشد.

«و استدلّ له بأنّ صحّة العقد و الحال هذه ممتنعة»، برای قول علامه(ره) به دو دلیل استدلال شده؛ یکی این که صحت عقد در حال عدم وجود مجیز ممتنع است، «فإذا امتنع فی زمان امتنع دائماً»، پس اگر عقد در یک زمانی ممتنع شد، دائماً باید ممتنع باشد.

«و بلزوم الضرر علی المشتري؛ لامتناع تصرّفه فی العین لإمكان عدم الإجازة و لعدم تحقّق المقتضي»، دلیل دوم این است که بر مشتری اسیل ضرر متوجه می‌شود، چون در عین مال یتیم نمی‌تواند تصرف کند، برای این که اولاً ممکن است بعداً یتیم اجازه ندهد و ثانیاً مقتضی برای تملیک وجود ندارد، که این بنا بر این است که اجازه یک عقد مستأنف باشد، که تا اجازه نیاید، اصلاً مقتضی برای ملکیت نیامده است، اما بنا بر این که بگوییم: اجازه، شرط یا شرط متاخر است، مقتضی ملکیت خود عقد است.

«و لا فی الثمن؛ لإمكان تحقّق الإجازة»، در آن پولی هم که داده نمی‌تواند تصرف کند، برای این که ممکن است بعداً یتیم اجازه دهد، البته بنا بر این که بگوییم: اجازه کاشفه است، که این ثمن ملک یتیم شده است. «فیکون قد خرج عن ملکه»، که در این صورت، این ثمن از ملکش خارج شده است.

«و يَضَعُ الأوَّل مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة»، دلیل اول دو جواب دارد، یک جواب نقضی، که در جایی که مجیز، راهش با مکان فضول خیلی فاصله دارد، به صورتی که عادتاً رسیدن به این مجیز ممتنع باشد، در حالی که هیچ فقیهی نمی‌گوید: این عقد فضولی باطل است.

مضافاً به این که «منع ما ذکره من أنَّ امتناع صحّة العقد في زمانٍ يقتضي امتناعه دائماً»، آن کبرایی که ذکر کرده‌اید، که امتناع صحت عقد در یک زمان، امتناع عقد به صورت دائم را اقتضا دارد، ممنوع است. «سواء قلنا بالنقل أم بالكشف»، چه قائل به ناقلیت شویم و چه کاشفیت.

اما دیگر مرحوم شیخ(ره) علتش را بیان نفرموده‌اند. وجهش این است که اگر صحت را مطلق مراد است، در این صورت اگر صحت مطلق، ولو در زمانی ممتنع شد، همیشه ممتنع است، یعنی اگر صحت، چه صحت تاهلیه و چه صحت فعلیه ممتنع شد، همیشه ممتنع است، اما اگر عقدي صحت شانیه و تاهلیه دارد، اما ولو در زمانی صحت فعلیه‌اش ممتنع است، این چنین نیست که در زمانهای بعد هم، صحت فعلیه نداشته باشد.

«و أمّا الضرر فیتدارك بما یتدارك به صورة النقص المذكورة»، اما جواب از دلیل دوم، این است که با همان چیزی که آن مورد نقض تدارک می‌شود، که مساله خیار است، ضرر هم با مساله خیار تدارک می‌شود.

«هذا كلّه، مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً الشاملة لصورة وجود وليّ النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم و صورة عدم وجود الولي»، مردود بودن این ادله، به علاوه اخباری که می‌گوید: صغیر و صغیره را می‌شود فضولتاً ازدواج داد، که اطلاق این اخبار، صورت وجود ولی و اهمالش نسبت به اجازه تا زمان بلوغ صغار و همچنین صورت عدم وجود ولی را شامل می‌شود. «بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح»، بنا بر این که در خصوص باب نکاح بگوئیم: حاکم بر صغیر ولایت ندارد. «و انحصار الولي في الأب و الجدّ و الوصي، على خلاف فيه»، و قائل شویم که ولی در باب نکاح، منحصر به اب و جد ابی و وصی است، البته در این که وصی می‌تواند ولایت بر نکاح صغار موصی داشته باشد، محل خلاف است.

«و كيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط»، حال چه وصی ولایت داشته باشد یا نداشته باشد، اقوی عدم اشتراط است، یعنی وجود مجیز شرطیت ندارد. «وفاقاً للمحكي عن ابن المتوجّح البحراني و الشهيد و المحقق الثاني و غیرهم»، که بحرانی، شهید، محقق ثانی(قدس سرهم) و غیر اینها همین قول را قائل شده‌اند. «بل لم يرجّحه غير العلامة»، بلکه غیر علامه(ره) کسی آن قول به اشتراط را ترجیح نداده است.

«ثمّ اعلم أنّ العلامة في القواعد مثّل لعدم وجود المجيز: ببيع مال اليتيم»، علامه(ره) در قواعد برای عدم وجود مجیز به بیع مال یتیم مثال زده، البته مالی یتیمی که پدر ندارد، این دیگر مسلم است در کلام علامه(ره) که پدر و جد پدری هم ندارد. «و حکي عن بعض العامة و هو البيضاوي على ما قيل الإيراد عليه: بأنّه لا يتمّ على مذهب الإمامية من وجود الإمام عليه السلام في كلّ عصر»، حاکی مرحوم شهید اول(ره) است، که از بعضی از عامه، یعنی بیضاوی حکایت کرده که بنا بر مذهب امامیه، این مثال صحیح نیست، چون امام در هر زمانی بنا بر مذهب امامیه وجود دارد.

«و عن المصنّف قدّس سرّه: أنّه أجاب بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه»، مرحوم علامه(قدس سره) جواب داده که در زمان ما نمی‌توانیم به امام(علیه السلام) برسیم. «و انتصر للمورد بأنّ نائب الإمام عليه السلام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود»، بیضاوی در این اشکال یاری شده، به این بیان که اگر به امام(علیه السلام) نمی‌شود رسید، نائب او، که مجتهد جامع الشرائط است، موجود است. «بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود»، بلکه اگر فرض کنیم که مجتهدی هم در کار نیست، عدول موجودند، «بل للفسق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول»، بلکه فساق در صورت عدم وجود عدول می‌توانند

ولایت بر طفل داشته باشند.

بعد شیخ(ره) فرموده: «لكن الانتصار في غير محله؛ إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضاً»، این انتصار في غير محله است، چون همان طوری که فرض عدم تمکّن از امام امکان دارد، امکان دارد که نائب امام هم از مجتهدین و عدول اطلاع پیدا نکند، برای این که مجیز واقع شدن، فرع بر این است که اطلاع پیدا کنند.

بعد مرحوم شیخ(ره) فرموده: «فإن أُريد وجود ذات المجيز، فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكّن من الإمام عليه السلام»، اگر مرادتان از وجود مجیز، ذات مجیز است، این را که علامه که اعتراض بیضاوی را دفع کرد، به این که تمکّن از امام نیست، قبول نداریم، به همان بیانی که قبلاً گفتیم. چون اگر فرض کنیم که مراد وجود ذات مجیز است، که ذات مجیز هم ذات امام(علیه السلام) است و در این فرض، دیگر تمکّن و عدم تمکّن را دخیل نمی‌دانیم، یعنی روی این بیان اعتراض بیضاوی تثبیت می‌شود.

«و إن أُريد وجوده مع تمكّنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول إذا لم يطلّعا على العقد»، و اگر مرادتان از وجود مجیز، با فرض تمکّن از اجازه است، فرض عدم تمکّن در مجتهد و عدول هم، اگر اطلاع بر عقد پیدا نکنند وجود دارد.

پس اگر مراد ذات مجیز است، دیگر نیازی به مجتهد و این حرفها نیست و اگر مراد مجیزی است که بتوانیم تمکّن از وصول به او پیدا کنیم، ممکن است مجتهد و عدول هم بر این اطلاع پیدا نکنند، تا عقد فضولی را اجازه دهند.

«فالأولى: ما فعله فخر الدين و المحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة»، پس اولی آن چیزی است که فخر الدین و محقق ثانی(قدس سرهما) فرموده‌اند که: مثال علامه(ره) را قید زده و بگوییم: بیع مال یتیمی که بر خلاف مصلحت است، که در این صورت، نه امام، نه عدول، نه مجتهدین و نه هیچ کس دیگری حق اجازه کردن ندارد، که آنوقت «فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع في الأموال»، این شرط که از اول گفتیم: آیا وجود مجیز در حال عقد معتبر است یا نه؟ این اشتراط بر می‌گردد به این که وجود مجیزی که بالفعل بتواند اجازه بکند، آیا درحین عقد معتبر است یا نه؟ اما این شرط بر نمی‌گردد به این که آیا کسی که شأنیت اجازه دارد، در حین عقد باید وجود داشته باشد یا نه؟ و فرموده: اگر بخواهیم این را بگوییم، موردی نداریم که در باب اموال کسی که شأنیت اجازه را داشته باشد، چون همه جا امام، یا مجتهد و یا غیر مجتهد که شأنیت اجازه را دارند، به هنگام عقد وجود دارد.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين