

بسم الله الرحمن الرحيم

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

دلیل چهارم بر صحت بیع فضولی

بحث در این است که اگر فضولی مال را للمالك بفروشد و مالک هم منعی نکرده باشد؛ تا اینجا سه دلیل را مورد بحث قرار دادیم، یکی اطلاعات و عمومات که گفتیم این درست و تمام است، دلیل دوم روایت عروهی باریقی بود که گفتیم این استدلال به روایت عروه ناتمام است. اما دلیل سوم که بحث‌های خوبی هم داشت صحیح‌های محمد بن قیس بود و ملاحظه کردید که صحیح‌های محمد بن قیس استدلال به او تمام است.

دلیل چهارم که مرحوم شیخ در مکاسب آوردند استدلال به روایات نکاح فضولی است. ما روایاتی داریم هم در باب حُر و هم در باب عبید و اماء، که اگر یک نکاحی به نحو فضولی برای آنها واقع شد و بعداً خود آنها اجازه دادند این نکاح صحیح است، آن وقت بگوییم از این روایات که دلالت بر صحت نکاح فضولی دارد ما بگوییم به طریق اولی و به مفهوم اولویت استفاده کنیم صحت بیع فضولی و سایر عقود را. چرا؟ به دو دلیل: بیان اولویت در دو دلیل است، دلیل اول این است که در نکاح بُضع که منفعت مربوط به زن هست این عوض ندارد، جایی که بضع لیس له عوض، اگر گفتیم اینجا فضولی در او جایز است، در بیع که آنجا عوض وجود دارد به طریق اولی می‌گوییم صحیح است، این یک دلیل.

عبارت شیخ این است: تملیک بضع الغير إذا لزم بالإجازة کان تملیک ماله أُولی، اینجا اشاره به عوض ندارند، عوض در جای دیگر مطرح شده، می‌خواهند بگویند در نکاح اگر تملیک البضع با اجازه‌ی لاحق‌ه درست شود، تملیک المال با اجازه‌ی لاحق‌ه به طریق اولی است، این یک دلیل برای اولویت.

دلیل دوم این است که ما می‌دانیم شارع نسبت به نکاح یک شدّة الإهتمام دارد چون در روایت دارد لَأَنَّهُ الْفَرْج، لَأَنَّهُ مِنْهُ الْوَلَد، این تعابیر دالّ بر شدت اهتمام شارع است، اگر شارع در چیزی که شدّت اهتمام دارد آمد فضولی را اجازه داد و تصحیح کرد، در غیر این نکاح در بیع و اجاره و ... به طریق اولی است. مرحوم شهید اول در غایة المراد به این فحوی اشاره کرده، صاحب ریاض تعبیری که دارد این است که «و لعمری أَنَّهُا مِنْ أَقْوَى الْأَدْلَةِ»، صاحب ریاض فرموده این قوی‌ترین دلیل برای صحت بیع فضولی است، «و لولاهَا لِأَشْكَالِ الْمَسِيرِ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ»، اگر این استدلال به فحوا نباشد، این قول (یعنی قول به صحت فضولی) مشکل می‌شود.

مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف می‌فرماید این استدلال تمام است اما می‌فرمایند در اینجا یک روایت صحیح‌های هست که موهن این استدلال است.

ما قبل از اینکه کلام شیخ را، یعنی قبل از اینکه موهن استدلال را بیان کنیم، یک مقداری باید در وجه استدلال و بیان آن دقت کنیم. مرحوم سید در ردّ این استدلال می‌فرماید این فحوی و اولویت ظنیّه، در جلد دوم حاشیه مکاسب صفحه 113 فرمودند این فحوا ظنیّه است، إذ المصالح المقتضیه لجعل الأحکام خفیةً فلأنّ الحکم تقتضی توسعه أمر النکاح، می‌فرماید ما مصالح را نمی‌دانیم چیست؟ و ملاکات را نمی‌دانیم چیست؟ شاید شارع بر حسب مصالحی که وجود دارد خواسته مسئله‌ی نکاح را یک مقداری توسعه بدهد. مثلاً ما می‌بینیم شارع در اسباب نکاح مسئله‌ی نکاح دائم را قرار داده، نکاح موقت را قرار داده، ملک یمین را قرار داده، تحلیل را هم قرار داده، یعنی اگر یک مولایی کنیز خودش را بر دیگری تحلیل کرد این کشف از این می‌کند که در اسباب توسعه داده، چون دیده نکاح یک امری است که باید مردم به آسانی دسترسی به او داشته باشند، جلوی زنا را شارع می‌خواهد بگیرد، در اسبابش توسعه داده، لذا همین که سید می‌فرماید حکمت اقتضا می‌کند توسعه‌ی امر نکاح را. حالا با قطع نظر از این مطلب هم اصلاً این اولویت، اولویت ظنیّه است، اولویت قطعیه نیست این اولاً.

نکته‌ی دومی که سید دارد این است که می‌فرماید

^[1] در خود نکاح هم مسئله از مسلمات نیست برخی مثل شیخ در کتاب مبسوط و در کتاب خلاف و همچنین فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد و بعض دیگر گفتند اصلاً نکاح فضولی لیس بصحیح، اینطور نیست که ما حکم در نکاح فضولی را به عنوان یک حکم مسلم بتوانیم تلقی کنیم، وقتی به وسیله‌ی ابن حمزه مراجعه می‌کنیم، ایشان می‌گویند در نه مورد فضولی جریان دارد این هم همین مواردی است که روایات بر آن وارد شده، اما دیگر از این نه مورد تعدی نمی‌کند.

مطلب مهمی که سید دارد این است که اخباری که در نکاح فضولی وارد شده یک روایتی نداریم که یک غریبه‌ای برود یک زنی را بر دیگری فضولتاً نکاح کند، تمام این روایات یا مربوط به ولی است یا مربوط به ولیّ شرعی است مثل پدر، یا مربوط به ولی عرفی است مثل عمو، دایی و برادر که ولی عرفی هستند، یا مربوط به وصیّ است، اما یک روایتی داشته باشیم که یک اجنبی رفته باشد زنی را به ازدواج دیگری درآورده باشد و بعد آن زن بیاید اجازه کند بگوید این نکاح فضولی صحیح است نداریم! یا در مورد عبد در جایی که عبد بدون اذن مولای خودش رفته زنی را گرفته که قبلاً گفتیم در این موارد فضولی دو جور است، یک وقت اصلاً عقد منسوب به مالک نیست مثل همین فضولی‌های متعارف، یک وقت عبد منسوب به خود مالک است، خود عبد می‌آید زنی را برای خودش می‌گیرد، خود راهن می‌آید عین مرهونه را می‌فروشد که ملک خودش هست، اما نیاز به اذن مرتهن دارد، در آنجایی که عبد نکاح می‌کند نیاز به اذن مولا دارد که شیخ و غیر آن فرمودند این گونه موارد مسلم درست است و با یک اجازه بعدی و اجازه‌ی لاحق تمام است.

یعنی اگر ما در معاملات فضولی که اجنبی می‌آید مال دیگری را بیع می‌کند گفتیم فضولی صحیح نیست اما در آنجایی که عقد صادر از خود مالک است اما مالک یک ممنوعیتی داشته، محجور بوده، حق فروش نداشته ولی فروخته. راهن است باید اذن مرتهن را بگیرد، نگرفته ولی مالش را فروخته، همه‌ی اینها قائل‌اند که با اجازه‌ی لاحق مسلم صحیح می‌شود.

سید می‌فرماید این روایاتی که در نکاح فضولی آمده یا از قبیل ولیّ شرعی است یا ولیّ عرفی است، یا وصیّ است و یا آنجایی است که عبد رفته خودش زنی را گرفته فقط مولای او باید اجازه کند، دیگر ما در این روایات نداریم که یک اجنبی بیاید یک نکاحی را انجام بدهد، این خلاصه‌ی بیان سید.

حالا ما برای اینکه ببینیم بیان سید تام است یا نه؟ یک بیانی را مرحوم محقق اصفهانی دارد که من این را عرض کنم کسی که با حاشیه‌ی مرحوم اصفهانی مأنوس باشد متوجه می‌شود که اصفهانی به کلمات مرحوم سید بسیار نظر داشته، در خیلی از جاها کلامی را از سید نقل می‌کند، مثلاً اشاره‌ای می‌کند بعضی این را گفتند، گاهی اوقات هم نقل می‌کند ولی نمی‌گوید چه کسی این را گفته، ولی رد می‌کند و مورد مناقشه قرار می‌دهد. ولی آنچه مسلم است این است که مرحوم محقق اصفهانی به مرحوم سید یزدی صاحب عروه و صاحب حاشیه بر مکاسب بسیار نظر داشته و البته این خودش خیلی مهم است، یک شخصیت علمی مثل مرحوم محقق اصفهانی نظر داشته باشد به مرحوم سید، این کشف از عظمت علمی سید دارد.

مرحوم اصفهانی

^[2] می‌فرماید در این دلیل چهارم به سه وجه می‌توانیم استدلال کنیم؟ در یک وجه اولویت و اینها مطرح نمی‌شود، در وجه دوم و سوم اولویت مطرح می‌شود. جلد دوم حاشیه اصفهانی صفحه 89 می‌فرماید الاستدلال بنفوذ النکاح من وجوه، سه وجه ذکر می‌کنند، 1) الف بما ورد فی عبد مملوک بین رجلین زوجه احدهما و الآخر لا يعلم، یک عبدی است که در زمان قدیم به عنوان اموال بوده، مثل خانه که به عنوان مال است عبد هم به عنوان مال بوده، عبد مشترک بین دو نفر است، دو نفر شریک در این عبد هستند، حالا یکی از این دو شریک این عبد را به ازدواج یک زنی در می‌آورد و دیگری خبر ندارد، سؤال از امام این است که دیگری می‌تواند بباید این نکاح بین این دو تا را بهم بزند؟ اُ له أن یفرق بینهما قال علیه السلام للذی لم یعلم و لم یأذن أن یفرق بینهما، آنکه اذن نداده می‌تواند تفریق کند بین این عبد و زنش، و إن شاء ترکة علی نکاحه، اگر خواست بر نکاحش باقی بگذارد.

1) ب) روایت دیگر این است که ما ورد فی مملوکه، مملوکه‌ای که بین رجلین است، زوجها أحدهما و الآخر غایب، هل یجوز النکاح؟ قال إذا کره الغائب لم یجز النکاح، اگر شریک دیگر غایب بوده و کراهت داشته باشد یعنی می‌خواهد رد کند نکاح جایز نیست، آن وقت مرحوم اصفهانی می‌فرماید فإنّ ظاهرهما دوران نفوذ النکاح مدار إجازة الشریک، ظاهر این دو روایت این است که نکاح دایر مدار اجازه‌ی شریک است من حیث إنّه تصرف فی المال المشترك بدون إذن الشریک و أنّ نفوذه بالإجازة.

اینجا عبارتی مرحوم اصفهانی دارد که به نظر ما این عبارت ردّ بر کلام سید است، می‌فرماید فلیس مساقه یعنی سیاق این دو تا روایت، مساق أخبار نکاح العبد، می‌فرماید این با آن اخبار نکاح عبد هم سیاق نیستند و أنّه لا سلطان له فی قبال سلطان موله که عبد در مقابل سلطان مولا سلطانی ندارد. در دو سطر بعد و لا دخل بمسئلة نکاح ولیّ الشرعی، اینجا که احد الشریکین می‌فروشد ربطی به نکاح ولیّ شرطی یا عرفی ندارد لیقال لا ربط له بمطلق الفضولی، بالأخره این شریک نسبت به حصّه‌ی دیگر فضولی محض است، اجنبی است نسبت به حصّه‌ی دیگر، إذ الشریک بالإضافة إلى حصّة الشریک لیس له ولاية بقول المطلق، شریک نسبت به حصّه‌ی شریک دیگر هیچ نحو ولایتی ندارد، نه ولایت شرعی، نه عرفی دارد. عبارت مرحوم اصفهانی را به نظرم جایش بگذاریم الشریک بالنسبة إلى حصّة الشریک الآخر اجنبی، لذا همین جا تعریض بر مرحوم سید است که نگویید این روایاتی که در ما نحن فیه به عنوان نکاح فضولی می‌خواهد به آن استدلال شود در دایره‌ی ولیّ عرفی، شرعی، وصی و اینهاست، این دو روایت دایره‌ای عمومیت دارد. می‌فرمایند این وجه اول برای استدلال است.

وجه دوم دعوی الفحواه، می‌فرماید عبدی که بدون اذن مولا نکاح می‌کند دو جهت در او وجود دارد؛ اگر یک عبدی می‌رود زن می‌گیرد بدون اذن مولا. این عبد هم محجور و هم فضولی، اما محجور است چون عبد در مقابل سلطنت مولا سلطانی ندارد، اصلاً العبد و ما فی یده لمولا یعنی عبد در مقابل سلطان صفر است. می‌فرماید عبدی که می‌رود یک زنی را می‌گیرد در او دو جهت وجود دارد، نه یک جهت. یک جهت این است که محجور، چون سلطنتی در مقابل سلطنت مولا ندارد، دو: این عبد خودش مال مولاست، الآن که خودش را به تزویج دیگری در می‌آورد تصرف در مال مولا کرده. پس تصرف فی مال الغير پس

فضولی، اولویت این است که در نکاح عبد بدون اذن مولا با وجود اینکه دو تا جهت وجود دارد، هم محجوریت و هم فضولیت، اگر روایات بگوید اگر مولا بعداً اجازه داد صحیح است در بیع فضولی که فقط یک جهت وجود دارد، آنجا دیگر محجوریت نیست، در بیع فضولی فقط فضولی تصرف کرده در مال غیر بدون اذن مالک، پس اینجا باید به طریق اولی باشد.

اینجا هم البته مرحوم اصفهانی «ولا یخفی» دارد که می‌فرماید «ولا یخفی أنَّ مقتضاه کون نکاحه لنفسه إذا صحَّ بالإجازة فنکاحه لغيره بالاولوية» می‌فرماید اولویت را اگر بخواهیم بگوییم نباید برویم سراغ بیع و اینها، نباید سراغ مطلق عقد ولو بیع برویم. باید بگوییم اگر این روایات می‌گوید اگر عبد برای خودش نکاح کرد و مولا اجازه داد، آنجایی که برای غیر نکاح کند به طریق اولاست، یک عقدی رفت برای غیر خواند، این به طریق اولی باید با اجازه‌ی مولا صحیح باشد، این هم بیان دوم.

حالا داریم بیانات را می‌گوییم، ما کلام سید را گفتیم، کلام اصفهانی را هم بگوییم. می‌فرماید بیان سوم استدلال، دعوی الفحوی فی مطلق النکاح الفضولی دون العقد. مسئله‌ی ادعای اولویت در مطلق نکاح فضولی یعنی همین که در کلام شیخ بود، مرحوم اصفهانی می‌خواهند بفرمایند این وجه اول و دوم را شیخ توجه نکرده، وجهی که شیخ به آن توجه کرده همین است، بگوییم نکاح فضولی اگر در نکاح که تملیک البضع است با اجازه‌ی لاحقہ درست می‌شود، در غیر نکاح به طریق اولی. آن وقت اینجا مسئله‌ی عوض را مرحوم اصفهانی آورده، آن مطلبی که اول درس عرض کردیم عوض، در کلام شیخ در اول استدلالش نیست، اصفهانی می‌فرماید إنَّ تملیک البضع إذا صحَّ بالإجازة مع أنَّه لا عوض له، فالتملیک المالی المتضمن للعوض بطریقِ أُولی، این یک بیان. أو أنَّ النکاح مبنیٌّ علی الاحتیاط و عدم المسامحة فالمالیات التي يتسامح فيها بطریقِ أُولی. نکاح چون مسئله‌ی فرج و ولد در آن مطرح است مبنی بر احتیاط است پس در امور مالی که يتسامح فيها فضولی باید به طریق اولی باشد، حالا ببینید ما کلام شیخ را تا یک مقدار ذکر کردیم، مقداری که مربوط به بیان استدلال است.

شیخ استدلال به این روایات را در ما نحن فیه تام می‌داند اما می‌فرماید چه کنیم یک صحیح‌ه‌ای موهن این استدلال می‌شود، یعنی به یک صحیح‌ه‌ای استدلال می‌کند که اولی‌تی در کار نیست بلکه مسئله به عکس است، که بعد به آن صحیح‌ه می‌رسیم. حالا می‌خواهیم ببینیم با قطع نظر از این موهن آیا بیان استدلال به این روایات در ما نحن فیه چگونه است.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] حاشیة المكاسب (الليزدي)؛ ج 1، ص: 135

لكن فيه أولًا أنَّ صحَّة النکاح لا يستلزم صحَّة البيع لأنَّه غير موقوف على المهر لأنَّ بطلان المهر لا يستلزم بطلان النکاح فدلالة الأخبار على صحَّة النکاح بالإجازة في هذه الصورة إنما هي من حيث النکاح فقط فلا دلالة لها على صحة البيع و ثانياً يمكن منع شمول الأخبار لمثل هذه الصورة فهي منصرفة عنها هذا و أمَّا الفحوى فهي ظنيَّة إذ المصالح المقتضية لجعل الأحكام خفية فلعلَّ الحكمة تقتضي توسعة أمر النکاح من هذه الجهة دون غيره هذا مع أنَّ الحكم في النکاح أيضا ليس من المسلّمات و إن ادَّعي عليه الإجماعات لأنَّ المحكي عن الشيخ في المبسوط و الخلاف إنكاره فيه من الأصل و عن فخر المحققين أيضا ذلك فيه و في سائر العقود و عن ابن حمزة اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النصِّ فيها دون غيرها و أمَّا الأخبار فهي أيضا واردة في موارد مخصوصة كنکاح الأب لابنه كما في الموثقة إذا زَوَّج الرَّجُل ابنه فذاك إلى ابنه و نکاح الولي العرفي من الأخ و العم و نحوها كما في صحیحة الحذاء و نکاح الأم لابنه كما في رواية محمد بن مسلم و نکاح الوصي كما في صحیحة ابن بزيع و نکاح العبد بدون إذن المولى و نحو ذلك ممَّا يمكن تخصيص الحكم فيه بمورده حسب ما اختاره ابن حمزة و بالجملة فالتعدّي منها إلى مطلق نکاح الفضولي مشكل فضلا عن التعدّي إلى سائر العقود من البيع و نحوه مع أنَّ العمدة في تلك الأخبار أخبار نکاح العبد و قد عرفت أنَّه يمكن أن يقال فيه و في نحوه ممَّا يكون العاقد عاقدا لنفسه إلَّا أنَّه منوط برضا الغير إنَّ كون الإجازة مصحَّحة مطابق للقاعدة فلا يمكن قياس غيره عليه

يزدى، سيد محمد كاظم طباطبائي، حاشية المكاسب (لليزدي)، 2 جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، دوم، 1421 هـ ق

[2] □ حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثه)؛ ج2، ص: 89

الاستدلال بنفوذ النكاح بالإجازة من وجوه: أحدها: بما ورد في عبد مملوك بين رجلين....فإنّ ظاهرهما دوران نفوذ النكاح مدار إجازة الشريك، من حيث إنّهُ تصرّف في المال المشترك بدون إذن الشريك، وأنّ نفوذه بإجازته من حيث إنّهُ تصرّف ورد على ماله. فليس مساقه مساق أخبار نكاح العبد، وأنّه لا سلطان له في قبال سلطان مولاه، وأنّ إجازة المولى توجب حفظ هذا المعنى، وأنّ العبد هو المأمور بالوفاء بعد تمامية الشرط دون غيره من أنحاء الفضولي الذي يوجب انتساب العقد إلى المالك، كما أنّه لا دخل له بمسألة نكاح الولي الشرعي أو العرفي، ليقال لا ربط له بمطلق الفضولي، إذ الشريك بالإضافة إلى حصة الشريك ليس له ولاية بقول مطلق. ثانيها: دعوى الفحوى من حيث إنّ العبد الذي يتزوّد بدون إذن مولاه محجور عليه و فضولي، و الأول بلحاظ أنّه لا سلطان له في قبال سلطان مولاه، وإن كان العمل راجعا إلى الغير باذنه، و الثاني باعتبار تصرفه في مال الغير، حيث إنّهُ مملوك لمولاه كتزويج غير المولى لهذا المملوك، فإذا صح العقد الذي اجتمعت فيه الجهتان بالإجازة، فالعقد المتمحض في الفضولية بالأولوية. و لا يخفى أنّ مقتضاه كون نكاحه لنفسه إذا صح بالإجازة فنكاحه لغيره بالأولوية، لا مطلق عقده بالأولوية إلّا بالتقريب الآتي. ثالثها: دعوى الفحوى في مطلق نكاح الفضولي دون العبد فقط، بتقريب أنّ تملك البضع إذا صح بالإجازة مع أنّه لا عوض له فالتملك المالي المتضمن للعوض بطريق أولى، أو أنّ النكاح مبني على الاحتياط و عدم المسامحة فيه، كما يظهر من طائفة من الاخبار «1»، فالماليات التي يتسامح فيها تكون أولى بنفوذ العقد عليها بالإجازة.

اصفهانى، محمد حسين، حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثه)، 5 جلد، أنوار الهدى، قم - ايران، اول، 1418 هـ ق