در تاریخ ۱۰ آذر ۱۳۹۳
دروس بيع ـ بيع فضولي

جلسه 37

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

خلاصه بحث گذشته

بحث به اینجا رسید که مرحوم شیخ انصاری(اعلی الله مقامه الشریف) فرمود ما اگر قائل شویم به اینکه معاطات مفید ملکیت است، فضولی در آن جریان پیدا می‌کند و آن اشکالات متوهمه را پاسخ دادند، اما اگر قائل شویم به اینکه معاطات، مفید اباحه است، جریان فضولی در معاطات را ممنوع می‌دانیم. مرحوم شیخ، دو دلیل آوردند؛ دلیل اول: اینکه اگر بگوئیم معاطات مفید اباحه است، خلاف قاعده بوده و در خلاف قاعده، باید اکتفای بر قدر متیقن کنیم و قدر متیقن از معاطاتی که مفید اباحه است، در جایی است که خود مالکین، متعاطیین باشند.

دلیل دوم: «حصول الاباحه قبل الاجازة غیر ممکنٍ»؛ امکان ندارد قبل از اینکه مالک اجازه بدهد، بگوئیم اباحه تحقق پیدا می‌کند، بلکه اباحه از حین اجازه می‌آید یعنی وقتی مالک، اجازه داد از همان لحظه اباحه می‌آید.

دیدگاه مرحوم سید یزدی

مرحوم سید در ذیل این کلام شیخ انصاری می‌فرماید «لم أعرف الفرق بین الملکیة و الاباحة فی ذلک»؛ این سخن مرحوم شیخ (که ما بگوئیم طبق قول به اینکه معاطات مفید ملکیت است، ملکیّت بر اساس قول به کاشفیت، قبل الاجازه می‌آید یعنی اگر گفتیم اجازه کاشف است، به این معناست که ملکیت قبل الاجازه آمده، اما حصول اباحه قبل الاجازه ممکن نیست و اگر بخواهیم بگوئیم اجازه کاشف از این است که اباحه قبلاً آمده، این ممکن نیست)، سخن تامی نیست و فرقی میان ملکیت و اباحه وجود ندارد. اگر تحقق اباحه قبل الاجازه، ممکن و معقول نیست، در ملکیّت نیز باید بگوئیم معقول نیست. اگر می‌گوئید اجازه کشف از این می‌کند که ملکیّت قبلاً آمده، اجازه با اباحه نیز همین کار را می‌کند.[1]

در اینجا باید این مطلب را دنبال کنیم که چه چیزی در ذهن شریف مرحوم شیخ انصاری بوده که می‌فرماید اگر قائل شدیم معاطات، مفید ملک است، فضولی در آن جریان پیدا می‌کند (فضولی معاطاتاً مالی را به دیگری تملیک کند و مالک نیز که اجازه داد، می‌گوئیم اگر اجازه ناقل است من حین الاجازة ملکیت می‌آید و اگر کاشف است، این اباحه از حین معاطات آمده)، اما اگر قائل شدیم به اینکه معاطات مفید اباحه است، دیگر جریان فضولی در معاطات معنا ندارد و باطل است؛ زیرا نمی‌توان گفت اجازه کشف از این می‌کند که اباحه قبلاً آمده است.

دیدگاه مرحوم آخوند

مرحوم آخوند خراسانی در حاشیه «مکاسب» می‌گوید اگر مقصود شیخ انصاری، از این اباحه، اباحه‌ی مالکیّه باشد، سخن شیخ درست است؛ زیرا اباحه‌ی مالکیّه «لم تتحقق إلا من حین اجازة المالک» (اباحه‌ی مالکیه یعنی اباحه‌ای که مالک، مبیح آن است و سبب الاباحه‌اش، مالک است)، اما اگر گفتیم این اباحه، اباحه‌ی شرعی است (اباحه‌ی شرعی یعنی اباحه‌ای که منشأ اباحه و مبیح آن، شارع است)، اباحه‌ی شرعی نیز مثل ملکیت است و چه اشکالی دارد بعداً که مالک اجازه داد، این اجازه کشف از این اعتبار شرعی کند یعنی شارع در همان زمانی که فضولی آمده این کار را انجام داده، اباحه‌ی شرعی را اعتبار کرده است.[2]

خلاصه آنکه؛ مرحوم آخوند می‌فرماید فرمایش شیخ در اباحه‌ی مالکیه درست است و معنا ندارد بگوئیم اجازه، کشف از حصول اباحه‌ی مالکیّه از حین معاطات دارد، اما در اباحه‌ی شرعیه این چنین نیست. بنابراین، مرحوم آخوند اول کسی است که بین اباحه‌ی مالکی و اباحه‌ی شرعی تفصیل داده است.

مثال‌هایی برای اباحه شرعی و اباحه مالکی

اباحه‌ی شرعیه مانند اینکه شما در خیابان لقطه‌ای پیدا می‌کنید. چه کسی به شما اجازه می‌دهد این را بردارید و قبض کنید و بعد هم به مالکش تحویل دهید. این اباحه تصرف را، شارع اجازه داده است. یا اینکه شما در بیابانی، گرسنه هستید و غذایی آنجا وجود دارد که مال دیگری هم هست و خودِ مالک نیست. الآن هم اضطرار دارید و اگر این را نخورید، تلف می‌شوید، چه کسی اجازه می‌دهد این را بخورید؟ شارع یعنی اباحه‌ای که مُبیح و سبب الاباحه آن، شارع می‌باشد.

مثال دیگر؛ در باب معاطات خیلی‌ها که قائل به اباحه‌اند، می‌گویند مفید اباحه‌ی شرعی است یعنی شارع می‌گوید اگر دو نفر با هم مالی را ردّ و بدل کردند، این مفید اباحه است، حتّی اگر قصد طرفین، تملیک باشد (بیان شد نزاع در باب معاطات، در جایی است که قصد طرفین تملیک است، اما عده‌ای از قدما که قائل بودند به اینکه معاطات، مفید برای اباحه است) و گفتند شرعاً غیر از اباحه، اثر دیگری را ندارد.

مثال اباحه‌ی مالکی این است که شما به خانه‌ی کسی می‌روید و مالک، غذا و میوه جلوی شما می‌گذارد، چه کسی اینها را مباح کرد؟ خود مالک. این می شود اباحه مالکی. یا در عاریه، وقتی از مالک مالی را عاریه می‌گیرید، استفاده از این مال را مالک مباح کرده است. گاهی اوقات خود مالک می‌گوید «أبحتُ لک کذا»؛ مباح کردم بر تو این مال را که استفاده کنی یعنی تصرفات بر شما جایز است.

دیدگاه محقق اصفهانی

بعد از کلام آخوند، مرحوم اصفهانی مطلب را دنبال کرده و بعد در کلمات امام(رضوان الله تعالی علیه) آمده است. مرحوم امام نیز، علی الظاهر؛ یا به تبع مرحوم آخوند یا به تبع مرحوم اصفهانی، این بحث را مطرح کرده است. در اینجا ابتدا کلام مرحوم اصفهانی را (که مفصل این را مطرح کردند)، بیان می‌کنیم.

مرحوم شیخ انصاری در یک جمله فرمود: «حصول الاباحه قبل الاجازة غیر ممکنٍ»؛ اصلاً عقلاً امکان ندارد که مرحوم آخوند، توضیحی در کلام شیخ انصاری بیان کرد و محقق اصفهانی، در اشکال بر سخن مرحوم آخوند می‌فرماید: «الاباحة الشرعیة المعاطاتیة نسبتها إلی المأخوذ بالمعاطاة نسبة الحکم إلی موضوعه لا نسبة المسبب الی سببه». می‌فرماید ما یک موضوع داریم

و یک حکم، موضوع چیست؟ معاطات (یک معاطاتی که خارجاً انجام می‌شود). حکم این موضوع چیست؟ الاباحة الشرعیة. نسبت بین اباحه و معاطات، نسبت حکم به موضوع است نه نسبت مسبب به سبب یعنی وقتی اباحه‌ی شرعیه را تحلیل می‌کنیم، بحث سبب و مسبب در میان نیست (تا اینکه بگوئیم این معاطات یا این اجازه، سببٌ للإباحة الشرعیة)، نه! نسبت، نسبت حکم و موضوع است. یک موضوعی داریم به نام معاطات و یک حکم شرعی دارد به نام اباحه.

در ادامه می‌فرماید: «و علیه؛ فلا یعقل حدوث مثل هذه الإباحة قبل الإجازة علی الکشف»، به آخوند می‌فرماید اگر این اباحه شرعیه باشد، چون نسبت، نسبتِ حکم و موضوع است، معقول نیست که این اباحه‌ی شرعیه، قبل از اجازه طبق قول به کاشفیت بیاید؛ زیرا موضوع اباحه‌ی شرعیه، معاطات است و این معاطات خودش، از امور اعتباریه نیست «حتّی یمکن الحکم بتحققها سابقاً بلحاظ الإجازة لاحقاً»؛ تا اینکه بگوئیم این امر اعتباری، به اعتبار اینکه اجازه‌ی لاحق می‌آید، سابقاً آمده است.

بنابراین، مرحوم اصفهانی می‌فرماید خود معاطات، یک امر اعتباری نیست. اگر امر اعتباری بود، می‌گفتیم این اجازه کشف از این می‌کند یک معاطات اعتباری قبلاً بوده و حکمش نیز اباحه‌ی شرعیه است، چه زمانی معاطات محقق می‌شود؟ تا اجازه نیاید اصلاً معاطاتی نیست. چه زمانی معاطات مستند به مالک می‌شود؟ زمانی که مالک اجازه بدهد «هذا التعاطی الخارجی یستند إلی المالک بالإجازه و لا یعقل تحقق الإستناد فعلاً واقعاً بلحاظ ما به الاستناد لاحقاً»؛ نمی‌توانیم بگوئیم استناد الآن هست به لحاظ ما به الاستناد که اجازه است لاحقاً.

عمده سخن محقق اصفهانی این است که اگر ما بگوئیم این اباحه‌ی شرعیه «حکمٌ شرعیٌ»، موضوعش معاطات است و این موضوع، یک امر خارجی است و زمانی این موضوع، تحقق پیدا می‌کند که مالک اجازه بدهد یعنی مادامی که مالک اجازه نداده، هنوز موضوع نیامده است. مانند اینکه شما اگر بگوئید یک موضوعی دو جزء دارد؛ یک جزءش آمده و جزء دوم نیامده، مادامی که یک جزء موضوع نیاید، حکمش می‌آید؟ نه، نمی‌توانیم بگوئیم مادامی که اجازه نیامده، معاطاتی محقق شده و استناد به مالک پیدا کرده است. بنابراین، معاطاتی که اجازه به آن لاحق شود، تازه موضوع برای اباحه‌ی شرعیه می‌شود.

مانند اینکه در بیع یا نکاح می‌گوئید مادامی که «قبلتُ» نیاید، ملکیت یا زوجیت نمی‌آید، آیا می‌توانید بگوئید وقتی «قبلتُ» آمد، کشف از این می‌کند که زوجیت قبلاً بوده؟ نه![3] ایشان در پایان می‌فرماید: «و ما لم یتحقق الموضوع لا یترتب علیه حکمه»؛ وقتی موضوع (که دو جزء دارد) نیاید حکم نمی‌آید.

مرحوم اصفهانی در ادامه به قسمت دیگر کلام استاد خود مرحوم آخوند پرداخته و می‌فرماید: اما اباحه‌ی مالکیه؛ دو صورت دارد؛ صورت نخست: «الرضا الضمنی بتصرفات الآخذ»؛ رضایت ضمنی به تصرفات گیرنده یعنی ضمن یک فعلی که انسان انجام می‌دهد (مثل اینکه میوه را جلوی شما می‌گذارم)، راضی است که شمای آخذ (گیرنده) استفاده کرده و تصرف کنید. می‌فرماید این روشن است؛ زیرا تا زمانی که این اباحه‌ی مالکی و رضایت ضمنی، تحقق پیدا نکند، این تصرف شرعاً جایز نیست «فیدور الجواز و عدمه مدار الرضا و عدمه حدوثاً و بقاءً»؛ رضای ضمنی هر وقت موجود شد، این تصرف گیرنده درست است. مانند اینکه کسی به شما بگوید الآن روی این فرش بنشین، اگر نشستی نمی‌توانید بگوئید تو اجازه دادی من نشستم و دیگر بلند نمی‌شوم، نه! دو دقیقه بعد گفت حالا دیگر راضی نیستم، باید بلند شوی. حدوثاً و بقاءً دائر مدار رضاست.

بنابراین، تا اینجا اباحه مالکی مانند اباحه شرعی شد یعنی مادامی که رضایت نیاید، اباحه‌ی مالکی نیز نمی‌آید.

صورت دوم: «انشاء الإباحة بالقول أو الفعل»؛ بگوئیم معنای اباحه‌ی مالکی، رضایت قلبی و ضمنی نیست، بلکه بدین معناست که مالک با قول یا فعل، اباحه را انشاء کند «و هذه الاباحة تسبیباً فتکون کالملکیة»؛ این اباحه‌ی انشاء (یعنی مالک می‌گوید «أبحتُ لک» می‌شود انشاء الاباحه، یا ظرف میوه را می‌دهد به قصد انشاء الاباحه)، غیر از رضایت قلبی است. می‌گوید من

می‌خواهم اباحه را ایجاد کنم.

بنابراین، اگر مراد از اباحه‌ی مالکیه، انشاء الاباحه بالفعل أو بالقول باشد، مرحوم اصفهانی می‌فرماید این با آن معنای اول اباحه‌ی مالکیه و با آن اباحه‌ی شرعیه فرق دارد. فرقش این است که این اباحه می‌شود تسبیبی و در اینجا، دیگر بحث سبب و مسبب پیش می‌آید و همان‌گونه که در باب ملکیت ما «بِعتُ» و «اشتریت» را می‌گوئیم «سببٌ للملکیة»، اینجا نیز قول یا فعل «سببٌ للإباحة». «و هذه الاباحة تسبیبیةٌ فتکون کالملکیة قابلة لإعتبارها شرعاً قبل لحوق الإجازة»؛ شارع می‌تواند بگوید من این اباحه‌ای را که بایع کرده، اگر مالک بعداً اجازه داد، می‌گویم از اولی که فضولی اباحه کرده، من این اباحه را نافذ می‌دانم و این صورت از اباحه مالکی، قبل از لحوق اجازة، قابل اعتبار است.

نتیجه آنکه؛ «ما یعقل فیه الکشف لا یمکن الإلتزام به إلا بالخلف»؛ چیزی که در آن کاشفیت معقول است (یعنی ملکیت)، نمی‌توانیم به آن ملتزم شویم؛ زیرا خلاف فرض است (فرض ما این است که الآن معاطات مفید اباحه است) «و ما یمکن الإلتزام به من الاباحة الشرعیة و المالکیة لا یعقل فیه الکشف»؛ آنچه التزام به او ممکن است مثل اباحه شرعیه و مالکیه (منتهی اباحه مالکیه به معنای اول)، کشف در آن معقول نیست.[4]

مرحوم امام نیز در «کتاب البیع»، میان اباحه شرعیه و اباحه‌ی مالکیه تفصیل داده است.[5] سخن مرحوم خوئی نیز در کتاب «مصباح الفقاهه» دیده شود.[6]

وصلّی الله علی محمد و آله الطاهرین

---

[1] « «أقول هذا أیضا کسابقه من عدم الفرق بین الإباحة و الملکیّة و التّحقیق أنّ الإباحة الواقعیة کافیة کالملکیة الواقعیّة.» حاشیة المکاسب (للیزدي)، ج1، ص147.

[2] « « قوله(ره): (مع انّ حصول الإباحة قبل الإجازة غیر ممکن- إلخ-). لو کانت الإباحة مالکیة، و اما إذا کانت شرعیة، فیمکن الحکم بها قبل الإجازة علی الکشف فیما إذا علم لحوقها، فإنّ الإباحة علی هذا أثرها أیضا کالملکیّة بعد التصرف، فاذا کانت المعاطاة واجدة للشرط واقعا، من لحوق الإجازة، کانت ثبوتها لها قبل التّصرف، کما کانت مؤثرة للملکیّة بعده. فافهم.» حاشیة المکاسب (للآخوند)، ص58.

[3] « نکته: تنها فقیهی که دیدگاهش این است «العقد یتمّ بالایجاب»؛ این عقد با ایجاب تمام می‌شود، مرحوم امام خمینی است که آن، یک مبنایی است منحصر به فر د است، اما مشهور می‌گویند مادامی که قبول نیاید، اصلاً ملکیت یا زوجیت نمی‌آید و عقد کامل نمی‌شود و در معاطات نیز، مادامی که اجازه نیاید اصلاً اباحه‌ی شرعیه محقق نمی‌شود.

[4] « «عن شیخنا الأستاذ في تعلیقته المبارکة أنّه کذلك (لو کانت الإباحة مالکیة، و أمّا إذا کانت الإباحة شرعیة فیمکن الحکم بها علی الکشف قبل الإجازة .. إلخ). قلت: الإباحة الشرعیة المعاطاتیة نسبتها إلی المأخوذ بالمعاطاة نسبة الحکم إلی موضوعه، لا نسبة المسبب إلی سببه، فضلا عن الأمر التسبیبي بالنسبة إلی ما یتسبب به إلیه، و علیه فلا یعقل حدوث مثل هذه الإباحة قبل الإجازة علی الکشف، لأنّ موضوعها المعاطاة و هي لیست من الأمور الاعتباریة، حتی یمکن الحکم بتحققها سابقا بلحاظ الإجازة لا حقا، بل هذا التعاطي الخارجي یستند إلی المالك بالإجازة، و لا یعقل تحقق الاستناد فعلا واقعا بلحاظ ما به الاستناد لا حقا، و ما لم یتحقق الموضوع لا یترتب علیه حکمه. و أمّا الإباحة المالکیة فهي علی قسمین: أحدهما: الرضا الضمني بتصرفات الآخذ، و هذا المعنی ما لم یتحقق لا یجوز التصرف شرعا، فیدور الجواز و عدمه مدار الرضا و عدمه حدوثا و بقاء. ثانیهما: إنشاء الإباحة بالقول أو الفعل و هذه إباحة تسبیبیة، فتکون کالملکیة قابلة لاعتبارها شرعا قبل لحوق الإجازة، و علیه فما یعقل فیه الکشف لا یمکن الالتزام به إلّا بالخلف، لأنّ الکلام في المعاطاة المقصود بها الملك، و ما یمکن الالتزام به من الإباحة الشرعیة و المالکیة- بالمعنی

الصحيح- لا يعقل فيه الكشف، فتدبر جيدا.» حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط- الحديثة)، ج2، ص130-129.

[5] « و أمّا بناءً على الإباحة، فإن كانت مالكيّة فيمكن أن يقال: بجريان الفضوليّة فيها؛ لأنّ الإباحة المالكيّة ليست بمعنى الإباحة استقلالًا و ابتداءً، بل ما صدر من المتعاطيين ليس إلّا البيع، و القائل بالإباحة يقول: «إنّ المعاملة متضمّنة للإباحة» كما يقال في المقبوض بالبيع الفاسد. و هذا و إن كان خلاف التحقيق، لكن بناءً عليه يمكن أن يقال: إنّ الإجازة متعلّقة بالبيع المتضمّن للإباحة، فإذا ثبت بالإجماع عدم حصول الملكيّة في المعاطاة، تؤثّر الإجازة في الإباحة الضمنيّة، و يأتي اختلاف النقل و الكشف فيها أيضاً، فيقول القائل بالكشف: «إنّ الإجازة توجب الإباحة من أوّل الأمر» أو «إنّ الإباحة التقديريّة كافية» و القائل بالنقل يقول: «إنّ إجازة البيع توجبالإباحة من حينها». و إن كانت الإباحة شرعيّة، فإن قلنا: بأنّ القاعدة تقتضي صحّة المعاطاة، و الإجماع قائم على عدم حصول الملك، و حصول الإباحة شرعاً، فيجري فيها الفضوليّ أيضاً؛ لأنّ مقتضى القاعدة صحّتها، فإن قلنا: بالاقتصار على المتيقّن من الإجماع، نلتزم في الفضوليّ بحصول الملك؛ لعدم ثبوت الإجماع فيه. و إن قلنا: بأولويّة الفضوليّ في شمول الإجماع له، نقول بالإباحة فيها أيضاً. إلّا أن يقال: إنّ الإباحة ثبتت بالإجماع من غير دخالة البيع، و هو كما ترى. نعم، بناءً على أنّ المعاطاة على خلاف القاعدة، و أنّ ثبوت الإباحة بالإجماع، لا يجري الفضوليّ فيها.» كتاب البيع (للإمام الخميني)، ج2، ص212-211.

[6] « نعم بناء على إفادتها الإباحة يتوجه الاشكال من جهة ان افادة المعاملات المقصود بها المالك للإباحة على خلاف القاعدة و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدات عديدة على القول بالإباحة و ان أجاب عنها الشيخ الأنصاري بأنّها ليست بمبعدات إذا اقتضاه الجمع بين الأدلة، و قد عرفت ذلك مفصلا و اذن فلا بدّ من الاقتصار على صورة تعاطى المالكين في المعاطاة. على انّه لا يعقل حصول الإباحة قبل الإجازة بفعل الفضوليين و الذي ينبغي ان يقال: ان الكشف الحقيقي و ان كان يمكن جريانه في المعاطاة الفضولية بناء على إفادتها الإباحة- لإمكان الالتزام بالإباحة قبل الإجازة و كون الإجازة كاشفة عنها الا انّ الكشف الحقيقي في الفضولي مع إمكانه في مقام الثبوت لا دليل عليه في مقام الإثبات و يكون الأمر دائرا بين النقل و الكشف الحكمي امّا الثاني فهو مستحيل لانّ التصرف في مال الغير قبل الإجازة بعقد فضولي حرام، فإنّه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا باذنه و بعد الإجازة تحصل الإباحة من حينها و لا يمكن الحكم بإباحة التصريفات التي قبل الإجازة بالإباحة الحكمية فإنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه و عن وقوعه فالتصرّف الذي كان محرّما لا يعقل ان يحكم عليه بالإباحة و هذا واضح جدا. و اما على النقل فجريان الفضولي في المعاطاة بناء على- إفادتها الإباحة أيضا بمكان من الإمكان فإنّ حصول الإباحة بعد الإجازة لا نرى فيه محظورا أصلا. و اذن يتوقف حصول الملكيّة على التصرّفات المتوقفة على الملك.» مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج4، ص132.