

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه استدلالی ۳

سطح ۲

درس ۴۵

استاد: حجت‌الاسلام والمسلمین امینی

آموزشیار: آقای خادمی

مقدمه

در مباحث قبل در ضمن بیان شروط متعاقدين مساله عقد فضولی مورد طرح و بررسی قرار گرفت. در مقابل صاحب حدائق که قائل به بطلان بیع فضولی بود، مشهور فقهاء آن را در صورت اجازه مالک صحیح دانسته و برای اثبات آن ادله‌ای را بیان کردند.

اثبات صحت عقد فضولی طبق قاعده و بدون نیاز به دلیل خاص و با تمسک به عموم ادله بیع و عقود، اولین دلیلی است که برای تصحیح عقد فضولی، استناد به آن کفایت می‌کند. هر چند دلائل ارائه شده دیگر مورد مناقشه قرار بگیرد.

روایت عروه باری، دلیل دیگری است که مشهور فقهاء برای اثبات صحت عقد فضولی به آن تمسک کرده‌اند. در درس پیشین، مضمون این روایت و کیفیت استدلال به آن بیان شد. درس حاضر با بررسی اشکالات سندی و دلالتی آن آغاز می‌شود.

صحیح محمد بن قیس روایت دیگری است که مشهور به آن استناد کرده و در این درس به چگونگی دلالت آن بر صحیح بودن عقد فضولی اشاره می‌شود.

ناقل یا کاشف بودن اجازه از مباحث بسیار مهم پیرامون عقد فضولی به شمار می‌رود که در درس پیش رو ادله هر دو قول ارائه و مورد نقد قرار خواهد گرفت و ادامه این بحث و ثمره بین دو قول در درس بعدی پیگیری خواهد شد.

متن عربى

و السند و ان كان ضعيفاً، إلّا أنّه قد يقال - كما فى الجواهر -: «أغنت شهرته عند الفريقين عن النظر فى سنده». أجل، ناقش الشيخ الأعظم الدلالة باحتمال ان بيع عروة و قبضه و اقباضه كان مقرونا بعلمه برضا النبى صلى الله عليه و آله بذلك، و المعاملة تخرج عن الفضولية باقترانها بذلك و ان كان ظاهر المشهور يدل على العدم و اعتبار الاذن أو الاجازة فى تحقق الانتساب و انتفاء الفضولية.

ج- التمسك بصحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير اذنى، فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه - يعنى الذى باعه الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن، قال أبوه: ارسل ابنى، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه».

فانها واضحة فى صحة عقد الفضولى بالاجازة لقوله عليه السلام: «خذ ابنه ... حتى ينفذ لك ما باعك» و قوله «فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول أجاز بيع ابنه».

و هذه الرواية - أو سابقتها - ان تمت دلالتها فهو المطلوب، و الا كفانا تخريج الصحة بالاجازة على طبق القاعدة.

٧- و اما ان الاجازة كاشفة أو ناقلة، فمحل خلاف كما قلنا.

و وجه النقل واضح، فان السبب الناقل ليس مجرد العقد بل العقد عن رضا، و حيث ان الرضا يتحقق بالاجازة فيلزم تحقق النقل عند تحققها.

و وجه الكشف امور متعددة، نذكر منها:

أ- ما ذكره الشهيد و المحقق الثانيان: «من ان العقد سبب تام فى حصول الملك لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و تمامه فى الفضولى انما يعلم بالاجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً فوجب ترتب الملك عليه و إلّا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شىء آخر، و لا دليل يدل عليه».

و فيه: كيف يكون العقد تمام السبب؟! و على تقديره لا تبقى حاجة إلى الاجازة.

اللهم إلّا ان يكون المقصود ان السبب هو العقد المتعقب بالاجازة، فمع حصولها يعلم بتحقق العقد المتعقب من حين صدوره.

و هو جيد ثبوتاً إلّا أنّه لا دليل اثباتاً على مدخلية وصف التعقب، بل ظاهر قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» مدخلية وصف التراضى نفسه لا التعقب به.

یادآوری

موضوع بحث در درس پیشین، بررسی ادله مشهور بر صحت عقد فضولی بود. تصحیح عقد فضولی طبق قاعده که با تمسک به عمومات ادله امضاء عقد و بیع به دست می‌آید اولین دلیلی بود که در این خصوص مورد طرح و بررسی قرار گرفت. بعد از بررسی این دلیل، نوبت به بیان روایاتی رسید که در خصوص عقد فضولی صادر شده‌اند و مشهور قائل شده‌اند که از این روایات صحت عقد فضولی قابل اثبات است.

روایت عروه باریقی که حضرت پیامبر صلی الله علیه و آله به او یک دینار داد تا با آن یک گوسفند خریداری کند، و عروه با آن دو گوسفند برای حضرت خرید و سپس یکی از دو گوسفند را به یک دینار فروخت، یکی از روایاتی بود که مشهور به عنوان شاهی برای صحت عقد فضولی به آن تمسک کرده و در درس قبل متن این روایت و کیفیت استدلال به آن بیان گردید. در سند و دلالت این روایت مناقشاتی وارد شده است که در ادامه، بررسی این اشکالات خواهد آمد.

Sco ۱۰۳:۳۲

اشکال سندی روایت عروه

سند این روایت به دلیل عدم توثیق عروه باریقی در کتب رجالی امامیه ضعیف است. از سوی دیگر این روایت در مجامع روایی شیعه بدون ذکر سند ذکر شده و لذا بعضی از علمای امامیه این روایت را غیر صحیح به شمار آورده‌اند.^۱

جواب

صاحب جواهر در تصحیح سند این روایت فرموده است: «شهرت این روایت در نزد شیعه و سنی، آن را از بررسی سندی بی‌نیاز ساخته است».^۲

اشکال دلالی روایت عروه

شیخ انصاری با بیان این احتمال که عروه با علم به رضایت پیامبر صلی الله علیه و آله، اقدام به خرید دو گوسفند و فروختن یکی از آن دو نموده است، در دلالت این روایت بر صحت بیع فضولی مناقشه کرده است. به عبارت دیگر شیخ اعظم، علم به رضایت مالک را در خروج بیع از فضولی بودن کافی دانسته است هر چند اذن یا اجازه مالک^۳ وجود نداشته باشد. پس با این احتمال که عروه باریقی علم به رضایت پیامبر صلی الله علیه و آله داشته، خرید و فروش او از مصادیق بیع فضولی نخواهد بود. در نتیجه روایت عروه برای صحت عقد فضولی قابل استناد نیست.

۱. قال المحقق الأردبیلی قدس سره: «و معلوم عدم صحة الروایة و معارضتها بأقوى منها» مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، ص ۱۵۸.

۲. تأمل: از ظاهر کلام صاحب جواهر این گونه استفاده می‌شود که ایشان شهرت روایت مذکور در میان امامیه و اهل سنت را دلیل جبران ضعف سند آن به شمار آورده‌اند در حالی که در جبران ضعف سند، باید عمل به روایت بین فقها مشهور باشد. به عبارت دیگر شهرت فتوایی ضعف سندی روایت را جبران می‌کند و شهرت روایتی جبران کننده ضعف سند نیست و فقط یکی از مرجحات باب تعارض به شمار می‌آید.

۳. فرق اذن و اجازه: هر گاه مالک یا کسی که در حکم مالک است پیش از تصرف دیگران راضی بدان باشد اذن نامیده می‌شود و اگر رضایت پس از تصرف باشد اجازه نام دارد.

جواب

آنچه از ظاهر کلمات مشهور استفاده می‌شود این است که برای خروج بیع از عقد فضولی حتماً باید اذن یا اجازه مالک وجود داشته باشد، و صرف علم به رضایت مالک در نفی عنوان فضولی بودن بیع کفایت نمی‌کند. علاوه بر این، ادله امضاء عقد و بیع در صورت انتساب بیع به مالک، شامل آن خواهند شد و نسبت بیع به مالک متوقف بر اذن یا اجازه او می‌باشد. «FG»

سند: ضعف سند.

جواب: جبران ضعف به سبب شهرت روایت در بین فریقین.
دالت: احتمال علم عروه بارقی به رضایت پیامبر صلی الله علیه و آله.
جواب: عدم کفایت علم به رضایت در خروج بیع از عقد فضولی.

حل اشکالات روایت عروه بارقی

تطبيق

و السند و ان كان ضعيفاً، إلا أنه قد يقال - كما في الجواهر -: «أغنت شهرته عند الفریقین عن النظر في سنده»^۱.
و سند و اگر چه ضعیف است، مگر این که گفته می‌شود - همان طور که در جواهر است -: «شهرت روایت نزد شیعه و سنی، آن را از نظر در سندش بی‌نیاز کرده است».
أجل، ناقش الشيخ الأعظم الدلالة باحتمال ان بیع عروه و قبضه و اقباضه كان مقرونا بعلمه برضا النبي صلی الله علیه و آله بذلك، و المعاملة تخرج عن الفضولية باقترانها بذلك.
بله، شیخ اعظم در دلالت آن مناقشه کرده، به احتمال این که فروش عروه و گرفتن و دادن او همراه علم او به رضایت پیامبر صلی الله علیه و آله بر آن بوده و معامله همراه با علم به رضایت، از فضولی بودن خارج می‌شود.
و ان كان ظاهر المشهور يدل على العدم و اعتبار الاذن أو الاجازة في تحقق الانتساب و انتفاء الفضولية^۲.
و هر چند ظاهر مشهور بر عدم خروج و معتبر بودن اذن یا اجازه در تحقق نسبت دادن بیع به مالک و نفی فضولی بودن دلالت می‌کند. Sco ۲۰۸: ۰۱

۳. صحیحه^۳ محمد بن قیس^۴

مضمون این روایت عبارت است از این که پسری بدون اجازه پدر خود کنیز او را می‌فروشد. مالک دوم نیز پس از خرید آن کنیز از او صاحب فرزند می‌شود. سپس مالک اول اطلاع پیدا می‌کند و به معامله پسر خود راضی

۱. جواهر الکلام ۲۲: ۲۷۷.

۲. کتاب المکاسب ۱: ۳۶۶-۳۶۸.

۳. در درس گذشته دو دلیل برای اثبات صحت بیع فضولی بیان شد. صحیحه محمد بن قیس، سومین دلیلی است که مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

۴. ابو عبدالله محمد بن قیس بجلی کوفی از راویان مورد وثوق امامیه است. این راوی از امام باقر و امام صادق علیهما السلام روایت نقل کرده است. کتابی با عنوان «قضاوت‌های امیرالمومنین» دارد. در سال ۱۵۱ هجری قمری نیز از دنیا رفته است. منابع: رجال الطوسی ۲۹۸ رجال النجاشی ۲۲۶. فهرست الطوسی ۱۳۱.

نمی‌شود.^۱ امام باقر علیه‌السلام می‌فرمایند امیر المؤمنین علیه‌السلام در چنین موردی حکم فرمود که مالک اول کنیز خود و بچه او را از مالک دوم بگیرد؛ در اینجا مالک دوم از حضرت امیر تقاضا می‌کند که راهی به او تعلیم نمایند.^۲ امام علیه‌السلام نیز می‌فرمایند: «تو نیز پسر مالک اول را گرو بگیر^۳ تا معامله تو را امضاء کند». مشتری نیز همین عمل را انجام می‌دهد. «و مالک اول نیز برای رهایی پسر خود، بیع کنیز را اجازه می‌دهد».

دلالت صحیحۀ بر صحت عقد فضولی

فقراتی از این روایت مانند: «تو نیز پسر مالک اول- را گرو بگیر تا معامله تو را امضاء کند». و یا «مولای اول کودک متولد شده هنگامی که این‌گونه دید، معامله فرزندش را اجازه داد». به روشنی بر صحت عقد فضولی در صورت اجازه مالک دلالت می‌کنند.

زیرا اگر معامله فضولی بین بایع و مشتری با امضاء مالک اول صحیح و نافذ نمی‌گردید، راه حل ارائه شده توسط حضرت علی علیه‌السلام به مشتری برای این که مالک اول معامله را امضاء کند، لغو و بی‌معنا بود. به عبارت دیگر فرمایش حضرت «خذ ابنه حتی ینفذ لک ما باعک» دلیل مشروعیت بیع فضولی در صورت اجازه مالک می‌باشد. از سوی دیگر مالک اول در حضور امام علیه‌السلام بیع فرزند خود را اجازه می‌دهد، و اگر اجازه وی تاثیری در صحت معامله فضولی نداشت، حضرت آن را تقریر نمی‌فرمودند. «FG»

- | | | |
|---|---|--------------------------------------|
| <p>۱. تصحیح آن طبق قاعده با تمسک به عمومات ادله بیع و عقود.</p> <p>۲. تمسک به روایت عروه باری.</p> <p>۳. تمسک به صحیحۀ محمد بن قیس.</p> | } | <p>ادله مشهور برای صحت عقد فضولی</p> |
|---|---|--------------------------------------|

تذکر

اگر در سند یا دلالت دو روایت اخیر مناقشه شود و دلالت آن بر صحت عقد فضولی مورد پذیرش قرار نگیرد، تمسک به دلیل اول و تصحیح آن طبق قاعده برای اثبات صحت عقد فضولی کفایت می‌کند.

۱. در مورد اینکه بچه متولد شده، چه حکمی دارد در میان فقهاء اختلاف است؛ عده‌ای قائل هستند که در این موارد که مباشرت مالک دوم شبهتاً بوده است، بچه‌ای که متولد شده است حرّ است ولی قیمت آن را مالک دوم باید به مالک اول بپردازد. عده دیگری از فقهاء می‌گویند در این موارد بچه نیز همانند خود مادر ملک مالک اولی است و لیکن پدر بچه باید قیمت آن را به مالک اول بپردازد و آن را آزاد نماید. «کتاب نکاح آیت الله سید موسی شبیری زنجانی، ج ۱۳، ص: ۴۸۶».

۲. در اینجا چون در هر صورت بچه متولد شده باید آزاد شود، و در صورتی که در ملک مالک اول آن باشد، مشتری باید قیمت آن را به مالک اول بدهد، از حضرت تقاضای راه حلی می‌کنند. «کتاب نکاح آیت الله سید موسی شبیری زنجانی، ج ۱۳، ص: ۴۸۶».

۳. زیرا آن پسر نیز به مالک دوم که مشتری است قیمت بچه را مدیون است. «کتاب نکاح آیت الله سید موسی شبیری زنجانی، ج ۱۳، ص: ۴۸۷».

۴. مراد از تقریر این است که در محضر معصوم علیه‌السلام گفتار یا کرداری از شخصی صادر شود و معصوم علیه‌السلام بدون داشتن عذری همچون قیّه، فاعل را از آن عمل باز ندارد. سکوت معصوم علیه‌السلام در این صورت، تقریر آن گفتار و کردار نامیده می‌شود. تقریر به معنای یاد شده برای اثبات احکام الهی، حجّت و سند شرعی است و در قلمرو دلالت و شعاع مفاد آن، می‌توان حکم الهی را در مورد تقریر به دست آورد. «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ج ۲، ص: ۵۷۳».

تطبيق

ج- التمسک بصحیحة محمد بن قیس عن ابي جعفر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة^۱ باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً؛

ج- تمسک به صحیحه محمد بن قیس از امام باقر عليه السلام: «امیرالمؤمنین علیه السلام درباره کنیزی قضاوت فرمود که پسر مولایش او را فروخته بود در حالی که پدرش غایب بود، پس مردی او را خرید و کنیز از او فرزندی به دنیا آورد؛

ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها؛ سپس مولای اول او آمد و با مولای دوم او مخاصمه کرد پس گفت: این کنیز من است که پسر من بدون اذن من او را فروخته است، پس حضرت فرمود: کنیزت و پسرش را بگیر.

فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه - یعنی الذي باعه الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك؛ پس خریدار از حضرت تقاضای چاره کرد، پس حضرت فرمود: پسر او را بگیر - یعنی پسری که به او کنیز را فروخته بود - تا این که آن چه را به تو فروخته امضاء کند؛

فلما أخذ البيع^۲ الابن، قال أبوه: ارسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه^۳.

پس وقتی خریدار پسر را گرفت، پدرش گفت: پسر من را رها کن، پس او گفت: پسرت را رها نمی‌کنم تا این که پسر من را رها کنی، پس وقتی مولای اول کنیز این را دید بیع پسرش را اجازه کرد.

فانها واضحة في صحة عقد الفضولي بالاجازة لقوله عليه السلام: «خذ ابنه ... حتى ينفذ لك ما باعك» و قوله «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الاول أجاز بيع ابنه».

پس همانا روایت در صحیح بودن عقد فضولی با اجازه واضح است، به دلیل قول حضرت علیه السلام: «پسر او را بگیر... تا امضاء کند بر تو آن چه را به تو فروخته است» و فرمایش حضرت «پس وقتی مولای کنیز آن را دید بیع پسرش را اجازه کرد».

و هذه الرواية - أو سابقتها - ان تمت دلالتها فهو المطلوب، و الا كفانا تخريج الصحة بالاجازة على طبق القاعدة. و این روایت - یا روایت قبل آن - اگر دلالتش تمام باشد که همان مطلوب است، و در غیر این صورت، برای ما استفاده صحت عقد فضولی با اجازه، بر طبق قاعده کفایت می‌کند.

Sco ۱۴: ۰۵

۱. الوليدة: الامة، مجمع البحرين: ۱۶۴/۳.

۲. البيع هو من الالفاظ التي تستعمل للبائع و المشتري، مجمع البحرين: ۳۰۴/۴.

۳. وسائل الشيعة ۱۴: ۵۹۱ الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ۱.

اجازه

همان‌گونه که از مباحث مطرح شده روشن گردید اثرگذاری عقدی که به شکل فضولی انجام گرفته، متوقف بر اجازه کسی است که حق اجازه دادن دارد مانند مالک یا ولی که در حکم مالک است، لیکن پس از اجازه، در این که آثار عقد از زمان اجازه بر آن مترتب می‌شود «که از آن به اجازه ناقله تعبیر می‌شود» یا اجازه، کشف از صحت عقد از زمان وقوع آن می‌کند «که به آن اجازه کاشفه گویند» اختلاف است. در ادامه بحث ادله هر یک از این دو قول بررسی می‌شود.

دلیل قائلین به نقل

عقد مرکب از اجزاست که پس از پیدایش تمام آن اجزا تأثیر می‌نماید؛ زیرا تنها توافق قصد طرفین، مؤثر در نقل و انتقال عوضین به متبایعین نیست و رضایت ایشان نیز لازم است؛ به تعبیر دیگر، سبب نقل و انتقال مرکب از اجزایی است که تا همه آن اجزاء تحقق پیدا نکنند، سبب تام نمی‌شود و سبب ناقص هم موجب نقل و انتقال نیست و پس از اجازه مالک سبب تام می‌گردد، و وقتی که سبب تام محقق شد اثر خود را - نقل و انتقال - خواهد گذاشت.

دلیل قائلین به کشف

۱. استدلال شهید ثانی و محقق ثانی

این دو بزرگوار برای کاشفیت اجازه این گونه استدلال کرده‌اند: با توجه به عموم «اوفوا بالعقود» نفس عقد سبب تام برای نقل عوضین به متعاملین است، در معاملات غیر فضولی تام بودن سببیت عقد از همان ابتدا روشن است، لذا عقد فوراً اثرش را می‌گذارد؛ اما در معاملات فضولی بعد از اجازه مالک، تام بودن سببیت عقد کشف، و معلوم می‌شود که عقد از همان ابتدا اثرش را گذاشته است. با این بیان که ذکر شد اگر اجازه کاشف از تمام بودن سببیت عقد برای حصول ملک نباشد، باید علاوه بر عقد چیز دیگری در سببیت آن دخیل باشد، در حالی که دلیلی برای دخالت چیز دیگری غیر از خود عقد در حصول ملکیت وجود ندارد.

اشکال

با فرض این که بدون اجازه مالک عقد سببیت تام برای حصول ملکیت ندارد، چگونه ادعا می‌شود که عقد علت تامه انتقال ملکیت است؟ و اگر واقعاً عقد سبب تام برای نقل و انتقال باشد، نباید نیازی به اجازه مالک باشد. نتیجه این که عدم تمام بودن سببیت عقد بدون اجازه، و لزوم وجود اجازه برای انتقال ملک، دلیل عدم سببیت تام عقد برای حصول ملک می‌باشد.

جواب

مراد از عقدی که سببیت تام برای انتقال ملکیت دارد، عقدی است که اجازه مالک به دنبال آن بیاید. به عبارت دیگر سبب «العقد المتعقب بالاجازه» می‌باشد. پس هر عقدی سبب تام برای حصول ملکیت نیست و تنها عقود که

دارای این ویژگی باشند، سببیت تام برای نقل و انتقال دارند. بنابراین در عقد فضولی بعد از اجازه مالک، کشف می‌شود که عقد از همان زمان صدور «العقد المتعقب بالاجازه» بوده و ملکیت از همان زمان بر آن مترتب می‌شود.

نظر مصنف

مصنف جواب ارائه شده به اشکال را از نظر ثبوتی خوب و قابل قبول ارزیابی می‌کند و لکن در مقام اثبات آن را فاقد دلیل می‌داند. بلکه با توجه به آیه «الا ان تکون تجارة عن تراض منکم»^۱ بر خلاف آن دلیل اقامه می‌شود. زیرا ظاهر آیه شریفه دلالت بر دخالت نفس «رضایت طرفین» در تام بودن سببیت عقد می‌کند. به عبارت دیگر در آیه شریفه عقدی که اجازه مالک به دنبال آن بیاید، به عنوان سبب تام برای حصول ملکیت بیان نشده، تا این ادعا ثابت شود که نفس عقد با این وصف که اجازه مالک آن را تعقیب کند، سبب تام می‌باشد. بلکه «عقد از روی رضایت» متعاملین سبب حصول ملکیت بیان شده است.

نتیجه این که استدلال محقق ثانی و شهید ثانی برای اثبات کاشف بودن اجازه قابل قبول نمی‌باشد. «FG»

استدلال: تام بودن سببیت عقد برای حصول ملک به دلیل عموم «أوفوا بالعقود»

و عدم دلیل بر دخالت شیء دیگری در سببیت عقد.

اشکال: عدم احتیاج به اجازه مالک در عقد فضولی در صورت تمام بودن سببیت عقد برای حصول ملکیت.

جواب: اختصاص سببیت تام به «العقد المتعقب بالاجازه»

نظر مصنف: عدم دلیل برای اثبات دخالت تعقیب اجازه برای سببیت عقد بلکه

وجود دلیل بر دخالت نفس رضایت طرفین در سببیت با توجه به «تجارة عن تراض»

تحلیل استدلال شهید ثانی و محقق ثانی
برای اثبات کاشف بودن اجازه

دومین دلیلی که برای اثبات کاشفیت اجازه از سوی مشهور ارائه شده است، استدلالی است که فخرالدین آن را ارائه کرده و در درس بعدی به آن اشاره خواهد شد.

تطبيق

۷- و اما ان الاجازة كاشفة أو ناقلة، فمحل خلاف كما قلنا.

۷- و اما این که اجازه کاشفه است یا ناقله، پس محل خلاف است همان طور که گفتیم.

و وجه النقل واضح، فان السبب الناقل ليس مجرد العقد بل العقد عن رضا، و حيث ان الرضا يتحقق بالاجازة فيلزم تحقق النقل عند تحققها.

و وجه نقل واضح است، زیرا سبب نقل، عقد تنها نبوده بلکه عقد از روی رضایت است، و چون رضایت با اجازه محقق می‌شود، در نتیجه تحقق نقل هنگام محقق شدن اجازه لازم می‌آید.

۱. النساء: ۲۹.

و وجه الكشف امور متعدّدة، نذكر منها:

و وجه كاشف بودن چند چیز است که تعدادی از آن را ذکر می‌کنیم:

أ- ما ذكره الشهيد و المحقّق الثانیان: «من ان العقد سبب تام فی حصول الملك لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و تمامه فی الفضولی انما يعلم بالاجازة،

أ- آن چه شهید ثانی و محقق ثانی ذکر کرده‌اند: «همانا عقد سبب تام است در حاصل شدن ملکیت به دلیل عموم «به عقد ها وفا کنید»، و تام بودن آن در فضولی با اجازه دانسته می‌شود؛

فإذا أجاز تبيّن كونه تاماً فوجب ترتّب الملك عليه و إلّا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر، و لا دليل يدل عليه»^۱.

پس وقتی مالک اجازه کرد، تمام بودن عقد روشن می‌شود، در نتیجه مترتب شدن ملکیت بر آن واجب است، در غیر این صورت لازم می‌آید که وفاء به عقد تنها لازم نبوده، بلکه وفاء به عقد همراه چیز دیگری لازم باشد، و دلیلی که دلالت بر وجود چیز دیگری کند، جود ندارد».

و فيه: كيف يكون العقد تمام السبب؟! و على تقديره لا تبقى حاجة إلى الاجازة.

و در این اشکال می‌شود: چگونه عقد سبب تام می‌باشد؟! و با فرض تمام بودن سببیت آن، نیازی به اجازه باقی نمی‌ماند.

اللهم إلّا ان يكون المقصود ان السبب هو العقد المتعقب بالاجازة، فمع حصولها يعلم بتحقق العقد المتعقب من حين صدوره.

مگر این که مقصود این باشد که سبب آن عقدی است که به دنبال آن اجازه آمده باشد، پس با حاصل شدن اجازه دانسته می‌شود عقدی که به دنبال آن اجازه آمده از زمان صدورش محقق شده است.

و هو جيد ثبوتاً إلّا انه لا دليل اثباتاً على مدخلية وصف التعقب، بل ظاهر قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^۲ مدخلية وصف التراضي نفسه لا التعقب به.

و این جواب از جهت ثبوت خوب است مگر این که از جهت اثبات دلیلی بر دخالت صفت به دنبال داشتن اجازه نیست، بلکه ظاهر قول خداوند: «مگر این که تجارت از روی رضایت طرفین باشد» دخالت وصف نفس رضایت طرفین است نه به دنبال آمدن آن.

Sc0 ۴♦ ۲۲:۲۱

۱. جامع المقاصد ۴: ۷۴، و قریب من ذلك عبارة الروضة البهية ۱: ۳۱۴.

۲. النساء: ۲۹.

چکیده

۱. طبق نظر صاحب جواهر، شهرت روایت عروه بارقی در نزد فریقین آن را از بررسی سندی بی‌نیاز می‌کند.
۲. بر خلاف قول مشهور که روایت عروه را ظاهر در فضولی بودن می‌دانند، شیخ انصاری با احتمال مقرون بودن بیع با علم عروه به رضایت حضرت، معامله را از فضولی بودن خارج دانسته است.
۳. مشهور، صرف علم به رضایت مالک را دلیل بر خروج عقد از فضولی بودن ندانسته و اذن و اجازه مالک را در تحقق انتساب عقد به مالک و خارج شدن آن از فضولی لازم به شمار آورده‌اند.
۴. با توجه به دو تعبیر «خذ ابنه ... حتی ینفذ لک ما باعک» و «فلما رأی ذلک سید الولیة الاول أجاز بیع ابنه» دلالت صحیحه محمد بن قیس بر صحت عقد فضولی تمام است.
۵. در صورت تام نبودن دلالت دو روایت بر صحت عقد فضولی، استدلال بر آن طبق قاعده، کفایت می‌کند.
۶. ناقل یا کاشف بودن اجازه در بیع فضولی محل خلاف است.
۷. دلیل قائلین به ناقل بودن اجازه: از آن جا که سبب نقل، عقد تنها نبوده بلکه عقد با رضایت است، با محقق شدن رضایت توسط اجازه، نقل هم محقق می‌شود.
۸. دلیل شهید ثانی و محقق ثانی بر کاشف بودن اجازه به این بیان است که با توجه به عموم «أوفوا بالعقود» سبب تام حصول ملکیت، عقد است و تام بودن آن در فضولی با اجازه فهمیده می‌شود، و در غیر این صورت لازم می‌آید وفای به عقد تنها واجب نباشد، بلکه عقد با چیز دیگر لازم الوفاء باشد، در حالی که دلیل بر دخالت چیز دیگری وجود ندارد.
۹. به استدلال شهید ثانی و محقق ثانی اشکال شده است که اگر عقد سبب تام باشد، دیگر نیازی به اجازه نیست.
۱۰. این نظریه که «العقد المتعقب بالاجازة» سبب تام است از نظر ثبوتی خوب است لکن در مقام اثبات دلیلی برای آن وجود ندارد، بلکه خلاف ظاهر آیه «الا ان تكون تجارة عن تراض» می‌باشد.