

کشف و نقل در بیع فضولی

دکتر محمد جواد موسی زاده گسگری
دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات

◆ چکیده:

بیع فضولی بیعی است که تمام شرایط عقد در آن موجود، جز آن که فروشنده مالک کالا نیست و اذن فروش آن را نیز ندارد. صحت و لزوم بیع فضولی بدون شک متوقف بر صدور اجازه مالک می‌باشد که با الحاق آن به بیع فضولی و در پی آن استناد به مالک، بیع فضولی مشمول عموماً و مطلقاً قرآنی مانند آیات وفاء و حلّیت بیع می‌گردد و انواع بیع فضولی، معتبر و صحیح خواهد بود. با توجه به عدم دلیل بر اعتبار مقارنت رضایت مالک با عقد بیع، دلایلی بطلان بیع فضولی، معتبر و صحیح نمی‌باشند. اجازه در بیع فضولی کاشف است یعنی با صدور اجازه مالک کشف می‌شود که بیع فضولی، از زمان وقوع آن صحیح و در پی آن لازم می‌باشد. گرچه برخی معتقد به ناقل بودن اجازه می‌باشند. یعنی با تحقق اجازه پس از وقوع بیع فضولی، بیع فضولی از زمان صدور اجازه صحیح و لازم می‌گردد، و پیش از اجازه هیچ اثر بر آن مترتب نیست. البته نظریه نقل مخالف مقتضای اطلاق عقد می‌باشد. با تحقیق و بررسی‌ها انجام شده، شش نظریه در مورد کاشف بودن اجازه بیان شده که نظریه کشف حقیقی (اجازه به عنوان شرط متأخر) مقبول می‌باشد، و روایت (صحیح) ابی عیبه بر آن دلالت و ظهور دارد. و دیگر نظریه‌های کاشف با اشکالهای مهم مواجه هستند.

آثار و نتایج زیادی بر نظریه‌های کاشف و نظریه نقل مترتب است مانند مالکیت منافع، فقدان صلاحیت مالک، زمان محاسبه خسارات، جواز تصرف اصیل، فسخ اصیل و فقدان شرط عقد که در فاصله زمانی بین وقوع بیع فضولی تا اجازه مالک، حکم وارد مذکور متفاوت می‌باشد.

معیار و ملاک مالکیت و آثار آن در بیع فضولی، با تحقق اجازه می‌باشد، که کاشف از انتقال مالکیت و آثار آن از زمان وقوع بیع فضولی می‌باشد.

کلمات کلیدی: کشف محض - کشف حقیقی - کشف حکمی - نقل - شرط متأخر

بیع فضولی

بیع فضولی، بیعی است که با وجود تمام شرایط عقد بیع، فاقد ملکیت بوده و فروشنده کالائی را که می‌فروشد، مالک نیست، و از طرف شارع ماذون نمی‌باشد. صحت و لزوم بیع فضولی بدون شک متوقف بر اجازه مالک می‌باشد و هر گاه مالک، بیع واقع از فضول را اجازه و امضاء نماید، بیع فضولی صحیح و در پی آن لازم می‌گردد. در این نوشتار نقش اجازه در بیع فضولی از جهت لزوم و تنفیذ کیفیت آن از لحاظ کاشف بودن اجازه یا ناقل بودن آن از صحت و لزوم عقد بیع مورد پژوهش واقع شده است. و آراء و نظرات فقها عظام مورد بررسی قرار گرفته است.

پیشینه موضوع

بیع فضولی یکی از مسائل مهم بیع می‌باشد. عنوان بیع یا متاجر در کتابهای فقهی شیعه از پیشینه تاریخی گسترده برخوردار است. بیع فضولی به عنوان مستقل، در قرآن و سنت معصومین (ع) ذکر نشده است. اما مضمون برخی روایات متضمن معنای بیع فضولی می‌باشد. عنوان بیع فضولی به طور مستقل از قرن ششم (ه.ق) در کتابهای فقه شیعه (کتاب الوسیله از ابن حمزه طوسی) بیان شده است. گرچه معنی و مضمون بیع فضولی از آغاز پیدایش فقه یعنی زمان پیامبر اسلام (ص) وجود داشته است. بحث و سخن پیرامون بیع فضولی در کتابهای فقهی شیعه تا قرن دهم (ه.ق) اندک و کم بوده است و بیشتر جهت صحت و بطلان بیع فضولی در آراء فقیهان به چشم می‌خورد. اما از قرن دهم (ه.ق) یعنی از زمان محقق ثانی (ره) و شهید ثانی (ره) و مقدس اردبیلی (ره) بیع فضولی به طور گسترده، یعنی با بیان مطالب و سخنانی پیرامون کشف و نقل در کتابهای فقهی مورد بحث واقع شده است. تکامل و اوج آراء و نظرات فقیهان پیرامون بیع فضولی و نقش اجازه در آن، در قرن سیزدهم (ه.ق) یعنی در زمان فقیه اعظم شیخ انصاری می‌باشد که با نگارش حاشیه‌های فراوان بر کتاب مکاسب شیخ انصاری (ره) و نقد آراء شیخ (ره)، بحث‌ها و نظرات دقیق و علمی متنوع از فقیهان امامیه پیرامون موضوع مذکور، به مشتاقان و مخاطبان این رشته، عرضه و بیان گردید. و تا زمان حاضر نیز، نظریه‌های مختلف پیرامون کشف و نقل توسط فقهاء بزرگ شیعه با دقت بسیار مورد نقد

و بررسی قرار می‌گیرد. در آغاز مراد و مقصود از کشف و نقل بیان می‌گردد.

معنای کشف

کاشف بودن اجازه بدین معنی است که با تحقق اجازه مالک نسبت به بیع فضولی، کشف می‌شود که بیع فضولی از زمان وقوع آن صحیح بوده است و در پی آن، بیع لازم می‌گردد، گویا رضایت مالک از آغاز همراه عقد بیع بوده است، و تمام آثار بیع از زمان وقوع بیع فضولی مترتب می‌گردد.

معنای نقل

ناقل بودن اجازه بدین معنی است که پس از وقوع بیع فضولی و تحقق اجازه از مالک، بیع فضولی از زمان صدور اجازه، صحیح می‌باشد. و پیش از تحقق اجازه مالک هیچ اثری بر آن مترتب نمی‌شود. هر یک از دو معنای فوق تحت عنوان نظریه‌های کشف (حقیقی و غیر حقیقی) و نظریه نقل مورد پژوهش بررسی قرار گرفته است.

نظریه‌های کشف و یک اشکال مهم

بیشتر فقهاء شیعه از گذشته تا کنون معتقد به کاشف بودن اجازه در بیع فضولی هستند. پذیرش نظریه کاشفیت اجازه و حکم به ترتب اثر پیش از صدور اجازه مالک، اشکال مهم تقدم معلول بر علت یا تقدم مشروط بر شرط به همراه دارد. و چون این اشکال مورد توجه پیروان نظریه کاشف بودن اجازه بوده است، از این رو استدلال‌های خود را به گونه‌ای ارائه نموده‌اند که اشکال و خدشه‌ای بر آن وارد نشود. توضیح بیشتر آن که لزوم بیع و تحقق مالکیت، معلول وقوع عقد بیع، رضایت مالک و فقدان مانع شرعی است و بدیهی است که رضایت مالک جزئی از علت و شرط آن به شمار می‌رود. بنابراین چگونه ممکن است که ملاکیت (مشروط) از زمان وقوع عقد بیع فضولی ایجاد گردد، اما شرط مالکیت یعنی رضایت و اجازه مالک با تاخیر و پس از زمان بیع فضولی صادر گردد؟ آن چه در غالب استدلال‌های پیروان کاشفیت اجازه می‌خوانیم در حقیقت، چاره اندیشی و تلاش برای حل اشکال مذکور می‌باشد. نظر مختار نظریه کاشف حقیقی (اجازه به

عنوان شرط متاخر) است که نظریه سوم در این نوشتار می‌باشد.

اهمیت کشف و نقل

کاشف یا ناقل بودن اجازه یک بحث لغوی نیست، بلکه کاشفیت یا ناقصیت اجازه، کاوشی است در دلایل شرعی، و هدف از پژوهش پیرامون آن، دریافت این مطلب است که دلایلی مانند: «**احل الله البیع**» (البقره: ۲۷۵). ترجمه: «خداوند بیع را حلال کرده است.» و «**اووفوا بالعقود**» (المائده: ۱- ترجمه: «... مگر تجارتی که با رضایت شما انجام گیرد.») که پای بندی به عقد را ضروری می‌شمارد و نیز ادله‌ای مانند: «**الا ان تكون تجاره عن قراض**» (النساء: ۲۹). ترجمه: «... مگر تجارتی که با رضایت شما انجام گیرد.» و «**لا یحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه**» (حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، مجلدات ۲۰، دار احیاء التراث العربی، بی تا. ۳: ۴۲۴، ابواب مکان المصلی، باب ۳، حدیث ۱ و ۳).

۱- نظریه کاشف حکمی

برخی از فقهاء با اعتقاد به کاشف بودن اجازه، نظریه کشف حکمی را برگزیده‌اند. آن‌ها معتقدند که در بیع فضولی، پس از تحقق اجازه از مالک، نقل ملکیت از زمان اجازه بوده، ولی آثار ممکن ملکیت مانند نماء و منافع، از زمان وقوع عقد بیع مترتب می‌گردد. بنابراین دو جهت در این نظریه وجود دارد.

جهت اول آن است که چون مالکیت میبایست برای مشتری از زمان تحقق اجازه می‌باشد؛ به نظریه نقل ملحق می‌گردد. جهت دوم آن که چون به ترتب آثار ممکن عقد بیع از زمان وقوع عقد حکم می‌شود، به نظریه کشف حقیقی ملحق می‌شود. شیخ انصاری (ره) چون نظریه کشف حقیقی را دچار اشکال می‌داند و دیگر نظریه‌های کشف را نیز صحیح نمی‌داند و از طرف دیگر نظریه نقل را با ملاحظه مجموع دلایلی آن نمی‌پذیرد؛ به ناچار معتقد به نظریه کشف حکمی می‌باشد. شیخ انصاری (ره)، و پیش از وی استاد او شریف العلماء (ره)، نظریه کشف حکمی را پذیرفته‌اند. (انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی تبریز، ۱۲۵۷ ه. ق. ۱۳۳).

تبیین نظریه کشف حکمی

عقد بیع که توسط فضول انجام گرفته است از آغاز در ملکیت موثر نبوده است. با صدور

اجازه از مالک و الحاق آن به عقد فضولی اگر اجازه، بیع فضولی را موثر بسازد، این گونه تاثیر عبارت از انقلاب غیر موثر به موثر خواهد بود، که چنین چیزی معقول نیست. زیرا عقد فضولی با ویژگی عدم تاثیر واقع شده است و محال است که پس اجازه ملک، عقد فضولی دارای ویژگی تاثیر گردد و هرگاه دلیل شرعی دلالت کند که شارع، اجازه بر این وجه غیر معقول را تایید و امضاء نمی‌نماید به ناچار آن دلیل شرعی را به دلالت اقتضاء باید تفسیر کرد، به این معنی که مقصود شارع آن است که بیع فضولی پس از وقوع عقد فضولی نماند و منافع بیع به مشتری منتقل می‌گردد، گر چه اصل ملکیت مبیع، پیش از صدور اجازه برای مالک بوده و نماند هم در ملک مالک (فرشنده) واقع شده است. (نابین، محمد حسین، منبه الطالب، نجف ۱۳۵۸ ف. ق. ۱: ۲۳۵). دو اشکال بر نظریه کشف حکمی بیان شده است که عبارتند از:

۱-۱- اشکال تفکیک

تفکیک شارع بین حصول مالکیت و آثار آن لغو می‌باشد. چون اگر عقد بیع به دلیل عمومات نافذ باشد در این صورت تفکیک بین ملکیت و آثار آن معنایی ندارد و دلیلی برای اثبات این تفکیک وجود ندارد. (قدیری، محمد حسن، البیع، (تقریرات دروس امام خمینی)، وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۶۶ ه. ش، ۲۹۰).

۱-۲- اشکال شرط متاخر

پیروان نظریه کشف حکمی که به نظر خود، نظریه کشف حقیقی را دچار اشکال می‌دانند، با انتخاب نظریه کشف حکمی به نوعی به همان اشکال دچار گشته‌اند، زیرا با پذیرش کشف حکمی، اگر پیش از اجازه، آثار عقد بیع اعتبار شود، لازمه آن دخالت نداشتن اجازه در ترتب آثار می‌باشد؛ و این معنی فاسد است. و با وجود اجازه اگر متعبد شویم که آثار عقد، پیش از صدور اجازه، مرتب می‌گردند، این معنی مستلزم اشکال شرط متاخر است. (همان) و اگر پس از اجازه تعبداً حکم به ترتب آثار بیع از آغاز وقوع عقد فضولی گردد. این معنی، معنای انقلاب است که در نظریه بعدی مورد بررسی قرار گرفته است.

بنابراین نظریه کشف حکمی به اشکال شرط متاخر یا اشکال لزوم انقلاب دچار می‌گردد. نتیجه بررسی نظریه کشف حکمی آن است که دلایلی که برای صحت کشف حکمی بیان شده‌اند، صحیح نمی‌باشند.

۲- نظریه کشف حقیقی (تعلق اجازه به مضمون عقد)

نظریه دیگری که در کاشف بودن حقیقی اجازه از سوی برخی فقها بیان شده است آن است که اجازه بیانگر رضایت مالک بوده و به مضمون عقد بیع تعلق گرفته است و مضمون عقد بیع، نقل و عوض (ثمن و ثمن) از زمان عقد بیع می‌باشد. یعنی خود ملکیتی که رضایت مالک به آن تعلق می‌گیرد، به سبب عقد فضولی تحقق پیدا می‌کند، و هنگام اجازه ایجاد می‌کند، ملکیت ممتده تا زمان عقد نام دارد.

بنابراین، اجازه، ایجاد می‌کند، ملکیت از زمان عقد، ایجاد می‌کند. (حجت کوه کمری، سید محمد کتاب البیع، نشر اسلامی (چاپ دوم)، قم، ۱۴۰۹ ه. ق، ۳۶۶). نظریه فوق با خطر طرح اشکال لزوم انقلاب در مفهوم آن، به نظریه کشف انقلابی نیز مشهور می‌باشد. بنابراین نظریه مذکور اشکال شرط متاخر در نظریه کشف حقیقی، به طور کامل برطرف می‌گردد. چون اجازه در این صورت در تاثیر متقدم دخالت نداشته، بلکه در تاثیر فعلی مقارن با اجازه دخالت دارد.

نقد و بررسی نظریه

چند اشکال بر نظریه کشف حقیقی کشف حقیقی (تعلق اجازه به مضمون عقد) وارد شده است که بیان می‌شود.

اول: لزوم انقلاب

بنابر نظریه مذکور، اجازه پس از وقوع عقد فضولی به آن ملحق شده و اثر (ملکیت) را از زمان عقد فضولی موجب می‌گردد. یعنی عقد فضولی که از آغاز بدون اثر بوده است با صدور اجازه مالک، سبب می‌شود که عقد فضولی از زمان عقد موثر گردد، و این معنی معقول نیست. زیرا هرگز چیزی پس از پیدایش تغییر نیافته و ذاتی خود را از دست نخواهد داد و انقلاب در ماهیت آن صحیح نیست و عقد فضولی پیش از صدور اجازه، غیر موثر بوده است؛ بنابراین چگونه ممکن است پس از صدور اجازه، منقلب گشته و از هنگام رویداد عقد تاثیر نماید؟ (انصاری، مرتضی، المکاسب، ۱۳۳). برخی از فقیهان، اشکال لزوم انقلاب را به عنوان انقلاب محال بیان کرده اند. بدین معنی که بنابر نظریه مذکور، در ظرف واحد و در زمان واحد، غیر مالک مالک می‌شود و این پرسش مطرح

شده است که آیا ممکن است کسی که با انجام بیع فضولی، از آغاز روز تا ظهر آن مثلاً مالک نبوده است، پس از صدور اجازه، آن گاه در ظرف و زمانی که (آغاز روز تا ظهر آن) مالک نبوده است، مالک گردد؟ (خمینی، سید روح الله البیع، (۵ جلد)، اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰، ق، ۲: ۱۶۸).

پاسخ به لزوم انقلاب

در پاسخ به اشکال لزوم انقلاب گفته شده است که اعتبار ذاتاً ممکن است، گر چه اعتبار نقیضین باشد. البته برای اعتبار چیزی نیاز به وجود مصلحت و قابلیت پذیرش اعتبار می‌باشد؛ و با وجود این دو، مانعی برای اعتبار نیست. و در مورد بیع فضولی هیچ مانعی بر اعتبار نیست. چون اعتبار ملکیت و عدم اعتبار آن ممکن بوده و مصلحت نیز وجود دارد. بنابراین با فرض اعتبار، اشکال مذکور برطرف می‌گردد. (حجت کوه کمری، سید محمد، کتاب البیع، ۲۷۸).

دوم: اشکال انفکاک تاثیر از اثر

مقتضاء نظریه کشف حقیقی که اجازه به مضمون عقد تعلق گرفته باشد آن است که تاثیر از اثر و ایجاد از وجود منفک باشد. چون بنابر نظریه، تاثیر از زمان صدور اجازه است، با آن که اثر یعنی حصول ملکیت از زمان عقد بیع باشد، و این معنی محال است، زیرا ایجاد و وجود و تاثیر و اثر، یک امر و یک چیز می‌باشند و قابل انفکاک نیستند. (همان، ص ۳۶۶).

پاسخ آن

پیروان نظریه کشف حقیقی (تعلق اجازه به مضمون عقد) معتقدند این نظریه مستلزم تفکیک بین وجود تاثیر و وجود نمی‌باشد. چون تاثیر عقد که از زمان اجازه می‌باشد، وجود ملکیت نیز از زمان اجازه می‌باشد. اما آن چه که از زمان صدور اجازه، وجود آن حادث می‌شود، ملکیت ممتده تا زمان صدور عقد می‌باشد. بنابراین تفکیک بین تاثیر و اثر ایجاد نخواهد شد.

نهایت امر آن که اثر ایجاد شده، وجود ملکیت ممتده به سابق (عقد بیع) است، همان طور که ممکن است عقد بیع در وجود ملکیت ممتده تا لاحق تاثیر داشته باشد، مانند وقف بر بطون متوالی در امور اعتبار، ایجاد امر سابق یا لاحق با وصف بودن آن‌ها در زمان حال، محال نیست. اما در امور

حقیقی محال است.

خلاصه این پاسخ آن است که چون ملکیت از امور اعتباری می باشد، احداث و ایجاد آن با وصف امتداد سابق در زمان حال، ممکن می باشد و اشکالی نخواهد داشت. (همان، ص ۳۷۲)

سوم: فقدان دلیل شرعی

یکی از اشکالات مهم بر نظریه کشف حقیقی تعلق اجازه به مضمون عقد فقدان دلیل شرعی بر اثبات نظریه مذکور می باشد. بدین معنی که اگر بپذیریم اجازه جزء سبب نیست و فقط سبب تاثیر در عقد بیعی است که در گذشته انجام گرفته است و اجازه مالک، شرط اصطلاحی نبوده و تقدم آن بر مشروط (مالکیت) ضرورت ندارد، چه دلیلی وجود دارد که شارع چنین اجازه‌ای را تأیید کرده و آن را موثر بشناسد؟ (انصاری، مرتضی، المکاسب: ۱۳۳) به تعبیر دیگر، دلیلی وجود ندارد تا دلالت کند بر این که اجازه مالک موجب می شود وصف تاثیر، در بیع فضولی ایجاد گردد. دلیل موجود تنها بر وقوع مضمون عقد یعنی مالکیت، دلالت ندارد. (حجت، سید محمد، کتاب البیع: ۲۶۷)

پاسخ آن

در پاسخ به اشکال مذکور گفته شده است که، اجازه از تحقق اعتبار در زمان عقد پرده برداشته، و شارع به سبب اجازه، از آغاز بیع فضولی، ملکیت را امضاء و تأیید نموده است؛ همان طور که مقتضای عمومات و اطلاق‌ات مانند «**اوفوالعقوده**» (المانده، ۱) و «**احل الله البیع**» (البقره، ۲۷۵) و غیر این دو می باشد؛ بدون آن که ناظر به عنوان کشف حقیقی یا حکمی باشد. چون نقل (مالکیت) به طور مطلق به سبب عقد انجام گرفته است؛ و عقد مهمل نبوده است، و در ضمن آن مقید به اجازه شده است. (خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ص ۲، ۷۳۴)

نتیجه نقد و بررسی

نظریه کشف حقیقی که اجازه به مضمون عقد تعلق گرفته باشد با بیان تمام مطالب و مباحث پیرامون آن اعم از تبیین نظریه و اشکالها و پاسخ های ذکر شده از طرف پیروان این نظریه که تلاش فراوان برای اثبات صحت آن انجام داده‌اند، نتوانسته‌اند صحت نظریه مذکور را اثبات نمایند. زیرا مهمترین اشکال و ایراد بر نظریه مذکور، فقدان امضاء و دلیل شرعی می باشد. یعنی اگر گفته شود

اجازه به ملکیت متقدم تعلق می‌گیرد و مالک، اجازه را بالفعل اجازه داده باشد، چون امضاء شارع از دلایل شرعی استفاده می‌شود و دلایل شرعی همان عمومات مانند آیه وفاء به عقد و آیه حلیت بیع می‌باشند که منصرف به عقد همراه با رضایت می‌باشند. (اعم از رضایت فعلی یا لاحق).

بنابر این امضاء شارع پیش از صدور اجازه هنگام وقوع بیع فضولی تحقق پیدا می‌کند، یعنی شارع عقد با رضایت را تأیید کرده است، گرچه رضایت متاخر باشد نه آن که شارع، اجازه را امضاء کرده باشد. از این رو، نظریه کشف حقیقی تعلق اجازه به مضمون عقد، صحیح نیست.

۳. نظریه کشف حقیقی (اجازه به عنوان شرط متاخر)

بنابر نظریه کشف حقیقی (اجازه شرط متاخر) عقد فضولی در ملکیت موثر بوده، اما مشروط به حصول اجازه و رضایت مالک می‌باشد. و خود اجازه و وجود متاخر آن در خارج و واقع، شرط می‌باشد و با حصول اجازه از مالک، عقد بیع مستند به مالک می‌گردد، و بیع انجام شده توسط فضول، بیع مالک تلقی می‌گردد.

توضیح بیشتر آن که، مانعی وجود ندارد که شارع، عقد فعلی و رضایت متاخر را موضوع حکم برای تنفیذ، اعتبار کند. از نظر وجدان و عقل مانعی نیست؛ زیرا وجدان، گواه بر امکان آن است. و از نظر عقل نیز مانعی نیست، چون این معنی، اعتبار صرف است برای چیزی که قابل اعتبار است.

و چون مقام، مقام اعتبار است، مانعی نیست از تقید به صورت اعتباری به طوری که آن چه انجام گرفته است به شرط حصول قید در جایگاه خود، از آغاز مصداقی برای آن امر (بیع) باشد.

و این تقید یک امر حقیقی تکوینی نیست تا گفته شود حصول تقید بدون حصول قید ممتنع می‌باشد؛ بلکه این تقید یک امر اعتباری است و مانعی از اخذ آن در مأمور به نیست، به گونه‌ای که به سبب حصول قید در ظرف و جایگاه خود، تقید بالفعل موجود گردد.

از نظر روایات، صحیحه ابی عبیده (حرعاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه... ابواب میراث الازواج، باب ۱، حدیث ۱، ص ۱۷، ص ۵۲۷) (ترویج دو کودک) بر کشف حقیقی اجازه به عنوان شرط متاخر دلالت دارد. و نیز صحیحه محمد بن قیس (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب (۲ جلد)، اسماعیلیان، قم، ص ۱۳۷۸ ه ق، ص ۱۵۲) بر کشف حقیقی مذکور دلالت دارد، اگر از باب نکاح به خاطر اجماع مرکب یا تنقیح مناط تجاوز کنیم. (نایینی، محمد حسین، منیه الطالب، ۱، ص ۲۳۶، و خوینی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص

۷۲۸) چند اشکال بر نظریه مذکور مطرح شده است که آن ها را بررسی می کنیم :

اول : معقول نبودن شرط متاخر

مهمترین اشکال بر نظریه کشف حقیقی (اجازه شرط متاخر) آن است که انفکاک علت از معلول و یا به تعبیر دیگر تقدم معلول بر علت بدون تحقق تمام اجزاء آن، محال می باشد و شرط متاخر معقول نیست. (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۴ ه ق، ۲۲: ص ۲۸۶ و ۲۸۹)

پاسخ آن

محال بودن تقدم معلول بر علت در امور عقلی می باشد نه در امور شرعی، چون احکام شرعی از امور اعتباری بوده و حقیقت احکام عین اعتبار است. و جایز است با امکان اعتبار (اگر از شرع چیزی خلاف آن را اقتضاء نکند) اعتبار کننده، چیز غیر موجود را اعتبار کند. مواردی از شرع وجود که مسبب بر سبب مقدم شده است. مانند انجام غسل جمعه در روز پنج شنبه، به آن که علت و سبب غسل جمعه می باشد؛ اما شارع این تقدیم را جایز دانسته است و مانند جواز پرداخت زکات فطره پیش از رؤیت هلال ماه شوال بنابراین اشکال تقدم مشروط به شرط وارد نمی باشد.

دوم : عدم رضایت مالک

اشکال دیگری که بر نظریه کشف حقیقی (اجازه شرط متاخر) بیان شده، نبودن رضایت مالک همراه بیع فضولی می باشد، در حالی که دلایل اعتبار رضایت مالک، رضایت مالک را هنگام عقد بیع معتبر می شمارد و چون هنگام عقد بیع، رضایت مالک وجود ندارد، و از طرفی عقد بیع از نظر عقلاء اعتبار دارد، با حصول اجازه و الحاق آن به عقد بیع، نتیجه آن نظریه کشف حقیقی نبوده، بلکه نظریه نقل خواهد بود. (نابینی، محمد حسین، منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۳۶)

پاسخ آن

در پاسخ به اشکال عدم رضایت مالک می توان گفت که فعلیت رضایت مالک لازم نیست و

شارع ممکن است عقد بیع همراه رضایت مالک را موثر بداند، گرچه رضایت مالک پس از عقد به آن ملحق گردد و اشکال عقلی هم بر آن مترتب نخواهد بود و عموماً هم آن را تأیید می‌کنند.

نظر شیخ انصاری

شیخ انصاری (ره) معتقد است تقدیم مسبب بر سبب و مشروط بر شرط همان طور که در امور و شروط عقلی و حقیقی محال است، در امور شرعی نیز جایز نیست. بنابراین امور شرعی و عقلی از این جهت (تقدیم) هیچ تفاوتی با هم ندارند. (انصاری، مرتضی، المکاسب: ۱۳۲).

پاسخ به ایراد شیخ انصاری (ره)

نظر شیخ انصاری (ره) از چند جهت مخدوش است:

اول: آن چه ممتنع می‌باشد تأثیر معدوم صرف است نه آن چه که بعداً به وجود می‌آید.
دوم: آن جا که تأثیر معدوم و ممتنع است، جایی است که معدوم، موثر تام باشد، نه آن که معدوم (شرط) صرفاً دخالت در عقد داشته باشد. چون تاخر شرط در مانند بیع فضولی هیچ مانعی ندارد و بهترین دلیل بر امکان این گونه تاخر، وقوع آن می‌باشد که در امور شرعی فراوان واقع شده است.

سوم: هیچ مانعی از تأثیر معدوم در موجود، در امور شرعی نیست. چون احکام و امور شرعی از امور اعتباری بوده، و اعتبار تأثیر وجود متاخر در امر متقدم به صورت شرط یا مانع، ممکن و جایز می‌باشد، هر چند که تأثیر معدوم در موجود به طور مطلق صحیح نباشد؛ اما در امور شرعی اعتبار تأثیر معدوم در موجود مانعی ندارد. (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ص ۱۴۹).

اجازه و روایات

باملاحظه و بررسی اخبار و روایات پیرامون عقد فضولی و غیر آن، چنین به نظر می‌رسد که دو روایت صحیحه ابی عیبده (وسائل الشیعه، ۱۷، ص ۵۲۷) (ترویج دو کودک) و صحیحه محمد بن قیس (همان، ص ۱۴، ص ۵۹۱) (کنیز خریداری شده و فرزند حاصل از آن)، بیشترین و بهترین دلالت را بر نظریه کشف و بویژه کشف حقیقی اجازه به عنوان شرط متاخر دارند. روایات دیگر مانند روایت عروه بارقی (احسانی، ابن ابی جمهور، عوالی اللثالی، مطبعه سید الشهداء، قم، ۱۴۰۳ ه ق، ۳: ۲۰۵) و روایات تحلیل خمس (وسائل

الشیعه، ج ۶، ص ۳۷۹، حدیث (۴ و ۱) نیز بر نظریه کشف دلالت دارند. اما با برخی از احتمالات و اشکالات به جهت ضعف سند یا ضعف دلالت مواجه هستند که از آن ها صرف نظر می شود.

صحیحہ ابی عبیدہ

ابو عبیدہ گوید از امام باقر در مورد ازدواج پسر و دختر نابالغی که ولی آن دو، آن ها را به ازدواج هم در آورده اند، پرسش کردم (که حکم آن چیست)؟

امام فرمود: ازدواج بین آن دو جایز است و هر کدام از پسر و دختر که بالغ شوند، حق خیار (قبول یا رد ازدواج) خواهند داشت و اگر آن پسر و دختر پیش از بلوغ فوت کنند، از همدیگر ارث نمی برند، و دختر (زوجه) مهریه ندارد؛ جز آن که هر دو بالغ گردند و به ازدواج راضی باشند.

ابو عبیدہ گوید پرسیدم اگر یکی از پسر و دختر پیش از دیگری بالغ گردد. (حکم آن چیست؟) امام باقر فرمود: اگر آن یک نفر به ازدواج راضی باشد، این کار جایز است. (احکام ازدواج مرتب می گردد.) ابو عبیدہ پرسید اگر مرد (پسر) پیش از دختر بالغ شود و به ازدواج راضی باشد، سپس فوت کند، آیا دختر (زوجه) از او ارث می برد؟ امام فرمود: بله. میراث زوجه را از اموال مرد کنار گذاشته تا آن که دختر (زوجه) بالغ گردد، و او را سوگند می دهند که قصد و نیت او از گرفتن میراث، فقط رضایت او به آن ازدواج بوده است. آن گاه میراث و نصف مهریه را به زن (زوجه) پرداخت می نمایند. (همان، ۱۷، ص ۵۲۷)

مفاد روایت

صحیحہ ابی عبیدہ در نظریه کشف حقیقی اجازه به عنوان شرط متأخر، ظهور و دلالت دارد. چون امام دستور داد که سهم و میراث دختر (زوجه) از مال پسر (زوج) که بالغ شده و فوت کرده است، کنار گذاشته شود، و زوجه پس از بلوغ و اداء سوگند سهم و نصیب خود را به ارث خواهد برد. یعنی با اجازه دادن رضایت او به عقد ازدواج سابق، نصیب او از مال زوج کنار گذاشته می شود.

بنابراین از باب کشف علت از معلول، اجازه زوجه کاشفیت حقیقی دارد از این که در عالم واقع، مال، مال زوجه بوده است. به ویژه آن که امام (ع) مطلقاً دستور به عزل مال کرده است و

قیدی به عنوان شرط رضایت وراث ذکر نشده است. توضیح بیشتر آن که هرگاه کاشفیت اجازه را در روایت مذکور بپذیریم هیچ مخالفتی با قاعده ارث که اقتضای می کند و ارث از میت ارث بیسد، و نیز مخالفتی با قاعده تسلط مردم بر اموالشان، نخواهد داشت. اما اگر اجازه را در روایت مذکور ناقل بدانیم، در این صورت مفاد روایت بر خلاف قاعده تسلط مردم بر اموالشان خواهد بود و نیز مخالف با قاعده اموال میت برای وارث او، می باشد.

۴. نظریه کشف حقیقی به شرط وصف تعقب اجازه

برخی از فقهاء برای دور ماندن از اشکال تقدم مشروط بر شرط در بیع فضولی، معتقدند که شرط تاثیر در بیع فضولی، وصف تعقب اجازه می باشد، نه آن که اجازه با وجود خارجی آن، موثر باشد و شرط وصف تعقب اجازه هنگام عقد فضولی وجود دارد. چون عنوان تعقب و مسبوقیت از خود عقد انتزاع می شود. (نائینی، محمد حسن، منه الطالب ۱: ص ۲۳۴). توضیح بیشتر آن که، عموم آیه «**اَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» (المائده، ۱) تمام انواع عقدها را شامل می گردد که عبارتند از:

۱. عقد مقارنه با رضایت.

۲. عقد مسبوق به رضایت.

۳. عقدی که رضایت به آن ملحق شود.

۴. عقد فاقد رضایت.

به مقتضای آیه تراضی، عقد فاقد رضایت از عموم آیه وفاء خارج می گردد، و سه نوع دیگر از عقدها، تحت عموم آیه وفاء باقی می مانند. (حجت کوه کمری، سید محمد، کتاب بیع: ص ۳۵۷)

بنابراین، عقدی که رضایت مالک به آن ملحق می گردد، مانند عقد مسبوق به رضایت و مقارن با رضایت مالک، مشمول آیه وفاء (المائده، ۱) به عقود می باشد. زیرا تمام این عقدها، شرط رضایت را دارا هستند نتیجه آن که عقد موصوف به وصف تعقب اجازه، مانند دیگر عقدها به انضمام رضایت مالک، تاثیر کامل در ملکیت دارد.

نقد نظریه کشف حقیقی با شرط وصف تعقب اجازه

به مقتضای آیه تراضی آن چه که در صحت و لزوم عقد بیع معتبر است ذات رضایت است، نه

وصفهای سه گانه مسوق بودن عقد به رضایت، مقارن بودن عقد با رضایت و ملحق شدن رضایت به عقد، بدیهی است اگر دلیلی وجود داشته باشد، هیچ اشکالی در التزام به اوصاف سه گانه نیست. در عقد بیع، بنابر دلالت آیه تراضی، خود رضایت معتبر است. و رضایت مالک متاخر از عقد فضول است. (خونی، ابوالقاسم، مصباح الفقه، ج ۲، ص ۷۲۹)

علاوه بر آن، انتزاع وصف برای امر موجود در زمان حال از امر متاخر از آن، در اضافات اعتباری صحیح است. اما در اضافات حقیقی موجود در خارج مانند پدر بودن و فرزند بودن، تحقق این گونه اضافات فقط پس از اجتماع دو طرف اضافه در وجود، معقول می باشد. (حکیم، محسن، نهج الفقه، ج ۱، ص ۲۲۹ و ۲۳۰)

وصف تعقب اجازه، صرفاً یک امر اعتباری نیست، بلکه برای آن منشأ انتزاع صحیح یعنی وجود متاخر (اجازه) وجود دارد. به تعبیر دیگر، وصف تعقب به عنوان شرط تاثیر عقد بیع، یک امر واقعی است؛ چون باید تحقق یابد گرچه کسی نباشد که آن را اعتبار کند و متوقف بر وجود پیدا کردن در آینده است. (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب: ۱۴۹) بنابر این هرگاه شرط متاخر معقول نباشد، هیچ تفاوتی نمی کند که مشروط عقد باشد یا ملکیت یا وصف تعقب باشد.

۵. نظریه کشف محض

بنابر نظریه کشف محض، عقد بیع سبب کامل و تام در حصول ملکیت می باشد و دلیل آن آیه شریفه «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (المائد، ۱) می باشد و تمام بودن عقد در بیع فضولی، تنها با علم به تحقق اجازه دانسته می شود.

بنابراین هرگاه مالک، بیع فضولی را اجازه نماید، معلوم می شود که عقد بیع تمام و کامل است، و به دنبال آن، ملکیت بر عقد بیع مترتب می گردد. و اگر چنین نباشد، لازم می آید که وفاء فقط به عقد بیع نباشد، بلکه به عقد بیع همراه با چیز دیگری باشد که هیچ دلیلی برای آن موجود نیست. (جیمی عامل، زین الدین، الروضه البیہ فی شرح اللمعه الدمشقیه، انتشارات علی، قم، ۱۳۹۶، ق، ج ۳، ص ۲۲۹ و ۲۳۰. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۴ و ۷۵) محقق ثانی و شهید ثانی منتسب به این نظریه می باشند. (همان) توضیح استدلال به آیه وفاء به عقد آن است که، تمام موضوع خطاب آیه «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، چاپ سنگی، تهران، ۱۳۷۹، ق، ۱۲۶) عقد می باشد.

چون چیزی به جز عقد در متعلق خطاب واقع نشده است و اگر چیز دیگری در متعلق آن

دخالت می داشت، در متعلق خطاب بیان می شد. بنابراین دانسته می شود که تمام علت و موثر در ملکیت، عقد بیع می باشد و آن هم توسط فضول انجام گرفته است. (اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، (۵ جلد)، انوار الهدی، قم، ۱۴۱۸ ه. ق، ۲: ۱۳۲)

بررسی نظریه کشف محض

نقد و بررسی مختصر نظریه فوق آن است که اگر خود عقد بیع علت کامل برای ملکیت باشد، و اجازه هیچ نقشی در حصول ملکیت نداشته باشد، این امر مستلزم آن است که اعتبار رضایت مالک در عقد بیع بدون دلیل تلقی گردد. در حالی که دلیل شرع و عقل بر رضایت مالک در تاثیر عقد، دلالت دارند. (اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، (۵ جلد)، انوار الهدی، قم، ۱۴۱۸ ه. ق، ۲: ۱۳۲)

و اگر خود عقد بیع، علت تام برای ملکیت نیست، بلکه عقد همراه با رضایت مالک، علت حصول ملکیت می باشد، در این صورت با تحقق اجازه، تمامیت سبب ملکیت پیش از اجازه معلوم نمی گردد. بلکه با بودن اجازه همراه عقد، سبب ملکیت کامل می گردد. علاوه بر نبودن دلیل در مقام اثبات برای صحت چنین عقدی، دلیل بر صحیح نبودن آن موجود است که همان ادله نقلی و عقلی می باشد. (ایروانی، علی، حاشیه المکاسب: ۱۲۶) بنابراین عدم تاثیر و دخالت رضایت و اجازه مالک در عقد بیع برای حصول ملکیت، خلاف ظواهر دلایل نقلی و عقلی می باشد.

۶. نظریه کشف به رضایت تقدیری

محقق رشتی نظریه کاشف بودن اجازه از رضایت تقدیری را ذکر کرده است. وی معتقد است اجازه، کاشف از رضایت است هرگاه مالک به عقد فضولی التفات و علم پیدا کند. (حکیم، محسن، نهج الفقاهه: ۱، ص ۲۲۸ و ۲۲۹) به عبارت دیگر عقد فضولی سبب کامل نقل و انتقال است و اجازه مالک کاشف از تمامیت عقد بیع در سابق می باشد. و اجازه شرط آگاهی به تمامیت عقد سابق است، نه آن که شرط تاثیر عقد فضول باشد.

بررسی نظریه کشف به رضایت تقدیری

در بررسی نظریه فوق این پرسش وجود دارد که کاشفیت فوق به چه معنی است؟ اگر کاشفیت اجازه به این ادعا باشد که اجازه با دلالت لفظی دلالت دارد و کاشف است، این

سخن باطل است و اگر به این ادعاست که کاشفیت اجازه مانند کشف معلول از علت خود می باشد، پاسخ چنین است که رضایت تقدیری در حال عدم و فقدان، نه کاشف و نه مکشف است. علاوه بر آن، کاشفیت اجازه از رضایت فعلی به عقد فضولی، قابل انکار نیست. بنابراین، اجازه فقط کاشف از رضایت تقدیری نخواهد بود، بلکه کاشف از رضایت فعلی نیز خواهد بود و در این صورت، جمع بین کاشفیت از امر فعلی و تقدیری، جمع بین دو امر متنافی خواهد بود که آن هم صحیح نیست. (خبینی، سید روح الله، البیع، ۲: ۱۶۴)

خلاصه آن که کاشفیت اجازه از رضایت تقدیری به چند دلیل و جهت مردود می باشد:

۱. استناد به مالک و رضایت او در صحت عقد فضولی لازم است، و این استناد فقط با اجازه مالک تحقق می یابد.
۲. رضایت معتبر در بیع فضولی به اقتضاء آیه تراضی، رضایت فعلی می باشد.
۳. هیچ دلیلی بر کاشف بودن اجازه از رضایت تقدیری وجود ندارد.

نظریه نقل

بنابر نظریه ناقل بودن اجازه، عقد بیع علت ناقص برای ملکیت است و با تحقق اجازه مالک و الحاق آن به عقد بیع، علت کامل ایجاد گشته و در پی آن ملکیت تحقق پیدا می کند. زیرا اجازه، جزء علت و سبب ملکیت می باشد؛ و مفهوم آیه تجارت و روایات، بلکه عقل و اجماع دلالت دارند که رضایت مالک همراه عقد بیع، سبب و علت برای تحقق ملکیت است. بنابر این فقط پس از تحقق علت تامه یعنی تحقق اجازه پس از عقد بیع، ملکیت ایجاد می گردد. (مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان (۱۴ جلد) نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۲ ه. ق، ۸: ۱۵۹ و حلی، محمدبن حسن ایضاح الفوائد (۴ جلد) مطبعه العلمیه، قم ۱۳۸۷ ه. ق، ۱: ۴۲۰ و نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه (۹ جلد)، قم، ه. ق، ۲: ۳۶۷) و نیز مقتضای لزوم اقتران بین علت و معلول، نظریه نقل می باشد.

تبیین نظریه نقل

گفته شده است که اگر رضایت مالک جزء علت ملکیت نباشد (و فرض بر این است که غیر از ایجاب و قبول صادر از متعاقبین چیز دیگری به عنوان جزء و شرط وجود ندارد) پس از وقوع عقد بیع باید تمام آثار بیع حاصل گردد، که در این صورت لازم می شود بدون رضایت مالک، صحت و لزوم عقد بیع معتبر

باشد. در حالی که با تقدیر عدم رضایت مالک، عقد بیع هنگام وقوع صحیح نبوده و اعتقاد به ترتب تمام آثار عقد بیع بر چنین عقدی که با رضایت مالک همراه نباشد، باطل است. بنابراین رضایت مالک و اجازه او جزء سبب ملکیت می باشد، نه این که کاشف از ملکیت باشد. (مقدس اردبیلی، احمد، مجمع لفائفه و البرهان، ۸ ص ۱۵۹)

نقد نظریه نقل

نظریه نقل مخالف مقتضای اطلاق عقد بیع می باشد. زیرا اگر عقد بیع نافذ باشد، از زمان وقوع عقد تاثیر می کند و اگر عقد نافذ نباشد، پس از رضایت مالک نیز تاثیر ندارد. و از نظر عقلاء، نظریه نقل دارای اشکال می باشد.

توضیح بیشتر آن که، مقتضای عقد بیع، تحقق مضمون عقد از زمان وقوع عقد است و آن چه که انشاء شده است نفس طبیعت ملکیت می باشد، و معنای نفوذ عقد، وقوع ملکیت از زمان عقد می باشد. به تعبیر دیگر مقتضای عقد بیع نفس طبیعت مبادله و اطلاق آن اقتضاء می کند که وقوع مبادله بین متعاقدین از این زمان عقد می باشد. به تعبیر دیگر مقتضای عقد بیع نفس طبیعت مبادله بوده و اطلاق آن می کند که وقوع مبادله بین المتعاقدین از زمان عقد باشد و اجازه عقد را مقید نمی سازد، بلکه متوجه خود عقد بوده و باعث تنفیذ نفس عقد واقع می گردد. (قدیری، محمدحسن، البیع: (تقدیرات درس امام خمینی) وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۶۶ ه ش، ۲۷۹)

بنابر این نظریه نقل صحیح نبوده بلکه نظریه کشف حقیقی اجازه به شرط متأخر صحیح است.

آثار و نتایج

فواید و نتایجی که بر نظریه کشف (حقیقی و غیر حقیقی) و نظریه نقل مترتب است عبارتند از:

۱. ملکیت منافع

یکی از نتایج و فواید مهم در نظریه های کشف و نظریه نقل آن است که، منافع موجود در فاصله زمانی بین وقوع بیع فضولی و اجازه صادر از مالک، بنابر نظریه های کشف برای دریافت کننده (مالک جدید) می باشد. و بر اساس نظریه نقل، منافی که بین زمان وقوع عقد بیع و زمان تحقق اجازه پدید می آید، متعلق به مالک قبلی خواهد بود. تمام فقیهان، مطلب فوق را بیان کرده و به عنوان مهمترین نتیجه و ویژگی بین نظریه های کشف و نظریه نقل می شناسند. (اصفهانی محمدحسین، حاشیه المکاسب، ۲: ۱۵۶، و جمعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة ۳: ۲۳۰)

۲. فقدان صلاحیت مالکیت

اگر یکی از دو طرف عقد بیع پیش از صدور اجازه مالک، صلاحیت مالکیت را از دست بدهد. مانند آن که در فاصله زمانی بین اجراء عقد و صدور اجازه مالک، شخص اصیل فوت کند یا مرتد گردد. بنابر کاشفیت اجازه، عقد بیع صحیح است و بنا بر ناقلیت اجازه، عقد بیع باطل می باشد. (انصاری، مرتضی، المکاسب: ۱۳۴)

اشکال صاحب جواهر (استمرار صلاحیت)

در صورت از دست رفتن صلاحیت مالکیت، اشکال وارد بر نتیجه فوق آن است که بر اساس هردو نظریه کشف و نقل، عقد بیع باطل می باشد. چون یکی از شرایط صحت عقد بیع، استمرار صلاحیت مالکیت تا زمان اجازه می باشد و در صورت از بین رفتن صلاحیت یکی از دو طرف عقد شرط مذکور منتفی گشته و با پذیرش کاشفیت، حکم به بطلان عقد بیع اجتناب ناپذیر خواهد بود. (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ۲۲: ۲۹۲)

رد اشکال استمرار صلاحیت

دلیلی بر ضرورت استمرار صلاحیت تا زمان اجازه وجود ندارد بلکه دلایل موجود، نقطه مقابل (عدم ضرورت استمرار) را به اثبات می رساند. به ویژه صحیحه ای عیبیه که در مورد عقد ازدواج دو کودک بیان شده است و در آن، حکم به صحت عقد ازدواج و مالکیت زوجه بر سهم الارث خویش در صورت تأیید و امضاء عقد مذکور) شده بود. بدیهی است که در مورد این روایت، یکی از دو طرف عقد (زوج) پیش از صدور اجازه طرف دیگر (زوجه) صلاحیت مالکیت را از دست داده و از دنیا رفته است. بنابراین تصحیح عقد مذکور گواه روشنی بر عدم لزوم استمرار صلاحیت می باشد. (انصاری، مرتضی، المکاسب، ۱۳۴)

۳. عقود متعدد

یکی دیگر از فواید مبحث کشف و نقل در بیع فضولی آن است که اگر کالایی در بیع فضولی فروخته شده و به شخص دیگر منتقل گردد، و در پی آن عقدهای متعدد بر آن واقع شود؛

کاشف یا ناقل بودن اجازه، تاثیر مهمی در سرنوشت این عقدها و فروشندگان و خریداران دارد. زیرا اگر مالک اصلی عقد اول را اجازه و امضاء نماید و اجازه را کاشف بدانیم، خریدار اول از زمان اجراء عقد، مبیع را مالک می شود و در پی آن تمام عقدها صحیح می باشد. و اما در صورتی که اجازه را ناقل بدانیم، عقدهای پس از اجازه، صحیح و عقدهای پیش از اجازه باطل می باشد. (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام ۲۲: ۲۹۲)

۴. زمان محاسبه خیرات

یکی دیگر از فواید مترتب بر کشف و نقل در بیع فضولی، محاسبه زمان خیرات نسبت به متعاقبین می باشد. چون بر بنا کاشف بودن اجازه، نقل و انتقال از زمان وقوع عقد می باشد، خیرات نیز از همان زمان وقوع عقد بیع موجود می گردد. و اما بر اساس نظریه نقل، انتقال ملکیت از زمان صدور اجازه مالک خواهد بود و محاسبه خیرات نیز از زمان تحقق اجازه خواهد. (اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، ۲: ۱۷۴)

۵. فقدان شرط عقد

اگر خود عقد بیع هنگام انعقاد آن، فاقد یکی از شروط لازم باشد و پیش از صدور اجازه، شرط مزبور محقق شود بنا بر کاشفیت اجازه، عقد بیع باطل؛ و بر اساس نظریه نقل، بیع، صحیح می باشد. مثال: هرگاه خریدار، یک انسان نابالغ باشد که پیش از صدور اجازه بالغ گردد. (انصاری مرتضی، المکاسب: ۱۳۵)

۶. از بین رفتن شرط پیش از اجازه

اگر هنگام تحقق بیع فضولی، عقد بیع واجد شرایط لازم باشد و در فاصله زمانی بین اجراء عقد و اجازه، آن را فاقد گردد، بر اساس نظریه کشف، عقد صحیح؛ و بنا بر نظریه نقل، عقد بیع، باطل می باشد. مثال آن: هرگاه خریدار شخص بالغ و عاقل بوده که پیش از اجازه مالک، دیوانه گردد. (همان)

۷. خروج کالا از ملکیت

اگر کالای فروخته شده در فاصله زمانی بین اجراء عقد و صدور اجازه، ویژگی ملک بودن را از

دست بدهد بنا بر نظریه کشف، بیع صحیح بنا بر نظریه نقل، بیع باطل می باشد. (همان) مثال: در فاصله زمانی مذکور، کالا تلف شود یا همانند تلف شده، دگرگونی پذیرد. (مانند مایعی که نجس شده باشد). در این موارد اگر اجازه را کاشف بدانیم چون از هنگام عقد، انتقال روی داده است و در آن زمان شرایط محقق بوده، حکم به صحت می شود. اما در صورتی که اجازه را ناقل بدانیم، از آن جا که هنگام انتقال (زمان صدور اجازه) شرایط لازم وجود ندارد، معامله باطل می گردد.

۸. جواز تصرف اصیل

در بیع فضولی که یک طرف آن شخص اصیل، (اصیل عبارت است از خود مالک یا شخص مأذون از طرف مالک که عقد را اجراء می کند) و طرف دیگر آن فضولی می باشد، آیا اصیل می تواند پیش از اجازه مالک در مالی که منتقل ساخته است تصرف نماید؟

ادعا شده است که بنا بر ناقل بودن اجازه، اصیل می تواند در مالی که منتقل ساخته است تصرف نماید. و اما بنا بر کاشف بودن اجازه، اصیل نمی تواند در فاصله بین عقد و اجازه تصرف نماید. چون عقد بیع، تاثیر کامل و تمام در نقل ملکیت دارد؛ و لذا در حق اصیل، عقد تمام و کامل می باشد و پس از تمام شدن عقد بر عاقد، با استناد به آیه «و اوفوا بالعقود» (انصاری، ۱) و فاء به عقد بر اصیل واجب می گردد. و اما بنا بر ناقلیت اجازه، با فقدان اجازه، اصیل می تواند در مالی که منتقل ساخته است تصرف نماید. چون عقد بیع در حق اصیل تمام و کامل نیست (انصاری، مرتضی، المکاسب: ۱۳۴) ظاهراً ثمره و تفاوتی بین نظریه نقل و نظریه کشف حقیقی در مورد جواز تصرف اصیل وجود ندارد. زیرا بدون صدور اجازه از مالک، عقد بیع تحقیق پیدا نکرده است، و در نتیجه مشمول دلیل وجوب و فاء به عقد نمی باشد.

و اما آن چه بنا بر نظریه کشف مبنی بر جواز تصرف اصیل بیان گردید مربوط به نظریه کشف محض، رضایت تقدیری و کشف حقیقی به شرط وصف عقیب اجازه می باشد. و این نظریه ها بیشتر مورد نقد و بررسی واقع شده ورد گردید.

۹. فسخ اصیل

اگر یکی از دو طرف بیع فضول، اصیل (مالک) باشد و پیش از صدور اجازه طرف دیگر عقد

بیع، عقد خود را فسخ نماید، آیا این فسخ اصلی، عقد بیع را باطل می سازد؟ آیا اصیل می تواند بیع فضولی را فسخ نماید؟

سه نظر بیان شده است. (خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ۲: ص ۷۶۰)

۱. اصیل می تواند پیش از اجازه طرف دیگر عقد را فسخ کند.
 ۲. اصیل نمی تواند و جایز نیست بیع فضولی را فسخ کند.
 ۳. نظر تفصیل، که براساس نظریه نقل اصیل می تواند عقد فضولی را فسخ کند، اما بنابر نظریه کشف، فسخ عقد بیع توسط اصیل جایز نیست.
- بنابر نظر سوم که تفصیل می باشد اگر اجازه ناقل باشد، فسخ اصیل پیش از اجازه، بیع فضولی را باطل می سازد. ولی اگر اجازه کاشف باشد، فسخ اصیل بیع فضولی را باطل نمی سازد. (انصاری، مرتضی، المکاسب: ۱۳۴، و محقق ثانی، جامع المقاصد، ۴: ۷۵).
- بنابر نظریه کشف حقیقی و کشف حکمی، بیع فضولی از طرف اصیل تمام نیست. زیرا عقد بیع پیش از تحقق ارکان و شرایط آن که رضایت و اجازه مالک یکی از آن ها می باشد، تحقق پیدا نمی کند. و در نتیجه مشمول دلیل وجوب وفاء به عقد نمی گردد. خلاصه آن که بنابر نظریه کشف حقیقی، اصیل می تواند پس از بیع فضولی و پیش از اجازه مالک، عقد خود را فسخ نماید. و اما براساس نظریه های کشف محض، رضایت تقدیری و وصف تعقب اجازه، بیع فضولی از طرف اصیل تمام و کامل است، و در نتیجه مشمول دلیل وجوب وفاء به عقد می گردد، و اصیل نمی تواند عقد فضولی را فسخ نماید.

فهرست منابع

- ۱- قرآن
- ۲- احسانی، ابن جمهور، عوالی اللئالی، مطبعة سیدالشهداء، قم، ۱۴۰۳، ه. ق.
- ۳- اردبیلی، احمد، مجمع الفائده والبرهان، نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۲ ه. ق.
- ۴- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، انوارالهدی، قم، ۱۴۱۸ ه. ق.
- ۵- انصاری، مرتضی، المکاسب، چاپ سنگی تبریز، ۱۲۵۷ ه. ق.
- ۶- بیروانی، علی، حاشیه المکاسب، چاپ سنگی، تهران، ۱۳۷۹
- ۷- جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، انتشارات علمیة قم، ۱۳۹۶

- ۸-حجت کوه کمری، سید محمد، کتاب البیع، نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۹.
- ۹-حسین عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه (مجلدات ۲۰)، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۱۰-حکیم، محسن، نهج الفقاهه.
- ۱۱-حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، مطبعه العلمیه، قم، ۱۳۸۷.
- ۱۲-خمینی، سید روح الله، البیع، اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰.
- ۱۳-خوانساری، سید احمد، جامع المدارک.
- ۱۴-خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، نشر الفقاهه، قم، ۱۴۱۰.
- ۱۵-طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۸.
- ۱۶-قدیری، محمد حسن، البیع (تقریرات درس امام خمینی)، وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۶۶.
- ۱۷-محقق ثانی، جامع المقاصد.
- ۱۸-نایینی، محمد حسین، منیه الطالب، نجف، ۱۳۵۸.
- ۱۹-نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۴.
- ۲۰-نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، ۱۴۰۵.
- ۲۱-همدانی، آقا رضا، مصباح الفقیه.