

شرط صحت
برخوردار از مالکیت
مظور دار از اذن
اذن از طرف مالک
اذن از طرف شارع

گفتار چهارم

یکی از شرایطی که در طرفین عقد ضروری است ، برخورداری ایشان از مالکیت یا اذن^(۱) می باشد و از این رو عقد فضولی^(۲) صحیح نخواهد بود .

آنچه از این پس در طی چندین گفتار به صورت مشروح مورد بررسی قرار می گیرد ماهیت و احکام ویژه عقد فضولی است .

معنای عدم صحت عقد فضولی چیست ؟

✓ عدم صحت عقد فضولی به معنی لغو و بی اثر بودن آن نیست ، بلکه به این معناست که اثر مترتب بر دیگر عقود یعنی ؛ لزوم ، دامن این عقد را نخواهد گرفت^(۳) ، لذا باید گفت : مقصود کسانی همچون علامه حلی که در قواعد ، برخورداری از امتیاز مالکیت یا آنچه که در حکم مالکیت می باشد (یعنی وکالت یا ولایت) را شرط دانسته اند نیز ، این است که مالکیت شرط لزوم می باشد نه شرط صحت^(۴) . و به همین جهت در پی اشتراط مالکیت ، یادآور شده که عقد فضولی متوقف بر اجازه مالک می باشد^(۵) ، و هم به این علت ، اشکال محقق کرکی به سخن علامه که در جامع المقاصد مطرح گشته و بر اساس آن متفرع ساختن توقف

۱ - مآذون بودن مجری عقد را به دو صورت می توان تصور نمود : ۱ - داشتن اذن از طرف مالک مثل وکیل ۲ - داشتن اذن از سوی شارع مثل ولی .
۲ - عقدی که بوسیله شخص ثالثی که نه مالک است و نه مآذون از طرف مالک یا شارع ، اجرا می گردد .

۳ - تنها در صورتی لازم شمرده می شود که با اجازه مالک همراه گردد .

۴ - اگر چه به حسب ظاهر شرط صحت به ذهن خطور می کند .

۵ - اگر مقصود علامه این بود که مالکیت شرط صحت است ، توقف عقد فضولی بر اجازه بی معنا گشته حکم به بطلان آن ناگزیر می گردید .

عقد فضولی بر اجازه مالک نادرست خوانده شده است را، بی پایه می دانیم (۱).

فضولی در نگاه علمای ما

به عنوان مقدمه باید دانست که اگرچه دانشمندان شیعه و سنی در عقدهای که بوسیله فضولی اجرا می شود اختلاف نظر داشته و هر دسته و گروهی رأیی متفاوت با دیگری برگزیده اند اما در یک نکته اتفاق عقیده داشته و همه به دیده قبول در آن نگریسته اند، و آن بطلان ایقاع فضولی است.

انواع عقود ایقاع و فضولی

اهل سنت

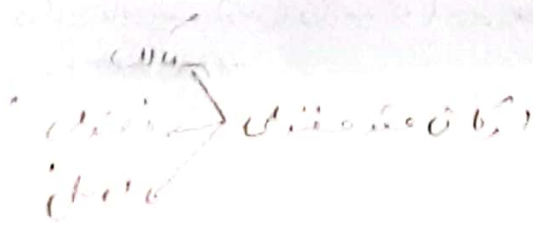
مقصود از فضولی چیست ؟

در کتاب مکاسب دو تعریف برای کلمه فضولی ذکر گردیده: (الف) تعریف شهید: «هو الکامل غیر المالك للتصرف» یعنی کسی که از نظر شریعت کامل به شمار رفته، واجد شرایط بلوغ، عقل، رشادت و... بوده اما دارای حق تصرف نمی باشد.

ب: تعریف برخی از علمای اهل سنت: «العاقده بلا اذن من یحتاج الی اذنه» یعنی کسی که بدون کسب اجازه از فردی که اذن او ضروری است، اقدام به اجرای عقد می نماید.

چنانکه مشهود است؛ در این دو تعریف، فضولی صفت شخص مجری عقد دانسته شده اما در مواردی این کلمه به عنوان صفت خود عقد ذکر گشته و گفته می شود: عقد یا فضولی است و یا غیر فضولی، به عقیده مرحوم شیخ (ره) به کارگیری کلمه فضولی به گونه مذکور استعمالی مجازی به شمار رفته از آن به

۱ - به گفته محقق نامبرده پس از ذکر اشتراط مالکیت، باید حکم به بطلان عقد فضولی گردد، نه توقف آن بر اجازه.



۲۵

عنوان وصف به حال متعلق یاد می شود (۱).

عقد فوضولی (فوضولی)

✓ عقد فوضولی چه گونه هایی را در بر می گیرد؟

بر اساس تعریفی که از فوضولی بیان شد آنچه در تحقق عنوان فوضولی نقش اساسی را ایفا می کند بر خوردار نبودن مجری عقد از حق تصرف می باشد، از این رو مواردی را که در ذیل بر می شمیریم شامل خواهد بود:

✓ (۱) - عقد ازدواجی که بوسیله دختر باکره رشیده وبدون اذن سرپرست شرعی خویش (ولی) صورت می گیرد (۲)

✓ ۲ - خرید و فروشی که بوسیله مالک ممنوع از تصرف صورت می پذیرد (۳).

اگر مالک راضی بوده اما اذن نداده باشد

✓ گاه ، شخص مجری عقد می داند که مالک قلباً راضی است اما اجازه صریح یا اذن فحوی در دست نیست تا به پشت گرمی آن بدون داشتن دغدغه اقدام به انجام عقد نماید ، در این مورد جای سؤال است که آیا عقد صورت گرفته فوضولی به شمار می آید یا نه ؟

در پاسخ این پرسش آنچه به طور بدوی به ذهن خطور می کند صدق عنوان عقد فوضولی است ؛ زیرا تنها دانستن رضایت مالک ، به عاقد حق تصرف نبخشیده و او را از این جهت مسلط نمی گرداند .

۱ - چرا که در حقیقت ، فوضولی صفت عاقد است نه عقد .

۲ - اگرچه دختر بر نفس خویش تسلط دارد اما چون مشروعیت عقد ازدواج دختر باکره موقوف بر اجازه ولی اوست ، عقد مذکور فوضولی محسوب می شود .

۳ - ممنوعیت مالک از تصرف ، در صورتی قابل فرض است که دیگران در مال وی حقی یافته باشند ؛ همچون مالکی که بدلیل ورشکستگی و افلاس به حکم شرع محجور گردیده است یا کسی که مال خود را به عنوان رهن در نزد دیگری گرو نهاده است (راهن) و یا عبد که با فرض مالکیت وی نیز خرید و فروش او را بدون اذن ارباب نمی توان تجویز نمود و ...

✓ صحت این ادعا با توجه به دو شهادتی که ذکر می شود تأیید می گردد :

✓ ۱- دانشمندان در حکم به لزوم عقد ، مالکیت یا داشتن اذن (از مالک یا شارع) را شرط دانسته اند و به دنبال آن مسأله بیع فضولی را مطرح ساخته اند ، با توجه به اینکه در صورت آگاهی از رضایت مالک ، شخص عاقد نه مالک به شمار می آید و نه مأذون ، حکم به تحقق عنوان فضولی ناگزیر خواهد بود (۱) .

•• ۲- ایشان برای اثبات صحت عقد فضولی حدیث عروه باری را به میان می آورند ، و از این روایت که متن آن به طور مشروح خواهد آمد چنین برداشت می شود که ؛ عروه ، رضایت باطنی پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) به اقدامات خویش را می دانست و با این حال از اقدام عروه به عنوان عقد فضولی یاد شده و در مباحث مربوطه مطرح می گردد .

علی رغم مطالب گذشته شیخ در اظهار نظر نهایی خود ، عقد مورد بحث را خارج از عنوان فضولی دانسته و توقف آن به اجازه بعدی را رد می کند ، به عقیده وی رضایت قلبی مالک که همراه با عقد گردیده در حکم به صحت و لزوم آن کافی است (۲) *

✱ ادله ای که نظریه مرحوم شیخ (ره) را به اثبات می رساند عبارتند از :

✓ ۱- آیه او فوا بالعقود .

✓ ۲- آیه الا ان تکون تجارة عن تراض (۳) .

۱- در این عبارت آن چه ملاک عقد لازم دانسته شده (مالکیت - اذن) می باشد و از علم به رضایت مالک سخنی به میان نیامده است ؛

۲- رضایت قلبی مالک در زمان عقد از نظر اطلاع عاقد دارای صور مختلفی به این شرح است :

۱- عاقد هنگام عقد رضایت مالک را می داند . ۲- عاقد بعد از عقد مطلع می شود که هنگام اجرا ، مالک راضی بوده است . ۳- عاقد هرگز از رضایت مالک مطلع نمی شود ، که در صورت سوم مالک باید خود با در نظر گرفتن مسئولیت شرعی خویش عقد صورت گرفته را امضاء نموده و آثار لزوم را مترتب سازد .

۳- در این آیه شرط مشروعیت داد و ستد ، وجود رضایت طرفینی بوده و هرگز از اذن نامی به میان نیامده است .

✓ (۳) لایحل مال امریء مسلم إلا عن طیب نفسه .

✓ (۴) - روایاتی که آگاهی ارباب از ازدواج عبد و سکوت وی را اقرار و امضای آن محسوب نموده است .

✓ (۵) - روایت عروه باری : در این حدیث می خوانیم که عروه مبیع را به طرف مقابل تحویل داده و بهای آن را دریافت کرده است و پیامبر اکرم (ص) نیز عمل او را تأیید ساخته است حال آنکه در عقد فضولی تصرف عاقد در کالا و بهاء ، نیز داد و ستد آن دو ممنوع به شمار می آید ، بنابراین باید گفت : عمل عروه به استناد آگاهی وی از رضایت پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) مصداق فضولی نیست .

✓ (۶) باکند و کاو در لایلای سخنانی که از علمای ما نقل شده روشن می گردد که عقد مورد بحث ، مصداق فضولی نبوده و متوقف بر اجازه مالک نیست ؛ به عنوان مثال :

✓ (۱) ایشان به منظور اثبات صحت عقد فضولی به این نکته استدلال می کنند که « همه شرایط جز رضایت مالک تحقق دارد » از این عبارت به خوبی ملاک بودن رضایت و عدم رضایت ضرورت اذن بدست می آید .

✓ (ب) می گویند : « در اجازه نمی توان به سکوت بسنده نمود زیرا سکوت اعم از رضایت است » در این جمله نیز سخنی از رضایت به میان آمده و نامی از اذن برده نشده است .

نکته ای در خور تأمل :

اگر فضولی بودن عقد مذکور را بپذیریم ، خواهیم گفت : هر عقد فضولی متوقف بر اجازه نیست ، از این رو می بینیم که اگر کسی کالای متعلق به دیگری را فروخته و سپس خود آن را مالک شود صحت عقد ، منوط به اجازه وی نمی گردد (۱) .

۱ - از این مسأله به عنوان من باع شیئاً ثم ملکه در آینده ای نه چندان نزدیک بحث خواهیم نمود .

شرح و ترجمه عبارات متن

وَمِنْ شُرُوطِ الْمُتَعَاقِدِينَ أَنْ يَكُونَا مَالِكِينَ ، أَوْ مَأْذُونِينَ مِنَ الْمَالِكِ ، أَوْ الشَّارِعِ .

از جمله شرایط طرفین عقد این است که هر دو مالک بوده ، یا از طرف مالک (۱) یا شارع (۲) مجاز باشند .

فَعَقْدُ الْفُضُولِيِّ لَا يَصِحُّ ، إِي لَّا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ مَا يَتَرْتَبُ عَلَى عَقْدٍ غَيْرِهِ ؛ مِنَ الْلِزُومِ .

بنابر این عقد فضولی صحیح نیست یعنی لزوم که بر دیگر عقود مترتب می شود ، بر عقد مذکور مترتب نخواهد شد .

وَهَذَا مُرَادٌ مَنْ جَعَلَ الْمَلِكَ ، وَمَا فِي حُكْمِهِ شَرْطًا ثُمَّ فَرَعَ عَلَيْهِ : بِأَنَّ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ - كَمَا فِي الْقَوَاعِدِ - .

و مقصود کسانی همچون علامه در قواعد که مالکیت (یا آنچه در حکم مالکیت می باشد (۳)) را شرط قرار داده و سپس یادآور شده اند که بیع فضولی موقوف بر اجازه می باشد ، همین است (۴) .

فَاعْتِرَاضُ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ عَلَيْهِ : بِأَنَّ التَّفْرِيعَ فِي غَيْرِ مُحَلِّهِ ، لَعَلَّهُ فِي

۱ - مثل وکیل .

۲ - مثل ولی .

۳ - یعنی وکالت یا ولایت .

۴ - یعنی مقصود ایشان نیز ، عدم لزوم عقد فضولی است والا اگر مالکیت شرط صحت محسوب گردد ، عقد فضولی محکوم به بطلان خواهد بود نه تعلیق بر اجازه .

غیر محلّه .

از این رو اعتراض محقق کرکی در جامع المقاصد بر علامه حلی ، مبنی بر اینکه متفرع ساختن عدم لزوم عقد فضولی به دنبال ذکر شرط مالکیت بی معنا می باشد ، اشکالی بیجا و ناروا است (۱) .

وکیف کان ؛ فالمهم ؛ التعرض لمسئلة عقد الفضولی الّتی هی من اہم المسائل .

به هر صورت (چه اشکال محقق کرکی وارد باشد یا ناوارد) آنچه برای ما اهمیت دارد ، این است که به اصل مسأله فضولی که از مهمترین مسائل می باشد پردازیم ، لذا می گوئیم :

فَنَقُولُ: اختلف الاصحاحُ وغيرهم فی بیع الفضولی ، بل مطلق عقده بعد اتفاقهم علی بطلان ايقاعه - كما فی غاية المراد - علی اقوال .

دانشمندان شیعی و دیگران (علمای اهل سنت) در مورد خرید و فروش فضولی اختلاف کرده و اقوال مختلفی را برگزیده اند ، بلکه به تعبیر صحیحتر باید گفت : عقد فضولی به طور مطلق مورد اختلاف می باشد ، اگرچه (همانطور که در غایة المراد گفته شده) بر بطلان ايقاعی که توسط وی انجام می شود اتفاق نظر دارند .

والمراد بالفضولی كما ذكره الشهيد ؛ هو : الكامل غیر المالك للتصرف ولو كان غاصباً .

مقصود از فضولی همانطور که از سوی شهید عنوان گردیده شخص بالغ عاقل رشیدی است که حق تصرف ندارد (یا به دلیل عدم مالکیت و یا به دلیل ممنوعیت از تصرف) اگرچه غاصب باشد .

۱ - زیرا مالکیت شرط صحت عقد نیست ، بلکه شرط لزوم می باشد .

وفى كلام بعض العامة: أَنَّه العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه.
و در گفتار برخی از اهل سنت می خوانیم که ؛ فضولی شخصی است که بدون دریافت اذن از کسی که نیاز به اجازه اوست ، اقدام به اجرای عقد می نماید .
وقَدْ يُوصَفُ به نفس العقد ولعله تسامحٌ .

و گاه خود عقد موصوف این صفت (فضولی) قرار داده می شود ، که شاید این نوعی تسامح و مجازگویی باشد (۱) .

وكيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون اذن الولي ،
ومن المالك اذا لم يملك التصرف ، لتعلق حق الغير بالمال .
به هر تقدیر ؛ عقد فضولی ، عقدی را که بوسیله دختر باکره رشیده بدون اذن سرپرستش انجام می شود و نیز عقدی که توسط مالک اجرا گردد (در صورتیکه به دلیل حق تعلق دیگران به ملک حق تصرف نداشته باشد) را شامل است .

كما يؤمى إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على المنع من نكاح
الباكرة بغير اذن وليها .

چنانکه گفتار علماء که برای اثبات بطلان عقد فضولی ، به ادله ای استدلال می کنند که ممنوعیت ازدواج دختر باکره بدون اذن سرپرست را می رساند ، همین مطلب را مورد اشاره قرار می دهد .

وحيثُ فَيُشْمَلُ بَيْعُ الرَّاهِنِ وَالسَّفِيهِ وَنَحْوَهُمَا وَبَيْعُ الْعَبْدِ بِدُونِ اِذْنِ
السَّيِّدِ .

در این صورت (که تعریف فضولی ، اجرای عقد توسط مالک ممنوع از تصرف را نیز ، شامل می باشد) خرید و فروشی که بوسیله راهن ، سفیه و... انجام می شود و نیز خرید و فروش عبد بدون اذن ارباب را در بر خواهد گرفت .

۱ - زیرا فضولی ، صفت عاقد است ، بنا بر این توصیف عقد به آن ، وصف به حال متعلق خواهد بود .

✓ وَكَيْفَ كَانَ فَالظَّاهِرُ شَمُولُهُ لِمَاذَا تَحَقَّقَ رِضَاءُ الْمَالِكِ لِلتَّصَرُّفِ بَاطِنًا،
وَطِيبَ نَفْسِهِ بِالْعَقْدِ مِنْ دُونِ حُصُولِ إِذْنِ مَنْهُ صَرِيحًا، أَوْ فَحْوَى، لِأَنَّ
الْعَاقِدَ لَا يُصَيِّرُ مَالِكًا لِلتَّصَرُّفِ وَمَسْلُطًا عَلَيْهِ بِمَجْرَدِ عِلْمِهِ بِرِضَاءِ
الْمَالِكِ.

وبه هر جهت ؛ عقد فضولی به حسب ظاهر شامل موردی که شخص دارای
حق تصرف ، رضایت باطنی به عقد داشته باشد اما اذن صریح یا اذن فحوی
نداده باشد نیز ، هست ؛ زیرا کسی که مبادرت به اجرای عقد می کند به صرف
آگاهی از رضایت مالک حق تصرف نیافته و تسلطی بر آن نمی یابد .

وَيُؤَيِّدُهُ : إِشْتِرَاطُهُمْ فِي لُزُومِ الْعَقْدِ كَوْنُ الْعَاقِدِ مَالِكًا ، أَوْ مَأْذُونًا أَوْ
وَلِيًّا ، وَفَرَعُوا عَلَيْهِ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ .

مؤید اینکه عقد فضولی مورد یاد شده را در بر می گیرد ، این است که :
دانشمندان ، در لزوم عقد ، مالکیت یا مأذون بودن و یا داشتن حق ولایت را برای
مالک شرط می دانند و در پی آن ، ببيع فضولی را متفرع می سازند (۱) .

وَيُؤَيِّدُهُ أَيْضًا اسْتِدْلَالُهُمْ عَلَى صِحَّةِ الْفُضُولِيِّ بِحَدِيثِ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ
مَعَ أَنَّ الظَّاهِرَ عِلْمُهُ بِرِضَاءِ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) بِمَا يَفْعَلُهُ .
نیز مؤید دیگر مدعای فوق این است که علماء برای اثبات صحت عقد
فضولی به حدیث عروه بارقی تمسک می جویند ، با آنکه ظاهراً عروه می دانست
که پیامبر (صلى الله عليه وآله وسلم) به اقدامی که او می کند راضی است .

وَإِنْ كَانَ الَّذِي يَقْوَى فِي النَّفْسِ ، لَوْلَا خُرُوجُهُ عَنِ الظَّاهِرِ الْأَصْحَابِ
عَدَمَ تَوْقِفِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ الْآلِاحِقَةِ ، بَلْ يَكْفِي فِيهِ رِضَا الْمَالِكِ الْمُقْرُونِ
بِالْعَقْدِ ، سِوَاءَ عِلْمِ بِهِ الْعَاقِدُ أَوْ انْكَشَفَ بَعْدَ الْعَقْدِ حُصُولُهُ حِينَهُ ، أَوْ لَمْ

۱ - در مورد محل بحث نیز صرف آگاهی از رضایت مالک ، سبب مالکیت ، مأذونیت یا ولایت
نمی گردد ، بنا بر این مشمول عنوان عقد فضولی خواهد بود .

يُنْكَشِفُ اصْلا .

اگرچه به نظر من چنین می رسد که اگر انتخاب این نظریه (که صحت عقد موقوف بر اجازه بعدی نبوده و رضایت مالک کافی است) رأی بر خلاف ظاهر عبارات علمای امامیه نباشد ، بگوییم : عقد متوقف بر اجازه بعدی مالک نبوده ، رضایت مالک همراه با عقد کافی به شمار می آید ، چه مجری عقد آن را بداند ، یا بعد از عقد معلوم شود که هنگام اجرای آن مالک راضی بوده و چه اصلاً رضایت مالک معلوم نگردد .

رضایت

فَيَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى امْضَاءَ مَا رَضِيَ بِهِ وَبِتَرْتِيبِ الْاِثَارِ عَلَيْهِ .

که در این صورت (که اصلاً رضایت مالک معلوم نگردد) بر مالک واجب خواهد بود که آنچه را قلباً رضایت داشته ، امضاء کرده و آثار مورد نظر را مرتب سازد .

لعموم وجوب الوفاء بالعقود وقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه .

دلایل مدعای ما عبارت می باشند از ①- ادله وجوب وفا به عقد . ۲- آیه الا

ان تكون ... ۳- گفته معصوم که لایحل مال امرئ مسلم ...

وما دلّ علی أنّ : علم المولی بنکاح العبد وسکوته ، اقرار منه .

۴- روایاتی که می گویند آگاهی مولی از ازدواج عبد وسکوت او ، امضای آن به

شمار می آید .

ورواية عروة البارقي الاتية حيث أقبض المبيع وقبض الدينار ،
لِعَلِّمِهِ بِرِضَاءِ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) وَلَوْ كَانَ فَضُولِيًّا مَوْقُوفًا
عَلَى الْاِجَازَةِ لَمْ يَجْزِ التَّصَرُّفُ فِي الْمَعْوُضِ وَالْعَوْضِ بِالْقَبْضِ
وَالْاِقْبَاضِ .

۵- روایت عروه باری که بعداً به طور مشروح می آید : در این روایت ، عروه چون می دانست که پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) راضی است کالا را تحویل و دینار را دریافت نمود حال آنکه اگر عقد مذکور ، فضولی و متوقف بر اجازه مالک بود ، تصرف در عوض و معوض و تحویل و دریافت آنها جایز نمی گردید .

و تقریر النَّبِيِّ (صلی الله علیه وآله وسلم) له علی ما فعل ، دلیل علی جوازهِ .

(ممکن است اشکال شود که ؛ عمل عروه برای ما حجیت ندارد ، در پاسخ خواهیم گفت :) تقریر عمل وی از سوی پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) دلیل جواز آن است .

هذا مع أن كلمات الاصحاب في بعض المقامات ، يظهر منه ، خروج هذا الفرض عن الفضولي وعدم وقوفه على الاجازة ، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة : إن الشرائط كلها حاصلة إلا رضاء المالك وقولهم : إن الاجازة لا يكفي فيها السكوت ، لأنه اعم من الرضا ونحو ذلك .

به علاوه این که ؛ گفتار علمای ما در پاره ای از موارد به روشنی می رساند که فرض مذکور (رضایت قلبی مالک) مشمول عنوان فضولی نبوده و متوقف بر اجازه نیست ؛ همانند این سخن که در استدلال بر صحت عقد فضولی می گویند : «در این عقد ، همه شرایط تحقق دارد جز رضایت مالک (۱)» نیز این گفته که «در اجازه سکوت کافی نیست زیرا سکوت اعم از رضایت می باشد» و...

ثم لو سلم كونه فضولياً لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الاجازة ، لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً على الاجازة اللاحقة .

۱- از این گفته بر می آید که آنچه ملاک است رضایت مالک می باشد نه اذن او ، از این رو در صورت تحقق رضایت ، عنوان فضولی تحقق نخواهد یافت .

بر فرض ، فضولی بودن این عقد را بپذیریم ، خواهیم گفت : لزوم هر عقد فضولی متوقف بر اجازه نیست ؛ زیرا دلیلی وجود ندارد تا به استناد آن گفته شود عقد فضولی به طور مطلق (حتی با وجود رضایت قلبی مالک) متوقف بر اجازه بعدی است .

كَمَا هُوَ أَحَدُ الْإِحْتِمَالَاتِ فِيمَنْ بَاعَ مَلِكٌ غَيْرَهُ ثُمَّ مَلَكَه .
مَعَ أَنَّهُ يُمْكِنُ الْإِكْتِفَاءُ فِي الْإِجَازَةِ ، بِالرِّضَا الْحَاصِلِ بَعْدَ الْبَيْعِ الْمَذْكُورِ
أَنَا مَا ، اذْ وَقُوعِهِ بِرِضَاءِ لَا يَنْفَكُ عَنْ ذَلِكَ مَعَ الْإِلْتِفَاتِ .

چنانکه یکی از احتمالات مطرح در موردی که شخص ، ملک دیگری را فروخته و سپس آن را مالک می شود همین است . (که متوقف بر اجازه بعدی نبوده ، تحویل ضروری است) و اگر بر ضرورت اجازه بعدی تأکید شود ، خواهیم گفت : می توان رضایتی که لحظه ای پس از خرید و فروش تحقق دارد را کافی شمرده و در اجازه مالک به آن بسنده نمود ؛ زیرا انجام بیع با رضایت مالک ، در صورت توجه و التفات ، غالباً خالی از رضایت مذکور (لحظه ای پس از معامله) نخواهد بود (۱) .

ثُمَّ إِنَّهُ لَوْ أَشْكَلَ فِي عَقُودِ غَيْرِ الْمَالِكِ ، فَلَا يَنْبَغِي الْأَشْكَالُ فِي عَقْدِ الْعَبْدِ نِكَاحًا ، أَوْ بَيْعًا مَعَ الْعِلْمِ بِرِضَا السَّيِّدِ وَلَوْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ .

و بر فرض ، عقودی که بوسیله غیر مالک (ولی با رضایت وی) اجرا می شود مورد اشکال قرار گیرد ، اما نمی توان عقد ازدواج یا بیعی را که بوسیله عبد و با اطلاع از رضایت ارباب (اگرچه بدون اذن صریح وی) صورت می پذیرد را ، مورد اشکال قرار داد .

لَعَدَمِ تَحَقُّقِ الْمَعْصِيَةِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ الْمَنْعِ فِي الْأَخْبَارِ ، وَعَدَمِ مَنَافَاتِهِ

۱ - یعنی معمولاً در این فاصله زمانی کوتاه رضایت وی باقی است ، اگرچه امکان پشیمانی و عدم رضایت وی در زمانهای بعد منتفی نیست .

۵۶..... در محضر شیخ انصاری - ج ۱۶

لعدم استقلال العبد فی التصرف .

زیرا مخالفت با فرمان ارباب ، که در اخبار و روایات ، ملاک ممنوعیت عند دانسته شده تحقق ندارد ، نیز ، با عدم استقلال عبد در تصرف ، منافی نیست (چراکه حسب الفرض با رضایت مولی انجام می گیرد ، بنا بر این استقلالی برای عبد تصور نمی شود) .

گفتار پنجم

شخصی که بصورت فضولی اقدام به اجرای عقد می نماید ، گاه خویشتن را منظور نموده و برای خود می فروشد یا می خرد ، و گاه اثر عقد را برای مالک در نظر گرفته و برای وی می فروشد یا می خرد . صورت دوم نیز خود بر دو قسم می باشد ؛ چراکه در یک قسم ، پیش از اقدام فضولی مالک وی را منع کرده و در قسم دیگر قبل از اقدام او منعی صادر نگشته است . به نمودار ذیل توجه کنید :

عقد فضولی

..

برای خود	برای مالک
با نهی قبلی	بدون نهی قبلی

آنچه در صفحات آتی می خوانیم بررسی حکم هر یک از این سه صورت می باشد .

صورت اول اقدام فضولی به منظور مالک و بدون منع قبلی وی^(۱) :
پیش از هر چیز ، شناخت آرای بزرگان در این رابطه شایسته می نماید ، از این رو یاد آور می شویم که با کند و کاو در لابلائی کتب دانشمندان شیعی روشن می گردد که مشهور معتقد به صحت این عقد می باشند^(۲) .

- ۱- کسانی که عقد فضولی را صحیح می دانند به طور یقین این قسم را مد نظر داشته اند ، لذا مرحوم شیخ (ره) می گوید : وهذا هو المتیقن من عقد الفضولی .
- ۲- نباید از نظر دور داشت که شهرت مذکور شهرت محصله است نه منقوله ، چه ، عادت مرحوم شیخ بر این است که در موارد شهرت منقوله آن را به دیگران منسوب ساخته با بکارگیری عباراتی همچون : قیل یا حکى و... از آن یاد می نماید .

صور عقد فضولی از نظر قصد مجری عقد ۶۱

و در اثبات صدق این مدعا کافی است به عبارت مرحوم علامه حلی در تذکره توجه شود که گاه طور صریح و گاه تلویحا آن را به همه علمای امامیه نسبت داده است.

در میان معتقدین به صحت ، می توان از عمانی ، شیخ مفید ، سید مرتضی ، شیخ طوسی ، سلار ، حلبی ، قاضی ابن براج ، ابن حمزه واسکافی یاد نمود . اگرچه جمعی از علمای دیگر همچون فخر المحققین ، محقق اردبیلی ، سید داماد و صاحب حدائق ، راه مخافت پیموده و رأی به بطلان داده اند .

دلیل قائلین به صحت عقد مورد بحث :

ادله بیع و عقد ؛ همچون احل الله البیع و اوفوا بالعقود عمومیت داشته و عقد مذکور را در بر می گیرد . به منظور توضیح هر چه بیشتر استدلال و دانستن نحوه انطباق این ادله بر عقد یاد شده توجه به مقدمه زیر ضرورت دارد (۱) :

✓ (۱) اگرچه در عقد فضولی مورد بحث ، اذن مالک وجود ندارد ، اما نبودن اذن موجب سلب عنوان عقد و بیع نمی گردد (۲) ، از سوی دیگر قابل انکار نیست که ترتب اثر عقد ، بسته به رضایت مالک بوده و متوقف بر آن است ✓

با در نظر گرفتن این مقدمه روشن می شود که تنها چیزی که صحت این عقد را با اشکال و تردید مواجه ساخته ، مشکوک بودن اشتراط اذن سابق است (۳) و چون دلیلی برای اثبات آن در دست نیست ، به حکم اصالة الاطلاق به ادله بیع

۱- در این گونه استدلالات کبری پذیرفته شده است و آنچه می ماند تبیین صغری و اثبات تحقق آن است ، از این رو توضیحات فوق نیز به این نکته متوجه بوده ، صغری بودن عقد مورد بحث برای ادله بیع و عقد را ثابت می سازد .

۲- از آنجا که عدم صحت سلب ملازم با صحت حمل می باشد روشن می گردد که عنوان عقد و بیع در معامله مورد بحث قابل انطباق است .

۳- به عبارت دیگر ؛ اگر اذن قبلی شرط باشد عقد مذکور محکوم به بطلان خواهد بود ، اما اگر چنین شرطی وجود نداشته و صحت عقد مقید به اذن نیست ، معامله یاد شده صحیح شمرده می شود .

و عقد تمسک جسته و حکم به عدم اشتراط اذن می نمایم (۱).

نکته‌ای در خور تأمل :

برخی از علما به منظور اثبات صحت عقد فضولی می‌گویند : آنچه عقد صدر
عَنْ أَهْلِهِ وَقَعَ فِي مَحَلِّهِ (۲) . به گفته مرحوم شیخ (ره) جمله یاد شده به همان
چیزی باز می‌گردد که در سطور قبل عنوان گردید و مقصود ایشان آن است که عقد
مزبور مصداق کلمه عقد و بیع به شمار رفته و در حوزه شمول ادله‌ای همچون
احل الله البيع و اوفوا بالعقود داخل است .

استدلال به حدیث عروه بارقی برای اثبات صحت عقد فضولی :
متن این روایت در کتاب خلاف شیخ طوسی (ره) اینگونه آمده است (۳) :
رَوَى عَنْ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) أَنَّهُ عَرَضَ لَهُ جَلْبَ فَأَعْطَى عُرْوَةَ
الْبَارِقِي دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ بِهِ شَاةً لِلْأَضْحِيَّةِ ، فَاشْتَرَى بِهَا شَاتَيْنِ ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا بِدِينَارٍ
فَجَاءَ رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) بِشَاةٍ وَدِينَارٍ فَقَالَ هَذِهِ الشَّاةُ وَهَذَا
دِينَارُكُمْ فَقَالَ النَّبِيُّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) كَيْفَ صَنَعْتَ فَذَكَرَ لَهُ مَا صَنَعَ فَقَالَ
النَّبِيُّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةٍ يَمِينُكَ . (خلاف چاپ
جامعه مدرسین ج ۳ ص ۳۵۴) .

۱ - تنها یک مورد از تحت این عمومیت خارج می‌باشد و آن عقدی است که خالی از اذن قبلی
مالک بوده بعداً نیز با اجازه وی همراه نگردد .

۲ - چون مجری عقد (فضولی) شخصی است واجد شرایط بلوغ ، عقل رشادت و... و از این جهت
به عنوان کامل از او یاد می‌شود ، صلاحیت اجرای عقد را داراست بنا بر این عقد مذکور صدر عن اهله ،
نیز ، کالایی که مورد داد و ستد قرار گرفته چونان شراب ، خوک و... نبوده از قابلیت آنکه در معرض
معامله قرار گیرد برخوردار است و لذا ، وقع فی محله .

۳ - پیامبر اکرم (ص) به عروه بارقی یک دینار داده و فرمان به خریداری گوسفندی به منظور قربانی
دادند عروه با آن دینار دو گوسفندی خریده سپس یکی از آن دو را به یک دینار فروخت چون به محضر
رسول اکرم (ص) شرفیاب گردید عرض نمود این یک گوسفند و این یک دینار شما ! حضرت فرمود : چه
کردی ؟ عروه قصه را بازگفت ، حضرت فرمود : خدا به تو برکت دهد .

۶۳ صور عقد فضولی از نظر قصد مجری عقد

در این روایت ، به حسب ظاهر عروۀ دو اقدام خودسرانه انجام داده است ؛
اول : خریداری دو گوسفند با یک دینار (با آنکه حضرت (ص) فرمان به خریداری
یک گوسفند دادند) و دوم : فروش یک گوسفند بدون کسب اجازه از محضر پیامبر
اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) .

اما می توان گفت : در جمله حضرت (صلی الله علیه وآله وسلم) کلمه شاة
(اسم جنس) ذکر گردیده و این عنوان بر قلیل و کثیر صادق است ، از این رو
نمی توان مقصود حضرت رسول (صلی الله علیه وآله وسلم) را منحصر به یک
گوسفند نمود و در نتیجه باید گفت : اقدام نخست عروه (خریداری گوسفند دوم)
فضولی محسوب نمی گردد ، اما اقدام دوم وی (فروش یک گوسفند) بدون شک
فضولی است ، بنا بر این تأیید عمل وی توسط پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله
وسلم) دلیل صحت و جواز عقد فضولی می باشد ✓

حضرت

یک اشکال بسیار مهم :

می دانیم که فضولی حق تحویل و دریافت عوض و معوض را نداشته ، داد
و ستدی که بوسیله وی انجام گیرد از نظر شرع مقدس اسلام ممنوع شمرده
می شود ، با توجه به این نکته جای سؤال خواهد بود که اگر اقدام عروه باریقی
(فروش گوسفند) فضولی بود ، چگونه وی اقدام به تحویل کالا و دریافت بهاء
نموده است ؟ در پاسخ این سؤال چهار احتمال مطرح گردیده که مرحوم
شیخ (ره) از این بین احتمال سوم را بر می گزیند .

احتمال نخست : عمل عروه حرام بوده است . این احتمال به دلیل آنکه با
تقریر پیامبر اکرم (ص) و تأییدی که از اقدام عروه نموده است منافات دارد ، قابل
پذیرش نیست .

احتمال دوم : در صورتی که مجری عقد بداند که مالک اجازه داده و آن را تأیید
می کند ، تصرف در عوض و معوض و تحویل و دریافت آنها برای وی مجاز

۶۴..... در محضر شیخ انصاری - ج ۱۶

خواهد گردید. مبنای این احتمال، اعتقاد به کاشفیت اجازه مالک بوده و ضعف آن در مباحث آینده آشکار خواهد شد. از این رو از اطاله کلام در این مورد خودداری می‌ورزیم.

احتمال سوم: داد و ستدی که بدون اذن مالک صورت گرفته اما رضایت وی محرز است، مصداق عقد فضولی نیست. احتمال مذکور در صفحات قبل نیز مطرح گشته و مورد پذیرش شیخ انصاری (ره) قرار گرفت (۱).

احتمال چهارم: عروه می‌دانست که پیامبر اکرم به تحویل مبیع راضی است و خریدار نیز می‌دانست که عقد به صورت فضولی اجراء می‌شود از این رو بهای کالا را به عنوان امانت به عروه داده تا در صورت اجازه پیامبر اکرم (ص) منتقل گردد. — به فرض عالم بودن به حقوق بود است

۴۰۰
بدون اذن مالک

۱ - به نظر شیخ (ره) این احتمال از آن جهت تأیید می‌گردد که معامله مورد بحث ظاهراً در غالب معاوضه (بدون صیغه) روی داده و در معاوضه آنچه ملاک می‌باشد رسیدن عوض به فروشنده و معوض به خریدار است. از این رو در معامله مزبور چون رضایت مالک‌ها محرز بوده و عوض و معوض نیز منتقل گشته تصرف نیز صحیح به شمار می‌آید. به عبارت دیگر: فضولی نیست، چون فضولی وسیله انتقال عوضین محسوب می‌گردد و رضایت مالک ملاک است.

در رضایت

شرح و ترجمه عبارات متن

ثُمَّ أَعْلَمَ : إِنَّ الْفُضُولَى قَدْ يَبِيعُ لِلْمَالِكِ وَقَدْ يَبِيعُ لِنَفْسِهِ .

بدان که ؛ فضولی ، گاه برای مالک اقدام به فروش می نماید و گاه برای خویش .

وَعَلَى الْأَوَّلِ فَقَدْ لَا يَسْبِقُهُ مَنَعٌ مِنَ الْمَالِكِ ، وَقَدْ يَسْبِقُهُ الْمَنَعُ .

بر فرض اول نیز ، گاه پیش از اقدام وی منعی از طرف مالک صادر نشده و گاه

صادر گشته است .

فَهُنَا مَسَائِلُ ثَلَاثٌ .

بنا بر این در بحث حاضر با سه مسأله روبرو هستیم :

الْأُولَى : أَنْ يَبِيعَ لِلْمَالِكِ مَعَ عَدَمِ سَبْقِ مَنَعٍ مِنَ الْمَالِكِ .

مسأله اول این است که : برای مالک فروخته او (مالک) نیز در گذشته منعی

نکرده باشد .

وَهَذَا هُوَ الْمُتَيَقَّنُ مِنْ عَقْدِ الْفُضُولَى .

و مورد یقینی از عقد فضولی همین است .

وَالْمَشْهُورُ : الصَّحَّةُ .

بل في التذكرة نسبة إلى علمائنا تارة صريحاً وأخرى ظاهراً بقوله

عندنا ، إلا أنه ذكر عقيب ذلك إن لنا فيه قولاً بالبطلان .

و مشهور معتقد به صحت عقد مذکور می باشند تا آنجا که در تذکره این نظریه

را آشکارا به همه علمای شیعی نسبت داده و بار دیگر به طور غیر صریح (ظاهر)

و با بکارگیری عبارت عندنا آن را به ایشان منتسب ساخته است . اگرچه در ادامه

شود (۱).

و تَوْقِفِهِ عَلَيْهِ أَيْضًا ، لِأَمْجَالٍ لِانْكَارِهِ فَلَمْ يَبْقِ الْكَلَامُ إِلَّا فِي اشْتِرَاطِ سَبْقِ الْإِذْنِ ، وَحَيْثُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ فَمَقْتَضَى الْإِطْلَاقَاتِ عَدَمَهُ .

وقابل انکار نیست که ترتب اثر، مشروط به رضایت مالک بوده و متوقف بر آن می باشد، از این رو تنها این سخن باقی می ماند که آیا وجود اذن قبلی، ضروری است یا نه؟ و از آنجا که دلیلی برای آن وجود ندارد، اطلاقات موجود عدم اشتراط اذن سابق را ایجاب خواهد نمود.

وَمَرْجِعُ ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَى عَمُومِ حَلِّ الْبَيْعِ وَوَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ ، خَرَجَ مِنْهُ الْعَارِيُّ عَنِ الْإِذْنِ وَالْإِجَازَةِ مَعًا وَلَمْ يَعْلَمْ خُرُوجَ مَا فَقَدَ الْإِذْنَ ، وَلِحَقِّهِ الْإِجَازَةَ .

و ادعای ما و آنچه که در تأییدش گفته شد، به این نکته باز می گردد که حلیت بیع و وجوب وفا به عقد (که در آیه احل الله البیع و اوفوا بالعقود بیان گردیده) کلیت داشته تنها عقدی از آن خارج است که بدون اذن (سابق) و اجازه (بعدی) باشد، اما خارج بودن عقدی که فاقد اذن بوده ولی اجازه بعدی را همراه دارد معلوم نیست.

وَالِیَ مَا ذَكَرْنَا يَرْجِعُ اسْتِدْلَالُهُمْ : بِأَنَّهُ عَقْدٌ صَدَرَ عَنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ .
اینکه علماء برای اثبات صحت عقد فضولی استدلال کرده و می گویند :
عقدی است که از اهله صادر (۲) و در جای خود واقع گشته (۳) به همان چیزی باز می گردد که ما گفتیم .

۱ - و عدم صحت سلب ملازم با صحت حمل بوده ، نتیجه آن این است که : عنوان بیع و عقد فضولی صادق می باشد .

۲ - یعنی از شخص عاقل بالغ رشید (کامل) .

۳ - یعنی محل هم ، قابلیت بیع و شراء را داشته است .

فَمَا ذَكَرَهُ فِي غَايَةِ الْمَرَادِ ، مِنْ أَنَّهُ مِنْ بَابِ الْمَصَادِرَاتِ ، لَمْ أَنْحَقْ
وَجْهَهُ لِأَنَّ كَوْنَ الْعَاقِدِ أَهْلًا لِلْعَقْدِ - مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ بَالِغٌ عَاقِلٌ - لَا كَلَامَ فِيهِ
وَكَذَا كَوْنُ الْمَبِيعِ قَابِلًا لِلْبَيْعِ ، فَلَيْسَ مُحَلُّ الْكَلَامِ إِلَّا خُلُوَ الْعَقْدُ عَنِ
مُقَارَنَةِ إِذْنِ الْمَالِكِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ بِالْأَصْلِ .

بنا بر این وجهی برای گفته نویسنده غایه المراد که فرموده: «استدلال فوق از قبیل مصادره به مطلوب می باشد» نیافتیم؛ زیرا صلاحیت عاقد برای اجرای عقد از این جهت که بالغ و عاقل می باشد جای بحث ندارد، نیز مالکیت کالا برای فروش مسلم است، بنا بر این تنها چیزی که باقی می ماند خالی بودن عقد از همراهی با اذن مالک است که البته بوسیله اصل دفع می گردد (۱).

وَلَعَلَّ مُرَادَ الشَّهِيدِ أَنَّ الْكَلَامَ فِي أَهْلِيَّةِ الْعَاقِدِ .

شاید مقصود شهید (ره) (۲) این است که؛ صلاحیت عاقد (به دلیل آنکه فاقد اذن مالک است) مورد شک می باشد (۳).

وَيَكْفِي فِي اثْبَاتِهَا ؛ الْعَمُومُ الْمُتَقَدِّمُ .

وعموم ادله بیع و عقد در اثبات صلاحیت وی کافست (۴).

وَقَدْ اِسْتَهْرَ الْاِسْتِدْلَالَ عَلَيْهِ بِقَضِيَّةِ عُرْوَةِ الْبَارِقِيِّ ، حَيْثُ دَفَعَ اِلَيْهِ
النَّبِيُّ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) دِينَارًا وَقَالَ لَهُ : اِسْتَرْنَا بِه شَاةً
لِلْاَضْحِيَّةِ ، فَاسْتَرَى بِه شَاتَيْنِ ، ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا فِي الطَّرِيقِ بِدِينَارٍ فَأَتَانِي

۱ - مقصود از اصل ، اصل عملی (اصل عدم اشتراط) نیست چه ، در صورت شک در اشتراط ، اصل ایجاب می کند که بدون اذن ، اثر مقصود مترتب نگردد در نتیجه اصل ، اشتراط خواهد بود . از این رو باید گفت : منظور از اصل ، اصل لفظی یعنی اصالة العموم (یا اصالة الاطلاق) است که بوسیله آن احتمال تقید به قید اذن ، دفع می گردد .

۲ - که استدلال مزبور را مصادر به مطلوب خوانده است .

۳ - بنا بر این ادعای اهلیت عاقد ، مصادره مطلوب خواهد بود .

۴ - یعنی چون عنوان بیع و عقد بر آن صادق است ، صلاحیت اجرای عقد را نیز به وی خواهد بخشید .

النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) بالثناة والدينار فقال له رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): بَارَكَ اللهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ .

و متداول است که برای اثبات صحت عقد فضولی ، به حدیث عروه بارقی تمسک می جویند ؛ در این حدیث می خوانیم : پیامبر اکرم (صلى الله عليه وآله وسلم) یک دینار به عروه داده و فرمود : با این یک دینار یک گوسفند برای قربانی بخر ! عروه در امثال فرمان رسول اکرم (صلى الله عليه وآله وسلم) با یک دینار مزبور دو گوسفند خریده و در راه یکی از آن دو را به یک دینار فروخت ، چون به نزد پیامبر اکرم (صلى الله عليه وآله وسلم) شرفیاب شده و گوسفند و دینار را تقدیم نمود ، حضرت (صلى الله عليه وآله وسلم) به او فرمود : خداوند به تو برکت دهد

فَإِنَّ بَيْعَهُ وَقَعَ فَضُولًا وَإِنْ وَجَّهْنَا شِرَائَهُ عَلَى وَجْهِ يَخْرُجُ عَنِ الْفُضُولِيِّ .
خریداری گوسفند دوم را *فروشی گوسفند دوم را*

روشن است که اگرچه خریداری گوسفند دوم توسط عروه را به گونه ای توجیه کنیم که از عنوان فضولی خارج گردد ، اما فروش یکی از دو گوسفند بوسیله وی فضولی بوده و با این حال مورد تأیید پیامبر اکرم (صلى الله عليه وآله وسلم) قرار گرفته است .

هَذَا ، وَلَكِنْ لَا يَخْفَى أَنَّ الْأَسْتِدْلَالَ بِهَا يَتَوَقَّفُ عَلَى دُخُولِ الْمَعَامَلَةِ الْمَقْرُونَةِ بِرِضَا الْمَالِكِ ، فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ .

اما پوشیده نیست که استدلال به حدیث مذکور ، متوقف بر آن است که ، معامله توأم با رضایت مالک ، مشمول عنوان فضولی باشد

توضیح ذلك : إِنَّ الظَّاهِرَ عِلْمٌ عَرُوقٌ بِرِضَا النَّبِيِّ (ص) بِمَا يَفْعَلُ وَقَدْ أَقْبَضَ الْمَبِيعَ وَقَبْضَ الثَّمَنِ وَلَا رَيْبَ أَنَّ الْأَقْبَاضَ وَالْقَبْضَ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ حَرَامٌ ، لِكَوْنِهِ تَصَرُّفًا فِي مَالِ الْغَيْرِ .

۷۰..... در محضر شیخ انصاری - ج ۱۶

توضیح مطلب: ظاهراً عروه می دانست که پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) به اقدام وی راضی است، لذا مبیع را تحویل و بهای آن را دریافت نمود و شکی نیست که داد و ستد در بیع فضولی بدلیل آنکه تصرف در مال غیر به شمار می رود حرام است.

فَلَا بُدَّ إِذَا مِنَ التَّزَامِ أَنَّ عَرُوءَ فَعَلِّ الْحَرَامِ فِي الْقَبْضِ وَالْإِقْبَاضِ - وَهُوَ مَنَافٍ لِتَقْرِيرِ النَّبِيِّ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ).

بنابر این یا باید پذیرفت که، عروه با اقدام به داد و ستد کالا و ثمن، مرتکب عملی حرام گردیده، که در این صورت منافات با تقریر پیامبر اکرم (ص) و تأیید ایشان خواهد داشت.

وَإِمَّا مِنَ الْقَوْلِ: بِأَنَّ الْبَيْعَ الَّذِي يَعْلَمُ بِتَعَقُّبِهِ لِلْإِجَازَةِ، يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ بِنَاءً، عَلَى كَوْنِ الْإِجَازَةِ كَاشِفَةً.

و یا گفت: بر اساس کاشف دانستن اجازه مالک، در بیعی که می دانیم مالک بعد از اجازه خواهد داد، می توان پیش از اجازه اقدام به تصرف نمود.

وَسَيَجِيءُ ضَعْفُهُ.

ولی در آینده ای نزدیک خواهیم دید که این^(۱) نظریه ای سست و غیر قابل پذیرش می باشد.

فَيَدُورُ الْأَمْرُ بَيْنَ ثَلَاثٍ: وَهُوَ جَعْلُ هَذَا الْفَرْدِ مِنَ الْبَيْعِ - وَهُوَ الْمَقْرُونُ بِرِضَاءِ الْمَالِكِ - خَارِجاً عَنِ الْفُضُولِيِّ كَمَا قُلْنَا.

در نتیجه دوره بیش در فرا روی خود نخواهیم داشت، یا باید احتمال سوم را پذیرفته و بگوییم: اینگونه از بیع که همراه با رضایت مالک می باشد، مشمول عنوان فضولی نیست (چنانکه در گذشته نیز بر این عقیده پای فشرديم).

۱ - که با اطمینان از اجازه بعدی مالک، تصرف جایز است.

ورابع وهو علم عروة برضاء النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) باقباض ما له للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، والا فالفضولي ليس مالكا ولا وكيلاً فلا يستحق قبض المال فلو كان المشتري عالماً، فله أن يشتأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال، بخلاف مالو كان جاهلاً. ^{علم و سنده را}

و با احتمال چهارم را برگزیده و معتقد شویم که ؛ عروه می دانست پیامبر اکرم (صلى الله عليه وآله وسلم) خود ، راضی به تحویل گوسفند فروخته شده به مشتری است و مشتری نیز می دانست که بیع ، فضولی می باشد و از این رو پرداخت ثمن از سوی وی به فروشنده ، به عنوان امانت صورت گرفته است (چه ، فروشنده فضولی نه مالک بوده و نه وکیل و حق دریافت ثمن را نداشته از این رو با وجود آگاهی خریدار از فضولی بودن عقد ، می توانست فروشنده را تا زمان روشن شدن حال امین قرار دهد ، اما اگر جاهل باشد چنین امکانی برای وی وجود ندارد) .

ولكن الظاهر هو أول الوجهين، كما لا يخفى .

اما از بین این دو (احتمال سوم و چهارم) وجه نخست ؛ یعنی احتمال سوم قابل پذیرش است .

خصوصاً بملاحظة أن الظاهر : وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة وقد تقدم إن المناط فيها ، مجرد المراضات ، ووصول كل من العوضين الى صاحب الآخر و حصوله عنده باقباض المالك ، او غيره ولو كان صبياً ، او حيواناً .

بویژه با در نظر گرفتن این نکته که معامله مزبور ، به گونه معاطاة صورت می گیرد . و در گذشته به تفصیل گفته شد که در معاطاة ، ملاک ، رضایت طرفین

ورسیدن عوض و معوض به طرف مقابل است ، چه تحویل آن از سوی مالک انجام پذیرد یا دیگری (همچون کودک و حیوان) .

فَإِذَا حَصَلَ التَّقَابُضُ بَيْنَ الْفُضُولِيِّينَ أَوْ فُضُولِيٍّ وَغَيْرِهِ ، مَقْرُونًا بِرِضَاءِ الْمَالِكِينَ ، ثُمَّ وَصَلَ كُلٌّ مِنَ الْعَوْضِيِّينَ إِلَى صَاحِبِ الْآخِرِ وَعَلِمَ بِرِضَاءِ صَاحِبِهِ ، كَفَى فِي صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَلَيْسَ هَذَا مِنْ مَعَامَلَةِ الْفُضُولِيِّ ، لِأَنَّ الْفُضُولِيَّ صَارَ آلَةً فِي الْإِيصَالِ وَالْعِبْرَةَ بِرِضَاءِ الْمَالِكِ الْمَقْرُونِ بِهِ .

بنا بر این اگر بین دو فضولی یا یک فضولی و غیر فضولی داد و ستدی توأم با رضایت مالکها رخ داده و در پی آن ، عوض و معوض به طرف مقابل برسد ، در صورتیکه رضایت طرف معلوم باشد در صحت تصرف کافیت و این مورد ، مصداق معامله فضولی به شمار نمی رود ؛ زیرا فضولی وسیله رساندن محسوب شده و آنچه دارای اعتبار می باشد رضایت مالک است که همراه با عقد گردیده است

عوض

گفتار ششم

پیشگفتار

در گفتار قبل دلیل اول قائلین به صحت عقد فضولی (حدیث عروه بارقی) را در نظر گذراندیم و اینک به دومین دلیل ایشان که ابتدا از سوی شهید اول در کتاب دروس عنوان گشته و سپس مورد قبول و پذیرش دیگران قرار گرفته است می پردازیم.

دلیل دوم: روایت صحیحۀ محمد بن قیس:

متن روایت: عن ابی جعفر الباقر (ع) قال: قَضَى امیر المؤمنین فی ولیدة، باعها ابن سیدها و أبوه غائب، فاستولدها الذی اشتراها فولدت منه، فجاء سیدها فخاصم سیدها الآخر فقال: ولیدتی، باعها ابنی بغير اذنی فقال (ع): الحكم ان یأخذ ولیدته و ابنها، فناشده الذی اشتراها فقال: له خذ ابنه الذی باعك الولیة حتى ینفذ البیع لك فلما راه أبوه قال له: أرسل ابنی قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنی فلما رای ذلك سید الولیة اجاز بیع ابنه. «الحدیث»

مضمون روایت که راوی آن محمد بن قیس از امام باقر (ع) می باشد، حاکی است: شخصی کنیز پدر خویش را به هنگام مسافرت او فروخته و خریدار از او فرزندی یافت، چون پدر از سفر بازگشت مخاصمه آغاز کرده و شکایت به محضر امیرالمؤمنین برد، حضرت (ع) فرمود: ارباب کنیزک خود و فرزندش را بگیرد خریدار از شنیدن این حکم بر آشفته و حضرت را سوگند داد که چاره ای برای

استخلاص فرزند وی بجوید ، امام (ع) فرمود : تو نیز فرزند او که این آتش را بر فروخته و کنیز پدر را بدون اذن فروخته است حبس نما چون ارباب اسارت فرزندش را دید با الحاح از مشتری خواستار رهایی فرزند گردید ، اما او در پاسخ گفت : هرگز چنین نکنم تا فرزندم را بازگردانی ! مرد (مالک کنیز) چون وضعیت را چنان دید بیع را امضاء کرده و غائله را ختم نمود ✓

به عقیده شهید اول این روایت دو مدعا را به اثبات می رساند : (الف) صحت عقد فضولی ، چه ، در آن انفاذ بیع توسط مالک مؤثر شناخته شده است . (ب) کاشف بودن اجازه مالک . زیرا بر مبنای ناقلیت اجازه به دلیل آنکه پیدایش مالکیت از زمان اجازه می باشد انجام عمل جنسی با کنیز ، تصرف در مال غیر بوده و فرزند به دنیا آمده متعلق به مالک کنیز خواهد بود ، حال آنکه در روایت یاد شده کودک از آن خریدار دانسته شده و این کاشفیت را می رساند ✓

اشکالاتی که در رابطه با استدلال به این حدیث مطرح گردیده است : اشکالات بسیاری بر این حدیث مطرح گردیده که مرحوم شیخ (ره) جملگی را ناوارد دانسته تنها از آن میان یکی را قابل اعتنا شناخته و عنوان می نماید (۱) . به عنوان مقدمه یاد آور می شویم که : اجازه مالک تنها در صورتی مؤثر بوده و صحت عقد فضولی را به دنبال دارد که پیش از آن ، ردی صادر نگشته باشد ، از این رو دانشمندان در بطلان اجازه مسبوق به ردّ و بی اثر بودن آن ، اتفاق نظر دارند .

با در نظر گرفتن این مقدمه و با توجه به این نکته که بر اساس آن چه که از روایت برداشت می شود ، اجازه مالک پس از ردّ بیع بوسیله مالک اظهار گردیده ،

۱ - در قسمت شرح و ترجمه عبارات متن یکی دیگر از اشکالات نیز مورد اشاره قرار خواهد گرفت .

اجازه مسبوق
رد

ناصحیح بودن استدلال به این حدیث روشن گشته و در نتیجه باید روایت را مخصوص به مورد خاصی نمود که در آن ذکر گردیده (۱).

یک سؤال و پاسخ آن :

سؤال : چگونه از روایت ، مسبوق بودن اجازه به رد برداشت می شود ؟
پاسخ : در این حدیث قراین متعددی وجود دارد که مدعای فوق را به اثبات می رساند . (دقت کنید)

* الف : مالک کنیز پس از بازگشت از سفر و مشاهده وضعیت ، با مشتری به نزاع برخاسته و کار را به طرح دعوی در محضر قاضی کشانید ، آیا مخاصمه و نزاع دلیل رد بیع بوسیله مالک نیست ؟

* ب : اگر مالک بیع را رد نکرده بود امام (ع) وی را مخیر ساخته و می فرمود : اگر خواستی بیع را رد کن و کنیز را باز ستان والا با امضای معامله نزاع را پایان بخش ! حال آنکه حضرت به طور مطلق حکم به بازپس گیری کنیز فرموده و گرفتن کنیز جز در صورت رد بیع قابل تصور نیست .

ج : در روایت می خوانیم که ؛ مشتری حضرت علی علیه السلام را سوگند داده و با اصرار از او خواستار راه حلی به منظور استخلاص فرزند خویش گردید و در پی تقاضای مالک اظهار داشت لا والله لا ارسل ابنک حتی ترسل ابنی ! از این فقرات ابتدائاً بر می آید که مالک بیع را رد نموده است .

۱ - البته در این صورت نیز جای سؤال خواهد بود که اگر بطلان اجازه مسبوق به رد امری مسلم است ، چگونه امام (ع) بر خلاف قاعده حکم به تأثیر اجازه مسبوق به رد فرموده است ؟ در پاسخ این پرسش باید گفت : به علت خاصی که برای حضرت (ع) روشن و برای ما نامعلوم است . به عنوان مثال در فروش کنیز را می دانسته از این رو رأیی زده تا حق به صاحبش برسد .

چکیده سخن و اظهار نظر مرحوم شیخ (ره) پیرامون استدلال با این روایت:

آنچه در این روایت می‌تواند محور استدلال قرار گرفته و از آن به منظور تأیید صحت عقد فضولی بهره گرفت؛ دو چیز است: ①- در این حدیث، قضیه شخصی خاصی نقل گردیده که حاکی از صحت بیع فضولی در صورت اجازه مالک است، از این قضیه شخصیه می‌توان در راه استدلال کمک گرفت؛

۲- در روایت خواندیم که حضرت علی (ع) خطاب به مشتری فرمود: خُذْ ابْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيْدَةَ حَتَّى يَنْفِذَ الْبَيْعَ لَكَ. اگر امضای مالک تأثیری نداشته و سبب تصحیح عقد نگردد در حبس قرار دادن فرزند مالک، کاری لغو شمرده شده و از شأن معصوم علیه السلام دور است که به کاری لغو و بی نتیجه فرمان دهد. نیز در جایی دیگر امام باقر (ع) که ناقل داستان می‌باشد فرموده است: فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ السَّيِّدَ الْوَلِيْدَةَ اجَازَهُ بَيْعَ ابْنِهِ. از کنار هم نهادن جملات این دو امام معصوم (علیهما السلام) بر این نتیجه دست می‌یابیم که مالک می‌تواند معامله‌ای را که در زمینه ملک او رخ داده امضا کند و با تأیید او داد و ستد فضولی تصحیح می‌شود.

به عقیده مرحوم شیخ (ره) اگر پایه استدلال را قضیه شخصی خاص قرار دهیم، روایت شایستگی استدلال را از دست داده نمی‌توان آن را دلیل صحت بیع فضولی به حساب آورد؛ چه، اجازه‌ای که در مورد روایت از آن سخن رفته مسبوق به رد بوده و به اتفاق دانشمندان محکوم به بطلان می‌باشد، لذا باید این حدیث را مخصوص مورد خودش دانست و در همان مورد نیز حکم امام (ع) را به گونه‌ای توجیه و تأویل نمود^(۱).

اما در صورتی که استدلال را بر پایه جملات حضرت علی علیه السلام و نقل امام باقر علیه السلام قرار دهیم تقدّم ردّ بر اجازه در مورد روایت خدشه‌ای در

۸۰..... در محضر شیخ انصاری - ج ۱۶

صحت استدلال پدیدار نخواهد ساخت؛ چرا که در این صورت، ملاک، قانونی کلی است که از حدیث برداشت می شود.

نکته ای در خور تأمل:

از آنچه گفته شد روشن می گردد؛ کسانی که این روایت را در مقام استدلال بر صحت بیع فضولی ذکر نکرده اند در تشخیص محور استدلال دچار اشتباه گشته و چنین پنداشته اند که: مستدلین، قضیه شخصی مذکور در روایت را دلیل قرار داده اند و با در نظر گرفتن اشکال پیش گفته استدلال به این حدیث را ناتمام خوانده اند (۱).

۱ - البته چشم پوشی ایشان از استدلال با این حدیث ممکن است علت دیگری نیز داشته باشد که در قسمت شرح و ترجمه عبارات متن توضیح داده خواهد شد.

شرح و ترجمه عبارات متن

وَاسْتَدَلَّ لَهُ اَيْضاً - تَبَعاً لِلشَّهِيدِ فِي الدَّرُوسِ - : بِصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ، اَبِي جَعْفَرِ الْبَاقِرِ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ :
و نیز به پیروی از شهید اول در دروس برای اثبات صحت عقد فضولی به حدیث صحیح محمد بن قیس از امام باقر (ع) استدلال شده که حضرت (ع) فرمود :

قَضَى امِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عَلَيْهِ السَّلَام) فِي وَلِيْدَةِ بَاعِهَا ابْنَ سَيِّدِهَا وَابُوهُ غَائِبٌ ، فَاسْتَوْلَدَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا ، فَوَلَدَتْ مِنْهُ ، فَجَاءَ سَيِّدُهَا ، فَخَاصَمَ سَيِّدَهَا الْاٰخَرَ ، فَقَالَ : وَوَلِيْدَتِي ، بَاعَهَا ابْنِي بَغَيْرِ اِذْنِي فَقَالَ (عَلَيْهِ السَّلَام) :
کنیزیکی^(۱) را پسر اربابش در زمان غیبت پدر فروخت ، و خریدار با وی نزدیکی کرده و کنیز از او بار یافته و فرزندی زایید ، چون ارباب از سفر برگشت (وضعیت را مشاهده نمود) با خریدار که اینک ارباب دیگر کنیز به شمار می رفت مخاصمه کرده و گفت : فرزندم بدون اذن من کنیزم را فروخته است ! حضرت علی (علیه السلام) در این مورد قضاوت نموده و فرمود :

الْحَكْمُ اَنْ يَأْخُذَ وَوَلِيْدَتَهُ وَابْنَهَا .

حکم این است که وی کنیز خود و فرزندش را بگیرد .

فَنَاشَدَهُ الَّذِي اشْتَرَاهَا .

خریدار (ارباب دوم) اعتراض نموده و حضرت را سوگند داد که چاره ای برای

۱ - ولیده در لغت به معنی فرزند دختر است اما در اصطلاح برواهات به معنی کنیزک می باشد .

وی بیانید شد .

فَقَالَ لَهُ: خُذْ ابْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيدَةَ، حَتَّى يَنْفِذَ الْبَيْعَ لَكَ .

حضرت فرمود تو نیز فرزند او که کنیزک را فروخته بگیری! تا پدرش بیع را برای

تو تنفیذ نماید .

فَلَمَّا رَأَى أَبُوهُ، قَالَ لَهُ: أَرْسِلْ ابْنِي .

چون (مرد خریدار به گفته حضرت (ع) رفتار نمود و) پدرش اسارت پسر خود

را دید به او پیغام داد که فرزندم را آزاد نما .

قَالَ: لَا وَاللَّهِ لِأَرْسَلُ ابْنَكَ، حَتَّى تُرْسِلَ ابْنِي .

مرد گفت: هرگز چنین نمی‌کنم مگر اینکه پسرم را آزاد سازی .

فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيدَةِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ . الْحَدِيثُ .

چون ارباب کنیزک چنین دید ، معامله‌ای را که توسط فرزندش صورت یافته

بود اجازه کرده و غائله را فیصله داد .

قَالَ فِي الدَّرُوسِ: وَفِيهَا دَلَالَةٌ عَلَى صِحَّةِ الْفُضُولِيِّ، وَإِنَّ الْإِجَازَةَ

كَاشَفَتْ .

شهادت اول (ره) در دروس (پس از نقل حدیث) اظهار نموده است: این روایت

دلالت بر صحت عقد فضولی داشته و کاشف بودن اجازه را نیز می‌رساند .

وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهَا شَيْءٌ مِمَّا يُوهِنُ الْإِسْتِدْلَالَ بِهَا فَضْلاً عَنْ أَنْ يَسْقُطَهُ .

واشکالی که سبب سستی استدلال به این حدیث باشد (چه رسد به اینکه رد

استدلال را موجب شود) در دست نیست .

وَجَمِيعُ مَا ذَكَرَ فِيهَا مِنَ الْمَوْهَنَاتِ، مَوْهُونَةٌ .

وهر آنچه که در زمینه اشکال بر روایت گفته شده سست و بی پایه است (۱) .

۱ - بر استدلال به این حدیث اشکالات بسیاری مطرح گردیده از جمله گفته شده است: در

صورتیکه شخص به اشتباه، مرتکب عمل جنسی با کنیز دیگران گردد (وطی به شبهه) فرزندی که از

إِلَّا ظَهَرَ الرَّوَايَةَ فِي تَأْثِيرِ الْإِجَازَةِ الْمَسْبُوقَةِ بِالرَّدِّ .

تنها یک اشکال ، صحت استدلال به این حدیث را مورد تهدید قرار می دهد ؛
و آن این است که بر پایه ظاهر روایت ، اجازه ای که قبل از آن رد صورت گرفته مؤثر
می باشد . (حال آنکه به اجماع علماء اجازه مسبوق به رد مؤثر نیست و در روایت
قراین متعددی وجود دارد که تأثیر اجازه مسبوق به رد را می رساند که با هم
می خوانیم :)

من جهة ظهور المخاصمة في ذلك .

۱ - از جهت آنکه طرفین در این مورد مخاصمه کرده (و کار را به طرح دعوی به
محضر قاضی کشانده) اند و مخاصمه ، به حسب ظاهر مردود بودن معامله از نظر
مالک اصلی را می رساند .

و اطلاق حُكْمِ الْإِمَامِ (عليه السلام) بتعيين أخذ الجارية وإنها من
المالك ، بناءً أنه لو لم يرده البيع ، وَجَبَ تقييدُ الأخذِ بصورةِ اختيارِ الرَّدِّ .
۲ - از جهت آنکه امام (ع) به طور مطلق حکم به گرفتن کنیز فرموده و آن را
متعلق به مالک دانست^(۱) . (زیرا اگر مالک بیع را رد ننموده بود می بایست گرفتن
کنیز ، مقید به صورت رد گردد)^(۲) .

وَمُنَاشِدَةُ الْمُشْتَرِي لِلْإِمَامِ (عليه السلام) وَالْحَاجَةُ إِلَيْهِ فِي عِلاجِ

⇒ کنیز متولد می شود آزاد بوده و ارباب را بر او حقی نیست اگر چه بر پدر واجب است با توجه به
قیمتی که بر فرض عبد بودن کودک تعیین می شود ، قیمت او را به ارباب بپردازد ، بنا بر این فرمان به
گرفتن کنیز و کودک که از سوی حضرت علی (ع) صادر شده مورد اشکال خواهد بود . در پاسخ این
اشکال می توان گفت : مقصود حضرت استرقاق کودک نبوده بلکه منظور الزام خریدار به پرداخت قیمت
و به عنوان گروگان فرزند وی ، گرفته می شود .

۱ - امام فرمود اگر رد کردی کنیز را بگیر ، بلکه به طور مطلق چنین فرمود و با توجه به این نکته که
گرفتن کنیز تنها در زمینه رد بیع قابل تصور است^۱ روشن می گردد که مالک قبلاً بیع را رد ننموده است .
۲ - یعنی در صورت عدم رد ، می بایست حضرت علی (ع) حکم به تخییر مالک فرموده و بگوید :
اگر خواستی بیع را اجازه نما و اگر خواستی کنیز را بگیر ! چرا که دریافت کنیز به طور مطلق جایز نبوده
تنها در صورت رد ، امکان پذیر است .

فِكَالِ وَلَدِهِ وَقَوْلِهِ: حَتَّى تُزِيلَ ابْنِي، الظاهرُ في أَنه حبسُ الولدِ ولو على قِيَمَتِهِ يَوْمَ التَّوَلَادَةِ.

۳- از جهت آنکه مشتری بر امام (ع) اعتراض کرده و با سوگند و اصرار از او راه چاره‌ای به منظور آزادسازی فرزندش را خواستار شد. نیز، گفته وی خطاب به ارباب کنیز که فرزندت را آزاد نخواهم نمود تا فرزندم را رها سازی (که از آن بر می‌آید که ارباب، فرزند وی را اگرچه به منظور دریافت قیمت زمان تولد، (۱) محبوس ساخته است (۲)).

و حمل امساکه الوليدة، علی حبسها لاجل ثمنها کحبس ولدها علی القيمة، ینافیهِ قولهُ (علیه السلام): فلَمَّا رآی ذلک سید الوليدة، اجاز بیع الولید.

(ممکن است گفته شود: چنانکه در حبس نمودن فرزند با این توجیه که به منظور دریافت قیمت صورت گرفته تجویز می‌شود، می‌توان گرفتن کنیز را نیز اینگونه توجیه نمود (۳) مرحوم شیخ (ره) در پاسخ می‌فرماید: نمی‌توان گرفتن و نگهداری کنیز را به خاطر دریافت ثمن دانست. (چنانکه محبوس بودن فرزند را به منظور گرفتن قیمت می‌دانیم) زیرا با این سخن امام (ع) که در پایان حدیث فرموده: چون ارباب کنیز، وضعیت را چنان دید خرید و فروش را اجازه نمود منافات دارد (۴).

۱ - چنانکه قبلاً اشاره گردید فرزند مذکور آزاد بوده و ارباب را بر وی حقی نیست از این رو بودن و در حبس نمودن او تنها به منظور دریافت قیمت (که بر مبنای بهای کودک در زمان تولد، با فرض عدم بودن، تعیین می‌شود) تجویز خواهد گشت.

۲ - و در حبس قرار دادن فرزند مشتری دلیل رد بیع توسط مالک است.

۳ - بر اساس این توجیه، حبس کنیز دلیل رد بیع توسط مالک نخواهد بود.

۴ - از این سخن بر می‌آید که تا آن زمان اجازه نداده و بعد از مشاهده اسارت فرزند خود اقدام به امضای بیع نموده است.

والحاصل ان ظهور الرواية في رد البيع اولاً ، مما لا ينكره المنصف .
کوتاه سخن : هیچ فرد منصفی نمی تواند ظهور روایت در اینکه ابتدا بیع توسط ارباب رد شده است را انکار نماید .

إلا ان الانصاف ان ظهور الرواية في ان اصل الاجازة مجدية في
الفضولي ، مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية في مورد الرواية ، غير
قابل للانكار .

اما حق مطلب این است که با چشم پوشی از اجازة خاصی که در مورد روایت مطرح گردیده (۱) اینکه حدیث مفید بودن اصل اجازة را می رساند قابل انکار نیست (۲) .

۰/۰

فلا بد من تاويل ذلك الظاهر ، لقيام القرينة - وهي الاجماع - على
اشراط الاجازة بعدم سبق الرد .

بنا بر این می بایست به خاطر قرینه ای که در دست است ، ظاهر روایت (که مسبوق بودن اجازة به رد را می رساند) را توجیه نماییم وقرینه یاد شده اجماع دانشمندان بر مشروط بودن اجازة به عدم تقدم رد است (۳) .

والحاصل : ان مناط الاستدلال - لو كان نفس القضية الشخصية من
جهة اشمالها على تصحيح بيع الفضولي بالاجازة ، بناء على قاعدة
اشراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي - كان ظهورها
في كون الاجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقاً بالرد ، مانعاً عن

۱ - ومورد اشکال است .

۲ - به عنوان مثال در روایت از قول حضرت علی (ع) گفته شده است خذ ابنه ... حتى ينفذ البيع لك از این فقره بر می آید که انفاذ بیع و امضای آن توسط مالک ، منشأ اثر می باشد و الا حضرت آن را به عنوان راه حل پیشنهاد نمی نمود .

۳ - این امری پذیرفته شده است که پیش از اجازة نباید ردی صادر شده باشد ، بنا بر این اجماع مزبور قرینه توجیه روایت خواهد گردید .

الاستدلالِ بِهَا ، مَوْجِباً لِلْاِقْتِصَارِ عَلٰی مَوْرِدِهَا ، لَوْجِهٍ ، عَلَمَهُ الْاِمَامُ
(علیه السلام).

خلاصه مطالب پیشین این است که اگر محور استدلال قضیه خاصی باشد که حدیث از آن خبر می دهد (با در نظر گرفتن آنکه در این قضیه ، صحیح گشتن بیع فضولی بر اثر اجازه مالک بیان گردیده و بر پایه همسان بودن قضایایی که در نوع متحدند و اشتراک ایشان در حکم شرعی ، حال دیگر موارد بیع فضولی نیز روشن خواهد شد) چون ظاهراً اجازه شخصی مزبور مسبوق به ردّ است ، مانع از استدلال به روایت گشته (۱) و سبب خواهد شد که بر مورد آن اکتفا نموده دلیلش را علت خاصی بدانیم که امام (ع) خود می دانسته است (۲).

مَثَلُ كَوْنِ مَالِكِ الْوَلِيْدَةِ كَاذِبًا فِي دَعْوِيْ عَدَمِ الْاِذْنِ لِلْوَلْدِ ، فَاحْتِالِ
حِيْلَةٍ ، يَصِلُ بِهَا الْحَقُّ اِلَى صَاحِبِهِ .

به عنوان مثال ممکن است مالک کنیز در این ادعا که به فرزند خویش اجازه فروش را نداده ، دروغ گفته باشد از این رو امام (ع) چاره ای اندیشیده تا حق به حق دار برسد .

إِمَّا لَوْ كَانَ مَنَاطُ الْاِسْتِدْلَالِ ، ظَهْوَرُ سِيَاقِ كَلَامِ الْاِمِيْرِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ)
فِي قَوْلِهِ : خَذَا بِنْتَهُ ، حَتَّى يَنْفَذَ لَكَ الْبَيْعَ وَقَوْلِ الْبَاقِرِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فِي
مَقَامِ الْحِكَايَةِ : فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيْدَةِ اُجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ ، فِي اَنَّ لِلْمَالِكِ
اَنَّ يُجِيزَ الْعَقْدَ الْوَاقِعَ عَلٰی مَلِكِهِ وَيَنْفِذَهُ ، لَمْ يَقْدَحْ فِي ذَلِكَ ظَهْوَرُ
الْاِجَازَةِ الشَّخْصِيَّةِ فِي وَقْعِهَا بَعْدَ الرَّدِّ .

۱ - یعنی چون در این قضیه شخصی (که حسب الفرض محور استدلال ماست) قبل از اجازه ، ردّ صادر شده نمی توان حدیث را مورد استناد قرار داده و در دیگر موارد بیع فضولی به آن تمسک جست .
۲ - یعنی در صورت صحیح نبودن استدلال به روایت جای سؤال خواهد بود که چرا امام (ع) حکمی بر خلاف قاعده فرموده و اجازه مسبوق به ردّ را مؤثر شناخته است ؟ در پاسخ خواهیم گفت : به علت خاصی که برای ایشان معلوم بوده است .

اما اگر محور استدلال، این نکته باشد که از سخن حضرت امیر (ع) خطاب به مشتری «فرزندش را بگیر تا بیع را امضا کند» و نیز از گفته حضرت امام باقر (ع) در مقام نقل داستان که «چون ارباب کنیز وضعیت را چنان دید معامله‌ای که توسط پسرش صورت گرفته بود را اجازه نمود» بر می آید که مالک می تواند عقدی را که بر ملک او انجام شده امضا کند^(۱)، مسبق بودن اجازه به رد در این قضیه خاص خللی در صحت استدلال پدید نخواهد آورد.

فَيَأْوِلُ مَا يَظْهَرُ مِنْهُ الرَّدَّ بِإِرَادَةِ عَدَمِ الْجَزْمِ بِالْإِجَازَةِ وَالرَّدِّ.

در این صورت جمله‌ای که موهم رد بیع توسط مالک می باشد را، توجیه کرده و مقصود از آن را نداشتن تصمیم قطعی در مورد اجازه ورد می دانیم (نه در بیع).

او كُونُ حَبْسِ الْوَالِدَةِ عَلَى الثَّمَنِ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ.

یا آنکه حبس نمودن کنیز را به خاطر دریافت ثمن دانسته و به این وسیله احتمال رد بیع از سوی مالک را، نفی می سازیم.

وَكَأَنَّهُ قَدْ أُشْتَبِهَ مَنَاطُ الْإِسْتِدْلَالِ عَلَى مَنْ لَمْ يَسْتَدَلَّ بِهَا فِي مَسْئَلَةِ

الْفُضُولَى .

وگویا کسانی که به این روایت برای اثبات صحت بیع فضولی استدلال نکرده‌اند در تشخیص ملاک استدلال دچار اشتباه شده محور استدلال را قضیه شخصی خاص که در روایت ذکر گردیده دانسته‌اند^(۲).

او يَكُونُ الْوَجْهُ فِي الْإِغْمَاضِ عَنْهَا ، ضَعْفُ الدَّلَالَةِ الْمَذْكُورَةِ فَإِنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَى الْأَشْعَارِ .

و شاید علت چشم پوشی از این روایت، سستی دلالتی است که مورد

۱ - در این صورت می توان حکم را از این مورد به دیگر موارد توسعه داد .

۲ - وگفتیم که در صورت محوریت قضیه یاد شده صحت استدلال به حدیث دچار اشکال بوده با توجیه و تأویل آن نیز اگرچه از شدت اشکال می‌کاهیم اما حق توسعه حکم مذکور به دیگر موارد را نخواهیم داشت .

لا یغنی عن
تصمیم قطعی

۸۸..... در محضر شیخ انصاری - ج ۱۶

استدلال قرار گرفته ؛ چراکه این روایت چیزی بیش از اشعار در بر ندارد (۱).
ولذالم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي بل ذكرها في موضع آخر.

به همین جهت در کتاب دروس این حدیث را در مسأله فضولی مطرح نساخته ، بلکه در جای دیگری عنوان ساخته است .

لكن الفقيه في غنى منه بعد العمومات المتقدمة .

اما با در نظر گرفتن عموماتی که قبلا ذکر گردید فقیه نیازی به استدلال با این حدیث نخواهد داشت .

۱ - در جمله حتی یفذل البیع لك که دلالت آن بر جواز امضای بیع فضولی مورد استدلال قرار گرفته این احتمال وجود دارد که منظور از بیع ، معامله جدیدی بین ارباب و مشتری است نه بیع فضولی قبلی ، بنا بر این دلالت جمله مزبور از استحکام و قدرت زیادی برخوردار نیست .

گفتار هفتم

دلیل سوم معتقدین به صحت بیع فضولی :

عقد ازدواجی که بوسیله فضولی (چه آزاد و چه عبد) صورت می‌پذیرد در صورت اجازه بعدی محکوم به صحت می‌باشد ^۴ این امر به استناد اجماعان منقول و روایات بسیار ثابت گردیده است .

معتقدین ^۴ صحت بیع ، از این نکته بهره جسته می‌گویند : صحت نکاح فضولی به طریق اولی صحت بیع او را به اثبات می‌رساند ؛ چه ، شارع مقدس در رابطه با ازدواج اهتمام شدیدی از خود نشان داده و به دلیل نقش حساس و پیچیده آن در سلامت و بهداشت نسل و جامعه ، بویژه به علت آن که تولید مثل را به دنبال دارد حداکثر احتیاط لازم را در مورد آن ضروری می‌شمارد و هرگاه در چنین امر خطیری اقدام فضولی با اجازه بعدی تجویز و تصحیح گردد ، در معاملات و تبادل اموال البته حکم به صحت خواهد شد .


از میان دانشمندان ما بسیاری این استدلال را مورد اشاره قرار داده و حتی صاحب ریاض که یکی از برجسته‌ترین فقهای شیعی است ادعا نموده که بدون در نظر گرفتن استدلال مزبور حکم به صحت بیع فضولی بسیار مشکل خواهد بود (۱) .

۱- به دلیل اجماعات منقولی که در مقابل وجود دارد .

رد این دلیل بوسیله مرحوم شیخ (ره):

مرحوم شیخ در راستای ردّ این استدلال از روایتی بهره می‌گیرد که در آن رأی اهل سنت در رابطه با ازدواج و بیعی که بوسیله وکیل معزول صورت گرفته نقل و نادرستی آن اثبات شده است.

توضیح: *مرحوم* *مرحوم شیخ*

اگر زن به کسی وکالت دهد تا او را به عقد ازدواج مردی در آورد و پس از مدتی او را معزول ساخته اما وکیل از عزل خود اطلاع نیابد، به عقیده اهل سنت، عقدی که بوسیله وکیل معزول انجام می‌پذیرد محکوم به بطلان است، اما اگر شخصی به دیگری وکالت دهد تا مال را بفروشد و پس از عزل وکیل و با عدم اطلاع وی از عزل، معامله‌ای صورت پذیرد حکم به صحت می‌نمایند. دلیل ایشان آن است که در بیع، معاوضه‌ای روی داده و تبادل اموال صورت می‌گیرد از این رو در صورتی که بیع مزبور واقعاً باطل باشد اگرچه مبیع از مالکیت مالک (موکل) خارج می‌شود اما در برابر، ثمن را تملک خواهد نمود، ولی در نکاح آن چه از اختیار زن خارج می‌گردد بضع اوست که در برابر عوضی ندارد. 

امام (ع) با اشاره به رأی مذکور که اهل سنت برگزیده‌اند، می‌فرماید: سبحان الله ما أجور هذا الحكم و افسده فانّ النكاح اولی واجدر ان یحتاط لآته الفرج و یكون منه الولد. (الخبر)

یعنی؛ چقدر این حکم، ظالمانه و بی اساس است؛ زیرا نکاح به دلیل آنکه موجب تولید فرزند می‌باشد احتیاط بیشتری را می‌طلبد.

آنچه از سخنان امام (ع) برداشت می‌شود این است که اگر بیع صحیح گردید نکاح به طریق اولی صحیح خواهد شد چه، به گفته حضرت، نکاح اولی به صحت می‌باشد و از این رو می‌توان نتیجه گرفت دلیلی که صحت نکاح را ثابت

می‌کند، هرگز صحیح بودن بیع را اثبات نخواهد نمود؛ زیرا بوسیله اصل، حکم فرع کشف می‌شود و عکس آن صادق نیست (که به مدد فرع، حکم اصل کشف شود) و در این روایت گفته شده که احتیاط ایجاب می‌کند که در نکاح به صحت گردد (۱).

یک نکته بسیار با اهمیت:

در این حدیث، احتیاط در آن دانسته شد که عقد ازدواج ابقاء گردیده و به لوازم آن تن داده شود، این حکم از جهتی مواجه با اشکال می‌باشد، که با توجه به مقدمه‌ای که در ذیل می‌آوریم روشن خواهد شد:

مقدمه اول: احتیاط مصطلح به معنی انجام عمل به گونه‌ای است که وصول به واقع و یقین به فراغ ذمه حاصل گردد.

مقدمه دوم: در عقد ازدواج مورد بحث چنانکه احتمال صحت وجود دارد احتمال بطلان نیز منتفی نیست.

با در نظر گرفتن این مقدمات معلوم می‌گردد که در ابقای عقد ازدواج و نیز ابطال آن، احتمال حرمت در کار است؛ زیرا اگر عقد مذکور در واقع صحیح بوده و حکم به ابطال آن شود ازدواج مجدد زن با مرد دیگر محکوم به حرمت می‌باشد و اگر در واقع باطل بوده و حکم به صحت آن گردد زن و شوهر بر یکدیگر حرام و انجام زناشویی بر ایشان ممنوع است.

بنا بر این، امر دایر بین دو محذور است و در موارد دوران امر بین محذورین، به دلیل عدم امکان احتیاط، عقل حکم به تخییر می‌نماید. نتیجه آن چه گفته شد این است که حکم به صحت عقد ازدواج مطابقت با

۱ - نتیجه مطلب فوق نادرستی استدلالی است که از سوی معتقدین به صحت بیع فضولی عنوان گردیده و در آن صحت نکاح فضولی دلیل صحت بیع دانسته شده است.

احتیاط ندارد.

در پاسخ این اشکال باید گفت: مقصود از احتیاط معنای مصطلح آن که درک واقع مفاد آن را تشکیل می دهد نیست، بلکه مقصود این است که در حکم به ابقای ازدواج و تصحیح آن محذور کمتری نسبت به ابطال وجود دارد (۱)، و در دوران امر بین محذورین، عقل، انتخاب محذور اخف را توصیه می نماید.

پایان سخن و اظهار نظر شیخ انصاری درباره این روایت:

از روایت برداشت می شود که حکم به صحت نکاح فضولی مستلزم حکم به صحت خرید و فروش وی نیست اما حکم به صحت بیع فضولی لزوماً حکم به صحت نکاح وی را به دنبال خواهد داشت چرا که نکاح، به عدم ابطال سزاوارتر است (۲).

بنا بر این استدلال کسانی که پای اولویت را به میان کشیده و از صحت نکاح فضولی (در برخی روایات) لزوم حکم به صحت بیع را (آن هم به طریق اولی) اثبات نموده اند قابل پذیرش نخواهد بود.

۱- زیرا در صورت صحت واقعی عقد ازدواج و ابطال ظاهری آن توسط ما، زن مجاز به ازدواج با مرد دیگر و انجام عمل زناشویی با او خواهد بود، که در این فرض زنا با زنی شوهردار رخ داده است، اما اگر عقد ازدواج باطل بوده و ما آن را صحیح بشماریم مردی که شوهر فرض می گردد اقدام به زنا با زنی بی شوهر نموده و نیاز به گفتن ندارد که مفسده زنا با زن شوهردار به مراتب سنگین تر از زنا با زن بی شوهر می باشد.

۲- در روایت نیز آشکارا بر این مطلب تأکید گردیده است.

شرح و ترجمه عبارات متن

وَرُبَّمَا يُسْتَدَلُّ أَيْضاً: بِفَحْوَى صِحَّةِ عَقْدِ النِّكَاحِ مِنَ الْفُضُولِيِّ فِي الْحَرِّ
وَالْعَبْدِ، الثَّابِتَةُ بِالنِّصِّ وَالْإِجْمَاعَاتِ الْمُحْكِيَةِ.

گاه به منظور اثبات صحت بیع فضولی اینگونه استدلال می شود که ؛ عقد ازدواجی که به صورت فضولی بوسیله مرد آزاد یا عبد اجرا می شود ، به حکم نص واجماع منقول صحیح است ، وصحت آن به طریق اولی صحت بیع فضولی را می رساند .

فَإِنَّ تَمْلِيكَ بَضْعِ الْغَيْرِ إِذَا لَزِمَ بِالْإِجَازَةِ، كَانَ تَمْلِيكَ مَا لَهُ أَوْلَىٰ بِذَلِكَ .
زیرا هرگاه تملیک بضع^(۱) دیگری با اجازه بعدی (صحیح) و لازم گردد ، تملیک مال او به طریق اولی چنین خواهد بود .

مُضَافاً إِلَىٰ مَا عَلِمَ مِنْ شِدَّةِ الْإِهْتِمَامِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ ، لِأَنَّهُ يَكُونُ مِنْهُ
الْوَلَدُ - كَمَا فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ .

به علاوه اهتمام شدیدی که در عقد ازدواج وجود دارد و علت آن چنانکه در برخی روایات بیان شده این است که : از عقد ازدواج ، فرزند پدید می آید (وبهداشت جسمی و روانی نسل ، احتیاط تام و سخت گیری فزون از حدی را در این امر خطیر ایجاب می نماید) .

وَقَدْ أَشَارَ إِلَىٰ هَذِهِ الْفَحْوَىٰ ، فِي غَايَةِ الْمَرَادِ .

و شهید اول نیز به این اولویت در غایة المراد اشاره نموده است .

۱ - بضع در لغت به معنی فرج است .

وَاسْتَدَلَّ بِهَا فِي الرِّيَاضِ ، بَلَّ قَالَ : إِنَّهُ ؛ لَوْلَاهَا أَشْكَلَ مِنْ جِهَةِ
الاجتماعاتِ للمحكيةِ على المنعِ .

وصاحب رياض به آن استدلال کرده وحتی گفته است : اگر اولویت مذکور
نبود حکم به صحت بیع فضولی به دلیل اجتماعات منقوله ای که بر ممنوعیت آن
وجود دارد ، بسیار مشکل می نمود .

وَهُوَ حَسَنٌ ، إِلَّا إِنَّهَا رُبَّمَا تُوهِنُ بِالنَّصِّ الْوَارِدِ فِي الرَّدِّ عَلَى الْعَامَّةِ -
الفارقین بین تزویج الوکیل المعزول مع جهله بالعزل ، و بین بیعه ،
بالصحة فی الثاني ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَهُ عِوَضٌ ، وَالبطلان فی الاول ، لِأَنَّ الْبُضْعَ
لیس له عوضٌ - حیثُ قال الامامُ (علیه السلام) فی مقام ردِّهم
واشتباههم فی وجه الفرقِ : سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده فإنَّ
النکاح اولی وأجدَر أن یحتاط فیهِ ؛ لِأَنَّهُ الْفَرَجُ وَمِنْهُ یكون الولدُ . الخبر .
این استدلالی نیکوست ، اما بوسیله روایتی که در ردِّ اهل سنت وارد گردیده
تضعیف می گردد چه ، اهل سنت بین عقد ازدواجی که بوسیله وکیل معزول از
وکالت (وبا عدم اطلاع وی از عزل) صورت گرفته و خرید و فروشی که توسط وی
انجام می شود ، فرق نهاده و در دومی حکم به صحت می کنند (زیرا مال عوض
دارد) اما در اولی رأی به بطلان می دهند (چون بضع عوض ندارد) (۱) .

وامام (ع) در ردِّ ایشان و بیان اشتباهی که در فرق گذاری کرده اند فرموده است :
این چه حکم ظالمانه باطلی است زیرا در عقد ازدواج ، احتیاط سزاوارتر می باشد
چون در آن پای بضع در میان است و فرزند زاده می شود (۲) .

۱ - بنا بر این تصحیح عقد مزبور و حکم به لزوم پای بندی زن به آن ، وجهی نخواهد داشت اما
چون در بیع نوعی معاوضه و داد و ستد وجود دارد الزام مالک بر تن دادن به مفاد بیع ، ضروری را متوجه
او نخواهد ساخت .

۲ - یعنی بر پایه احتیاط ، حکم به صحت عقد ازدواج باد شده سزاوارتر است تا از ازدواج زن با
مرد دیگر جلوگیری گشته و به این وسیله امکان وقوع زنا احتمالی ، منتفی گردد .

و حاصِلُهُ: إِنَّ مَقْتَضِيَ الْاِحْتِيَاظِ، كَوْنُ النِّكَاحِ الْوَاقِعِ اَوْلَىٰ بِالصَّحَّةِ مِنَ الْبَيْعِ مِنْ حَيْثُ الْاِحْتِيَاظِ الْمَتَاكَّدِ فِي النِّكَاحِ، دُونَ غَيْرِهِ.

چکیده سخنان امام (ع) این است که: با در نظر گرفتن احتیاطی که در ازدواج تأکید گردیده (نه در بیع) ایجاب می نماید که ازدواج صورت گرفته، سزاوارتر (از بیع) به صحت باشد.

فَدَلَّ عَلَيَّ أَنَّ صَحَّةَ الْبَيْعِ يَسْتَلْزِمُ صَحَّةَ النِّكَاحِ، بِطَرِيقِ اَوْلَىٰ، خِلَافًا لِلْعَامَةِ، حَيْثُ عَكَّسُوا وَحَكَمُوا بِصَحَّةِ الْبَيْعِ دُونَ النِّكَاحِ، فَمَقْتَضَىٰ حُكْمِ الْاِمَامِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) اِنَّ صَحَّةَ الْمَعَامَلَةِ الْمَالِيَةِ الْوَاقِعَةِ فِي كُلِّ مَقَامٍ، يَسْتَلْزِمُ صَحَّةَ النِّكَاحِ الْوَاقِعِ بِطَرِيقِ اَوْلَىٰ.

بنا بر این گفته حضرت (ع) دلیل آن است که صحت بیع به طریق اولی مستلزم صحت نکاح می باشد. (برخلاف اهل سنت که قضیه را بر عکس نموده و حکم به صحت بیع کرده اند نه ازدواج).

در نتیجه حکم امام (ع) اقتضا می کند که در همه موارد، صحت معامله انجام شده، به طریق اولی مستلزم صحت نکاحی می باشد که صورت پذیرفته است^(۱).

و حِينَئِذٍ فَلَا يَجُوزُ التَّعَدُّى مِنْ صَحَّةِ النِّكَاحِ فِي مَسْئَلَةِ الْفُضُولَى، اِلَى صَحَّةِ الْبَيْعِ.

و بر این اساس^(۲)، نمی توان حکم را از نکاح به بیع توسعه داده و در مسأله فضولی از صحت نکاح به صحت بیع تجاوز نمود.

لَآنَّ الْحَكْمَ فِي الْفَرْعِ، لَا يَسْتَلْزِمُ الْحَكْمَ فِي الْاَصْلِ فِي بَابِ الْاَوْلَوِيَّةِ، وَالْاَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْاَوْلَوِيَّةُ، كَمَا لَا يَخْفَى.

زیرا در باب اولویت حکم فرع مستلزم حکم اصل نیست والا اولویتی تحقق

۱- زیرا در نکاح باید احتیاط بیشتری نمود.

۲- که صحت بیع به طریق اولی ملازم با صحت نکاح است.

شرح و ترجمه عبارات متن ۹۹
نخواهد داشت (۱).

فلا استدلالٌ بصحة النكاح على صحة البيع ، مطابقاً لحكم العامة : من كوّن النكاح ، اولی بالبطلان ، من جهة أن البضع غیر قابل للتداریك بالعوض .

بنا بر این ، استدلال نمودن بوسیله صحت نکاح به صحت بیع ، با حکمی که اهل سنت نموده اند (و بر اساس آن نکاح سزاوارتر به بطلان است زیرا بضع قابل جبران بوسیله عوض نیست اما در بیع معاوضه وجود داشته و در مقابل عوض دریافت می گردد) مطابق خواهد بود . (بر پایه گفته اهل سنت - اولویت نکاح به بطلان - صحت نکاح ، دلیل صحت بیع شمرده می شود) .

بَقِيَ الْكَلَامُ فِي وَجْهِ جَعْلِ الْإِمَامِ (عَلَيْهِ السَّلَام) الْإِحْتِيَاظَ فِي النِّكَاحِ ؛
هو : بقاؤه ، دون ابطاله ، مستدلاً بأنه ؛ يكون منه ، الولد .

این اشکال باقی مانده که امام (ع) احتیاط در ازدواج را در این دانست که عقد را ابقاء کنند نه ابطال و به منظور اثبات صحت آن چنین فرمود : ازدواج تولد فرزند را به دنبال دارد .

مَعَ أَنْ الْأَمْرَ فِي الْفُرُوجِ كَالْأَمْوَالِ ، دَائِرَتَيْنِ مَحْذُورَيْنِ وَلَا إِحْتِيَاظَ فِي الْبَيْنِ .

حال آنکه در مسائل مربوط به زناشویی (فروج) نیز چونان اموال ، امر دایر بین

۱ - به عنوان مثال در آیه ﴿ وَلَا تَقْلُ لِهَمَا أَفٌ ﴾ حکم به حرمت سخنانی گشته که موجبات ناراحتی پدر و مادر را فراهم می سازد و در پی آن ، حرمت ضرب و شتم ایشان را به طریق اولی ثابت می کند . در این آیه اصل ؛ أَفٌ و فرج ؛ ضرب و شتم شناخته می شود از این رو دلیلی که حرمت ضرب و شتم را به اثبات رساند نمی تواند حرمت أَفٌ را ثابت نماید اما دلیلی که حرمت أَفٌ را ثابت نموده قهراً دلیل حرمت ضرب و شتم نیز خواهد بود ، لذا گفته می شود حکم فرج بوسیله اصل شناخته می شود اما حکم اصل را نمی توان به مدد فرج کشف نمود .

دو محذور بوده و احتیاطی در بین نیست (۱).

و يمكن ان يكون الوجه في ذلك ؛ ان ابطال النكاح في مقام الاشكال والاشتباه ، يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا ، فيتزوج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل ، بخلاف ابقائه ، فانه على تقدير بطلان النكاح ، لا يلزم منه الا وطى المرأة الخالية عن المانع وهذا اهون من وطى ذات البعل .

ولی می توان دلیل گفته حضرت (ع) را چنین بیان نمود که ؛ در صورت روبرو شدن با اشکال و اشتباه در تشخیص صحت یا بطلان عقد ازدواج ، ابطال آن (در صورتی که واقعاً صحیح باشد) جدایی زن و شوهر را در پی داشته بدنبال آن زن شوهری دیگر بر می گزینند و زنا با زن شوهر دار انجام می گیرد . حال آنکه اگر عقد را ابقاء نماییم (و در واقع باطل باشد) تنها زنا با زنی که مانعی (یعنی شوهر) نداشته تحقق خواهد یافت و گناه زنا با زن بی شوهر به مراتب کمتر از زنا با زن شوهر دار است .

فالمراد بالاحوط هو الأشد احتياطاً .

بنا بر این مقصود از احوط ؛ آن است که از احتیاط بیشتری برخوردار می باشد (۲) .

و كيف كان : فمقتضى هذه الصحيحة انه ؛ اذا حكم بصحة النكاح

۱ - چنانکه اگر در صحت خرید و فروش صورت گرفته ، شک کنیم ، امر بین دو محذور بوده و هر یک از طرفین نه می توانند در کالای خود تصرف کنند (چون احتمال صحت معامله و در نتیجه انتقال کالا به طرف مقابل وجود دارد) و نه در مالی که در برابر دریافت داشته (زیرا احتمال بطلان معامله و در نتیجه عدم انتقال ، منتفی نیست) در مورد ازدواج مشکوک نیز قضیه از همین قرار است چه ، ابقای ازدواج به دلیل آنکه احتمال بطلان عقد وجود دارد همچون ابطال آن است که با احتمال صحت عقد ناسازگار می باشد بنا بر این احتیاط امکان پذیر نیست .

۲ - به عبارت دیگر منظور احتیاط به معنی مصطلح (یعنی انجام عمل به گونه ای که فراغ ذمه یقینی حاصل شود) نیست بلکه مراد این است که در طرف مورد نظر احتیاط بیشتری مراعات گردیده است .

شرح و ترجمه عبارات متن ۱۰۱

الواقع من الفضولی ، لم یوجب ذلك ، التّعدی الی الحکم بصحة بیع الفضولی .

به هر تقدیر ؛ این روایت ایجاب می نماید که از حکم به صحت نکاح فضولی نمی توان پای را فراتر نهاده و حکم به صحت بیع نمود . (بلکه چنان که گفته شد قضیه بر عکس است) .

نعم لو ورد الحکم بصحة البیع ، امکن الحکم بصحة النکاح ، لان النکاح اولی بعدم الابطال ، كما هو نص الروایة .

بلی اگر حکم به صحت بیع گردد می توان حکم به صحت نکاح نمود ، زیرا چنان که در روایات ، آشکارا اذعان گردیده نکاح سزاوارتر به عدم بطلان است .
ثم انّ الروایة وان لم یکن لها دخل بمسئلة الفضولی ، الا ان المستفاد منها قاعدة کلیة هی : انّ امضاء العقود المالیه ، یستلزم امضاء النکاح من دون العکس الذی هو مبنی الاستدلال فی مسئلة الفضولی . هذا .

در پایان باید دانست که این روایت اگرچه ربطی به مسأله فضولی ندارد (زیرا مورد آن اجرای عقد بوسیله وکیل معزول بی خبر از عزل می باشد) اما از آن قاعده ای کلی برداشت می شود که امضای عقود مالی مستلزم امضای نکاح می باشد ، ولی عکس آن صادق نیست (که امضای نکاح ملازم با امضای عقد مالی است) و مبنای استدلال در مسأله فضولی همین عکس می باشد . (کوتاه سخن اینکه روایت مزبور ، استدلال قائلین به صحت بیع فضولی - همچون صاحب ریاض - را تضعیف می نماید چرا که ایشان صحت نکاح را ملازم با صحت بیع شمرده و ما گفتیم که روایت چنین مدعایی را نمی رساند) .

گفتار هشتم

پیشگفتار

در این گفتار و چند گفتار بعد به روایاتی می‌پردازیم که مؤید صحت عقد فضولی به شمار رفته و این مدعا را به اثبات می‌رساند.

روایت اول: مؤثقه جمیل:

عن ابی عبدالله (ع) فی رجل دفع الی رجل مالا لیشتري به ضربا من المتاع مضاربه فاشتری غیر الذی امره قال (ع): هو ضامن والرّیح بینهما علی ما شرطه. مضمون روایت حکایت از آن می‌کند که شخصی در قالب مضاربه (اجتماع سرمایه و کار) به دیگری پولی داده و از او خواستار خریداری کالایی معین گردید، اما عامل پس از دریافت پول با آن کالایی دیگر خریداری نمود. امام صادق (علیه السلام) در این مورد خسارت را متوجه عامل و سود را متوجه هر دو دانسته‌اند. آنچه از اطلاق این روایت برداشت می‌شود این است که چه مالک سرمایه معامله صورت یافته را امضاء کند و چه نکند سود حاصله تقسیم خواهد شد، از این رو روایت ارتباطی به مسأله فضولی که در آن اجازه مالک ضروری است نخواهد داشت. اما با این وجود می‌توان از این حدیث به نوعی در جهت اثبات صحت عقد فضولی بهره جست، چه در آن ضروری نبودن اذن قبلی مالک مورد اشاره قرار گرفته است (۱).

۱- اگر اذن قبلی مالک ضروری شناخته شود، معامله مزبور که بدون اذن سابق انجام یافته محکوم به بطلان خواهد بود.

نکته‌ای در خور توجه :

در قبال این روایت ، ادله‌ای وجود دارد که رضایت مالک را در انتقال مال ضروری شناخته و از اکل مال به باطل (بدون رضایت مالک) نهی می‌کند . جمع بین این اخبار و روایت مورد بحث ایجاب می‌نماید که تقسیم سود حاصله بین مالک و عامل را منحصر به صورتی بدانیم که مالک پس از خاتمه معامله و ملاحظه میزان سود به دست آمده آن را امضا نماید (۱) . در این صورت ، مورد روایت مصداق بیع فضولی شناخته خواهد شد (چه ، اجازه بعدی مالک همراه است) و اگرچه حکم به صحت عقد در روایت ، در موردی خاص وارد گردیده که احتمال مستند بودن آن به نص خاص وجود دارد اما می‌توان آن را مؤید مطلب (صحت عقد فضولی) قرار داد .

روایاتی که در مورد تجارت با مال یتیم وارد گردیده است :

در رابطه با تجارت و بازرگانی با اموال یتیم بدون اذن سرپرست کودک ، روایاتی وارد گردیده که در صورت ارتکاب چنین اقدامی سود حاصله تمام و کمال از آن یتیم و ضرر و زیان متوجه بازرگانی که بدون کسب اجازه دست تصرف به اموال وی گشوده ، می‌باشد . به حسب ظاهر اطلاق روایت ایجاب می‌کند که چه ولی کودک معامله صورت گرفته را اجازه دهد و چه آن را رد نماید سود به دست آمده متعلق به کودک است بنا بر این حدیث یاد شده ارتباطی با مسأله فضولی نخواهد یافت ، اگرچه در همین فرض نیز می‌توان از آن عدم ضرورت اذن سابق را استفاده کرده و به این وسیله به منظور تأیید صحت عقد فضولی چاره جست ، اما اگر حکم مذکور در این روایات (تعلق سود مذکور به کودک) را

۱ - در اغلب موارد نیز پس از مشاهده میزان سود حاصله و ملاحظه زیادی آن ، مالک رضایت می‌دهد .

منحصر به صورت اجازه سرپرست یتیم بنماییم (همانطور که شهید اول و برخی دیگر نموده‌اند). معامله‌ای که از آن سخن به میان رفته مصداق عقد فضولی شمرده خواهد شد .

اجازه خداوند جانشین اجازه ولی :

در این روایت داد وستد با اموال یتیم بدون اذن سرپرست کودک صحیح ، و سود آن متعلق به یتیم دانسته شده است . می‌توان این امر را به منزله امضای معامله مزبور بوسیله شارع مقدس قرار داده و اجازه خدا را جانشین اجازه ولی کودک نمود و در این صورت این داد وستد مصداق عقد فضولی خواهد بود که با اجازه بعدی مالک همراه گردیده است .

مرحوم شیخ (ره) پس از طرح این نظر با گفتن فتاویٰ آن را مورد انتقاد قرار می‌دهد و دلیل آن این است که اجازه مزبور در قالب روایات و در زمان معصومین (علیه السلام) صادر گردیده و حال آنکه داد وستد با اموال یتیم بدون اذن اولیاء ، اختصاص به زمان ایشان نداشته در زمانهای بعد نیز اتفاق می‌افتد .

بنابر این اجازه مزبور نسبت به این معاملات که در زمانهای بعدی رخ می‌دهد اذن سابق به شمار رفته و معامله مورد بحث را مصداق عقد فضولی نخواهد گردانید (۱) .

۱ - بلکه از جمله معاملاتی به شمار خواهد رفت که با اذن قبلی مالک صورت می‌پذیرد .

شرح و ترجمه عبارات متن

ثم انه ربما يؤيد صحة الفصولي ، بل يستدل عليها ، بروايات كثيرة ، وردت في مقامات خاصة .

گاه برای تأیید صحت عقد فضولی و حتی استدلال بر آن به روایات بسیاری تمسک می شود که در مواردی مخصوص وارد گردیده اند .

مثل : موثقة جميل عن ابي عبدالله (عليه السلام) في رجل دفع الى رجل مالا ليشتري به ضربا من المتاع مضاربة ، فاشترى غير الذي امره قال : هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه .

همچون روایت مؤثقه جميل از امام صادق (عليه السلام) که در آن سؤال شده : مردی به دیگری مبلغی داده تا وی کالایی را در قالب مضاربه^(۱) خریداری سازد ، اما عامل ، چیزی غیر از آنچه که مالک سرمایه گفته بود خرید . حضرت فرمود : عامل ضامن همه خسارات است اما سود بر پایه شرطی که مالک سرمایه نموده بین آن دو تقسیم می گردد^(۲) .

ونحوها ، غيرها الواردة في هذا الباب .
مانند این روایت احادیث دیگر وجود دارد که در باب مضاربه وارد گردیده اند .

فأنها ان ابقیت علی ظاهرها ، من عدم توقف ملك الربح علی

۱- که سود حاصله به طور مساوی تنصیف می گردد .
۲- زیرا مالک سرمایه به خریداری کالای مزبور رضایت نداشته است .

الاجازة ، كما نسب الى ظاهر الاصحاب ، وعدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي ، بالنص - كما في المسالك وغيره - كان فيها استيناس لحكم المسئلة ، من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقاً ، في نقل مال المالك الى غيره .

اگر این حدیث را بر ظاهرش حمل سازیم (که در آن مالکیت سود حاصله ، متوقف بر اجازه دانسته شده است ، چنانکه به علمای شیعی نیز نسبت یافته و همانطور که در مسالک و کتب دیگر عنوان گشته ، خارج از بیع فضولی خواهد بود ^(۱)) در مسأله فضولی می توان در این جهت از آن بهره گرفت که معتبر نبودن اذن سابق مالک در نقل مال وی به دیگران را ثابت می سازد ^(۲) .

وان حملناها على صورة رضاء المالك بالمعاملة بعد ظهور الرّبح - كما هو الغالب وبمقتضى الجمع بين هذه الاخبار وبين ما دلّ على اعتبار رضاء المالك ، في نقل ماله والنهي عن اكل المال بالباطل - اندرجت المعاملة في الفضولى .

اگر به منظور جمع بین این روایات (که به طور مطلق حکم به تقسیم نموده) و ادله ای که اعتبار رضایت مالک را رسانده و از اکل مال به باطل نهی می کنند ، این حدیث را توجیه کرده و (تقسیم سود را) حمل بر صورتی سازیم که پس از آشکار شدن میزان سود ، مالک به معامله راضی گردد (که در بیشتر موارد چنین است ^(۳))

۱ - چون در بیع فضولی ، تملیک سود حاصله متوقف بر اجازه مالک می باشد و در روایت به طور مطلق حکم به تقسیم سود بین عامل و مالک شده است .

۲ - در مسأله فضولی بحث بر سر این است که آیا اذن قبلی مالک ضرورت دارد یا نه ؟ و در روایت مزبور بی اعتباری اذن سابق اثبات شده چه ، مالک راضی به خریداری کالای مزبور نبوده اما امام ^(ع) حکم به تقسیم سود حاصله نموده است .

۳ - در اغلب موارد پس از روشن شدن میزان سود و ملاحظه زیادی آن مالک راضی خواهد گشت .

معامله مزبور، مصداق فضولی خواهد گردید (۱).

وصحتها فی خصوص المورد، وان احتمال كونها للنص الخاص،
الا انها لا تخلو عن تاييد للمطلب.

و اگرچه این احتمال که صحت عقد فضولی در مورد روایت مستند به نصی
خاص باشد وجود دارد، اما می تواند مؤید مطلب (۲) به شمار آید.

ومن هذا القبيل؛ الاخبار الواردة في أئجار غير الولي في مال اليتيم
وإن الرّبح لليتيم.

راز همین قبیل است روایات بسیاری که در مورد تجارت شخصی غیر از ولی
با اموال یتیم وارد گشته و سود حاصله را تمام و کمال از آن یتیم دانسته است.

فأنها ان حملت على صورة اجازة الولي - كما هو صريح جماعة تبعا
للشهاد - كان من افراد المسئلة.

که اگر این روایت را بر صورتی حمل نماییم که سرپرست یتیم بعداً اجازه
دهد، معامله مزبور در شمار افراد مسأله فضولی خواهد بود.

وان عمل باطلاقها - كما عن جماعة ممن تقدّمهم - خرجت عن
مسئلة الفضولی.

اما اگر به اطلاق آن رفتار شود (که بر اساس اطلاق مذکور، چه ولی اجازه دهد
و چه ندهد سود حاصله از آن یتیم خواهد بود) از مسأله فضولی خارج خواهد
شد. (زیرا در فضولی، اجازه مالک شرط می باشد و بر پایه اطلاق روایت، اجازه
ولی شرط نیست).

۱ - زیرا در این صورت خواهیم گفت مالک سرمایه، راضی به خریداری کالا نبوده اما پس از
خانه عقد و مشاهده سود، راضی شده و اجازه داده است لذا امام (ع) حکم به تقسیم نموده اند.
۲ - یعنی؛ صحت عقد فضولی در صورت اجازه مالک.

لکن یستانس لها بالتقریب المتقدّم .

اما با بیانی که قبلاً گفته شد می توان از این روایت در راه اثبات مدعای خود کمک گرفت (۱) .

وربّما احتمال دخولها فی المسئلة من حیث أنّ الحکم بالمضی ،
اجازة الهیة لاحقة للمعاملة .

وا احتمال می رود که این معامله - با توجه به اینکه حکم به مؤثر بودن آن
اجازه ای است که از سوی خداوند داده شده و به معامله ملحق می گردد - داخل
در فضولی باشد .

فتأمّل .

در اینجا نکته ای است شایان دقت (۲) .

۱ - به این بیان که روایت ، عدم اعتبار اذن قبلی سرپرست یتیم را ثابت می نماید .
۲ - علت آن را در گذشته گفته ایم که اگر اجازه الهی جانشین اذن ولی گردد از آنجا که این اجازه در
زمان معصومین علیهم السلام داده شده نسبت به معاملاتی از این دست که در زمانهای بعدی انجام
می پذیرد اذن سابق محسوب گشته و معامله مصداق فضولی نخواهد بود ، بلکه عقدی به شمار می رود
که با اذن قبلی صورت می پذیرد . در این صورت روایت مورد بحث حتی به منظور استیناس نیز قابل
استناد نخواهد بود .