

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

«و ما عن الحميري أنّ مولانا عجلّ الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: «أنّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالکها أو بأمره أو رضاً منه»».

قائلین به بطلان فضولی، به ادله اربعه استدلال کرده‌اند؛

2 - سنت و روایات

مرحوم شیخ(ره) در استدلال به سنت و روایات، مجموعاً شش دسته روایت، از طرف قائلین به بطلان فضولی بیان کرده‌اند، که سه دسته را در بحث دیروز تطبیق کردیم و سه نوع روایت دیگر در اینجا مرحوم شیخ(ره) بیان کرده‌اند، که این دو سه روایت را بخوانیم، تا به جواب مرحوم شیخ(ره) برسیم.

اولین روایت، روایتی است که حضرت حجت(عج الله تعالی فرجه الشریف)، در جواب بعضی از مسائل مرقوم فرمودند، که در این جواب آمده، که ابتیاع ضیعه جایز نیست. «الا عن مالکها او بامرہ او رضا منه»، حضرت به صورت منحصر فرمودند: خریدن زمین، جایز نیست مگر این که مالکش بفروشد، یا مالکش امر کند و دیگری وکیل از طرف او باشد و بفروشد و یا مالکش رضایت داشته باشد.

پس شخص فضولی که ملک دیگری را می‌فروشد، از این سه مورد خارج است، چون نه مالک فروخته، نه به امر مالک است و نه رضایت مالک در کار است، پس معامله باطل است.

روایت دیگر صحیح محمد بن القاسم هست، که مردی از زنی از بنی عباس، بعضی از قطایع، یعنی ما اقطعه السلطان، آن زمینهایی را که سلطان تقسیم کرده و به مردم واگذار کرده است، می‌خرد و به آن زن می‌گوید: من نوشتم که تو پول زمین را از من گرفتی.

در واقع به امام(علیه السلام) عرض می‌کند که من به این زن پول ندادم، اما به او نوشتم که تو پول را گرفتی. امام(علیه السلام) در جواب می‌فرمایند: لازم نیست که به او پول بدهی، بخاطر این که مال خودش را به تو فروخته است و مضمون روایت دیگر هم، شبیه به همین روایت است.

تطبيق عبارت

«و ما عن الحميري أن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: «أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالکها أو بأمره أو رضاً منه»»، ضيعة یعنی زمین، که ابتیاعش جایز نیست، مگر از مالک ضیعه، یا به امر مالک یا به رضایتی از مالک، در حالی که فضولی هیچ کدام از این سه نیست، پس معامله‌اش باطل است. شاهد استدلال این «الا» و انحصاری است که امام (علیه السلام) آوردند.

روایت دیگر، «و ما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرض بغم النيل»، خبری است که درباره زمینی در دهانه رودخانه نیل است، «اشتراها رجل»، کسی این زمین را خرید، «و اهل الارض»، یعنی آنهایی که در آن زمین سکونت داشتند، «يقولون هي ارضنا»، این زمین، زمین ماست، «و اهل الاستان»، در نسخه‌ها «اسیاب»، جمع سیب، و در بعضی دیگر «اسنان» آمده، که همه غلط است، صحیح «الاستان» است، که اسم قریه‌ای در عراق بوده است.

آنطور که در قاموس اللغة و در کتاب وافی مرحوم فیض (ره) آمده، «اربع بور ببغداد»، بوره یعنی همان قریه و محل، چهار محل و ده مانده به بغداد، محلی به نام استان است. «و اهل الاستان يقولون هي من ارضنا»، آنها هم ادعا دارند این زمین، زمین ماست.

امام (علیه السلام) فرمود: «فقال: «لا تشتروها إلا برضا أهلها»»، نخر مگر اینکه اهلش اجازه دهند.

اینجا هم شاهد، استدلال در همین «الا» است، که خریدن را به رضایت اهل آن زمین منحصر کرده است، یعنی باید ببینی که واقعاً کدامیک از این دو گروه اهل آن هستند و رضایتشان را جلب کنی و بخری.

آخرین روایت، «و ما في الصحيح عن محمد بن القاسم»، در روایت معتبری از محمد بن القاسم بن الفضیل، «في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم»، مردی از زنی از آل فلان، که نخواستند در روایت تصریح کنند، مراد بنی عباس است، از زنی از طائفه بنی عباس زمینی را خرید، «قطائع»، یعنی آن ارضی که یقطعه السطان، اراضی که سلطان قطعه می‌کرد و در اختیار مردم قرار می‌داد.

«و کتب علیها کتاباً»، آن مرد نامه‌ای به زن نوشت که «أنها قد قبضت المال»، پول این زمین را از من گرفتی و حال آنکه آن مرد به امام (علیه السلام) عرض می‌کند، «و لم تقبضه»، من پول را به او ندادم و او نگرفته. حال سؤال می‌کند که، «فیعطیها المال أم یمنعها؟»، آیا باید پول زمین را به او اعطا کند، یا این که اصلاً به او ندهد؟

«قال: قل له: یمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه»، امام (علیه السلام) می‌فرماید: به آن مرد بگو: پول را به آن زن ندهد و منع کند آن زن را، اشد المنع، چون این زن چیزی را که مالک نبوده، فروخته است.

جواب مرحوم شیخ (ره) از این روایات

حال مرحوم شیخ (ره) اینها را یکی یکی جواب داده فرموده‌اند: دلالت این روایات بر بطلان فضولی ناتمام است.

جواب از نبوي «لاتبع ما ليس عندك»

اما جواب از نبوي که اولين و شايد مهمترين روايت هم بود؛ که «لاتبع ما ليس عندك»، که گفته‌اند: طوري آن را معنا مي‌کنيم، که مساوق اين «لاتبع ما لا تملك» مي‌شود، نهي هم دلالت بر فساد دارد، پس اگر انسان چيزي را که مالک نبود، بفروشد باطل است.

اختصاص «ما ليس عندك» به متاع شخصي

مرحوم شيخ(ره) دو جواب بر اين روايت بيان کرده‌اند؛ اما قبل از بيان دو جواب، فرموده‌اند: دو مطلب در اینجا مسلم است؛ یک مطلب اين که «ما ليس عندك»، اختصاص به متاع شخصي دارد.

توضيحش اين است که دو نوع بيع داريم؛ يکي بيع شخصي و ديگري بيع کلي، بيع شخصي يعني انسان مبيع معين و مشخصي را بفروشد، مثلاً اين فرش معين را بفروشد، که وقتي مبيع معين شد، بيع هم، بيع شخصي مي‌شود.

نوع دوم بيع کلي است، يعني بيع یک شيء به عنوان ذمه و نه یک بيع معين در عالم خارج.

شيخ انصاري(ره) فرموده: «شيء کلي ليس عند البائع»، وقتي انسان مي‌گويد: یک کيلو گندم کلي را به تو مي‌فروشم، اين یک کيلو گندم، عند البائع نيست. پس روايت که مي‌گويد: «لا تبع ما ليس عندك»، هم متاع شخصي را شامل مي‌شود و هم متاع کلي را.

شيخ انصاري(ره) فرموده: چون اجماع داريم که بيع کلي صحيح است، لذا اين اجماع قرينه مي‌شود، که در اين موصول، يعني ما ليس عندك، بگوئيم: مراد متاع شخصي است.

ظهور «لا تبع»، در بيع لنفسه

در مطلب دوم فرموده‌اند: «لا تبع»، در بيع لنفس البائع ظهور دارد، يعني جايي که بخواهد، مال ديگري را که ملکش نيست، براي خودش بفروشد، يعني مي‌خواهد: بيع را براي خودش واقع کند، پس در نهي از بيع لنفس البائع ظهور دارد و منشأ اين ظهور هم از مورد سئوالي که سائل از پيامبر(ص) سوال مي‌کند، چون مورد سئوال، جايي است که انسان، مال ديگري را به عنوان خودش بفروشد.

جواب اول از اين روايت

بعد از اين که اين دو مطلب روشن شد، فرموده‌اند: در اين روايت، براي بيع دو معنا مي‌توانيم داشته باشيم؛ یک معنا اين که بگوئيم: پيامبر(ص) به صورت مطلق از بيع مالي که از انسان نيست، نهي فرمودند، يعني اگر انسان بر مال غير، عقد بيع جاري کرد، بگوئيم: نهي پيامبر به اين انشاء مي‌خورد، يعني اين انشاء لغو است.

در نتيجه بيع فضولي ديگر براي مالک هم واقع نمي‌شود، يعني اگر مالک هم اجازه کرد، براي او فايده‌اي ندارد، همان طور که براي خود بايع فضولي هم واقع نمي‌شود.

معنای دوم معنایی است که مرحوم علامه (ره) بیان فرموده که: به قرینه مورد سؤال حکیم بن حزام از پیامبر (ص)، که موردش این بوده که می‌گوید: من مال غیر را به مشتری می‌فروشم، بعد از فروش این مال را از غیر برای خودم می‌خرم، یعنی از مصادیق مساله «من باع شیئا ثم ملکه» است. از پیامبر (ص) سؤال می‌کند که آیا این صحیح است یا نه؟

طبق این معنای دوم، نهی دیگر به عنوان انشاء بیع تعلق پیدا نکرده، بلکه نتیجه این نهی، این است که اگر فضولی، مال غیر را لنفسه بفروشد، این اشکال دارد.

طبق این معنای دوم، دیگر دلالت بر بطلان فضولی، در جایی که فضولی مال را برای مالک بفروشد و مالک بعدا اجازه کند ندارد. دلالت بر بطلان فضولی در مورد بحث ما، که بفروشد للمالک و بعدا هم مالک اجازه کند ندارد.

شیخ (ره) فرموده: همین معنای علامه (ره)، مختار ماست. به نظر ما «لاتبع ما لیس عندک»، بر این معنای دوم دلالت دارد.

جواب دوم از این روایت

شیخ (ره) در جواب دوم فرموده: سلمنا، اگر کسی بگوید: «لاتبع ما لیس عندک» می‌گوید: فضولی باطل است، چه در جایی که للمالک بفروشد و چه جایی که لنفسه بفروشد و این عمومیت دارد.

شیخ فرموده: اگر عمومیت این روایت را، بر آن ادله‌ای که دلالت بر صحت فضولی دارد، بپذیریم و قبلا گفتیم که: باید عموم این روایت را، به آن ادله تخصیص بزنیم. پس بگوییم: فساد بیع در این روایت، مربوط به جایی است که فضولی، لنفسه بفروشد، اما جایی که برای مالک بفروشد و مالک هم اجازه کند، دیگر دلالتی بر آن ندارد.

جواب از روایت «لابیع الا فی ملک»

بعد فرموده‌اند: از همین دو جواب، جواب از آن روایت «لابیع الا فی ملک» هم روشن می‌شود، یعنی می‌گوییم: «لا بیع فی ملک»، یعنی اگر بخواهد برای خودش بیع کند، باید ملکش باشد. اما اگر مال دیگری را برای دیگری بیع کند، دیگری هم اجازه دهد، این روایت دیگر دلالت بر فساد آن ندارد.

جواب دوم هم، آن است که بگوییم: اگر این «لابیع الا فی ملک» عمومیت هم داشته باشد، باید با روایات و ادله دال بر صحت فضولی، آن تخصیص بزنیم.

جواب از صحیح محمد بن مسلم و توقیع حمیری

بعد در دو روایتی که در آن استثناء و انحصار بود، یعنی صحیح محمد بن مسلم و توقیع حمیری فرموده‌اند: استثناء و حصر در این دو روایت، حصر اضافی است و نه حصر حقیقی.

این دو روایت بر بطلان بیع در جایی دلالت دارد که مالک، به طور کلی رضایت ندهد، اگر مالک به طور کلی رضایت نداد، معامله باطل است.

آن وقت شیخ(ره) این را مقداری توضیح داده فرموده‌اند: نهی دلالت بر فساد دارد، در این دو روایت هم نهی کرده، فرموده: «لا تشترها الا برضا اهلها»، یا «لاتشترها الا عن مالکها، یا به امر مالک و یا به رضایت مالک»، نهی هم دال بر فساد دارد. و فساد یعنی آن اثر مقصود، بر آن مترتب نمی‌شود.

حال مگر در بیع فضولی می‌گوییم: به مجرد این که فضولی عقد را جاری کرد، اثر بر آن مترتب می‌شود. قائلین به صحت فضولی، این ادعا را ندارد، بلکه وقتی اثر مقصود بر فضولی مترتب می‌شود، که مالک اجازه دهد. پس این دو روایتی که حصر در آن آمده، منافاتی با ما نحن فیه ندارد.

جواب از روایت قاسم بن فضل

بعد از روایت قاسم بن فضل، که مردی از زنی از آل بنی عباس، زمینی را می‌خرد، جواب داده فرموده‌اند: در این روایت وقتی مرد و قاسم بن الفضل، از امام(علیه السلام) سؤال می‌کند که این پول را، به آن زن بدهد یا ندهد؟ امام(علیه السلام) نمی‌فرماید: معاملات باطل است، بلکه می‌فرماید: پول را به او نده، که این یکی از احکام فضولی است.

آنهايي که قائل به صحت بیع فضولی‌اند، مع ذلک می‌گویند: فضولی حق گرفتن پول را ندارد. این همه دعوا بر سر بیع فضولی، تنها نتیجه‌اش این است، که این بعث که فضولی گفت، آیا اثر دارد یا نه؟ آیا جای عقد واقع می‌شود یا نه؟ قائلین به صحت گفته‌اند: تنها همین مقدار اثر دارد، اما فضولی حق تصرف و این که این مال را به مشتری دهد و پول را از مشتری بگیرد، ندارد و این بر فضولی حرام است.

در این روایت هم امام(علیه السلام) می‌فرماید: پول را به آن زن نده، نمی‌فرماید که: این معامله، معامله‌ی باطلی هست.

جواب از توقیع امام عسکری(علیه السلام) به صفار

در توقیع امام عسکری(علیه السلام) به صفار هم، که «لا يجوز بيع ما ليس يملك»، قائلین به بطلان، «لا يجوز» را به «لا يصح» معنا کرده‌اند، اما شیخ(ره) فرموده: «لا يجوز» به معنای نفی لزوم است، یعنی آنچه که انسان می‌فروشد و مال خودش نیست، به عنوان یک معامله لازم واقع نمی‌شود.

بعد فرموده: قرینه‌ای در خود این روایت وجود دارد، که بعد از همین فقره، امام(علیه السلام) تصریح کرده به وجوب البیع، که وجوب یعنی لزوم، پس «لا يجوز»، یعنی نفی لزوم می‌کند.

«و الجواب عن النبوي أولاً أنّ الظاهر من الموصول هي العين الشخصية»، ظاهر از «ما» موصول در «لا تبع ما ليس عندك»، عین و متاع شخصی، «للإجماع و النصّ علی جواز بيع الكلي»، چون اجماع و روایات داریم بر این که بیع کلی صحیح است و کلی هم از مصادیق، «ما ليس عندك» است.

بعد شیخ(ره) فرموده: کسی خیال نکند که این روایت، هم بیع شخصی را و هم کلی را می‌گیرد، بلکه به اجماع و نص می‌گوییم: کلی را شامل نمی‌شود.

مطلب دوم، «و من البیع البیع لنفسه، لا عن مالک العین»، یعنی «لا تبع» ظهور دارد در بیع لنفسه، این ظهور را هم به قرینه مورد

سؤال بدست آوردیم که سوال سائل طوری است که می‌گوید: ببع را می‌خواهم برای خودم واقع کنم و نه به عنوان مالک عین.

«و حینئذ»، حال که این مطلب روشن شد می‌گوییم: در «لا تبع» دو احتمال وجود دارد، «فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء»، خود انشا فقط، یعنی پیامبر(ص) می‌فرماید: این بعت را که می‌گویی، ببخود می‌گویی، حال که مجرد الانشاء شد، یعنی خود این انشاء لغو است و اثر ندارد.

پس نتیجه این می‌شود، «فیکون دلیلاً علی عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته»، دلالت می‌کند بر این که ببع فضولي صحیح نیست، لذا نه برای خود فضولي واقع می‌شود و نه برای مالک، حتی اگر مالک همین ببع را هم اجازه کرد، برای مالک هم واقع نمی‌شود، چون می‌گوییم: نهی به خود انشاء خورده و این انشاء لغو است و اثر ندارد.

معنای دوم «و إما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من ماله»، یعنی مال غیر را به عنوان خودش می‌فروشد، سپس این مال را از مالک می‌خرد، «قال: لأنه (صلى الله عليه وآله وسلم) ذكره جواباً لحكيم بن حزام»، «قال»، یعنی علامه(ره)، «حيث سألته عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه»، که حکیم شیئی را بفروشد، بعد آن را از مالک می‌خرد و تسلیم مشتری می‌کند. «فإن هذا البيع غير جائز و لا نعلم فيه خلافاً»، علامه(ره) فرموده: این ببع جایز نیست و لا نعلم در عدم جواز این ببع خلافاً.

این بحث را در آینده مرحوم شیخ(ره) تحت عنوان این مساله که «من باع شيئاً ثم ملكه»، چیزی را بفروشد و بعد مالک آن شود، بیان می‌کنند.

و لا نعلم در این عدم جواز خلافي را، به دو دلیل؛ «للنهي المذكور»، یکی بخاطر نهی مذکور. و دوم «و للغرر»، غرر یعنی ضرر یا جهالت. «لأن صاحبها قد لا يبيعها انتهى»، علامه(ره) فرموده: بالاخره این که از مالک می‌خرد، ممکن است مالک به او بفروشد و این تعلیل برای غرر است.

«و هذا المعنى»، یعنی معنای علامه «يرجع إلى المراد من روایتی خالد و يحيى الآتين في بيع الفضولي لنفسه»، این را دقت کنید که در صفحه‌ی بعد، مساله ببع الفضولي لنفسه را شروع می‌کنیم، اما مراد از ببع فضولي لنفسه در اینجا، مساله «من باع شيئاً ثم ملكه» است، که در آنجا مرحوم شیخ(ره) وجوهی را ذکر کرده و در وجه هفتم، به این دو روایت استدلال کرده‌اند. حال لازم نیست دیگر مضمون روایت خالد و يحيى را بگوییم، بعداً می‌رسیم آن شاء الله. فقط همین آدرسی را که دادم، یادداشت داشته باشید و خیال نکنید که در همین صفحه بعد، که مساله ثالث ببع فضولي لنفسه است، این دو می‌آیند.

«و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء»، این بطلان ببع به معنی عدم وقوع البیع للبایع است، یعنی به مجرد انتقال مبيع به بايع، به سبب این که از مالک خرید، ببع برای بايع واقع نمی‌شود، «فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك». بطلان اهلیت این ببع، با صلاحیت این ببع برای تعقب اجازه از مالک منافات ندارد.

«و بعبارة الاخرى نهى المخاطب عن البيع»، این که پیامبر(ص) فرمود: «لا تبع»، «دلیل علی عدم وقوعه مؤثراً في حقه»، یعنی در حق مخاطب، «فلا يدل على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له»، دلالت بر لغویت ببع نسبت به مالک ندارد، که بگوییم: اگر مالک هم اجازه داد، به درد نمی‌خورد.

شیخ انصاری(ره) هم فرموده: «و هذا المعنى أظهر من الأول»، یعنی معنای دوم که معنای علامه(ره) است، اظهر از معنای اول است، که بگوییم خود انشاء مورد نهی واقع شده و به طور کلی انشاء لغو است. «و نحن نقول به، كما سيجيء».

«و ثانياً: سلّمنا دلالة النبوي على المنع»، بگوئیم: «لا تبع: می‌گوید: این بیع، نه برای فضولی و نه برای مالک وقتی اجازه دهد، واقع نمی‌شود و دلالت بر عمومیت دارد، «لکنّها بالعموم، فیجب تخصیصه بما تقدّم»، لکن این دلالت بر عموم است، پس باید این نبوی را به آنچه که در ادله صحت فضولی آمده، «من الادلة الدالة علي تصحيح بيع ما ليس عند العاقد»، یعنی بیع آنچه که در نزد عاقد نیست، تخصیص زد.

می‌گوئیم: عموم دارد و اگر فروخت، این اصلاً، نه برای خودش و نه برای مالک واقع نمی‌شود، اما می‌خواهیم بگوئیم: ادله دلالت دارد، بر این که اگر مالک اجازه داد، برای مالک واقع می‌شود و صحیح است.

پس اگر عموم داشت، دیگر نمی‌گوئیم که: فقط اختصاص دارد به این که فضولی، لنفسه بفروشد، بلکه عموم یعنی اگر انسان مال غیر را فروخت، چه برای خودش چه برای مالک، باطل است و نه برای خودش واقع می‌شود نه برای مالک، اما این عموم را تخصیص زده می‌گوئیم: جایی که برای مالک فروخت، اگر مالک بعداً اجازه داد، صحیح است.

«و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله: «لا بيع إلا في ملك»»، با این دو جواب، جواب از دلالت روایت، «لا بيع الا في ملك» هم ظاهر می‌شود.

جواب اول، «فإنّ الظاهر منه كون المنفي هو البيع لنفسه»، ظاهر این است که منفی، «لا بيع»، بیع لنفس البایع است، «و أنّ النفي راجع إلى نفي الصحة في حقّه لا في حقّ المالك، یعنی در حق بایع و دلالت بر نفي صحت در حق مالک ندارد.

جواب دوم، «مع أنّ العموم لو سلّم وجب تخصیصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز»، حال کسی بگوید: «لا بيع» عمومیت دارد، چه برای خودش بفروشد و چه برای مالک، هر دو باطل است، باید آن را به سبب ادله دال بر صحت فضولی، به جایی که برای مالک بفروشد و او هم اجازه دهد، تخصیص بزنیم.

بعد شیخ(ره) فرموده: «و أمّا الروایتان»، این دو روایت، یعنی روایت یحیی و خالد، که مرحوم شیخ(ره) مضمونش را نقل نکرده، اما اشاره‌ای کرده‌اند که «و هذا المعنى يرجع الي رواية خالد و يحيى».

بعضی از محشین گفته‌اند: مراد توقیع امام حسن عسکری(علیه السلام) و حمیری از حضرت حجت(عجل الله تعالی فرجه الشریف) است، که حرف درستی نیست، بلکه همانطور که مرحوم سید یزدی(ره) در حاشیه تصریح کرده، روایتان، یعنی روایت یحیی و خالد.

شیخ فرموده: «فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح»، دلالت این دو روایت بر آن معنایی که آن دو روایت سابق را حمل کردیم، یعنی «لا تبع» و «لا بيع الا في ملك»، اوضح است، «و ليس فيهما ما يدلّ و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز»، در این دو روایت خالد و یحیی، چیزی که دلالت کند، ولو به نحو عموم، بر عدم وقوع بیعی که از غیر مالک، برای مالک واقع می‌شود، نیست. «له»، متعلق به عدم وقوع است، یعنی در روایت یحیی و خالد، چیزی که بر عدم وقوع برای مالک، اذا اجاز دلالت کند، نداریم.

«و أمّا الحصر في صحيحة ابن مسلم و التوقيع»، در اینجا مراد توقیع حمیری است و نه توقیع امام عسکری(علیه السلام)، چون در توقیع امام عسکری(علیه السلام) حصر نداشتیم، بلکه فرمودند: «لا يجوز بيع ما ليس يملك».

«فإنّما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما»، این حصرش اضافی است، یعنی

جایی که مالک زمین، اصلاً این معامله اجازه نمی‌دهند، باطل است، بنا بر آنچه که سوال در این جا اقتضا می‌کند، که توضیح داده و فرموده‌اند: «و توضیحه أنّ النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد، إلّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعاملة عليه»، الا این که فساد یعنی آن اثر مطلوب از معامله، بر معامله مترتب نمی‌شود.

«و من المعلوم: أنّ عقد الفضولي لا يترتّب عليه بنفسه الملك المقصود منه»، عقد فضولي آن ملکیتی که مقصود از آن است، به خود فضولي و عقد فضولي مترتب نمی‌شود و شاهدش هم این است که، «و لذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً»، در عبارات فقهاء کثیرا به عقد فضولي باطل می‌گویند.

«و لذا عدّ في الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدين أعني شروط الصحة: كون العاقد مالکاً أو قائماً مقامه»، لذا یکی از شروط متعاقدين، یعنی شروط صحت، این را قرار دادند که عاقد، یا مالک باشد و یا قائم مقام مالک باشد.

پس تا اینجا گفتیم که: مراد از فساد، یعنی اثر مقصود بر خود فضولي مترتب نمی‌شود و قائلین به صحت فضولي این را قبول داشته گفته‌اند: قبل از اجازه مالک، اثری بر این عقد مترتب نیست.

بعد شیخ(ره) فرموده: «و إنّ أبین إلیّ عن ظهور الروایتین في لغویة عقد الفضولي رأساً»، اگر کسی بگوید: توقیع حمیری و صحیح محمد بن مسلم دلالت دارد که عقد فضولي، راساً باطل است، اما این دلالتش، دلالت بالعموم است، یعنی عموماً می‌گوید: هر موردی که مال انسان نیست، اگر انسان فروخت، باطل است، که یک موردش هم فضولي است، «وجب تخصیصهما بما تقدّم من أدلّة الصحة»، باید آن را به آنچه که از ادله صحت گذشت، تخصیص بزنیم.

نکته‌ای درباره معنای تخایر

نکته‌ای را درباره بحث دیروز تذکر دهیم، که تذکرش لازم است، که عبارت «و قد حکي عن المجمع: أنّ مذهب الإمامیّة و الشافعیّة و غیرهم أنّ معنی التراضي بالتجارة إمضاء البیع بالتصرف أو التхайر بعد العقد»، که توضیح دادیم، مراد از تخایر را می‌خواهیم توضیح دهیم.

اگر تخایر را عطف به امضاء بگیریم، همان معنایی است که دیروز عرض کردم، یعنی تراضي، یا امضای به اصل بیع و یا توافق و تراضي به از بین بردن بیع.

اما مرحوم شهیدی و مرحوم سید(قدس سرهما)، تخایر را عطف به تصرف گرفته‌اند، یعنی تراضي به تجارت، معنایش امضای بیع است و آن وقت امضاء بیع؛ اما هو العمل یعنی تصرف، که اگر انسان تصرف در مال کرد، امضاء می‌شود و تخایر هم که عطف به تصرف است، دیگر به معنای فسخ نیست، بلکه به معنای اختیار طرفین است، یعنی طرفین بعد العقد، هر کدام می‌گویند: «اخترت العقد».

اما یک معنای خیلی خلاف ظاهر است، ولی این معنا هم شده که تخایر، به معنای «اخترت العقد» است، که عطف به تصرف باشد.

آن وقت مرحوم سید(ره) فرموده: دو چیز مسقط خیار است؛ یکی تصرف و دیگری تخایر؛ تصرف مسقط فعلی خیار است، یعنی عملاً مسقط خیار است، اما تخایر مسقط قولی است، یعنی وقتی عقد تمام شد، بایع بگوید: «اخترت العقد» و مشتری هم بگوید: «اخترت العقد».

وصلَّى الله على محمد و آله الطاهرين