

بسم الله الرحمن الرحيم

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

خلاصه بحث قبل

بحث رسید به قسم اول از اقسام ثلاثه‌ی فضولی یعنی آنجایی که فضولی ببیع للمالك لا لنفسه و مالک هم قبلاً منعی از این بیع نکرده باشد. گفتیم این متیقن از مورد فضولی است یعنی اگر این مورد را کسی از فقها قبول نکرد مسلّم قسم دوم و سوم را هم باید باطل بداند اما اگر کسی این مورد را قبول کرد حالا ممکن است قسم دوم و سوم را صحیح بداند یا باطل، داشتیم اقوال را در همین قسم اول می‌خواندیم، تعابیری که در کلمات فقهاست در این قسم اول از نظر اینکه قول مشهور کدام است؟ اشهر القولین کدام است؟ اجماع داریم یا نداریم؟ مخالف داریم یا نداریم؟ باید عبارات فقها را ملاحظه‌ی مختصری داشته باشیم تا جمع‌بندی کنیم.

اقوال فقها در بیع فضولی قسم اول

[1]

دیدگاه شیخ طوسی در مبسوط:

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید من باع ما لا يملك، اگر کسی چیزی را بفروشد که مالک نیست، کان البیع باطلا، این بیع باطل است، یعنی اگر من باع فضولياً این بیع باطل است عبارت شیخ طوسی هم اطلاق دارد، چه بخواهد برای خودش بفروشد یا برای مالک! این در جلد دوم مبسوط صفحه 758 است.

دیدگاه سالار: سالار در مراسم می‌فرماید: مبیع باید یا ملک خود بایع باشد یا ملک موکلش، شرط کرده و با انتفای شرط مشروط منتفی می‌شود.

دیدگاه ابن ادریس:

برخی از فقها بطلان این فضولی را به ابن ادریس نسبت داده‌اند، در حالی که وقتی به سرائر مراجعه می‌شود عبارتش این است « وإذا باع الإنسان ملكاً لغيره، والمالك حاضر، فسكت، ولم يطالب، ولا أنكر ذلك، لم يكن ذلك دالة على إجازته البیع، ووكالته فيه،

ولا دليلاً على أنه ليس المبيع ملكاً له، وكذلك إن صالح عليه مصالح، وهو ساكت، لم يمتص الصلح عليه، وكان له المطالبة به وانتزاعه.»

[2] این عبارتی که در سرائر آمده ابن ادریس می‌گوید اگر در حضور مالک دیگری بیايد مال مالک را بفروشد و مالک ساکت بشود اما انکار هم نکند، اینجا فقط گفته سکوتش دلالت بر اجازه ندارد، سکوتش دلالت بر اینکه این بايع را الآن وکیل قرار می‌دهد ندارد اما دیگر از عبارتش استفاده نمی‌شود که ابن ادریس جزء مخالفین است بلکه همین که می‌گوید این سکوت آیا دلالت بر اجازه دارد یا خیر؟ لعل اشعار به این دارد که اگر دلالت بر اجازه داشته باشد فضولی هم باشد همین می‌شود اجازه و این صحیح است.

بالآخره ما نمی‌توانیم ابن ادریس را جزء مخالفین قرار بدهیم بگوئیم جزء کسانی است که معامله‌ی فضولی را باطل می‌داند.

کلام شیخ طوسی در خلاف:

از کسانی که بالصرّاحه از عبارتشان مخالفت استفاده می‌شود شیخ طوسی در خلاف و ابن زهره در غنیة است، عبارت خلاف را دقت کنید: «مسألة 275: إذا باع إنسان ملك غيره بغير اذنه، كان البيع باطلاً. و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة: ينعقد البيع، و يقف على اجازه صاحبه. و به قال قوم من أصحابنا. دليلنا: إجماع الفرقة، و من خالف منهم لا يعتد بقوله، ولأنه لا خلاف أنه ممنوع من التصرف في ملك غيره، و البيع تصرف.»

[3] اگر انسان ملک غیر را بدون اذن او فروخت کان البیع باطلا، شافعی همین نظر را دارد؛ و در میان عامه آن کسی که اولین بار گفته این بیع صحیح است و متوقف بر اجازه‌ی مالک است ابوحنیفه است. بعد شیخ طوسی می‌گوید «و به قال قوم من اصحابنا»، اول فتوای خودش این بود «کان البیع باطلا» بعد گفت: شافعی هم می‌گوید باطل است، ابوحنیفه می‌گوید صحیح و متوقف بر اجازه است، بعد می‌فرماید: همین قول ابوحنیفه را هم قومی از فقهای ما قائل‌اند.

نکته‌ای در مورد ادعاء های اجماع شیخ طوسی در کتاب خلاف:

عجیب این است که شیخ طوسی می‌فرماید: «دلیلنا اجماع الفرقة و من خالف لا يعتد بقوله»، می‌دانید دأب شیخ طوسی در ادعاهای اجماع در خلاف یک مواردی را شیخ طوسی در کتاب خلاف ادعای اجماع می‌کند در حالی که ما می‌دانیم آن مخالف هم آنجا موجود است، خود شیخ در این مسئله تصریح کرده، شیخ طوسی می‌فرماید: درست است در این مورد ما مخالف داریم اما لا يعتد بقول المخالف، چنین مواردی که قول مخالف قابل اعتنا نباشد، یعنی حالا مخالف یک دلیل روشن قابل اعتنایی ندارد نه اینکه خود مخالف از فقهای بزرگ نیست! این به اجماع خدشه ای وارد نمی‌کند.

مواردی را که شیخ طوسی می‌بیند مخالف دلیلش خیلی محکم نیست و دلیل طرف خودش را محکم می‌داند می‌گوید هر فقیهی به همین دلیل اگر توجه کند همین قول را باید قائل باشد لذا ادعای اجماع می‌کند.

پس دو نکته را می‌خواهیم بگوئیم اولاً از عبارت شیخ طوسی به خوبی فهمیده می‌شود که ادعای اجماعش بر اساس این است که دلیلش را خیلی محکم می‌داند ما مواردی داریم که یک روایت صحیح السند سریع الدلالة وجود دارد، شیخ طوسی ادعای اجماع

کرده، این هم مورد دیگر که شیخ دلایلش برای بطلان قوی است، ادعای اجماع کرده و قول مخالف را می‌گوید قابل اعتنا نیست و به نظر ما این عبارت با اجماع لطفی سازگاری ندارد و این روشن است.

دلیل دوم شیخ طوسی بر بطلان بیع فضولی:

دنباله‌ی عبارت شیخ طوسی را ببینید؛ می‌فرماید: «و لَأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ وَ الْبَيْعُ تَصَرُّفٌ»، استدلال شیخ چیست؟ می‌فرماید آدمی که مالک نیست لا يجوز له التصرف في ملك غيره و خود بیع یک نحوه تصرفی است که فقط منحصر به تصرف خارجی نیست که انسان بخورد، بردارد، استفاده کند، این مسئله که انسان مال دیگری را بفروشد هذا نوعٌ من التصرف است، این را هم ببینید مؤید همان بیانی است که ما عرض کردیم یعنی شیخ مسئله را صغرای یک مسئله‌ای قرار داده که آن مسئله اجماعی است، می‌فرمایند همه اجماع دارند به اینکه تصرف در ملک غیر جایز نیست، حالا که این چنین است این بیع هم تصرفٌ فلا يجوز.

دیگر قائلین به بطلان بیع فضولی:

[4] عبارت ابن زهره در غنیه هم همین است یعنی مثل عبارت شیخ است، یعنی تا اینجا هم شیخ و هم ابن زهره قائل به بطلان‌اند. در کتاب ایضاح الفوائد ایشان هم قائل به بطلان است، صاحب حدائق قائل به بطلان است، صاحب مجمع الفائدة و البرهان قائل به بطلان است، صاحب کتاب وسایل قائل به بطلان است.

و بعد می‌فرماید در کتاب تنقیح از شیخ خودش، حالا دارد عن شیخه الشهید در بعضی از نسخ دارد عن شیخه السعید، این از استاد خودش مرحوم شهید نقل می‌کند. ما قبلاً در بحث گذشته قول شهید را خواندیم، شهید در مسالک قائل به صحّت است. شهید اول در دروس قائل به صحّت است، شهید ثانی هم قائل به صحّت است، هر دوی اینها قائل به صحّت هستند و در کتاب التنقیح الرائع از استاد خودش که یا شهید ثانی است یا شهید اول، ولی شهید اول در دروس این فضولی را پذیرفته.

[5]

وجه توجیهش چیست؟ ممکن است شهید اول در اول قائل به بطلان فضولی بوده و بعد از این فتوا عدول کرده و قائل به صحّت شده، یعنی لازمه‌ی کلام فاضل مقداد در التنقیح الرائع همین است.

جمع بندی دیدگاه فقهاء

مجموعاً در این قسم اول هم مثل مرحوم علامه در تذکره و هم از بحث وکالت مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد استفاده کردیم که اجماع بر صحّت وجود دارد، در مقابل شیخ طوسی و ابن زهره اینها ادعا می‌کنند اجماع بر خلاف را، منتهی این اجماعی که شیخ طوسی می‌گوید گفتیم مراد یک اجماع خاصی است نه اینکه بخواهیم بگوئیم اجماع قوم است. خود شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف در کتاب مکاسب قول به صحّت را به مشهور نسبت داده، و مخالف را چند نفر از فقها مثل فخر الدین، بعض متأخر المتأخرین همانند مرحوم اردبیلی، سید داماد در الرسالة رضاعیة،

^[6] قائل به این است تا می‌رسد به صاحب حدائق که قائل به بطلان است.

بعد اضافه می‌کنیم به این مخالفینی که شیخ انصاری فرمودند، خود شیخ طوسی در خلاف، ابن زهره در غنیه، همچنین سلار در مراسم که اینها در میان قدا هستند، نیز قائل به بطلان هستند. حالا آیا باز می‌توانیم بگوئیم قول به صحّت یک شهرت قدامیه داشته؟

در کتاب غایة المراد شهید صحّت را از ابن ابی عقیل عمانی و مفید و سید مرتضی و شیخ در نهایه باز به سلار هم نسبت داده، حلبی، ابن حمزه در وسیله، اسکافی، اینها قائل به این هستند که این صحیح است. علی ایحال نتیجه‌ای که می‌توانیم بگیریم این است که می‌توانیم یک ادعای شهرت قدامیه را بر صحّت بپذیریم.

حالا لعلّ علت اینکه در الروضة البهیة و ایضاح النافع اشهر القولین گفته شاید علّت اینکه بعضی از فقها گفتند: قول به صحّت اشهر است برای اینکه مخالف هم کم نبوده. شیخ در خلاف، ابن زهره در غنیه، حالا سلار در مراسم هم از عبارتش استفاده می‌شود که قائل به بطلان است، حتی به ابن ادریس هم نسبت بطلان دادند یعنی بعضی از عبارت ابن ادریس استفاده‌ی بطلان کردند یعنی چهار نفر از قدا و درجه اول‌های قدا قول بطلان را دارند. پس بهتر این است که ما بگوئیم قول به صحّت اشهر القولین است، یعنی مشهور نیست، می‌دانید اشهر از مشهور ضعیف‌تر است و لذا می‌خوانید الاشهر بل المشهور، یعنی وقتی می‌خواهید ترقی کنید این را می‌گوئید. پس باید به این نتیجه برسیم که قول به صحّت اشهر است لا المشهور، این نتیجه‌ای که از این اقوال در اینجا می‌گیریم.

یکی از کارهایی که الآن باید انجام بدهید این است که از اول تا آخر فقه هر بابی را جداگانه ببینید در آن باب آیا فضولی بودن جریان دارد یا جریان ندارد؟ یک مقداری را خود من دنبال کرده بودم: مثلاً فرض کنید در مضاربه به این نتیجه رسیدیم که اصلاً متقدمین متعرض آن نشدند بلکه متأخرین متعرض شدند. به مضاربه که می‌رسیم عبارتی مرحوم سید در عروه دارد که متقدمین متعرض نشدند. در اجاره، در بیع، در مضارعه، مضاربه، عاریه (در عاریه تمام فقها فضولی بودن را جاری می‌دانند چیز عجیبی است!)، رهن جاری می‌دانند. در صلح فقها متعرض نشدند، فقط متأخرین مثل امام و مرحوم خوئی مختصری متعرض شدند. در هبه متعرض نشدند، در صدقه، در وصیّت، در نکاح، در وقف، که آیا وقف فضولی آیا درست است یا درست نیست؟ اگر بتوانید واقعاً حوصله کنید یکی یکی این موارد و این معاملات بالمعنی الأعم را، معاملات بالمعنی الاعم را می‌بینید در کدام یک فضولی می‌آید و در کدام فضولی نمی‌آید.

حالا این یک بحثی است که بعداً باید در ادامه‌ی بحث‌ها ببینیم، در خود نیابت در عبادات، الآن یک کسی خودش را نائِب یک کسی فضولتاً قرار داد، رفت برایش یک حجّی انجام داد، بعد از آن گفت من نیابتاً از شما انجام دادم اگر این اجازه داد آیا تمام می‌شود یا تمام نمی‌شود؟ بحث‌های خیلی خوبی اینجا است که اگر بخواهیم همین بحث را منقح کنیم خودش شاید یک ماه طول بکشد که هر بابی از ابواب فقه را بیاوریم ببینیم اقوال و انظار چیست؟

علی کلّ حال این کار را انجام بدهیم و کار دوم این است که در خصوص بیع ببینید آنچه که الآن از شیخ طوسی در خلاف خواندیم در بیع این است، ممکن است در بیع شیخ ادعای اجماع کند اما در وکالت اجماع بطلان کند و در عاریه قبول کند، در وقف قبول کند، لذا اینهایی که الآن خواندیم در بیع است و به نظر ما از مجموع عبارات استفاده می‌شود اشهر القولین در بیع صحّت است، نه اینکه بگوئیم قول مشهور عبارت از صحّت باشد.

حالا وارد ادله می‌شویم؛ اولین مطلبی که ما می‌خواهیم مطرح کنیم این است (ولی مرحوم شیخ یک دلیل دیگری را مطرح کردند) آیا بیع فضولی یک امر مطابق با سیره‌ی عقلاست؟ که بیائیم از راه سیره‌ی عقلا مسئله را حل کنیم؟ بعد هم بگوئیم شارع هم امضاء و تأیید کرده، یا اینکه اصلاً بیع فضولی مطابق با ارتکاز عقلا نیست، بلکه عقلا مخالف با او هستند و شارع در باب

معاملات این راه جدید را طی کرده، نگوئیم معاملات از اول تا آخرش امضایی است. مدعای ما این است که بیع فضولی یک امری است برخلاف ارتکاز عقلا، عقلا استنکار می‌کنند اما قواعد و ضوابطی که ما داریم اولاً و ادله‌ی خاصه‌ای که داریم ثانياً در شریعت، شارع آمده فضولی را با اجازه تسهیل فرموده، یک کاری است برخلاف روش عقلا، این را ان شاء الله روز دوشنبه عرض می‌کنیم.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة، عاملی، دفتر انتشارات اسلامی، ج 12، ص 593: و سیأتي فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك ما له نفع تام في المقام، و ظاهر التذكرة هناك الإجماع. و قال في المبسوط: مَنْ باع ما لا يملك كان البيع باطلاً انتهى. (المبسوط: في أحكام بيع الغرر ج 2 ص 158) و هذه ليست بتلك المكانة من الظهور، لأنّه يمكن تأويلها بما ستسمع. و نحوها ما في المراسم (المراسم: في البيوع ص 171) حيث شرط أن يكون ملك البائع أو ملك موكله. و في كشف الرموز (كشف الرموز: في البيع و آدابه ج 1 ص 445) أنّه يلوح من التقي و سلّار، و قد نسبته جماعة (منهم البحراني في الحقائق الناضرة: في البيع ج 18 ص 377، و الصيمري في غاية المرام: في عقد البيع ج 2 ص 13، و أبو العباس في المقتصر: في البيع و آدابه ص 166) إلى ابن إدريس، و الموجود في السرائر إذا باع الإنسان ملكاً لغيره و المالك حاضر فسكت و لم يطالب و لا أنكر ذلك لم يكن في ذلك دلالة على إجازته البيع و وكالته و لا دليل على أنّه ليس المبيع ملكاً له، و كذا إن صالح عليه مصالح و هو ساكت لم يعض الصلح عليه و كان له المطالبة به و انتزاعه (السرائر: في بيع الغرر و المجازفة و .. ج 2 ص 335، و في باب الشروط في العقود: ص 274 275) انتهى. و هو كما ترى، ثمّ إنّ عثرت على ما نقلوه عنه مصرّحاً به في السرائر (السرائر: في بيع الغرر و المجازفة و .. ج 2 ص 335، و في باب الشروط في العقود: ص 274 275).

[2] السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ابن ادریس حلی، دفتر انتشارات اسلامی، ج 2 ص 335.

[3] الخلاف، شيخ طوسي، دفتر انتشارات اسلامی، ج 3، ص: 169.

[4] مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة، عاملی، دفتر انتشارات اسلامی، ج 12، ص 594: و البطلان خيرة الإيضاح (إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ج 1 ص 416 417) و الحقائق (الحدائق الناضرة: في البيع ج 18 ص 378 و 391) و ظاهر مجمع البرهان (مجمع الفائدة و البرهان: في شروط المتعاقدين ج 8 ص 158) و قد يظهر ذلك من الوسائل (وسائل الشيعة: ب 1 من أبواب عقد البيع و شروطه ج 12 ص 248) و نقله في التنقيح (التنقيح الرائع: في البيع و آدابه ج 2 ص 25) عن شيخه السعيد، و الظاهر أنّه أراد فخر المحققين، و لعلّه أراد الشهيد لمكان قوله السعيد و قد عرفت كلامه في كتبه و حواشيه و مسائله، فلعلّه كان ذلك مذهباً له ثمّ عدل عنه. و قد نقل (نقله عنهما البحراني في الحقائق الناضرة: في البيع ج 18 ص 377) ذلك عن مير محمد باقر الداماد في جميع العقود كفخر المحققين.

[5] تأکید استاد بر ضرورت بررسی طبقات فقهاء: یکی از کارهای خوبی که اگر آقایان انجام بدهند؛ این طبقات فقهای قرن دوم الی پنجم، بین شهید ثانی و شهید الو تقریباً دو قرن فاصله است و فاضل مقداد هم بعد از شهید اول است و از شاگردان شهید اول می‌شود، قبل از شهید ثانی است، اینها را اگر آقایان طبقه‌بندی اش را به ذهنتان بسپارید خوب است و در چنین جاهایی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

[6] استاد محترم: مرحوم محقق داماد یک رساله‌ای دارد که به نام ضوابط الرضاع است، از این ضوابط الرضاع گاهی اوقات در کلمات محققین تعبیر می‌کنند به رساله‌ی رضاعیه، این رساله رضاعیه همان ضوابط الرضاع است و فرقی نمی‌کند.