

A descriptive study on positive effect of unauthorized contracts

(Article Type: Original Research)

Hasan Shahmalekpour^{*1}, Reza Daryaei²

Abstract

Among the important issues in Islamic Law are unauthorized contracts. Considering the jurisprudence books both in Shia and Sunni theology; it is revealed that there are many detailed discussions and branches studied by Islamic jurists. Of these, the most fundamental issue is to identify the descriptive effect of the aforesaid contracts. Other discussions about unauthorized contracts are dependent on accepting the validity of unauthorized contracts. This article specifically seeks to find the answer to what the descriptive effect of the unauthorized contracts is in Shia and Sunni jurisprudence? This research shows that there is no consensus nor among Shia or Sunni jurists and generally some think the unauthorized contracts are valid and others disagree. Referring to the evidence of verdicts and critiques and evaluations of unauthorized contracts validness, it is understood that the reasons of this group despite of their great fame, are not able to establish the validity of unauthorized contracts and the opposite view weighs more.

Keywords: Unauthorized contracts, validity, nullity, Shia jurisprudence, Sunni jurisprudence.

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran; Corresponding Author: h.shahmalekpour@guilan.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran; reza.daryaie@guilan.ac.ir



تحلیل اثر وضعی معاملات فضولی

(نوع مقاله: علمی پژوهشی)

حسن شاه ملک پور^۱، رضا دریائی^{۲*}

چکیده

از جمله موضوعات مهم در مباحث فقهی، معاملات فضولی است. با مراجعه به کتب فقهی اعم از فقه امامیه و اهل سنت آشکار می‌گردد که از سوی فقها مباحث پردامنه و فروعات زیادی در این خصوص طرح و مورد بررسی قرار گرفته است. در این میان، مبنایی‌ترین موضوع، شناسایی اثر وضعی معاملات مزبور است. چه اینکه سایر مباحث مربوط به این معامله، فرع بر پذیرش معاملات فضولی است. این نوشتار به صورت مشخص به دنبال پاسخ به این پرسش است که اثر وضعی معاملات فضولی چیست؟ تحقیق حاضر که بر پایه روش توصیفی-تحلیلی و با اتکا بر مطالعه کتابخانه‌ای نگاشته شده است نشان می‌دهد در این خصوص نه در میان فقهای امامیه و نه در میان مذاهب اهل سنت، اتفاق نظر وجود ندارد و به‌طور کلی برخی قائل به صحت معامله فضولی در صورت اجازه مالک و برخی قائل به بطلان آن می‌باشند. مراجعه به ادله احکام و نقد و ارزیابی دلایل صحت معامله فضولی، حکایت از آن دارد که دلایل این گروه با وجود شهرت فراوان و متابعت قانون مدنی از آن، توان اثبات صحت معامله فضولی را ندارد و در این دوگانه، قول به بطلان این معاملات از قوت بیشتری برخوردار است.

واژگان کلیدی: معامله فضولی، صحت، عدم نفوذ، بطلان، فقه امامیه، فقه اهل سنت.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران؛ نویسنده مسئول:

h.shahmalekpour@guilan.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

reza.daryaie@guilan.ac.ir

درآمد

معامله فضولی به قراردادی گفته می‌شود که احدی از طرفین قرارداد، بدون اینکه نماینده مالک باشد و یا دارای اذن شرعی یا مالکی باشد، مال غیر را مورد معامله قرار می‌دهد. از جمله شرایطی که برای متعاقدين مطرح می‌شود، این است که عاقد باید مالک باشد یا دارای اذن مالکی یا شرعی باشد. با این شرط واضح است که بیع فضولی نمی‌تواند عقد صحیح محسوب شود. با این حال، نظریه عدم نفوذ عقد فضولی و صحت آن در صورت تنفیذ مالک، توسط فقهای متقدم شیعه مطرح گشته و در نزد سایر فقها؛ از جمله شیخ مفید و ابن جنید و ابن حمزه، جایگاه مقبولی یافته است (مفید، ۱۴۱۰: ۶۰۶؛ حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۵؛ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۶). حتی شیخ طوسی، علی‌رغم آنکه در دو کتاب خلاف و میسوط با صحت عقد فضولی مخالفت کرده (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۷۹/۲؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۶۸/۳)، در کتاب نهاییه، که شاید آخرین کتاب فقهی و حاوی آخرین نظریات او باشد، با عقد فضولی موافقت کرده است (همو، بی‌تا: ۳۸۵).

در میان متأخرین نیز محقق حلی، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی و محقق کرکی از عقد فضولی دفاع کرده‌اند. علامه حلی شاید نخستین فقیهی است که در صحت عقد فضولی در صورت تنفیذ مالک استدلال کرد. وی معتقد است بیع فضولی مشکلی ندارد و در محل خود واقع شده است. به عبارت دیگر، مقتضی صحت عقد موجود است و معارض ندارد؛ لذا اگر مالک بعد از وقوع عقد فضولی اجازه دهد، آثار عقد نیز مترتب می‌شود (حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۵).^۱ همچنان که شهید ثانی نیز معتقد است مقتضی صحت در عقد فضولی وجود دارد و مانعی ندارد، مگر اجازه مالک که آن نیز در زمان متأخر موجود می‌شود (جبل عاملی، ۱۴۱۳: ۱۵۸/۳). در میان مذاهب اهل سنت نیز می‌توان فقهای مالکی را موافق بیع فضولی معرفی کرد (حفید، ۱۴۱۵: ۱۳۸/۲؛ غرناطی، بی‌تا، ۱۶۴/۱). فقهای حنفی نیز بیع فضولی را در صورت تنفیذ مالک، صحیح می‌دانند؛

۱. البته علامه حلی در کتاب دیگرش صحت بیع فضولی را بنا بر یک رأی، موقوف بر اجازه لاحقه، دانسته و گویی خود استقبال چندانی از صحت عقد نداشته است (حلی، ۱۴۱۳: ۱۹/۲)؛ از این رو، برخی از فقها در پاسخ علامه گفته‌اند اگر بدون نظر و رضایت مالک و به طور فضولی می‌توان اموال اشخاص را معامله کرد و در عین حال، گفت که عاقد اهلیت دارد و معامله در جای خود انجام گرفته، اگر فضولی پیدا شود و ایقاعی از طرف اشخاص دیگر ایجاد کند، ایقاع فضولی نیز باید صحیح شمرده شود. حال آنکه، فقها ایقاع فضولی از جمله طلاق را مردود می‌دانند. به تعبیر دیگر، اگر بیع فضولی بدون رضایت مالک صحیح است، چرا ایقاع فضولی در جای خودش صحیح شمرده نمی‌شود؟ (حلی، ۱۴۰۷: ۳۵۶/۲)

البته تحلیل آن‌ها با دیگر فقهای مذاهب کمی متفاوت است (کاسانی، ۱۴۰۹: ۱۴۸/۵).^۱ در مقابل؛ عقد فضولی مخالفان جدی هم دارد. در میان فقهای امامیه، شیخ طوسی در دو کتاب خلاف و مبسوط و ابن زهره و ابن ادریس حلی و فخر المحققین از مخالفان برجسته عقد فضولی هستند (طوسی، بی‌تا: ۳۸۵؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۲۰۷؛ حلی، ۱۴۰۹: ۲۷۵/۲؛ حلی، ۱۳۸۷: ۴۱۷/۱). ظاهر کلمات ابو الصلاح کافی و سلاز دیلمی نیز به گونه‌ای است که گویی با بیع فضولی مخالفاند (کافی، ۱۴۰۳: ۳۵۲؛ دیلمی، ۱۴۱۴: ۱۷۳). حتی شیخ طوسی ادعای اجماع بر بطلان عقد فضولی کرده است؛ گرچه بر این ادعای اجماع اثری معتنابه مترتب نمی‌شود؛ زیرا از یکسو مخالف دارد که باین وجود، اجماع ممنوع است (طوسی، ۱۴۱۷: ۱۶۸/۳)، و از سوی دیگر خود شیخ در کتاب نهاییه مخالفت خود را اعلام کرده است، پس طرح این اجماعات، چه از سوی مخالفان و چه از سوی موافقان بیع فضولی، با وجود روایات متعدد، هیچ ارزش علمی‌ای ندارد. در مذاهب اهل سنت نیز می‌توان حنبلی‌ها و شافعی‌ها را مخالف صحت عقد فضولی معرفی نمود؛ البته نظر جملگی فقهای شافعی در این خصوص واحد نیست (البهوتی، ۱۴۱۸: ۱۸۱/۳؛ نووی، بی‌تا: ۲۱/۳).

نظر به اهمیت علمی این بحث و کاربرد عملی بالای آن در عالم خارج، در این نوشتار به دنبال پاسخ تحلیلی، منطبق بر ادله در فقه امامیه و اهل سنت به این پرسش هستیم که اثر وضعی معامله فضولی از حیث صحت^۲ و بطلان چیست؟ بدین منظور ادله موافقین و مخالفین صحت معامله فضولی به تفصیل بیان و مورد ارزیابی قرار خواهد

۱. شایان ذکر است فقهای امامیه عموماً در رابطه با معامله فضولی اعم از اینکه فضول مال را برای مالک مورد معامله قرار دهد یا برای خود، برخورد یکسانی دارند و اثر وضعی هر دو را صحت در صورت تنفیذ مالک می‌دانند (انصاری، ۱۳۷۴: ۳۷۷/۱؛ برای مطالعه اشکالات این عدم تفکیک از جمله ر.ک. کرکی، ۱۴۰۸: ۶۹/۴) و قانون مدنی نیز در مواد ۲۴۷ به بعد از این نظر متابعت نموده است. این در حالی است که فقهای مالکی و حنفی، که در میان مذاهب اهل سنت از طرفداران معامله فضولی به شمار می‌آیند و با صحت آن موافق‌اند، این صحت و امکان تنفیذ را محدود به جایی می‌دانند که فضول معامله را نه برای خود؛ بلکه برای مالک انجام می‌دهد. به بیان دیگر فروش مال غیر برای خود را که از آن به بیع ما لیس عندک تعبیر می‌شود، باطل و مشمول نهی روایت نبوی می‌دانند (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۵۲۷۹؛ حنفی، ۱۴۱۵: ۱۳۹/۲).

۲. مراد از صحت عقد فضولی در نوشتار حاضر، صحت این عقد بعد از الحاق تنفیذ مالک است و پیش از آن، عقد غیر نافذ می‌باشد؛ از این‌رو مراد از طرفداران صحت عقد فضولی یا موافقین عقد فضولی در نوشتار حاضر، قائلین به عدم نفوذ این عقد و امکان پذیر بودن الحاق تنفیذ است.

گرفت. تحقیق نشان می‌دهد با وجود مشهور بودن نظریه صحت معاملات فضولی در صورت تنفیذ مالک و طرح مباحث و فروع متعدد فقهی نظیر ماهیت اجازه، زمان تأثیر آن و ... که حجم زیادی از کتب فقهی را به خود اختصاص داده است و جملگی فرع بر پذیرش صحت این معاملات می‌باشد، دلیل روشن و منقحی برای این دیدگاه وجود ندارد و دلایل ابرازی با اشکالات مهمی مواجه است که نمی‌توان به آسانی از آن چشم‌پوشی نمود. شایان ذکر است قانون مدنی در ماده ۲۴۷ و مواد مربوط به معاملات فضولی با پیروی از دیدگاه صحت، دلایل این دیدگاه را مورد پذیرش قرار داده است. در این ماده می‌خوانیم: «معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت، نافذ نیست ولو این که صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم‌مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله، صحیح و نافذ می‌شود». نویسندگان حقوقی در بحث معاملات فضولی، بدون تحلیل مستقل و جامع در خصوص صحت یا بطلان این معاملات، موضوعاتی؛ نظیر تبیین نقش رابطه مالک و فضول یا شرایط و آثار این معاملات را مورد مطالعه قرار می‌دهند که جملگی فرع بر پذیرش این معاملات است. نقد و ارزیابی دلایل فقهی طرفداران صحت معامله فضولی، اشکالات دیدگاه قانونگذار را هم نمایان خواهد ساخت.

برای این منظور در ادامه ابتدا دیدگاه فقهای امامیه و دلایل آن بررسی و پس از آن به ترتیب آرای فقهای مذاهب اهل سنت و دلایل آن‌ها مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱. دیدگاه فقهای امامیه

ملاحظه آرای فقهای امامیه حکایت از آن دارد که برخی معامله فضولی را در صورت بیان اجازه از سوی مالک صحیح می‌دانند و برخی دیگر به صورت مطلق نظر به باطل بودن معامله مزبور دارند.

۱-۱. ادله صحت عقد فضولی

طرفداران صحت معامله فضولی، دلایل مختلفی را برای اثبات نظر خود بیان می‌دارند؛ از آن جمله می‌توان به اطلاق و عموم ادله عقود، حدیث عروه باری، صحیح محمد بن قیس و دلیل اولویت اشاره داشت. در ادامه این دلایل معرفی و مورد نقد و

ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۱. اطلاق و عموم ادله عقود

طرفداران بیع فضولی معتقدند این بیع از لحاظ ظاهری و ماهوی از مصادیق بیع شمرده می‌شود و اسم عقد و بیع بر آن صادق است (نراقی، ۱۴۱۸: ۱۴ / ۲۷۱) و نبود اذن مالک مقارن با عقد، موجب خروج آن از مصادیق عقد و بیع نمی‌شود؛ زیرا به هر حال رضایت مالک و اذن او به بیع ملحق می‌شود. اینکه گفته شود مقارنت اذن با عقد، شرط اساسی برای صحت معامله است، کلامی بی‌دلیل است؛ زیرا مقتضای عموم ادله عقد و بیع دلالت بر لزوم پایبندی به عقد است و از این عموم آنچه یقیناً خارج شده، عقد بدون اجازه است. در خصوص عقدی که اجازه و رضایت مالک با تأخیر به آن ملحق می‌شود حتی اگر مشکوک باشیم، به عموم ادله عقود؛ از جمله عقد بیع تمسک می‌کنیم و صحت و لزوم عقد منتج می‌شود (انصاری، ۱۳۷۴: ۱ / ۳۶۷). به عبارت دیگر؛ طرفداران عقد فضولی معتقدند عقد فضولی مشکلی ندارد و در محل خود و با همه شرایط منعقد می‌شود (حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۵). چنان‌که در ریاض المسائل نیز آمده بیع فضولی عقدی است که توسط عاقدی که اهلیت دارد واقع می‌شود و همه شرایط صحت عقد غیر از ملکیت را دارد و اساساً بیع در محل خود واقع شده و ذاتاً قابلیت بیع را دارد و لذا، بیع فضولی عقدی صحیح است و درعین حال، لزوم ندارد و با الحاق اجازه مالک عقد لازم می‌شود. از این رو، مشمول عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده / ۱) (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۸ / ۱۲۰)، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره / ۲۷۵) و «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» (نسا / ۲۹) می‌گردد.

به نظر می‌رسد آنچه بیان شد خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً اگر گفته شود عقد فضولی از اهلش صادر شده و عاقد برای انعقاد عقد اهلیت دارد، محل تأمل و بلکه اشکال است؛ زیرا ما دلیلی بر این ادعا نداریم و اتفاقاً همه بحث در این است که آیا فضولی می‌تواند اموال مردم را بفروشد؟ لذا به نظر می‌رسد این استدلال طرفداران عقد فضولی نوعی مصادره به مطلوب است؛ یعنی استدلال به آنچه مفاد آن هنوز ثابت نشده است. ثانیاً اگر عاقد حقیقتاً در عقد فضولی اهلیت انعقاد عقد را دارد، پس چرا فقهای مزبور ایقاع فضولی را باطل می‌دانند؟ اگر اهلیت انعقاد عقد هست، پس اهلیت برای ایقاع نیز باید باشد، چنان‌که برخی از فقها نیز به آن اشاره کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۷: ۲ / ۳۵۶).

ثالثاً استناد به اطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» برای صحت بیع فضولی محل اشکال است؛ زیرا در غالب موارد بیع، با اذن مالک یا از طرف مالک واقع می‌شود و لذا با وجود انصراف معنایی و کثرت استعمال بیع در این معنای غالب، استناد به اطلاق آیه مزبور توجیه اصولی ندارد.^۱ رابعاً همچنان که برخی از فقهای معاصر و شارحین مکاسب شیخ انصاری نیز نوشته‌اند، اگر بخواهیم برای صحت عقد فضولی به آیات مزبور استناد کنیم، تالی فاسدی به همراه دارد که فقها بدان ملتزم نیستند. به عبارت دیگر، اگر آیات مزبور مستند عقد فضولی باشند، پس هرگاه اموال مردم فضولی معامله شود، بنا به مفاد آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، از سوی مالک واجب الوفا و قابل التزام و الزام می‌شود. حال آنکه، بطلان این نتیجه واضح است و آیه به مواردی مربوط است که مالک با رضایت و اختیار و اراده خود به انعقاد عقد یا بیعی اقدام کرده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۳۴/۱)؛ زیرا به تعبیر محمدحسین اصفهانی، دیگر شارح مکاسب، «من لا عقد لا وفاء له»؛ یعنی کسی که عقدی را منعقد نکرده باشد، ملتزم به آن نیز نخواهد بود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۷۹).

۱-۲-۱. حدیث عروه بارقی

آنچه با عنوان مزبور در روایت مطرح شده (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۴۵/۱۳) این است که پیامبر (ص) دیناری به عروه — که ظاهراً خادم ایشان بود — داد تا گوسفندی را برای قربانی خریداری کند. عروه با همان پول دو گوسفند خرید و یکی از آن دو گوسفند را به یک دینار فروخت. وقتی به نزد پیامبر (ص) آمد، یک گوسفند و یک دینار پول به پیامبر (ص) داد. پیامبر (ص) نیز در پاسخ او فرمود: «بارک الله فی صفقة یمینک». معنای روایت این است که پیامبر (ص) بیع و شراء فضولی عروه را پذیرفته است (حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۵؛ جبل عاملی، ۱۴۱۳: ۱۵۸/۳). برخی از فقها نظیر محقق کرکی برای اثبات صحت معامله فضولی صراحتاً به حدیث عروه بارقی استناد کرده‌اند. البته ایشان معتقد است این روایت صرفاً بر بیع فضولی دلالت می‌کند و شامل شراء فضولی نمی‌شود (کرکی، بی تا: ۴/۶۹).

۱. شایان ذکر است با توجه به غلبه افرادی بیع در معنایی غیر از بیع فضولی، انصراف مورد استناد را نمی‌توان انصراف بدوی دانست. کما اینکه مرحوم مظفر؛ کثرت استعمال لفظ در یک معنا و شیوع آن را مانعی در مسیر تمسک به اطلاق دانسته و ظهور چنین امری به منزله مقید می‌شمارد (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۸۹/۱).

در استناد به این روایت سه اشکال به نظر می‌رسد. اولاً در خصوص این روایت چند احتمال قابل تصور است. اول. ممکن است گفته شود عروه مرتکب فعل حرامی گشت که این احتمال با توجه به تأیید پیامبر (ص) مردود است. دوم. ممکن است بگوییم چون این عقد از اول مقرون به رضایت مالک (پیامبر) بود، از دایرة عقد فضولی خارج است. سوم. احتمال دیگر این است که بگوییم نظر به اینکه عروه علم داشت که مالک حتماً به این بیع و شراء رضایت می‌دهد، معامله مزبور را انجام داد. این وجه نیز مردود است، زیرا عروه علم غیب نداشت و اگر هم داشت، قبض و اقباض مال دیگران گناهی عظیم است و از مصادیق تصرف در مال مردم است. چهارم. ممکن است گفته شود عروه فضول نبود، بلکه خادم امین و مأمور خرید روزانه پیامبر (ص) بود و لذا با اجازه تام و تمام به خرید مایحتاج پیامبر (ص) اقدام می‌کرد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۸/۸). این روایت با توجه به وجوه مختلف و احتمالات عدیده‌ای که در توجیه عمل عروه مطرح می‌شود، برای صحت عقد فضولی قابلیت استناد ندارد. به عبارت دیگر، با بروز احتمالات، استدلال باطل می‌شود. بسیاری از فقهای معاصر نیز به این حدیث اشکالات فراوانی وارد کرده‌اند (انصاری، ۱۳۷۴: ۳۶۸/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۳۴/۱).

ثانیاً حدیث عروه از حیث سندی نیز خالی از اشکال نیست. برای نمونه صاحب ریاض و شهید ثانی با بیان اینکه سند این حدیث عامی است به ضعف آن اشاره داشته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۲۱/۸؛ جبل عاملی، ۱۴۱۳: ۱۷۵/۳). مقدس اردبیلی هم معتقد است عدم صحت راوی آن معلوم و با روایت قوی‌تر معارض است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۸/۸). مرحوم مصطفی خمینی نیز این روایت را نزد شیعه موثق نمی‌داند و تأکید می‌کند که چون در این مسأله روایات دیگری وارد شده است که دارای حکم عقلایی است؛ لذا صرف انطباق فتاوی مشهور با این روایت، توان جبران ضعف آن را ندارد. بر همین اساس ایشان نظر صاحب جواهر، مبنی بر اینکه شهرت این روایت موجب بی‌نیازی از بررسی سند روایت عروه است، را مورد انتقاد قرار می‌دهد (خمینی، ۱۴۱۸: ۲۴/۲).^۱

۱. محقق بحرانی ذیل بحث بیع فضولی از سیره جاریه در میان فقهای شیعه انتقاد می‌کند که فراوان احادیث صحیحه را رد می‌کنند؛ زیرا برخلاف اصطلاحات جدید آن‌ها است. حال آنکه، در بیع فضولی بر روایتی عامی اعتماد کرده‌اند و احکام فراوانی را بر آن بار کرده‌اند و جالب اینکه بیع غاصب را نیز به فضولی حمل کرده‌اند (بحرانی، بی تا: ۳۸۲/۱۸). شهید اول در الدروس نوشته که حتی علم مشتری به مغضوب بودن مبیع نیز به عقد فضولی ضرری نمی‌زند (جبل عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۳/۳).

ثالثاً روایت عروه با روایتی که به لحاظ دلالت و سند از آن قوی‌تر است، معارض است و آن روایت سخن نبوی است که فرمود: «لا تبع ما لیس عندک» (عاملی، بی‌تا: ۳۷۴/۱۲) یعنی آنچه را که در نزد تو نیست، نفروش.^۱ از ظاهر روایت مستفاد می‌شود که در این گونه موارد صلاحیتی برای انتقال مال وجود ندارد که لازمه‌اش تحریم عقد فضولی است.^۲

۱-۱-۳. صحیحۀ محمد بن قیس

از جمله دیگر مستندات روایی طرفداران عقد فضولی، روایت محمد بن قیس است (عاملی، بی‌تا: ۵۹۱/۱۴). در این روایت، مردی صاحب کنیزی بود، پسرش کنیز را بدون اطلاع پدر و در غیبت او به شخص ثالثی فروخت و پس از برقراری رابطه جنسی شخص ثالث با کنیز مزبور، او حامله شد و فرزندی از او متولد شد. در این میان، مالک اصلی پس از اطلاع از بیع فضولی به مشتری مراجعه کرد و کنیز و فرزند متولدشده را استرداد کرد. مشتری نزد حضرت علی بن ابیطالب (ع) رفت و شکایت کرد. امیرالمؤمنین (ع) او را راهنمایی کرد که فرزندش را گروگان بگیرد و با این روش، بایع را تحت فشار قرار دهد تا او طفل را آزاد کند. مشتری نیز همین کار را انجام داد و فرزندش آزاد شد. شهید اول، با استناد به این روایت، معتقد است امیرالمؤمنین (ع) بیع فضولی مزبور را تأیید کرده است (جبل عاملی، ۱۴۱۲: ۳/۲۳۳).

روایت مزبور نیز در اثبات صحت معامله فضولی با اشکالات مهمی مواجه است؛ زیرا اولاً رد کردن فرزند مشتری از سوی مالک کنیز، هیچ ربطی به بیع فضولی ندارد؛ زیرا فرزند متولدشده از کنیز، به واسطه آنکه پدرش حر بوده، حر می‌شود و از باب وطی به شبهه فرزند مشتری محسوب می‌شود و اصلاً مالک کنیز حقی به او از باب عبد

۱. متذکر می‌شویم در رابطه با روایت مزبور احتمالات مختلفی مطرح است؛ برای نمونه ر.ک. (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۱۶/۴). با این وصف همانطور که بیان شد ظهور روایات مزبور که از نظر اصولی حجت است (مظفر، ۱۳۸۶: ج ۳، ۱۳۷ و ۱۴۷)، هماهنگ با تحلیل ارائه شده می‌باشد.

۲. علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء در پاسخ اشکال مذکور می‌نویسد: نهی پیامبر (ص) مقتضی فساد عقد نیست (حلی، ۱۴۱۴: ۱۵/۱۰). درحالی‌که در مباحث اصول نیز آمده است که اگر نهی در معامله به یکی از اجزا یا خصوصیت یا شرط یا صفتی تعلق داشته باشد، نهی مستوجب بطلان معامله است. در روایت مزبور نیز نهی به وصف موجود نبودن مبیع در نزد فروشنده اشاره می‌کند و این یک وصف است، پس نهی مقتضی فساد و بطلان است.

بودن ندارد، چون اصلاً عبد نیست. ثانیاً اینکه امیرالمؤمنین (ع) شخصی را به گروگان گیری فرزند دیگری تشویق کند، با مقام شامخ حاکمیت و امامت آن حضرت منطبق نیست (نراقی، ۱۴۱۸: ۲۷۷/۱۴).

۱-۴. دلیل اولویت

یکی از دلایلی که برخی از فقها برای صحت عقد فضولی بدان استناد می کنند، پذیرش نکاح فضولی در برخی از روایات وارده است (عاملی، بی تا، ج ۱۴/ ۲۱۱-۵۲۲). سید علی طباطبایی در ریاض المسائل به این نکته اشاره دارد^۱ و سوگند می خورد که بهترین دلیل پذیرش صحت عقد فضولی همین دلیل اولویت است. مشارالیه معتقد است صحت نکاح فضولی و پذیرش آن مقتضی پذیرش معاملات فضولی است؛ زیرا در شریعت اسلام به لزوم احتیاط در نکاح اهتمام فراوانی شده است (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۲۱/۸). باین حال، در برخی روایات نکاحی را که به طور فضولی از سوی عبد و إماء انجام گیرد، متوقف بر اذن مالک دانسته اند. بعد از سید علی طباطبایی، برخی دیگر از فقها نیز به این دلیل اشاره کرده اند (نجفی، ۱۳۶۸: ۲۲/ ۲۷۸؛ انصاری، ۱۳۷۴: ۳۷۳/۱؛ عاملی، ۱۴۲۴: ۶۰۲/۱۲).

فارغ از صحت و سقم سند روایات مزبور، آنچه از دلالت روایات و موضوع مطرح شده در آن ها مستفاد می شود، مؤید نظر موافقان عقد فضولی نیست. به عبارت دیگر، در روایات مورد استناد، سخنی از عقد فضولی نیست؛ چنان که مثلاً در یکی از آن ها سخن از مادری است که در غیبت فرزندش دختری را برای او تزویج می کند که امام (ع) در این خصوص می فرماید اگر فرزند نکاح را قبول کرد، صحیح است و اگر نکاح را رد کرد، صحیح نیست؛ ولی پرداخت مهریه تعیین شده بر عهده مادر خواهد بود (عاملی، بی تا: ۲۱۱/ ۱۴). آنچه روایت را غیرقابل پذیرش می کند، همین لزوم ضمان مهر است که بر عهده مادر قرار داده شده است. اگر نکاح صحیح نیست، پس مهر المسمی نیز ندارد. از این جهت، دلالت روایت برای استناد و تأیید عقد فضولی مخدوش است. به همین جهت، شیخ حر عاملی نیز در ذیل روایت می نویسد: «برخی علمای ما لزوم پرداخت مهریه از سوی مادر را مبتنی بر ادعای وکالت از سوی مادر دانسته اند» (همان).

۱. شیخ مرتضی انصاری در کتاب مکاسب نقل می کند که از فقهای پیشین نوه شهید ثانی نیز در کتاب غایة المراد به این مسئله اشاره کرده بود (انصاری، ۱۳۷۴: ۳۷۳/۱).

یادآور می‌شویم در باب دوازدهم از ابواب اولیای عقد کتاب وسایل الشیعه نیز صرفاً یک روایت وجود دارد و آن نیز مربوط به تزویج صبی و صبیّه از سوی پدر آن دو است و به تزویج فضولی ربطی ندارد، گرچه در عنوان باب نوشته شده که اگر غیر از پدر و جدّ پدری برای صغیر یا صغیره‌ای تزویج کند، موقوف به اجازه و رضایت آن‌ها بعد از بلوغ و رشد است. در باب بیست و چهارم از ابواب اولیای عقد این کتاب نیز دو روایت آمده که آن‌ها نیز مربوط به عبدی است که بدون اجازه مولا ازدواج کرده بود که امام (ع) در این خصوص می‌فرماید، مولای او باید به این عقد اجازه بدهد. واضح است که این موارد نیز به عقد فضولی ربطی ندارد و صرفاً به بیان رابطه عبد و مولا اشاره دارد؛ بنابراین به نظر می‌رسد استناد «به فحوای مقبولیت نکاح فضولی» دلیلی روایی و مستند به سنت نبوی یا ولوی (سنت ائمه اطهار) نیست؛ بلکه ناشی از اجتهاد شخصی است که در عین احترام، کلامی مردود است.

۱-۲. ادله بطلان بیع فضولی

گروهی نه‌چندان قلیل از فقهای شیعه معتقدند عقد فضولی صحیح نیست و در همه اشکال خود (لنفسه و لغيره) باطل است. شیخ طوسی در مبسوط و خلاف عقد فضولی را باطل می‌داند. البته به تعبیر صحیح‌تر در کتاب خلاف، بیع را باطل و شراء فضولی را صحیح می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۹۷/۲؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۶۸/۳). درهرحال، ابن زهره، ابن ادریس، فخر المحققین، ابن فهد، محقق اردبیلی و محقق بحرانی بیع و شراء فضولی را باطل می‌دانند (حلبی، ۱۴۱۷: ۲۰۸؛ حلبی، ۱۴۰۹: ۲۷۴/۲-۲۷۵؛ حلبی، ۱۳۸۷: ۴۱۷/۱؛ حلبی، ۱۴۰۷: ۳۵۶/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۸/۸؛ بحرانی، بی‌تا: ۳۷۸/۱۸). این گروه از فقهای امامیه برای اثبات نظر خود به برخی آیات و روایات استدلال نموده‌اند که در ادامه بیان و همچنین نقش اراده فضول و مالک مورد تحلیل قرار گرفته و اثبات می‌گردد افزون بر ادله نقلی، از نظر تحلیل اراده نیز امکان پذیرش معامله فضولی وجود ندارد.

۱-۲-۱. دلیل قرآنی

از جمله دلایل طرفداران نظریه بطلان معاملات فضولی، تمسک به آیه کریمه

«لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نسا/ ۲۹) است. برای نمونه مرحوم محقق اردبیلی معتقد است این آیه صراحته بر این معنا دلالت دارد که تصرف در اموال دیگران، جز به معامله‌ای که با رضایت طرفین انجام شده باشد، جایز نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۸/۸)؛ حتی عقد منعقدہ بایستی از رضایت طرفین عقد منتج گردد، نه اینکه با هر عنوان عقدی منعقد شود و بعداً رضایت به آن الحاق شود. در واقع، قرآن بر «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نسا/ ۲۹) تأکید دارد نه تجارت «مع التراضی». البته شیخ انصاری معتقد است این آیه معنای حصر ندارد و استثنا متصل نیست، بلکه منفصل است. به تعبیر دیگر، وی معتقد است «تجارت عن تراض» به اکل مال (مستثنی‌منه) هیچ ربطی ندارد، مثل اینکه گفته شود «جاء القوم الا الحمار» (انصاری، ۱۳۷۴: ۳۷۳/۱). به هر حال، آنچه مسلم است تجارت بدون رضایت طرفین عقد از مصادیق حرام خواری و اکل مال به باطل محسوب می‌شود؛ همچنین اگر اجازه متأخر مالک را رضایت به عقد در نظر بگیریم و مشمول عقد صحیح بدانیم، کلامی بلا دلیل است و اساساً عقد بدون رضایت، ماهیتی معنادار نیست. به عبارت دیگر، عقد و رضایت از هم جدا نیستند تا فرض مقارنه یا تأخر آن از عقد مطرح شود. عقد بدون رضایت هیچ ماهیت متصلی ندارد. از حیث مفردات این قاعده نیز متذکر می‌شویم حرف «عن» در این آیه شریفه، ظهور در مقارنت رضایت همراه با عقد دارد. همین عقد مقارن با رضایت است که منحصراً تجارت مباح محسوب و از شمول اکل مال به باطل خارج گردیده است.

۱-۲-۲. ادله روایی

روایاتی وارد شده که در آن‌ها صراحته از معامله‌ای که در آن مبیع متعلق به بایع نیست، نهی شده است. از جمله این روایات؛ روایت «لا تبع ما لیس عندک» (بیهقی، بی تا: ۲۶۷/۵)، یعنی آنچه را که در نزد تو نیست و امکان تسلیم آن را نداری نفروش. واضح است که فضولی بدون هیچ گونه سلطه‌ای بر مال مردم و بدون داشتن هیچ سمتی از سوی مالک، مال دیگری را (ولو از طرف مالک) می‌فروشد. حال آنکه، هیچ راهی ندارد تا بتواند مال فروخته شده را به دیگران تسلیم کند؛ بنابراین، روایت مزبور با نهی صریح، انجام دادن چنین کاری را رد کرده و در نتیجه، معامله مزبور نیز مردود و باطل خواهد بود.

در روایت «لا بیع الا فیما یملک» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۳۰/۱۳؛ عاملی، بی تا: ۲۵۲/۱۲؛ الاحسائی، ۱۴۰۳: ۲۴۷/۲) نیز پیامبر (ص) فروش مالی را که فروشنده، مالک آن نیست، نهی و نفی کرده است و لذا دلالت این روایت صریح تر و روشن تر از روایت قبلی است. در واقع، در این روایت حقیقت و ماهیت بیع نفی نشده؛ بلکه صحت عقد و ترتب اثر آن نفی شده است (حلی، ۱۴۰۷: ۳۵۶/۲). مضافاً اینکه پیامبر (ص) در همین روایت افزون بر بیع که عقد است به طلاق فضولی که ایقاع می باشد نیز اشاره نموده است (انصاری، ۱۳۷۴: ۳۷۳/۱). پیامبر (ص) در ابتدای جمله مزبور می فرماید: «لا طلاق الا فیما یملک» (نوری، ۱۴۰۸: ۲۹۳/۱۵؛ طوسی، ۱۴۱۷: ۱۶۹/۳)^۱، یعنی طلاق از سوی فضولی و کسی که بر نکاح سلطه ای ندارد، نهی و نفی شده و اتفاقاً همه فقها به این قسمت از روایت عامل هستند و طلاق فضولی را باطل می دانند. البته این روایت نیز از سوی برخی از فقهای موافق بیع فضولی توجیه شده است. چنان که گفته اند در این روایت پیامبر (ص) به حقیقت بیع نظر نداشته و وجود حقیقی بیع را نهی و رد نکرده است، بلکه به صفت بیع که همان لزوم است اشاره می کند و بر عدم لزوم آن دلالت دارد. کما اینکه تعذر تسلیم مبیع نیز با اجازه ای که از مالک متوقع است و حاصل می شود، ممکن می گردد (جبل عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۲/۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۵). پاسخی که به این دسته از فقها می توان داد این است که چگونه می توان پذیرفت که مفاد قسمت اول جمله بطلان (طلاق) و مفاد قسمت دوم آن نفی لزوم (بیع) باشد؟ مگر می توان تصور کرد پیامبر (ص) از یک جمله دو معنا اراده کرده باشد؟ در حالی که ترکیب نحوی جمله مربوط به طلاق همان ترکیب نحوی جمله مربوط به بیع است، لذا متعلق نفی باید در هر دو جمله یکسان باشد.

۱-۲-۳. تحلیل نقش اراده فضول و مالک

طرفداران صحت عقد فضولی به منظور توجیه نظر خود، قصد فضول را برای شکل گیری قرارداد در کنار قصد طرف معامله کافی دانسته و با تحلیل های مختلف،

۱. شیخ کلینی این روایت را در کتاب کافی ذیل عنوان «لا طلاق قبل النکاح» بیان نموده است. این عنوان ممکن است موجب این تصور گردد که روایت استنادی ارتباطی با بحث حاضر ندارد. در رفع این شبهه متذکر می شویم صرف نظر از ظهور لفظی این روایت، دلالت دیگر روایات بیان شده ذیل این عنوان در کتاب مزبور؛ نظیر «لا یكون طلاق حتی یملک عقده النکاح» یا «لا طلاق الا بعد ما یملک الرجل» (کلینی، ۱۳۶۷: ۶۶۲-۶۳) موید آنچه آمد است. کما اینکه فقهای امامیه نظیر شیخ انصاری نیز در بحث بیع فضولی به آن استناد نموده اند (انصاری، ۳۷۴: ۳۷۳/۱).

در پی اثبات عدم ضرورت وجود قصد مالک حین العقد می‌باشند. مطابق نظر مشهور فقهای امامیه؛ علت غیر نافذ بودن عقد فضولی، تنها فقدان رضا است و این امکان وجود دارد که با رضای مؤخر مالک که اصطلاحاً به آن تنفیذ گفته می‌شود، مانع مزبور برطرف گردد (طوسی، بی‌تا: ۳۸۵؛ مفید، ۱۴۱۰: ۶۰۶؛ طوسی، بی‌تا: ۳۸۵، طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۶؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۲۷۲-۲۷۷).^۱ شایان ذکر است ماهیت اجازه مالک نیز مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، چیزی جز اعلام رضایت نیست. به بیان دیگر باوجوداینکه حین العقد؛ نه قصد مالک وجود دارد و نه رضای او، با پذیرش قصد فضول به جای قصد مالک و شناسایی امکان الحاق رضای مؤخر مالک، معامله مزبور را غیر نافذ قلمداد می‌نمایند. در حقیقت برای حمایت از مالک، امکان اجازه یا رد از سوی او را، همانند آنچه مطابق نظر مشهور فقهای امامیه در معاملات اکراهی وجود دارد، کافی می‌دانند. تأمل در این دیدگاه حکایت از آن دارد که این نظر مبتنی بر سه مقدمه است: اول. قصد و رضا، دو امر مستقل از هم می‌باشند (جبل عاملی، ۱۴۱۲، ۱۹۴/۳؛ حلی،

۱. برای ملاحظه توجیهات دیگر در رابطه با مبنای ورود مالک به رابطه ایجاد از سوی فضول و اسیل و مشاهده اشکالات آن ر.ک. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۵-۱۱۶). یادآور می‌شویم برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند اجازه بعدی مالک به منزله اعطای نمایندگی به فضول است؛ لذا صحت معامله فضولی بر بنیاد نظریه نمایندگی قابل اثبات است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۱۲-۱۱۴). به نظر می‌رسد این نظریه نیز توان اثبات صحت معامله فضولی را ندارد؛ زیرا رکن سازنده در اعمال حقوقی، اراده متعاقدين است، چگونه می‌توان در رابطه میان فضول و مالک، اراده ایجاد نمایندگی را پذیرفت؟ به ویژه در مواردی که فضول، معامله فضولی را نه برای مالک؛ بلکه برای خود انجام می‌دهد؛ مانند معامله سارق. در حقیقت جملگی طرفداران صحت معامله فضولی در توجیه مبنای صحت معامله فضولی با چالشی عجیب مواجه اند و بسیار خود را به تکلف انداخته اند؛ این در حالی است که جملگی توجیهات آن‌ها با اشکال مواجه است. یادآور می‌شویم افزون بر فقهای طرفدار بطلان معامله فضولی، در میان حقوقدانان، دکتر جعفری لنگرودی نیز از حیث قواعد عمومی معاملات، عقد فضولی را محکوم به بطلان می‌داند؛ اما باین وجود ایشان اعتقاد دارد با توجه به مصالح اجتماعی و از باب «اداره عقود»، قانون گذار این عقد را غیر نافذ و قابل تصحیح می‌داند. ثمره این نظریه این است که هیچ‌یک از عناصر عمومی عقود مورد انکار و تحریف قرار نمی‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۳۰۰/۱). ترجیح این نظر بر سایر نظرات مطروح در خصوص معاملات فضولی این است که بطلان عقد فضولی را بر مبنای قواعد قراردادهای می‌پذیرد؛ اما نظر به مصالح اجتماعی آن را قابل تصحیح می‌داند. اشکالی که به نظر می‌توان بر نظر فوق وارد نمود این است که آیا در تمامی صور معامله فضولی مصالح عمومی ایجاب می‌کند، که قانون گذار از باب اداره عقد امکان تنفیذ عقد فضولی را به رسمیت بشناسد؟ به باور نگارندگان پاسخ منفی است و تنها در پاره ای از موارد که خریدار به اتکا بر ظاهر قابل اعتماد؛ نظیر سند رسمی مبادرت به خرید مال می‌نماید این ضرورت وجود دارد. در این موارد هم همانطور که در ادامه خواهد آمد، لازم است عقد نه غیر نافذ؛ بلکه اساساً از ابتدا صحیح باشد.

۱۴۱۳: ۵۵/۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۲۰/۸).^۱ قصد امری نوعی است و حتی می‌تواند از ناحیه فضول واقع گردد؛ آنچه جنبه شخصی و درونی دارد، رضایت است که باید از سوی مالک ابراز گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۶). ضمانت اجرای عدم وجود قصد، بطلان قرارداد و ضمانت اجرای عدم وجود رضا، عدم نفوذ عقد است. دوم. ضرورتی بر مقارنت میان قصد و رضا نیست؛ به بیان دیگر این امکان وجود دارد که عقد با قصد شکل گیرد و رضای مؤخر به آن ملحق گردد (انصاری، ۱۳۷۴: ۱/۳۶۷).^۲ سوم. ضرورتی به وجود قصد مالک، حین العقد نیست و قصد فضول می‌تواند خلأ فقدان قصد مالک را مرتفع کند (مفید، ۱۴۱۰: ۶۰۶؛ طوسی، بی‌تا: ۳۸۵؛ جبل عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۴/۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۲۰/۸؛ طوسی، بی‌تا: ۳۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۶؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۲۷۲/۲۲-۲۷۷). با وجود این؛ به نظر می‌رسد جملگی مقدمات فوق قابل خدشه است.

اشکال مقدمه اول آن است که چه در صورت پذیرش امکان تفکیک قصد و رضا و چه در صورت عدم پذیرش این مهم، نمی‌توان عقد فضولی را صحیح دانست. توضیح اینکه با وجود تفکیک میان قصد و رضا از سوی گروهی از فقها (جبل عاملی، ۱۴۱۲، ۱۹۴/۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ۵۵/۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۲۰/۸) و متابعت قانون مدنی از آن، تفکیک مزبور متکی بر دلیل قانع‌کننده‌ای نیست؛ زیرا اولاً اراده امر بسیطی است و قابل تجزیه به قصد و رضا نمی‌باشد (نجفی، ۱۳۶۸: ۲۶۷/۲۲؛ حکیم، بی‌تا: ۱۸۸-۱۸۹). ثانیاً همانطور که بیان شد معامله فاقد رضا، مشمول آیه «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» که به ضرورت وجود تراضی دلالت دارد، نمی‌گردد. با توجه به آیه شریفه مزبور عقدی که در نتیجه رضایت حاصل نشده باشد، واجد عنوان عقد نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۵/۸-۱۵۶؛ نراقی، ۱۴۱۸: ۲۶۴/۱۴؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۲۶۷/۲۲؛ کرکی، ۱۳۶۸: ۶۲/۴) از نظر عرف نیز نمی‌توان آن را بیع دانست؛ لذا همانطور که سابقاً بیان شد، اساساً نوبت به اعمال عمومات عقود و شمول آن‌ها نمی‌رسد و همان‌طور که برخی از محققین گفته‌اند صدق اسم عقد بر عمل فضولی، اول دعوا است و همه اختلاف‌ها همین‌جا است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۰۴/۴). ثالثاً زمانی که میان تحقق یا عدم تحقق عقد تردید ایجاد شود، می‌بایست اصل را بر عدم تحقق عقد نهاد.

۱. در قانون مدنی نیز برای نمونه از مواد ۱۹۰، ۱۹۵ و ۲۰۹ قانون مدنی نیز این دوگانگی قابل فهم است.

۲. قانون مدنی هم در موادی نظیر ماده ۲۰۹، ۲۴۷ و ۳۴۶ از این نظر متابعت نموده است.

حتی اگر تفکیک میان قصد و رضا را نیز مورد پذیرش قرار دهیم، پذیرش معامله فضولی با اشکال مواجه است؛ زیرا بنا بر این تفکیک، در مسیر تشکیل اراده، رضا مرتبه مقدمی بر قصد دارد. چگونه است که فضول می‌تواند دارای قصد انشاء باشد؛ اما نمی‌تواند دارای رضا محسوب گردد؟ به بیان دیگر اگر قصد فضول توان برطرف کردن اشکال عدم وجود قصد انشاء را دارد باید توان برطرف کردن خلأ رضا را نیز داشته باشد.^۱ افزون بر آن چگونه می‌توان پذیرفت فضول به ویژه در جایی که برای خود امری را قصد می‌نماید، قادر است موجودی اعتباری را ولو به صورت ناقص برای مالک ایجاد نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱۰۷). در این صورت حتی اگر رضای مالک هم ملحق گردد، نمی‌تواند مقوم عقد به شمار آید؛ زیرا در این حالت آنچه از سوی فضول قصد شد (معامله برای خود) با آنچه ادعای وقوع آن از سوی طرفداران معامله فضولی مطرح می‌گردد (وقوع معامله برای مالک)، همخوانی ندارد. به بیان دیگر؛ قاعده العقود تابعه للقصود ایجاب می‌کند، قرارداد مزبور باطل به شمار آید.^۲ توضیح اینکه بر اساس تبعیت

۱. مرحوم میرزای نائینی ضمن توجه به این اشکالات، بر این باور است که در معامله فضولی، با وجود قصد و رضا از سوی فضول و اصیل، سبب انتقال موضوع قرارداد فراهم می‌آید؛ اما باین وجود برای اینکه سبب مزبور به نتیجه منتهی گردد؛ لازم است که بتوان آن را به مالک آن مال منسوب نمود که این مهم از طریق اجازه مالک محقق می‌گردد (نائینی، ۱۴۲۷: ۱۰/۲). به نظر می‌رسد ایراد همچنان باقی است؛ زیرا چگونه می‌توان پذیرفت که تراضی حاصل از قصد و رضای فضول و اصیل، که از نظر ایشان سبب انتقال محسوب است و باید دارای اثر نسبی باشد؛ به صرف اعلام اجازه از سوی مالک که ماهیت آن نیز چیزی جز اعلام رضایت نیست، منتسب به مالک گردد؟ (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۱۱). افزون بر آن، اگر صرف قصد و رضای فضول را برای تحقق سبب انتقال به اصیل محقق بدانیم، در این صورت شرط قدرت بر تسلیم مورد معامله را هم باید نسبت به فضول در نظر آوریم. در این صورت آیا نامبرده قدرت بر تسلیم مورد معامله دارد؟ پاسخ منفی است و از این منظر هم می‌توان با توجه به اینکه قدرت بر تسلیم مورد معامله در ردیف شرایط صحت قرارداد است، برای اثبات بطلان معامله فضولی استدلال نمود. ممکن است گفته شود معیار قدرت در تسلیم، مجیز است نه عاقد و زمان آن نیز زمان اجازه است نه زمان انعقاد قرارداد. این مهم در ماده ۳۷۱ قانون مدنی نیز پیش بینی شده است. در پاسخ بیان می‌شود صرف نظر از قابل مناقشه بودن اصل اشکال، طرح این اشکال ناظر به فرضی است که نقص عقد فضولی را، عدم وجود رضا بدانیم که البته اشکالات آن در نوشتار حاضر به تصویر کشیده شد. به بیان دیگر اشکال مقدر مزبور با مبنای اتخاذی از سوی میرزای نائینی مبنی بر کامل بودن سبب انتقال در نتیجه تراضی فضول و اصیل سازگاری ندارد و لذا قابل اعتنا نیست. برای ملاحظه اشکالات این نظر همچنین ر.ک. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱/۱۰۴-۱۰۵)

۲. برخی از فقها ضمن پذیرش وجود اشکال مزبور تلاش نمودند که برای خروج از این اشکال راه حل هایی ارائه دهند. برای مطالعه در این خصوص ر.ک. (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۶۴/۲-۶۸) یادآور می‌شویم جملگی راه حل های مزبور با پیش فرض پذیرش معامله فضولی ارائه شده است و افزون بر آن همراه با اشکالاتی است؛ برای نمونه برخی مصادره به مطلوب و برخی نیز کاملاً ناهماهنگ با قصد طرفین متعاقدين است.

عقد از قصد به عنوان خالق آن در عالم اعتبار، عقد مزبور باید برای فضول محسوب گردد؛ این در حالی است که مطابق نظر طرفداران معامله فضولی، حسب قاعده معاوضه،^۱ معامله باید برای مالک مورد معامله محسوب شود.

اشکال مقدمه دوم نیز این است که بر فرض پذیرش امکان تفکیک قصد و رضا، اصل عدم شرطیت مقارنت این دو، قابل اتکا نیست. دلیلی برای پذیرش امکان عدم مقارنت قصد و رضا وجود ندارد؛ زیرا اولاً از آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» این مهم قابل استفاده است که برای تحقق عقد الزاماً باید رضایت وجود داشته باشد و تأخر آن نیازمند دلیل است که چنین دلیلی نیز در دست نیست. ثانیاً پذیرش امکان عدم مقارنت، این تالی فاسد را نیز به همراه دارد که معلوم نیست تا چه زمانی ممکن است این معامله به صورت غیر نافذ باقی بماند. استمرار این وضعیت همراه با ابهام، با اصل استحکام و ثبات قراردادهای هماهنگی ندارد.

مقدمه سوم که بر بنیاد اصل عدم شرطیت مباشرت مالک در انعقاد عقد استوار است، مبالغه‌آمیز، تصنعی و مبتنی بر الفاظ است. در ادامه برای بیان اشکال این مقدمه و رد آن به عبارات یکی از حقوقدانان اشاره می‌نماییم. دکتر جعفری لنگرودی معتقد است «قدر متیقن در تحقق بیع (و سایر وجوه ناقله) مباشرت ایجاب (یا قبول) توسط مالک یا نماینده قانونی او در زمان وقوع عقد است؛ زیاده بر قدر متیقن؛ نه تنها فاقد دلیل است، دلیل برخلاف آن وجود دارد؛ یعنی دلیل بدیهی در دست است که عقد فضولی علی‌القاعده باطل است، به دلیل اینکه تملیک مال در بیع به معنای تسلیط مشتری است بر مبیع و بایع این تسلیط را صورت می‌دهد؛ عاقد فضولی که فاقد سلطه بر مبیع است، چگونه تسلیط می‌تواند بکند؟ خوب گفته‌اند: فاقد شیئی، معطی شیئی نمی‌تواند باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱/ ۱۰۴). ایشان در ادامه می‌افزاید عاقد فضولی فاقد قدرت بر تسلیم است و به دلیل فقدان مالکیت بر مورد معامله، قصد نتیجه یعنی نقل ملکیت نیز ندارد؛ از این رو باید این عقد را باطل دانست (همان).

نظر به آنچه بیان شد آشکار گردید صرف‌نظر از نقد و ارزیابی دلایل نقلی پیش‌گفته، از حیث تحلیل اراده فضول و مالک نیز امکان پذیرش عقد فضولی وجود ندارد و با انشاء فضول معنای معتبر و مورد پذیرش عقلاء ایجاد نمی‌شود و اینکه

۱. ماده ۱۹۷ ق.م.: «در صورتی که ثمن یا مئمن عین متعلق به غیر باشد، آن معامله برای صاحب عین خواهد بود».

گفته شود با رضای موخر مالک اشکال مزبور قابل حل است، قابل پذیرش نیست.^۱

۲. دیدگاه مذاهب اهل سنت

مذاهب اهل سنت در خصوص عقد فضولی اختلاف نظر مبنایی و اساسی دارند. در بدایه المجتهد و نهایه المقتصد آمده است که «شافعی» و «حنبلی» آن را منع کرده؛ ولی «مالک»، عقد فضولی را در هر دو صورت بیع و شراء قبول کرده، ولی آن را غیر نافذ دانسته و «ابوحنفیه» نیز بین بیع و شراء تفاوت قائل شده است و آن را در بیع جایز و در شراء غیر صحیح دانسته است (حفید، ۱۴۱۵: ۱۳۸/۲) که در ادامه بیان می‌گردد. در ادامه ابتدا آرای فقهای مذاهب اربعه اهل سنت مورد مطالعه قرار می‌گیرد و پس از آن دلایل ابرازی برای اثبات صحت معامله فضولی در دیدگاه موافقین آن بیان و مورد نقد قرار خواهد گرفت.

۱. شایان ذکر است نوشتار حاضر صرفاً بر بنیاد مطالعه سنتی فقهی، در پی شناسایی ضمانت اجرای معامله فضولی برآمد و از میان عدم نفوذ و بطلان، اثبات نمود که معامله فضولی محکوم به بطلان است. باین وجود به صورت کلی تذکر این نکته ضروری است که هم در دیدگاه عدم نفوذ معامله فضولی و هم در دیدگاه بطلان این معامله، در تحلیل اثر وضعی این معاملات، کوچک‌ترین توجهی به وضعیت خریدار نمی‌شود و تمام تمرکز معطوف به حق مالکیت مالک است، که این در جای خود قابل انتقاد به نظر می‌رسد. منطق و عدالت ایجاب می‌کند که در شناسایی پاسخ کارآمد به این پرسش که اثر وضعی معامله فضولی چیست، افزون بر ملاحظه مالک، وضعیت طرف قرارداد به ویژه در مواردی که دارای حسن نیت است و با اعتماد بر ظاهر عمل فضول، او را مالک پنداشته و نسبت به انعقاد قرارداد اقدام می‌نماید نیز توجه گردد (کاویانی، ۱۳۸۳: ۱۴۳-۱۴۴). در حقیقت برای برقراری نقطه تعادل و رعایت عدالت و حفظ نظم اجتماعی به ویژه در مواردی که مال پس از معامله فضولی مورد معاملات متوالی قرار گرفته است، بی توجهی به این حقیقت گمراه‌کننده است. به نظر در این موارد است که قانون‌گذار از باب «اداره عقود» باید مداخله کند و عقد فضولی را نه غیر نافذ؛ بلکه حتی صحیح بداند و سازوکاری نیز برای برطرف کردن خسارت مالک در دعوی او علیه فضول شناسایی نماید. نباید «اعتماد متعارف» صورت گرفته از سوی خریدار نادیده گرفته شود. دست کم در مواردی که مالک در ایجاد این اعتماد نقش موثر داشته و خریدار هم دارای حسن نیت است این نتیجه قابل تأیید است. مصادیقی از آن در قوانین هم قابل مشاهده می‌باشد؛ برای مثال می‌توان به ماده ۶۸۰ قانون مدنی، مواد ۳۹۵ و ۳۹۶ قانون تجارت و ماده ۷ قانون ثبت شرکت‌ها اشاره داشت. در این مسیر، قانون‌گذار می‌تواند به توجیهات مختلفی متوسل شود؛ برای مثال می‌تواند انتقال مال از سوی فضول را به مثابه اتلاف حکمی تلقی و او را به نحوی ضامن بدل نماید که انگیزه این معامله برای او در آینده از بین برود.

۲-۱. دیدگاه فقهای حنفی

فقهای حنفی از یک جهت بیع را به دو قسم نافذ و موقوف تقسیم میکنند. بیع نافذ در نزد آنان بیعی است که تمام شرایط انعقاد و ارکان معامله از قبیل اهلیت متعاملین و مالیت مورد معامله در آن موجود باشد؛ البته چنین معامله‌ای یا به ولایت و یا به مالکیت بایع انجام میپذیرد (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۸/۵). بیع موقوف معامله‌ای است که با وجود دارا بودن تمام شرایط انعقاد معامله، فاقد شرط نفوذ است. چنانچه شخصی به طور فضولی مال دیگری را بفروشد، در این صورت معامله صحیح محسوب؛ ولی متوقف بر اجازه مالک خواهد بود (السمرقندی، ۱۴۱۴: ۴۳/۲). در واقع از نظر فقهای حنفی هر معامله یا از طرف مالک ایجاد می‌شود که در این صورت مالک بایستی آنچه را که در مالکیت او قرار دارد مورد معامله قرار دهد و تملیک اصالتاً نسبت به آنچه که در ملکیت بایع وجود ندارد، محال است و یا مالک به صورت نیابتی به انجام معامله اقدام می‌کند و لزومی ندارد که مبیع در ملکیت فروشنده باشد و اصلاً ملکیت مبیع برای بایع شرط صحت بیع نیست؛ از جمله در معامله فضولی نیز اینگونه است که در آن مملوکیت مبیع شرط انعقاد معامله نیست بلکه صرفاً شرایط نفوذ معامله شمرده می‌شود (الکاسانی، ۱۴۰۹: ۱۴۸/۵). آنچه که قوام و استحکام معامله فضولی را ایجاد می‌کند وجود مالک حقیقی است که در زمان انعقاد معامله موجود بوده و به عنوان مجیز از آن یاد می‌شود. اگر چنین شخصی در زمان معامله موجود نباشد مانند اینکه مالک مال کودک و یا دیوانه باشد؛ در این صورت با توجه به اینکه آن‌ها صلاحیت و اهلیت اجازه معامله را ندارند، معامله فضولی صحیح نیست. همچنان که اگر مورد معامله مالیت نداشت نیز اجازه مالک برای صحت بیع فضولی کافی نبوده و معامله باطل است (السمرقندی، ۱۴۱۴: ۳۵/۲).

در حقیقت از نظر فقهای حنفی؛ عقد فضولی از جملگی شرایط و ارکان یک عقد صحیح یعنی اهلیت متعاقدين و مالیت مبیع برخوردار است. افزون بر آن تمام اطرافیان معامله در عقد فضولی از آن منتفع می‌شوند. توضیح اینکه بر مالک هزینه‌ای تحمیل نمی‌شود و توقعات مشتری به او ارجاع نمی‌گردد، مشتری هم به مطلوب خود که همان انجام معامله است می‌رسد و در عین حال کلام عاقد فضولی نیز باطل نمی‌شود. البته همه این امور منوط به اذن مالک است. بنابراین چنین معامله‌ای مشروعیت دارد (ابن

نجیم، ۱۴۱۸: ۲۴۵/۶). با این حال چند نکته در تبیین قلمرو پذیرش معاملات فضولی در مذهب حنفی با اهمیت است.

اولاً موقوف بودن بیع فضولی به اجازه مالک، نسبت به سایر اعمال حقوقی نظیر نکاح و طلاق و هبه نیز ساری و جاری است؛ یعنی اگر مالک اجازه دهد، نافذ بوده و اگر اجازه ندهد، اعمال حقوقی مزبور باطل است (الکاسانی، ۱۴۰۹: ۱۴۸/۵؛ ابن مختار، ۱۴۱۵: ۱۰۴/۳). ثانیاً در بیع فضولی اگر شخص مال دیگری را برای خودش بفروشد آن معامله باطل است (الحصنکی، ۱۴۱۵: ۲۷۹/۵). ثالثاً بایع و مشتری در بیع فضولی تا زمان اجازه مالک باید زنده باشند؛ همچنان که مبیع نیز باید موجود باشد (الکاسانی، ۱۴۰۹: ۱۴۹/۵). لزوم حیات متعاقبین در زمان اجازه مالک، فقط منحصر به عقدی نظیر بیع است که یک معامله حادث در زمانی خاص می‌باشد و الا در نکاح فضولی چنین شرطی مطرح نیست؛ یعنی نکاح فضولی با مرگ عاقد فضولی باطل نمی‌شود و امکان اجازه مالک همچنان وجود دارد و اگر مالک هم مرده باشد، وارث او اجازه خواهد داد. در حالی که در بیع فضولی اگر مالک فوت نماید، اجازه وارث او به عقد فضولی صحیح نیست (ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۲۴۶/۶). رابعاً اگر عقد فضولی در حضور مالک واقع شود و مالک سکوت کرده باشد چنین معامله‌ای قطعاً صحیح نیست. در حالی که اگر شخص به طور فضولی مال مورث خود را به تصور اینکه زنده است بفروشد و بعد معلوم شود که در زمان معامله مورث مرده بود این معامله صحیح می‌باشد؛ چرا که کشف می‌شود فضول در زمان معامله، مالک اصلی و اصیل بوده است (الشربینی الخطیب، ۱۳۷۷: ۱۲/۲). خامساً ابوحنیفه معتقد است فقط بیع فضولی صحیح است و شراء فضولی صحیح نیست. فلسفه این تفکیک نیز آن است که در بیع، مالی از ملک مالک خارج می‌شود و لذا مالک حق دارد که ملک خود را باقی نگاه دارد؛ بنابراین اگر مالک به بیع فضولی اجازه داد، حق خود را اسقاط کرده است. این در حالی است که در شراء فضولی؛ فقط ملکیتی اثبات و ایجاد می‌شود و لذا نیازمند آن است که توسط مالک انجام شود و در واقع مالک متولی آن باشد (الکحلانی، ۱۳۷۹: ۳۱/۳).

۳-۲. دیدگاه فقهای مالکی

بسیاری از فقهای مالکی بحث مفصلی را به بیع فضولی اختصاص نداده‌اند. برخی از آن‌ها به اختصار اشاره کرده‌اند که از جمله ارکان صحت معامله، مالک بودن بایع و یا وکیل بودن او می‌باشد. با این حال بیع فضولی به معنای فروش مال دیگری و یا خرید برای دیگری بدون اذن صاحب مال را صحیح دانسته و این معامله را متوقف بر اجازه مالک می‌دانند (الکلبی غرناطی، بی‌تا: ۱۶۳/۱). ابن رشد هم در کتاب بدایه المجتهد به شرایط مزبور به عنوان ارکان معامله اشاره دارد؛ اما در عین حال معتقد است که بیع فضولی صحیح و متوقف به اجازه مالک است. عمده استدلال ایشان نیز تعبد به حدیث عروه بارقی است؛ چرا که در این روایت آمده است پیامبر یک دینار برای خرید گوسفند به عروه داده بود ولی عروه با آن دینار، دو گوسفند خرید و یکی را به یک دینار فروخت و سپس نزد پیامبر آمد و یک دینار را به پیغمبر عودت داد. با آن که پیامبر در خصوص گوسفند دوم نه به بیع و نه به شراء آن دستور نداده بود، عمل عروه را تأیید و او را دعا نمود. ابن رشد معتقد است که این روایت هم حجتی علیه ابوحنیفه است که شراء فضولی را قبول ندارد و هم حجتی علیه شافعی است که بیع و شراء فضولی را قبول ندارد (حفید، ۱۴۱۵: ۱۳۹/۲).

نکته قابل ذکر اینکه فقهای مالکی نیز روایت نبوی «لا تبع ما لیس عندک» را خارج از موضوع بیع فضولی دانسته و مراد پیامبر از این جمله را نهی از بیع برای خود دانسته‌اند؛ یعنی با مال مردم نباید برای خود معامله کرد (همان).

۳-۲. دیدگاه فقهای شافعی

به نظر می‌رسد در معنا و مصداق بیع غرری و بیع فضولی بین فقهای شافعی یک اختلاف نظر ماهوی وجود دارد. چنانکه ماوردی فقیه بزرگ شافعی می‌نویسد از جمله بیوع غرری در نزد ما، بیع چیزی است که در نزد فروشنده موجود نیست؛ البته اصحاب ما در معنای این جمله اختلاف کرده‌اند. بعضی معتقدند بیع غرری بدین معنا است که شخص کالایی را که متعلق به او نیست از جانب خود و برای خود بفروشد؛ در این صورت حتی اگر مالک آن را اجازه دهد و به مشتری تحویل نماید، معامله باطل است. مخالفی در این معنا سراغ ندارم چراکه در روایت نبوی به نقل از حکیم بن حزام

آمده است: «لاتبع ما لیس عندک». عده‌ای دیگر نیز معتقدند که مراد شافعی از بیع غرری و بیع ما لیس عندک؛ بیع اعیان غایبه مانند فروش عبد فراری و یا پرنده در آسمان است (ماوردی، ۱۴۱۹: ۳۲۵/۵). دیگر فقیه شافعی ابواسحاق شیرازی هم در توضیح این روایت می‌نویسد بیع مال دیگری بدون اذن مالک، جایز نیست چون مالی است که قدرت بر تسلیم کردن آن از سوی عاقد وجود ندارد. به عبارت دیگر چون در بیع تصرف وجود دارد و در این گونه موارد تسلیم مبیع مقدور نیست پس قصد تملیک در تصرف غیر منطقی بوده و محال است و لذا به نوعی از مصادیق بیع غرری می‌شود (الشیرازی، بی‌تا: ۱۳/۲).

در این میان برخی از فقهای شافعی نیز به طور صریح از بیع فضولی نامبرده و با توجه به دو دیدگاه قدیم و جدید شافعی در خصوص صحت بیع فضولی و توقف آن به اجازه مالک و یا بطلان عقد فضولی، توضیح و تحلیل خود را ارائه داده اند. نووی فقیه بزرگ شافعی می‌نویسد از جمله شرایط صحت بیع آن است که مبیع مملوک باشد و لذا اگر عاقد برای خودش معامله می‌کند باید مالک مبیع باشد و اگر برای دیگری معامله می‌کند این معامله یا به ولایت و یا به وکالت خواهد بود. حال اگر مال دیگری را بدون اسم و بدون ولایت بفروشد در صورتی که مالک به این معامله اجازه دهد، عقد نافذ محسوب و الا باطل است. کما اینکه در نکاح و طلاق نیز اگر به صورت فضولی انجام گیرد همین حکم ثابت خواهد بود؛ البته نظریه عدم نفوذ عقد فضولی متعلق به دیدگاه قدیم شافعی می‌باشد و در نظریه جدید شافعی، عقد فضولی باطل است (النووی، بی‌تا: ۲۱/۳). نکته قابل ذکر اینکه در نظریه قدیم شافعی در رابطه با شراء فضولی نیز اگر مالک اجازه ندهد و عقد فضولی را تنفیذ نکند، عقد باطل نبوده؛ بلکه در حق فضول صحیح و نافذ می‌باشد. در حالی که در نظریه جدید شافعی شراء فضولی در هر صورت برای مباشر یعنی شخص فضول صحیح بوده و برای او منعقد می‌شود؛ اعم از آنکه مالک اجازه دهد یا اجازه ندهد (همان). نووی در کتاب دیگر خود نیز در شرح کلام ابواسحاق شیرازی در المذهب که نوشته بود بیع مال دیگری بدون اذن مالک جایز نیست، این چنین توضیح می‌دهد که مراد از اذن یا اذن شرعی است که شامل اذن وکیل، ولی، وصی، قیم و قاضی است که در موارد مزبور بیع صحیح و جایز است چون باید ماذونه انجام گرفته است و یا مراد از اذن، اذن و رضایت مالک است؛ بنابراین اگر مال دیگری

را از طرف او می‌فروشد یا باید به ولایت باشد و یا به وکالت و در غیر این صورت همان دو قول شافعی مطرح می‌شود (النووی، بی‌تا: ۲۵۹/۹).

بنابراین در مذهب شافعی با دو قول مبنی بر صحت عقد فضولی و بطلان آن مواجه هستیم که هر دو قول از شافعی رئیس مذهب شافعیه نشأت گرفته است. ظاهراً شافعی در مدتی که در حجاز بود معتقد به غیر نافذ بودن فضولی بوده که شاید از استادش مالک پیروی کرده است و بعداً که به مصر عزیمت نمود نظر به بطلان بیع فضولی داد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۱۰۸). به نظر می‌رسد اکثریت فقهای مذهب شافعی با نظر جدید شافعی موافقت دارند (النووی، بی‌تا: ۲۱/۳) و قول قدیم شافعی که با نظر امام مالک موافقت دارد، مورد قبول مشهور فقهای شافعی نیست (الیمنی الشافعی، ۱۴۲۱: ۶۶/۵).

۲-۴. دیدگاه فقهای حنبلی

در ابتدای امر به نظر می‌رسد که آراء حنابله در باب فضولی مشوش باشد؛ کمااینکه ابن رجب از فقهای بزرگ حنبلی در قرن هشتم در مسئله بیستم از مسائل مورد اختلاف مذاهب به مسئله بیع فضولی اشاره دارد و آراء مختلفی را بدون اظهار نظر صریح ذکر می‌کند (ابن رجب، بی‌تا: ۴۱۷-۴۱۸). برخی اندیشمندان محقق معاصر نیز متذکر این مهم شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۱۰۸). نشانه این سخن این است که گاهی از موضوع عدم قدرت بر تسلیم مبیع از سوی فروشنده سخن به میان آمده و همین امر را دلیل بر بطلان عقد فضولی دانسته‌اند (مقدسی، ۱۴۲۴: ۲۳۹/۱).

ابن قدامه حنبلی نیز در کتاب مهم و اصلی خود، المغنی، چندان به بحث بیع فضولی نپرداخته است و صرفاً در فروش مال دیگری توسط غاصب چند نظر را بیان می‌کند (ابن قدامه، بی‌تا: ۴۱۰/۵) مشارالیه در کتاب دیگرش نیز به اختصار می‌نویسد فروش مال دیگری جز به اذن مالک و یا به ولایت جایز نبوده و صحیح نیست (ابن قدامه، ۱۴۱۵: ۵۳/۱). با این حال در کتاب دیگرش با تفکیک بین بیع مال مغضوب و بیع فضولی معتقد است فروش مبیع مغضوب به دست غاصب، جایز نیست؛ چرا که در هنگام معامله قابلیت تسلیم کردن مبیع به خریدار وجود ندارد، همچون پرنده‌ای در آسمان. این معامله بر اساس روایت وارده نبوی به نقل از حکیم بن حزام از مصادیق معامله غرری و باطل می‌باشد. اما در فروش مال دیگری برای مالک و بدون اذن او،

دو دیدگاه را مطرح می‌کند. یک دیدگاه مبتنی بر بطلان این عقد است و دیدگاه دوم مبتنی بر صحت این عقد و اینکه متوقف بر اجازه مالک می‌باشد که اگر مالک آن را رد کند، معامله باطل خواهد بود (ابن قدامه، بی‌تا: ۸/۲).

ابن قدامه در توضیح صحت عقد فضولی می‌نویسد چون در زمان انعقاد معامله مجیز موجود بوده، همانند وصیتی که در مازاد بر ثلث واقع می‌شود، این معامله نیز صحیح است. ایشان خرید کردن با مال دیگری که معین باشد ولو بدون اذن مالک را همانند بیع فضولی صحیح می‌داند؛ چنانکه اگر در ذمه خریداری نموده ولی با عین مال دیگری ثمن را پرداخت کرده باشد، معامله صحیح است. چرا که در مال خود تصرف کرده نه در مال دیگری و معامله متوقف بر اجازه مشتری اصلی یعنی مالک است که قصد خرید برای او را داشت. اگر اجازه داد، معامله صحیح و لازم می‌باشد و اگر هم رد کرد آن بیع متعلق به فضول می‌شود (ابن قدامه، بی‌تا: ۱۴/۲).

شایان ذکر است دیگر فقهای حنفی به صراحت هرگونه بیع فضولی را جایز ندانسته و اساساً فروش مال غیر حتی برای مالک را صحیح نمی‌دانند. به عبارت دیگر آنان معتقدند از شرایط صحت معامله این است که مبیع، ملک بایع بوده و یا نسبت به تصرف در آن مأذون باشد و چون بیع فضولی فاقد چنین شرطی است ولو اینکه برای مالک و غیر فروخته شود، باطل است (البهوتی، ۱۴۱۸: ۱۸۱/۳). حتی اگر با مال دیگری و بدون اذن مالک کالایی برای مالک خریداری شود این معامله صحیح نیست (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۱۶/۴). در عین حال همین فقیه حنبلی تصریح می‌کند که روایت نبوی «لا تبع مالیس عندک»، ربطی به بیع فضولی ندارد و به معنای عدم صحت معامله مالی است که مقدور التسلیم نباشد (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۱۶/۴). با این حساب شاید بتوان گفت که در میان فقهای حنبلی نیز دو دیدگاه قدیم و جدید وجود دارد.

۲-۵. جمع‌بندی و نقد دلایل ابرازی فقهای اهل سنت

مطابق آنچه آمد تضارب آرا میان فقهای اهل سنت به تصویر کشیده شد. مهمترین دلایل قائلین به صحت بیع فضولی را می‌توان به شرح ذیل خلاصه نمود. پس از بیان این دلایل، اشکالات وارد بر آن نیز بیان خواهد شد.

اولاً بر اساس آیه شریفه «و تعاونوا علی البر و تقوی» (مائده/۲) معامله فضولی را می‌توان مصداقی از اعانه و یاری رساندن به برادر دینی دانست. کما اینکه در حدیث حکیم بن حزام و عروه بارقی نیز بعد از وقوع خرید و فروش فضولی، پیامبر اکرم عاقد فضولی را دعا کرد (النووی، بی‌تا: ۲۶۳/۹). ثانیاً از جمله دلایل فقهای حنفی در قبول بیع فضولی توجه به عمومات آیات قرآنی؛ از جمله آیه ۲۷۵ سوره بقره و آیه ۲۹ سوره نساء است. بر اساس این آیات، خداوند بیع و شراء و تجارت را به طور مطلق تشریع و هیچ تفصیلی بین اینکه این معاملات از سوی مالک و یا وکیل آنها انجام شود قرار نداده است. همچنان که تفصیلی بین وکیلی که پیش از عقد اجازه گرفته و یا در انتها، قرار نداده است (الشربینی، ۱۳۷۷: ۱۵/۲). ثالثاً برخی از فقهای اهل سنت معتقدند با توجه به روایت عروه بارقی که در آن پیامبر با دعای خود عمل عروه را تأیید نمود، می‌توان گفت چون در هنگام انعقاد عقد، مجیز موجود است؛ لذا توقف صحت عقد به اجازه مالک صحیح و همانند وصیت در مازاد ثلث است که صحت آن منوط به اجازه ورثه می‌باشد (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۱۶/۴).

دلایل مزبور برای اثبات صحت معامله فضولی خالی از اشکال نیست. افزون بر آنچه سابقاً در بررسی فقه امامیه بیان شد، یادآور می‌شویم اولاً معلوم نیست که معامله فضولی مصداقی از تعاون و نیکوکاری در حق برادر دینی باشد؛ چه بسا فروش مال دیگری بدون اطلاع مالک از مصادیق گناه و دشمنی محسوب گردد. ثانیاً در روایات متعددی از بیع و طلاق در غیر آن چه که ملکیت دارند نفی اثر شده است. برای نمونه در روایت آمده است: «لا طلاق الا فیما یملک» و یا «لا بیع الا فیما لا یملک». این روایات از حیث سند نیز صحیح می‌باشند. مضاف بر اینکه در روایت حکیم بن حزام از پیامبر که آن هم سندش صحیح است، آمده است: «لا تبع مالیس عندک»؛ یعنی آنچه را که در نزد تو نیست و قدرت بر تسلیم آن برای تو وجود ندارد، مورد معامله قرار نده. در این مورد قائلین به صحت عقد فضولی نیز بر عدم قدرت عاقد فضولی در تسلیم مبیع اذعان دارند. (النووی، بی‌تا: ۲۶۳/۹) ثالثاً در خصوص حدیث عروه بارقی نیز مختصر اینکه چه بسا عروه وکیل مطلق پیامبر بود که توانست خرید، فروش و قبض و اقباض ملک را انجام دهد. اقداماتی که به اتفاق آراء فقها برای غیر مالک جایز نیست (مقدسی، ۱۴۲۴: ۲۳۹/۱). بنابراین دعا کردن پیامبر نسبت به عروه لزوماً دلالت بر پذیرش بیع

فضولی ندارد. رابعاً قیاس بیع فضولی به وصیت مازاد بر ثلث، اصلاً صحیح نیست. در وصیت مازاد بر ثلث، مالک نسبت به اموال خود وصیت می کند و لذا بحث مجیز در حال وصیت منتفی است (ابن قدامه مقدسی، بی تا: ۱۶/۴). افزون بر آن برخی از امور غرری در وصیت جایز شمرده می شود در حالی که در بیع جایز نیست. برای نمونه وصیت به مجهول هم صحیح است؛ در حالی که در بیع نباید مجهول باشد (النووی، بی تا: ۲۶۳/۹).

برآمد

یکی از پردامنه‌ترین مباحث فقهی، معاملات فضولی است که در ذیل آن فروعات متعددی مورد بحث قرار می‌گیرد که طرح و بررسی فروعات مزبور، فرع بر پذیرش صحت این قسم از معاملات است. فقها در رابطه با اینکه اثر وضعی این معاملات صحت است یا بطلان، اختلاف نظر دارند. در این نوشتار تلاش شد اولاً دلایل طرفداران صحت معامله فضولی که در ماده ۲۴۷ قانون مدنی نیز مورد متابعت قرار گرفته است، مورد بازخوانی و نقد قرار گیرد. برای مثال افزون بر اینکه عموماً وفای به عقد شامل حال معامله فضولی نمی‌گردد؛ روایات مورد استناد نظیر عروه بارقی نیز با اشکالات متعددی مواجه است. صرف نظر از ضعف سندی این روایت؛ برای نمونه این امکان وجود دارد که عروه را نماینده پیامبر در معامله صورت گرفته بدانیم؛ همچنین می‌توان به وجود روایات متعارض با آن نظیر روایت «لا تبع ما لیس عندک» اشاره داشت. ثانیاً گذشته از نقد دلایل طرفداران صحت معامله فضولی، دلایل بطلان معاملات فضولی نیز مورد مطالعه قرار گرفت.

تحقیق نشان داد دلایل طرفداران بطلان معامله فضولی اعم از ادله قرآنی و روایی از استحکام بیشتری برخوردار است و با منطق فقهی و حقوقی نیز سازگارتر است. از جمله این روایات می‌توان به روایت «لا بیع الا فیما لا یملک» اشاره داشت. افزون بر آن تحلیل اراده فضول و مالک حکایت از آن دارد که امکان انعقاد قرارداد از سوی فضول وجود ندارد. نظریه طرفداران عدم نفوذ و امکان الحاق رضای مالک، مبتنی بر مقدماتی است که این مقدمات همراه با اشکال و مخدوش است؛ برای نمونه امکان تفکیک میان قصد و رضا و تعلق قصد به فضول و رضا به مالک، قابل پذیرش نیست. جملگی طرفداران عدم نفوذ معامله فضولی و امکان تنفیذ مالک، در توجیه مبنای این مهم با تکلف بسیار مواجه شده‌اند و جملگی نظرات ابرازی با اشکالات مهمی مواجه است. نباید از نظر دور داشت که معامله فضولی موضوعی از موضوعات دینی و شرعی نیست که در احادیث و روایات، به مثابه امری شرعی، مقبول و مطلوب باشد؛ بنابراین، برای تأیید و تکذیب آن فقط به مبانی حقوقی و قواعد معاملات، که در منابع شرعی (قرآن و سنت) نیز به آن اشاره شده، نمی‌توان استناد کرد. در این میان، غلبه عرفی نیز مطرح است و در پذیرش و عدم پذیرش تأسیسات حقوقی مؤثر خواهد بود. به نظر می‌رسد عقد

فضولی گرچه به لحاظ ظاهری حاصل معامله و تراضی دو شخصی است که عاقل و بالغ‌اند و از شرایط اهلیت برخوردارند؛ اما نکته مهم این است که یکی از دو شخص نه مالک است و نه مأذون از طرف مالک؛ بلکه او فضولی است که خودسرانه به معامله اموال دیگران اقدام کرده است. آنچه در عقد فضولی واقع می‌شود، به ماهیت عقد که همان تعهد مالکانه برای نقل و انتقال مثنی و ثمن است ربطی ندارد. در واقع، در عقد فضولی رکن مهم عقد، که همان رضایت مالکانه است وجود ندارد و لذا مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نمی‌شود؛ زیرا رضایت را به هیچ وجه نمی‌توان خارج از مفهوم عقد در نظر گرفت. رضایت مالک جزء اساسی و رکن عقد است و لذا قرار گرفتن عقد و رضایت در کنار هم قابل تصور نیست، و به تبع آن، رضایت متأخر و الحاقی به عقد نیز معنا ندارد. مگر ممکن است «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل هر عقد ولو بدون رضایت نیز بشود؟ به عبارت دیگر، اصلاً عقد بدون رضایت مابازایی در خارج ندارد تا سپس رضایت به آن الحاق شود؛ بنابراین، عمل فضولی کاری شبیه هزل است که عمل بیهوده‌ای است و لذا اجازه بعدی مالک نیز کارساز نیست و نمی‌تواند موجب نقل و انتقال مال باشد. با این تحلیل شاید بتوان وجود برخی روایات ناظر به عقد فضولی را توجیه کرد. چنان که مثلاً در باب نکاح نیز روایاتی وارد شده مبنی بر اینکه اگر نکاحی به طور فضولی واقع شود، در نهایت، شخص رضایت خود را به این نکاح اعلام می‌دارد. در واقع، صحت عقد به همین رضایت است و ماهیت عقد نکاح نیز با همین اعلام رضایت حادث می‌شود و قبل از اعلام رضایت، اصلاً نکاحی پدید نیامده و قابل تصور نیست. نکته مهم و قابل ذکر، تعمیم نابجا و غیر معقولی است که فقهای عظام در خصوص بیع فضولی انجام داده‌اند، یعنی با همان حدیث عروه باری، که اشکالات فراوانی به آن وارد شده و در خصوص شراء فضولی مصداق دارد، خواسته‌اند جمیع عقود غیر بیع را نیز مشمول احکام فضولی سازند.

با این وجود نباید از نظر دور داشت که در فقه سنتی که مبنای مطالعاتی نوشتار حاضر نیز قرار داشت، تمام تمرکز فقها در تبیین اثر وضعی معاملات فضولی، اعم از عدم نفوذ یا بطلان، معطوف به مالک است و هیچ توجهی به اصیل که طرف قرارداد فضول است، نمی‌نمایند. این نگاه در جای خود قابل انتقاد است؛ زیرا شناسایی قاعده کارآمد و مبتنی بر عدالت نیازمند توجه به وضعیت طرف اصیل نیز می‌باشد. حسن نیت و اعتماد متعارف او نسبت به عمل شخص فضول، به ویژه در مواردی که مالک در ایجاد این

اعتماد متعارف زمینه‌سازی نموده است، می‌تواند متغیری اثرگذار باشد و حتی در مواردی ایجاب می‌کند، نه عدم نفوذ بلکه صحت معامله فضولی مورد پذیرش قرار گیرد. برای طراحی قاعده جدید در معاملات فضولی؛ اعمال ملاحظات این چنینی به ویژه در مواردی که مال موضوع معاملات متوالی قرار گرفته است، ضروری می‌نماید و می‌توان مبانی فقهی نیز برای آن شناسایی نمود.

در فقه اهل سنت نیز مذاهب مختلف اتفاق نظر ندارند. مختصر اینکه در مذاهب شافعی حنبلی، با پذیرش معامله فضولی بر بنیاد دلایلی نظیر شرط دانستن مالکیت در زمان انعقاد قرارداد و یا غیرقابل اتکا بودن روایت عروه باری، با پذیرش معامله فضولی مخالفت شده است. این در حالی است که در مذاهب مالکی و حنفی عقد فضولی با استناد به عموم و اطلاق برخی آیات و روایات و همچنین نفی شرط مالکیت در زمان انعقاد قرارداد، مورد پذیرش قرار گرفته است.

منابع الف) فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، ج ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۲. جعفری لنگرودی، *صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴ ش.
۳. جعفری لنگرودی، الفارق، ج ۴، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۴. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ ش.
۵. کاویانی، کورش، *حقوق اسناد تجارتي*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳ ش.

ب) عربی

۶. ابن رجب، عبدالرحمن بن احمد، *قواعد*، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
۷. ابن عابدین، محمد امین، *حاشیه رد المختار*، ج ۵، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ ق.
۸. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، *البحر الرائق*، ج ۶، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۹. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، ج ۵، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
۱۰. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *کافی فی فقه الامام احمد*، ج ۲، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
۱۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *عمده الفقه*، ج ۱، بیروت، المکتب العصریه، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن محمد، *الشرح الكبير*، ج ۴، بیروت، دارالاحیاء الکتب العربیه، بی تا.
۱۳. الاحسائی، ابن ابی جمهور، ج ۲، قم، *مطبعه سید الشهدا* علیه سلام، ۱۴۰۳.
۱۴. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفایده والبرهان*، ج ۸، قم، جامعۀ مدرسین، ۱۴۰۳ ق.
۱۵. اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه بر مکاسب*، ج ۱، قم، نشر علمیه، ۱۴۱۸ ق.
۱۶. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، ج ۱، چاپ دوم، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۴ ش.
۱۷. بحرانی، یوسف بن احمد، *حدائق الناظره*، ج ۱۸، قم، جامعۀ مدرسین، بی تا.

١٨. البهوتى، منصور بن يونس، *كشف القناع*، ج ٣، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤١٨ ق.
١٩. بيهقى، ابوبكر محمد بن حسن، *السنن الكبرى*، ج ٥، بيروت، دارالفكر، بى تا.
٢٠. جبل عاملى، محمد بن مكى، *الدروس*، ج ٣، قم، جامعه مدرسين، ١٤١٢ ق.
٢١. جبل عاملى، زين الدين، *مسالك الافهام فى شرح شرائع الاسلام*، ج ٣، قم، مؤسسه معارف اسلامى، ١٤١٣ ق.
٢٢. الحسينى عاملى، محمد جواد، *مفتاح الكرامه*، ج ١٢، قم، جامع مدرسين، ١٤٢٤ ق.
٢٣. حر عاملى، محمد بن حسن، *وسائل الشيعه*، ج ١٢ و ١٤، بيروت، دار احياء التراث العربى، بى تا.
٢٤. الحصنكى، علاء الدين، *الدار المختار*، ج ٥، بيروت، دارالفكر، ١٤١٥ ق.
٢٥. الحسينى المراغى، السيد مير عبدالفتاح، *العناوين*، ج ٢، چاپ اول، قم، موسسه نشر الاسلاميه، ١٤١٨ ق.
٢٦. حفيد، ابن رشد، *بدايه المجتهد ونهايه المقتصد*، ج ٢، بيروت، دارالفكر، ١٤١٥ ق.
٢٧. حكيم، سيدمحسن، *نهج الفقاهه*، قم، انتشارات ٢٢ بهمن، بى تا.
٢٨. حلبى، ابن زهره، *غنيه النزوع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤١٧ ق.
٢٩. حلى، ابن ادریس، *السرائر*، ج ٢، تهران، انتشارات استقلال، ١٤٠٩ ق.
٣٠. حلى، ابن فهد، *المهذب البارع*، ج ٢، قم، جامعه مدرسين، ١٤٠٧ ق.
٣١. حلى، جعفر بن حسن، *شرايع الاسلام*، ج ٢، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ١٤٠٩ ق.
٣٢. حلى، فخرالمحققين، *ايضاح الفوائد*، ج ١، قم، نشر علميه، ١٣٨٧ ش.
٣٣. حلى، حسن بن يوسف، *قواعد الاحكام*، ج ٢، قم، جامعه مدرسين، ١٤١٣ ق.
٣٤. حلى، حسن بن يوسف، *تذكرة الفقهاء*، ج ١٠، قم، مؤسسه آل البيت، ١٤١٤ ق.
٣٥. حلى، حسن بن يوسف، *مختلف الشيعه*، ج ٥، قم، جامعه مدرسين، ١٤١٣ ق.
٣٦. خمينى، مصطفى، *كتاب البيع*، ج ٢، قم، موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ١٤١٨ ق.
٣٧. ديلمى، سلا، *المراسم العلويه*، قم، مجمع علمى اهل البيت، ١٤١٤ ق.
٣٨. السرخسى، شمس الدين، *المبسوط*، بيروت، دارالمعرفه، ١٤٠٦ ق.
٣٩. السمرقندى، علاء الدين، *تحفه الفقهاء*، ج ٢، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤١٤ ق.

۴۰. الشریبئی الخطیب، شیخ محمد، **معنی المحتاج**، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ ق.
۴۱. الشیرازی، ابواسحاق ابراهیم بن یوسف، **المذهب فی الفقه الامام الشافعی**، ج ۲، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
۴۲. طباطبائی، سیدعلی، **ریاض المسائل**، قم، ج ۸، جامعۀ مدرسین، ۱۴۱۲ ق.
۴۳. طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، **حاشیہ بر مکاسب**، ج ۱، قم، موسسۀ اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق.
۴۴. طوسی، محمد بن حسن، **مبسوط**، ج ۲، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۳۸۷ ق.
۴۵. طوسی، محمد بن حسن، **الخلاف**، ج ۳، قم، جامعۀ مدرسین، ۱۴۱۷ ق.
۴۶. طوسی، محمد بن حسن، **نہایہ**، بیروت، دارالاندلس، (افست قم)، بی تا.
۴۷. طوسی، ابن حمزہ، **الوسیلہ**، قم، کتابخانہ آیت اللہ مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴۸. الکاسانی، علاء الدین، **بدایع الصنائع**، ج ۵، پاکستان، المکتبۃ الحبیبیہ، ۱۴۰۹ ق.
۴۹. کافی، ابوالصلاح، **الکافی فی الفقه**، اصفهان، کتابخانہ امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ ق.
۵۰. کلحانی، محمد بن اسماعیل، **سبل الاسلام**، ج ۳، مصر، مصطفی البابی حلبی، ۱۳۷۹ ق.
۵۱. الکلبی غرناطی، ابوالقاسم ابن جزی، **القوانین الفقہیہ**، ج ۱، مطبعۃ النهضۃ نباس، بی تا.
۵۲. کرکی، محقق، **جامع المقاصد**، ج ۴، بیروت، مؤسسۃ آل البیت لاحیاء التراث، بی تا.
۵۳. ماوردی، ابوالحسن، **الحاوی الکبیر**، ج ۵، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ ق.
۵۴. مفید، محمد بن نعمان، **المقننہ**، قم، جامعۀ مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
۵۵. مقدسی، عبدالرحمن بها الدین، **العدہ فی شرح العمده الفقه**، ج ۱، قاہرہ، دارالحديث، ۱۴۲۴ ق.
۵۶. نائینی، محمد حسین، **منیہ الطالب فی شرح مکاسب**، ج ۲، قم، موسسہ النشر الاسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۵۷. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۲، چاپ نہم، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۵۸. نراقی، ملا احمد، **مستند الشیعه**، ج ۱۴، مشهد، مؤسسۃ آلالبیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.

٥٩. نورى، حسين، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، ج ١٥، بيروت، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، ١٤٠٨ ق.
٦٠. نورى طبرسى، حاج ميرزا حسين، *مستدرک الوسائل*، ج ١٣، بيروت، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، ١٤٠٨ ق.
٦١. النووى، ابوزكريا محى الدين، *المجموع فى الشرح المهدب*، ج ٩، بيروت، دارالفكر، بى تا.
٦٢. النووى، ابوزكريا محى الدين، *روضة الطالبين*، ج ٣، بيروت، دارالكتب العمليه، بى تا.
٦٣. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، ج ١ و ٣، نجف، دار النعمان، ١٣٨٦.
٦٤. اليمنى، ابوالحسن يحيى ابى الخير، *البيان فى فقه الامام الشافعى*، ج ٥، ص ٦٦، جده، دارالمنهاج، ١٤٢١ ق.