

## گفتار دوم:

### وضعیت فقهی-شرعی معامله با مال غیر

همانطوریکه فوقا به اجمال و در ادامه با تفصیل بیشتر نشان داده خواهد شد، رویکرد فقیهان با حقوق موضوعه از دو جهت متفاوت است. نخست، بر خلاف حقوق موضوعه، فقیهان در خصوص صحت یا بطلان معاملات فضول اختلاف نظر جدی دارند. به لحاظ تاریخی در چند قرن اولیه طرفداران بطلان مشهور و صحت مهجور و در قرون متاخر و معاصر طرفداران صحت مشهور و حامیان بطلان در اقلیت قرار گرفتند. در برابر، در حقوق موضوعه متأثر از هر دو خانواده بزرگ حقوقی یعنی کامن لا و رومی ژرمنی، رویکرد بطلان تقریباً رویکرد غالب و نظریه صحت در حد استثنائات خاص است. ثانیاً، در حقوق موضوعه قاعده بطلان مشمول چندین استثناست در حالیکه از نظر فقیهان طرفدار بطلان، قاعده فاقد هر نوع استثنا بوده و معاملات فضول تا هنگام تنفیذ از سوی ثالث فاقد هر نوع آثار شرعی است. ثالثاً، مفهوم صحت معاملات از منظر فقیهان طرفدار صحت با مصادیق معاملات صحیح از منظر حقوق موضوعه نیز تفاوت بنیادین دارد. در نگاه فقیهان، صحت به معنای تحقق ساختمان معامله به نحو مشروط بوده و ترتب هر نوع آثار شرعی منوط و مشروط به اعلام رضایت ثالث مدعی است. در برابر، صحت در نگاه حقوق موضوعه به معنای صحت معمول و آثار حقوقی متوقع بر آن به حکم قانون مترتب میشود!

نظر به اهمیت این مساله، ذیلاً هر دو نظریه بطلان و صحت به تفکیک از منظر حقوق موضوعه کشورهای مورد اشاره در فوق طرح و در ادامه موضع فقیهان موافق و مخالف بطلان و مخصوصاً نحوه مواجهه آنان با این چالش و متد تحلیل و نظریه پردازی آنان در رابطه با این مساله چالشی طرح و سرانجام این مواضع و رویکردهای فقهی-حقوقی با یکدیگر مقایسه و مورد ارزیابی قرار میگیرد.

### قسمت اول:

## مبانی نظری بطلان

همانطوریکه فوقا اشاره شد، در مواجهه با وضعیت فقهی معاملات فضول فقیهان به دو گروه طرفداران بطلان و حامیان صحت تقسیم شدند. در برابر، در حقوق موضوعه تقریباً همه نظامهای حقوقی، خواه متأثر از تفکر حقوقی رومی ژرمنی و خواه پیروان تفکر کامن لایی، از نظریه بطلان معاملات فضولی به مثابه قاعده اولیه حمایت نمودند. با این تفاوت که در رویکرد کامن لایی این قاعده مشمول استثنائات پراکنده می باشد ولی در نظام رومی ژرمنی این قاعده معمولاً مشمول یک استثنای روشمند یعنی نظریه حسن نیت می باشد.

نظر به اهمیت نظری و کاربردی این نظریه در هر سه تفکر حقوقی مورد بررسی، دلایل نظری این دیدگاه ها در حقوق موضوعه و فقه به ترتیب طرح و در انتها مقایسه و مورد ارزیابی قرار میگیرد.

### 1 - حقوق موضوعه

#### 1-1- حقوق خارجی

همانطوریکه فوقا نشان داده شد، در حقوق موضوعه کشورهای متأثر از دو خانواده حقوقی کامن لایی و رومی ژرمنی، نظریه بطلان معاملات فضولی به مثابه یک اصل کلی مورد پذیرش قرار گرفته است. با این وجود، همانطوریکه ذیلا نشان داده خواهد شد، تفاوتی بنیادین بین این دو تفکر وجود دارد. یک تفاوت عمده فیما بین این دو رویکرد در نحوه مواجهه با معاملات فضولی است. در فقه دلایل حامیان بطلان عمدتاً انتزاعی و با استناد به ظواهر آیات قرآن و روایات مرتبط با مصادیق مساله و بدون توجه به آثار و پیامدهای اقتصادی و اجرایی این نظریه در روابط طرفین معامله از یک سو و مالک از سوی دیگر است. در برابر، به نظر میرسد نظریه بطلان در حقوق موضوعه بر مبنای استدلالهای کاربردی و مبتنی بر سیاستهای حمایتی است. تفاوت دیگر در پذیرش استثنائات متعدد بر این قاعده است. البته همانطوریکه در ادامه نشان داده خواهد شد در وضع استثنائات رویکردها در کشورهای اروپای قاره ای و کامن لایی متفاوت است. برخی از این کشورها استثنائات را تحت قاعده ای مستقل یعنی حمایت از خریدار با حسن نیت سامان داده و برخی دیگر تابع رژیم استثنائات متفرقه می باشند.

با این وجود، به نظر میرسد همانند فقه مهمترین مبنای نظری برای توجیه بطلان در حقوق موضوعه ممنوعیت تصرف در مال غیر باشد. در این خصوص ملاحظه مقاله زیر که به تفصیل سه دیدگاه بطلان محض، بطلان نسبی با رژیم استثنائات پراکنده و بطلان نسبی مشمول یک استثناء قاعده مند را در پرتو تحولات تاریخی طرح و توصیف می نماید شایسته می باشد.

**Dimitar Stoyanova, *The Conflict between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movable: a Comparative Overview of the Solutions*, LESIJ NO. XXII, VOL. 1/2015.**

ذیلا توجیه نظریه بطلان محض نقل میشود:

### **I. The Original Owner Rule**

At the first extreme the original owner's legal interests are being meticulously protected irrespective of the means in which he was deprived of his property. The owner is granted the right to claim back his property, wherever he finds it, even if it has passed in the hands of a good faith acquirer. The roots of the original owner rule can be traced back to Roman private law. In the early period (about 450 BC) private law was codified by Lex Duodecim Tabularum (The Twelve Tables) and original acquisition of ownership was recognized by acquisitive prescription only – the so called usucapio. This principle intended to protect the owner of the movable from being deprived of his property, on one hand, and the party in possession who could acquire the movable after a certain period of time. A means for the owner of the movable was 1 “Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet”- D.50, 17, 54. 2 “Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest – D. 50, 17, 11. provided to claim back his property if the prescriptive period had not run. By the Classical period of Roman law, extending from 1 AD to the end of the third century AD the rules on acquisitive prescription evolved immensely. The major principle, applicable both to immovables and movables, was formulated by Ulpianus

– “One cannot acquire ownership from a person who is not himself the owner” 1. Together with another tenet, formulated by Paulus “What belongs us cannot be transferred to another without our consent” 2, they formed a concept of the consistent protection of the original owner. During this period, the basic action available to an owner out of possession to recover his property, both movable and immovable was the *rei vindicatio*, or revandicatory action. Initially the period for this action was limited to one year. The possessor could repel the claim if proving the fact that his possession had lasted longer than one year, without having to prove anything else. This circumstance was seriously obstructing the interests of the original owner. That’s why at the end of the Republican era the prerequisites for the *usucapio* were set to five elements: *res habilis* (a movable or immovable thing that is not *extra commercium*), *possessio*, *iustus titulus* (a just title, capable of transferring ownership by nature), *bona fides* (good faith) and *tempus* (an elapsed period of time). Furthermore, at the time of Justinian and his *Corpus Iuris Civilis*, enacted in the middle of the 6th century, the prescriptive period was increased to three years. If the prerequisites were not met (for example, if the *iustus titulus* was not present because of the circumstance that the goods were lost or stolen, or the possessor was lacking good faith) the period of possession necessary to acquire the thing was set to thirty years. In addition, the Justinian legislation strengthened the *rei vindicatio* so that the owner could pursue his property during the whole prescriptive period. As a conclusion, Roman law established and developed an approach that meticulously protected the dispossessed owner.

This approach has been enacted by a series of national legislations. English common law takes as a starting point the *nemo plus iuris* principle. As a consequence, if someone has disposed of a property not belonging to him, in the conflict between the original owner and a third acquirer the former has the stronger position. This is expressed in art. 21 (1) of the English Sale of Goods Act of 1979 (SGA)<sup>3</sup>.

The major difference between English and civil law in respect of good faith acquisition is that the first one lacks a general exception to the *nemo plus iuris* rule to benefit the good faith acquirer. Rather, the SGA of 1979 provides several statutory exceptions to this principle. The emergence of these exceptions is to an extent influenced by a statement by Lord Denning: “In the development of our law two principles have striven for mastery. The first is for the protection of property: nobody can give a better title than he himself possesses. The second one is for the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a good title.”<sup>4</sup> The first exception concerns apparent authority (also known as the doctrine of estoppel), which is actually provided in the second part of art. 21 (1) SGA 1979 “... unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller’s authority to sell”. This doctrine means that if the owner has assured the buyer that the seller has an actual right to transfer the title of the goods, the buyer can acquire the title despite the fact the seller was not the owner<sup>5</sup>. The second statutory exception to the *nemo plus iuris* principle is referred to as sale under voidable title (art. 23 of the SGA) - “When the seller of goods has a voidable title to them, but this title has not been voided at the time of the sale, the buyer acquires a good title, provided he buys them in good faith and without notice of the seller’s defect of title”. It offers protection to the buyer of a movable if he purchased it in good faith and did not know that his seller has a defect of title (cases of fraud, duress, misrepresentation etc.). The SGA contained the market overt rule as well, but the provision was abolished in 1995. Other statutory exceptions can be found in the Factors Act of 1889, concerning cases of mercantile agency<sup>7</sup> and seller in possession after sale<sup>8</sup>.

The provisions of the English Sale of Goods Act have influenced a number of common law national legislations, like Scotland and Northern Ireland (as part of the United Kingdom), Cyprus<sup>9</sup>, India<sup>10</sup>, Canada<sup>11</sup> etc.

Among the countries whose national legislations belong to the Continental legal system Portugal is the only country whose Civil Code has fully adopted the *nemo plus iuris* principle. Portuguese civil law does not recognize good faith acquisition. There are no rules comparable to the “possession is equal to a title” principle, embodied in the French law, or even to the provisions of §929-932 BGB allowing the good faith purchase despite the enhanced protection of the original owner. This circumstance results in the legal construction that a sales contract, by which the seller is neither the owner, nor legally entitled to dispose of the goods, is considered void, as art. 892 of the Portuguese Civil Code explicitly provides. If, however, such a contract is concluded and the purchaser acting in good faith, paid a consideration, the Portuguese legislator provides a restitution claim for the price because of unjustified enrichment of the transferor (art. 894 of the Portuguese Civil Code). The dispossessed owner can always claim back his movable, no matter how much time has elapsed. (**Dimitar Stoyanov**, *The Conflict between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables: a Comparative Overview of the Solutions*, LESIJ NO. XXII, VOL. 1/2015, pp. 94-6.)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - پاورقیهای متن

1 “Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet”- D.50, 17, 54. 2 “Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest – D. 50, 17, 11.

3 Art. 21 (1) SGA “Subject to this Act where goods are sold by a person who is not their owner and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller’s authority to sell.”

4 See *Bishopsgate Motor Finance Corporation Ltd. v Transport Brakes Ltd* [1949] 1 KB 332 at 336-337.

5 The estoppel is actually a rule of evidence preventing a person from denying the truth of a statement he has made previously or the existence of facts in which he has lead another to believe. See Laszlo Pók, op. cit., 7.

6 The market overt rule was codified in art. 22 (1) SGA’1979: Where goods are sold oin market overt, according to the usage of the market, the buyer acquires a good title to the goods, provided he buys them in good faith and without notice of any defect of title on the part of the seller”.

7 Art. 2 of the Factors Act provides: “Where a mercantile agent is, with the consent of the owner, in possession of goods or of the documents of title to goods, any sale ... made by him when acting

مطابق این تفسیر، مبنای نظری بطلان حمایت حداکثری از حق مالکیت مشروع مالک است. النهایه، به تدریج در کنار این سیاست حمایتی، قانونگذاران و رویه قضایی به تدریج سیاست حمایت از کارآفرین و لزوم گسترش تجارت داده و کنار سیاست حمایت از تولید کنندگان ثروت را نیز مد نظر قرار و بر همین اساس، این قاعده مشمول چند استثنا گردید. به موجب این استثنائات به جای حمایت از مالک حمایت از طرف معامله با فضول مد نظر قرار گرفت.

علاوه بر متن فوق اظهارنظر دو حقوقدان معروف انگلیسی نیز جالب توجه است. در این خصوص یکی از نویسندگان سرشناس حقوق انگلیس یعنی پورفسور روی گود (Roy Goode)، ضمن اشاره به مبنای نظری این استثناء یعنی تعارض فیمابین دو سیاست حمایتی متفاوت یعنی حمایت از مالکیت و حمایت از تجاری سازی و ثبات معاملات، در کتاب معروف

---

in the ordinary course of business of a mercantile agent, shall, subject to the provisions of this Act, be as valid as if he were expressly authorized by the owner of the goods to make the same.”

8 Art. 8 of the Factors Act provides that if the owner of a good sells it two times the second buyer can acquire the title if he acts with good faith and has no knowledge about the first sale.

9 Cyprus's Sale of Goods Act of 1994 and its articles 27-30 mirror the provisions on good faith acquisition of English Sale of Goods Act of 1979.

10 See art.26-30 of India's Sale of Goods Act.

11 See § 22-24 of Canada's Sale of Goods Act.

12 Ivan Petkov, National Report on the Transfer of Movables in Slovakia, in vol. 6 of National Report on the Transfer of Movables in Europe (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011), 421.

13 Ivan Petkov, op.cit., p. 421

14 Helmut Koziol and Rudolf Welsch, Bürgerliches Recht, Band 1 (Wien: Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2006), 335.

15 Ernst Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, (Wien : Springer, 2006), 18.

16 "En fait des meubles, la possession vaut titre". This principle was formulated in the first half of the XVIII century by the famous French civil law scientist Francois Bourjon in his work *Le commun droit de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*. (Paris, 1770) p. 1094., see Arthur Salomons, "The Purpose and Coherence of the Rules on Good Faith Acquisition and Acquisitive Prescription in the European Draft Common Frame of Reference. A Tale of Two Gatekeepers." *European Review of Private Law* vol. 3 (2013): 843.

17 M.Planiol, *Traite elementaire de Droit Civil. Droit les biens*, translated by Tihomir Naslednikov (Sofia, 1928, Staykov Printing Office), 214.

18 P. Michael Hebert, "Sale of Another's Movables", *Louisiana Law Review*, vol. 29 (1969): 335.

19 Colin, A., Capitant, H., *Traite elementaire de Droit Civil, Tome 1, Livre II – Droit les biens*, translated by Galab Galabov, (Sofia, 1926, Royal Court Printing Office), 326.

خود یعنی حقوق تجارت به زیبایی به شرح زیر بیان و نشان میدهد به چه نحو محاکم انگلیسی در مواجهه با این دو سیاست سرانجام هر دو را مورد توجه و در نهایت فیمابین آندو سازگاری و توازن برقرار نمودند:

## 1. THE COMPETING CLAIMS FOR PROTECTION:

**16.04** In the typical case A, in possession of goods with the consent of their owner O, wrongfully sells them to an innocent third party, T, and then disappears or becomes insolvent. The question which must then be answered is which of the two innocent parties, O or T, must suffer the loss. In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is for the protection of property: no one can give a better title than he himself possesses. The second is the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a good title. The first principle has held sway for a long time, but it has been modified by the common law itself and by statute so as to meet the needs of our own times.

**16.05** The common law has always strongly favoured the preservation of proprietary rights. It is an article of faith (نظریه یا دکترین) in the common law that only in exceptional cases should the owner of goods be deprived of his title to them otherwise than by his own voluntary act. *Nemo dat quod non habet*: the transferor of goods cannot pass a better title than he himself possesses. The fact that the transferee takes possession in good faith and for value is in most cases irrelevant. It is for him to check on his seller's title, if he can, not for the owner to take steps to safeguard his own property.

**16.06** This sanctification of vested property rights was not peculiar to the common law. The *nemo dat* rule was a well-established principle of Roman law and, though a different rule prevailed in Europe during the first half of the Middle Ages, the revival of the influence of Roman law in the thirteenth century led to the reinstatement of the *nemo dat* rule, which lasted well into the eighteenth century. But with the growth of commerce and the gradual development of credit came a recognition on the part of the civilians that, if goods were to move freely in the stream of trade, proper protection had to be given to the innocent purchaser. The new idea became enshrined in art 2279 of the French Civil Code: '*En fait*



*de meubles la possession vaut titre*'. So the buyer in good faith acquires an overriding title provided that he takes possession.

**16.07** In principle, the protection of the innocent buyer is a more sensible and more realistic approach. If the owner of goods voluntarily parts with possession of them, he takes upon himself certain risks. He can make his own judgment as to the creditworthiness of the party to whom he gives possession, and if his trust turns out to be ill-founded, he ought not to put the consequences of his own mistaken judgment on to the shoulders of a blameless third party. There is no effective way either of deducing or of investigating title to chattels, and if the goods are to move freely down the distributive chain, it is important that buyers should be able to purchase with confidence in the strength of the seller's title. Yet the civil law approach goes too far, for in giving such sweeping protection to the innocent purchaser, it fails to take account of the needs of those selling on credit to take security for the price.

**16.08** Over the last hundred years the civil law and the common law have moved closer together. In England the *nemo dat* rule has been steadily eroded by statutory exceptions, while in France and elsewhere certain forms of statutory purchase-money security are now protectable by registration. Yet a gulf remains. *Nemo dat* is still the general rule in England and the exception in France. English law in this area has recently been described as 'an incoherent mess' which has been resistant to any significant reform. Only the United States, in art 9 of the Uniform Commercial Code, has managed to produce a set of provisions which fairly balance the conflicting interests. (Commercial Law, 6<sup>th</sup> ed., 2020, pp. 507-508)

همین خوانش توسط پورفسور مایکل بریج از دیگر حقوقدانان معروف انگلیس نیز به شرح زیر ارائه شده است:

**5.43 Protecting ownership and commerce.** A legal system concerned with the protection of private property, and not open to any countervailing policies, would assert with unabated vigour the maxim *nemo dat quod non habet* by which the transferee's title could never exceed the title of the transferor and would always be vulnerable to a superior title. If, on the other hand, a legal system pursued to the same degree a policy of facilitating transactions, again without countervailing policies, it would maintain that a transferee acting in good faith could trust in the

appearance of ownership created by possession of goods in the hands of the transferor. The common law takes an intermediate position, starting from the *nemo dat* maxim and grafting on a number of exceptions. A number of these are statutory ones enacted in response to the needs of the commercial community. This pragmatic resolution of the irreconcilable demands of private property protection and the facilitation of transactions is expressed by Denning LJ as follows:

In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is the protection of private property: no one can give a better title than he himself possesses. The second is for the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a good title. The first principle has held sway for a long time, but has been modified by the common law itself and by statute so as to meet the needs of our own times.

It would be more accurate to say that the various statutory exceptions to *nemo dat* have served to maintain a balance between these two principles rather than redress the protection of private property in favour of the facilitation of transactions. Nevertheless, this passage reveals a conflict going far beyond the resolution of individual disputes. The clash of these opposing principles and the establishment of a balance between them should be borne in mind, even though individual cases often reveal internal inconsistency and illogicality. 206 Where private property prevails, the claimant will be able to assert his rights in the tort of conversion, damages essentially being settled at the value of the goods as of the date of conversion. (**Sale of Goods, 4<sup>th</sup> ed., 2019, p. 228**)

**See also the following text:**

The second half of Part III of the Act is entitled 'Transfer of Title' and deals with those cases in which a seller with no right to the goods may nonetheless pass a good title to a third party.<sup>2</sup> In most of these cases, the question that arises is which of two innocent people is to suffer for the fraud of a third. A thief steals goods and sells

them to someone who buys in good faith and for value; a person hands goods to an agent to obtain offers and the agent sells them without authority and disposes of the proceeds; a swindler buys goods, induces the seller to let him have them on credit and promptly resells or pledges them for whatever he can get; a person sells goods but retains possession of them and fraudulently resells them to a third party. In all these cases, the law has to choose between rigorously upholding the rights of the owner to his property, on the one hand, and protecting the interests of the purchaser who buys in good faith and for value on the other hand. As Lord Denning once put it: In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is for the protection of property: no one can give a better title than he himself possesses. The second is for the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a better title. The first principle has held sway for a long time, but it has been modified by the common law itself and by statute so as to meet the needs of our times.<sup>3</sup> The first of these principles is of course still the general rule, and is affirmed by the Act in s. 21(1): Subject to this Act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell. This rule is frequently dignified by the use of Latin in the tag *nemo dat quod non habet*, or more shortly *nemo dat*. Some difficulty has arisen with the words 'where goods are sold' in this section, and it has been held that this does not encompass a mere agreement to sell.<sup>4</sup> But this is a somewhat confusing decision: the first part of s. 21(1) – the negative part stating that a non-owner cannot pass title – is merely a re-enactment of the common law principle so it would seem that part of the subsection, or the common law in lieu, is applicable whether there is a sale or a mere agreement to sell. The second part of the subsection (beginning with the word 'unless') has the

positive effect of enabling a non-owner to pass a good title, although this also appears to be merely a restatement of the common law doctrine of estoppel. The only substantive question, therefore, is whether a person who has merely agreed to buy the goods can rely upon the doctrine of estoppel. This point is discussed below.....  
(Christian Twigg-Flesner, & et all, Atiyah and Adams' Sale of Goods, 13<sup>th</sup> ed., 2016, p. 297 & seq.)

جهت اطلاع تفصیلی از جایگاه این دو قاعده و نحوه برقراری موازنه فیما بین دو سیاست حمایتی رک به:

- 1- MICHAEL G. BRIDGE, *Benjamin's Sale of Goods*, 10th ed., 2017, cha. 7,
- 2- Professor Michael Formstone, *Sale and Supply of Goods*, 3<sup>rd</sup> ed., 2000, pp. 71 & seq.,
- 3- D. K. Srivastava, *Business Law in Hong Kong*, 5<sup>th</sup> ed., 2017, pp. 267 & seq.,
- 4- Robert Stokes, *Commercial Law*, 5<sup>th</sup> ed., 2017, chap. 5,
- 5- Eric Baskind & et all, *Commercial law*, 4<sup>th</sup> ed., 2022, Chap. 12,
- 6- Nicholas Ryder, Margaret Griffiths & Lachmi Singh, *Commercial Law: Principles & Policy*, 2012, pp. 127 & Seq.,
- 7- Roy Goode, *Fundamentals Concepts of Commercial law*, 1<sup>st</sup> ed., 2018, pp. 204 & seq.
- 8- Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, Eva Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing*, (3rd Edition), 2018, Chap. 13,
- 9- Thomas KADNER GRAZIANO, *Comparative Contract Law, Cases, Materials and Exercises*, 2<sup>nd</sup> ed., 2019, p. 475 & Seq.

## 2-1- حقوق ایران

ظاهراً به دلیل عدم پذیرش نظریه بطلان معاملات فصول در حقوق ایران مبانی نظری این نظریه کمتر مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته و با وجود حمایت گسترده از این نظریه در میان فقهای متقدم در حقوق موضوعه برای توجیه بطلان نظریه پردازان کمتری در دسترس است. با این وجود، برخی اساتید یعنی مرحوم استاد دکتر کاتوزیان برخی از مبانی این نظریه را به اجمال جمع آوری نمودند. به روایت ایشان برای بطلان به دلایلی چون تملیکی بودن بیع، اشتباه متعامل در ذات موضوع و طرف معامله، فقدان موضوع و سبب تعهد و لزوم حمایت از خریدار استناد شده است. مرحوم استاد کاتوزیان،

بدون اظهار تمایل روشن به یکی از این دلایل و یا ارائه دلیلی دیگر، این دلایل را به اختصار در حقوق موضوعه چند کشور خارجی طرح و توصیف می نماید! (قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، صص. 149-153)

اگر چه ایشان این دلایل را مستند به منابع خارجی می نماید به نظر میرسد این دلایل در فقه فاقد سابقه نیست. زیرا، همانطوریکه فوقاً از مرحوم شیخ نقل قول شد، طرفداران بطلان در فقه هم به قاعده لا بیع الا فی ملک و هم عدم قصد و هم اشتباه استناد کردند. توجه به استدلالهای متعدد مرحوم شیخ انصاری در توجیه بطلان به شرح فوق حکایت از آشنایی فقیهان با چنین استدلالهایی می باشد! مثل این استدلال: "وَأَنَّ الْفُضُولِيَّ غَيْرَ قَاصِدٍ حَقِيقَةً إِلَى مَدْلُولِ اللَّفْظِ كَالْمَكْرَهِ كَمَا صَرَّحَ فِي الْمَسَالِكِ" و یا استدلال به روایات متعدد با مضمون ممنوعیت معامله با مال غیر به نحو مطلق در واقع به دلیل مقتضای تملیکی بودن بیع می باشد. یعنی چون فروشنده فضول فاقد حق مالکانه و اذن مالکی است اساساً قادر به تملیک نیست در حالیکه مقتضای بیع قصد انتقال مالکیت و تسلیم عملی مبیع به خریدار است!

## 2- فقه

### 1-2- توجیه نظریه بطلان در فقه

در این خصوص مرحوم شیخ انصاری دلایل شرعی حامیان بطلان را به شرح زیر روایت و تفصیلاً پاسخ میدهد. ایشان توجیه نظریه بطلان را چنین روایت میکند: "و احتجّ للبطلان بالأدلة الأربعة." برای اثبات بطلان فقیهان مدافع بطلان به هر چهار منبع فقهی استناد نمودند.

**الف- أَمَّا الْكِتَابُ :** فقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ النِّسَاءِ آیه ۲۹.

قائلین به بطلان، از دو راه به این آیه برای بطلان فضولی استدلال کرده اند. یکی از راه مفهوم حصر مستفاد از حصر ناشی از استثنا مذکور در آیه می باشد. بنابراین که این استثنا مذکور در آیه، استثنای متصل باشد. بر این اساس، تنها راه جواز تصرف در مال غیر یا راه اکل مال غیر، تجارت از روی تراضی باشد. حال چون معامله فضول مصداق تجارت عن تراض نیست لذا مشمول مستثنا منه بوده و محکوم به بطلان است. چون زمانی که فضول، معامله را انجام می دهد؛ یا مالک قبلاً فضولی را منع کرده و یا این که لااقل، رضایت خودش را اعلام نکرده است، پس تجارت فضولی، از مصادیق عدم تجارت عن تراض می شود و به حکم آیه محکوم به بطلان است.

راه دوم برای اثبات ادعا استناد به مفهوم وصف است. زیرا، در آیه آمده: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ». طبق این استدلال «عَنْ تَرَاضٍ»، قید برای تجارت است. در واقع قائلین به بطلان فضولی میگویند معامله فضولی تجارت است اما تجارت فاقد وصف «عن تراض» است. در این استدلال دیگر توجهی به استثناء و این که استثنا متصل است یا غیر متصل نداریم. چون تجارت مقید شده به «عَنْ تَرَاضٍ»، لذا مفهوم قید این می شود که اگر تجارت، از روی تراضی نباشد مصداق اکل مال به باطل بوده و آن معامله محکوم به بطلان است.

در ادامه شیخ انصاری هر دو شیوه استدلال به آیه را مورد مناقشه قرار میدهد. یرا، اولاً استدلال به مفهوم حصر در آیه در صورتی درست است که استثناء، استثنای متصل باشد. زیرا، استثنائی دلالت بر حصر دارد که استثنای متصل باشد نه منفصل در حالیکه استثناء مذکور در آیه به دو دلیل منقطع است. دلیل اول ظهور خود آیه است، که قبل از حرف استثنا یعنی "إِلَّا" آیه میگوید «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ». این جمله مستثنی منه است. یعنی اموال خودتان را به سبب باطل مورد دادوستد و تصرف قرار ندهید. به بیان دیگر، سبب تصرف در مال، باید تجارة عن تراض باشد. در حالیکه تجارة عن تراض مستثنایی است که داخل در سبب باطل نیست. یعنی یک راه حق و صحیح برای تصرف تجارة عن تراض است. حال چون مستثنی، داخل در مستثنی منه نیست، پس آیه ظهور در استثناء منقطع دارد نه متصل. دلیل دوم نیز تصریح کثیری از مفسرین است، که استثناء در این آیه را استثناء منقطع دانسته اند نه متصل پس به اید دو دلیل آیه اساساً مفید حصر نیست تا مبنای بطلان باشد!

در ادامه مرحوم شیخ شیوه دوم استدلال یعنی استناد به مفهوم قید و وصف را مورد مناقشه و به سه دلیل رد میکند:

دلیل اول اینکه «عن تراض»، اساساً قید نیست، بلکه خبر بعد الخبر است، یعنی «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً وَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَنْ تَرَاضٍ» نه اینکه «عن تراض» قید برای تجارت باشد. لذا اگر قیدیتش را از بین بردیم، دیگر استدلال به مفهوم قید هم از بین می‌رود. به بیان دیگر، استدلال مزبور در صورتی قابل استناد است «عن تراض»، قید برای تجارت باشد، در حالی که می‌گوییم: «عن تراض» قید نیست بلکه خبر دوم برای «تكون» است.

دلیل دوم اینکه بر فرض که "عن تراض" قید باشد، باید توجه داشته باشیم در باب مفهوم قید و وصف، قائلین به مفهوم وصف، شرط کرده اند که آن وصف، فایده دیگری غیر از مفهوم نداشته باشد، اما اگر ذکر وصف برای فائده دیگری باشد، دیگر مفهوم ندارد. مثلاً در آیه شریفه «وَرَبَّائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ»، گفته اند: «فی حجورکم» از باب این که قیدی است که وارد در مورد غالب است، یعنی غالباً افرادی که زنی را می گیرند که این زن از شوهر سابقش، دختری دارد، وقتی زن را به منزلش می آورد، آن دختر و ربیبه را هم می آورد. لذا چون قید غالب است، آیه چنین فرموده است. بنابراین، اگر در موردی، ربیبه فی حجورکم نبود، معنایش این نیست که این ربیبه، از حکم این آیه خارج باشد. حال در آیه مزبور نیز «عن تراض» را بر فرض هم که قید قرار دهیم، قیدی است که وارد مورد غالب است، چون غالباً تجارتها از روی تراضی است، لذا آیه این قید را بیان فرموده است.

دلیل سوم اینکه اصلاً فضولی از موضوع این آیه خارج است زیرا، خطاب آیه به مالکین است. زیرا، آیه می گوید «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»، این ضمیر «کم» در آیه قرینه است بر این که مورد و موضوع آیه، مالکین هستند نه هر کسی. در واقع آیه میگوید ای مالکان، اموالتان را از راه تجارت عن تراض تصرف کنید، اما فضولی عنوان مالک را نداشته و این معامله بعد از آن که مالک اجازه داد، معامله مالک می شود، اما تا قبل از اجازه، فضولی اساساً مالک نیست تا مشمول آیه شود!<sup>2</sup>

**ب- الاستدلال بالروایات علی البطلان:** مرحوم شیخ در مقام روایت از ادله روایی قایلین به بطلان در مجموع

به شش روایت استناد میکند.

<sup>2</sup> دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة عن تراضٍ أو التجارة لا عن تراضٍ غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا، ومن المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى. وفيه أنّ دلّته على الحصر ممنوعة؛ لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين (التبيان ٣ ص ١٧٨، و مجمع البيان ٢ ص ٣٦، و الكشف ١ ص ٥٠٢) ضرورة عدم كون التجارة عن تراضٍ فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه. وأمّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى، ككونه وارداً مورد الغالب، كما فيما نحن فيه وفي قوله تعالى (وَرَبَّائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ) (النساء 23)، مع احتمال أن يكون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبر ل «تكون» على قراءة نصب «التجارة» لا قيداً لها وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلّا أن يكون سبب الأكل «تجارة»، وتكون «عن تراضٍ». و من المعلوم أنّ السبب الموجب لحلّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضي، مع أنّ الخطاب لملاك الأموال، و التجارة في الفضولي إنّما تصير تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراضٍ. و قد حكي عن المجمع أنّ مذهب الإماميّة والشافعية وغيرهم أنّ معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتفرّق أو التأخير بعد العقد. ولعلّه يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر. (المكاسب جلد ٣، صفحه ٣٦٥ به بعد)

**روایت اول:** قال النبی ص لحکیم بن حزام: لا تبع ما لیس عندک. به موجب این روایت فروش مالی که نزد فروشنده نیست شرعاً ممنوع است.

شیخ در توضیح می نویسد "منظور از این جمله که "مالی که پیش تو نیست را نفروش" این نیست که مالک مالی که از آن دوری بوده و در دسترس نیست نفروش. بلکه منظور روایت این است که "مالی که مملوک شما نیست قابل فروش نیست!" با همین مضمون دو روایت دیگر نیز در دسترس است. یکی لا بیعٌ إلّا فی ما یملک. و دیگری توقیع امام حسن عسکری در خطاب به صفّار... "لا یجوزُ بیعٌ ما لیسَ یملک".

هر دو روایت مفید روایت اول بوده و به موجب آن فروش مال غیر ممنوع است. لذا با ملاحظه هر سه روایت قیاسی با این مضمون فراهم میشود "در بیع فضولی فروشنده، مالک نیست." (صغری) "فروش چیزی که مالک نیستی، باطل است." (کبری) "پس بیع فضولی، باطل است." (نتیجه) بر این اساس، قاعده ممنوعیت فروش مال غیر قابل استنباط است

## روایت دوم:

رُوی فی الإحتجاج ممّا خرّج من الناحیه المقدّسه فی توقیعات محمد بن عبدالله بن جعفر الحمیری فی السّؤال عن ضیعه السّلطان فیها حصّته مغصوبه فهل یجوز شراؤها می السّلطان ام لا؟ فأجاب ع الضّیعه لا یجوز ابتیاعها إلّا من مالکها أو بأمره.

به موجب این روایت امام حسن عسکری نقل شده است "زمین متعلق به غیر را جز از شخص او یا رضایت اش نمی توان خریداری کرد." طبق این روایت نیز صحت معامله منوط به رضایت مالک بوده و بر عقد تقدّم دارد.

## روایت سوّم:

صحیحہ ی محمد بن مسلم عن ابی جعفر ع فی حدیثٍ قال سأله رجلٌ من اهل النیل عن ارض اشتراها بفم النیل و اهل الأرض یقولون هی ارض هم و اهل الاستان یقولون هی من ارضنا فقال لا تشترونها إلّا برضا اهلها.



طبق روایت محمد بن مسلم که از اصحاب سرشناس دو امام باقر و صادق ع است در باره ی زمینی که در دهانه ی نیل قرار داشته از امام باقر سؤال کردند که صاحبان زمین آن را ملک خود می پندارند و اهل استان نیز آن را ملک خود می شمارند با این وجود شخصی این زمین را می خرد. امام در پاسخ فرمودند "جز با رضایت صاحبان ملک نمی توان زمین را معامله کرد."

#### روایت چهارم:

صحیحه ی محمد بن القاسم بن الفضیل قال سألت أبا الحسن الأول عن رجلٍ اشترى من امرأةٍ من آل فلان بعض قطعٍ فكتبَ إليها كتاباً قد قبضتِ المال و لم يقبضه فيعطيهما المال أم يمنعهما. قال قل له يمنعهما أشدَّ المنع فإنها باعت ما لم تملكه.

بر طبق این روایت صحیحه در مورد مردی از امام هفتم سؤال شد که از زنی از آل فلان (بنی عباس) یکی از قطعات زمین متعلق به آنان را خریده و به موجب نوشته یی اظهار زده ثمن معامله دریافت را در حالی که مالک عملاً مبلغ مزبور را دریافت نموده است؛ حال آیا باید این مبلغ را به وی بپردازد یا نه؟ امام در پاسخ فرمود "بگو از پرداخت مبلغ مزبور به شدت خود داری کند چون آن زن چیزی را که مالک نبوده، خریده است." طبق این روایت، اگر بیع فضولی درست بود و پرداخت ثمن هم جایز، امام نمی فرمودند که از پرداخت ثمن معامله خود داری کند.<sup>۳</sup>

<sup>۳</sup> منها النبوي المستفيض (روایت غیر متواتر ولی به لحاظ قدرت انتساب از خبر واحد بیشتر)، وهو قوله ص لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك» (۵) فإنَّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه؛ لعدم تملكه، فيكون مساوفاً للنبوي الآخر «لا بيع إلا في ما يملك» بعد قوله ص «لا طلاق إلا في ما يملك، ولا عتق إلا في ما يملك» (۶)، ولما ورد في توقيع العسكري ع إلى الصَّفَّار «لا يجوز بيع ما ليس يملك» (۷) وما عن الحميري أنَّ مولانا عَجَّ كتب في جواب بعض مسائله «أنَّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالِكها».

(۱) الوسائل ۱۲ : ۲۵۱ ، الباب الأول من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث ۸. (۲) النيل «بليدة في سواد الكوفة يخترقها خليج كبير يتخلَّج من الفرات الكبير ، حفره الحجاج بن يوسف وسمَّاه بنيل مصر ، معجم البلدان ۵ : ۳۳۴ «نيل». (۴) في النسخ : «الأسناف» ، وفي الكافي والتهذيب ومصحَّحة (۴) مجمع البيان ۲ : ۳۷. (۵) راجع سنن البيهقي ۵ : ۲۶۷ ، ۳۱۷ و ۳۳۹. (۶) كنز العمال ۹ : ۶۴۱ ، الحديث ۲۷۷۷۹ ، وراجع المستدرک ۱۳ : ۲۳۰ ، الباب الأول من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث ۳ و ۴. (۷) الوسائل ۱۲ : ۲۵۲ ، الباب ۲ من أبواب عقد البيع وشروطه. أو بأمره أو رضاً منه» (۱). وما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرض بغم النيل (۲) اشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون هي أرضنا (۳)، وأهل [الأسياف] (۴) يقولون هي من أرضنا. فقال «لا تشتريها إلا برضا أهلها» (۵). وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل (۶) في رجل اشترى من امرأةٍ من آل فلان بعض قطعٍ فكتبَ عليها (۷) كتاباً أنَّها (۱) قد قبضتِ المال ولم تقبضه (۲)، فيعطيهما المال أم يمنعهما؟ قال قل له (۳) يمنعهما أشدَّ المنع، فإنها باعت ما لم تملكه» (۴). بعض النسخ : «الاستان» ، وما أثبتناه مطابق لما نقله

حاصل روایت ششگانه فوق این است که شخصی که فاقد حق مالکیت بر مبیع می باشد مجاز به انعقاد بیع با شخص دیگر نیست. زیرا، مقتضای بیع قصد تملیک و انتقال مالکیت در عالم اعتبار است در حالیکه شخص فصول به هنگام معامله یا فاقد قصد است و یا قصدش بلا اثر است فلذا امکان انتقال حق مالکیت در عالم اعتبار فراهم نیست!

در ادامه مرحوم شیخ هر یک از مستندات چهارگانه حامیان نظریه بطلان را به چالش کشیده و تفصیلاً مورد نقد و ارزیابی قرار میدهد.<sup>4</sup>

الشهيد عن بعض النسخ المصححة في شرحه (هداية الطالب : ٢٧٤) ، ولعلّ ما نقله الشهيد أقرب إلى الصواب ؛ أنّ الأسيايف كما في القاموس جمع سيف بالكسر وهو ساحل البحر وساحل الوادي ، أو كلّ ساحل ، فأصحاب السيف هم أصحاب ساحل النيل الذي تقدّم تفسيره ويؤيده قول السائل : «أرض بقم النيل» أي قم الخليج. (٥) الوسائل ١٢ : ٢٤٩ ، الباب الأول من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث ٣ بتفاوت سير. (٦) في مصححة «ص» والمصادر الحديثية : الفضيل. كتاب المكاسب جلد ٣ ، صفحه ٣٦٧

<sup>4</sup> والجواب عن النبوي: أولاً أنّ الظاهر من الموصول هي العين الشخصية؛ للإجماع والنصّ على جواز بيع الكلّي (٥)، ومن البيع البيع لنفسه، لا عن مالك العين، وحينئذٍ فإمّا أن يراد بالبيع مجرّد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته وإمّا أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثمّ يمضي ليشتريه من ماله، قال لأنّه ص ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز، ولا نعلم فيه خلافاً؛ للنهي المذكور وللغرض؛ لأنّ صاحبها قد لا يبيعها (٦)، انتهى. وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى الأتيتين في بيع الفضولي لنفسه (٧) ، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرّد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليّته لتعقّب الإجازة من المالك. وبعبارة أخرى نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقّه. فلا يدلّ على الغاية بالنسبة إلى المالك حتّى لا تنفعه إجازة (١) المالك في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأوّل ونحن نقول به، كما سيجيء (٢). وثانياً سلّمنا دلالة النبوي على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم (٣) من الأدلّة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لماله إذا أجاز. وبما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله «لا بيع إلّا في ملك»؛ فإنّ الظاهر منه كون المنفي هو البيع لنفسه، وأنّ النفي راجع إلى نفي الصّحة في حقّه لا في حقّ المالك، مع (٢) سيجيء في الصفحة ٤٤٧ و ٤٥٢. (٣) راجع الصفحة ٣٥٠ وما بعدها. (٤) قال المامقاني قدس سره : الروايتان عبارة عن توقيع العسكري عليه السلام إلى الصقار ، وما عن في مقابلة عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما. وتوضيحه أنّ النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد، إلّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعاملة عليه. ومن المعلوم أنّ عقد الفضولي لا يترتّب عليه بنفسه (١) الملك المقصود منه؛ ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، ولذا عدّ في الشرائع (جلد ص 14) والقواعد (جلد 1 ص 124) من شروط المتعاقدين أعني شروط الصّحة - كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه، وإن أبويت إلّا عن ظهور الروايتين في لغويّة عقد الفضولي رأساً، وجب تخصيصهما (٤) بما تقدّم من أدلّة الصّحة. وأمّا رواية القاسم بن فضل (٥) ، فلا دلالة فيها إلّا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي؛ لأنّه باع ما لا يملك، وهذا حقّ لا ينافي صّحة الفضولي. وأمّا توقيع الصقار، فالظاهر منه نفي جواز البيع في ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزم، ويؤيده (٦) تصريحه بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك (١)، فلا دلالة على عدم وقوعه لماله إذا أجاز. وبالجمله، فالإنصاف أنّه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز ، ولا تعرّض فيها إلّا لنفي وقوعه للعاقد .

الحميري. (غاية الأمال : ٣٦٤) واستظهر السيّد اليزدي قدس سره أنّ المراد بهما روايتا خالد ويحيى الأتيتين في بيع الفضولي لنفسه، ثمّ قال : وأمّا دعوى أنّ المراد بهما التوقيعان ، فهي كما ترى. (حاشية المكاسب : ١٤٠) وقال الشهيد قدس سره أيضاً : يعني بهما روايتي خالد ويحيى الأتيتين. (هداية الطالب : ٢٧٥). (٥) المراد بهما : النبويّان السابقان ، كما قاله المامقاني قدس سره في غاية الأمال : ٣٦٤.

من غير المالك له إذا أجاز. وأمّا الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع ، فإنّما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما. وتوضيحه أنّ النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد، إلّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر

عصاره پاسخ مرحوم شیخ به استدلال به روایات ششگانه فوق این است که به موجب این روایات امکان انتقال مالکیت به فضول نیست در حالیکه حامیان صحت چنین اعتقادی ندارند. آنان نیز بر این باورند که قصد تملیک به فضول در عالم اعتبار فاقد اثر بوده ولی عمل حقوقی محقق و تنها با اجازه لاحق مالک موثر و در واقع معاوضه فیما بین مالک و اصیل موثر و موجب نقل و انتقال حقوق مالکان فیما بین آنان می‌گردد.

### ج- ادعای اجماع بر بطلان ،

به روایت مرحوم شیخ انصاری شیخ طوسی در کتاب خلاف، عزّ الدین حمزه معروف به ابن زهره در کتاب غنیه و محمد بن احمد ابن ادریس حلّی در باب مضاربه کتاب سرایر، بطلان معامله فضولی را اجماعی دانستند. با این وجود، به روایت شیخ انصاری مرحوم شیخ طوسی نظریه صحت بیع فضولی را نیز به برخی از فقهای امامیه نسبت دادند، ولی این مخالفت را قابل اعتنا ندانستند.

در همین خصوص ابن زهره در کتاب مضاربه، می نویسد "خریدی که توسط غاصب انجام گیرد باطل است و برای این نظریه نیز مخالفتی از سوی دیگر فقیهان آن عصر مشاهده نشده است".

ضمناً شایسته یادآوری است که مرحوم ابن ادریس تنها در باب مضاربه چنین حکمی داده است نه در همه ی موارد بیع فضولی و چون اتحاد ملاک بین این موضوع و مسائل دیگر از مباحث بیع فضولی متصور نیست تا با تنقیح مناط قابل به تعمیم شویم لذا تعمیم اجماع نیز موجه نیست. زیرا ابن ادریس تنها خرید را را اجماعی دانسته است در حالیکه مساله تنها منحصر به خرید نیست بلکه بیع و دیگر معاملات معاوضی است.

---

المقصود من المعاملة عليه. ومن المعلوم أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه (١) الملك المقصود منه؛ ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، ولذا عدّ في الشرائع (٢) والقواعد (٣) من شروط المتعاقدين أعني شروط الصحة - كون العاقد مالكا أو قائماً مقامه، وإن أبين إلا عن ظهور الروايتين في لغوية عقد الفضولي رأساً ، وجب تخصيصهما (٤) بما تقدّم من أدلة الصحة. وأمّا رواية القاسم بن فضل (٥)، فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي؛ لأنّه باع ما لا يملك، وهذا حق لا ينافي صحة الفضولي. وأمّا توقيع الصفار، فالظاهر منه نفي جواز البيع في ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب وال لزوم ، ويؤيده (٦) تصريحه عليه السلام وليس فيهما ما يدلّ ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز. وأمّا الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع، فإنّما هو أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. وأمّا الروايتان (٤)، فدالتهما على ما حملنا عليه السابقين (٥) أوضح. وليس فيهما ما يدلّ ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع ((٤) الوسائل ١٢ : ٢٤٩ ، الباب الأول من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث ٢. (٥) انظر الوسائل ١٣ : ٦٠ ، الباب ٥ من أبواب السلف. (٦) التذكرة ١ : ٤٦٣ ، وحكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤ : ١٨٦. (٧) تأتيان في الصفحة ٤٤٧. (٢) الشرائع ٢ : ١٤. (٣) القواعد ١ : ١٢٤. (٥) تقدّم أنّه في المصادر الحديثية : الفضيل).

به همیم جهت، شیخ انصاری با رد اجماعی بودن بطلان می نویسد "فقه‌های زیادی از متقدمین مانند ابن جنید اسکافی، شیخ مفید و شاگردش سید مرتضی و حتی خود شیخ طوسی در آخرین کتابش یعنی النّه‌ایه بر صحت بیع فضولی اظهار نظر نموده است!"<sup>۵</sup>

## د- ممنوعیت عقلی و نقلی تصرف در مال غیر

به حکم عقل و نقل، تصرف در مال دیگران، دلالت بر ممنوعیت تصرف، در مال دیگران جز با إذن قبلی مالک ممکن می گردد. لذا رضایت بعدی بنا به دلیل (الشئ لا ینقلب عما وقعَ علیه) قبح عمل در هنگام تصرف را بر طرف نمی سازد. همچنین، در توقیع و مکتوبی که از کتاب احتجاج مرحوم طبرسی روایت شده چنین آمده است "هیچ کس نمی تواند در مال دیگری تصرف کند؛ الا با رضایت مالک". لذا از آنجا که فروش مال غیر از نظر عرف بالا ترین نوع تصرف به شمار می آید بنابر این معامله با مال غیر نیز مصداق تصرف ممنوع در مال غیر محسوب و باطل می باشد!"<sup>۶</sup>

## در ادامه مرحوم شیخ انصاری وجاهت این دلیل برای اثبات ابطال را مورد مناقشه و می نویسد: "والجواب

أنّ العقد علی مال الغیر متوقعاً لإجازته غیر قاصد لترتیب الآثار علیها لیس تصرفاً فیه. نعم، لو فرض کون العقد علّه تامّه ولو عرفاً لحصول الآثار کما فی بیع المالك أو الغاصب المستقلّ کان حکم العقد جوازاً ومنعاً حکم معلوله المترتب علیه. ثمّ لو فرض کونه تصرفاً، فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءه والاصطلاء بنور الغیر وناره، مع أنّه قد يفرض الکلام فیما إذا علم الإذن فی هذا من المقال أو الحال؛ بناءً علی أنّ ذلك لا یخرجه عن الفضولی، مع أنّ

<sup>۵</sup> ادّعاء الشیخ فی الخلاف معترفاً بأنّ الصحّة مذهب قوم من أصحابنا، معترداً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم (۲)، وادّعاء ابن زهرة أيضاً فی الغنیة (۳)، وادّعی الحلی فی باب المضاربة عدم الخلاف فی بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعین المغصوب (۴). **المناقشة فی الإجماع:** والجواب عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء کالقديمين والمفید والمرتضی والشیخ بنفسه فی النّه‌ایة التي هي آخر مصنّفاته علی ما قیل وأتباعهم علی الصحّة، وإطباق (۵) المتأخّرين علیه، عدا فخر الدین وبعض متأخّري المتأخّرين (۱) وهو قوله علیه السلام: «وقد وجب الشراء من البائع علی ما یملک»، راجع الوسائل ۱۲، ۲۵۲، الباب ۲ من أبواب عقد البیع وشروطه، الحديث الأول. (۲) الخلاف ۳: ۱۶۸، کتاب البیوع، المسألة ۲۷۵. (۳) الغنیة: ۲۰۷. (۴) السرائر ۱۵۲. (۵) تقدّم التخریج عنهم جمیعاً فی الصفحة ۳۴۹ ۳۵۰.

<sup>۶</sup> ما دلّ من العقل والنقل علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر إلا بإذنه فإنّ الرضا اللاحق لا ینفع فی رفع القبح الثابت حال التصرف، ففي التوقیع المروی فی الاحتجاج «لا یجوز لأحد أن یتصرّف فی مال غیره إلا بإذنه» (۱)، ولا ریب أنّ بیع مال الغیر تصرف فیه عرفاً (الاحتجاج ۲ ۲۹۹، وانظر الوسائل ۶: ۳۷۷، الباب ۳ من أبواب الأنفال، الحديث ۶ وذیل الحديث ۷).

تحریمه لا یدلّ علی الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ علی بطلان البیع بمعنی عدم ترتّب الأثر علیه وعدم استقلاله فی ذلك، ولا ینکره القائل بالصحّة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقله. وممّا ذکرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولی قاصداً لترتیب الأثر من دون مراجعة المشتري؛ بناءً علی أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبیح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد."

### ذ- الاستدلال بوجوه آخر علی البطلان

وقد يستدلّ للمنع بوجوه آخر ضعیفه، أقواها أنّ القدرة علی التسليم معتبره فی صحّة البیع، والفضولی غیر قادر (الإيضاح ١ : ٤١٧ ، والمناهل : ٢٨٨ ، ومقابس الأنوار : ١٢٨)، وأنّ الفضولی غیر قاصد حقیقهً إلى مدلول اللفظ کالمکره ، كما صرّح فی المسالك (المسالك ٣ : ١٥٦).

علاوه بر استناد به ادله اربعه به شرح فوق، مرحوم شیخ انصاری ادله فرعی دیگری نیز بر اثبات نظریه بطلان اقامه می نماید. یکی از این ادله فقدان قدرت بر تسلیم در معاملات فضولی است. دلیل دوم فقدان قصد تملیک است. زیرا، فضول همانند مکره قادر به قصد تملیک نیست!

در ادامه شیخ ضمن مناقشه در اعتبار دو دلیل فوق می نویسد "ویضعّف الأوّل مضافاً إلى أنّ الفضولی قد یرکون قادراً علی إرضاء المالك (٣) بأنّ (٤) هذا الشرط غیر معتبر فی العاقد قطعاً، بل یرکون تحققه فی المالك، فحینئذ یشترط فی صحّة العقد مع الإجازة قدرة المجیز علی تسلیمه أو (٥) قدرة المشتري علی تسلّمه علی ما سیجیء (٦). ویضعّف الثانی بأنّ (٧) المعتبر فی العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فی الفضولی والمکره، لا أزیّد منه، بدلیل الإجماع علی صحّة نکاح الفضولی وبيع المکره بحق؛ فإنّ دعوی عدم اعتبار القصد فی ذلك للإجماع ، كما ترى! (المکاسب جلد ٣، صفحات ٣٦٧ تا ٣٧١)

حاصل این مناقشه در خصوص دلیل این است که اولاً فضولی قادر به اقناع مالک و تحصیل رضای ایشان می باشد. ثانیاً، هیچ دلیلی بر لزوم وجود قصد از سوی عاقد و تهیه کننده متن قرارداد نیست! ضمناً، دلیل دوم نیز فاقد

اعتبار است زیرا، عاقد فضول فاقد قصد نیست بلکه با قصد جدید و تخصصی نیز متن قرارداد را تهیه و تنها نقص فقدان رضای مالک و انتساب آن به ایشان است که پس از لحوق رضا این نقیصه نیز برطرف میشود!

**آقای مکارم شیرازی نیز همانند شیخ به همه ادله فوق الذکر اشاره** و تقریبا همه آنها را غیر قبل اتکا برای اثبات بطلان اعلام و در کنار آن به اصل فساد نیز به شرح زیر اشاره می نماید: "الاصل و هو اصاله الفساد الثابتة فی جمیع ابواب المعاملات. فان الاصل يقتضی عدم النقل و الانتقال الا بسبب معلوم. و فيه منتض بالادله الكثيره السابقه لاسیما العمومات الناقضه له." (همان ص. 296)

## **2-2- نقد رویکرد فقهی مدافعان نظریه بطلان**

گرچه استناد به ظواهر ادله شرعی برای اثبات یا رد یک برداشت و تفسیر رویه مرسوم فیمابین فقیهان می باشد اما به نظر میرسد در مواجهه با انبوهی از پرسشها و رخدادهای حقوقی هر نوع اظهارنظر در خصوص شمول یا عدم شمول و مخصوصا وجاهت یا عدم وجاهت یک تفسیر باید در پرتو شناسایی منطق و ملاک احکام از یک سو و پیامدهای عملی در مناسبات طرفین رابطه حقوقی باشد. احراز منطق حکم و تعمیم حکم بر مبنای آن منطق هم معقولتر، هم قابل اتکاتر و هم اقناع کننده تر می باشد. مضافا بر اینکه ابتدای همه احکام شرعی بر مصالح و مفاسد خفیه اصلی مسلم و غیر قابل انکار فیمابین فقیهان اصولی و اخباری می باشد. لذا به نظر میرسد در پاسخ به پرسشهای ناشی از این مساله مهم تجاری-اقتصادی اظهارنظر بر مبنای منطق و ملاک (مصالح) احکام کارآمدتر و قابل دفاعتر می باشد .

همچنین، اگر چه امکان احراز نوعی منطق و ملاک حکم در احکام تبعدی مورد مناقشه جدی فقیهان اصولی و مخصوصا اخباری متقدم و متاخر می باشد، ولی احراز علت و منطق احکام امضایی میسر بلکه لازم است. در این راستا به نظر میرسد منطق مبنایی فقیهان مدافع بطلان مطلق سیاست حمایت حداکثری از مالکیت است. فقیهان مدافع بطلان در واقع با هدف حمایت حداکثری از مالکیت به مثابه یک حکم شرعی مسلم و قطعی و خدشه ناپذیر ناچار به چنین برداشت از ظواهر ادله شرعیه مرتبط با مساله شده اند. به زعم اینان، به اقتضای اصل مالکیت هر نوع تصرف و انتفاع از ملک باید با اطلاع و مدیریت مالک باشد. تجویز مداخله ثالث به دون اطلاع مالک اولاً موجب

بهم خوردن نظم حقوقی شده و ثانیاً، پیامدهای حقوقی ناخواسته و غیر قابل پیش بینی متعددی بر مالک و خریدار با حسن نیت تحمیل می نماید.

بر این اساس، به نظر میرسد بهترین مبنا برای توجیه بطلان، لزوم حفظ نظم تجاری و حقوقی مستنبط از ادله شرعی و حقوقی شناسایی حق مالکیت برای خالقان ثروت باشد. توضیح آنکه، در یک سیستم حقوقی-اقتصادی با شناسایی حق مالکیت قانونگذار در واقع انتظار دارد هر نوع انتفاع و تصرفات حقوقی با نظر و صلاحدید شخص مالک باشد. به همین جهت، قانونگذار قانون مدنی حق مالکیت را در ماده 30 به معنای "اختیارداری مطلق انتفاعات از و تصرفات در مال موضوع حق" می داند. این اختیارداری در واقع یک مشوق قانونی برای تولیدکنندگان ثروت است. قانونگذار به این وسیله به خالقان ثروت اطمینان میدهد که حاصل تلاش و سرمایه گذاری آنان در اختیار آنان بوده و انتفاع از آن یا تصرف در آن به دون اجازه و اطلاع ایشان فاقد اثر حقوقی است.

بر این اساس، جواز مداخله در امر دادوستد و تجاری سازی از سوی هر شخص دیگر بدون اطلاع و اجازه مالک منجر به اخلال در نظم حقوقی و تجاری طراحی شده از سوی قانونگذار بوده و ناخواسته مالک را با شخصی ناشناس مواجه نموده و ایشان را درگیر منازعات حقوقی غیر قابل پیش بینی می نماید. از سوی دیگر، متعامل ناآگاه نیز ناخواسته و بی خبر از فقدان سمت حقوقی از سوی معامل گرفتار منازعات حقوقی غیر قابل پیش بینی و نامحدود با معامل از یک طرف و مالک از طرف دیگر میشود. لذا به اقتضای حق مالکیت مشروع علی الاصول هر نوع تصمیم در انعقاد قرارداد و انتخاب طرف معامله و شروط آن در اختیار مالک بوده و تصمیمات حقوقی غیر مالک علی الاصول باید به دلیل اخلال در این نظم حقوقی باطل و بی اثر باشد.

به نظر میرسد حکم ممنوعیت موضوع آیه شریفه و روایات ششگانه مورد استناد طرفداران بطلان نیز در واقع بر مبنای همین منطق باشد!!

### 3- جمع بندی

همانطوریکه ملاحظه شد، رویکرد بطلان انگاری معاملات فضولی در فقه همانند حقوق موضوعه است.

با این وجود، این دو تفکر حقوقی تفاوت جدی دارند. طبق نظریه فقیهان معاملات از اساس باطل و فاقد آثار حقوقی است. در حالیکه در حقوق موضوعه به جای بطلان مطلق بطلان نسبی مورد پذیرش قرار گرفته است. همچنین، همانطوریکه در ادامه نشان داده خواهد شد، اگرچه نظریه بطلان در حقوق کشورهای متأثر از دو خانواده بزرگ حقوقی به تدریج مشمول استثنائات متعدد معنی داری شده است ولی حامیان بطلان در فقه بر بطلان مطلق همچنان اصرار دارند، اگرچه طرفداران آن به تدریج کاهش و طرفداران صحت مطلق بیشتر شدند. البته، همانطوریکه در ادامه نشان داده خواهد شد، رویکرد صحیح انگاری معاملات فضول در فقه نیز به معنای تمایل به پذیرش صحت به مفهوم مورد پذیرش در حقوق موضوعه نیست. ظاهراً، نظریه صحت یک ابتکار فقهی منحصر به فرد بوده و در حقوق موضوعه نه مسبوق به سابقه و نه اساساً به لحاظ منطق حقوقی مفهومی قابل فهم می باشد! با این وجود، به نظر میرسد کوششهای نظری فقیهان طرفدار بطلان به لحاظ تحلیلهای نظری انتزاعی بسیار غنی و حکایت از تلاش وافر و استفاده از تمام ظرفیتهای فقهی برای دفاع از این نظریه دارد.