

بررسی ادله صحت ایقاع فضولی در قانون با رویکردی بر فقه امامیه

علی کشاورز^۱، احسان سلطانیان نژاد^۲، احمد ابراهیمی^۳

۱- کارشناس ارشد حقوق خصوصی واحد قم

۲- کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی و وکیل پایه یک دادگستری

۳- کارشناس ارشد حقوق خصوصی واحد علوم و تحقیقات تهران

چکیده

ایقاع فضولی از جمله مباحثی است که دارای حکم مشخصی به صورت کلی در نظام تقنینی ایران نمی باشد. از این رو براساس مجوز صادره از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ ق.آ.د.م. ناگزیر از مراجعه به فقه به عنوان خواستگاه اصلی قوانین در کشور به بررسی اقوال فقهاء در این باب پرداخته شد. عده ای از فقهاء با مبانی بیع فضولی به اعتبار شناسی آن در ایقاعات نظر داده اند و عده ی دیگری هم از فقهاء در استنباط عمومیت حکم رأی به بطلان ایقاعات فضولی داده اند. نگارنده با جستجو در میان نظرات فقهی و روایات با رویکرد تطبیقی و تحلیلی به ایقاعات فضولی پرداخته؛ و اهتمام خود را در اثبات صحت آن قرار داده است. با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی با تحلیل آیات و روایات و نظرات فقهی به صورت استدلالی در مواردی که با دلیل از حکم فوق مستثنی گشته همانند عتق و طلاق فضولی ما بقی را مشمول اصل صحت قرار داده است؛ سپس با بررسی روایات معتبر در این باب از جهت صریح و فحوی روایات، صحت ورود فضولی در ایقاعات را در نظریه ای اثبات نموده است. همچنین با ذکر شواهد مثال از قانون مدنی همانند ماده ۶۷۴ و ماده ۱۴۰ ق.م.تبیین کارکرد گرایانه اراده انفرادی در ایجاد اثر حقوقی به توجیح مسئله یعنی جریان فضولی در ایقاعات إلا ما خرج بالدلیل پرداخته است. از این رو در میان این استدلالات، نظر بر استواری راهی میانه است؛ که نگارنده به تقسیم میان روابط مالی همانند فسخ و.. و روابط غیر مالی همانند طلاق و رجوع و بذل مدت و ... رهنمون شده است. پس در قسم اول اصل بر جریان فضولی در ایقاعات است و در قسم دوم اصل عدم جریان فضولی یعنی بطلان ایقاعات می باشد.

واژه‌های کلیدی: ایقاع فضولی، اراده انفرادی، نظرات فقهی، بیع فضولی، قراردادهای، بطلان، صحت.

طرح بحث (مقدمه)

در حقوق مدنی ایران مقرراتی که وضعیت ایقاع به نحو فصولی را مشخص نماید وجود ندارد. البته در مورد اعتباراتی که مبتنی بر اراده واحد است همانند فسخ و طلاق و ابراء و شفعه و أمثال آن قواعد خاص هر کدام از این ایقاعات را به خوبی بیان کرده است ولی همچنان در مورد امکان ورود فصولی در آنها ساکت است. شاید نظر مقنن در باب فصولی در قواعد عمومی معاملات نظر بر وقوع بر موارد خاص ایقاعات نیز داشته است. اما برای رسیدن به جواب این مسئله ناگزیر از بررسی اقوال فقهاء و صاحب نظران حقوق و همچنین تحلیل هریک می باشیم. در خصوص طلاق فقهاء وقوع طلاق را بنا به دلایل خاص از جمله سیره و نص غیرممکن می دانند. عدم جریان فصولی در ابراء و أخذ به شفعه بر این بحث استوار است که آیا به طور کلی فصولی در ایقاعات جریان دارد یا نه. بنا بر اینکه فصولی در ایقاعات راه نیابد، ابراء و أخذ به شفعه فصولی حتی در صورت تنفیذ مالک نیز اثری ندارد. در فقه اسلامی مشهور، عدم جریان فصولی در ایقاعات و انحصار آن در عقود و ترابط اراده ها است. قبل از ورود به بحث و همچنین تحلیل آراء فقهی در مورد ایقاع فصولی ضروری است تا مفهوم فصولی از دیدگاه لغوی و اصطلاحی و ارتباط ورود فصولی با ایقاعات مشخص گردد. با عنایت به پیش گفته پژوهش در سه مبحث مفاهیم، ایقاع در قانون و ایقاع در نظام فقهی می پردازیم.

مبحث اول: تبیین مفاهیم

گفتار اول: ایقاع در لغت و اصطلاح

کلمه ایقاع از ریشه وقع بر وزن فعل به فتح عناصر آن در کتب لغت تعریف شده است.^۱ در اکثر کتب لغت علاوه بر معانی مرسوم که در صدر اسلام و قبل از آن بوده است، از جمله آنکه در غناء به کسر (غ) صوت و لحن را در وسط گلو چرخاندن را نوعی ایقاع خوانده اند،^۲ در بیان معنی غالب آن از معانی افتادن و یا إسقاط کردن^۳ و إعمال کردن یاد شده است.^۴ پس ایقاع را در فحوی کلام اهل لغت می توان إعمال حق به صورت یکطرفه و با اراده یک نفر دانست. از دیدگاه لغوی ایقاع قطعاً دایره گسترده ای را در بر می گیرد، چرا که وقوع که از مشتقات آن می باشد بر ایجاد و إعمال و گذاردن و ... در اعمال مادی و غیر مادی و امور اعتباری (به قرینه معنی إسقاط) به کار می رود. در اصطلاح نیز باید با این ویژگی تحلیل کرد که ایقاع صیغه ای است که اثرش توسط فرد واحد مترتب می شود. در ایقاع باید توجه داشت که اعلام اراده ای است که خود موجد و موجب در خلق اثر به صورت انشایی می باشد.^۵ بر این اساس و بیانات می توان در کنار قید اراده و قصد، ماهیت اراده انفرادی را همتراز با ایقاع به مفهوم اصطلاحی دانست: «انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می شود».^۶

^۱ - ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۸، ص: ۴۰۸.

^۲ - همان؛ واسطی زبیدی، سید محمد رضا حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۱، ص: ۵۲۵.

^۳ - اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، ص: ۸۸۰.

^۴ - حمیری، نشان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، ج ۱۱، ص: ۷۲۵۹: «الإيقاع: أوقعه فوقه»؛ ر.ک. سوره حجر، آیه ۲۹؛ طبرسی،

فضل بن حسن، ترجمه تفسیر مجمع البیان، ج ۱۳، ص: ۱۸۴.

^۵ - نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۵، ص: ۲.

^۶ - کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی ایقاع، ص: ۱۹.

در وقوع ایقاع مباشرت شرط نمی باشد و شخص می تواند از طریق نماینده مبادرت به ایقاع نماید. به عنوان مثال در اخذ به شفعه، نماینده شریک ملک می تواند به تملیک مبیع دست زند، خواه این نمایندگی قهری باشد و یا قراردادی. بنابراین اگر شفیع غایب یا در زندان باشد، ولی بتواند وکیل بگیرد، برای اجرای حق شفعه باید از این وسیله استفاده نماید وگرنه حق او به واسطه از دست رفتن فرصت از بین می رود.^۷ نکته ای که از نظر نباید دور داشت این است که در بیان ماهیت ایقاع، اراده ای که کارگزار و خالق ماهیت می باشد، منصرف از نقش آن در ایجاد اثر آن است، به عبارت دیگر در اراده های انفرادی ممکن است که اثر ایجاد شده خواست موقع نباشد و قهراً آثاری را به بار بیاورد (همانند غصب و اتلاف). پس چنانکه از تبیین لغوی و مفهوم اصطلاحی آن بر می آید اراده انفرادی باید در حال تکوین اراده صورت پذیرد^۸ نه اینکه همانند احکام صادره از طرف شارع که شامل تصرف و التزام ناشی از آن می باشد اراده در تکوین و خلق آن، اثر نداشته باشد. اما مطابق سنت مرسوم در کشف آثار احکام، غالباً هر اثر و حکمی دارای استثنائاتی نیز می باشد، در مورد ایقاع نیز باید اذعان داشت که این بخش از اعمال حقوقی نیز دور از سنت نیفتاده و در مواردی همچون وصیت که با حقوق دیگری مرتبط می باشد اراده ی منفرد تنها بازیگردان این تراژدی نمی باشد، بلکه با رد وصیت از طرف موصی در زمان حیات، با فرض بقاء حالت سابق که منبعث از اصل عدم می باشد، جلوی تأثیر اراده ی دیگری را می گیرد.^۹ مطابق بیان قانونگذار در ماده فوق الذکر در وصیت عهدهی تقابل دو مفهوم رد و قبول مشهود است؛ و لیکن اراده انفرادی در برای تأثیر منوط به عدم اراده ی دیگری در رد می باشد. پس اثر حقوقی ایقاع همچنان می تواند تملک مال، سقوط حق، انحلال قرارداد، تنفیذ عقد و ایجاد تعهد باشد و نباید آن را محدود به یک یا چند اثر محدود کرد. پس تردیدی که در عقد درباره اثر عقد در صرف ایجاد تعهد مطرح می باشد در مورد ایقاع منتفی است.^{۱۰} به عبارت دیگر تردیدی نیست که ایقاع هم موجد است و هم مسقط، ایقاع هم نیابت پذیر است و هم نهایت پذیر (اصالۀ الزوم)، ایقاع هم رافع (مثل رفع ضرر با فسخ) است هم دافع (مثل رد در وصیت عهدهی) و آثار دیگری که به ذکر آن خواهیم پرداخت.

نکته آخری که باید در مورد ایقاع عرضه داشت: اینست که ایقاع کلاً عقدی لازم است و جز در مواردی که به طور عارضی از ایقاع رفع اثر می شود؛ همانند فسخ ظهار و نذر و قسم و مانند آن، در مورد حبس غیر موقت و قسم تقابل پیدا می کند و بنا بر این اساس ویژگی لزوم را به ایقاع نسبت داده اند.^{۱۱} اما ایقاع به دلیل تنوع موردی که در اعمال آن وجود دارد دارای ویژگی های دوگانه عقود مثل اصل رضای و همچنین تشریفاتی هم می باشد؛ چنان که طلاق یک ایقاع تشریفاتی است و از طرفی فسخ به عنوان نمونه یک نوع از اعمال حق به صورت رضایی است.^{۱۲}

گفتار دوم: فضولی در لغت و اصطلاح

^۷ - همان.

^۸ - محمود مظفر (استاد جامعه ملک عبد العزیز - جده)، التزامات شرعی ناشی از اراده انفرادی، ۱۴۱۸.

^۹ - در این زمینه در ماده ۸۳۴ ق.م.آمه: «در وصیت عهدهی قبول شرط نیست، لیکن وصی می تواند ماددا که موصی زنده است وصایت را رد کند؛ و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد، بعد از آن حق ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد».

^{۱۰} - کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص: ۲۳.

^{۱۱} - قزوینی، ملا علی قارپوزآبادی، صیغ العقود و الإیقاعات (محشّی)، ص: ۳۵.

^{۱۲} - در ماده ۴۴۹ ق.م. می خوانیم: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید واقع می شود».

فضول از نظر لغوی از ریشه فضل به معنای زیادتیر از متوسط می باشد که در دو مورد استعمال شده یکی زیادتی مورد پسند و دیگری زیادتی مورد غضب و یا مذموم.^{۱۳} در جای دیگری هم فضول را جمع فضل و نمونه بارز آن را پیمان حلف الفضول در مکه خوانده اند چرا که توسط مردانی که منتسب به نام فضل بودند پیمانی مبنی بر محافظت از حقوق ناتوانان و غریبان و ضعیفان بستند و پیمان خود را به جمع اسمائشان حلف الفضول نامیدند.^{۱۴} عده ای هم گفته اند اسم است و نام سپر رسول الله علیه وآله صلاه و السلام بوده است که آن ذات الفضول بوده است.^{۱۵} اما فضولی در عرف فقهاء کسی را گویند که نسبت به مالی، سمت از قبیل ولایت و وکالت و مالکیت ندارد.^{۱۶} بر این اساس نزدیکترین مفهوم در احراز منظور فقهاء از فضولی بیانی است که واسطی زبیدی در تاج العروس آورده است:^{۱۷} و آن اینست که فردی نسبت به آنچه که به او ارتباطی ندارد و بر او متعین نشده است اشتغال پیدا کند که مثال بارز آن می شود همان فروش مال دیگری. بنابراین فضول از نظر لغوی عبارت است از کسی که نسبت به چیزی که به او مربوط نمی باشد دخالت نماید. و اصطلاحاً تصرف در حق غیر بدون اذن شرعی را فضولی می گویند. به عبارت دیگر هرگاه کسی در امور متعلق به دیگری بدون اذن و ولایت دخالت و یا تصرفی نماید، آن را فضولی و شخص مزبور را فضول می نامند. اصطلاحاً فضولی، تصرف در حق غیر، بدون اذن شرعی می باشد. به عبارت دیگر هرگاه کسی در امور متعلق به غیر بدون اذن ولایت، دخالت و تصرف نماید، اقدام وی را فضولی می گویند؛ پس مقصود از فضولی در اینجا کسی است که عقد و یا ایقاع را واقع می کند منتها شرعاً بر آن تسلط ندارد. آنچه که بیان شد فضول و فضولی در لغت بود ولی در ادبیات فقهی و اصطلاح به تبعیت از آنچه که متبادر از لغت می باشد، «فضولی» بر افراد کاملی اطلاق می شود که به تصرفات حقوقی مبادرت می ورزند که ذاتاً مجاز به انجام آنها نبوده و در اصطلاح، برای این تصرفات ولایت و حقی ندارند^{۱۸}؛ از اینرو، به فردی که بی اذن مالک، مال وی را بفروشد یا اجاره دهد، یا شخص بیگانه ای که مدیونی را نسبت به دین مستقر بر ذمه اش ابراء کند، «فضولی» می گویند، گرچه اغلب از روی مسامحه در بیان، اعمال حقوقی را که بدین شکل منعقد شده اند، به وصف فضولی توصیف می نمایند^{۱۹} و با عناوینی نظیر «بیع فضولی»، «اجاره فضولی» و «ابراء فضولی» از آنها تعبیر می کنند.^{۲۰}

مبحث دوم: بررسی ایقاع فضولی در حقوق

ایقاع فضولی در قانون چنان که پیشتر به آن اشاره کردیم، مورد اشاره قرار نگرفته است، به تعبیری موضع فعلی مقنن در ظاهر سکوت است؛ اما این ظاهر قضیه است ولی قبل از بیان نظری موجز و مفید ضروری است تا حوزه ایقاعات مورد اشاره در قانون

^{۱۳} - اصفهانی، حسین بن محمد راغب، ۱۴۱۲ هـ ق، مفردات ألفاظ القرآن، ص: ۶۳۹

^{۱۴} - حمیری، نشوان بن سعید، ۱۴۲۰ هـ ق، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، ج ۸، ص: ۵۲۰۳

^{۱۵} - جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۳، ص: ۴۵۶.

^{۱۶} - واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی، ۱۴۱۴ هـ ق، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۵، ص: ۵۸۱

^{۱۷} - تاج العروس من جواهر القاموس، همان: «و الفضولی، بالضم: المُشْتَغِلُ بما لا یَعْنِیه».

^{۱۸} - عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، ۱۴۱۴ هـ ق، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ص: ۳۷؛ در قانون مدنی مصر اینگونه بیان شده است: «الفضالة

هی أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل الحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك (مادة ۱۸۸)».

^{۱۹} - شبیری زنجانی، درس خارج فقه (کتاب البیع)، ۹۳/۰۶/۲۳، تاج العروس من جواهر القاموس، پیشین.

^{۲۰} - دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیث)، ج ۳، ص: ۳۵۰.

اجمالاً مورد بررسی قرار بگیرد. به تبع اصل حاکمیت اراده تبعاً ایقاع هم در محدوده ی مجاز نفوذ اراده بجز آنچه که صراحتاً از تصرف در آن ممنوع شده باشد، ورود می یابد که شامل حقوق عینی و حقوق دینی و حقوق خانوادگی می باشد. در این پژوهش با تبیین اینکه قواعد وارد بر حوزه ایقاعات همانند تعهدات اصولاً از ریشه های بنیادین پایداری برخوردار هستند، از طریق تبیین چند مبنای فقهی و حقوقی، به نتیجه واحدی و آن صحت ورود به نحو فضولی در ایقاعات إلا ما خرج بالدلیل بر می آیم. عده ای مطلقاً آن را باطل و عده ای هم آن را غیرنافذ دانسته اند. یکی از این موارد قول به تفصیل است به نحوی که ایقاع فضولی در روابطی چون طلاق باطل و در روابط مالی همچون فسخ نافذ اعلام گردیده است. در توجیه مبنای دیگر نیز به نتیجه ای مشابه با کمی تعدیل برمی خوریم ولی امکان ورود به نحو فضولی با اراده منفرد برقرار می باشد و مصادیقی از امور غیرمالی به گسترش حوزه موضوعی فوق پیوسته است. همچنین است بالاتر جیح بودن حوزه اختیارات نیابتی و نمایندگی در استحکام بخشیدن به منظور از پژوهش جاری. از این رو بعد از تبیین حوزه ورودی ایقاعات در آینه قانون، در مباحث بعدی به بحث تحلیل روایی و استدلالی فقهاء در مطلب فوق پرداخته و ضمن تبیین استدلالات موافقین و مخالفین ایقاع فضولی به تثبیت فرض پیش گفته یعنی اصالت داشتن صحت در ایقاعات به نحو غیرتعیینی و غیرتعیینی یا همان ایقاع فضولی، مبادرت خواهیم نمود.

حقوق عینی که به طور مستقیم با عین مال ارتباط دارد، مستلزم عدم دخالت دیگران در آن می باشد که در نظام اسلامی تحت عنوان «عدم ولایت» از اصول عملیه مستنبط است و دارای پشتوانه روایی و نص هم می باشد.^{۲۱} تملیک بدون رضای انتقال گیرنده را غالب فقهاء جایز نمی دانند؛ چرا که با اصل آزادی اراده ماینت دارد.^{۲۲} البته عده ای همچون مرحوم نائینی در حاشیه بر عروۃ الوثقی مرحوم سید یزدی در وصیت تملیکی از قاعده عدول کرده و ایقاع بودن آن را ترجیح می دهند.^{۲۳} البته همانطور که دکتر کاتوزیان اشاره فرموده اند ایشان تملیک قهری را صراحتاً مجاز شمرده و وقف را نمونه بارز آن دانسته اند. ولی چنان که می دانیم در نظام قانونی ما مردود است چرا که حاکم در وقف عام از جانب عموم مردم، قبول را اعلام و وقف را به عنوان یک مصداق از تلاقی اراده ها مورد پذیرش قرار می دهد.^{۲۴} در هر حال تملیک قهری در قانون مدنی مورد پذیرش نیست، چرا که در باب وصیت تملیک را تنها بعد از فوت موصی توسط موصی له محقق می داند (ماده ۸۲۷).

سوی تملیک قهری، یک مورد استثناء وجود دارد و آن تملک قهری یعنی اختیار دخالت در مال دیگری و تملک آن با یک اراده می باشد که از آن به عنوان حق شفعه یاد می شود. پیشتر در مورد این اختیار مطالبی ارائه شد، اما اجمالاً یادآور می شویم که شفعه از لواحق عقد بیع است و به جهت اینکه از موارد خاص و دارای نص هم می باشد، نمی توان از آن در مجری عمومی قاعده التزام بر مبنای اراده بدان استناد جست و بیان آن تنها از این جهت است که قدرت اراده را در التزام یکجانبه

^{۲۱} -سوره مبارکه نساء، آیه ۶۰.

^{۲۲} -نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، ۱۴۰۴ هـ.ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص: ۲۴۲؛ «الأول: فی الوصیة و هی إنشاء الموصی تملیک عین أو منفعة بعد الوفاء... بل لا خلاف فی أنها تفتقر إلى إيجاب و قبول للإجماع... و أنها بمنزلة الهبة و العطية و الصدقة مضافا إلى أصالة عدم انتقال الملك من الموصی، و عدم دخوله فی ملک الموصی له بدونهما»؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱، ص: ۳۸۷؛ ر.ک. صاحب ریاض، ج ۲، ص: ۳۷.

^{۲۳} -کاتوزیان، نظریه عمومی ایقاع، ص: ۸۱.

^{۲۴} -البته در تعدیل بیان مذکور یادآور می شویم که در قانون مدنی وقف ذیل حقوق انتفاعی مورد اشاره قرار گرفته که نشان می دهد مال به منتفعان تملیک نشده، بلکه آنها از آن حق انتفاع دارند و مال به شخصیت حقوقی وقف تعلق می گیرد و لذا قبول حاکم از این باب است؛ با این همه خدشه ای به بیان فوق وارد نیست.

توجیه نمائیم. مطلب بعدی تملک مباحات می باشد که مورد اشاره مقنن می باشد. به نظر نگارنده تنها نصی که می توان به بیان کلی نوع ایقاع بدان استناد جست همین بحث است چرا که در ماده ۱۴۰ قانون مدنی که تملکات مورد شناسایی قانون را بیان نموده از حیازت مباحات به عنوان مصداقی از ایقاعات در کنار عقود و تلاقی و ترابط اراده ها و أخذ به شفعه و ارث نام می برد. بیان فوق چنین است: تملک حاصل می شود:

۱- به إحياء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه.

۲- به وسیله عقود و تعهدات. ۳- به وسیله أخذ به شفعه. ۴- به وسیله ارث.

چنان که مشاهده می شود، مقنن احياء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه را که نتیجه اراده یک جانبه فرد محیی می باشد را علاوه بر أخذ به شفعه به جهت خاص بودن موضوعش در کنار عقود و تعهدات که نتیجه اراده دو یا چند جانبه طرفین آنها می باشد قرار داده است. بنا به نظر نگارنده هیچ بعید نیست که مقنن در تنظیم این ماده از غفلت و عدم توجه به ایقاعات و یا مصداقی از آن به دور بوده و صحت نفس ایقاع و اعتبار شناسی آن را به عنوان ماهیت محصول اراده منفرد، اراده کرده باشد. ممکن است در رد این بیان گفته شود اگر مقنن به قائل به این بیان بود و به نوعی به قاعده عمومی ترابط و وحدت اراده ها نظر داشت لزومی نداشت به ذکر شفعه صرفاً در این ماده قانونی در کنار سایرین بپردازد. در جواب این ایراد می توان عرضه داشت که همانطور که ثابت کردیم شفعه یک مورد استثنایی و از لواحق بیع و أحكام و آثار مفصله خود را دارد و از این رو بیان آن در این ماده صرفاً جهت اعتبار شناسی شفعه در تملک قهری است و همانطور که می دانیم مورد استثناء در قاعده عمومی منعی ندارد. مطلب بعدی در مورد إعراض است که در ماده ۱۷۸ قانون مدنی به صورت إجمالی مورد اشاره قرار گرفته و بیان فوق به شرح ذیل می باشد: مال که در دریا غرق شده و مالک از آن إعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد. آنچه که از این بیان مقنن فهمیده می شود اینست که إعراض سبب قطع رابطه مالکیت میان فرد و مال می شود و به نوعی فک ملک است. اما آنچه که مورد منظور ما در این بیان است اینست که قانونگذار إعراض را در صورت اراده مالک محقق می داند نه اینکه صرفاً مالی در این مورد در دریا غرق و یا غیر قابل دسترس شود. آنچه که رکن رکن این ماهیت اعتباری می باشد، همان التزام بر مبنای اراده ی واحد می باشد.

نکته: اینکه بگوئیم در این مورد إعراض بی حد و مرز نیست و گاه مالک توسط قیودی از آن (همانند املاک ثبت شده موضوع ماده ۲۲ ق.ث) ممنوع می شود،^{۲۵} از نظر نگارنده اغراق در بیان است. تنها تفاوت این نوع از اعراض با نوع قبلی در این است که این مدل از ایقاع نیاز به تشریفات ثبت و انتقال دارد. در توجیه موضع مقنن ذکر مسئله ای را یاد آور می شویم و آن اینست که عقود و تعهدات هم دارای نوعی از تشریفات هستند همانند عقد نکاح، و هم نوع غیر آن مثلاً عقد بیع مال منقول. هیچ کس تردیدی ندارد که عقد نکاح دائم در نظام قانونی ما نیازمند ثبت و نوعی از تشریفات است، به سبب تشریفات مذکور، این اراده ها هستند که کارگزار و در تکوین آن فعال هستند. از نوع ایقاع هم که طلاق یک امر تشریفاتی است کسی شک ندارد که این اراده یکجانبه است که کارگزار و موقع طلاق می باشد. در إعراض هم همین گونه است. اگر تشریفات برای انتقال ملک ثبت شده وجود دارد به این معنا نیست که إعراض در آن محقق نمی شود و آن را قید محدود کننده نفوذ إعراض بدانیم. مسئله بعدی بحث تنفیذ و ردّ و فسخ است که در قواعد عمومی معاملات از آن صحبت به میان می آید.^{۲۶} به عنوان مثال تنفیذ عقد در بخش دوم ماده ۲۴۷ ق.م مورد تصریح قرار گرفته است: «... ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود». همچنین ممکن است یکی از دو طرف معامله چه معاوضی باشد مانند بیع و چه إحسانی باشد همانند صلح، به حکم قانون و یا دلالت مفاد عقد، حق فسخ عقد مملک را داشته باشند؛ یعنی بدین وسیله بتواند آنچه را که از دست داده دوباره تملک کند و یا آنچه را تملک نموده دوباره بازگرداند. البته یک تفاوت در این

^{۲۵} - دکتر کاتوزیان، پیشین، ص: ۸۶

^{۲۶} - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۴۴ به بعد.

مدل از ایقاع هست و آن اینست که این امکان از ایقاع وابسته به وجود اختیار و یا حق مقدماتی است که خود قاعداً زاده تراضی است اما همچنان که گذشت در نفس قدرت نفوذ اراده منفرد خللی وارد نمی سازد. آنچه که به صورت اجمالی بیان شد قلمرو قانونی ایقاع در حقوق عینی بود. بنابراین حق مالک در اعمال حقوقی، همه از نوع ایقاع است مگر آنکه ملازمه با دخالت در دارایی دیگران داشته باشد، که مبتنی بر اصل (شامل دو اصل عدم دخالت در دارایی دیگران و اصل عدم ولایت)، گریزی از تراضی نیست. اما اگر با ایقاع بتوان در حقوق دیگران تصرفی نمود که مورد تجویز مقنن و شارع باشد، باید در جستجوی اختیار اضافی ای بود که به او داده شده است. حتی با استقراء در احکام فوق الذکر اگر بتوانیم بگوییم که آزادی اراده تنها در قراردادهای نیست و اصل آزادی ایقاعات مسئله ای حل شده است نمی توان از این تسلیط چنین اختیاری را وام گرفت.

نکته: به موجب ماده ۳۰ ق.م.، «هر مالکی نسبت به ما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاء دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

مبحث سوم: بررسی ایقاع فضولی در نظام فقهی

طرح مسأله

در ادبیات فقهی، اصطلاح «فضولی» بر افراد کاملی اطلاق می شود که به تصرفات حقوقی مبادرت می ورزند که ذاتاً مجاز به انجام آنها نبوده و در اصطلاح، برای این تصرفات ولایت ندارند^{۲۷}؛ از اینرو، به فردی که بی اذن مالک، مال وی را بفروشد یا اجاره دهد، یا شخص بیگانه ای که مدیونی را نسبت به دین مستقر بر ذمه اش ابراء کند، «فضولی» می گویند، گرچه اغلب از روی مسامحه در بیان، اعمال حقوقی را که بدین شکل منعقد شده اند، به وصف فضولی توصیف می نمایند و با عناوینی نظیر «بیع فضولی»، «اجاره فضولی» و «ابراء فضولی» از آنها تعبیر می کنند.^{۲۸} اعمال حقوقی فضولی، دامنه وسیعی از مباحثات فقهی را به خود اختصاص داده اند. نظرات و آراء فقیهان پیرامون احکام وضعی مترتب بر اعمال فضولی، گستره ای را تشکیل داده است که یک سوی آن را حکم به بطلان همه تصرفات فضولی، و سوی دیگرش را قابلیت صحت تمام عقود و ایقاعات فضولی، احاطه کرده و در این میان نیز نظرات تفصیلی متعددی از سوی ایشان مطرح شده است. هرچند مسأله اصلی در پژوهش حاضر، امکان تصور ایقاع فضولی و حکم آن است، اما از آنجا که اتخاذ رویکرد صحیح نسبت به ایقاع فضولی، فرع بر برگزیدن اصل صحت یا فساد عقد فضولی است، لذا نخست لازم است که نظرات مختلف فقیهان در ارتباط با وضعیت حقوقی عقد فضولی روشن گردد، تا از یک سو بتوان آراء ایشان را در باب ایقاعات فضولی به درستی تحلیل کرد؛ و از سوی دیگر، نگارنده نیز با تبیین فرضیه مورد نظر خویش، بحث از امکان تصور ایقاع فضولی و حکم وضعی آن را پی گیرد.

گفتار اول: بررسی فقه روایی در مورد ایقاع فضولی

۱- خبر عروه بارقی

أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ الطُّوسِيُّ فِي ثَقَابِ الْمَنَاقِبِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ جَعْدٍ الْبَارِقِيِّ قَالَ: «قَدِمَ جَلَبٌ فَأَعْطَانِي النَّبِيُّ ص دِينَاراً فَقَالَ اشْتَرِ بِهَا شَاةً فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ فَلَحَقَنِي رَجُلٌ فَبِعتُ أَحَدَهُمَا مِنْهُ بِدِينَارٍ ثُمَّ أَتَيْتُ النَّبِيَّ ص بِشَاةٍ وَ دِينَارٍ فَرَدَّهُ عَلَيَّ وَ قَالَ بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةٍ يَمِينِكَ...»^{۲۹}.

مطابق روایت فوق عروه بارقی نقل می کند که روزی نبی مکرم اسلام (ص) دیناری به من داد و فرمود که گوسفند با آن بخر؛ پس دو گوسفند با آن خریدم و یکی از آنها را به مردی که به من رسید به قیمت یک دینار فروختم. سپس نزد آن حضرت

^{۲۷} - غایه المراد، ج ۳، ص: ۳۷.

^{۲۸} - شیخ انصاری، مکاسب، ج ۳، ص: ۳۵۰.

^{۲۹} - نوری، محدث، میرزا حسین، ۱۴۰۸ ه.ق، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ص: ۲۴۷.

رسیده به همراه یک گوسفند و یک دینار؛ سپس نبی مکرم (ص) دینار را به من رد کرد و فرمود خداوند کسب تو را رونق بخشد. (و اگر تو در کوفه و در کناسه^{۳۰} بودی سود چندین برابر نصیبت می شد).

۲- خبر منصور ابن حازم

عَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص لَا طَلَّاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ وَلَا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ».^{۳۱}

مطابق این روایت پیغمبر اکرم (ص) فرمود: طلاق قبل از نکاح صحیح نیست و همچنین آزاد کردن بنده بدون اینکه مالک آن باشی صحیح نمی باشد.

۳- خبر محمد ابن فضیل

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ وَامْرَأَتُهُ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُهَا إِذَا شَاءَ وَإِذَا شَاءَ رَدَّهَا وَقَالَ لَا يَجُوزُ طَلَّاقُ الْعَبْدِ إِذَا كَانَ هُوَ وَامْرَأَتُهُ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ وَ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ وَ تَزَوَّجَهَا بِإِذْنِ مَوْلَاهُ وَ إِذْنِ مَوْلَاهَا فَإِنْ طَلَّقَ وَ هُوَ بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ فَإِنَّ طَلَّاقَهُ جَائِزٌ».^{۳۲}

۴- صحیحہ ی صفار

صحیح الصفار^{۳۳} «کتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل باع قرية و إنما له فيها قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك و قد أقر له بكلها فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء على ما يملك».

در صحیحہ صفار آمده که نامه ای به ابوالحسن علیه السلام در مورد مردی که ملکی را فروخته و در آن دو زمین جداگانه می باشد پس آیا مشتری نسبت به آن صلاحیت دارد؟ امام علیه اسلام فرمود: جایز نیست فروش مالی را که مالک نیست اگر چه می توان مال را از غیر مالک خرید.

۵- مرسله موثق

الصحيح أو الموثق^{۳۴} «عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قضى في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذي أشتريها فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذي اشتراها فقال له:

خذ ابنه الذي باعا الوليدة حتى ينفذ لك البيع فلما أخذه قال أبوه أرسل ابني فقال: لا أرسل ابنيك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه».

خبر موثق در موردی که امیر مومنان علی ابن ابی طالب علیهما السلام قضاوت کردند در موردی که پسر مولای عبدی بدون اجازه پدر و در غیاب او ولیده او را فروخته و کنیز هم باردار شده و از او غلامی متولد شده است. حالا پدر آمده و ادعا کرده که پسرش بدون اذن او کنیز او را فروخته و بر علیه مشتری اقامه دعوا نموده است. سپس مولا علیه السلام فرمود: حکم آنست که

^{۳۰} - واسطی، زبیدی، ۱۴۱۴ هـ ق، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۸، ص: ۴۵۰: «و الْكُنَاسَةُ: ع بِالْكُوفَةِ، وَ هِيَ مُحَلَّةٌ بِهَا».

^{۳۱} - کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ هـ ق، الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۶، ص: ۱۷۷.

^{۳۲} - کلینی، همان، ج ۶، ص: ۱۶۸.

^{۳۳} - نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، ۱۴۰۴ هـ ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص: ۲۸۱.

^{۳۴} - الوسائل الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإمامة الحديث ۱: ر.ک. همان، ص: ۲۷۸.

ولیده و فرزندش از آن مالک اول باشد و کسی که او را خریده امتناع کرده پس مولا فرمود پسر او را که (فضولاً) ولیده را فروخته به جای آن بگیر تا تنفیذ کند بیعش را. پس زمانی که پسر را به جای او گرفت، پدرش گفته که پسر را برگردان و در جواب او برنمی گردانم مگر آنکه پسر را (غلام را) برگردانی؛ پس مالک (مولای) اول هنگامی که اوضاع را دید بیع پسرش را تنفیذ نمود.

۶- روایت حسن ابن محبوب

برای مثال: روی الحسن بن محبوب عن علی بن الحسین بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي قلت لأبي عبد الله (ع): «الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال: فقال أما التزويج فصحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرک، فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بآئنه و هو خاطب من الخطاب و إن أنکر ذلک و أبي أن يمضيه فهي امرأته»^{۳۵}

روایت از حسن ابن محبوب منقول است که از امام صادق علیه السلام سوال شد در مورد پسری که ده سال دارد و پدرش او را زن داده است حال آیا می تواند همسر او را طلاق دهد؟ امام علیه السلام فرمود: تزویج صحیح است و لیکن در طلاق شایسته و سزاوار است تا همسرش را برای او نگه دارد تا آنکه مدرک شود، پس اگر بداند که او را طلاق داده اند و اقرار به آن نماید و امضاء کند طلاق باین صورت گرفته است و اگر انکار کند از طلاق و امضای آن پس همسر او باقی می ماند.

در مورد روایت اول باید عرضه داشت که از روایت عروه بارقی می توان مستمسک قرار داد، مسئله بدون اذن بودن خرید گوسفند دوم است چرا که پیغمبر صراحتماً فرمود: با این دینار یک گوسفند بخر و هم چنین بر فرض اذن ضمنی در خرید بیش از یک گوسفند، در مورد فروش یکی از گوسفندان قطعاً اجازه ای در میان نبوده است پس صریح روایت در مورد خرید و فروش بدون اذن و خارج از حیطه ی اختیار می باشد.

شیخ انصاری میگوید عروه بر رضایت باطنی پیامبر آگاه بوده و این معامله را از فضولی بودن خارج میکند؛ ولی مرحوم محقق خوئی میفرماید وجود رضایت باطنی معامله عروه را خارج از عقد فضولی نمی کند اما احتمال دارد عروه وکیل معاملی پیامبر در تمام اعمال معاملی بوده است.^{۳۶}

این نظر مردود است چرا که اگر چنین بود نیازی به توضیح برای پیامبر نبود و همچنین ظاهر روایت عدم التفات آن حضرت بر فعل عروه بارقی بوده است. مطابق بیان صاحب جواهر این روایت اگر چه از طرق عامه نقل شده است ولی به جهت شهرتی که در فریقین یافته است ما را از بررسی سندی آن بی نیاز می کند.

در مورد روایت دوم باید عرضه داشت که اطلاق موجود در روایت، حاکی از عدم اعتبار طلاقی است که توسط غیر زوج انشاء شود یا آنکه عتق قبل از ملکیت مقبول نیست.^{۳۷} در معنای حقیقی خود، اصل طلاق و عتق شرعی را در صورتی که فردی غیر از زوج و مولی به انجام آن مبادرت ورزد، نفی می کند؛ بدان معنا که گویی طلاق یا عتقی در خارج محقق نشده است. حتی اگر کسی هم قائل به معنای مجازی برای این روایات باشد، نزدیک ترین معنا آن است که صحت چنان طلاق و عتقی نفی شود. مهم این که، اختیار هر یک از دو معنای یادشده ما را به نتیجه ای جز بطلان این اعمال حقوقی رهنمون نمی سازد.^{۳۸} اما نباید تصور شود که تسری در ایقاعات می یابد بلکه نهایتاً می توان برای بطلان طلاق و عتق فضولی به آنها استناد کرد. ممکن است

^{۳۵} - من لایحضره الفقیه، باب ۴، شماره ۳۱۰؛ وسائل الشیعه، باب ۲۶، شماره ۳۱۰ / وسائل الشیعه، ج ۱۷، باب ۱۱، خبر ۴، ص: ۵۲۷.

^{۳۶} - خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۴، ص ۱۶۷ و ۱۶۸.

^{۳۷} - همان، باب ۴، ص: ۴.

^{۳۸} - فخرالمحققین حلی، ایضاح الفوائد، ج ۴، ص: ۴۱۷.

در بیانی تعدیلی گفته شود که نفی وارده در روایات مذکور منصرف از نفی حقیقی است، چه اینکه با پذیرش نفی حقیقی ناگزیر باید اختیار ولی و وکیل را هم به کلی رد کرد در حالی که هیچ کس به آن ملتزم نشده است. پس باید عرضه داشت که منظور از نفی همان نفی مجازی و بر مبعوض بودن عمل دلالت دارد نه بر نفی اثر که ممکن است با تنفیذ صاحب حق اثر خود را باز یابد. پس در صورتی که بیع فضولی با لحاظ انضمام به اجازه مالک، مد نظر باشد، نمی توان آن را در محدوده دلالت روایات یاد شده جای داد.^{۳۹} یا حتی در موارد شحک به مقتضای اصل حاکم در عدم دلالت نهی بر فساد نیز می توان متوسل شد. با این وجود اگر نتوانیم با این دلایل مخالفین را قانع نمائیم می توان بر تعارض روایات فوق الذکر با روایات دال بر صحت جریان فضولی در ایقاعات متوسل شد. حال با این تعارض باید چه کنیم؟ در این فرض باید روایاتی را ترجیح داد که با عمومات آیات قرآن موافقت داشته باشند و این در مورد روایاتی صادق است که بر تصحیح عمل فضولی تأکید دارند.^{۴۰}

در روایت سوم نیز عدم صحت طلاق عیدی که به همراه همسرش مملوک مولا می باشند چرا که آن از جمله حقوق مولای آنها می باشد مگر آنکه هر کدام از آن مالک جداگانه ای باشند که در این صورت اگر با اذن مالک تزویج کرده باشد پس مفروض اذن در طلاق هم می باشد و چنانچه که ظهور روایت دلالت دارد اثر اذن نفوذ ایقاع است پس نمی توان از عدم اذن بطلان را دریافت کرد و بر فرض هم که بر بتوان قائل به آن بود به همان دلایلی که گذشت می توان قاعده عمومی نفوذ در ایقاعات را مورد استنباط قرار داد. در این مورد در روایت ششم فوق الذکر به شرح بیشتری خواهیم پرداخت.

در روایت چهارم دلالت بر عدم اجازه فروش مال دیگری است ولی چنان که صاحب جواهر اشاره فرموده اند نمی توان عدم صحت را از آن استنباط نمود و در تفصیل آن باید گفت که ما با دو مبحث مواجه می باشیم: یکی تصرف و قبض و قبض و قباض است و یکی اعتبار اراده می باشد. البته کسی نمیتواند منکر تصرف حرام فضول و ایادی ما بعد او باشد ولی این حرمت نمی تواند عقلاً و شرعاً مقتضی فساد باشد چرا که نهی ایراد شده در مفهوم عرفی آن که اراده ی اعتباری است تنها مفید عدم جواز است چرا که بیع غاصب عرفاً بزرگتر از عمل فضولی است ولی در عین حال غیر نافذ بودن آن جریان می یابد و حتی با انتقال حق به یک از غاصبین که حقیقت آن جز تنفیذ عمل منتقل الیه با این تفاوت که او را نایب خود در مراجعه به غاصبین قرار می دهد نمی باشد.^{۴۱} هم چنین در ادامه ابراز شده که علاوه بر آن می توان با ماهیت نمایندگی هم آن را توجیه کرد چرا که وقتی که مالک اجازه تأثیر اراده مورد قصد موقع را صادر می کند در حقیقت چنان که مشهور هم می باشد نیابت او را کشف می نماید.^{۴۲} یا به تعبیر دیگر وقتی که نایب خارج از حدود اختیار خود اقدامی به عمل می آورد پس چه تفاوتی می کند که فرد مأذونی از اختیارات خود سوء استفاده نموده و خارج از حدود آن عمل نماید یا آنکه فردی به امید آنکه مالک اصلی در شرایطی نسبت به انعقاد معامله راضی خواهد شد و یا آنکه به این امید که رضایت او را جلب نماید اقدامی به عمل بیاورد. به نظر نگارنده در اینجا قیاس اولویت جریان می یابد چرا که فردی که امین شناخته شده است نسبت به اعتماد نیابت دهنده تجاوز می کند و در حکم غاصب قرار می گیرد و وقتی کیفر چنین شخصی فساد مطلق نه بلکه فساد نسبی عمل او می باشد چگونه فردی که عملی انجام داده بدون اینکه باید به امانت رفتار کند و اگر چنین نکرد او هم متجاوز است و هیچ ترجیحی نمی تواند عمل او را در کفه سبک ترازو نسبت به امین مقصر قرار دهد بلکه یا به طریق اولی و یا حداقل با وحدت مبنا در شرایط تساوی از یک حکم برخوردار شوند.

^{۳۹} - مرحوم نائینی، همان.

^{۴۰} - طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۸، ریاض المسائل (ط - الحدیث)، ج ۸، ص: ۲۲۷: «أَنَّ غَايَةَ شُمُولِ النَّهْيِ فِيهَا لِلْمَسْأَلَةِ إِبْثَاتِ الْحَرَمَةِ، وَ هِيَ غَيْرُ مُلَازِمٍ

لِعَدَمِ الصَّحَةِ».

^{۴۱} - جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، پیشین، ج ۲۲، ص: ۲۸۳.

^{۴۲} - کاتوزیان، ۱۳۹۱، اعمال حقوقی، مبحث فضولی.

در روایت پنجم به صحیح محمد ابن قیس شهرت یافته است. امام باقر علیه السلام در مورد تنفیذ این عمل فضولی چنین فرمودند که چون مالک اول چنین دید معامله را تنفیذ کرد. اشکال شده که فقرات مختلف متن روایت دلالت می کند که اجازه مالک پس از رد بوده است که به اجماع فقها اجازه بعد از رد باعث تنفیذ عقد فضولی نمی شود و عقد جدید محسوب می شود این ایراد به آیت الله خویی منسوب می باشد.^{۴۳}

فقراتی از حدیث که دلالت بر رد معامله می کند عبارتند از:

۱- آنجا که امام فرمود کنیز و فرزندش را بگیر از مشتری به مفهوم رد معامله است.

۲- اصل مخاصمه میان مالک و مشتری ظهور در رد مالک دارد.

۳- بعد از حکم امام به نفع مالک اول امام در جواب اعتراض مشتری بیان می کند و این دلالت بر رد بیع دارد.

مطابق جواب مرحوم نائینی (ره) این روایت دو ظهور دارد

الف) ظهور نفوذ و اجازه که معامله را تبدیل به معامله فضولی میکند.

ب) ظهور مطالبه مالک و اخذ ولیده که به ظاهر دلالت بر رد میکند و از میان این دو ظهور اقوی ظهور اول است پس باید در ظهور دوم تصرف کرد و آن را حمل بر کراهت مالک کرد.

مرحوم صاحب ریاض در مورد ظهور غالب روایت فرموده اند: اولاً ظهور در ردّ غیر صریح و تنها نوعی تردید است که با مراجعه به اصل ظهور با احراز شرایط می توان قائل به صحت فضولی بود. ثانیاً عظماء از قدما همچون شیخ در نهایی و مفید در مقنعه و ابن جنید بغدادی قائل به آن هستند. ثانیاً با توجه به نفی ذکر شده در «مالا یملک» ممکن است نفی به لزوم برگردد و به این مطلب اشاره داشته باشد که جز در مورد آنچه که ملکیت محقق است، لزومی وجود ندارد؛ (این مطلب از قاعده عقلی و همچنین عدم امکان لزوم به معنی اجبار به اثری که تسلطی بر آن ندارد استظهار می گردد). مرحوم صاحب جواهر (ره) می فرماید: آنقدر که ظهور در عدم نفوذ و فحوی بیان روایت نمایان است ردّ معامله نمایان نیست؛ همچنین با نصوص وارده در مورد جواز معامله مذکور با تنفیذ از طریق وحدت ملاک گرفتن در باب ادای خمس فضولی و یا روایات در باب عدم نفوذ اقتراض مال صبی در اجاره چرا که در نهایت اگر سودی متصور باشد که هست به او برمی گردد، با ضرورت حفظ قاعده جمع باید قائل به نظریه عدم نفوذ در روایت فوق بود.^{۴۴}

در نهایت نگارنده مطلبی را متذکر می شود و آن اینست که اگر عمل فوق بر فساد دلالت داشت امام معصوم علیه السلام راهکار جبران خسارت را سعی در وادار کردن تنفیذ عمل فضولی بیان نمی فرمود. بالاترین ظهور این روایت که همه از آن غافل شده اند سیره امام معصوم است اگر به راحتی می توان دلایل خاص منحصر به این مطلب در جهت توجیه حکم به عدم نفوذ اشاره کرد مثلاً عقل به ما می گوید به جهت اینکه آن بچه متولد شده نوعی رابطه و علقه با مالک داشته و غبطه او توسط خریدار قطعاً بهتر تأمین می شده و امثال این دلایل در تمایل امام علیه السلام تأثیر داشته است ولی همانقدر و در حد همین مورد خاص هم برای مستمسک قرار دادن از این روایت در نظر مخالف با آن کفایت می نماید.

در روایت ششم نیز به عدم نفوذ در عمل حقوقی ایقاع اشاره شده است. این خبر در کتاب البیع امام نیز به عنوان دلیل بر صحت ایقاعات در کنار دلایل دیگر ایشان ذکر شده است. چنان که نص فوق اشاره می کند معلوم است که سرنوشت طلاق از طرف ولی صغیر منوط به تنفیذ است و دلالتی بر رد ندارد. در انتهای مبحث روایات ذکر عرضه می شود که فقیهانی که ایقاع فضولی را صحیح تلقی کرده اند، برای اثبات نظر خود چندان به روایات توجه نشان نداده و اهتمام خود را معطوف به نقد و نقض دلایل مخالفان نموده اند. از اینرو در آثار ایشان به ندرت می توان روایاتی را دید که مستقلاً به قابلیت صحت ایقاع فضولی با اجازه دارنده حق اشاره داشته باشد. در مقابل، استناد به روایات برای اثبات صحت عقد فضولی مباحث مبسوطی را میان

^{۴۳} - مصباح الفقاهه، پیشین، ص: ۲۸ و ۲۹.

^{۴۴} - جواهر الکلام، پیشین، ص: ۲۷۸. در تأیید و تفصیل بیشتر دلایل فوق الذکر ر.ک. ریاض المسائل، پیشین، صص ۲۲۴ به بعد.

فقیهان به دنبال داشته است، هرچند اغلب ایشان اذعان دارند که با وجود عمومات و اطلاعات موجود در آیات، شاید نیاز چندانی به استمداد از احادیثی که با اشکالات متعدد سندی و دلالتی روبرو هستند، نباشد. بی تردید، روایات مذکور در صورتی می‌توانند برای اثبات صحت ایقاع فضولی نیز مورد استناد قرار گیرند که از یک سو، کارایی آنها از لحاظ سند و دلالت، برای اثبات صحت عقد فضولی، محرز شود و از سوی دیگر، بتوان حکم مندرج در روایت را از انحصار عقد مورد اشاره در آن، خارج ساخته و آن را به سایر عقود و ایقاعات تعمیم داد.

اغلب فقیهان، نکاح فضولی را باطل ندانسته و آن را با اجازه بعدی صحیح شمرده‌اند.^{۴۵} مستند ایشان، مضمون روایاتی است که بر قابلیت تصحیح نکاح فضولی در مصادیق مختلف، تأکید دارد. در برخی از این روایات، حکم ازدواجی مطرح شده است که شخصی غیر از ولی قانونی برای طفل صغیر انجام داده است. طبق منطوق روایت، چنین ازدواجی پس از آن که کودک صغیر بالغ گردد و اجازه خود را اعلام کند، صحیح خواهد بود.^{۴۶} مورد سؤال در بعضی دیگر از روایات، وضعیت ازدواجی است که فردی به نیابت از دیگری انجام می‌دهد، بدون آنکه اذن انجام این کار را داشته باشد. در پاسخ به این پرسش، جواز نکاح به رضایت منوب عنه موکول شده است. برخی روایات نیز حکم نکاحی را بیان نموده‌اند که عبد بدون اذن مولای خویش منعقد کرده است، که در این فرض نیز ازدواج با اجازه مولا صحیح خواهد بود.^{۴۷} واضح است که از این روایات می‌توان صحت نکاح فضولی را استنباط کرد، گرچه فقیهان به این برداشت نخستین از مضمون روایات اکتفا نکرده و دلایل نقلی یادشده را برای تعمیم حکم صحت به همه عقود فضولی به کار گرفته‌اند، با این استدلال که با در نظر گرفتن همه اهتمام و احتیاطی که شارع مقدس در عقد نکاح داشته و حتی آن را از برخی قواعد عمومی قراردادهای استثناء نموده است، وقتی به قابلیت صحت نکاح فضولی با اجازه متأخر حکم شود، به طریق اولی باید بتوان این حکم را به سایر عقود فضولی نیز سرایت داد، چه آن که به لحاظ اهمیت آثار مترتب بر عقد، هیچ عقدی همانند نکاح و هیچ رابطه‌ای هم‌رتبه علقه زوجیت نیست.^{۴۸} هرچند برخی فقیهان در مفهوم اولویت مطرح شده، تشکیک کرده‌اند^{۴۹} اما سرانجام توانسته‌اند از ظواهر روایات مذکور، اطمینان عرفی حاصل کنند که میان نکاح و سایر عقود فضولی، تفاوتی در حکم صحت وجود ندارد و به عبارت دیگر، نمی‌توان برای عقد نکاح در روایات یادشده خصوصیتی قائل شد. با ملاحظه استدلال پیش گفته به نظر می‌رسد که روایات مذکور از این قابلیت برخوردارند که برای حکم به صحت ایقاع فضولی نیز مورد استناد قرار گیرند، به ویژه آن که در ادامه برخی از این روایات، علت صدور حکم به صراحت بیان شده و مورد سؤال را در جایگاه یکی از مصادیق جزئی حکم قرار داده است. بنا بر منطوق روایت، دلیل صحیح شمردن نکاح فضولی عبد با اجازه مولا آن است که عبد غیر مأذون با ازدواجی که بدون اذن انجام داده است، مرتکب عصیان پروردگار نشده و فقط مولای خویش را نافرمانی کرده است. آن گونه که برخی فقیهان به درستی اظهار کرده‌اند، در عبد بودن عاقد و مولا بودن صاحب حق، قطعاً هیچ خصوصیتی وجود ندارد و امام (ع) در مقام بیان این نکته است که در بطلان عمل حقوقی، ملاک، عدم مشروعیت آن از سوی خداوند متعال است. بنابراین، در صورتی که عقد یا ایقاعی از جانب شارع وضع شده

^{۴۵} - مختلف الشیعه، پیشین، ج ۷، ص: ۱۴۱.

^{۴۶} - احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی، ۱۴۰۵ هـ، عوالی اللثالی العزیزیه، ج ۲، ص: ۲۶۸.

^{۴۷} - شیخ صدوق، ۱۴۱۳ هـ، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۲۶ و ۴۲۷: «رَوَى مُوسَى بْنُ بَكْرِ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ عَبْدَهُ امْرَأَةً بَعَثَ إِذْنَهُ فَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى ذَلِكَ مَوْلَاهُ قَالَ ذَلِكَ لِمَوْلَاهُ إِنْ شَاءَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ شَاءَ أَجَازَ نِكَاحَهُمَا فَإِنْ فَعَلَ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَلِلْمَرْأَةِ مَا...»

^{۴۸} - ریاض المسائل، پیشین، ج ۸، ص: ۲۲۳. / جواهر الکلام، پیشین، ج ۲۲، ص: ۲۷۶.

^{۴۹} - مهذب الأحكام، ج ۱۶، ص: ۳۰۲.

باشد، اما کسی به انجام آن مبادرت ورزد که برای تصرف سلطه نداشته باشد، تصمیم‌گیری در مورد صحت یا بطلان عمل را باید به دارنده حق واگذار کرد که آن را تنفیذ یا رد کند. بدیهی است که علت منصوص در روایت، که به منزله یک قاعده کلی مطرح شده است، این امکان را فراهم می‌آورد که در تمام موارد وجود و احراز علت، بتوان احکام مشکوک را استنباط کرد. روشن است که با استفاده از ملاک یادشده، حکم به صحت ایقاعات فضولی با اجازه دارنده حق نیز دشوار نخواهد بود. مشهور فقیهان بر این نظرند که قدرت هر کس نسبت به تصرفات معلق بر مرگ، محدود به ثلث اموال اوست و چنان چه موصی در وصایای خویش از این مرز فراتر رود، نفوذ وصیت در مقدار بیش از یک‌سوم، متوقف بر اجازه ورثه او خواهد بود.^{۵۰} مستند ایشان، اخبار و روایاتی است که گاه تعداد آنها را تا حد تواتر تخمین زده‌اند.^{۵۱} برخی فقیهان ادله نقلی مذکور را در راستای اثبات صحت جریان فضولی در عقود و قابلیت تنفیذ آنها با اجازه لاحق، به کار بسته‌اند.^{۵۲} با این استدلال که وقتی موصی، بیش از ثلث اموال خود را متعلق وصیت قرار می‌دهد، از آنجا که در مقدار متجاوز از ثلث، قادر به تصرف نبوده است، می‌توان او را مانند کسی دانست که بدون اذن در مال غیر تصرف کرده و از اینرو عنوان «فضول» بر او قابل اطلاق است. بنابراین، همچنان که چنین وصیتی با اجازه و اعلام رضایت ورثه، صحیح و لازم الاجرا است، می‌توان اجازه دارنده حق را در سایر تصرفات فضولی نیز، مصحح عمل سابق دانست و بدین ترتیب آنها را از گردونه بطلان خارج ساخت. به نظر می‌رسد که با توسعه مفهوم «فضول» به همه اشخاصی که تصرفاتشان خارج از حوزه اقتدار و ولایت آنهاست در امکان استفاده از مضمون روایات مذکور برای تصحیح سایر اعمال حقوقی فضولی، تردیدی باقی نماند، زیرا در هر دو شکل تصرف، ترتب آثار به ضمیمه شدن اجازه دارنده حق متوقف شده است که پس از عمل بدان ملحق می‌گردد. بنابراین، چنان چه مانعی در خصوص موثر واقع شدن اجازه بعدی وجود داشته باشد، باید همه مصادیق اعمال فضولی از جمله بیع مقلّس یا راهن و وصیت بیش از ثلث را فراگیرد، نه آن که در بعضی اشراط بر اجازه لاحق پذیرفته و در برخی دیگر رد شود.^{۵۳} پیشتر نیز گفته شد که چنان چه ادعای اختصاص روایات یادشده به عقد مصرّح در آنها اثبات نگردد، می‌توان مفاد این اخبار را به سایر عقود و حتی ایقاعات تسری داد، زیرا مقتضی برای این تعمیم موجود بوده و موانع آن نیز با توجه به نقض دلایل مربوط به عدم جریان فضولی در ایقاعات، مفقود است. دلالت این روایات بر صحت ایقاع فضولی آنگاه روشن‌تر می‌شود که برخی فقیهان که نظریه ایقاع بودن وصیت را ترجیح داده‌اند، نیز وصیت مازاد بر ثلث را با اجازه ورثه نافذ می‌دانند و بر لازم الاجرا بودن آن تأکید می‌ورزند.^{۵۴} چنان که بعضی از اندیشمندان به درستی اظهار کرده‌اند، اگر مانعی برای امکان تنفیذ ایقاعات فضولی وجود داشته باشد، نباید بنا بر ایقاع شمردن وصیت، اجازه وارث، مصحح وصیت بیش از ثلث تلقی می‌شد.^{۵۵}

^{۵۰} - علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۶، ص: ۳۹۳.

^{۵۱} - شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۹، ص: ۱۹۳ / وسائل الشیعه، پیشین، ج ۱۹، ص: ۲۷۶.

^{۵۲} - جواهر الکلام، پیشین، ج ۲۲، ص: ۲۷۹.

^{۵۳} - نائینی، پیشین، ج ۱، ص: ۲۱۵.

^{۵۴} - شیخ طوسی، مبسوط، ج ۴، ص: ۱۷ / مختلف الشیعه فی الأحکام الشریعه، همان / جامع المدارک، ج ۱، ص: ۹۵.

^{۵۵} - مصباح الفقاهه، ص: ۴.

گفتار دوم: بررسی فقه استدلالی در مورد ایقاع فضولی

درفقه در مورد ایقاع فضولی به صورت مستقل بسیار کم صحبت به میان آمده و در این مورد اختلاف زیاد است و جز در موارد استثنایی به سختی می توان فتوی چیره را تمیز داد. یکی از این موارد تعمیم حکم در صحت اکراه در ایقاعات می باشد که ما آن را بیان کردیم و با ملاک آن می توان فضولی در ایقاعات را هم پذیرفت. از طرفی هم مطالبی در فقه مورد اشاره می باشد و فروش مال دیگری بدون اذن را حمل بر بطلان کرده اند.^{۵۶}

بند اول: دلایل ردّ فضولی و جواب آنها

الف) اجماع و آیات و روایات

عده ای دلیل حکم به بطلان را اجماع ذکر کرده اند. به جهت این که فضول ممنوع از تصرف در مال می باشد و بیع، خود نوعی از تصرف می باشد. هم چنین به دلیل روایت دال بر ممنوعیت طلاق ما لا ینیه و امثال آن از عتق و بیع و غیره که ما در گفتار پیشین جواب روایات را مفصل بیان کردیم. شیخ طوسی قائل به این نظر در کتابهای خلاف و مبسوط شده که اقوال خود را موافق شافعی و در تقابل با أبوحنیفه اعلام کرده است. مرحوم فخرالاسلام در تکمیل این بیانات در ایضاح نفوذ بیع را به عنوان تصرف مشروط به دو شرط قرار داده است و آن اینست که متصرف یا باید وکالت داشته باشد و یا آنکه باید اذن در معامله داشته باشد و الاّ عدم نفوذ معامله حمل بر عدم صحت خواهد شد.^{۵۷} در میان نظرات قائلین به عدم نفوذ بیع فضولی، مستمسک اغلب آنها روایات پیش گفته از جمله عروه باریقی است که مخالفین با قرار دادن روایت (لاتبع ما لیس عندک) عدم تأثیر روایت عروه را استنباط کرده اند. از مخالفان سرسخت نظریه عدم نفوذ فضولی در ایقاعات شهید اول محمد ابن مکی می باشد که در کتاب غایت المراد به تشریح آن پرداخته است.

اول دلیل ایشان آیه شریفه ۷۵ از سوره مبارکه نحل^{۵۸} می باشد. دوم روایت جابر از نبی اکرم (ص) مبنی بر عدم جواز تزویج بدون اذن مالک عبد می باشد.^{۵۹} سوم نهی وارد شده در روایات را دلیل بر فساد می داند و تنها مورد خلاف را در عقد بیع جاری می داند ولی در ایقاعات ادعای اجماع در بطلان ایقاعات می نمایند. اما چنان که ادعا شده این اجماع حجیت ندارد چرا که قائلین به نظر اول یعنی عدم نفوذ و موقوف بودن بر اجازه مالک بسیارند.^{۶۰} و به اعتقاد نگارنده این نظر به اجماع نزدیکتر است. پس اظهر در فقه قول اول است که امور هم بر آن دلالت دارد. همچنین چنان که در میان متأخرین فقه و اصول مشهور

^{۵۶} - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ هـ ق، الخلاف، ج ۳، ص: ۱۶۹.

^{۵۷} - حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۷ هـ ق، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۱، ص: ۴۱۶.

^{۵۸} - عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، ۱۴۱۴ هـ ق، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ص: ۳۷: «ضَرَبَ اللهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ».

^{۵۹} - «سنن أبی داود» ج ۲، ص ۲۲۸، ح ۲۰۷۸، باب فی نکاح العبد بغیر إذن سیّده، «سنن الترمذی» ج ۳، ص ۴۱۹، ح ۱۱۱۱، باب ما جاء فی نکاح العبد بغیر إذن سیّده: منقول در غایة المراد، همان.

^{۶۰} - «و قد حکى القول به عن القديمين والمفيد والسيد والشيخ في النهاية والدليلى والقاضى والطوسى والحلى والمحقق الكرکى و السیورى و جماعة من المتأخرين. و قد حکى الشهرة عليه جماعة منهم السیورى فى كنز العرفان و الشهيد الثانى فى المسالك و الروضة و المحقق الأردبیلی و صاحب الكفاية و المفاتيح. و ذكره بلفظ عندنا فى مواضع من التذكرة»: محمد تقى رازى نجفى، ۱۴۲۷ هـ ق، تبصرة الفقهاء، ج ۳، ص: ۳۳۲.

است نهی در معامله، نهایتاً حرمت را ثابت می کند نه اینکه فساد را باعث شود که مطابق این مباحث میبیینم قول شهید مردود است. همچنین به روایت عرو ابن شعیب استناد شده که مطابق آن طلاق مالا یملک باطل می باشد.^{۶۱} در مورد اجماع باید گفت که حتی فقیهانی^{۶۲} که از ادله یاد شده توانسته اند صحت معامله فضولی را استنباط کنند، با استناد به اجماع منقول یاد شده، از بطلان ایقاع فضولی صحبت به میان آورده اند. در پاسخ می توان گفت بر فرض پذیرش اجماع مزبور، چنین اجماعی دلیل مستقل به شمار نمی آید. زیرا همانگونه برخی از فقهاء متذکر شده اند اجماع مذکور از نوع تبعیدی نیست بلکه اجماع مدرکی و یا محتمل است. باید دانست که اجماعی دارای اعتبار مستقل خواهد بود که کاشف از منظور معصوم علیهم السلام باشد و خود مبتنی بر سایر ادله حاصل نشده باشد. در حالی که در این مبحث بر فرض وجود اجماع میان فقیهان، اجماع مزبور مبتنی بر سایر ادله و از جمله عدم پذیرش تعلیق و حالت مراعی در مورد ایقاعات یا اختصاص ادله پذیرش فضولی به عقود است.

ب) مبنای بطلان طلاق و عتق فضولی

بطلان عتق و طلاق فضولی به استناد پاره ای از احادیث، دلیل بر بطلان کلیه ایقاعات فضولی انگاشته شده است.^{۶۳} روایاتی همچون روایت منصور ابن حازم که در شماره ۲ روایات ذکر شده موجب استنباط چنین برداشتی شده است. همچنین برخی همانند شهید در غایت المراد ایقاع فضولی را به دلیل عدم صحت طلاق فضولی را به دلیل عدم صحت طلاق فضولی حتی با ازدواج زوج، قابل تنفیذ ندانسته اند. همچنین ادعای اجماعی بودن عتق فضولی و پاره ای از روایات که بیان آنها گذشت از دلایل قائلان به بطلان ایقاع فضولی است که محقق سبزواری آن را متذکر شده است. از طرفی هم گفته شده که پذیرش امکان تنفیذ ایقاع فضولی به معنای معلق کردن ایقاع بر اجازه می باشد و حال آنکه پذیرش امکان تنفیذ در برخی از ایقاعات همانند ابراء، به معنای قابل تنفیذ بودن ایقاع فضولی نمی باشد. بلکه اجازه صادره از اصیل خود انشای جدیدی است که ما را به عدم سریا ن قاعده در ایقاعات رهنمون می سازد.^{۶۴} این نظریه در بین حقوقدانان نیز طرفدارانی دارد. به اعتقاد ایشان طبق قانون حکم عدم نفوذ مختص عقود است و قابل تسری به ایقاعات نیست. زیرا، تأثیر امری همانند اجازه بر گذشته خلاف اصل بوده و منوط به دلیل خاص می باشد. این دلیل در عقد فضولی وجود دارد؛ اما در مورد ایقاع فضولی وجود ندارد. پس باید قائل به بطلان فضولی شد خصوصاً وقتی که وصیت تملیکی را ایقاع بدانیم. و در این نظر از ماده ۸۴۱ ق.م. الهام گرفته اند.^{۶۵} اما به نظر نگارنده در دو مورد می توان بی اعتباری این نظر را روشن ساخت اول اینکه غالب حقوقدانان قائل به عقد بودن ماهیت وصیت تملیکی هستند و ثانیاً چگونه می شود که حکم تنفیذ ابراء که ماهیتاً ایقاع است را قابل تعمیم نمی دانند ولی از حکم غیر مشهور وصیت تملیکی مبنی بر ایقاع بودن حکم کلی مبتنی بر بطلان را در ایقاع استنباط می نمایند؟ این ترجیح بلا مرجح است.

ج) نقد نظریات مبتنی بر بطلان فضولی در ایقاعات

در جواب نظریات فوق می توان عرضه داشت طرفداران بطلان که امهات نظراتشان را از روایت مبتنی بر منع طلاق و عتق فضولی که در شماره دوم آمده، استقراض کرده اند، گویا به مدلول روایات فوق بی توجه بوده اند. اولاً روایات مربوطه با عباراتی

^{۶۱} - «سنن أبی داود» ج ۲، ص ۲۵۸، ح ۲۱۹۰، باب فی الطلاق قبل النکاح، «الخلاص» ج ۳، ص ۱۶۹، المسألة ۲۷۵.

^{۶۲} - شهید اول، همان.

^{۶۳} - محقق سبزواری، کفایة الأحکام، ج ۲، ص: ۳۵.

^{۶۴} - حائری، سید کاظم، ۱۴۲۳ ه ق، فقه العقود، ج ۲، ص: ۲۰۳.

^{۶۵} - شهیدی، پیشین، ص: ۱۳۴-۱۴۵: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر، ولو با اجازه مالک باطل می باشد».

مشابه به هم نقل شده اند لا در همه آنها دلالت بر نهی از عمل دارد که نهی وارده در لزوم ملکیت دلالت دارد، نه در نفی تنفیذ و سیره عقلا هم این ظهور را می پذیرد.^{۶۶} پس اگر بخواهیم چنین ظهوری را بپذیریم ناگزیر باید بطلان مطلق معامله فضولی را استنباط کرد؛ نتیجه ای که هیچ کس نمی پذیرد. از این رو هیچ حقوقدانی را نمی یابیم که با استناد مثلاً ماده ۷۹۸ ق.م. به بطلان هبه یا عقد فضولی به طور مطلق حکم دهد. متن روایات هم ناظر به مورد خاص است، پس نمی توان از عبارت «لا طلاق قبل الملك» بطلان همه ایقاعات را استنباط کرد چرا مطابق قواعد اصولی چنین استنباطی جایز نیست و به اعتقاد نگارنده برفرض محال که بتوان چنین استنباطی را از روایت فوق نمود، روایت شماره ششم دقیقاً در تقابل با آن می باشد و تساقط دلیل لازم می آید. همچنین پذیرش عدم نفوذ وصیت مازاد بر ثلث یکی دیگر از مسائلی است که ادعای مطرح شده را بی اثر می سازد. شاهد این مسئله در ماده ۸۴۳ ق.م نهفته است که اشعار می دارد: «وصیت به زیاده از ثلث ترک نافذ نیست، مگر به اجازه وراثت؛ و اگر بعض از ورثه اجازه کند تنها نسبت به آنها نافذ می باشد». از این مورد در مخدوش بودن ادعای اجماع نیز استفاده شده است.^{۶۸} پس در مفهوم تعدیل شده و ضرورت حفظ قاعده جمع^{۶۹} می توان قائل بر این بود که مفاد اجماع ناظر بر بطلان ایقاع فضولی بدون اجازه است نه آنکه قابل تنفیذ نباشد چرا که در رجوع به ید فضول و ما بعد فضول تا زمانی که با رعایت مهلت عرفی تنفیذ نشده است، احکام ایادی غاصبه جریان می یابد. اما در تعارض ظاهری مفاد ماده ۸۴۱ و ۸۴۳ قانون مدنی باید گفت که مفاد ماده ۸۴۱ در بطلان وصیت به مال غیر ناظر به موردی است که فردی مال غیر را برای خود و معلق به فوت خود نماید که بطلان امری مسلم است و ملاک ماده ۸۴۳ در عدم نفوذ این تعدی به سهم دیگران (وراثت) به جهت امکان جبران آن بوسیله دارنده حق که شامل وراثت است، می باشد و از ملاک آن می توان قید ماده ۸۴۱ در موردی که امکان جبران چنین اخلاقی در حقوق دیگران وجود ندارد دانست بنابراین در مفهوم آن می توان گفت اگر وصیت برای غیر و معلق به موت همو باشد، باید آن را قابل تنفیذ دانست.^{۷۰} دلیل دیگر یعنی عدم امکان تعلیق در ایقاعات پاسخ داده شده است که اولاً در مواردی همچون تدبیر و وصیت (معلق) بر وفات تعلیق در ایقاعات پذیرفته شده است. ثانیاً در ایقاع فضولی معلق علیه، رضای اصیل یعنی یکی از شرایط صحت ایقاع می باشد و تعلیق بر شرط صحت موجب بطلان نمی شود. همچنین با وجود ممنوعیت تعلیق در عقود تعلیق عقد بر اجازه در عقد فضولی پذیرفته شده است و چون عقد و ایقاع از سبب واحد یعنی انشاء بوجود آمده پس از این حیث مشترکند و امکان تعلیق به ایقاع هم راه می یابد.^{۷۱} ادعای دیگر مبتنی بر تنفیذ ایقاع فضولی به منزله انشای ایقاع جدید نیز به علت مغایرت با اراده ی انشایی اجازه کننده غیر موجه می باشد. به عنوان مثال اگر فضولی به استناد خیار عیب، عقد بین دو نفر را فسخ کند و پس از آن ذو الخیار این فسخ را امضاء نماید، نمی توان آن را انشای جدید دانست، بلکه

^{۶۶} - شیخ طوسی، خلاف، ج ۳، ص: ۱۶۹.

^{۶۷} - «... قبض بدون اذن واهب اثری ندارد».

^{۶۸} - کمپانی اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۱۸، حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری، ج ۱، ص: ۲۳۰ به بعد.

^{۶۹} - «الجمع مهما أمكن أولى من الطرح»: نگارنده این قاعده را مطابق نظر فقها منبعث از روایتی از عمر بن حنظله که منقول از احتجاج طبرسی است در مستدرک محدث نوری، ج ۱۷، ص: ۳۰۲ آمده: «... فَإِنَّ الْحَكَمَيْنِ اخْتَلَفَا فِي حَدِيثِكُمْ... فِي ذَلِكَ الَّذِي حَكَمَ الْمَجْمَعُ عَلَيْهِ بَيْنَ أَصْحَابِك...» می داند؛ منقول در پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، شهادت بر شهادت در حقوق ایران و فقه اهل سنت، علی کشاورز ۱۰/۱۳۹۶/۰۵.

^{۷۰} - کاتوزیان، ۱۳۹۱، درسهایی از شفعه، وصیت، ارث، ص: ۸۸.

^{۷۱} - فصیح زاده، علیرضا، تحلیل فقهی - حقوقی وضعیت ایقاع فضولی در روابط مالی و غیر مالی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۱۳۹۵.

چیزی جز امضای همان فسخ سابق نیست. ثمره بحث در مالکیت منافع مبیع ظاهر می شود بدین معنی که اگر امضا، ایقاع جدید شمرده می شد، منافع مبیع از زمان انشای ایقاع جدید تا زمان اجازه به اجراکننده تعلق خواهد داشت.

نتیجه گیری

امکان تنفیذ ایقاع فضولی از جمله نظریاتی است که در فقههای متأخر نسبت به قدما، با نوآوری های بهتری مطرح شده که از جمله آنها رویکرد جدید امام خمینی رحمه الله علیه می باشد. از این رو بر وفق قاعده بودن این نظریات بر دو حیطه ی وحدت منشأ و وحدت در احکام و آثار جای می گیرد. به باور ایشان اثر انشاء معلول دو سبب است یکی از آنها عقد است و دیگری اجازه. عقد با اراده ی فضول و طرف معامله واقع می شود و اجازه هم فعل اصیل و سبب انتساب عقد به اجازه کننده است و ما عرض کردیم که این تنفیذ نوعی اقرار به نیابت می باشد. مطابق نظریه امام (ره) اجازه عقد را از حالت فضولی خارج و عقد اصیل تبدیل می نماید و آن را مشمول آیه اوفوا بالعقود می سازد.^{۷۲} هم چنین مرحوم دکتر کاتوزیان با تحلیل عقد فضولی و تفکیک دو عنصر قصد و رضا سعی در قاعده مند ساختن معاملات فضولی می نماید.^{۷۳} بنابراین نظر عقد فضولی تمام الأركان است إلاً اینکه عنصر رضا در آن وجود ندارد و پس از الحاق اجازه عقد کامل و منشأ اثر می شود. ممکن است ایراد شود که افتراق رضا از قصد، در محل تشکیل عقد محل إشکال است بدین بیان که چنان که در فقه به آن اشاره شده است به جهت روایت^{۷۴} و آیه مبنی بر تجارت عن تراض لازم است تا قصد و رضا متقارن هم ایجاد شود^{۷۵} و إلاً باید بطلان را ترجیح داد. محقق سبزواری در جواب این اشکال اصل عدم تقارن قصد و رضا را مطرح فرموده اند.^{۷۶} حضرت آیت الله مکارم شیرازی دام ظلّه در مورد عدم تقارن قصد و رضا بیان می دارند: «سیره ی عقلاء بر صحت آن وارد شده است مثلاً دلال، گاه ملکی را می فروشد و یا آن را اجاره می دهد و بعد از مالک اجازه می گیرد. همین گونه است در هبه ی فضولی، مضاربه و مزارعه ی فضولی و مانند آن؛ اما دلیلی بر لزوم تقارن مزبور وجود ندارد. آنچه در عقد مطرح است این است که باید معامله از روی تراضی باشد و به عبارت دیگر باید رضایت فرد به عقد ملحق شود و اما اینکه این رضایت باید مقارن با عقد باشد دلیلی ندارد. یا مثلاً پدری دخترش را به عقد دیگری در می آورد و بعد دختر رضایت می دهد».^{۷۷} در قانون مدنی هم قواعد فضولی ذیل قواعد عمومی قراردادها (معاملات) آمده و به نظر می رسد که جریان فضولی در عقود را خلاف قاعده محسوب نداشته است. بنابراین تسری جریان فضولی به ایقاع عدول از قاعده نمی باشد. مبحث مربوط به نفوذ ایقاع فضولی در اندیشه امام را به آخرین ادله مورد بحث موکول می نمائیم. یکی دیگر از ادله مطرح شده در باب صحت ایقاعات فضولی این مسئله است مرحوم صاحب عروه در مسأله ی دوازدهم از باب زکات اموری را ذکر می کند و یک مورد این است که آیا فضولی در زکات نیز جاری می شود یا نه. مثلاً کسی از مال دیگری سهم زکات را جدا کند و به فقیر بدهد و بعد به صاحب مال خبر دهد. صاحب عروه قائل به عدم جریان فضولی در زکات است ولی بعضی از محشین تمایل داشتند آن را در زکات و خمس و دیون جاری بدانند.

^{۷۲} - خمینی، سید روح الله موسوی، ۱۴۲۱ هـ ق، کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص: ۱۲۸.

^{۷۳} - کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۲، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص: ۱۱۶ به بعد.

^{۷۴} - احسائی، ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ هـ ق، عوالی اللئالی العزیزیه، ج ۲، ص: ۲۴۰: «وَقَالَ ص: لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِبِّهِ مِنْ نَفْسِهِ».

^{۷۵} - کنزالعرفان، پیشین، ص: ۳۴: «قال مالك و أبو حنيفة: المراد تراضی المتعاقدين حال العقد فإذا حصل تم البيع و لزوم...».

^{۷۶} - كفاية الأحكام، پیشین، ص: ۳۱۱.

^{۷۷} - مکارم شیرازی، جلسه درس خارج فقه، فضولی در مضاربه، ۲۸ و ۳۰/۹/۱۳۹۴، جلسات ۴۳ و ۴۴.

باید توجه داشت که ادای زکات نه از باب عقود است نه از باب ایقاعات بلکه از باب ادای دین است زیرا فقراء در اموال ما شریک هستند و اگر کسی آن را پرداخت کند مانند این است که سهم شریک خود را داده باشد. مثلاً اگر مال مشاعی وجود داشته باشد و یکی از شرکاء سهم شریک خود را به او بدهد این نه جزء عقود است و نه ایقاع. عقد احتیاج به انشاء طرفینی دارد ولی در مال مشاع، کسی ملک دیگری را به او تحویل داده است. یعنی حقی را به صاحبش پرداخت کرده است. زکات نیز از همین قبیل است. پس این دلیل در توجیه صحت ایقاع فضولی تماماً کارساز نیست. برای تقویت نظریه عدم نفوذ در ایقاعات سخن از اصل صحت در ایقاعات دور از ذهن نیست. به موجب این اصل چنانچه در مشروعیت ایقاعی تردید شود، به حکم قاعده اصل صحت جریان می یابد.^{۷۸} کاربرد اصل صحت در مطلب جاری به این صورت است که ایقاع فضولی قابلیت تنفیذ یا به عبارتی قابلیت تصحیح را دارد. پس اگر هنگام الحاق اجازه به ایقاع فضولی در مشروعیت آن تردید شود چنان که تردید در روایات هم بیان شد، با دو فرض اصل صحت جریان می یابد. اول شک در مشروعیت که با اصل صحت جبران می شود. ثانی تعارض دلیل مبنی بر پذیرش و شک در عدم پذیرش که باز هم با مراجعه به عمومات ادله و اصل صحت، امکان تنفیذ استصحاب می شود. هم چنین در حدیث عروه باری می توان از تنفیذ پیغمبر (ص) نه تنها معامله فضولی بلکه می توان ایقاع فضولی را استنباط نمود چرا که وقتی که آن بزرگوار عمل عروه را ستودند قبض فضولی عروه را که خود نوعی ایقاع می باشد، تنفیذ نموده اند. شواهد در قانون مدنی نیز بر آن صحه می گذارد. در قانون مدنی ماده ۶۷۴ آمده: «موکل باید تمام تعهداتی که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام شده است، موکل هیچ گونه تعهد (ی) نخواهد داشت، مگر آنکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.»^{۷۹} در این ماده به جای معاملات، (اعمال فضولی) آمده که می تواند بر امکان تنفیذ ایقاع فضولی دلالت نماید. در هر صورت این نگاه کارکرد گرایانه بر معتبر بودن ایقاع فضولی می انجامد و حق هم همین است. این نوع از نگرش به صحت و یا عدم صحت ایقاعات فضولی تأثیرات مهمی در نظام اجتماعی بر جای می گذارد. مقتضای مصالح فردی و اجتماعی ما را از رویکردی توسعه گرایانه باز می دارد. به عنوان مثال در نظام حقوق خانواده وجود ایقاعاتی همچون طلاق و فسخ نکاح و رجوع از طلاق و بذل مدت ارتباط مستقیم با بقاء و انحلال نکاح می باشد. از آنجا که شناسایی جریان فضولی در این موارد با حفظ بقا و کیان خانواده در تباین می باشد باید پذیرفت که جریان فضولی در این موارد نه تنها مفید نیست بلکه مضر هم می باشد. توجه به تفاوت بیان شده در مورد طلاق فضولی و نکاح فضولی مبین همین نظر می باشد و براساس این مبانی است که شارع مقدس در مورد نکاح فضولی اصل را قبول تنفیذ دانسته در حالی که در طلاق با همان دغدغه های پیش گفته مشهور را به بطلان فضولی در این ایقاع رهنمون نموده است.

فهرست منابع و مآخذ

منابع فارسی

- امامی، سید حسن، ۱۳۴۰، حقوق مدنی، ج ۱، تهران انتشارات اسلامی.
- انصاری، مسعود و محمد علی طاهری ۱۳۸۸، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، تهران، نشر جنگل.
- بروجردی، عبده، محمد ۱۳۸۰، حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- بهرامی، بهرام ۱۳۷۷، معاملات فضولی، تهران، روزنامه رسمی کشور،
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران کتابخانه گنج دانش.

^{۷۸} - حائری، پیشین، ص: ۵۳

^{۷۹} - جعفری لنگرودی، محشی قانون مدنی، ذیل ماده ۶۷۴.

- حائری، مسعود ۱۳۷۳، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادی»، تهران، انتشارات کیهان.
- شهیدی، مهدی ۱۳۸۸، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
- صادقی، محمد حسن، ۱۳۹۴، «اصل آزادی ایقاعات در فقه امامیه و حقوق»، آموزه های فقه مدنی، ش ۱۱، صص: ۷۲-۴۹.
- کاتوزیان، ناصر ۱۳۹۱، حقوق مدنی: درس هایی از شفعه، وصیت و ارث، تهران، نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر ۱۳۹۲، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۳، حقوق مدنی، نظریه عمومی-ایقاع معین، انتشارات میزان.

منابع عربی (فقه شیعه)

- قرآن کریم

- ابن ابی جمهور، محمد بن علی، عوالی اللئالی العزیزیه، قم، دار سید الشهداء للنشر، ۱۴۰۵ق.
- ابن ادریس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- اردبیلی (مقدس)، ملا احمد، مجمع الفائده و البرهان، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۳ق.
- انصاری (شیخ)، مرتضی، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق المتناضره، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- تبریزی، میرزا قنات، هدایه الطالب إلى أسرار المکاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
- حائری حسینی، سید کاظم، فقه العقود، ج ۲، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- حلی (علامه)، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع، ج ۶، قم، المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ق.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، إیضاح الفوائد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۲۱ق.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، بی تا.
- روحانی، سید صادق، فقه الصادق، دار الکتاب (مدرسه امام صادق علیه السلام)، قم، ۱۴۱۲ق.
- سبزواری، سید عبدالأعلى، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۴، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- سیوری (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم، انتشارات مرتضوی، ۱۴۲۵ق.
- صدوق (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، من لایحضره الفقیه، ج ۲، قم، النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۳، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، الخلاف، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۲، بیروت، دار الکتاب العربی، ۱۴۰۰ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، تهذیب الأحکام، ج ۴، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
- عاملی (شهید اول)، غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الإفهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.

- فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرائع، قم، انتشارات آیت الله العظمی مرعشی نجفی، بی تا.
- قمی، رسائل المیرزا القمی، دفتر تبلیغات اسلامی (شعبه خراسان)، ۱۴۲۷ق.
- نائینی، میرزا محمدحسین، مکاسب و البیع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، جواهر الکلام، چ ۷، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- یزدی، سید محمدکاظم، حاشیه مکاسب، چ ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.