

## ایقاع فضولی

شکیبا امیرخانی\* / احمد باقری\*\* / سید محمدرضا امام\*\*\*

### چکیده

دارا بودن حق تصرف برای کسانی که به اعمال حقوقی مبادرت می‌ورزند، خصیصه‌ای است که فقدان آن سبب اطلاق عنوان فضولی بر یک عمل حقوقی می‌شود. بررسی آثار مکتوب فقیهان، حاکی از آن است که بحث از صحت یا بطلان اعمال فضولی، از بیع فضولی آغاز شده و برخی از ایشان را به بطلان بیع و سایر عقود فضولی باورمند کرده است. حال آن‌که اکثر فقیهان، ضمن پذیرش قابلیت تنفیذ بیع فضولی، حکم صحت را به سایر عقود فضولی تعمیم داده‌اند، نظری که قانونگذار ایران نیز آن را ترجیح داده است. اما در اندیشه اغلب فقیهانی که نظریه صحت عقود فضولی را برگزیده‌اند، ایقاعات فضولی باطل شمرده شده‌اند. این فقیهان بطلان ایقاع فضولی را به دلایل نقلی و عقلی و مهم‌تر از همه اجماع، مستند ساخته‌اند. در مقابل معدودی از فقیهان نیز ضمن نقض ادله یادشده، ایقاع فضولی را همانند عقد فضولی، واجد حکم صحت تلقی کرده‌اند. در میانه این اختلاف آراء، نوشتار حاضر فرضیه صحت ایقاع فضولی را با استناد به دلایل مستقل و نیز ادله‌ای که از طریق وحدت ملاک میان عقد و ایقاع، قابلیت سرایت به ایقاعات فضولی را دارد، اثبات می‌نماید. استناد به دلایل متعدد نقلی، احراز اهلیت برای انشاء‌کننده ایقاع، عدم اشتراط تقارن

---

\* دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

\*\* استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، نویسنده مسؤول bagheri@ut.ac.ir

\*\*\* دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

تاریخ وصول: ۹۴/۷/۱۴ - پذیرش نهایی: ۹۴/۹/۱۸

رضا با انشای ایقاع و نیز تمسک به سیره عقلا، ادله‌ای است که برای اثبات این مدعا مورد استدلال قرار گرفته است.

**کلیدواژه:** ایقاع، فضولی، صحت، اعمال حقوقی

## ۱- طرح مسأله

در ادبیات فقهی، اصطلاح «فضولی» بر افراد کاملی اطلاق می‌شود که به تصرفات حقوقی مبادرت می‌ورزند که ذاتاً مجاز به انجام آنها نبوده و در اصطلاح، برای این تصرفات ولایت ندارند (غایه المراد/۳/۳۷)؛ از اینرو، به فردی که بی اذن مالک، مال وی را بفروشد یا اجاره دهد، یا شخص بیگانه‌ای که مدیونی را نسبت به دین مستقر بر ذمه‌اش ابراء کند، «فضولی» می‌گویند، گرچه اغلب از روی مسامحه در بیان، اعمال حقوقی را که بدین شکل منعقد شده‌اند، به وصف فضولی توصیف می‌نمایند و با عناوینی نظیر «بیع فضولی»، «اجاره فضولی» و «ابراء فضولی» از آنها تعبیر می‌کنند (المکاسب/۳/۳۵۰).

اعمال حقوقی فضولی، دامنه وسیعی از مباحثات فقهی را به خود اختصاص داده‌اند. نظرات و آراء فقیهان پیرامون احکام وضعی مترتب بر اعمال فضولی، گستره‌ای 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 پی‌گیرد.

به نظر می‌رسد که نخستین عقدی که بحث از صحت یا عدم صحت انعقاد آن به شکل فضولی، مطمح نظر فقیهان قرار گرفته و معرکه استدلالات مبسوط ایشان در حکم به صحت و بطلان بوده است، رأس العقود یا همان عقد بیع است. بعضی فقیهان، بیع فضولی را باطل شمرده‌اند (الخلاف/۳/۱۶۸؛ السرائر/۲/۲۷۴؛ مجمع الفائدة و البرهان/۸/۱۵۸؛ مفاتیح السرائر/۳/۴۶). بدیهی است در باور فقیهانی که نتوانسته‌اند صحت بیع فضولی را بپذیرند، بحث از صحت سایر عقود فضولی بی‌معنا و بطلان آنها مفروض است (الخلاف/۳/۱۶۸؛ ایضاح الفوائد/۲/۳۸۹ و ۲۸/۳) بر خلاف گروه نخست، اغلب فقیهان بیع فضولی را با اجازه مالک صحیح شمرده‌اند (المقننه/۶۰۶؛ الوسيله/۲۴۹؛ النهایه/۳۸۵؛ المختصر النافع/۱/۱۸؛ قواعد الاحکام/۱۹/۲). فقیهانی که نتوانسته‌اند با استدلال و تضعیف دلایل نظر مخالف، بر قابلیت تنفیذ و تصحیح بیع فضولی پافشاری کنند، با تعمیم تمام یا بعضی دلایل مطرح شده در بیع فضولی به سایر عقود، به نظریه‌ای جامع مبنی بر موقوف بودن همه عقود فضولی بر اجازه دارنده حق دست یافته‌اند. قانونگذار نیز به تبعیت از مشهور فقیهان، جریان احکام فضولی را محدود به عقد بیع ندانسته و بر امکان انعقاد سایر عقود به صورت فضولی تأکید کرده است. گواه این تعمیم، مواد ۲۴۷ الی ۲۶۳ قانون مدنی است که ذیل عنوان «معامله با مال غیر» یا «معاملات فضولی»، احکام فضولی را به صورت قضیه کلی و قابل اجرا در همه معاملات بیان کرده است.

## ۲- امکان سنجی تعمیم حکم عقد فضولی به ایقاع فضولی

طبق نظر گروه اول از فقیهان که دلایل موجود را حتی برای غیر نافذ شمردن بیع فضولی کافی نمی‌دانند و در واقع اصالة الفساد را برای عقد فضولی برگزیده‌اند، امکان تعمیم احکام فضولی به ایقاعات اساساً منتفی به نظر می‌رسد. اما بنا بر باور گروه اخیر، که دلایل صحت بیع فضولی را به سایر عقود نیز تعمیم داده و اصل صحت را برای عقد فضولی پذیرفته‌اند، می‌توان بحث فضولی را به حیطة ایقاعات نیز کشاند و آن‌گاه امکان تصور ایقاع فضولی و حکم آن را مورد تحلیل قرار داد.

هرچند ادعا شده است که فقیهان بر بطلان ایقاع فضولی اتفاق نظر دارند (غایه- المراد/۳۷/۳؛ المکاسب/۳۴۶/۳؛ فقه الصادق/۳۶۸/۲۲) اما تتبع آثار مکتوب فقهی، حاکی از آن است که برخی از فقیهان ضمن ردّ استدلال قائلان به بطلان، فرضیه صحت ایقاع فضولی را ترجیح داده‌اند (جواهر الکلام/۲۸۰/۲۲؛ مصباح الفقاهه/۴/۴؛ هدایه الطالب/۲/۲۶۴ و ۲۶۵). در این میان، بعضی فقیهان نیز با وجود پای‌بندی به نظریه اخیر، برخی مصادیق ایقاع فضولی را به جهاتی نظیر استناد به دلایل خاص یا برخورداری از شرایط و آثار منحصر به فرد، از اصل صحت خارج دانسته و مشمول حکم بطلان شمرده‌اند (مستمسک- العروه/۳۷۶/۹؛ اصفهانی، حاشیه المکاسب/۷۵/۲؛ المکاسب و البیع/۲/۲؛ مهذب الاحکام/۳۱۱/۱۶؛ سید یزدی، حاشیه المکاسب/۱۳۳/۱؛ منیه الطالب/۱/۲۱۲ و ۲۱۳؛ تحریر الوسیله/۵۶۳/۱). نگارندگان نیز با پذیرش اصل کلی صحت عقد فضولی، اثبات فرضیه امکان تحقق ایقاع فضولی و قابلیت تنفیذ آن با اجازه دارنده حق را دنبال می‌کنند؛ در این میان ممکن است که برخی از ایقاعات به جهت شرایط خاص و موانع موجود در آنها، محکوم به بطلان باشند.

### ۳- ادله بطلان ایقاع فضولی و نقد آنها

همان‌طور که پیشتر نیز گفته شد برای فقیهانی که نتوانسته‌اند صحت بیع و سایر عقود فضولی را برتابند، بطلان ایقاعات فضولی بدیهی به نظر می‌رسد و طبیعی است که در آثار ایشان، در این خصوص دلایل مستقلاً به چشم نخورد. از اینرو در این قسمت سعی شده است تا از یک سو، دلایل این عده با استناد به وحدت ملاک میان عقد و ایقاع، به ایقاع فضولی نیز سرایت داده شود و از سوی دیگر، ادله آن گروه از فقیهان که با وجود پذیرش جریان فضولی در عقود و باور به امکان تصحیح آنها با اجازه، ایقاعات فضولی را باطل شمرده‌اند، استخراج و بیان شود. ناگفته نماند که برخی از این دلایل مستقیماً از سوی مخالفان ایقاع فضولی مطرح نشده است، بلکه طرفداران نظریه مقابل در صدد بوده‌اند تمام آن چه را که ممکن است برای باطل شمردن ایقاع فضولی مورد استناد قرار گیرد، تصوّر و تبیین کنند.

## ۳-۱- اخبار و روایات

صرف نظر از اخباری که از سوی مخالفان بیع فضولی مطرح شده و مستند برخی فقیهان در بطلان بیع و سایر عقود فضولی قرار گرفته و همین امر، سبب باور ایشان به بطلان ایقاعات فضولی نیز شده است، برخی روایات هم مستقیماً به برخی مصادیق ایقاع اشاره داشته و در راستای اثبات عدم جریان فضولی در آنها و بلکه همه ایقاعات، مورد استناد قرار گرفته است. حدیث نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» (عوالی اللثالی/۱/۲۳۴) یکی از این روایات است که بر انحصار حق طلاق برای زوج، تأکید دارد. البته ضبط‌های دیگری نیز از این روایت موجود است که عمدتاً در کتب حدیثی اهل سنت نقل شده است، نظیر «لا طلاق الا فیما یملک...». همچنین روایات دیگری وجود دارند که عتق و آزادی بندگان را که در شمار ایقاعات جای می‌گیرد، تنها برای مالک ایشان مجاز دانسته و با اندکی تغییر در الفاظ، در جوامع احادیث به چشم می‌خورد؛ مانند «لا عتق الا فی ملک» (من لایحضره الفقیه/۳/۴۹۷؛ تهذیب الاحکام/۸/۲۱۷؛ وسائل‌الشیعه/۲۳/۱۵) و «لا عتق الا فیما یملک». اطلاق موجود در روایت نخست، حاکی از عدم اعتبار طلاق است که توسط غیر زوج انشاء شود (مصباح الفقه/۴/۴). از طرفی، کاربرد لای نفی جنس در دیگر روایات، 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 می‌کند؛ بدان معنا که گویی طلاق یا عتقی در خارج محقق نشده است. حتی اگر کسی هم قائل به معنای مجازی برای این روایات باشد، نزدیک‌ترین معنا آن است که صحت چنان طلاق و عتقی نفی شود. مهم این‌که، اختیار هر یک از دو معنای یادشده ما را به نتیجه-

۱- برای مثال: «روی حکیم عن النبی صلی الله علیه و آله أنه نهی عن بیع ما لیس عنده و لفظ الحدیث «لا تبع ما لیس عندک» و «نهانی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم أن أبيع ما لیس عندی». برای دیدن احادیث ر.ک: مسند احمد بن حنبل/۳/۴۰۲ و ۴۳۴؛ مسند الشافعی/۲/۱۴۳؛ سنن الترمذی/۳/۵۳۴؛ السنن الکبری/۵/۲۶۷. به نقل از (الخلاص/۳/۱۶۹) همچنین این روایت: «لا طلاق الا فیما یملک و لا عتق الا فیما یملک و لا بیع الا فیما یملک» ر.ک: مسند احمد بن حنبل/۲/۲۰۷؛ سنن الترمذی/۳/۴۸۶؛ السنن الکبری/۷/۳۱۸.

ای جز بطلان این اعمال حقوقی رهنمون نمی‌سازد (ابضاح الفوائد/۴۱۷/۱)؛ چنان‌چه بتوان مفهوم روایات مذکور را از انحصار ایقاعات مصرّح در آنها خارج ساخت، امکان مستند ساختن بطلان همه ایقاعات فضولی به آنها وجود خواهد داشت؛ و در غیر این صورت، دست کم می‌توان برای بطلان طلاق و عتق فضولی به آنها استناد کرد.

در نقد این دلیل باید گفت که صرف‌نظر از ضعف اسناد این روایات (تبصره- الفقهاء/۳۴۱/۳؛ مصباح الفقاهه/۸۹/۴) دلالت آنها نیز با اشکالات متعدّدی روبرو است. آن‌چه را سبب نارسایی دلالت روایات یادشده می‌شود، می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد:

الف) ممکن است که نفی مذکور در روایات را بر نفی وصف لزوم طلاق و عتق، حمل نمود و چنین گفت که طلاق و عتق بدون آن‌که به زوج یا مالک مستند گردد، نمی‌تواند منشأ اثر قرار گرفته و سبب فکّ رابطه زوجیت یا آزادی عبد گردد (جامع الشتات/۲۷۱/۲؛ ریاض المسائل/۲۲۵/۸)؛ دریافت چنین ظهوری از روایات چندان دشوار نیست، زیرا چنان‌چه از «لا»، معنای نفی حقیقی طلاق و عتق اراده شود، بدان معنا که هیچ طلاق و عتقی از سوی شخصی غیر از زوج یا مالک، محقق نمی‌شود، در آن صورت باید مدّعی شد که ولیّ یا وکیل هم علی‌رغم برخورداری از ولایت شرعی و اذن، نمی‌توانند عهده دار انشای طلاق یا عتق گردند، حال آن‌که هیچ یک از فقیهان به چنین نتیجه‌ای ملتزم نگردیده‌اند (کنز العرفان/۳۴/۲)؛ بنابراین بهترین تعبیر از معنای روایات آن است که گفته شود هیچ کس نمی‌تواند زوجه دیگری را بدون اذن یا اجازه او طلاق دهد، و یا آن‌که بنده متعلّق به شخص دیگری را بدون اعلام رضایت وی، بفرود دهد (مصباح الفقاهه/۵/۴). بدیهی است که این معنا منافی آن نیست که طلاق یا عتق فضولی، با اجازه بعدی زوج یا مالک به او مستند و واجد اثر گردد. همان‌گونه که در روایات مشابهی که به موضوع نفی بیع در خارج از محدوده ملک اشاره دارد، فقیهان با بیان عبارات مختلف، سرانجام همین معنا را برگزیده و اظهار داشته‌اند که چنان‌چه متبایعینی که هر دو یا یکی از ایشان فضول هستند، به تصور نقل و انتقال منجّز به انجام بیع مبادرت ورزند، مشمول روایات مذکور می‌شوند که به موجب آنها عدم ترتّب آثار بیع، مورد

تأکید قرار گرفته است. اما در صورتی که بیع فضولی با لحاظ انضمام به اجازه مالک، مدّ نظر باشد، نمی‌توان آن را در محدوده دلالت روایات یادشده جای داد (جامع المدارک/۸۷/۳؛ المکاسب/۴۵۵/۳؛ منیه الطالب/۲۲۱/۱). مؤید آن چه که از «نفی لزوم» در روایات استنادی گفته شد را می‌توان در نظر فقیهانی جستجو کرد که عتق راهن یا مرتهن را با کسب اجازه صحیح شمرده‌اند (مصباح الفقاهه/۵/۴)، یا آن که در خلع که یکی از اقسام طلاق به شمار می‌آید، در صورت زاید بودن عوض خلع از مهر، به توقّف صحت طلاق بر اجازه زوج حکم نموده‌اند (هدایه الطالب/۲۶۴/۲).

ب) اگر از «لا»ی مذکور در روایات مورد نظر، معنای نهی اراده و ادّعا شود مضمون اخبار در صدد بازداشتن اشخاص بیگانه از مبادرت ورزیدن به طلاق یا عتق فضولی است؛ در چنین صورتی می‌توان به اصل حاکم در معاملات مبتنی عدم اقتضای نهی بر فساد، تمسک جست (رسائل/۳۰/۱) و نیز این احتمال را مطرح کرد که ممکن است مقصود روایات، نهی از طلاق یا عتق فضولی فی نفسه و بدون ملحق شدن اجازه به آن باشد. همچنان که در ادامه برخی روایات، همین نهی عیناً در مورد بیع تکرار شده و اغلب فقیهان، بیع فضولی را به ضمیمه اجازه مالک از شمول آن، خارج دانسته‌اند.

ج) بر فرض آن که هیچ یک از اشکالات مطرح شده نتواند مخاطب را اقناع کند که ایقاعات فضولی منضمّ به اجازه دارنده حقّ، از شمول دلالت روایات خارج اند و حتی گفته شود که اخبار مذکور، نصّ در فساد و بطلان طلاق و عتق فضولی به شمار می‌آیند، باز هم می‌توان چنین ادّعا کرد که میان این اخبار و روایاتی که بر صحت جریان فضولی در ایقاعات دلالت دارند، تعارض وجود دارد. از اینرو باید روایاتی را ترجیح داد که با عمومات آیات قرآن موافقت داشته باشند و این معنا در مورد روایاتی صادق است که بر تصحیح عمل فضولی تأکید دارند (ریاض المسائل/۲۲۶/۸؛ مهذب الاحکام/۳۰۷/۱۶؛ مصباح الفقاهه/۹۱/۴)؛ این ادّعا در ادامه بحث به اثبات خواهد رسید.

### ۳-۲-۱- اجماع

شاید بتوان گفت که در استدلال فقیهان بر بطلان ایقاع فضولی، هیچ دلیلی به اندازه اجماع، پررنگ نبوده است. جستجو در آثار فقهی نشان می‌دهد که در خصوص ایقاعات فضولی، دو اجماع منقول ادعا شده است. اولین اجماع، مربوط به عدم جریان فضولی در طلاق و عتق است (سید یزدی، حاشیه المکاسب/۱/۱۳۳؛ مصباح الفقاهه/۴/۴) و طبق اجماع دوم، همه ایقاعات فضولی محکوم به بطلان است (غایه المراد/۳/۳۷؛ المکاسب/۳/۳۴۶). جایگاه و اعتبار نخستین اجماع تا بدان جاست که حتی برخی فقیهان که بر قابلیت تصحیح ایقاعات فضولی اصرار می‌ورزند، نیز نتوانسته‌اند وجود چنین اتفاق نظری را نادیده انگارند و دست کم در مواجهه با آن موضع احتیاط را برگزیده‌اند (مهدب الاحکام/۱۶/۳۱۱).

هر چند اجماع، بیش از سایر دلایل مورد استناد مخالفین صحّت ایقاع فضولی قرار گرفته است، اما به نظر می‌رسد از کمترین توان اثباتی برای استدلال بر این مدعا برخوردار باشد، چه آن که از یک سو، در وجود چنین اجماعی تردید وجود دارد، زیرا صرف نظر از اختلاف نظرهای بسیاری که میان فقیهان در این خصوص دیده می‌شود، مرجع کلام اکثر اندیشمندانی که ایقاع فضولی را به سبب اجماع باطل شمرده‌اند، نظر شهید اول در غایه المراد است که نخستین بار چنین اجماعی را ادعا کرده‌اند (غایه المراد/۳/۳۷) حال آن که ایشان در اثر دیگر خود، سعی بر تأویل روایت «لا طلاق ألاً فیما یملک» و متوقف شمردن طلاق فضولی بر اجازه مالک دارند و سرانجام با بیانی آکنده از تردید اعلام می‌دارند که از فقیهان، کسی را نمی‌شناسند که به صحّت طلاق فضولی حکم کرده باشد (القواعد و الفوائد/۱/۳۶۸)؛ بدیهی است که عدم اطلاع از وجود فقهای



مخالف یک نظر، به معنای حصول اجماع بر موافقت با آن نظر نیست.<sup>۲</sup> از سوی دیگر، چنین اجماعی بر فرض تحقق نمی‌تواند به عنوان یک دلیل مستقل بر اثبات بطلان ايقاع فضولی به کار آید، زیرا چنان که گفته شد، مبنای شکل‌گیری آن استناد به دیگر ادله نظیر روایات است که باید خود آن دلایل مورد سنجش واقع شود (مصباح الفقاهه/۴/۴)؛ بی‌تردید در چنین حالتی ارزش‌مندی اجماع در سطح یک اجماع مدرکی خواهد بود که فقیهان آن را از دلایل مستقل برای اثبات احکام به شمار نمی‌آورند.

### ۳-۳- استناد به اشتراط تقارن رضا با انشای ايقاع

یکی از دلایلی که سبب شده است عده‌ای از فقیهان به بطلان ايقاع فضولی باور پیدا کنند، تصور ایشان در خصوص میزان تأثیر عنصر «رضا» در تحقق عمل حقوقی است. طبق نظر این اندیشمندان از آنجا که به استناد اجماع فقها، رضایت انشاء کننده ايقاع، شرط صحت آن به شمار می‌آید؛ از اینرو بی‌تردید بایستی همزمان با انشای ايقاع، رضایت دارنده حق نیز وجود داشته باشد و حاصل شدن این شرط پس از انجام عمل، بی‌تأثیر است؛ زیرا هر قضیه شرطیه ای اقتضای همزمانی تحقق شرط و مشروط علیه را دارد. به عنوان مثال، وقتی گفته می‌شود «طهارت، شرط صحت نماز است»، این بدان معناست که نمازگزار باید هنگام آغاز اقامه نماز، طهارت را کسب کرده باشد. بنابراین، چنان چه نماز خود را در حالی آغاز کند که فاقد طهارت است و بعد از اتمام نماز به انجام این شرط مبادرت ورزد، طهارت اکتسابی نمی‌تواند نماز وی را تصحیح کند. در خصوص اعمال حقوقی هم وضعیت چنین است و نمی‌توان برای اجازه موخر از عمل حقوقی، همان تأثیر رضایت مقارن با انجام عمل را تصور نمود (تبصره الفقهاء/۳/۳۴۰-۳۳۹).

۱- فإن احتج بقولهم عليهم السلام: (لا طلاق إلا فيما يملك) قلنا: تضمن اللزوم، لأنه قد جاء: (لا تبع ما ليس عندك) مع أنا قائلون بوقفه على الإجازة، و يؤول: النهى عن البيع اللزوم، أي: لا يقع البيع لازماً لما ليس عندك. إلا أنا لانعلم قائلنا من الأصحاب بصحة الطلاق مع الإجازة.

این دلیل را نیز نمی‌توان پذیرفت، زیرا برای صحت اعمال حقوقی همین اندازه که عاری از عنصر رضا نباشند، کافی است. بنابراین، همان‌گونه که موکل با اعطای اذن به وکیل، رضایت سابق خود را به انجام عمل توسط نماینده خود، اعلام می‌دارد، اجازه متأخر دارنده حق نیز سبب الحاق رضایت بعدی او به تصرف فضولی خواهد شد و هیچ یک از این دو شکل تصرف را نمی‌توان فاقد رضا معرفی کرد.<sup>۳</sup>

### ۳-۴- عدم امکان تعلیق ایقاع بر اجازه

برخی فقیهان در استدلال بر بطلان ایقاع فضولی، به فقدان قابلیت ایقاع برای قبول تعلیق نسبت به اجازه، اشاره داشته‌اند (مصباح الفقاهه/۴/۴) گرچه ایشان به همین بیان کوتاه اکتفا کرده و به شرح دلیل مورد استناد و تبیین ارکان و اجزای آن نپرداخته‌اند، اما جستجو در منابع فقهی، ما را به این نتیجه می‌رساند که مقصود از این دلیل، آن است که ایقاعات بر خلاف عقود از این شایستگی برخوردار نیستند که تا زمان ملحق شدن اجازه باقی مانده و تأثیرشان بر حصول اجازه معلق گردد. به بیان دیگر، در لحظه انعقاد عقد فضولی، از خلال به کار بردن الفاظ دال بر انشاء، نوعی معاهده و قرار نیز میان طرفین عقد شکل می‌گیرد. بعد از سپری شدن و از بین رفتن الفاظ، همچنان معاهده یادشده مانند یک موجود اعتباری باقی می‌ماند، تا آن‌گاه که اجازه به آن ملحق و از همان زمان به فرد اصیل منسوب گردد. اما در ایقاع چنین نیست، زیرا انشای یک سویه ایقاع، مانع از آن می‌شود که عهد و قراری به وجود آید. بنابراین، با گذر از مرحله انشای لفظی، دیگر چیزی باقی نمی‌ماند که اجازه به آن ملحق شود. به عنوان مثال، فرض کنید که صیغه طلاق از سوی فضولی انشاء گردد. از یک سو، با اتمام تکلم به الفاظ صیغه، انشاء از بین می‌رود و از سوی دیگر، فک زوجیت نیز محقق نشده است. در این صورت، اجازه زوج قرار است به چه چیزی اتصال یابد، در حالی که بلافاصله

۱- از آن‌جا که نقد مبسوط این استدلال در قالب یکی از دلایل صحت ایقاع فضولی طرح خواهد شد، برای پرهیز از تکرار از توضیح بیشتر در این قسمت اجتناب می‌شود.

پس از انشای طلاق، دیگر چیزی در عالم اعتبار برای الحاق به اجازه باقی نمانده است؟ (البیع/۲/۱۲۸).

این دلیل نیز قابل نقد است، زیرا به دنبال صدور انشای لفظی یا فعلی از سوی اطراف عقد یا ایقاع، معنایی در عالم اعتبار به وجود می‌آید که به آن «منشأ» می‌گویند، مانند زوجیت یا انحلال آن، ملکیت، براءت ذمه و غیره. چنان چه عمل حقوقی یادشده به شکل فضولی منعقد شود نیز منشأ ایجاد می‌شود، با این فرق که در انتظار ملحق شدن اجازه صاحب حق باقی می‌ماند تا هر زمان که اجازه به آن بیبندد، آثار عمل در عالم خارج ظاهر گردد. روشن است که معانی عقدی یا ایقاعی در قبول یا رد چنان تعلیقی یکسان اند و نمی‌توان مدعی شد که منشأ در ایقاعات بر خلاف عقود، قابلیت بقاء تا زمان اجازه را نداشته و بلافاصله پس از اتمام انشاء از بین می‌رود. مگر نه این است که تنها تفاوت بنیادین عقد و ایقاع را تعداد اراده‌های مؤثر در تحقق آن تشکیل می‌دهد؟! بنابراین، اگر زوجیت ناشی از نکاح فضولی می‌تواند تا زمان پیوست شدن اجازه اصیل، معلق بماند، انحلال زوجیت ناشی از طلاق فضولی را هم می‌توان بر اجازه زوج متوقف نمود (همان).

### ۳-۵- فقدان مقتضی برای صحت

در باور بعضی فقیهان برای آن که بتوان حکم شرعی صحت را بر یک عمل حقوقی بار نمود، به دلایل شرعی نیاز است. بنابراین، حکم به صحت ایقاع فضولی با صدور اجازه بعد از آن، متوقف بر این است که بر تجویز این حکم شرعی، دلیلی از سوی شارع طرح شود؛ در حالی که جستجو در منابع فقهی، حاکی از آن است که چنان دلیلی موجود نیست. از اینرو می‌توان مدعی شد که ایقاع فضولی اقتضای آن را ندارد که واجد حکم صحت گردد. بر فرض هم که دلایلی در راستای اقتضای صحت ایقاع فضولی وجود داشته باشد، این ادله با موانع متعددی رو برو هستند که سبب سلب تأثیرشان می‌شود (غنیه النزوع/۲۰۷).

به نظر می‌رسد که مبنای فکری این فقیهان بر پایه پذیرش اصل فساد در عقود و ایقاعات استوار گشته است. زیرا تنها در آن صورت است که برای اخراج هریک از اعمال حقوقی از این اصل کلی و صحیح شمردن آن، استدلال شرعی ضروری است. از اینرو بر مبنای اصل کلی صحت در عقود و معاملات که نزد اغلب فقیهان مقبولیت یافته است، ایقاعات فضولی هم اقتضای حکم صحت را دارند، زیرا مُنشیء در ایقاع فضولی هم از اهلیت برخوردار است و تنها مانع نفوذ اراده انشایی او رضای دارنده حق است که با اجازه متأخر وی حاصل خواهد شد. نقد مبسوط این دلیل نیز در مبحث بعد خواهد آمد.

### ۳-۶- مخالفت با ارتکاز و سیره عقلایی

چنان چه فردی غیر اصیل با اذن دارنده حق، به انشای یک عمل حقوقی از جنس عقد یا ایقاع مبادرت ورزد، عاقلان و خردمندان در سیره و رویه جاری خود برای اذن اکتسابی اعتباری قائل اند که سبب انتساب عمل به شخص اصیل می‌شود. به عنوان مثال، وقتی شخصی با وکالت از دیگری مال او را می‌فروشد و یا به نمایندگی از وی، حق شفعه‌اش را اعمال می‌کند، در باور عاقلان نه تنها اقدام وکیل نکوهیده و ناپسند نیست، بلکه حتی وجود نمایندگی سبب می‌شود که بیع یا اعمال حق شفعه به موکل نسبت داده شود و به راحتی بگویند فلانی مالش را فروخت، یا در اجرای حق شفعه مال دیگری را تملک کرد. اما از این که عمل حقوقی انجام یافته توسط مأذون به دارنده حق منتسب می‌گردد، نمی‌توان مدعی شد که اجازه متأخر اصیل نیز همان اثر اذن متقدم را دارد و تأثیر اجازه لاحق اصیل در تصحیح اعمال فضولی، بر سیره عقلانی منطبق است (فقه العقود/۲/۲۰۲) زیرا هیچ عقل سلیمی نمی‌پذیرد که کسی بدون آن که برای تحقق عملی ولایت و سلطه داشته باشد، به انجام آن مبادرت ورزد (ایضاح الفوائد/۱/۴۱۷؛ تبصره الفقهاء/۳/۳۳۹)، از اینرو سیره عقلا از پذیرش حکم صحت برای ایقاعات فضولی پرهیز دارد و برخی فقیهان، جریان یافتن فضولی در ایقاعات را بر خلاف عبارات ذهنی عاقلان تلقی کرده‌اند (مستمسک العروه/۹/۳۷۵).

این دلیل نیز قابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا سیره عقلا بر منع آن دسته از اعمال فضولی منعقد شده است که با سوء نیت و به ضرر دارندگان حق و یا با وجود منع ایشان، صورت می‌پذیرد. اما اتفاقاً برخی دیگر از تصرفات فضولی که با حسن نیت و به انگیزه رعایت منافع و مصالح صاحبان حق، انجام می‌شود مانند تصرفاتی که زوج یا زوجه به شکل فضولی در اموال و حقوق یکدیگر انجام می‌دهند، مورد تأیید عقلا و خردمندان است.

#### ۴- ادله صحت ايقاع فضولی

پس از ذکر دلایل بطلان ايقاع فضولی و نقد و رد آنها که وجهه همت مخالفان این نظریه قرار گرفته است، اکنون می‌توان به ادله صحت ايقاع فضولی پرداخت. بعضی از این دلایل مستقیماً جریان فضولی در ايقاعات را مورد تأکید قرار داده است، همچنان که برخی دیگر از آنها بر صحت بیع و عقد فضولی دلالت دارد و از طریق وحدت ملاک میان عقد و ايقاع، قابل تعمیم به ايقاعات فضولی نیز می‌باشد.

#### ۴-۱- استناد به عموم و اطلاق آیات و روایات

هرچند دلایل نقلی که صحت ايقاع فضولی را مستقیماً مورد اشاره قرار دهد، پرشمار نیست، اما فقیهان برای آن که بتوانند امکان جریان فضولی در همه عقود و موافقت آن با قواعد را ثابت نمایند و از این طریق بر قابلیت تصحیح کلیه عقود فضولی تأکید ورزند، به دلایل نقلی تمسک کرده‌اند که به نظر می‌رسد همان دلایل، برای اثبات صحت ايقاع فضولی نیز قابل استناد باشد:

#### ۴-۱-۱- آیات

قرآن به منزله نخستین منبع تشریح، از مهم‌ترین دلایلی است که برای رفع بطلان از ايقاع فضولی، می‌توان بدان تمسک کرد. در جایگاه نخست، آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (مائده/۱) جای دارد که در ظاهر، مخاطبان را به پایبندی به پیمان‌های مشترک میان ایشان، امر می‌کند. بسیاری از فقیهان در تبیین واژه «عقد» مذکور در آیه، نزدیک

شدن به معنای لغوی آن را ترجیح داده و بر این نظرند که در این آیه، بر لزوم وفا به همه «عهود محکم»، تأکید شده است (رسائل/۲۷/۱؛ هدایه الطالب/۲/۲۶۴)، بدون آن که میان ماهیت عقدی یا ایقاعی ایجاد کننده تعهد، تفاوتی وجود داشته باشد. بنابراین، همه افراد بایستی به تعهدات محکمی که در قبال دیگران پذیرفته‌اند، سخت پایبند باشند، خواه منشأ این اشتغال ذمه، انشای یک اراده جدی باشد که از آن به «ایقاع» تعبیر شود یا آن- که پیوند خوردن دو یا چند اراده، سبب ایجاد تعهد گردد که به آن «عقد» گویند. با مقدمه‌ای که گفته شد روشن است که اگر بتوان با استناد به مفاد این آیه، عقد فضولی منضم به اجازة را لازم الوفاء به شمار آورد، برای تعمیم این حکم به ایقاع فضولی نیز مانعی وجود نخواهد داشت. حال نوبت به پاسخ این سؤال است که اساساً آیا ادعای شمول آیه برای عقود فضولی، صحیح و قابل اثبات است؟ گرچه اغلب فقیهان، پاسخ مثبت را برای این سؤال برگزیده‌اند، اما تلاش ایشان برای دست‌یابی به جواب از راه- های متنوعی بوده است. نکته مشترک در استدلال‌های ایشان آن است که انعقاد یک عقد به نحو فضولی، سبب سلب اسم عقد از آن نمی‌گردد و نمی‌توان عقد فضولی را به دلیل انشای آن از سوی غیر اصیل، از شمول آیه به کلی خارج دانست (جواهر الکلام/۲۲/۲۷۳؛ المکاسب/۳/۳۵۰) بدین ترتیب، اگر کسی بدون اذن مالک، مال وی را بفروشد، بر عمل حقوقی انجام یافته، عنوان «فروش» صادق است، هم‌چنان که در فرض مأذون بودن وی نیز گفته می‌شود «مال موکل خود را فروخت». بنابراین در نگاه نخست، اطلاق واژه «عقد» مذکور در آیه، مصادیق فضولی آن را نیز دربر می‌گیرد، اما بدیهی است که نمی‌توان دارنده حق را نسبت به تصرفات بدون اذن دیگران در حقوق خویش، ملزم ساخت و قانونگذار اسلام نیز در صدد وضع چنان حکمی نبوده است (سید یزدی، حاشیه المکاسب/۱/۱۳۳) از اینرو، بی‌تردید باید خروج برخی از مصادیق را از دلالت فراگیر آیه پذیرفته و بر مقید شدن اطلاق آن توسط برخی دلایل حکم نمود. در تبیین چگونگی این تقیید است که فقیهان، قدری از یکدیگر فاصله گرفته و از زوایای متفاوت به موضوع نگریسته‌اند، گرچه سرانجام به یک نتیجه مشترک یعنی امکان

صحت تصرفات فضولی با اجازه بعدی و شمول آیه نسبت به آنها، دست یافته‌اند. از نظر برخی فقیهان، به واسطه ادله‌ای که بر لزوم وجود رضا و طیب خاطر برای حلیت و صحت هر عمل حقوقی، دلالت دارند، اطلاق آیه مذکور درهم می‌شکند. بدان معنا که مصادیقی که به طور کلی فاقد عنصر رضا باشند، از شمول دلالت آیه خارج است و نمی‌توان کسی را به پایبندی نسبت به آنها ملزم دانست. بنابراین در خروج تصرفاتی که با اذن سابق و اجازه لاحق همراه نیستند، هیچ تردیدی وجود ندارد. اما چنان چه تصرفی بدون اذن و به شکل فضولی محقق شود و سپس اجازه دارنده حق بدان ضمیمه گردد، شک در لزوم یا عدم لزوم و فاء به مفاد آن را می‌توان با تمسک به اطلاق آیه از بین برد و نهایتاً بر قابلیت نفوذ و اثربخشی تصرفات فضولی با اجازه متأخر حکم نمود (المکاسب/۳/۳۵۰).

با استدلالی شبیه به آن چه گفته شد، آیات دیگری نیز بر اثبات مدعای صحت تصرفات فضولی، مورد استناد قرار گرفته‌اند، نظیر آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء/۲۹) که مقصود از تجارت همراه با رضایت در این آیه، حقیقتی است که در میان مردم تجارت خوانده شود و نه صرف انشای صیغه عقد. بنابراین، همین که مسبب و محصول ناشی از عقد یا ايقاع، به شخص یا اشخاص دارنده حق مستند گردد، آیه شریفه آن را در بر گرفته و از شمار مصادیق «أکل به باطل» خارج می‌شود (تبصره الفقهاء/۳/۳۳۳)، از اینرو می‌توان تصرفات فضولی را در صورت ضمیمه شدن اجازه، صحیح و نافذ تلقی کرد. بدین ترتیب آیاتی که بر حلیت بیع (بقره/۲۷۵) یا سایر عقود دلالت دارند و یا از مشروعیت و تجویز برخی ايقاعات (بقره/۲۳۱)، حکایت می‌کنند، همه می‌توانند به مدد الغای خصوصیت و با استدلال پیش گفته، در جهت رفع بطلان از همه تصرفات فضولی اعم از عقد یا ايقاع، به کار گرفته شوند (هدایه الطالب/۲/۲۶۴؛ غایه الآمال/۳/۳۹۵).

#### ۴-۱-۲-روایات

فقیهانی که ایقاع فضولی را صحیح تلقی کرده‌اند، برای اثبات نظر خود چندان به روایات توجّه نشان نداده و اهتمام خود را معطوف به نقد و نقض دلایل مخالفان نموده‌اند. از اینرو در آثار ایشان به ندرت می‌توان روایاتی را دید که مستقلاً به قابلیت صحت ایقاع فضولی با اجازه دارنده حق اشاره داشته باشد.<sup>۴</sup> در مقابل، استناد به روایات برای اثبات صحت عقد فضولی مباحث مبسوطی را میان فقیهان به دنبال داشته است، هرچند اغلب ایشان اذعان دارند که با وجود عمومات و اطلاقات موجود در آیات، شاید نیاز چندانی به استمداد از احادیثی که با اشکالات متعدّد سندی و دلالتی روبرو هستند، نباشد. بی‌تردید، 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. بر این اساس، روایات دالّ بر صحت بیع فضولی، نظیر روایت «عروه باری» و صحیح «محمد بن قیس» با وجود شهرت فراگیر، به جهت تردیدهای بسیار وارد بر دلالتشان، از شمار روایاتی که بتوان صحت ایقاعات فضولی را بدانها مستند ساخت، خارج می‌شوند. همین‌طور است اخبار دالّ بر صحت مضاربه فضولی، تجارت با مال یتیم و صدقه مال گمشده توسط یابنده. اهمّ دلایل روایی که می‌توان برای صحت ایقاعات فضولی به آنها تمسک کرد، به شرح زیر است:

۱- 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 فيزوجّه أبوه في صغره، أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال: فقال «أما التزوج فصحيح و أما طلاقه فينبغي أن تجس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقرّ بذلك و أمضاه فهي واحده بائنه و هو خاطب من الخطاب و إن أنكر ذلك و أبي أن يمضيه فهي امرأته» (من لايحضره الفقيه/ ۴/ ۳۱۰؛ وسائل الشيعه/ ۲۶/ ۲۲۱؛ الوافي/ ۲۳/ ۱۱۰۳).



اغلب فقیهان، نکاح فضولی را باطل ندانسته و آن را با اجازه بعدی صحیح شمرده‌اند (المسائل الناصریات/۳۳۰؛ مختلف الشیعه/۲۱۷/۷؛ الروضه البهیة/۱۴۱/۵)؛ 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 (عوالی- اللئالی/۲۶۷/۲؛ وسائل الشیعه/۲۱۹/۲۶؛ تهذیب الاحکام/۳۸۳/۹). مورد سؤال در بعضی دیگر از روایات، وضعیت ازدواجی است که فردی به نیابت از دیگری انجام می‌دهد، بدون آن که اذن انجام این کار را داشته باشد. در پاسخ به این پرسش، جواز نکاح به رضایت منوب<sup>۱</sup> عنه موکول شده است (وسائل الشیعه/۲۸۱/۲۰). 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 (من لایحضره الفقیه/۴۴۶/۳؛ تهذیب الاحکام/۳۵۱/۷). 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 قراردادها 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 عقودی همانند نکاح و هیچ رابطه‌ای هم‌رتبه علقه زوجیت نیست (ریاض المسائل/۲۲۳/۸؛ رسائل/۲۷/۱؛ جواهر الکلام/۲۷۶/۲۲) هر چند برخی فقیهان در مفهوم اولویت مطرح شده، تشکیک کرده‌اند (مهذب الاحکام/۳۰۲/۱۶) 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

(همان). 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 فضولتاً انجام داده است، مرتکب عصیان پروردگار نشده و فقط مولای خویش را نافرمانی کرده است. آن‌گونه 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 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 (مختلف الشیعه/۳۹۳/۶)؛ مستند ایشان، اخبار و روایاتی است که گاه تعداد آنها را تا حد تواتر تخمین زده‌اند (تهذیب الاحکام/۱۹۳/۹؛ وسائل الشیعه/۲۷۶/۱۹)؛ برخی فقیهان ادله نقلی مذکور را در راستای اثبات صحت جریان فضولی در عقود و قابلیت تنفیذ آنها با اجازه لاحق، به کار بسته‌اند (جواهر الکلام/۲۷۹/۲۲) 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 (غایه المراد/۳۷/۳). 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 مفلس 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 (منیه الطالب/۱/۲۱۵)؛ پیشتر نیز گفته شد که چنان چه ادعای اختصاص روایات یادشده به عقد مصرح 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 روشن تر 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 (المبسوط/۴/۱۷؛ مختلف الشیعه/۶/۳۹۳؛ الحدائق الناضره/۲۳/۴۱۸؛ جامع المدارک/۴/۹۵؛ مستمسک العروه/۱۴/۵۹۷؛ تحریر الوسیله/۲/۹۸) 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 (مصباح الفقاهه/۴/۵)

#### ۴-۲- وجود اهلیت برای انشاء کننده ایقاع فضولی

یکی از دلایلی که ممکن است برای تصحیح ایقاعات فضولی به آن استناد گردد، خارج دانستن رضای دارنده حق، از شرایط صحت ایقاع است. این نحوه استدلال از سوی فقیهان در تلاش برای رفع بطلان از عقود فضولی، بارها مطرح شده و به نظر، قابل تعمیم به ایقاعات نیز می باشد (مختلف الشیعه/۵/۵۴؛ الروضه البهیة/۳/۲۲۹؛ مسالک الافهام/۱۵۸/۳)؛ بدین بیان که برای انعقاد یک ایقاع صحیح و دارای اثر لازم است که اراده حقوقی از سوی کسی ابراز گردد که عاقل، بالغ، قاصد، مختار و در تصرفات مالی رشید باشد. از طرفی، موقوع بایستی دارنده حق تصرف و یا مأذون از سوی اصیل باشد. گرچه همه این شرایط در ترتب آثار ایقاع مؤثرند، اما شرطیت برخی، به صحت ایقاع مرتبط است به نحوی که فقدان آنها سبب بطلان ایقاع می شود، مانند بلوغ، عقل و قصد؛ و شرط بودن بعضی دیگر، صرفاً در لزوم و نفوذ ایقاع و ترتیب آثار آن دخیل است، نظیر رضای دارنده حق (مسالک الافهام/۱۵۸/۳). اکنون با ایقاع فضولی مواجهیم که از همه شرایط صحت برخوردار است بجز آن که انشاء کننده ایقاع، شخص بیگانه‌ای است که اذن در تصرف ندارد. بنابراین، تنها مانع جریان نیافتن آثار ایقاع، رضای اصیل است که آن هم با اجازه بعدی او حاصل می شود. از اینرو دلیلی برای باطل شمردن ایقاع فضولی وجود ندارد. اغلب فقیهان با همین تقریر، بر صحت بیع و سایر عقود فضولی تأکید کرده و انشاء کننده معامله فضولی را دارای اهلیت دانسته‌اند (مسالک الافهام/۱۵۸/۳؛ مختلف الشیعه/۵/۵۴)؛ هر چند این اشکال از سوی تنی چند از ایشان مطرح شده است که اهل شمردن شخص فضولی، مصادره به مطلوب است (غایه المراد/۳/۴۰)، زیرا چه بسا گفته شود که اساساً کسی برای انجام عمل حقوقی اهلیت دارد که علاوه بر شرایط پیش گفته، از طرف دارنده حق، مأذون هم باشد (مجمع الفوائد و البرهان/۱۵۸/۸). در پاسخ به این اشکال می توان از یک سو، به اصل عدم اشتراط رضای اصیل در صحت اعمال حقوقی تمسک کرد (المکاسب/۳/۳۵۱) و از سوی دیگر، بر اتفاق نظر فقیهان بر قابلیت تنفیذ بیع و سایر عقود مکره، اشاره کرد؛ چه آن که هنگام تحقق تصرف از سوی مکره نیز، با

وجود فقدان عنصر رضا، معامله باطل نیست و ترتب آثار، بر اعلام رضایت اکره شده متوقف شده است (ریاض المسائل/۲۲۲/۸).

#### ۴-۳- عدم اشتراط تقارن رضا با انشای ايقاع

شکی نیست که برای مؤثر واقع شدن یک عمل حقوقی، رضایت کسی که برای انجام آن عمل، سلطه و اقتدار دارد، یکی از ارکان و شرایط اساسی به شمار می‌آید. به این معنا که هر یک از اطراف عقد یا ايقاع که قصد دارد اراده حقوقی خود را انشاء کرده و تغییراتی را در عالم اعتبار پدید آورد، بایستی با رضایت قلبی و اختیار کامل، به انجام این مهم مبادرت ورزد، از اینرو اندکی خلل در این رضا و طیب خاطر، نقصی را در اراده او به وجود می‌آورد که تبعاتی نظیر عدم نفوذ را برای عمل حقوقی به دنبال دارد. بر همین اساس است که فقیهان، عقد کسی را که به انشای ایجاب یا قبول، اکره شده است، تا اعلام رضایت وی، غیر نافذ و بدون اثر دانسته‌اند. هر چند که برخی فقیهان، وجود رضایت قلبی هنگام تحقق عقد یا ايقاع را کافی شمرده و ابراز و اظهار آن را ضروری ندانسته‌اند (المکاسب/۳/۳۴۷) اما اکثر ایشان بر این باورند که دارنده حقّ تصرف بایستی به نحوی رضای باطنی خود را اعلام کند (منیه الطالب/۱/۲۱۰؛ اصفهانی، حاشیه المکاسب/۲/۷۷)؛ در این میان، ممکن است که خود فرد مستقیماً به انجام عمل مبادرت ورزد، که در این فرض، انشای لفظی یا فعلی اراده او، حکایت از رضایت قلبی وی دارد، یا آن که با اذن خود، در قالب عقد و کالت یا بدون آن، دیگری را مجاز به تصرف نماید که در این صورت هم رضایت او به واسطه اذنی که به غیر داده، فراهم آمده است. هم‌چنان که احتمال دارد بیگانه‌ای اقدام به تصرف نماید که برای انجام آن سلطه و اقتدار ندارد، که در این حالت نیز رضایت دارنده حقّ به واسطه اجازه بعدی او حاصل می‌گردد. بنابراین، میان اذن سابق و اجازه لاحق در کشف رضای دارنده حقّ از آنها، تفاوتی نیست و نمی‌توان یکی را بر دیگری ترجیح داد (مختلف الشیعه/۵/۵۴؛ جواهر الکلام/۲۲/۲۷۳، ریاض المسائل/۸/۲۲۲؛ المکاسب/۳/۳۵۰)؛ مهم آن است که تصرف، عاری از عنصر رضا نباشد و اثر عمل حقوقی (مشروط) هم‌زمان با رضا (شرط)، محقق گردد که

در هر سه فرض پیش گفته، این مهم حاصل است (تبصره الفقهاء/۳/۳۴۰) ضمن آن که ادله دال بر اشتراط رضا نیز به لزوم همزمانی میان رضا و انشاء مقید نیست (جوهر الکلام/۲۲/۲۷۳)؛ البته برخی فقیهان با دقت بیشتری به موضوع نگریسته و حلقه مفقوده در تصرفات فضولی را نه فقط رضایت دارندگان حق، بلکه انتساب نتیجه عمل حقوقی به ایشان دانسته‌اند. از نظر این اندیشمندان، ضروری نیست که صدور انشاء به منزله سبب، تنها توسط کسی که اصالتاً دارای حق اقدام است، صورت پذیرد، همان‌گونه که قانونگذار اسلام به اشخاص دیگری نظیر وکیل، وصی و ولی نیز ولایت در تصرف را اعطاء نموده است. نکته شایان توجه آنجاست که حتی زمانی که این اشخاص با بهره‌مندی از اختیار قانونی، انشای یک عمل حقوقی را عهده‌دار می‌شوند، نمی‌توان صدور انشاء را به فرد اصیل نسبت داد. زیرا انشاء حقیقتاً توسط اشخاص دیگر تحقق یافته است؛ همچنان که اگر فردی بدون اذن اقدام به تصرف نماید، نیز نمی‌توان مدعی شد که به واسطه اجازه متأخر اصیل، صدور انشاء به او منتسب است. بنابراین، از این لحاظ میان تصرفات فضولی و غیر آنها تفاوتی نیست (منیه الطالب/۱/۲۱۳؛ البیع/۲/۱۳۴)؛ به عنوان مثال، چنان چه وکیل به نیابت از موکل، مال او را بفروشد یا آن که فضولی، اقدام به فروش مال غیر کند و سپس مالک بیع را اجازه کند، در هر حال، انشای بیع نه با اذن سابق و نه با اجازه لاحق، به مالک مستند نمی‌گردد و چنان چه پرسش شود که «چه کسی مال را فروخت؟»، در پاسخ می‌گویند «وکیل یا فضولی مبادرت به فروش کرد». از اینرو این که فرض شود تصرفات فضولی بر خلاف تصرفات مسبوق به اذن، بدان دلیل باطل است که در انشاء نمی‌تواند به دارنده حق منتسب گردد، تصویری ناصواب است، زیرا این خصیصه مشترک در همه اعمال حقوقی است که غیر اصیل آنها را محقق می‌سازد، اعم از آن که مأذون باشد یا غیر مأذون. تنها آن چه نیاز است در هر عمل حقوقی وجود داشته باشد، انتساب منشأ یا همان مسبب به اصیل است که این استناد همچنان که به وسیله اذن سابق ممکن می‌گردد، با اجازه لاحق نیز امکان‌پذیر است (منیه الطالب/۱/۲۱۳؛ مصباح الفقاهه/۴/۲۰ و ۲۱) مثل تملیک عین که اثر و منشأ در عقد بیع

محسوب می‌شود و با اذن سابق مالک یا اجازه بعدی او، به وی استناد پیدا می‌کند و همین اندازه برای صحت بیع کافی است. اینجاست که موافق با قواعد بودن اعمال حقوقی فضولی به خوبی دانسته می‌شود و روشن است که در استدلال مطرح شده، ماهیت عقدی و ایقاعی کاملاً یکسان است، زیرا هیچ دلیلی برای استثنای ایقاعات از آن چه گفته شد، وجود ندارد.

#### ۴-۴- استناد به سیره متشرعه و عقلانی

همچنان که برخی فقیهان اذعان داشته‌اند، مبادرت ورزیدن به تصرفات فضولی از دیرباز رویه‌ای متعارف و شایع نه تنها میان مسلمانان، بلکه در همه جوامع و ملل بوده است. چه بسیار وکیلانی که برای رعایت مصلحت موکلین خویش، از محدوده اذن ایشان، قدم فراتر گذاشته و به نحو فضولی در اموال و حقوق آنها تصرف می‌کنند. این اقدام وکیلان اغلب بدان جهت است که انتظار تا کسب اذن جدید، سبب از دست رفتن زمان و منافع موکلین می‌گردد. این سیره حتی میان افراد خانواده نیز جریان دارد؛ پدرانی که اموال فرزندان خویش را مورد معاملات فضولی قرار می‌دهند، یا زوجین غیر مأذونی که در حقوق یکدیگر بر اساس مصلحت طرف مقابل تصرف می‌نمایند و سرانجام همه این تصرفات با اجازه دارندگان حق تنفیذ می‌شود و حتی گاهی سبب شادمانی و مسرت ایشان نیز می‌گردد، زیرا شخص فضولی با تصرف به موقع خویش، مانع از تضییع منافع آنها شده است (جواهر الکلام/۲۲/۲۷۶؛ تبصره الفقهاء/۳/۳۳۲). رواج این سیره تا آنجاست که برخی فقیهان، وصیت فضولی را نیز در آن جای داده و اعلام می‌دارند که در میان مردم، این رویه وجود دارد که عالم محل، برای برخی از دوستان و بستگانش وصیت‌نامه‌ای تنظیم کرده و به او اطلاع می‌دهد تا آن را تنفیذ کند (مهذب- الاحکام/۲۲/۱۷۶؛ مستمسک العروه/۱۴/۵۹۶). وجود این سیره و عدم ردع شارع از آن می‌تواند دلیل دیگری بر جریان یافتن فضولی در ایقاعات و قابلیت تصحیح آنها با اجازه به حساب آید (البیع/۲/۱۳۳)؛ بدیهی است که هیچ‌گاه نمی‌توان ادعا کرد اقدام افرادی که با سوء نیت و به جهت ضرر رساندن به دیگران یا با وجود منع دارندگان حق، در حقوق

ایشان تصرّف می‌کنند، مورد تأیید سیره عقلانی و عرفی واقع می‌شود. از اینرو باید گفت که تصریح به مخالفت تصرّفات فضولی با سیره عقلانی از سوی برخی فقیهان، تنها این قسم از تصرّفات فضولی را در بر می‌گیرد.

### نتیجه

بر اساس یافته‌های این نوشتار، نه تنها دلایلی که بر بطلان ایقاع فضولی از سوی مدافعان این نظر طرح گردیده است در مواجهه با اشکالات متعدد وارد بر آنها، از استواری لازم برای اثبات این مدعا برخوردار نیست، بلکه تعمیم احکام عقد فضولی به ایقاع فضولی، مستند به دلایل متقن و غیر قابل خدشه عقلی و نقلی است. علاوه بر این، تتبع در آثار مکتوب فقیهان نشان می‌دهد که ایشان صحت بیع و سایر عقود فضولی را به ادله‌ای مستند ساخته‌اند که ماهیت عقدی یا ایقاعی در تمسک به برخی از این دلایل بی‌تأثیر است و به سهولت می‌توان جهت اثبات صحت ایقاعات فضولی نیز از آنها بهره جست. از جمله مهم‌ترین این دلایل آن است که برای صحت یک عمل حقوقی، انتساب منشأ به دارنده حق کافی بوده و نیازی نیست که صدور انشاء نیز به وی منتسب گردد. بدین ترتیب، میان اعمال حقوقی که یک وکیل با اذن سابق موکل به انجام می‌رساند و اعمال حقوقی شخص فضول که به اجازه بعدی دارنده حق می‌پیوندد، تفاوتی نیست، زیرا در هر دو، انشای عمل به فرد غیر اصیل منتسب است. بنابراین، همان‌گونه که با اذن سابق وکیل، منشأ قابل انتساب به موکل است، با اجازه لاحق نیز عمل حقوقی فضولی به دارنده حق منتسب می‌گردد.

ناگفته نماند فقیهانی که توانسته‌اند امکان جریان فضولی در ایقاعات را بپذیرند، تحقق آن را متوقف به شرایطی دانسته‌اند که از آن جمله می‌توان به وجود قابلیت نمایندگی در ایقاع، امکان طرح بحث از کاشف یا ناقل بودن اجازه و عدم امکان تحقق ایقاع به شکل تبرعی اشاره کرد. بی‌شک، تبیین و بررسی مبسوط این شرایط نیازمند پژوهشی مستقل در این رابطه است.



## منابع

### - قرآن کریم

- ابن ابی جمهور، محمد بن علی، **عوالی الثالی العزیزیه**، قم، دار سید الشهداء للنشر، ۱۴۰۵ق.
- ابن ادریس، محمد بن منصور، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن زهره، حمزه بن علی، **غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۷ق.
- اردبیلی(مقدس)، ملا احمد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۳ق.
- اصفهانی، محمدتقی، **تبصره الفقهاء**، قم، مجمع الذخائر الاسلامیہ، ۱۴۲۷.
- اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه کتاب المکاسب**، قم، انوار الهدی، بی تا.
- انصاری(شیخ)، مرتضی بن محمد امین، **کتاب المکاسب**، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، **الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- تبریزی، میرزا فتح، **هدایه الطالب إلى أسرار المکاسب**، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
- حائری حسینی، سید کاظم، **فقه العقود**، ج ۲، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه**، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، سید محسن، **مستمسک العروه الوثقی**، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- حلّی(علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- \_\_\_\_\_، **مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه**، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- حلّی(محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، **المختصر النافع فی فقه الإمامیه**، ج ۶، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیہ، ۱۴۱۸ق.
- حلّی(فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، **إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.

۳۲ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۷ - شماره ۱۳ - پاییز و زمستان ۹۴

- خمینی (امام)، سید روح الله، **کتاب البیح**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۲۱ق.
- \_\_\_\_\_، **تحریر الوسیله**، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی تا.
- 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**، دارالکتاب (مدرسه امام صادق علیه السلام)، قم، ۱۴۱۲ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، **مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام**، ج ۴، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- سید مرتضی (علم الهدی)، علی بن حسین، **المسائل الناصریات**، رابطه الثقافه و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ق.
- 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، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- طباطبائی، سید علی، **ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل**، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳، تهران، المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
- \_\_\_\_\_، **الخلافا**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق.
- \_\_\_\_\_، **النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى**، ج ۲، بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ق.
- \_\_\_\_\_، **تهذیب الأحکام**، ج ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- طوسی (ابن حمزه)، محمد بن علی، **الوسيله إلى نیل الفضيله**، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، **القواعد و الفوائد**، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
- \_\_\_\_\_، **غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **الروضه البهیة فی شرح اللّمعه الدمشقیه**، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.

- \_\_\_\_\_، زین الدین بن علی، **مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ق.
- فیض کاشانی، محمد محسن، **مفاتيح الشرائع**، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی، بی تا.
- قمی، ابوالقاسم، **رسائل الميرزا القمي**، دفتر تبلیغات اسلامی (شعبه خراسان)، ۱۴۲۷ق.
- \_\_\_\_\_، **جامع الشتات في أجوبه السؤالات**، تهران، انتشارات مؤسسه کیهان.
- مامقانی، محمد حسن، **غايه الآمال في شرح كتاب المكاسب**، قم، مجمع الذخائر الاسلاميه، ۱۳۱۶ق.
- مفید (شیخ مفید)، محمد بن محمد بن نعمان، **المقنعه**، قم، کنگره جهانی شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
- نائینی، میرزا محمدحسین، **منیه الطالب في حاشیه المكاسب**، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ق.
- \_\_\_\_\_، **المکاسب و البیع**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج ۷، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیه المكاسب**، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.

