



بررسی تطبیقی ایقاع فضولی در حقوق ایران، فقه امامیه و اهل سنت

عبدالکریم گل‌گون^۱

نسرین بهرامیان^۲

هرمز اسدی کوه‌باد^۳

محمدرسول آهنگران^۴

چکیده

ایقاع فضولی از جمله مباحثی است که دارای حکم مشخصی به صورت کلی در نظام تقنینی ایران نمی‌باشد. 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. اکثراً با مبانی بیع فضولی به اعتبار شناسی آن در ایقاعات نظر داده‌اند و عده‌ی کثیری هم از فقهاء در استنباط عمومیت حکم، رأی به بطلان ایقاعات فضولی داده‌اند. ظاهر عبارات فقهای امامیه، آن است که عقود فضولی اعم از معاوضی و غیرمعاوضی همگی صحیح و غیر نافذ هستند و همانند بیع فضولی برای لزوم، نیازمند اجازه مالک می‌باشند. اما در خصوص ایقاعات فضولی میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد و گروهی قائل به صحت و بعضی نیز قائل به بطلان آن شده‌اند. قانون مدنی جمهوری اسلامی نیز در خصوص ایقاعات فضولی ساکت است و حکم صریحی ندارد. در پایان می‌توان این‌طور جمع‌بندی کرد که فقه مالکی در مسأله‌ی بیع فضولی اشتراکات فراوانی با فقه امامیه دارد؛ هر چند در بعضی فروع نیز اختلاف نظرهای فقهی به چشم می‌خورد. لکن از مقایسه‌ی مباحث مطرح‌شده در فقه مالکی با آنچه در کتب فقهی امامیه آمده، به این نتیجه می‌رسیم که تعدد و تنوع فروع مطرح‌شده در کتاب‌های فقهی امامیه، بسیار بیش‌تر از مسائل مذکور در فقه مالکی است. آنچه که نگارنده از مذهب حنفیه دریافته است این است که به جهت سعی در تبیین مبانی فضولی با احکام نیابت و وکالت شده می‌توان به توسعه‌ای بودن دیدگاه حنفی‌ها در برابر عملیات فضولی اعم از عقد و ایقاع قائل بود. در فقه شافعی، شهرت بر بطلان ایقاع فولی است که در مبانی خود نقش اراده در عقد و ایقاع را متمایز قلمداد نموده‌اند. از طرفی نکاح فضولی را تمایل به بطلان دارند. در حنابله نیز نظرات بینابین است ولی تمایل بر اعتبار سنجی ایقاع فضولی در صورت تنفیذ، ترجیح دارد.

واژگان کلیدی: ایقاع فضولی، حقوق، فقه امامیه، فقه اهل سنت، فقه.

^۱ گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران، (نویسنده مسئول): ak.golgoun@yahoo.com

^۲ گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد زرقان، ایران: n.bahramiyan@yahoo.com

^۳ گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران: asadi.koohbad@gmail.com

^۴ گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، پردیس قم، ایران: ahangaran@ut.ac.ir



مقدمه

مسئله اصلی در این پژوهش امکان یا عدم امکان ورود فضولی در ایقاعات می‌باشد. با توجه به این که مبانی ایقاعات سبب شناسایی نوع ایقاع و متذکر محوریت اراده منفرد در آن می‌باشد. در این پژوهش به این مسئله که آیا همانطور که مشهور، ورود فضولی در عقود را می‌پذیرد می‌توان قاعده‌ای عام در اعتبار شناسی ورود فضولی در ایقاعات معرفی نمود؟ به عبارت دیگر آیا آن مبانی تحقق عقد و اجازه نفوذ اراده‌ای بیگانه در فعل دیگری، می‌تواند در مورد ایقاعات هم مورد استناد قرار بگیرد و اگر لازم باشد، می‌توان از ادله دیگر در این امکان سنجی استفاده نمود یا خیر؟ با توجه به این مسئله می‌توان از روش‌های مختلفی صحت ورود فضولی را اثبات نمود. با توجه به مبانی، چهار مسئله پیش می‌آید: اول این که آیا می‌توان از ملاک التزام در عقود معلق و یا ملاک التزام در تعهدات اکراهی، صحت فضولی را در آنها استنباط نمود؟ دوم این که آیا می‌توان از ملاک التزام در عقود معلق و یا ملاک التزام در امکان ورود فضولی در تعهدات یکطرفه استفاده کرد؟ سوم این که آیا می‌توان از ملاک امکان ورود نیابت در اعمال حقوقی با وحدت ملاک و طریق دو مسئله با امور نیابتی و وکالت یا ولایت به امکان ورود فضولی در آنها پاسخ مثبت داد؟ چهارم اینکه اگر اثبات شود که در عقود و عهود دوطرفه همانند التزام یکطرفه یک اراده کارگزار و موجد اصلی می‌باشد، می‌توان آثار و احکام وارده بر آن همانند اعمال فضولی قابل تنفیذ را در التزامات یکطرفه هم جاری دانست و ما خرج الّا بالدلیل را مورد استثنای آن دانست؟ ممکن است ضمن تحلیل‌های فوق، مسائل فرعی دیگری نیز پیش آید که در متون به آنها خواهیم پرداخت.

فضولی در لغت و اصطلاح

فضول در نظر اهل لغت به صورت کلی فضل و زیادی تعبیر شده است که شامل زیادت قابل قبول و زیادت مذموم نیز می‌شود. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص: ۶۳۹) در جای دیگری بواسطه معرفی پیمان حلف الفضول؛ مردان منتسب به فضل در مکه، پیمانی مبتنی بر محافت از ناتوانان و محرومان در برابر ستمگران منعقد نمودند که به جمع اسمائشان پیمان مزبور حلف الفضول نامیده شد. (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص: ۵۲۰۳؛ جزری، ج ۳، ص: ۴۵۶) فضولی در اصطلاح فقهاء به کسی گفته می‌شود که نسبت به چیزی یا مالی اختیار و سمت نداشته باشد و برای او نسب به آن مال چیزی تعیین نشده باشد؛ اما مشغول امور مزبور نسبت به آن مال شود. (واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص: ۵۸۱) بر این اساس مناسب ترین تعبیر با معیارهای ذکر شده، بیان واسطی زبیدی است: (همان: «و الفُضُولی، بِالضَّمِّ الْمُشْتَعَلُ بِمَا لَا یَعْنِیْهِ») «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 می‌شود همان فروش مال دیگری». مطابق مفهوم پیش گفته دخالت فرد در اموری که به او مربوط نمی‌شود، فضولی است؛ هر چند این تعبیر ابتدا به شخص انجام دهنده منسوب بوده و سپس به مرور و در اصطلاح به عمل آن شخص تغییر معنا داده است. پس اصطلاحاً تصرف در حقوق



دیگری را فضولی می‌نامند. پس در حقوق مقصود از فضولی کسی است که عمل حقوقی یکطرفه یا دوطرفه‌ای را انشاء به قصد واقع شدن می‌نماید؛ در حالی که نسبت به امور ذکر شده سمت ندارد، چه شرعی و چه قانونی (عاملی، ۱۴۱۴ق، ص: ۳۷؛ در قانون مدنی مصر این‌گونه بیان شده است: «الفضالة هی أن یتولی شخص عن قصد القیام بشأن عاجل الحساب شخص آخر، دون أن یکون ملزماً بذلك (ماده ۱۸۸)»؛ بنابراین اگر فردی بدون اجازه مالک، مال او به فروش برساند یا آن که اجاره دهد، یا آنکه بیگانه‌ای در ارتباط حقوقی دو نفر ذمه یکی از آن دو را ابراء نماید، «فضولی» می‌گویند، (شبیری زنجانی، ۹۳/۰۶/۲۳؛ واسطی، زبیدی، حنفی، محب‌الدین، سید محمد مرتضی حسینی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص: ۵۸۱) از این رو مسامحتاً عمل شخص فضولی را با عناوین ذکر شده تعبیر به فضولی می‌نمایند. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص: ۳۵۰)

ایقاع فضولی و بنیاد آن از منظر فقه امامیه

اعمال حقوقی فضولی، دامنه وسیعی از مباحثات فقهی را به خود اختصاص داده‌اند. در مورد ایقاع فضولی باید عرضه داشت که با توجه به مفاهیم فوق ایقاع فضولی از جمله مباحثی است که مطلبی بسیط و جامع در نوشته‌های حقوق دانان و همچنین فقهاء را نتوانسته به خود اختصاص دهد که این مسئله خود معلول عواملی از جمله اختلاف فقهاء در مورد آن و همچنین اختلاف در بنیاد و اساس ماهیت ایقاع و عقد به عنوان رأس العقود بر می‌گردد. در میان مبانی آن مهم ترین مسائل را باید در نقش حکوت اراده انفرادی جست‌وجو کرد؛ به عبارت دیگر باید به این مسئله توجه داشت که نقش اراده در ایجاد اثر حقوقی تا چه میزان نفوذ حقوقی دارد؟ آیا تنها در ایقاعات موجب و موجد است یا اینکه در عقود هم اراده منفرد نقش آفرینی موثر دارد؟! بر این اساس در دو حوزه باید به تبیین پرداخت و اولین آن، این است که کسانی که اراده را در تحقق عمل حقوقی عقد به تراضی پیوند زده‌اند آیا قائل به رضایت تکوینی هستند یا رضایت اعلامی! در دومین حالت باید به این مسئله توجه کرد که آیا اراده یک نفر به تنهایی و به قصد ایجاد می‌تواند موجد عقد هم قرار بگیرد، یا این که سبب تام در تحقق تراضی باید با دو اراده تشکیل شود. بر مبنای اولین نظر باید گفت که 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؛ بر مبنای نقش آفرینی دو اراده در ایجاد عمل حقوقی عقد در حالتی که برای عقد فضولی اعتباری شناخته نشود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص: ۱۶۸؛ «دلینا علی منع بیعه منفرداً: إجماع الفرقة، و لأنه لا یقدر علی تسلیمه، و لأنه بیع الغرر») مسلماً بحث از امکان تحقق ایقاع به صورت فضولی نیز موضوعیت پیدا نخواهد کرد. (باقری، ۱۳۹۴، سال ۷، شماره ۱۳) و فرض دیگر این نظر را که صحت فضولی را در



عقد پذیرفته شده است باید در نصوص فقهی و قانونی و تطبیق بحث بر هر عمل حقوقی انفرادی به صورت جداگانه و با توجه به مبنای هر یک در کشف حکم کلی نظر داد. به عنوان مثال در بطلان طلاق فضولی که اراده‌ی انفرادی نقش آفرینی می‌کند، به جهت ورود نص و تحکیم و حفظ بنیان خانواده و همچنین حفظ نظم عمومی اجتماعی و همچنین شرط مباشرت، تردیدی در بطلان آن وجود ندارد. ولی در مورد ایقاعات دیگری همچون اعلام فسخ و اموری که مباشرتی و قید فوریت در آن وجود ندارد مورد تردید جدی است و به تعبیر دکتر کاتوزیان مشکل بتوان فتوی چیره را تمیز داد. (کاتوزیان، پیشین، ص: ۱۵۹) پس نیاز به بررسی موردی مصادیق ایقاع و امکان تحقق آن به صورت فضولی امری انکار ناپذیر می‌باشد. البته بنا بر نظر عده‌ای، در تمیز فوق باید به مالی و غیر مالی بودن ایقاع توجه کرد و امور غیر مالی را به قائلان بطلان و امور مالی را به قائلان صحت در ایقاع فضولی بخشید. (فضیحی‌زاده، ۱۳۹۵، مجله حقوقی دانشگاه شیراز، ش ۴) اما بنا بر نظر دوم که اراده انفرادی در تحقق عمل حقوقی عقد را موجب و موجب می‌دانند (موسوی بجنوردی، عقد ضمان: «این نظر به امام خمینی رحمة الله علیه نسبت داده شده است»)، می‌توان به نوعی نظریه تحلیل‌گرا و مفهومی در عین حال نو ظهور در حقوق اسلامی در باب امکان وقوع ایقاعات به نحو فضولی دست یافت. با این مقدمه می‌توان ادعان داشت که ایقاع فضولی را بر مبنای نظر اول در حالت دوم آن یعنی قائلان به صحت فضولی در عقد و مردد در ایقاع بر مبنای عدم ورود نصی جامع در عدم تحقق ایقاع ما لا یملک، و ضرورت اعتبار شناسی نیابت و نمایندگی در آن در کنار ورود نص در رد ایقاعات ما لا یملک در مورد خاص مثل طلاق و عتق و همچنین ورود نص قابل اشاعه در امکان تحقق عمل حقوقی دو طرفه به صورت فضولی، امکان ایجاد ایقاع به نحو فضولی از پشتوانه عقلی و نقلی محکمی برخوردار خواهد بود.

بر مبنای نظر دوم ذکر شده در امکان تحقق عمل حقوقی به یک اراده منفرد که هم موجب است و هم موجب، به جهت عدم فرق اساسی و بنیادی در تشکیل نوع عمل حقوقی به صورت مطلق، بحث از عدم امکان وقوع ایقاع به نحو فضولی نوعی فرض بالاترجه است و تنها دلایل قائلان به عدم وقوع آن در عقد را، که در حالت اول فرض اول بیان شد، می‌توان مورد انصرافی پژوهش جاری و نوعی نظر مخالف تعبیر کرد. از این رو برای ارائه پاسخ به بحث حاضر، ضروری است تا ایقاعات و امکان تصور فضولی بر آن روشن گردد.

در الزام و التزام بر مبنای اراده‌ی انفرادی سابقاً مطالبی را عرضه داشتیم و بیان کردیم که می‌تواند مصدر التزامات شرعی باشد چه بر ذمه درآید و چه بر ردّ عینی تعلق گیرد. از این رو می‌توان به مالی و غیر مالی بودن این التزامات استناد جست. ولی در مورد التزامات نسبت به حقوق شخصی محل نزاع است که مختصراً مطالب را از منظر می‌گذرانیم.

التزامات سلبی را می‌توان هم در مقابل امور مالی قرارداد، همانند فسخ عقد، و هم می‌توان آنها را در مقابل التزامات شخصی به نحوی که آنها ایجابی باشند قرار داد.



در مواردی مثل جعله که قانون مدنی ما تکلیف عقد یا ایقاع بودن آن مشخص نشده ولی اعتقاد به عقد بودن آن ترجیح دارد، فکرت ملتزم در آن کاملاً به اراده یک طرف محقق می‌شود، به عبارت دیگر وقتی کسی خود را ملتزم به ادای اجرت معلوم در برابر عملی می‌نماید، اعم از اینکه طرف او معلوم باشد یا غیر معین؛ وعده‌ی جایزه بودن آن را تقویت می‌نماید. از این رو دکتر کاتوزیان با اینکه جزء طرفداران عقد بودن ماهیت جعله می‌باشد، در مورد نقش اراده بیان می‌دارند: «جعله خواه عام باشد و خواه خاص، در زمره عقود است و نباید آن را ایقاع شمرد، منتها عقدی است که آزادی اراده با سخت‌گیری‌های معمول در عقود معوض و به ویژه اجاره روبه‌رو نیست». (کاتوزیان، عقود معین، ج ۲، شماره ۱۴۹) در حالی که محمد بروجردی عبده و دکتر سید حسن امامی هردو جزء طرفداران ایقاع بودن ماهیت جعله می‌باشند. (بروجردی عبده، ص: ۳۱۷ به بعد) در فقه نیز تحقق ماهیت جعله با یک اراده پذیرفته شده است و قبول را مؤثر در ایجاد آن نمی‌دانند، بلکه جاعل با اراده خود به آن ملتزم می‌شود. (عاملی، ۱۴۱۰ق، (المحشی - کلاتر)، ج ۴، ص: ۴۳۹؛ همچنین رک. ابن رشد اندلسی، بدایة المجتهد، ج ۲، ص: ۲۰۷) چنان که شیخ مفید رحمة الله علیه، طبیعت آن را در بعضی از مثال‌های آن می‌داند و در مورد ردّ جعل برای پیدا کردن گمشده جاعل با اراده‌ی او، و وجوب التزام به آن را یعنی خروج جعل از ملکیت جاعل را استظهار می‌نماید. (شیخ مفید، المقنعه، ص: ۶۴۹) دلیل این مورد، روایتی است که اگر فردی برده فراری دیگری را بیابد که برای آن جعل می‌باشد، اگر در شهر باشد یک دینار و در غیر آن یک چهارم آن می‌باشد. (همان؛ شیخ طوسی، ج ۶، ص: ۳۹۸) چرا که سنت و سیره نبوی بر آن استوار شده است.

عده‌ای هم التزام ناشی از جعله را براساس ترابط اراده‌ها معنی کرده و اراده منفرد را به تنهایی کارآمد نمی‌دانند، کما این که بنای عقد بر اساس جعل است نه بر اساس شرط، و جعل با عمل و انجام کار مورد توافق قرار می‌گیرد. این نظر به شافعی منسوب است. (السنهوی، ج ۱، ص: ۴۶ و ۴۵) اما در فقه امامیه نیز عده‌ای از فقهای متقدم همچون شیخ مفید (أعلى الله مقامه الزکیه) و شهید ثانی متمایل به این نظر می‌باشند. چنان که تصرفات مبتنی بر تبرع را همانند هبه و صدقه و نحله و سایر عناوین مشابه از تصرفات را غیر لازم و غیر ملزم دانسته‌اند. چرا که به موجب آنچه که متبرع اعطاء می‌کند، علاوه بر رد طرف مقابل، حق رجوع از التزام خود را، حتی بعد از عملیات اقباض دارد و از این رو نظریه بالا جریان می‌یابد. البته رجوع تا زمانی است که عین مال موجود و تصرفات ناقل و یا متلف ملکیت در آن صورت نگرفته باشد. اما آنچه که با تردید در حقوق ایران گفته شده ولی هم‌چنان جعله را در زمره عقود متصور می‌دانند، نمی‌تواند منکر کارسازی اراده جاعل در تحقق جعله باشد. چرا که او تنها با اراده‌ی نفسی خود ملتزم است و تعهد جایز بودن در تعریف ماده ۵۶۵ ق.م. خدش‌های به التزام ناشی از آن وارد نمی‌سازد. از نظر نگارنده رجوع جاعل با التزام به دادن اجرت المثل برای رهایی از ارتکاز در التزام دو طرفه جعله می‌باشد. (در ماده ۵۶۵ می‌خوانیم: «جعله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هریک از طرفین می‌توانند رجوع کنند؛ ولی اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید، باید



اجرت المثل عمل عامل را بدهد» به هر حال حتی طرفداران عقد بودن جعاله در هیچ‌جا نتوانسته‌اند منکر کارسازی اراده جاعل در التزام ناشی از جعاله بشوند. در قانون مدنی مصری ابتدای فصل دوم از قانون را به اراده منفرد اختصاص داده و وعده جایزه با کارسازی یک اراده واحد مورد شناسایی و نوعی از تحت شمول قرار گرفتن قاعده عام را می‌رساند. («من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها») نه تنها در این مورد بلکه در بسیاری موارد که ما بعضی از آنها را ذکر کردیم می‌توان مصادیق کارسازی اراده منفرد را جست‌وجو، و در اثبات مدعا به کار برد و هم‌چنین مطابق آنچه که سابقاً متذکر شدیم به جهت ضرورت نیاز جامعه به این اعتبار شناسی و عمل به آن گویی مورد مدعا در مرحله ثبوتی است والله أعلم بالصواب.

ایقاع فضولی در حقوق و قانون

گفتار اول: ایقاع در حقوق عینی در قانون

حقوق عینی که به‌طور مستقیم با عین مال ارتباط دارد، مستلزم عدم دخالت دیگران در آن می‌باشد که در نظام اسلامی تحت عنوان «عدم ولایت» از اصول عملیه مستنبط است و دارای پشتوانه روایی و نص هم می‌باشد. (نساء/۶۰) تملیک بدون رضای انتقال گیرنده را غالب فقهاء جایز نمی‌دانند؛ چرا که با اصل آزادی اراده مابینت دارد. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص: ۲۴۲؛ «الأول: في الوصية و هي إنشاء الموصي تملك عين أو منفعة بعد الوفاة... بل لا خلاف في أنها تفتقر إلى إيجاب و قبول للإجماع... و أنها بمنزلة الهبة و العطية و الصدقة مضافاً إلى أصالة عدم انتقال الملك من الموصي، و عدم دخوله في ملك الموصي له بدونهما»؛ شهید ثانی، ج ۱، ص: ۳۸۷؛ ر.ک. صاحب ریاض، ج ۲، ص: ۳۷) البته عده‌ای همچون مرحوم نائینی در حاشیه بر عروة الوثقی مرحوم سید یزدی در وصیت تملیکی از قاعده عدول کرده و ایقاع بودن آن را ترجیح می‌دهند. (کاتوزیان، نظریه عمومی ایقاع، ص: ۸۱) البته همان‌طور که دکتر کاتوزیان اشاره فرموده‌اند، ایشان تملیک قهری را صراحتاً مجاز شمرده و وقف را نمونه بارز آن دانسته‌اند. ولی چنان‌که می‌دانیم 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 اراده‌ها مورد پذیرش قرار می‌دهد.^۱ در هر حال تملیک قهری در قانون مدنی مورد پذیرش نمی‌باشد، چرا که در باب وصیت تملیک را تنها بعد از فوت موصی توسط موصی له محقق می‌داند (ماده ۸۲۷ق.م).

سوای تملیک قهری، یک مورد استثناء وجود دارد و آن تملک قهری یعنی اختیار دخالت در مال دیگری و تملک آن با یک اراده می‌باشد که از آن به عنوان حق شفعه یاد می‌شود. پیش‌تر در مورد این اختیار مطالبی ارائه شد، اماً اجمالاً یادآور می‌شویم که

^۱ البته در تعدیل بیان مذکور یادآور می‌شویم که در قانون مدنی وقف ذیل حقوق انتفاعی مورد اشاره قرار گرفته که نشان می‌دهد مال به منتفعان تملیک نشده، بلکه آنها از آن حق انتفاع دارند و مال به شخصیت حقوقی وقف تعلق می‌گیرد ولذا قبول حاکم از این باب است؛ با این همه خدشه‌ای به بیان فوق وارد نیست.



شفعه از لواحق عقد بیع است و به جهت این که 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 یک جانبه 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 تلافی 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 همان طور که ثابت کردیم شفعه یک مورد استثنایی و از لواحق بیع و احکام و آثار مفصله خود را دارد و از این رو بیان آن در این ماده صرفاً جهت اعتبارشناسی شفعه در تملک قهری است و همان طور که می دانیم مورد استثناء در قاعده عمومی منعی ندارد. مطلب بعدی در مورد إعراض است که در ماده ۱۷۸ قانون مدنی به صورت إجمالي 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 این است 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 این است که قانون گذار إعراض را در صورت اراده مالک محقق می داند نه این که صرفاً مالی در این مورد در دریا غرق و یا غیر قابل دسترس شود. آنچه که رکن رکین این ماهیت اعتباری می باشد، همان التزام بر مبنای اراده ی واحد می باشد».

نکته: این که 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 می‌شود، (کاتوزیان، پیشین، ص: ۸۶) 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 مسئله‌ای را یاد آور می‌شویم 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 اراده‌ها 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 می‌باشد. در اعراض هم همین گونه است. اگر تشریفات برای انتقال ملک ثبت شده وجود دارد به این معنا نیست که اعراض در آن محقق نمی‌شود و آن را قید محدود کننده نفوذ اعراض بدانیم. مسئله بعدی بحث تنفیذ و ردّ و فسخ است که در قواعد عمومی معاملات از آن صحبت به میان می‌آید. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۴۴ به بعد) 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 می‌شود». هم‌چنین ممکن است یکی از دو طرف معامله چه معاوضی باشد مانند بیع و چه احسانی 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 مدل از ایقاع هست و آن اینست که این امکان از ایقاع وابسته به وجود اختیار و یا حق مقدماتی است که خود قاعدتاً زاده تراضی است اما هم‌چنان که گذشت در نفس قدرت نفوذ اراده منفرد خللی وارد نمی‌سازد.

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 آن که 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 جست‌وجوی اختیار اضافی‌ای بود که به او داده شده است. حتی با استقراء در احکام فوق الذکر اگر بتوانیم بگوییم که آزادی اراده، تنها در قراردادها نیست و اصل آزادی ایقاعات مسئله‌ای حل شده است» نمی‌توان 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».

گفتار دوم: ایقاع در حقوق دینی در قانون

باید دانست که قلمرو ایقاع در حقوق دینی به مراتب گسترده‌تر از حقوق عینی می‌باشد. در باب اسقاط حق، ایقاع مهمی



همچون ابراء، نشان دهنده‌ی قدرت اثباتی و الزامی در ایقاعات می‌باشد. اگر چه چنان که پیش‌تر بیان شد، به جهت موضوعیت داشتن ترابط اراده‌ها در عقود و تعهدات که غالب اعمال حقوقی را تشکیل می‌دهد، شاید نقش آفرینی اراده منفرد در اعمال حقوقی را کم رنگ جلوه دهد ولی باید دانست همان اراده‌ای که در تکوین با اراده دیگری، سبب ایجاد تعهد است گاهی به اراده یک تن چنان تن در می‌دهد که گویی، وجود و بقای خود را به اراده یک نفس از یک ضمیر می‌داند؛ نمونه بارز آن را می‌توان فسخ و رد در عقود نامید. به اعتقاد نگارنده در این مورد یک اراده نه تنها نقش اصلی را ایفاء می‌نماید بلکه در ایجاد دین بر ذمه دیگری نیز نقش اصلی را ایفاء می‌نماید. چرا که با اراده یک تن، ضمان درک عوضین بر ذمه‌ها مستقر خواهد شد. نمونه نفوذ این تفکر در قانون مدنی از ماده ۲۸۹ قانون فوق‌الذکر در باب سقوط تعهدات عنوان شده است و آن چنین است: «ابراء عبارت از اینست که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر نماید». بنابراین ابراء در اینجا همان قدرت نفوذ إعراض را خواهد داشت. مطابق آنچه که گذشت ابراء نوعی از التزام به اراده انشایی یک فرد واحد می‌باشد که چیزی به دست موهوب له نمی‌رساند. در این بیان یک بودن ابراء با هبه طلب منظور شد و تفصیل آن به این ترتیب است که در ابراء شرط مخصوصی در بیان ماهیت لفظ وجود ندارد و توفیقی در بخشش خطاب کردن و یا گذشتن از حق حاصل نمی‌شود. یک از دلایل این نظر یکی بودن طریق تحقق هردو ماهیت می‌باشد؛ بنابراین نه هبه به قبول موهوب له دارد و نه ابراء. از وحدت طریق دو مسئله می‌توان به یک بودن آثار هردو مفهوم فوق پی برد. البته مسئله را تنها در صورتی می‌توان توجیح کرد که مقصود از آن ابراء باشد نه به لفظ هبه بیان شود. (کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۳، ص: ۶۹) در بیان تفاوت ماهیتی هبه، طلب به مدیون و ابراء می‌توان متذکر این موضوع شد که زمانی که طلب دارای بیش از یک مدیون می‌باشد همانند مسولیت تضامنی، فایده عملی استفاده از بخشش طلب آشکار می‌شود به نحوی که اگر یکی از مسولان پرداخت را ابراء کند حق رجوع به سایر مسولین را از دست خواهد داد. ولی چنانچه حق خود را به نحوی از جمله بخشش طلب به او منتقل نماید، او از جمع مسولان بیرون می‌رود و لیکن به جهت تملیک طلب، قائم مقام طلبکار اولی شده و حق رجوع به سایر مسولان را خواهد داشت. (ماده ۳۲۱ ق.م)

مبحثی در مورد ابراء مشکوک است و آن اختیار در ابراء صاحب حق است که در ماده ۲۸۹ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است، به نحوی که گویی اختیار را از ارکان آن شمرده است و ابراء مکره را ظاهر در فساد اراده می‌داند، اما استاد شهیر پورفسور کاتوزیان اعتقاد به قاعده‌مند بودن احکام ابراء تحت عنوان قواعد عمومی ایقاع می‌داند و غیر نافذ بودن آن را اقتضای همان قاعده بیان می‌نماید. چرا که در وضع ماده ۲۸۹ ق.م از ماده ۱۲۸۲ قانون مدنی فرانسه الهام گرفته شده است. نه تنها ابراء که در حقوق دینی مؤثر است از جمله اراده‌های یک‌طرفه کارساز می‌باشد، بلکه در اعتبارات دو طرفه همانند عقود، اراده یک‌طرفه صراحتاً می‌تواند کارساز و سازنده باشد، همانند تنفیذ در عقودی که یک طرف آن مخدوش است، مثل معامله اکراهی و یا معامله فضولی؛



بدین ترتیب که در عقود فضولی سرنوشت عقد بدست اصیل رقم می‌خورد و این جز نفوذ اراده یک‌طرفه در حق دیگری نمی‌باشد. در فرض عکس هم، اراده منفرد می‌تواند در حقوق دیگری که ممکن است در انعقاد معامله حسن نیت داشته باشد، نفوذ کرده و حقوق او را زایل کند. همانند ردّ معامله فضولی چرا که همان اراده‌ای که می‌تواند موجد حق باشد همان اراده در صورتی که با منع قانونی برخورد نکند، حق گسستن حق را دارد. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص: ۱۶۸) بنا بر تحلیل فوق ممکن است إشکال شود که در تنفیذ عقود، اجازه به فضول نمایندگی می‌دهد تا سبب تمهید شده توسط او، قانونی فرض شود و در نتیجه آن اجازه اثر معهود را به بار بیاورد (کاتوزیان، پیشین، ص: ۱۰۳) و یا به بیان دیگر کشف قانونی بودن تراضی فوق که در نتیجه تلاقی اراده‌ها رخ داده است را باید اثر اعلام اراده (اجازه) شمرد؛ در جواب عرضه می‌داریم که بر فرض که بتوان چنین تحلیل پیچیده‌ای را به اعلام اراده فوق نسبت داد، اما نمی‌توان منکر نفوذ اراده‌ی واحد در گسستن پیمان ظاهری شمرد؛ پس چگونه می‌توان این تفاوت را در یک عمل فضولی با هم جمع کرد؟! حال آن که کسی متعرض این موضوع نشده است. در حالی که در قانون تمام موارد اذن هم به اقتضای قاعده، مصادیق نفوذ اراده انفرادی نشئت گرفته و مطابق مثالهای یاد شده اثر آن ناظر بر وقوع و ایجاد حق و هم‌چنین گسستن آن می‌باشد. در حقوق خانواده نیز باید دانست در این مورد هم ایقاع یکی از مهم‌ترین عوامل کارگزار می‌باشد و در روابط زوجین و اولاد آنها آثار مهمی را بر جای می‌گذارد. مهم‌ترین و مشهورترین ایقاعات در این زمینه «طلاق» می‌باشد. ایقاعات دیگری در این زمینه موجود است که شامل فسخ نکاح، رجوع زوجین، اذن و ردّ ولی دختری که نکاح اول او باشد و بذل مدت در نکاح منقطع از حقوق انحصاری شوهر می‌باشد.

مبحث اول: ایقاع فضولی در فقه اهل سنت

ایقاع فضولی در فقه حنفی

فضولی را تعریف معروف لغوی آن که ما سابقاً از تاج العروس آوردیم بیان کرده‌اند: «فقيل فضولی لمن يشتغل بما لا يعنيه» (ابن عابدین، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۱۰۶) و ابراز شده که هر چیزی که توکیل در آن امکان دارد، پس فضولی در آن ممکن است و با تنفیذ مجری جریان آثار صحیح آن عمل می‌شود. (همان)

در فقه حنفی مسئله فضولی غالباً دارای عنوان علی‌حدّه می‌باشد و شامل مواردی همچون فروش مال شریک و در اجتماع فضولیین بعضی از احکام غضب جریان می‌یابد و اگر کسی چیزی را برای دیگری بخرد بدون آن که از طرف او تعیین شده باشد، آن را برای خود خریده است، ولی اگر آن را اجازه داد برای منوب عنه خواهد بود. (أبوالمعالي، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص: ۴۳۱) در بیان این مازه

۱- نگارنده این قاعده را منبعث از روایتی از ابی بصیر می‌داند که بیان آن چنین است: «...عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنِ الرَّجُلِ يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْحُرَّةَ أَوْ أُمَّةَ قَوْمِ الطَّلَاقِ إِلَى السَّيِّدِ أَوْ إِلَى الْعَبْدِ قَالَ الطَّلَاقُ إِلَى الْعَبْدِ»؛ تشریح روایات در ابواب بعدی خواهد آمد.



اولین تصریح به تحقق شراء فضولی شده است. در تعدیل این نظر این مازه اعتقاد دارد در شراء فضولی برای دیگری، در صورتی که به معامله برای دیگری تصریح نشود، عدم نفوذ ظهوری ندارد، چرا که معامله برای فضول منعقد می‌شود و او طرف معامله محسوب می‌گردد، ولی اگر او ادعا نماید که برای دیگری معامله را منعقد نموده، در آن صورت است که عدم نفوذ ترجیح دارد و منوط به تنفیذ دیگری است. آنچه بیان شد در مورد خرید فضولی بود.

منقول در شرح طحاوی آمده که اگر فضولی مال غیر را بفروشد بر دو وجه است. اگر بفروشد در برابر ثمنی که تعیین نشده است، پس اگر اجازه به آن ملحق شود، به قیام مالک و مشتری و بایع و مبیع می‌باشد. در صحت این اجازه بودن دادن ثمن در ید بایع شرط نیست. پس اگر اجازه صادر شد، بیع جایز و بایع همانند وکیل مجیز محسوب می‌شود و ثمن برای مشتری می‌باشد اگر باشد. حال اگر ثمن تعیین شده باشد، شرط است دادن ثمن برای صحت اجازه در بیع فضولی. منتها در این موقع به جهت این که ثمن معین است و موجود هم اگر باشد برای بایع خواهد بود نه برای مجیز، چرا که بایع، مشتری برای ثمن می‌باشد و مجیز در این فرض برای قیمت مال به بایع رجوع می‌نماید اگر مال مثلی باشد به مثل و اگر قیمی باشد به قیمت آن.

در میان حنفی‌ها وجوب پذیرش تنفیذ در بیع فضولی به حدی است که ممکن است نکاح فضولی را که ما روایات زیادی مبنی بر پذیرش آنها داریم، رد ولی بیع فضولی را مردود نمی‌دانند. در این باره عبارتی در کتاب المحیط آمده که بیان فوق را تقویت می‌نماید: «ولو باع فضولی أمة رجل بألف درهم وزوجها آخر من رجل بمائة دينار فبلغ المولى فأجازهما جاز البیع وبطل النکاح؛ لأن البیع أقوى إذ يستفاد بملك النکاح وهو ملك المتعة وملك النکاح ولا يستفاد به شيئاً يترتب عليه ما يستفاد بالبیع وهو ملك الرقبة». (همان، ص: ۴۳۴)

مضموم فوق چنین است: اگر فضول بفروشد کنیز یکی را به هزار درهم و دیگری او را به صد دینار به تزویج فردی در بیاورد و به اطلاع مولی برسد و هر دو را اجازه نماید، در این صورت بیع جایز و نکاح باطل می‌شود؛ چرا که بیع اقوی است زیرا مستفاد از ملکیت در نکاح، نکاح متعه است و آنچه که از ملکیت در بیع متصور است، در مورد نکاح استنباط نمی‌گردد و آن ملک رقبه‌ای می‌باشد. در ادامه به اولویت اعتناق از یک طرف نسبت به بیع طرف دیگر اشاره شده و همان مفاهیم، مورد اشاره می‌باشد.

در بحث دیگری از بیع فضولی به احکام غاصب استناد شده که بنا بر آن اگر عبدی را از کسی غصب نمایند و سپس او را بفروشد و مالک آن را بر غاصب صلح به عوض نماید، اگر صلح در برابر قیمت مال نماید که بحثی نیست و بیع غاصب صحیح است، زیرا همانند ضمان قیمت می‌باشد؛ اما اگر که صلح بر عرضی از عروض باشد (عینی معین و یا قابل تعیین) باشد، در این حالت بیع غاصب باطل است، چون این صلح تنفیذ حال نیست، بلکه به معنای بیع مستقبل می‌باشد. در جواز بیع فضولی هم از باب قاعده و هم از باب استحسان تنفیذ فضولی را توجیه نموده‌اند. (همان)^۱

^۱ «وفی "نوادیر هشام": عن محمد رحمه الله: فی رجل باع جاریه رجل بغير أمره فلقیه رب الجاریه فقال: أحسنت أو وفقت فالبیع جائز استحساناً...».



در شرح بداية المبتدی (المرغینانی، ج ۳، ص: ۶۸) فروش بدون اجازه و یا این که تعیین نشده باشد را سبب فضولی شناخته شدن بیع برشمرده است. پس مالک در اینجا مخیر است که آن را فسخ نماید و یا آن را اجازه کند. در حالی که نقل شده که شافعی با تنفیذ هم آن را منعقد نمی‌داند. بدان جهت که از سوی کسی صادر شده که ولایت شرعی ندارد و این ولایت یا با اذن مالک است و یا به تحقق ملکیت است پس بدون قدرت شرعی، انعقادی صورت نگرفته است، ولی مؤلف با قید عدم ضرر در فرض تخییر قول به تنفیذ را پذیرفته است. حتی در مواردی نفع مالک در میان است، مانند موردی که مشتری طلبش مدت‌دار شود و در ذمه بماند. همان‌طور که اشاره شد، در فقه حنفی، تنفیذ معاملات فضولی مورد اجماع می‌باشد، اما این توافق در پذیرش ناشی از مبانی‌ای است که برای توجیه پذیرش فضولی به آن تمسک جسته‌اند و آن بحث نیابت و رابطه و کالتی است. زیرا در شرایط متعاقدان کمال طرفین شرط شده است. یعنی اگر طرفین یا یکی از آنها بالغ یا عاقل و یا رشید نباشند، در بهترین حالت آن، در تحقق فضولی شک داریم که مقتضای اصل عدم ایجاد است؛ پس فضولی محقق نشده تا بتوان به آثار و احکام آن پرداخت، ولی اگر شرط کمال را داشته باشند، در صورتی که مشمول احکام بطلان مثل زوال اختیار و هزل و غیره نباشد، برای مالک اختیار فسخ و تجویز معامله می‌باشد. هم‌چنین شرط شده است که متعاقدان باید باقی باشند تا بتوان معامله را تنفیذ کرد؛ بنابراین اگر بایع فضولی یا مشتری فوت نماید، به دلیل زوال رابطه نیابتی یا همان وکالت تنفیذ، موضوعیتی ندارد و در نتیجه معامله باطل است. (البارعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص: ۱۰۳)^۱ مطابق این نظریه ظهور بیان حنفیه در تحلیل فضولی بر مبنای وکالت می‌باشد و لیکن چنان‌که بیان آن در فقه شیعه هم گذشت، اگر بتوان در امری نیابت داد، چگونه می‌توان گفت که در فضولی باید قائل به تفکیک شد و ترابط اراده‌ها فضولی را پذیرفت، ولی در افراد اراده نمی‌توان پذیرفت و حال که مطابق مبنای مذکور، این نظر خصوصیتی ندارد! پس در ایقاعات هم هر جا که نیابت امکان دارد، فضولی هم امکان دارد، ولی در امور غیر مالی مثل امور خانواده و علی‌الخصوص طلاق و اطراف آن، می‌توان به جهت دلیل خاص آن را از قاعده خارج ساخت. منتها طبق قاعده مبنایی پذیرش نزد حنفیه، تنها آنچه را که استنباط کردیم، می‌توان به آن‌ها نسبت داد. یعنی هر جا که نیابت امکان دارد، فضولی هم امکان دارد و این به صراحت در بیانات فقهای حنفی مشهود است. (همان)^۲ دلیل این استنباطات غالباً احتیاج و استحسان است؛ یعنی از نظر آنها ممکن است در مواردی به این تصرفات فضولی هم نیاز شود و از باب ضرورت و هم‌چنین رعایت غبطه‌ی صاحب حق به دلیل تخییر که می‌تواند تصرفات مضر به حال خویش را با رد، باطل کند، دلیلی را برای تبعیض در حکم روا نمی‌بینند. در کنار این دلایل در تصرفات فضولی و بیع فضولی یعنی

^۱ «کَمَالَ قَوْلُهُ بِشَرْطِ أَنْ يَبْقَى الْمُتَعَاقدَانِ وَهُمَا الْبَائِعُ الْفُضُولِيُّ وَالْمُشْتَرِي مِنْهُ».

^۲ (حاشیه شلبی): «لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْفُضُولِيِّ تَتَوَقَّفُ عِنْدَنَا إِذَا صَدَرَتْ وَالْمُتَصَرِّفُ مُجِيزٌ أَيْ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى الْإِجَازَةِ سِوَاءَ كَانَتْ تَمْلِيكًا كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْهَبَةِ وَالتَّرْوِيجِ وَالتَّرْوُجِ أَوْ إِسْقَاطًا حَتَّى لَوْ طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَةً غَيْرَهُ أَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فَأَجَازَ طَلْقَهُ وَأَنْعَتَقَ وَكَذَا سَائِرُ الْإِسْقَاطَاتِ لِلدُّيُونِ وَغَيْرِهَا فَكَانَ الْأَحْسَنُ».



عقد و ایقاع به روایت عروه بارقی استناد شده، البته اگر مواردی مثل وصیت تملیکی را ایقاع بدانیم این نظر تقویت می‌شود. در یک مبنای دیگر در ایقاعات مهمی همچون طلاق و عتاق^۱ به پذیرش شرط تعلیق در آن استناد شده و چنان که بتوان تعلیق را در آن پذیرفت، می‌توان فضولی را هم در آنها پذیرفت به این صورت که در فضولی تنفیذ و جریان آثار در ایقاعات، معلق به تنفیذ مالک یا صاحب حق می‌باشد که با فرض پذیرش چنین موردی، منعی برای آن وجود ندارد؛ در صورتی که در فقه و حقوق ایران به ناکارآمدی این نظر اشاره شد. البته به صورت موردی در انتهای نظریات فرق اربعه، نظریات فضولی در ایقاعات را در فقه اهل سنت بیان خواهیم کرد.

نکته: از آنچه گذشت استنباط می‌شود که در تصرفات فضولی مثل ایادی غاصبه که خود نوعی از ایقاع و حاصل یک اراده می‌باشد، حنفی‌ها تنفیذ را در آن پذیرفته‌اند؛ پس به‌طور ضمنی ایقاعات فضولی را هم پذیرفته‌اند ولی در فقه شافعی ایشان مخالف این نظر می‌باشد. (همان)^۲

در مجله الأحكام عدلیه در ماده ۱۴۵۳، اجازه لاحق بر عمل فضول در حکم وکالت سابق مورد شناسایی قرار گرفته است. پس ماهیت اجازه کاشف از دادن اختیار در نیابت می‌باشد.

در استدلال مبتنی بر شراء فضولی به روایت عروه بارقی استناد شده که مطابق آن پیغمبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم اذن در شراء یک گوسفند داد ولی در مورد خرید گوسفند دوم، اذنی داده نشده بود اما بعداً آن حضرت معامله را تنفیذ نمودند و از این روایت در خرید فضولی همانند فروش فضولی استفاده شده است. از طرفی هم در این فروش که نسبت به یکی از آن‌ها مأذون می‌باشد، پس در مقابل دیگری فضول است و خرید گوسفند دومی در برابر حصه‌ای از ثمن است و وقتی آن را فروخت در واقع برای او و ثمن مقابل آن است و از این رو بود که آن حضرت علیه السلام ثمن را به او بخشیدند؛ از مجموع این مطالب توکیل عام از این روایت استفاده می‌شود. (القدوری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص: ۲۵۹۱ در مجموع صفحات)^۳

در ادامه الحاق اجازه به عمل فضولی را مذهب علی علیه السلام و عمر خلیفه دوم ذکر کرده و مضمون روایت منصور ابن حازم را به تفاوت مشایخه از هر دو نقل کرده‌اند که این مطالب تا حدودی مشابه آنچه که در فقه شیعه ذکر شد، می‌باشد. آنچه که نگارنده از مذهب حنفیه دریافته است این است که به جهت سعی در تبیین مبانی فضولی با احکام نیابت و وکالت شده می‌توان به توسعه‌ای بودن دیدگاه حنفی‌ها در برابر عملیات فضولی اعم از عقد و ایقاع قائل بود. از این رو آنچه که به آن اقتصار شد، مختصری

^۱ مطلب عتق اگر چه امروز موضوعیت ندارد ولی برای تبیین مفاهیم و ملاک در تفصیل احکام، بررسی آنها خالی از ضرورت نمی‌باشد.

^۲ «قَوْلُهُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَنْعَقِدُ تَصَرُّفَاتُ الْفُضُولِيِّ».

^۳ -: «فَإِذَا بَاعَهَا بِنَفْسِهِ وَالثَّمَنُ لَهُ، فَلَمَّا أُعْطِيَ الثَّمَنَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - دَلَّ عَلَى أَنَّ التَّوَكِيلَ عَامٌ».



از صریح و فحوی منظور از ایقاع فضولی در مذهب حنفیه بود که در حدود مطالعات به آن دست یافتیم و إلا ابواب فقهی مسأله فوق در میان کتب قطره‌ای از دریای بیان فقیهان می‌باشد.

مبحث دوم: ایقاع فضولی در فقه شافعی

در فقه شافعی چنان که پیشتر عرضه داشتیم بیع فضولی و هم‌چنین خرید فضولی اگر اذن و ولایت بر صاحب حق یا مال وجود نداشته باشد و هم‌چنین وکالت و نیابتی در کار نباشد، مورد پذیرش نیست و رأساً باطل می‌شود. (العمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۶۶)

در این بیان از ماوردی، نکته‌ای ظریف به چشم می‌خورد که در بیع اذن یا ولایت را برای عملیات فروش مال دیگری ضروری می‌داند ولی در شراء یا همان خرید وکالت و نیابت و یا ولایت باید باشد تا اقدام فضول صحیح تلقی شود. (همان)^۱

صاحب الإبانه این قول را قول منحصر شافعی و از نظر مشهور به دور می‌داند. در این نظر به روایت حکیم ابن حزام^۲ و دلالت نهی بر فساد استناد شده است. اما در جواب کسانی که می‌گویند اگر مال در ید فضول باشد پس بیع مال غیر جایز و متوقف بر اجازه مالک می‌باشد؛ می‌گویند که اگر این‌گونه باشد باید حتی در صورتی که مال در ید مالک اصلی آن می‌باشد، آن را جایز شمرد در حالی که کسی متعرض این تفریق نشده و اگر قائل به آن شویم، نطق را و در نهایت دلیل خطاب را ساقط کرده‌ایم. چرا که دلیل خطاب در زمانی حجت است که نطق اصلی را ساقط ننماید. (به عنوان مثال وقتی گفته می‌شود لا تبع ما لیس عندک، یعنی آنچه را که نزد تو نیست تبعیت نکن؟! با دلیل خطاب می‌توان گفت که خطاب روایت نهی از آنچه که نزد فرد است می‌باشد و بگوییم در مورد مالی که نزد فرد نیست حکمی ندارد؛ اما دلیل بیان شده دقیقاً عکس فرض فوق است چه این که مخالفین بر عکس گفته اند اگر نزد تو باشد می‌توانی آن مال غیر را بفروشی، در حالی که نص روایت مخالف آن است و اگر گفته شود در مورد آنچه که نزد فرد نیست حکمی ندارد، ما اگر نتوانیم آنچه را که بر آن سلطه شرعی داریم انتقال دهیم به طریق اولی نمی‌توانیم مالی هم که بر آن تسلط نداریم منتقل کنیم)؛ از این‌رو گفته شده که دلیل خطاب در این مورد مسقط نطق است ولی تنها در جایی معتبر است که ما اصل نطق را برقرار داشته باشیم. با این وضعیت تکلیف بیان فوق معلوم است.

در نهی فضولی در ایقاعات به روایت عمرو ابن شعیب استناد شده است که بیان آن چنین است: «أن النبی صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا طلاق، ولا عتق، ولا بیع قبل الملك"» (پیشین، ص: ۶۷) یعنی طلاق بدون اختیار و آزاد کردن بنده بدون تسلط بر آن و بیع قبل از تسلط یا ملکیت جایز نیست. و از این نهی بطلان ایقاعات استنباط شده است. پس مطابق بیانات ذکر شده در کتاب البیان از این رو خرید و فروش فضولی برای دیگری صحیح نیست که بر آن مال مسلط نیست و قادر به تسلیم آن نمی‌باشد و بیع

^۱ «إذا باع مال غیره بغیر اذنه، ولا ولاية له علیه، أو اشتری لغيره بغیر وكالة، ولا ولاية.. لم یصح، ولم یوقف ذلك علی إجازة المالك...»

^۲ - «لا تبع ما لیس عندک»



مال غیر قابل تسلیم هم همانند فروش پرنده در هوا صحیح نیست و این بطلان کاملاً با قواعد عمومی معاملات همخوانی دارد. در جای دیگر گفته شده تصرفات بدون ملکیت و اختیار نمی‌تواند موجد آثار باشد و هر چه انجام شده باشد، به جهت عدم اختیار باطل است و متصرف ضامن است که در تقابل با حالت مراعی تصرف می‌باشد، ولی در تفصیل میان ملکیت متزلزل و غیر آن گفته‌اند اگر فردی ملکیت به شرط منعی را منتقل کرده باشد حالت مراعی در آن برقرار است چنان که جاریه به شرط عدم مقاربت فروخته شود ولی اگر رعایت نکرد مراعی بین فسخ و تنفیذ است ولی اگر ملکیت و اختیاری در پیش نباشد تصرفات فضول بلا اثر باطل می‌باشد. (أبو اسحاق شیرازی، ج ۲، ص: ۸)

ایقاع فضولی در فقه مالکی

فقهای مالکی عدم نفوذ بیع از ناحیه مالک را منوط به عدم حضور او در مجلس عقد دانسته‌اند. بر این اساس، وقوع بیع در مرأی و منظر مالک در صورتی که با سکوت او همراه باشد، به منزله‌ی اعلام رضایت او نسبت به معامله است و لذا چنین معامله‌ای موضوعاً از بحث بیع فضولی خارج است. زیرا از ابتدا با رضایت مالک توأم بوده و عقد از همان حین انعقاد به صورت کاملاً صحیح و لازم منعقد شده است.

مؤلف کتاب الشرح الکبیر می‌گوید: یعنی بیع فضولی در صورتی از ناحیه مالک مبیع غیر لازم است که بیع در حضور او انجام نگرفته باشد، و گرنه معامله از ناحیه او نیز لازم خواهد بود. هم‌چنین است اگر بیع در حضور او انجام نگرفته باشد ولی خبر آن به او برسد و با این حال به مدت یک سال سکوت کند؛ در این صورت نیز سکوت مالک، کاشف از رضایت وی از معامله تلقی شده و بیع لازم می‌گردد. (الدردیر، ج ۳، ص: ۱۲)

هم‌چنین در مواهب الجلیل آمده است: یعنی توقّف لزوم بیع بر رضایت مالک، تنها در جایی است که مالک در مجلس عقد حضور نداشته باشد. (الطرابلسی، ج ۶، ص: ۷۷) ایشان از جناب ابن‌رشد نقل می‌کند که فرموده است در صورتی که مالک در مجلس عقد حاضر باشد، پس سکوت کند تا معامله به پایان برسد و مجلس تمام شود، بیع بر او لازم خواهد بود و او مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌شود.

دیدگاه فقهای مالکی در این مسأله، با آراء مشهور فقهای امامیه اختلاف دارد. ماده ۲۴۸ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «اجازه مالک نسبت به معامله‌ی فضولی حاصل می‌شود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضاء عقد نماید». چنان که در قضیه عروه بارقی، پیغمبر اکرم بادعایی که در حق او فرمودند، رضایت خود را نسبت به دو معامله‌ی فضولی صورت گرفته توسط وی اعلام کرده و عقود فضولی را اجازه فرمودند.

از منظر فقهای مالکی علم یا جهل مشتری نسبت به فضولی بودن بایع، تأثیری در صحت بیع فضولی ندارد. چنان که جناب



قرافی می نویسد: «إِنَّ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ وَشِرَاءَهُ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا - عِلْمَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ فَضُولِيٌّ أَمْ لَا - كَمَا فِي الْمُخْتَصَرِ إِلَّا أَنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَى الْمَشْهُورِ». (القرافی، ج ۶، ص: ۲۰۴) اما سؤال این است که این معامله همان طور که از ناحیه مالک غیر لازم است، آیا از ناحیه مشتری نیز غیر لازم است و آیا او می تواند پیش از اجازه مالک، عقد را فسخ کند؟

در اینجا ممکن است دو فرضیه مطرح شود؛ فرض اول جایی است که مشتری در حین معامله تصور می کرده که بایع، مالک مبیع است. فرض دوم آن است که مشتری از ابتدا و در حین معامله می دانسته که بایع، مالک مبیع نیست و فضولتاً اقدام به معامله می کند. فقهای مالکی در مواجهه با هر دو فرضیه، حکم واحدی دارند و آن این است که به هر ترتیب، معامله از ناحیه مشتری لازم و واجب الوفاء است و حتی در فرض علم مشتری به فضولی بودن بایع هم، نمی توان حکم به عدم لزوم بیع از طرف مشتری کرد.

این مسأله از منظر فقهای مالکی تنها یک قید دارد و آن این است که مالک در مجلس بیع حاضر بوده و یا غریب المکان باشد. به تعبیر بهتر، در صورتی که به جهت عدم دسترسی به مالک، تعیین تکلیف معامله در خصوص اجازه یا رد او به تأخیر بینجامد، چنانچه این تأخیر منجر به وارد آمدن ضرری به مشتری شود، معامله فضولی از ناحیه مشتری نیز غیر لازم می شود و او مختار خواهد بود که آن را تنفیذ نموده و یا معامله را فسخ کند. (الطرابلسی، ج ۶، ص: ۷۵)

جریان فضولی در سایر معاملات از منظر مالکی

آخرین مسأله ای که در این مقاله پی می گیریم این است که آیا معامله ی فضولی تنها در عقد بیع صحیح است و یا سایر عقود و ایقاعات نیز چنانچه به صورت فضولی منعقد شوند، صحیح خواهند بود؟ فقهای مالکی در قبال عقود و ایقاعات فضولی میان معاملات معاوضی و غیر معاوضی قائل به تفصیل می شوند. به این معنی که اگر یکی از معاملات معاوضی مانند اجاره به صورت فضولی منعقد شود، صحیح است و با اجازه مالک، لازم و نافذ می شود؛ اما عقود و ایقاعات غیر معاوضی نظیر وقف و هبه و عتق، به صورت فضولی منعقد نمی شود و باطل است. صاحب کتاب بلغه السالک می نویسد: «فَاعَارَهُ الْفُضُولِيُّ مِلْكَ الْغَيْرِ بَاطِلُهُ كَهَبْتِهِ وَ وَقْفِهِ وَ سَائِرِ مَا أَخْرَجَهُ عَلَى غَيْرِ عَوْضٍ لَا عَلَى عَوْضٍ كَبَيْعِهِ فَصَحِيحٌ يَتَوَقَّفُ لُزُومُهُ عَلَى رِضَا مَالِكِهِ». (الصعیدی، ج ۶، ص: ۴۲۳) یعنی عاریه و هبه و وقف و سایر معاملات فضولی غیر معاوضی باطل است؛ بر خلاف معاملات معاوضی نظیر بیع که صحیح و متوقف بر رضای مالک است.

با این حال فقهای مالکی در مورد طلاق و ظهار فضولی، قائل به صحّت شده اند. جناب احمد الصاوی می نویسد: «وَهَلْ يَلْزِمُ ظَهَارُ الْفُضُولِيِّ إِذَا أَمَّاهُ الزَّوْجُ؟ لَمْ أَرِ فِيهِ نَصًّا وَالظَّاهِرُ لُزُومُهُ كَالطَّلَاقِ». (الصاوی، ج ۲، ص: ۴۱۳) البته ایشان توجه داشته اند که طلاق و ظهار از معاملات معاوضی نیستند، لذا این مسأله را چنین مدلل کرده اند: «وَلَكِنْ يَرِدُ عَلَى هَذَا الْفَرْقِ طَلَاقُ الْفُضُولِيِّ، فَإِنَّهُ كَبَيْعِهِ كَمَا تَقَدَّمَ لَنَا فِي النِّكَاحِ مَعَ كَوْنِهِ بِغَيْرِ مَعَاوَضَةٍ؛ إِلَّا أَنْ يُقَالَ يَحْتَاطُ فِي الْفُرُوجِ مَا لَا يُحْتَاطُ فِي غَيْرِهَا». (همان، ج ۴، ص: ۱۰) یعنی این حکم استثنائی به جهت اهمیّت احتیاط در مسأله ی فروج صادر شده است.



ظاهر عبارات فقهای امامیه آن است که عقود فضولی اعم از معاوضی و غیرمعاوضی همگی صحیح و غیر نافذ هستند و همانند بیع فضولی برای لزوم، نیازمند اجازه مالک می‌باشند. اما در خصوص ایقاعات فضولی میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد و گروهی قائل به صحت و بعضی نیز قائل به بطلان آن شده‌اند. قانون مدنی جمهوری اسلامی نیز در خصوص ایقاعات فضولی ساکت است و حکم صریحی ندارد. در پایان می‌توان این‌طور جمع‌بندی کرد که فقه مالکی در مسأله‌ی بیع فضولی اشتراکات فراوانی با فقه امامیه دارد؛ هر چند در بعضی فروع نیز اختلاف‌نظرهای فقهی به چشم می‌خورد. لکن از مقایسه‌ی مباحث مطرح‌شده در فقه مالکی با آنچه در کتب فقهی امامیه آمده، به این نتیجه می‌رسیم که تعدد و تنوع فروع طرح‌شده در کتاب‌های فقهی امامیه بسیار بیش‌تر از مسائل مذکور در فقه مالکی است؛ و این، غنا و پویایی و رشد تکاملی فقه امامیه نسبت به فقه مالکی را می‌رساند.

مبحث چهارم: ایقاع فضولی در فقه حنبلی

فضولی را خرید و یا فروش مال دیگری را بدون این‌که از جانب او اذن داشته باشد، گفته‌اند؛ و تصرف فضول باطل است، برخلاف آنچه را که فردی بر ذمه خود نسبت به دیگری دارد و برای او بخرد که این مورد صحیح است، اگر چه نام او را در عقد نبرد، خواه ثمن نقد باشد و خواه نباشد. پس اگر اجازه کرد خرید از حین عقد صحیح تلقی می‌شود و اگر اجازه نکرد لازم می‌شود و همانند بیع فضولی از حین حکم صحیح می‌شود، اگر آن را تنفیذ نماید. پس مطابق بیان حنابله صحت شراء فضولی از حین حکم است (المقدسی، ج ۲، ص: ۶۲) و این مطابق نظریه نقل می‌باشد. در فقه حنبلی تصرف و یا فروش مال دیگری را بدون اذن صاحب آن در هنگام انعقاد عقد یعنی ایجاب و قبول مردود دانسته‌اند ولو آنکه صاحب مال در مجلس انعقاد بیع حاضر باشد و سکوت نماید چرا که سکوت در عقود هیچ وجه رضایی در عقود ندارد مگر آن‌که به همراه قرینه‌ای باشد و آن را از حالت سکوت محض به در آورد. سابق عرضه داشتیم که مسئله تعلیق در عقود و ایقاعات مسئله مهمی است که می‌توان از آن برای تنفیذ که نوعی از تعلیق است ملاک واحد گرفت و نسبت به امکان تنفیذ فضولی در فحوی فقهی نظر داد. حال در شرح خلاف مرداوی اگر چه به تبعیت قدما بایی تحت عنوان فضولی مورد بحث قرار نگرفته و آن‌گونه که در میان حنفی‌ها و مالکی‌ها بحث شده در شافعی و حنبلی متذکر نشده‌اند، مطلبی مستقیماً در صحت تعلیق در ایقاعات بیان شده: «يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْفَسْخِ بِشَرْطٍ عَلَى الْمَذْهَبِ» (المرداوی ج ۲، ص: ۳۴۹) مطابق این بیان فسخ که از ایقاعات می‌باشد می‌تواند به صورت معلق واقع شود و اگر چه مصنف در آن تعلیق را روا نمی‌داند ولی از آنچه گذشت معلوم می‌شود در فقه حنبلی اتقان نظری به قوت یک طرف در میان آنان راجع به صحت ورود ایقاعات به نحو فضولی وجود ندارد. اما اولین مطلب در جواز تصرف غیر مأذون تصرف مولی علیه به غیر اذن مولای او می‌باشد که مطابق نص صحیح می‌باشد (نساء/ ۶)^۱ و هم‌چنین اصحاب در جواز این مورد با اذن ولی اتفاق دارند. در مورد عدم تصرف غیر مالک در بیع مال دیگری علاوه بر تشبیه رابطه به وکالت و ولایت به اعتبار روایت در نهی بیع مالا یملک تکیه کرده‌اند. (البهوتی ص: ۳۰۷) چرا که

^۱ - سوره مبارکه نساء، آیه ۶: «وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى...».



ترمذی و ابن ماجه آن را حسن دانسته‌اند. (المقدسی، ج ۴، ص: ۱۶) زیرا مأذون به منزله قائم مقام ملک است و از این جهت است که می‌تواند در مال تصرف نماید. پس چنان‌که گفته شد اگر مال غیر را بدون اذن او بفروشد و لو آن‌که سکوت کند در حالی که در جلسه‌ی معاهده حاضر است. پس حتی بعد از تنفیذ توسط مالک هم معامله باطل است، چون رضایت در میان حنابله در وقت انشاء مؤثر است. (همان) شافعی و أحمد ابن و حنبل و أبو یوسف موافق آن هستند و تنها ابن ابی لیلی سکوت را علامت رضای به عقد و تنفیذ می‌شمارد، در حالی که میان دیگران اصلاً امکان وقوع اجازه موثر وجود ندارد. هم‌چنین شرافضولی را هم باطل می‌دانند. پس مطابق قاعده وقتی نتوان میان حنابله صحت عقد فضولی و تصرف فضولی را به آنها نسبت داد بحث از صحت ایقاعات به نحو فضولی بسیار مشکل می‌باشد. مورد معارض اول با این بیان صحت تعلیق در ایقاعاتی مثل فسخ می‌باشد که بیان آن گذشت. ثانی مطلبی ذکر شد تحت عنوان اینکه مال غیر را که بر ذمه فضول می‌باشد برای صاحب حق بخرد و در توجیه جواز آن به تصرفات مقبول او و آن ذمه او می‌باشد، استناد شده است. به عبارتی ذمه فضول به پس دادن مال مالک به نحوی مشغول می‌باشد و حال همین مال را که بر ذمه اوست، برای طلبکار خویش می‌خرد؛ چنان‌که خود را به منزله وکیل مالک دانسته و کأنه او اذن داده است. پس حتی اگر مالک اذن نداده باشد، بدون این‌که او را رد نماید، مشتری به آنچه انجام داده است ملزم می‌باشد. اما اگر تصریح به شراء برای دیگری نماید، بیع صحیح نخواهد بود. (همان، ص: ۳۰۸) در بیان متعارض دوم مهم‌ترین دلیل تصرف پیشین یا وجود ذمه قبلی برعهده فضول به نفع صاحب مال می‌باشد. نگارنده در ردّ بیان فوق عرضه می‌دارد: اگر تنها تصرف سابق مجوز چنین بیعی باشد، با فرض ظهور این بیان به تصرفات دارای مجوز یعنی غالباً به نحوی اعم از ید ضمانی و امانی ولی با اطلاع طرفین در دست خریدار باشد، ما با دو مشکل مواجه می‌شویم: اول این‌که خرید این عهده نوعی فعل بیهوده می‌باشد؛ زیرا بدون این عمل هم ملزم به دادن مال به صاحب آن می‌باشد. ولی در مورد دوم اگر ما به صرف تصرف سابق مجوز چنین عملی را داشته باشیم، باید در انواع ید همانند مستأجر و مستودع و غیره جواز فروش مال دیگری را داشته باشیم که با فحواهی بیان علمای مذهب مخالفت دارد. در مواردی هم به دلایل تکراری همانند عدم تسلط بر تسلیم و باطل بودن بیع مال غیر مقدور التسلیم استناد شده است. (المقدسی، همان) در مورد عدم پذیرش فضولی در مقابل روایت عروه باریقی گفته شده که اولاً او وکالت در شراء را داشته است و ثانیاً تصرف او به ید سابق چنان‌که در میان حنابله تصرف سابق را در شراء فضولی به آنچه که در ذمه است صحیح شمرده‌اند، المقدسی ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص: ۱۴) توجیح می‌کنند پس به نظر آنان تصرف سابق در روایت محرز است و هم‌چنین شراء فضولی به مالی که در ذمه دارند را دربر می‌گیرد. نهایتاً اگر چه به نظر ما دلیل زبینه‌ای در میان حنابله بر نظراتشان موجود نیست و دارای تشتت آراء می‌باشند، اما اقوی همانند مذهب شافعی عدم صحت ورود فضولی در اعمال حقوقی اعم از عقد و ایقاع می‌باشد.

۱ «فقال النبی صلی الله علیه وسلم " لا تبع ما لیس عندک " حدیث حسن صحیح».



نتیجه‌گیری

اعمال حقوقی فضولی، دامنه وسیعی از مباحثات فقهی را به خود اختصاص داده‌اند. در مورد ایقاع فضولی باید عرضه داشت که با توجه به مفاهیم فوق ایقاع فضولی از جمله مباحثی است که مطلبی بسیط و جامع در نوشته‌های حقوق‌دانان و هم‌چنین فقهاء را نتوانسته به خود اختصاص دهد که این مسئله خود معلول عواملی از جمله اختلاف فقهاء در مورد آن و هم‌چنین اختلاف در بنیاد و اساس ماهیت ایقاع و عقد به عنوان رأس العقود بر می‌گردد. در میان مبانی آن مهم‌ترین مسائل را باید در نقش حکوت اراده انفرادی جست‌وجو کرد؛ به عبارت دیگر باید به این مسئله توجه داشت که نقش اراده در ایجاد اثر حقوقی تا چه میزان نفوذ حقوقی دارد؟ آیا تنها در ایقاعات موجب و موجد است یا اینکه در عقود هم اراده منفرد نقش آفرینی تام دارد؟! بر این اساس در دو حوزه باید به تبیین نظریه‌ها پرداخت و اولین آن اینست که کسانی که اراده را در تحقق عمل حقوقی عقد به تراضی پیوند زده‌اند، آیا قائل به رضایت تکوینی هستند یا رضایت اعلامی. در دومین حالت باید به این مسئله توجه کرد که آیا اراده یک نفر به تنهایی و به قصد ایجاد می‌تواند موجد عقد هم قرار بگیرد یا این که سبب تام در تحقق تراضی باید با دو اراده تشکیل شود. بر مبنای اولین نظر باید گفت که 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. بنابراین بر مبنای نقش آفرینی دو اراده در ایجاد عمل حقوقی عقد در حالتی که برای عقد فضولی اعتباری شناخته نشود. مسلماً بحث از امکان تحقق ایقاع به صورت فضولی نیز موضوعیت پیدا نخواهد کرد. و فرض دیگر این نظر را که صحت فضولی را در عقد پذیرفته شده است باید در نصوص فقهی و قانونی و تطبیق بحث بر هر عمل حقوقی انفرادی به صورت جداگانه و با توجه به مبنای هریک در کشف حکم کلی نظر داد. به عنوان مثال در بطلان طلاق فضولی که اراده‌ی انفرادی نقش آفرینی می‌کند به جهت ورود نص و تحکیم و حفظ بنیان خانواده و هم‌چنین حفظ نظم عمومی اجتماعی و هم‌چنین شرط مباشرت، تردیدی در بطلان آن وجود ندارد. ولی در مورد ایقاعات دیگری همچون اعلام فسخ و اموری که مباشرتی و قید فوریت در آن وجود ندارد مورد تردید جدی است و به تعبیر دکتر کاتوزیان مشکل بتوان فتوی چیره را تمیز داد. پس نیاز به بررسی موردی مصادیق ایقاع و امکان تحقق آن به صورت فضولی امری انکار ناپذیر می‌باشد. البته بنا بر نظر عده‌ای در تمیز فوق باید به مالی و غیر مالی بودن ایقاع توجه کرد و امور غیر مالی را به قائلان بطلان و امور مالی را به قائلان صحت در ایقاع فضولی بخشید. اما بنا بر نظر دوم که اراده انفرادی در تحقق عمل حقوقی عقد را موجب و موجد می‌دانند، می‌توان به نوعی نظریه تحلیل‌گرا و مفهومی در عین حال نو ظهور در حقوق اسلامی در باب امکان وقوع ایقاعات به نحو فضولی دست یافت. با این توصیف می‌توان ادعان داشت که ایقاع فضولی را بر مبنای نظر اول در حالت دوم آن یعنی قائلان به صحت فضولی در عقد



و مردد در ایقاع بر مبنای عدم ورود نصی جامع در عدم تحقق ایقاع ما لا یملک، و ضرورت اعتبار شناسی نیابت و نمایندگی در آن در کنار ورود نص در رد ایقاعات ما لا یملک در مورد خاص مثل طلاق و عتق امکان ایجاد ایقاع به نحو فضولی از پشتوانه عقلی و نقلی محکمی برخوردار خواهد بود.

بر مبنای نظر دوم ذکر شده در امکان تحقق عمل حقوقی به یک اراده منفرد که هم موجب است و هم موجد، به جهت عدم فرق اساسی و بنیادی در تشکیل نوع عمل حقوقی به صورت مطلق، بحث از عدم امکان وقوع ایقاع به نحو فضولی نوعی فرض بالاترجیح است و تنها دلایل قائلان به عدم وقوع آن در عقد را که در حالت اول فرض اول بیان شد، می توان مورد انصرافی پژوهش جاری و نوعی نظر مخالف تعبیر کرد. از این رو برای ارائه پاسخ به بحث حاضر ضروری است تا ایقاعات و امکان تصور فضولی بر آن روشن گردد. مطابق این مسئله که در ایقاعات فضولی مهم ترین مبنای آن اعتبار بخشی به قدرت اراده می باشد و مطابق بیان نظریه پردازان، از گذر تحلیل اراده انفرادی می توان به وضعیت ایقاعات فضولی در حقوق نیز پرداخت.



منابع و مأخذ:

- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، ۱۳۶۷، النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۳، قم، ایران: اسماعیلیان.
- ابن رشد، محمد بن احمد، ۱۴۱۶ق، بداية المجتهد، ج ۲، بیروت، لبنان: دار الکتب العلمیة.
- ابن عابدین، محمد امین، ۱۴۲۱ق، رد المختار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار، بیروت، لبنان: ناشر دار الفکر للطباعة والنشر.
- أبو اسحاق شیرازی، ابراهیم بن علی، ۱۴۲۴ق، المهذب فی فقه الإمام الشافعی، بیروت، لبنان: دار الکتب العلمیة.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۳۷۹، کتاب مکاسب، ج ۳، قم، ایران: احسن الحدیث.
- البارعی، عثمان بن علی، ۱۳۱۳ق، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، القاهرة، مصر: المطبعة الکبری الأمیریة.
- باقری، احمد، ۱۳۹۴، ایقاع فضولی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۳.
- البخاری، أبوالمعالی برهان الدین محمود بن أحمد، ۱۴۲۴ق، المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی، بیروت، لبنان: دار الکتب العلمیة.
- بروجردی عبده، محمد، ۱۳۹۷، حقوق مدنی، تهران، ایران: مجد.
- البهوتی، منصور بن یونس، ۱۴۲۶ق، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ریاض، عربستان: مدار الوطن للنشر.
- الحجواوی، موسی بن أحمد بن موسی بن سالم بن عیسی بن سالم الحجواوی المقدسی، ۲۰۰۹م، الإقناع فی فقه الإمام أحمد بن حنبل، بیروت، لبنان: دار المعرفة.
- حمیری، نشوان بن سعید، ۱۴۲۰ق، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، ج ۸، بیروت، لبنان: دار الفکر.
- الدردیر، ابوالبرکات احمد، ۱۴۲۷ق، الشرح الکبیر، بیروت، لبنان: المكتبة العصرية.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۳۷۴، مفردات ألفاظ القرآن، دمشق، سوریه: دارالقلم.
- السنهوری، عبدالرزاق، ۱۳۹۱، مصادر الحق، ج ۱، چ ۱، تهران، ایران: خرسندی.
- شبیری زنجانی، ۱۳۹۳، درس خارج فقه (کتاب البیع)، ۹۳/۰۶/۲۳.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، ۱۳۸۱، مسالک الأفهام، ج ۱، قم، ایران: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- شیخ مفید، محمد بن محمد، ۱۴۱۳ق، المقنعه، ج ۱، قم، ایران: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید- رحمة الله علیه.
- الصاوی، أحمد بن محمد، بیتا، بلغه السالك لأقرب المسالك (حاشیه الصاوی علی الشرح الصغیر).
- الصعیدی، علی بن أحمد، ۱۴۱۲ق، حاشیه العدوی علی شرح کفایه الطالب الربانی، دمشق، سوریه: دار الرشاد الحدیث.
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، ج ۳، قم، ایران: مؤسسه النشر الإسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۷، التهذیب الاحکام، باب لقطه، ج ۶، چ ۴، تهران، ایران: دار الکتب الاسلامیة.
- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، ۱۴۱۴ق، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، .
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاوتر)، ج ۴،
- العمرانی، أبوالحسین یحیی بن أبی الخیر بن سالم العمرانی الیمنی الشافعی، ۱۴۲۱ق، البیان فی مذهب الإمام الشافعی، جدة، سعودی: دار المنهاج.
- فصیحی زاده، علیرضا، ۱۳۹۵، تحلیل فقهی - حقوقی وضعیت ایقاع فضولی در روابط مالی و غیر مالی، مجله حقوقی شیراز، ش ۴.



- القدوری، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبوالحسين القدوری، ۱۴۲۷ق، التجريد للقدوری، القاهرة، مصر: دارالسلام.
- القرافی، شهابالدين أحمد بن إدريس، ۲۰۰۷م، أنوار البروق فی أنواع الفروق، قاهره، مصر: دارالسلام.
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، چ ۴، تهران، ایران: دار الکتب الإسلامیة.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۴۰۲، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۸، تهران، ایران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۴۰۲، نظریه عمومی ایقاع، تهران، ایران: گنج دانش.
- کاشف الغطاء، محمدحسین، ۱۳۵۹، تحرير المجله، ج ۳، نجف اشرف، عراق: المكتبة المرتضوية.
- مرتضى زبيدي، محمد بن محمد، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۵، - بيروت، لبنان: دار الفكر.
- المرادوى، علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرادوى دمشقى الصالحى الحنبلى، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف، بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربى.
- المرغينانى، على بن أبى بكر بن عبد الجليل الفرغانى المرغينانى، أبوالحسن برهان الدين (المتوفى: ۵۹۳هـ)، الهداية فى شرح بداية المبتدى، بيروت، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- المغربى الطرابلسى، محمد بن محمد بن عبدالرحمن، ۱۴۲۳ق، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، بيروت، لبنان: دار عالم الکتب.
- المقدسى، أحمد ابن قدامة المقدسى، ۱۴۱۴ق، الکافی فى فقه الإمام أحمد، بيروت، لبنان: دارالکتب العلمیة.
- المقدسى، أحمد بن قدامة المقدسى، بيتا، الشرح الكبير على متن المقنع، بيروت، لبنان: دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع.
- موسوى بجنوردی، سيد محمد، ۱۳۹۳، عقد ضمان، تهران، ایران: مجد.
- نجفى، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربى.
- واسطى، زبيدي، حنفى، محب الدين، سيد محمد مرتضى حسینی، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰



A comparative study of Iqaa Fazuli in Iranian law, Imami jurisprudence and Sunni jurisprudence

Abstract

Iqaa Fozuli is one of the topics that does not have a specific ruling in general in Iran's legal system. Therefore, based on the license issued by Article ۱۶۷ of the Constitution and Article ۳ of the Islamic Republic of Iran. Inevitably, referring to jurisprudence as the main source of laws in the country, the opinions of jurists were examined in this regard. Most of them have commented on its authenticity in Iqaaat based on the basis of idiosyncratic selling, and a large number of jurists have voted against the invalidity of Iqaaat's idioms. The appearance of the statements of the Imamiyyah jurists is that no-deal contracts, both exchange and non-exchange, are all valid and non-enforceable, and like no-sale, they need the permission of the owner. However, there is a difference of opinion among the jurists of the Imamiyyah regarding the nosy narrations, and some of them believe that it is correct and some believe that it is invalid. The Civil Code of the Islamic Republic is also silent about voyeurism and does not have an explicit ruling. In the end, it can be concluded that Maliki's jurisprudence has a lot in common with the Imami jurisprudence in the issue of the sale of promiscuous property; Although there are differences of jurisprudential opinions in some branches. However, from the comparison of the issues discussed in Maliki's jurisprudence with what is found in the books of Imamiyyah jurisprudence, we come to the conclusion that the number and variety of branches of the plan There are many more issues mentioned in Imami jurisprudence books than Maliki jurisprudence. What the author has learned from the Hanafi religion is that, in order to explain the principles of fiddling with the rulings of proxy and proxy, one can consider the development of the Hanafis' point of view against fiddling operations, including marriage and marriage. In Shafi'i jurisprudence, it is famous for the invalidity of Iqaa Foli, who considered the role of will in marriage and Iqaa to be distinct in their foundations. On the other hand, they tend to invalidate nikah fuli. In Hanbaleh, the opinions are mixed, but the tendency is to validate the idiosyncratic sound in the case of enforcement.

Key words: Iqaa Fozuli, law, Imami jurisprudence, Sunni jurisprudence, jurisprudence.