

## تحلیل حقوقی فقهی وضعیت ایقاع فضولی در روابط مالی و غیرمالی

علیرضا فصیحی زاده\*      داریوش کیوانی\*\*

### چکیده

اعمال حقوقی بر دو نوع است: عقد و ایقاع. قواعد عمومی عقود در قانون مدنی تبیین گردیده، اما متأسفانه قواعد عمومی ایقاعات در این قانون به نحو مستقل و مشخص بیان نشده است. قانون مدنی در ضمن بیان ایقاعات مهمی چون ابراء، فسخ، اذن، اخذ به شفعه و طلاق به ذکر برخی از قواعد اختصاصی آن پرداخته، اما مسئله ایقاع فضولی از مسائلی است که در آن تبیین نگردیده و در فقه نیز محل بحث و اختلاف نظر است. برخی آن را به نحو مطلق باطل و گروهی آن را غیر نافذ دانسته‌اند. از نتایج تحقیق حاضر، قول به تفصیل در این باره است و از همین روی ایقاع فضولی در روابط غیرمالی چون طلاق، باطل و در روابط مالی چون فسخ قابل تنفیذ محسوب گردیده است. همچنین، با پذیرش وضعیت عدم نفوذ ایقاع فضولی در روابط مالی، از میان سه نظریه نقل، کشف حقیقی و کشف حکمی درباره تأثیر اجازه اصیل، نظر اول پذیرفته شده است.

واژه‌های کلیدی: ایقاع فضولی، بطلان، عدم نفوذ، روابط مالی، روابط غیرمالی.

fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

23keyvani@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۲/۰۸

\* استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۹/۲۰

### ۱. مقدمه

ایقاعات همراه با عقود مشمول عنوان اعمال حقوقی هستند و بدون نقش آفرینی آن، نظام حقوقی، کارآمد و کامل نخواهد بود. ایقاع نیز چون عقد ناشی از اراده انشایی است؛ با این تفاوت که ایقاع مخلوق اراده واحد و عقد دست‌کم ناشی از توافق دو اراده است. نگاهی گذرا به برخی از اعمال حقوقی مانند فسخ، ابراء، اذن، اخذ به شفعه و طلاق، اهمیت ایقاعات و نقش آفرینی آن‌ها را در نظام روابط اجتماعی آشکارتر می‌سازد. با این حال قواعد عمومی ایقاعات در قانون مدنی به نحو مستقل تبیین نگردیده (فصیحی زاده و کیانی، ۱۳۹۳: ۳۲) و قانونگذار صرفاً به بیان شرایط و آثار برخی از مصادیق آن پرداخته است. از موضوعات قابل بحث درباره ایقاعات، وقوع آن به نحو فضولی است. ایقاع فضولی آن است که شخصی بدون آنکه اصیل باشد یا حسب قانون یا قرارداد یا اذن واجد سمت باشد، ایقاعی را در مورد دیگری انشاء نماید، مانند آنکه عقد میان دو نفر را فسخ کند. وضعیت حقوقی این ایقاع موضوع تحقیق حاضر است و در آن نظرهای ابراز شده در این خصوص یعنی نظریه‌های بطلان، عدم نفوذ و نظر سوم که تفصیل میان روابط مالی و غیرمالی است طرح، نقد یا توجیه می‌گردد.

### ۲. نظریه بطلان ایقاع فضولی

نظریه بطلان که هم در فقه و هم در حقوق موافقانی دارد، بر آن است که جریان فضولی<sup>۱</sup> در ایقاعات راه ندارد و به دیگر سخن، ضمانت اجرای همه ایقاعات که به نحو فضولی انشا می‌شوند، بطلان خواهد بود. برخی از فقیهان امامیه نسبت به بطلان ایقاع فضولی ادعای اجماع نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴: ۳۷؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴۶ - ۳۴۵). بنابراین ایقاع فضولی حتی در صورت اجازه اصیل هم فاقد اعتبار است (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۶۸). همچنین، بطلان عتق<sup>۲</sup> و طلاق فضولی به استناد پاره‌ای از احادیث، دلیل بطلان کلیه ایقاعات فضولی انگاشته شده است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۱). روایاتی همچون «لا طلاق قبل نکاح و لا عتق قبل ملک» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۷۹) موجب اتخاذ چنین برداشتی شده و برخی، ایقاع فضولی را به دلیل عدم صحت طلاق فضولی حتی با اجازه زوج،

قابل تنفیذ ندانسته‌اند (شهید اول، بی تا: ۳۶۸). علاوه بر این، ادعای بعضی از فقیهان بر اجماعی بودن بطلان عتق فضولی و پاره‌ای از روایات چون «لا عتق الا فی ملک» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۴۲۱ و شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۵۰-۲۴۹) از دلایل قائلان به بطلان ایقاع فضولی است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۱). از دلایل دیگر بطلان، آن است که پذیرش امکان تنفیذ ایقاع فضولی، به معنای معلق کردن ایقاع بر اجازه است، در حالی که تعلیق در ایقاعات راه ندارد (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۶۸). برخی نیز گفته‌اند: پذیرش امکان تنفیذ در برخی از ایقاعات مانند ابراء، به معنای قابل تنفیذ بودن ایقاع فضولی نیست، بلکه اجازه اصیل در واقع خود انشای ایقاع جدید است (حائری، ۱۴۲۳: ۲۰۳). این نظریه در بین حقوقدانان نیز، موافقانی دارد. به باور ایشان، طبق قانون حکم عدم نفوذ، مختص عقود است و قابل تسری به ایقاعات نیست. زیرا، تأثیر امری چون اجازه بر گذشته، خلاف اصل و منوط به دلیل خاص است. این دلیل در عقد فضولی وجود دارد؛ اما در مورد ایقاع فضولی وجود ندارد. پس، باید قائل به بطلان ایقاعات فضولی شد. خصوصاً، بنا بر ایقاع بودن وصیت تملیکی، این امر از ماده ۸۴۱ قانون مدنی نیز استنباط می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۳۴ و ۱۴۵). در آن ماده آمده است: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است».

### ۳. نقد نظریه بطلان ایقاع فضولی

طرفداران بطلان ایقاع فضولی به پاره‌ای از روایات استناد کرده‌اند و گویا نظرشان از تقدس روایات کسب اعتبار نموده است. به همین دلیل تبیین دقیق مدلول آن نصوص، برای ارزیابی نظر ایشان ضرورت دارد. روایات مربوط به عتق، غالباً با عباراتی مشابه به هم، مانند «لا عتق قبل ملک» یا «لا عتق الا فی ملک»، نقل شده، در حالی که مدلول این دست از روایات، لزوم مالکیت معتق بر عبد را می‌رساند و دلالتی بر نفی امکان تنفیذ عتق یا ایقاع فضولی ندارد؛ همان‌طور که از روایت «لا بیع الا فی ملک» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۶۹) بطلان بیع فضولی استفاده نمی‌شود (خویی، بی تا: ۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۷۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۱). در واقع، قول به بطلان ایقاع فضولی به نحو مطلق به استناد حدیث مزبور

راجع به عتق، به سستی قول به بطلان بیع فضولی بلکه مطلق معامله فضولی به استناد حدیث «لابیع الا فی ملک» است (خویی، بی تا: ۵). از همین روی، هیچ حقوقدانی به استناد ماده ۷۹۷ قانون مدنی<sup>۳</sup>، به بطلان هبه یا عقد فضولی به نحو مطلق حکم نمی دهد. روایات طلاق هم که متناهی و عمدتاً با روایات عتق یکسان است؛ دلالتی بر بطلان کلیه ایقاعات فضولی ندارند. بنابراین از عبارت «لا طلاق قبل نکاح»، نمی توان فساد همه ایقاعات را استنباط نمود.

ادعای اجماع بر بطلان ایقاعات فضولی نیز مورد انتقاد قرار گرفته است و مخالفان بطلان، برخی اجماع را مدرکی و غیرکاشف از قول معصوم (ع) و غیرقابل اعتماد دانسته (فیاض، بی تا: ۲۶۱) و بعضی نیز با ذکر مثالهایی چون نفوذ عتق راهن و مرتهن با اجازه یکدیگر و نیز عتق مدیون با اجازه دائن و نیز عتق مفلس با اجازه غرماء، اصل تحقق آن را نفی کرده اند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۷۶). پذیرش عدم نفوذ وصیت مازاد بر ثلث، یکی دیگر از این شواهد است. روشن است موصی می تواند حداکثر یک سوم از ماترک خود را وصیت نماید و بر بیش از آن اختیاری ندارد. حال اگر شخصی بیش از ثلث ترکه خویش را مورد وصیت قرار دهد، نسبت به مازاد بر ثلث، وصیت غیر نافذ خواهد بود؛ ولی این قابلیت را دارد که با اجازه ورثه، نافذ شود. از همین روی در ماده ۸۴۳ قانون مدنی چنین آمده است: «وصیت زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر با اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است». روشن است چه در فقه و چه در حقوق، عده ای وصیت را ایقاع می شمردند و بر این اساس، وصیت زاید بر ثلث، ایقاع فضولی است و قانون مدنی آن را قابل تنفیذ دانسته است. این مورد هم نمونه دیگری بر مخدوش بودن ادعای اجماع است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۷۶؛ حکیم، بی تا: ۲۰۷). با وجود شواهد یاد شده، ادعای اجماع بر بطلان ایقاعات فضولی ثابت نمی شود و برخی از حقوقدانان طرفدار بطلان نیز، به این امر اذعان نموده اند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). به همین دلیل، عده ای مفاد اجماع را بطلان ایقاع فضولی بدون اجازه می دانند نه ایقاع فضولی مطلق (حکیم، بی تا: ۲۰۷). با وجود این بنا بر ایقاع بودن وصیت تملیکی، از یک سو و طبق ماده ۸۴۱ قانون مدنی وصیت به مال غیر حتی با اجازه مالک باطل است و از سوی دیگر، طبق ماده ۸۴۳، وصیت زاید بر ثلث غیر نافذ است. برای رفع این تعارض بدوی، باید

ماده ۸۴۳ را ناظر به موردی دانست که فضول وصیت به مال غیر را برای خود و معلق به فوت خود نماید؛ اما چنانچه وصیت به مال غیر، برای مالک و معلق به فوت او شود، باید آن را قابل تنفیذ شمرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۸۸). بنابراین از این ماده هم نمی‌توان بطلان ایقاع فضولی را اثبات کرد.

دلیل دیگر طرفداران بطلان یعنی لزوم تعلیق ایقاع بر اجازه در صورت وقوع فضولی آن نیز پاسخ داده شده است: اولاً: کبرای این قیاس ثابت نیست؛ چه اینکه در مواردی چون تدبیر و وصیت (معلق بر وفات) تعلیق در ایقاعات پذیرفته شده است. ثانیاً: در ایقاع فضولی، معلق علیه، رضای اصیل یعنی یکی از شرایط صحت ایقاع است و تعلیق بر شرط صحت موجب بطلان نمی‌شود (خویی، بی‌تا: ۳۰۹-۳۰۸). برخی نیز گفته‌اند: با وجود ممنوعیت تعلیق در عقود، تعلیق عقد بر اجازه در عقد فضولی پذیرفته شده و چون عقد و ایقاع از سبب واحد یعنی قصد انشاء به وجود آمده و از این حیث مشترکند؛ همان تعلیق به ایقاع هم راه می‌یابد (شهیدی تبریزی؛ ۱۳۷۵: ۲۶۵-۲۶۴؛ خویی، بی‌تا: ۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۷۶).

ادعای دیگر که تنفیذ ایقاع فضولی به منزله انشای ایقاع جدید است نیز به علت مغایرت با اراده انشایی اجازه کننده ناموجه است. برای مثال اگر فضولی به استناد خیار عیب، عقد بین دو نفر را فسخ کند و پس از آن، ذوالخیار این فسخ فضولی را امضا نماید، نمی‌توان آن را انشای جدید دانست، بلکه چیزی جز امضای همان فسخ سابق نیست. ثمره بحث در مالکیت منافع مبیع ظاهر می‌شود و اگر امضاء، ایقاع جدید شمرده شود، منافع مبیع از زمان انشای ایقاع تا اجازه اصیل، به اجازه کننده تعلق خواهد داشت.

#### ۴. نظریه امکان تنفیذ ایقاع فضولی

در مقابل نظریه بطلان، نظریه امکان تنفیذ ایقاع فضولی ابراز شده که در بین فقیهان متأخر، طرفداران سرشناسی دارد. این نظر بر وفق قاعده بودن نفوذ عقد فضولی با اجازه و الحاق ایقاع به عقد استوار است. به باور ایشان، اثر انشاء در عقد فضولی معلول دو سبب است: یکی عقد و دیگری اجازه. عقد با اراده فضول و طرف دیگر واقع می‌شود و

اجازه هم فعل اصیل و سبب انتساب عقد به اجازه کننده است. بنابراین، اجازه، عقد را از فضولی خارج و به عقد اصیل تبدیل می‌نماید و آن را مشمول قواعد و عموماًتی چون «أوفوا بالعقود» می‌سازد (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۱۲۸-۱۲۷). دلیل دیگر برای قاعده‌مندی عقد فضولی، تحلیل اراده به دو عنصر قصد و رضا است. بدین تعبیر که عقد فضولی تمام ارکان عقدی نافذ جز رضای اصیل را دارد و هرگاه اجازه به آن اضافه شود، عقد کامل و منشأ اثر می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۷-۱۱۶). ممکن است ایراد گردد که افتراق رضا از قصد در مرحله تشکیل عقد، محل اشکال است. در جواب به این اشکال بعضی از فقیهان اصل عدم اشتراط تقارن رضا با قصد را مطرح نموده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۱). به نظر می‌رسد قانون مدنی هم با طرح موضوع معاملات فضولی در ذیل قواعد عمومی قرارداده‌ها، جریان فضولی در عقود را خلاف قاعده محسوب ننموده است.

بنابراین، تسری جریان فضولی به ایقاع، عدول از قاعده نیست؛ و مبادی وجودی ایقاع از تصور و اراده ایجاد و اسباب انشائی، با عقد مشترک است و اثر ایقاع فضولی نیز از دو سبب ناشی می‌شود: ایقاع که فضول انشاء می‌کند؛ و اجازه که فعل اجازه کننده است (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۱۳۱ و ۱۲۹-۱۲۷). از این رو، گروهی بر این باورند، عموم نصوصی مثل «أوفوا بالعقود» ایقاع را نیز شامل می‌شود؛ زیرا عقد مطلق عهد است و بر هر دو قسم عمل حقوقی اطلاق می‌گردد (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۲۶۵) و در صورت عدم شمول این عموماًت نسبت به انشای فضولی با اجازه، هیچ‌یک از عقد و ایقاع را در بر نمی‌گیرد و دلیلی بر تفصیل میان عقد و ایقاع نیست (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۱-۱۳۰). پاره‌ای دیگر نیز گفته‌اند: فضولی در هر امر نیابت‌پذیری، جریان دارد و چون ایقاعات از امور قابل توکیلند، فضولی در آن جاری است (امامی، ۱۳۴۰: ۲۶۱ و بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۶۲).

برای تقویت نظریه عدم نفوذ، شاید سخن از اصل صحت در ایقاعات، دور از ذهن نباشد. به موجب این اصل، چنانچه در مشروعیت ایقاعی تردید شود، باید آن را صحیح دانست (حائری، ۱۳۷۳: ۵۳). کاربرد اصل صحت در ایقاعات فضولی، بدین مفهوم است که ایقاع فضولی قابلیت تنفیذ یا به تعبیر برخی از فقیهان، قابلیت تصحیح را دارد (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۱). صرف‌نظر از آن، هرگاه پس‌الحاق اجازه به ایقاع فضولی، در

مشروعیت آن تردید شود؛ اجرای اصل صحت، موجب حکم به صحت ایقاع است.

### ۵. نقد نظریه امکان تنفیذ ایقاع فضولی

ایقاعات را می‌توان با توجه به متعلقشان، به دو دسته مالی مانند فسخ و غیرمالی مانند طلاق تقسیم کرد. طبق این نظر، ایقاع فضولی اعم از مالی و غیرمالی غیر نافذ بوده و با الحاق اجازه اصیل نافذ می‌شود (خویی، بی تا: ۶-۴)؛ در حالی که به نظر می‌رسد، با توجه به ماهیت خاص و نوع کارکرد آن‌ها در نظام روابط اجتماعی، این نظر قابل نقد است. تفصیل این انتقاد، ضمن تبیین نظریه منتخب یعنی تفکیک وضعیت حقوقی ایقاع فضولی بر اساس روابط مالی و غیرمالی بیان می‌شود.

### ۶. نظریه تفکیک وضعیت حقوقی ایقاع فضولی بر اساس روابط مالی و غیرمالی

به نظر می‌رسد، قابل تنفیذ دانستن ایقاعات فضولی به نحو مطلق ناموجه است و باید با نگاه کارکردگرایانه به ایقاع فضولی، میان ایقاعات قائل به تفصیل شد و ایقاعات غیرمالی فضولی چون طلاق را باطل و ایقاعات فضولی مالی چون فسخ را قابل تنفیذ دانست.

#### ۶.۱. نگاه کارکردگرایانه به ایقاع فضولی

بی تردید، اعمال حقوقی در روابط اجتماعی نقش مهمی دارد. این اعمال را یا خود شخص یا دیگری انجام می‌دهد. دیگری هم یا در انجام دادن آن مأذون است یا نیست و نیز فرد مأذون ممکن است از حدود اذن تخلف نماید. در دو فرض اشخاص غیر مأذون و اشخاص مأذونی که از حدود اذن تخلف می‌کنند، عمل حقوقی با وصف فضولی همراه خواهد بود (نک به: فصیحی زاده، ۱۳۷۷: ۱۴۱-۱۴۳). وصف فضولی برای عمل حقوقی غالباً نتیجه حکومت این دو فرض است و ریشه در نیازی اجتماعی دارد. برای نمونه گاه افراد مأذون برای رعایت مصلحت مالک از حدود اذن و اوامر او سرپیچی نموده و دست به انشائی می‌زدند که برای وی منفعت بیشتری داشته باشد. مالک هم آن عمل را به سود



خود می‌بیند و تنفیذ می‌کند و به همین جهت باب امکان تنفیذ عقد فضولی در حقوق مدنی گشوده شد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۳). حال چنانچه امکان تنفیذ نبود، بی‌شک مأذون یا وکیل اقدام سودمند را انجام نمی‌داد و مالک از کسب منفعت یا دفع ضرر محروم می‌گشت. بنابراین شناسایی وضعیت عدم نفوذ برای معاملات فضولی، گامی مهم برای پاسخ به کارکردی اجتماعی متعارف و معقول بود. به همین دلیل برخی از فقیهان معتقدند: امکان امضای تصرفات فضولی در موارد متعارف نزد عقلا، شایسته است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ ق: ۲۴۳). حتی برخی، مبنای صحت و بطلان اعمال فضولی را نفع و مصلحت عمل دانسته و وجود مصلحت در عمل فضول را در حکم اجازه مالک می‌دانند که در این صورت حق رد آن را ندارد و نیز حتی امکان تنفیذ عمل حقوقی فضولی را منوط به وجود مصلحت در وقوع آن می‌شمارند (بهرامی، ۱۳۷۷: ۵۰ - ۴۸؛ انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۱۴۶۳). اگرچه این نظر از حیث تأکید بر امکان ترتب منفعت عقلایی بر عمل فضولی پسندیده است، به علت مخالفت با اصل حاکمیت اراده و منجر شدن به اختلال و لجام‌گسیختگی در روابط اجتماعی، پذیرفتنی نیست (بهرامی، ۱۳۷۷: ۵۰ - ۴۸). اکنون باید دید آیا کارکرد اجتماعی یاد شده برای عقود، در ایقاعات نیز جاری است؟

برخی، امکان تنفیذ عقد با اجازه را مبتنی بر ارتکاز عقلا دانسته و معتقدند این ارتکاز در ایقاعات وجود ندارد. پس، دخالت فرد غیر مأذون در انشای ایقاعی برای غیر، اثر عقلایی ندارد؛ وگرنه ارتکاز عقلا بر آن صحنه می‌گذاشت (حائری، ۱۴۲۳: ۲۰۲). در نقد این نظر، می‌توان گفت: اعتبار عقد فضولی با اجازه مبتنی بر قواعد و عموماًست نه ارتکاز. همچنین، فقیهان، غالباً ارتکازات عقلایی را به صورت مستقل و بدون وجود نص، مبنای فتوای فقهی نمی‌دانند (الهی خراسانی، ۱۳۹۲: ۱۰۵). با این حال، ارتکاز شعوری عمیق است به حکم فعلی که عقلا یا متشرعه مرتکب می‌شوند یا ترک می‌کنند (حکیم، ۱۴۱۸: ۱۹۴). در حقیقت، هرگاه دانایان جامعه موضوعی را عقلایی تشخیص داده و مکرراً آن را انجام دهند، آن موضوع رنگ ارتکاز به خود می‌گیرد. ارتکاز هنگامی معتبر است که ریشه در عهد معصومان داشته و ایشان آن را تأیید کرده باشند (همان: ۱۹۴) یا به عقیده برخی، لااقل آن را رد نکرده باشند و صرف عدم ردع معصوم برای اعتبار آن کافی و کاشف از امضا است (امام خمینی، ۱۴۲۶: ۶۵). حال، شواهدی بر جریان



فضولی در ایقاعات از عهد معصومان علیهم السلام و عدم ردع ایشان و بلکه امضای آن بزرگواران وجود دارد. فارغ از بحث پیرامون ماهیت حقوقی قبض، عده‌ای آن را به مثابه ایقاع دانسته (خوانساری، بی تا: ۵۸۲). و معتقدند: حدیث عروه بارقی (نوری، ۱۴۰۸: ۲۴۵) یعنی از دلایل عمده امکان تنفیذ معاملات فضولی، بر قبض فضولی عروه و امکان تنفیذ آن دلالت دارد (مامقانی، ۱۳۱۶، ۳: ۳۹۵). همچنین نثار سکه‌های غیر در عروسی، ایقاع فضولی قلمداد شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۷۶۸). ذیل ماده ۶۷۴ قانون مدنی: «در مورد آنچه در خارج از حدود وکالت انجام شده است، موکل هیچ‌گونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند» نیز که به جای «معاملات»، «اعمال فضولی» آمده، می‌تواند بر امکان تنفیذ ایقاع فضولی دلالت کند. در هر صورت، نگاه کارکردگرایانه بر معتبر بودن ایقاع فضولی با تنفیذ دلالت دارد.

حال باید دید، سودمندی پذیرش جریان فضولی در ایقاعات در نظام روابط اجتماعی در تمامی موارد صادق است؟ به نظر می‌رسد، مقتضای مصالح فردی و اجتماعی ما را به نگاه محتاطانه در حوزه حقوق خانواده فرامی‌خواند. در روابط خانوادگی وجود ایقاعاتی مانند طلاق، فسخ نکاح، رجوع از طلاق و بذل مدت در نکاح منقطع، ارتباط مستقیمی با بقاء و انحلال نهاد خانواده دارد؛ نهادی که حفظ کیان آن به باور برخی (جمعی از مؤلفان، بی تا: ۷۶) از مقاصد شریعت است. بنابراین از آنجا که شناسایی جریان فضولی در این موارد، می‌تواند به تسهیل روند فروپاشی خانواده و بروز آسیب‌های فردی و اجتماعی منجر گردد؛ باید پذیرفت که ایقاع فضولی در روابط غیرمالی یا شخصی و خانوادگی برخلاف روابط مالی، نه تنها کارکرد مفیدی ندارد؛ بلکه مضر نیز هست. توجه به فلسفه تفاوت میان طلاق فضولی و نکاح فضولی نیز مؤید این دیدگاه است که شارع به موضوع بقاء و انحلال خانواده اهتمام ویژه‌ای دارد؛ زیرا طبق نظر مشهور امامیه، طلاق فضولی باطل است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ۳۰)؛ در حالی که مشهور، نکاح فضولی را با لحوق اجازه اصیل نافذ دانسته‌اند (سبحانی، بی تا: ۲۱۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۲۹۰). شایان‌ذکر است، برخی از حقوقدانان هم، در تحلیل اصل آزادی ایقاعات، بین ایقاعات مالی و غیرمالی تفاوت قائل شده و معتقدند با توجه به اهمیت نهاد خانواده در اجتماع، باید از پذیرش اصل آزادی ایقاع در روابط غیرمالی خودداری نمود (صادقی مقدم، شعبانی

و سهرابی، ۱۳۹۴: ۶۸).

## ۶.۲. بطلان ایقاع فضولی در روابط غیرمالی

اشاره شد، مشهور فقیهان طلاق فضولی را باطل می‌دانند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ۳۰) و حتی بعضی این امر را اجماعی دانسته‌اند (قزوینی، ۱۴۲۴، ۲: ۷۸۵). این مطلب هنگامی مهمتر جلوه می‌نماید که قائل شدن به امکان تنفیذ برای طلاق فضولی، می‌تواند بقای خانواده را که مورد اهتمام شارع است، با تهدید مواجه سازد؛ از همین روی، برخی ضمن پذیرش امکان تنفیذ ایقاع فضولی، شمول آن را نسبت به طلاق فضولی نپذیرفته و ضمن عدم رد کلی اجماع (عراقی، ۱۴۲۱: ۲۲۱؛ آملی، ۱۳۸۰: ۱۲۶)، آن را منصرف به طلاق می‌دانند (یزدی، ۱۴۲۱: ۱۳۳؛ نایینی، ۱۴۱۳: ۲). بنابراین به نظر می‌رسد بطلان، ضمانت اجرای انشای فضولی طلاق باشد. پذیرش تسری وضعیت طلاق فضولی یعنی بطلان به فسخ نکاح فضولی هم دور از ذهن نیست. خصوصاً آنکه هر دو از ایقاعات مزیل رابطه زوجین و روابط خانوادگی و شخصی است. همچنین تصریح شده است که رجوع در عده طلاق نیز، قابلیت تحقق به وسیله فضول را ندارد (نایینی، ۱۳۷۳: ۲۱۱؛ آملی، ۱۳۸۰: ۱۲۵). ممکن است گفته شود فضولی صرفاً در امور نیابت پذیر جریان دارد و چون رجوع از طلاق، نیابت پذیر نیست؛ به صورت فضولی قابلیت انشاء ندارد. اما با دقت در اقسام رجوع<sup>۴</sup> یعنی رجوع لفظی و رجوع فعلی، معلوم می‌شود تصور نیابت در رجوع لفظی غیرممکن نیست. بنابراین نمی‌توان وفق این مبنا بطلان رجوع فضولی را استنباط کرد. از همین رو به نظر می‌رسد بطلان آن، معطوف به شخصی بودن ایقاع رجوع از طلاق بوده و با تکیه بر مبنای نظریه تفکیک، یعنی افتراق ایقاع مالی از ایقاع شخصی به نحو دقیق، قابل توجیه باشد. لازم به ذکر است برخی از حقوقدانان، نظر به همین شخصی بودن این عمل حقوقی و ارتباط آن با بقاء و انحلال خانواده، معتقدند فضولی نه تنها در طلاق، در رجوع از طلاق هم جریان ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۶۰-۱۵۹). از آنچه گفته شد، بطلان بذل مدت فضولی در نکاح منقطع نیز مستفاد می‌گردد؛ به‌ویژه آنکه نحوه نگارش ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی هم نوعی اشتراک بین طلاق، فسخ نکاح و بذل مدت در

نکاح منقطع را از این حیث، متبادر می‌سازد. در این ماده آمده است: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود». حاصل آنکه ایقاع فضولی غیرمالی باطل است.

### ۶.۳. امکان تنفیذ ایقاع فضولی در روابط مالی

بر اساس نظریه تفکیک وضعیت ایقاع فضولی در روابط مالی و غیرمالی، ایقاعات فضولی مالی، مانند فسخ، ابراء و اخذ به شفعه قابل تنفیذ است و مواردی از این دست که باطل انگاشته شده، قابل انتقاد است. یکی از آن‌ها، عتق فضولی است که به دلیل وجود شائبه عبادت و اشتراط قصد قربت در این ایقاع، امکان تنفیذ آن با تردید رو به رو شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۴۵). وجود شائبه عبادت در عتق و اشتراط قصد قربت در آن، برای عدم جریان فضولی در آن، دلیل محسوب نمی‌شود. زیرا به طور کلی در ایقاعات متضمن قصد قربت هم، وضعیت عدم نفوذ می‌تواند حادث گردد؛ چه اینکه متعلق قصد قربت نه فعل فضول، بلکه فعل اجازه کننده است (مکارم شیرازی، همان: ۲۴۵). عده‌ای هم در عبادات توکیل پذیر، فضولی را جاری دانسته‌اند (حکیم، بی تا: ۲۰۸). گذشته از آن، با آنکه نکاح نیز عبادت دانسته شده است (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۲)، از نظر مشهور، با اجازه نافذ است (سبحانی، بی تا: ۲۱۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۲۹۰).

پاره‌ای از حقوقدانان، فضولی را حتی در اخذ به شفعه، فسخ نکاح، فسخ معامله به استناد اختیار غبن یا عیب، جاری نمی‌دانند؛ زیرا شرط این اعمال رعایت فوریت است و تأخیر ناشی از امضای مجیز با این فوریت در تضاد است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۶۰ - ۱۵۹). در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: اولاً: اجازه مالک لزوماً باعث تأخیر و زوال فوریت نخواهد شد، ثانیاً: فضول گاهی این ایقاعات را انشاء می‌کند که مالک از پیدایش حق آگاه نیست و روشن است در صورت جهل، حق فسخ یا حق شفعه ساقط نمی‌گردد و اصیل پس از علم به پیدایش حق، می‌تواند با رعایت فوریت عرفی به تنفیذ فسخ یا اخذ به شفعه فضولی اقدام کند.

بنابراین، نظریه تفکیک از مبنایی مشخص یعنی اختصاص امکان تنفیذ به

ایقاعات مالی فضولی و بطلان به ایقاعات غیرمالی فضولی برخوردار است و می‌تواند تشتت آرای فقهی و حقوقی در باب وضعیت ایقاع فضولی را سامان دهد و نیز شهرت فتوایی بطلان طلاق فضولی را توجیه سازد و مبنایی موجه برای بطلان رجوع فضولی از طلاق، فسخ نکاح فضولی و بذل مدت فضولی در نکاح منقطع (بر فرض ایقاع بودن آن) به شمار آید.

### ۷. تأثیر نقلی یا کشفی اجازه در ایقاع فضولی

حال، بر اساس نظریه تفکیک، اجازه اصیل در ایقاعات فضولی مالی از چه زمانی مؤثر است؟ ایقاع یا اجازه. از آنجا که تأثیر اجازه بر گذشته خلاف منطق حقوق است؛ باید اثر اجازه را نقلی دانست و ایقاع فضولی را از زمان اجازه نافذ دانست. به بیان دیگر، شرط صحت ایقاع انتساب به اصیل است و اجازه بعدی نمی‌تواند بر گذشته تأثیر بگذارد و آن را از زمان وقوع، منتسب به اصیل سازد؛ بلکه از زمان اجازه آن را منتسب به اصیل و نافذ می‌گرداند. برخی از حقوقدانان گفته‌اند: «رضا به عنوان یک شرط برای تحقق هر عمل حقوقی ضروری است و مقتضای عادی این وضعیت، بطلان ایقاع فضولی و عدم تأثیر رضای بعدی است» (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). در واقع ایشان، به استناد آنکه اجازه متأخر نمی‌تواند بر ایقاع متقدم تأثیر بگذارد و اینکه این خلاف قاعده، مختص به عقود است، ایقاع فضولی را باطل دانسته‌اند. به نظر می‌رسد، اولاً: با قائل شدن به نظریه نقل که با منطق حقوقی نیز سازگار است، می‌توان زمان جریان آثار ایقاع را هنگام تنفیذ دانست؛ نه اینکه کلاً ایقاع فضولی را باطل شمرد؛ ثانیاً: پایبندی به فرض کشف حکمی نیز با اشکال مزبور همراه نیست؛ زیرا، در این فرض نیز اجازه لاحق کاشف از آن نیست که ایقاع فضولی حقیقتاً از حین انشاء مؤثر بوده، بلکه حکم شارع اقتضا دارد، آثار حقوقی از هنگام انشاء جاری گردد. ظاهر ماده ۲۵۸ قانون مدنی ۵ هم نشان می‌دهد قانونگذار بر نظریه کشف حکمی اجازه در معاملات فضولی صحه گذارده است. بنابراین استدلال مزبور تنها در صورت حکومت نظریه کشف حقیقی اجازه، صادق خواهد بود؛ چه اینکه از منظر اصولی تنها در این حالت است که اجازه در گذشته تأثیر کرده و کشف می‌نماید که ایقاع فضولی از هنگام انشاء دارای اثر است (نک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸: ۲۴۸).

علاوه بر آن، چنان‌که در بحث شرط متأخر در علم اصول بیان گردیده، تأثیر شرط لاحق بر مشروط سابق در عالم خارج نادرست است، اما در مانحن فیه که شرطیت انتساب و رضایت برای ایقاع کننده از امور اعتباری و به دست اعتبار کننده است (خویی، ۱۴۲۲: ۳۲۱)، تحقق مشروط پیش از ثبوت شرط دور از ذهن نیست. بنابراین، عقلاً می‌توانند تأثیر اجازه را بر ایقاع فضولی اعتبار نمایند.

#### ۸. نتیجه و پیشنهاد

به منظور تعیین وضعیت حقوقی انواع ایقاع فضولی اعم از مالی مانند فسخ و غیرمالی مانند طلاق، نگارندگان با توجه به نبود حکم مشخصی در متن قانون، با مراجعه به آرای معتبر فقیهان امامیه، کوشیدند تا از طریق تبیین نظرات، دسته‌بندی، تحلیل و نقد آن‌ها، به وضعیت حقوقی آن نائل آیند. از میان دو نظریه موجود در این زمینه، یعنی نظریه عدم نفوذ ایقاع فضولی و نظریه بطلان ایقاع فضولی، هیچ‌یک به نحو مطلق قابل پذیرش نبوده و نیازهای جامعه را برآورده نمی‌سازد. نظریه تفکیک وضعیت حقوقی ایقاع فضولی بر اساس روابط مالی و غیرمالی از ایرادهای آن دو نظر مصون‌تر و با مصالح اجتماعی و اهمیت نهاد خانواده سازگارتر است. وفق این نظر، ایقاع فضولی در امور غیرمالی (خانوادگی و شخصی) باطل، اما در امور مالی قابل تنفیذ است. با ارائه مبنای افتراق ایقاعات فضولی بر اساس موضوعش آنکه یا مالی است و یا غیرمالی و شخصی، ضمن ارائه یک مبنای مشخص، از تشتت آراء نیز جلوگیری می‌شود. آنچه به نظریه مختار نگارندگان قوام بیشتری می‌بخشد، نگاه کارکردگرایانه به ایقاع فضولی در نظام روابط اجتماعی است. با این نگاه ایقاع فضولی در روابط مالی می‌تواند در پاره‌ای از مناسبات سودمند باشد؛ در حالی که پذیرش امکان تنفیذ ایقاع فضولی در روابط غیرمالی آثار نامطلوب دارد. سرانجام نویسندگان با پذیرش وضعیت عدم نفوذ در روابط مالی، از میان سه نظریه نقل، کشف حکمی و کشف حقیقی درباره تأثیر اجازه اصیل، نظر اول را انتخاب نمودند؛ مگر آنکه از نظر قانون مدنی نظریه کشف حکمی استنباط شود.

در پایان پیشنهاد می‌شود قانونگذار، بر مبنای نظریه برگزیده در این تحقیق، خلأ

قانونی درباره ایقاع فضولی را مرتفع سازد.

### پی‌نوشت‌ها

۱. در تألیفات فقهی هرگاه سخن از جریان فضولی در ایقاع یا عقد می‌شود، مقصود امکان تنفیذ ایقاع یا عقد فضولی است و عدم جریان هم بر بطلان آن دلالت دارد.
۲. عتق عبارت است از آزاد کردن برده و در شمار ایقاعات است. هرچند امروزه این عمل حقوقی کارایی ندارد، اما به لحاظ نظری و اثری که در کلیت موضوع دارد، سخن گفتن از آن بی‌بهره نیست.
۳. «واهب باید مالک مالی باشد که هبه می‌کند».
۴. ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی: «رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند...».
۵. «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن، اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود».

### منابع

#### الف. فارسی

- الهی خراسانی، علی (۱۳۹۲)، **قاعده فقهی عدالت**، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی امامی، سید حسن (۱۳۴۰)، **حقوق مدنی**، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیة انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری (۱۳۸۸)، **دانشنامه حقوق خصوصی**، ج ۲، تهران: انتشارات جنگل و جاودانه
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، **حقوق مدنی**، تهران: کتابخانه گنج دانش
- بهرامی، بهرام (۱۳۷۷)، **معامله فضولی**، تهران: انتشارات روزنامه رسمی کشور
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش
- حائری، مسعود (۱۳۷۳)، **تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادی»**، تهران: انتشارات کیهان
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **سقوط تعهدات**، تهران: انتشارات مجد
- صادقی مقدم، محمد حسن؛ هادی شعبانی و یاسر سهرابی (۱۳۹۴)، «اصل آزادی ایقاعات در فقه امامیه و حقوق ایران»، **آموزه‌های فقه مدنی**، شماره ۱۱، ۷۲ - ۴۹

تحلیل حقوقی فقهی وضعیت ایقاع فضولی در روابط مالی و غیرمالی ۲۰۳

فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۸)، اصول فقه شیعه، ج ۴، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار  
فصیحی زاده، علیرضا (۱۳۷۷)، اذن و آثار حقوقی آن، قم: بوستان کتاب  
فصیحی زاده، علیرضا و عباس کیانی (۱۳۹۳)، «تحلیل حقوقی اندراج شرط در ضمن ایقاع  
و آثار آن»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۹، ۵۸ - ۳۱  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، حقوق مدنی: ایقاع، تهران: نشر میزان  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، حقوق مدنی: درس‌هایی از شفعه، وصیت و ارث، تهران: نشر  
میزان

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار

#### ب. عربی

آملی، محمدتقی (۱۳۸۰)، مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی، ج ۱۲، تهران: مؤلف  
ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین (۱۴۰۵)، عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث  
الدینیة، ج ۳، قم: دار سید الشهداء للنشر  
اصفهان‌ی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۲، قم: انوار الهدی  
امام خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۶)، الاجتهاد و التقلید، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار  
امام خمینی  
امام خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱)، کتاب البیع، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام  
خمینی  
انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، المکاسب، ج ۳، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم  
انصاری

بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی (۱۴۰۳)، بلغه الفقیه، ج ۲، تهران: منشورات مکتبه الصادق  
جمعی از مؤلفان (بی‌تا)، مجله فقه اهل‌البيت عليهم‌السلام، ج ۲۵، قم: موسسه  
دائرة‌المعارف فقه اسلامی

جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۳)، موسوعه الفقه



الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، ج ۵، قم: موسسه دائره المعارف  
فقه اسلامي

حائري، سيد كاظم (۱۴۲۳)، فقه العقود، ج ۲، قم: مجمع انديشه اسلامي

حكيم، محسن (بي تا)، نهج الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن

حكيم، محمدتقي (۱۴۱۸)، الاصول العامه في الفقه المقارن، قم: مجمع جهاني اهل بيت  
(ع)

خوانساري، محمد (بي تا)، الحاشيه الثانيه على المكاسب: بي تا

خويي، سيد ابوالقاسم (۱۴۲۲)، محاضرات في اصول الفقه، ج ۳، قم: موسسه احياء آثار  
الامام الخويي

خويي، سيد ابوالقاسم (بي تا)، مصباح الفقاهه في المعاملات، ج ۴، قم: انصاريان

روحاني، سيد صادق (۱۴۱۲)، فقه الصادق، ج ۲۲، قم، دار الكتاب: مدرسه امام صادق (ع)

سبحاني، جعفر (بي تا)، نظام النكاح في الشريعه الاسلاميه الغراء، ج ۱، قم: بي تا

سبزواري، سيد عبد الاعلى (۱۴۱۳)، مهذب الاحكام، ج ۱۶، قم: دفتر مولف

شهيد اول، محمد بن مكي (بي تا)، القواعد و الفوائد، ج ۱، قم: كتابفروشي مفيد

شهيد اول، محمد بن مكي (۱۴۱۴)، غايه المراد في شرح نكت الارشاد، ج ۳، قم:

انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم

شهيد ثاني، زين الدين بن علي (۱۴۱۰)، الروضه البهيه في شرح اللمعه دمشقيه، محشاي

كلاوتر، ج ۶، قم: كتابفروشي داوري

شهيد تبريزي، ميرفتاح (۱۳۷۵)، هدايه الطالب الي اسرار المكاسب، ج ۲، تبريز: چاپخانه

اطلاعات

شيخ طوسي، ابو جعفر (۱۴۰۷)، الخلاف، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامي

طباطبايي قمي، تقى (۱۴۱۳)، عمدہ المطالب في التعليق على المكاسب، ج ۲، قم:

كتابفروشي محلاتي

عراقي، ضياء الدين (۱۴۲۱)، حاشيه المكاسب، قم: انتشارات غفور

علامه حلى، حسن بن يوسف (۱۳۸۸)، تذكرو الفقهاء، قم: موسسه آل البيت  
 فياض، محمد اسحاق (بى تا)، تعاليق مبسوطه على العروه الوثقى، ج ۸، قم: انتشارات  
 محلاتى

قزوينى، على (۱۴۲۴)، ينابيع الاحكام فى معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، قم: دفتر انتشارات  
 اسلامى

كلينى، محمد (۱۴۰۷)، الكافى، ج ۶، تهران: دار الكتب الاسلاميه  
 مامقانى، محمد حسين (۱۳۱۶)، غايه الآمال فى شرح كتاب المكاسب، ج ۳، قم: مجمع  
 الذخائر الاسلاميه

مكارم شيرازى، ناصر (۱۴۲۵) انوار الفقاهه - كتاب البيع، قم: مدرسه الامام على بن ابى  
 طالب

نايينى، محمد حسين (۱۴۱۳)، المكاسب و البيع، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامى  
 نايينى، محمد حسين (۱۳۷۳)، منيه الطالب فى حاشيه المكاسب، ج ۱، تهران: المكتبه  
 المحمديه

نورى، حسين بن محمد تقى (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۳، قم:  
 موسسه آل البيت

يزدى، سيد محمد كاظم (۱۴۲۱)، حاشيه المكاسب، ج ۱، قم: موسسه اسماعيليان