

## تحلیل انتقادی نظریه فقهی عدم تأثیر اجازه بعد از رد در عقد فضولی<sup>۱</sup>

علمی - پژوهشی

حجت عزیزاللهی \*

عبدالحمید مرتضوی \*\*

سید امیر مقدس زاده \*\*\*

### چکیده

طبق نصوص متقن یکی از شروط انتقال اموال به ملکیت دیگری، رضایت مالک است؛ لذا از آنجاکه در عقد فضولی این رضایت روشن نیست؛ شارع مقدس صحت این عقد را منوط به اجازه مالک می‌داند؛ فقها برای نفوذ این اجازه شرایطی را بیان نموده‌اند؛ برخی از این شرایط اتفافی بوده و در برخی دیگر بین فقها اختلاف نظر وجود دارد که از جمله شرایط اختلافی عدم تقدم رد بر اجازه است؛ مشهور فقها قائل به اشتراط این شرط بوده و در این باره به ادله‌ای مانند اجماع و قاعده تسلیط را بیان نموده‌اند؛ پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی ابتدا به بررسی نظرات در مورد ماهیت اجازه در عقد فضولی پرداخته و ده نظریه را استقصاء نموده است؛ و در نتیجه می‌توان گفت ادله نظریه مشهور فقها در عدم تأثیر اجازه بعد از رد قابل مناقشه بوده و بر اساس اختلاف در ماهیت اجازه در عقد فضولی در مورد تأثیر اجازه بعد از رد اختلاف وجود دارد؛ به این صورت که اگر اجازه را کاشف محض یا کاشف از رضایت تقدیری یا اجازه را شرط متعقب بدانیم اجازه بعد از رد نافذ بوده ولی طبق نظریه نقل یا کشف حکمی یا عقد جدید اجازه، با آمدن رد مالک انشاء مشتری ملغاً شده و اجازه بعدی تأثیری ندارد.

**کلید واژه‌ها:** عقد فضولی، اجازه، رد اولیه، تسلیط، رضایت باطنی.

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۱/۰۶/۲۰) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۰۸/۱۴)

\* استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه یزد، (نویسنده مسؤول)

h.azizollahi@azd.ac.ir

\*\* استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد ساری دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.

amortazavi@gmail.com

\*\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه محدث نوری، نور، مازندران، ایران.

## ۱- مقدمه

قانون مدنی عقد بیع را به «تملیک عین بعوض معلوم» تعریف نموده که این تملیک باید دارای شرایط عمومی صحت معامله باشد در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مقرر شده برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است. ۱- قصد و رضای طرفین ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله.

طبق این ماده و اجماع فقهاء و حقوقدانان زمانی عقد بیع صحیح و کامل می باشد، که اولاً عقد بیع از اهل آن صادر شود؛ به این معنی که بایع مالک یا نماینده قانونی مالک باشد و اهلیت قانونی برای عقد بیع داشته باشد. ثانیاً قصد و رضایت به انجام عقد بیع باید باشد. اما در مورد عقد فضولی نه عقد از جانب مالک یا مأذون او انجام شده و نه مالک قصد و رضایت نسبت به انجام این معامله دارد. (انصاری، ۱۴۲۴، ۳/۲۹۵ و ۳۰۷)

اما بیع فضولی دو شرط از شرایط اساسی صحت معامله را ندارد و باید چنین بیعی طبق اصل و قاعده باطل باشد. اما اکثر حقوقدانان و فقهاء بیع فضولی را با اجازه بعدی از طرف مالک صحیح می دانند. پژوهش حاضر در صدد بررسی ماهیت اجازه و در ادامه نقد نظریه مشهور فقها در مورد اجازه بعد از رد می باشد.

از آنجا که بحث بیع فضولی معرکه آراء فقهاء و حقوقدانان قرار گرفته به طوری که هر فقیه و حقوقدانی درباره آن نظرات خود را بیان کرده و همین سبب شده که ادله و اشکال ها و جوابهای مختلفی در این بحث بیان شود. و مقالات و پژوهشهای مختلفی در این زمینه تدوین شده است؛ از جمله مهمترین آنها مقاله کشف و نقل در بیع فضولی (موسی زاده، ۱۳۸۵: ۱۶۹) بوده که صرفاً به دو نظریه مشهور کاشفیت و ناقلیت اجازه در عقد فضولی پرداخته و نیز مقاله نقدی بر مبانی ماده ۲۵۰ قانون مدنی (کیخا، ۱۴۰۰، ۳۰۵) که به نقد ماده مشهور در مورد اجازه مسبوق به رد پرداخته است. در حالیکه مقاله حاضر در صدد تبیین ماهیت اجازه و در نهایت در پرتو این تفاوت نظرات در مورد اجازه به نقد نظریه عدم تاثیر اجازه بعد از رد پرداخته است

اما مقاله حاضر در جستجوی پاسخ به این سوال است که ماهیت اجازه در بیع فضولی چیست؟ و بر اساس این ماهیت نظر مشهور فقها در مورد عدم تاثیر اجازه بعد از رد قابل پذیرش است؟ برای نیل به این هدف ابتدا باید ماهیت ثبوتی اجازه در عقد فضولی بر اساس قواعد عمومی بررسی گردد و سپس ماهیت اثباتی آن مطابق روایات تبیین شده و سپس به تاثیر رضایت باطنی بر اجازه و ادله فقها

مبنی بر کفایت و عدم آن مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت به تحلیل ادله مشهور بر عدم تاثیر اجازه بعد از رد و نقد آنها می پردازیم.

## ۲- ماهیت ثبوتی اجازه

ما در بحث ماهیت اجازه به دو طریق بحث خواهیم کرد. طریق اول طبق قواعد و عمومات، چه اقوالی را می توان ثبوتاً در مورد اجازه مطرح کرد اقوالی که دارای اشکال عقلی نباشند و مخالف با قواعد اصلی و عمومات هم نباشند. طریق دوم در مورد ادله خاصه ای که در بحث ادله صحت بیع فضولی آوردیم بحث خواهیم کرد که این ادله خاص دلالت بر کدام یک از اقوال دارد. به عبارت دیگر بحث ما در طریق اول نبوتی است که امکان طرح چه اقوالی وجود دارد و مطابق قواعد و عمومات میباشد در طریق دوم بحث اثباتی میکنیم که آیات و روایات خاصه فضولی دلالت بر کدام یک از اقوال مطرح شده دارند.

### ۱-۲- کاشفیت

بعض اقوال اجازه را کاشف از این می دانند که عقد از همان ابتداء صحیح و کامل بوده ملکیت و آثار عقد هم از همان زمان انعقاد عقد جاری میشود. به این قول اصطلاحاً در باب فضولی کشف حقیقی گفته میشود. به این معنی که اجازه کشف میکند که در حقیقت عقد از همان زمان انعقاد کامل بود که این قول به صور مختلف تقریر شده است:

الف: کشف حقیقی به صورت کشف محض

آنچه سبب نام در نقل و انتقال میباشد فقط عقد است و اجازه هیچ تأثیری در عقد ندارد؛ نه جزء عقد محسوب میشود و نه شرط صحت عقد میباشد؛ بلکه اجازه فقط کاشف محض و علامت تمام بودن عقد میباشد؛

دلیل این قول اطلاق آیه اوفوا بالعقود میباشد که می فرماید فقط باید به نفس عقد وفاء کنید و اگر چیز دیگری در کنار عقد شرط بود باید می فرمود: اوفوا بالعقود مع الاجازه پس عقد، سبب نام در نقل و انتقال میباشد و شرط دیگری ندارد. (شهیدثانی، ۱۴۱۴: ۱۹۰/۲ نجفی، بی تا: ۲۸۸/۲۲) البته دلیل اشکالاتی دارد که مهمترین آنها عدم مقام بیان است. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۳۱/۱)

## ب- کشف از رضایت تقدیری

اجازه کاشف از رضایت تقدیری مالک در زمان عقد میباشد. به این تقریر که تنها مشکلی که در عقد فضولی میباشد این است که عقد با رضایت مالک منعقد نشده است. طبق این قول آنچه در عقد فضولی وجود ندارد رضایت فعلی مالک است؛ ولی رضایت تقدیری مالک در این معامله با اجازه او فهمیده می شود.

مالک این معامله فضولی را اجازه داده پس اگر در زمان معامله هم علم به آن داشت، حتماً راضی به این معامله میشد که این رضایت بنابر تقدیر و فرض علم مالک به معامله فضولی است و همین مقدار رضایت تقدیری کافی است که عقد در زمان خودش کامل و صحیح باشد، که همان قول کشف حقیقی می باشد. (رشتی، ۱۴۰۱: ۱۸۴)

اما این قول و استدلال مبتنی بر دو مقدمه صغری و کبری میباشد که هر دو مقدمه آن مورد اشکال می باشد. زیرا اولاً از کجا معلوم مالک چون در حال حاضر اجازه داده، وما برای فهمیدن رضایت تقدیری مالک باید عالم به غیب باشیم. (خویی، ۱۴۱۲: ۱۳۷/۴) و ثانیاً از ادله ای اشتراط رضایت در عقد بر میآید که رضایت فعلی شرط است. نه رضایت تقدیری و الا موجب اختلال نظام می شود. (انصاری، ۱۴۲۴: ۳/۳۸۰)

## ج- شرطیت تعقب اجازه

در این قول تعقب و لحوق اجازه شرط برای صحت عقد فضولی می باشد، یعنی خود اجازه در اینجا شرط نیست بلکه تعقب اجازه شرط میباشد که این شرط مقارن با عقد خواهد بود و مشکلی هم از لحاظ عقلی وجود ندارد. در واقع حکم شارع بر روی العقد المتعقب بالاجازه رفته است. (کوه کمری، ۱۴۰۹: ص ۱۳۹۶ نائینی، ۱۴۲۴: جلد ۱، ص ۲۳۴)

اما این قول قابل پذیرش نیست زیرا تعقب و تأخر اجازه یک امر انتزاعی و اضافی محض میباشد و منشاء انتزاع آن خود اجازه می باشد و امر انتزاعی به تنهایی نمیتواند تأثیر گذار باشد بلکه تأثیر آن به منشأ انشاء آن است؛ یعنی زمانی امر انتزاعی تأثیر گذار است که منشأ انتزاع آن هم موجود باشد.

## د- کشف انقلابی

اجازه عقد را منقلب کرده و عقدی را که تا زمان اجازه موثر نبوده از همان لحظه انعقاد موثر می کند. در نتیجه از زمان عقد تا اجازه موثر نبود، اما وقتی که اجازه مالک می آید همین عقد فضولی منقلب شده و از لحظه انعقاد خود تأثیر می گذارد و نقل و انتقال از لحظه عقد حاصل میشود. پس

این عقد از لحظه انعقاد تا اجازه بدون این که چیزی کم و زیاد شود، منقلب شده است. (خراسانی، ۱۴۰۶: ۶۱)

اما دلیل این قول این است که اجازه وقتی می آید به مضمون عقد فضولی تعلق می گیرد و مضمون عقد فضولی هم نقل ملکیت از همان لحظه انعقاد میباشد. پس مالک نقل از زمان عقد را اجازه داده و اگر نقل در زمان اجازه محقق شود لازم می آید که نقل مخالف قصد مالک محقق شود. در حالی که طبق قاعده العقود تابعه للقصوده که عقد باید طبق قصد مالک محقق شود. پس طبق این تقریر اجازه باعث تاثیر عقد فضولی میشود و چون اجازه به مضمون عقد تعلق میگیرد. این اجازه باعث می شود که نقل و انتقال از همان زمان عقد حاصل شود. پس این اجازه باعث انقلاب عقد فضولی شده و عقد فضولی را که از ابتداء موثر نبود، موثر می کند. (طباطبائی، ۱۴۱۲: جلد ۵ ص ۱۹۵)

در این استدلال بیان شد که نقل از زمان عقد جزء مضمون عقد میباشد و اجازه به همان تعلق میگیرد. این مطلب صحیح نیست چون مضمون عقد، فقط طبیعت نقل بما هو هو است و قصد متعاملین هم این است که اصل نقل حاصل شود حال این نقل در هر زمانی که محقق شود. فرقی نمی کند؛ و زمانی که عقد در آن واقع شده جزء و قید مضمون عقد نمی باشد، بلکه ظرف عقد می باشد که هیچ تأثیری بر مضمون عقد که اصل نقل است، نمی گذارد.

اجازه مالک هم به مضمون عقد که همان اصل نقل است تعلق میگیرد که ظهور اولی اجازه این است که این نقل در همان زمان اجازه حاصل شود. به عبارت دیگر همان طوری که در عقد صحیح و کامل ظهور اولی عقد این است که نقل از همان زمان عقد حاصل شود، در عقد فضولی هم که با اجازه کامل میشود ظهور اولی این است که نقل از زمان اجازه حاصل شود. (انصاری، ۱۴۲۴: ۲۰۳/۳)

ه- کشف حکمی

قائلین به این قول برای اینکه کشف انقلابی را قبول نداشتند و آن را محال می دانستند و از طرفی کشف حقیقی را نتوانستند، تصحیح کنند و قول نقل را اگر چه مطابق با قواعد می دانستند، ولی مخالف با روایات بود؛ به خاطر همین قول وسطی را انتخاب کردند که هیچ کدام از اشکالات اقوال گذشته را نداشته باشد و آن کشف حکمی میباشد. به این معنی که اجازه باعث تأثیر عقد می شود و نقل ملکیت هم در زمان اجازه محقق میشود؛ ولی به خاطر روایات خاصی که در باب فضولی دلالت بر کشف دارند حکماً و تبعیاً، آثار و منافع مبیع از اول عقد برای مشتری می باشند. (نجفی، بی تا:

امام خمینی (ره) میفرماید ملکیت یک چیز غیر از آثار و منافع آن چیز نمی باشد و معنی ندارد همه آثار و منافع از ابتدای عقد بیاید ولی ملکیت از ابتدا نیاید و از زمان اجازه بیاید. یک شیء مسلوب المنفعت دیگر ارزش و مالیتی ندارد تا این که مورد ملکیت کسی واقع شود. (خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۲۲۷)

## ۲-۲- نقل

اجازه به صورت ناقل باشد یعنی عقد از زمان اجازه موثر باشد و نقل ملکیت و تمام آثار و منافع از زمان اجازه برای مشتری بیاید. دلیل این قول واضح میباشد؛ زیرا اجازه یا شرط عقد است و یا جزئی از عقد که در هر دو صورت ملکیت و اثر عقد بعد از اجازه می آید؛ زیرا اگر اجازه جزئی از عقد باشد که مسلماً عقد بدون اجازه ناقص است و تأثیری ندارد و عقد بعد از اجازه و کامل شدن تأثیر خود را می گذارد. اگر هم اجازه شرط باشد شرط جزء علت تامه نقل است، پس تا علت نامه محقق نشود و شرط نیاید نقل ملکیت هم حاصل نمیشود به خاطر این دلیل واضح و روشن بعضی از علماء قول نقل را طبق مقتضی قواعد می دانند. (رک: سید یزدی، ۱۳۷۸: ۱/۳۶۹-۳۳۱)

شیخ انصاری میفرماید لازمه نقل این است که یک چیز معدوم، در موجود اثر بگذارد؛ به این بیان که عقد در گذشته ایجاد شده و در حال اجازه معدوم میباشد و اگر ما اثر عقد را در حال اجازه قرار دهیم، لازمه اش این است که عقدی که در زمان اجازه معدوم است، اثر بگذارد و باعث نقل و انتقال شود. (انصاری، ۱۴۲۴: ۳/۴۰۸)

البته برخی از فقها ماهیت اجازه را به ایجاب جدید (قمی، ۱۳۷۰: ۱۷۳) یا اعطای مالکیت (نائینی، ۱۴۲۴: ۱/۲۱۲ و ۳۳۱) یا اعتبار حقیقی نیز میدانند؛ که با توجه به قلت قائلین این نظرات به آنها نمی پردازیم.

## ۳- ماهیت اثباتی اجازه

تا اینجا بحث ثبوتی و عقلی بود و اقوالی را طبق قواعد و اصول فقهی و حقوقی مطرح کردیم اما برای اینکه بتوانیم قولی را انتخاب کنیم که هم از لحاظ عقلی و هم از لحاظ شرعی مورد تأیید باشد، باید به روایات باب فضولی بپردازیم.

روایت اول -روایت عروه بارقی-: پیامبر به عروه دیناری را داد که با آن یک گوسفند بخرد؛ ولی عروه با آن یک دینار دو گوسفند خرید و یکی از آن دو گوسفند را به قیمت یک دینار فروخت. یک دینار و یک گوسفند را به پیامبر داد پیامبر فرمود بارک الله فی صفة یمینک.

نحوه دلالت این روایت بر کشف به این تقریر است که عروه علاوه بر بیع فضولی که انجام داد تصرفات حرامی در مال پیامبر بدون اذن او انجام داده که گوسفند پیامبر را بدون اذن او تحویل مشتری داد. اجازه پیامبر اگر چه باعث تصحیح بیع فضولی میشود ولی باعث عدم حرمت تصرفات عروه نمیشود و اگر عروه در اینجا کار حرامی انجام داده حرمت عمل او با تشویق پیامبر منافات دارد؛ زیرا پیامبر هیچ وقت عمل حرام را تشویق نمی کند.

پس باید این روایت را به نحوی تقریر کنیم که عمل عروه حرام نباشد و منافات با تشویق پیامبر نداشته باشد. در توجیه این منافات گفته شده که عمل عروه زمانی حرامی است که ما قائل به نقل یا کشف حکمی شویم؛ زیرا در این دو قول مشتری قبل از اجازه مالک گوسفند نیست و بر عروه حرام است که گوسفند را تحویل مشتری دهد ولی اگر ما قائل به کشف حقیقی با کشف انقلابی شویم

مشتری از زمانی عقدی که با عروه بسته مالک گوسفند خواهد شد و بر عروه حرام نیست که گوسفند را تحویل مشتری که مالک واقعی گوسفند است بدهد. در این صورت عمل عروه با تشویق پیامبر هم منافات ندارد. (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۶۹)

روایت دوم: روایت محمد بن قیس

این روایت در مورد مالک کنیزی است که به سفر رفته و در غیاب او پسرش آن کنیز را بدون اذن پدر به دیگری فروخت آن مشتری هم از این کنیز صاحب فرزند شد. وقتی مالک اصلی کنیز از سفر برگشت و فهمید که کنیز فروخته شده این بیع فضولی را اجازه نکرد. مالک و مشتری پیش امام باقر (علیه السلام) رفتند. امام حکم کرد که کنیز و بچه اش برای مالک اصلی آن است. مشتری دست به دامن امام شد که راه حلی به او نشان دهد امام فرمود که پسر مالک را حبس کن تا اینکه مالک، بیع فضولی پسرش را اجازه دهد. مشتری همین کار را انجام داد و مالک راضی شد و این بیع فضولی را اجازه کرد.

اما دلالت این روایت بر کشف به خاطر این است که اگر اجازه ناقل مالکیت باشد. پس بچه ای که از این کنیز به دنیا آمد برای مالک هست و همچنین اجرت کارهایی که کنیز از زمان عقد تا اجازه برای مشتری انجام داده برای مالک می باشد. در حالی که در این روایت وقتی مالک این بیع را اجازه کرد اصلاً حرفی از قیمت ولد و اجرت کارهای کنیز به میان نیامد. پس این روایت بنابر

کاشفیت اجازه می‌باشد که اجازه کشف میکند از اول عقد کنیز داخل در ملک مشتری شده؛ پس بچه ی کنیز هم برای مشتری می‌باشد و نیازی نیست که برای کارهای کنیز اجرت بدهد. این روایت دلالت بر کشف دارد ولی نوع کشف را مشخص نمی‌کند و امکان دارد که هر یک از انواع کشف کشف حقیقی یا حکمی با انقلابی باشد. در کشف حقیقی و انقلابی که واضح است. زیرا ملکیت کنیز از اول عقد برای مشتری می‌شود و بچه در ملک مشتری به دنیا آمد. در کشف حکمی هم تمام منافع و نماءات از اول عقد برای مشتری خواهد شد؛ پس هم بچه و هم کارهای کنیز که از منافع و نماءات کنیز هست برای مشتری می‌باشد.

روایت سوم: روایت مسمع

مسمع آبی سیار از امام صادق (علیه السلام) سوال کرد که من مالی را به امانت در نزد مردی قرار دادم و آن مرد آن را انکار کرد و قسم خورد که چنین مالی از من نگرفت. بعد از چند سال آن مرد در نزد من آمد و مالی که نزد او به امانت گذاشته بودم، به من داد و گفت: این مال تو و ۴۰۰۰ در هم به من داد و گفت این سودی است که از مال تو به دست آوردم و مرا حلال کن

امام فرمود: این سود را بگیر و نصف آن سود را به خودش بده و او را حلال کن بدرستی او مردی توبه کننده است و خدا توبه کنندگان را دوست دارد. (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۱۹)

در این قضیه که آن مرد ۴۰۰۰ درهم سود بعد از سالها به دست آورد که روشن است که معاملات متعدد و زیادی را بر روی مال مسمع انجام داده و حال که مسمع می‌خواهد آن معاملات را اجازه کند؛ اگر اجازه را ناقل بدانیم نقل ملکیت تا زمان اجازه حاصل نمی‌شود؛ بنابراین اجازه مسمع فقط به معامله اول تعلق می‌گیرد و معاملات بعدی آن مرد بر روی اموال اشخاص دیگری به صورت فضولی انجام شده است؛ زیرا در معامله اول که آن مرد مال مسمع را می‌دهد و ثمن مشتری را می‌گیرد این ثمن تا زمان اجازه مسمع در ملکیت مشتری قرار دارد.

اما بنابر کاشفیت اجازه مسمع می‌تواند تمام معاملات آن مرد را تأیید و اجازه دهد؛ به این بیان که مسمع وقتی معامله اول را اجازه کرد اجازه او کاشف از این است که در همان زمان معامله اول مسمع مالک ثمن شده بنابراین معامله دوم آن مرد هم بر روی مال مسمع می‌باشد و مسمع می‌تواند معامله دوم آن مرد را هم اجازه کند. همین طور معاملات بعدی همه بر روی مال مسمع خواهد بود و مسمع می‌تواند همه آنها را اجازه کند.



بنابراین این روایت میتواند دلالت بر کشف حقیقی یا انقلابی کند ولی بنا بر کشف حکمی همان اشکال نقل پیش می آید؛ زیرا در کشف حکمی اگر چه آثار و منافع از ابتداء برای مسمع می شود، ولی ملکیت ثمن تا زمان اجازه برای مشتری میباشد پس معامله دوم معامله فضولی بر روی مال مشتری خواهد بود و همچنین معاملات بعدی بر روی مال غیر است.

روایاتی که مطرح شد همه دلالت بر اصل کشف میکند و قول به نقل را رد می کنند. روایت عروه و مسمع هم کشف حکمی را رد میکنند. بنابراین روایات میتوانند هم دلالت بر کشف حقیقی و هم کشف انقلابی داشته باشد. در توضیح این دو نظریه گفتیم که در هر دو ملکیت از اول عقد می آید و هم کشف انقلابی اشکال عقلی ندارد و هم کشف حقیقی بنا بر شرط متأخر بودن اجازه قابل تصحیح است و از لحاظ عقلی مشکلی ندارد.

#### ۴- تاثیر رضایت باطنی در اجازه

در نحوه اداء اجازه طریقه های مختلفی مطرح شده است؛ بعضی از فقهاء اجازه را انشائی می دانند که باید ابراز شود. (شوشتری، ۱۳۹۰: ۱۰۷؛ سید یزدی، ۱۳۷۸: ۱۶۲/۱ خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷؛ نائینی، ۱۴۲۴: ۲۶/۱) بعضی ابراز قولی را شرط میدانند (شهیدثانی، ۱۴۱۴: ۱۹۸/۴) و بعضی ابراز فعلی کاشف از رضایت را کافی می دانند. (علامه، ۱۴۱۳: ۸/۲) بعضی فقها رضایت باطنی را در اجازه کافی میدانند و میگویند اجازه انشائی نیست. و نیازی به ابراز ندارد. (خمینی، ۱۳۷۹: ۲۷۸/۲) ما اولین بحثی که مطرح میکنیم این است که آیا در اجازه رضایت باطنی کافی است یا باید ابراز شود؟ چون بحث ابراز قولی یا فعلی مترتب بر این بحث می باشد.

به نظر قانون مدنی رضایت باطنی فقط برای اجازه مالک کافی نیست که در ماده ۲۴۸ به این مطلب صراحت دارد ( اجازه مالک نسبت به معامله فضولی حاصل میشود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضاء عقد دارد).

#### ۴-۱- ادله کفایت رضایت باطنی

نهایت چیزی که ادله و عمومات بیع بر آن دلالت دارند این است که معامله با رضایت مالک انجام شود و ابراز رضایت شرط نشده است از جمله این عمومات الا ان تکون تجاره عن تراض و الا یحل مال امرء الا عن طیب نفس که دلالت بر اشتراط مجرد رضایت مالک دارند. (خمینی، ۱۳۷۹: ۲۷۸/۲)

علاوه بر این ادله عامه ادله خاصه باب فضولی هم دلالت بر اشتراط نفس رضایت باطنی مالک

دارند. از جمله این ادله خاصه صحیحه حداء (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۶/۲۱۹) که نص عبارت امام این است که همین که به سن بلوغ رسیدند و راضی باشند کافی است و امام ابراز رضایت را شرط نکرد. طبق ادله مذکور بسیار روشن است که رضایت باطنی از لحاظ ثبوتی، بدون اشکال باعث تحقق بیع فضولی می‌شود، ولی از لحاظ اثباتی آن به مشکل بر میخوریم و اثبات چنین رضایتی در دادگاه بسیار سخت است.

#### ۴-۲- ادله عدم کفایت رضایت باطنی

قائلین به لزوم اظهار رضایت و عدم کفایت رضایت باطنی به ادله متعددی تمسک نموده اند از جمله اینکه اجازه جزئی از عقد محسوب میشود و مانند قبول در بیع است که مؤخر شده و همانطوری که قبول یک امر انشائی است که باید ابراز شود؛ همینطور اجازه عقد فضولی، انشائی است و نیاز به ابراز از جانب مالک دارد. (فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۲/۲۷)

#### ۵- اجازه بعد از رد

در این بحث اگرچه از بعضی علماء اجماع بر عدم تأثیر اجازه بعد از رد نقل شده، (نجفی، بی تا: ۲۲/۲۷۸) ولی طبق نظرات در مورد ماهیت اجازه، در مورد تأثیر اجازه بعد از رد نظرات مختلفی پدید می‌آید که طبق بعضی اقوال اجازه مؤثر در عقد است و طبق بعضی اقوال دیگر اجازه مؤثر نیست. اقوالی که طبق آنها اجازه بعد از رد بدون شک تأثیر گذار خواهند بود عبارتند از سه قولی اولی که در تقریر کشف حقیقی بیان شد ۱- اجازه کاشف محض باشد ۲- اجازه کاشف از رضایت تقدیری باشد ۳- تعقب اجازه شرط باشد

همانطوریکه در بحث قبلی بیان گردید در این سه قول عقد در زمان خودش کامل و نام میباشد. و بنابراین هیچ چیزی بعد از آن نمیتواند این عقد کامل را از بین ببرد حال چه بخواهد فسخ اصیل باشد که به زودی به آن اشاره میشود یا رد مالک.

البته طبق مبنایی که اجازه کاشف از رضایت تقدیری است میتوان اشکال کرد که با وجود ردی که مالک قبل از اجازه انجام داد، اجازه دیگر کاشف از رضایت تقدیری در زمان عقد نیست؛ زیرا رد از اجازه نزدیکتر به زمان عقد میباشد.

اما اقوالی که طبق آنها بدون شک اجازه بعد از رد تأثیری ندارد عبارتند از اقوالی که اجازه را جزئی از عقد می‌دانند که سه قول را شامل میشود ۱- نقل ۲- کشف حکمی، ۳- اجازه عقد جدید باشد. بنابراین

هر سه قول قبل اجازه عقد ناقص است و فقط از طرف مشتری انشاء عقد صورت گرفته و زمانی که رد مالک بیاید انشاء مشتری را از بین میبرد و چیزی باقی نمی ماند تا اجازه مالک به آن تعلق بگیرد. این بحث مانند رد ایجاب بایع توسط مشتری قبل از قبول می باشد، که اکثر فقها قائل به عدم تأثیر قبول مشتری بعد از رد ایجاب شدند. (شوشتری، ۱۳۹۰: ۱۰۷؛ خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷؛ سید یزدی، ۱۳۷۸: ۱/ ۶۲؛ نائینی، ۱۴۲۴: ۱/ ۲۶)

اما اقوالی که مورد بحث فقهاء واقع شده که آیا اجازه بعد از رد تأثیر گذار هست یا نه؟ آن دسته از اقوالی هستند که اجازه را شرط صحت و تأثیر عقد فضولی می دانند که عبارتند از ۱ کشف انقلابی ۲- نظریه اعتبار حقیقی - نظریه نمایندگی - کشف حقیقی بنابر اینکه اجازه شرط متاخر باشد. در این اقوال اصل عقد و اجزاء آن در زمان خودش کامل شده است و فقط شرط صحت و تأثیر آن که اجازه باشد، حاصل نشده است. بحث در اینجا این است که آیا رد مالک قبل از اجازه می تواند این عقد فضولی را از بین ببرد طوری که اجازه بعدی مالک هم نتواند این عقد را تصحیح کند؛ یا اینکه رد مالک توانایی از بین بردن این عقد را ندارد؛ زیرا اجزای این عقد کامل شده و با تعلق اجازه مالک اثر خود را خواهد گذاشت.

بعضی فقهاء برای عدم تأثیر اجازه بعد از رد استدلال کردند به آیه الناس مسلطون علی اموالهم همانطور که مالک تسلط دارد مال خود را به هر کسی که بخواهد بفروشد؛ همین طور طبق این آیه مالک تسلط دارد که علقه ای را که بین مشتری و مال به وجود آمده از بین ببرد. پس وقتی مالک با رد خود، این علقه را از بین برد دیگر چیزی نمی ماند که اجازه مالک به آن تعلق بگیرد. به بیان دیگر مالک با رد خود امر انشائی در عالم اعتبار را که توسط فضولی به وجود آمده، از بین می برد و چیزی وجود نخواهد داشت تا اجازه به آن تعلق بگیرد. (انصاری، ۱۴۲۴: ۳/ ۲۲۶)

اشکال اول بر این استدلال بین مشتری و مال مالک علقه و ارتباطی به وجود نیامده تا اینکه رد مالک بخواهد آن را از بین ببرد و آن مال هنوز در تسلط کامل مالک میباشد. (خراسانی، ۱۴۰۶: ۶۷؛ سید یزدی، ۱۳۷۸: ۱/ ۱۵۹) اگر بگویید که علقه عرفی بین مال مالک و مشتری به وجود آمده به طوری که این مال شانیت انتقال را دارد و دیگر نیاز به عقد جدید نیست؛ بلکه اجازه مالک باعث انتقال آن می شود. (نائینی، ۱۴۲۴: ۱/ ۲۵۵)

در جواب میگوییم که حتی اگر این ارتباط عرفی هم حاصل شود منافات با تسلط مالک ندارد. زیرا مقتضی تسلط مالک این است که ارتباطات واقعی بر مال خود را از بین ببرد، نه هر علقه ای را ولو

عرفی و غیر واقعی باشد. (خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۲۸۷)

اشکال دوم به این استدلال از بین بردن هرگونه علقه و ارتباط در مورد مال خود، به نحوی که اجازه بعدی هم فایده نداشته باشد از حقوق مالک و مقتضی سلطنه مالک نیست، بلکه این حکم شرعی است که به دست شارع و قانونگذار می‌باشد. به بیان دیگر فضول تنها کاری که در عقد فضولی انجام داد این است که معنی انشائی را در عالم اعتبار ایجاد کرد و مالک طبق سلطنه خود فقط می‌تواند این انشاء را اجازه بدهد یا اجازه ندهد و دلیلی وجود ندارد که مالک با سلطنت خود بتواند، انشاء فضولی در عالم اعتبار را هم از بین ببرد، بلکه از بین رفتن این امر انشائی، فقط توسط حکم شارع و قانونگذار است. (خراسانی، ۱۴۰۶: ۶۷ و سید یزدی، ۱۳۷۸: ۱/۱۵۹؛ نائینی، ۱۴۲۴: ۱/۲۵۴)

اما این مطلب که بیع و رد بیع فضولی هر دو مصداقی از سلطنت مالک است و مالک همانطوری که تسلط بر بیع دارد باید تسلط بر رد بیع فضولی هم داشته باشد قیاس مع الفارق است؛ زیرا بیع سلطنت بر مال خود می‌باشد ولی رد بیع فضولی در واقع از بین بردن سلطنت فضولی می‌باشد؛ زیرا طبق حکم شارع فضولی تسلط دارد که این معنی انشائی را در عالم اعتبار به وجود بیاورد. همانطوری که سلطنت مالک بر مال خود محترم است. همینطور سلطنت فضولی بر ایجاد این امر انشائی هم محترم است و این دو سلطنت هیچ منافاتی با هم ندارند. پس این امر انشایی فقط توسط حکم شارع از بین می‌رود، نه به وسیله رد مالک .. (خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۲۸۸)

### نتیجه‌گیری

از پژوهش حاضر می‌توان یافته‌های زیر را به‌عنوان نتیجه بیان نمود:

۱. در مقام بررسی ماهیت ثبوتی اجازه در عقد فضولی با توجه به قواعد عمومی ده نظریه قابل تصور است که عبارتند از کشف محض، کشف از رضایت تقدیری، شرطیت تعقب اجازه، کشف انقلابی، کشف حکمی، نقل، ایجاب جدید، اعطای مالکیت، اعتبار حقیقی.
۲. تمامی روایات مذکور در تبیین ماهیت اثباتی اجازه دلالت بر اصل کشف میکند و قول به نقل را رد می‌کنند. و روایت عروه و مسمع هم کشف حکمی را رد میکنند. بنابراین روایات میتوانند هم دلالت بر کشف حقیقی و هم کشف انقلابی داشته باشد. در توضیح این دو نظریه گفتیم که در هر دو ملکیت از اول عقد می‌آید و هم کشف انقلابی اشکال عقلی ندارد و هم کشف حقیقی بنا بر شرط متأخر بودن اجازه قابل تصحیح است و از لحاظ عقلی مشکلی ندارد.

۳. از تحلیل ادله فقها در مورد کفایت یا عدم کفایت رضایت باطنی از ابراز آن میتوان گفت هم ادله و عمومات بیع و نیز ادله خاص در مورد معاملات فضولی دلالت بر کفایت رضایت باطنی داشته و بسیاری از فقها نیز به این امر تصریح نموده اند؛ ولی در صورت عدم ابراز، اثبات چنین رضایتی در دادگاه با دشواری مواجه است .
۴. برخی از فقها بر عدم تأثیر اجازه بعد از رد ادعای اجماع کرده اند؛ اما اختلاف نظر در ماهیت اجازه در این پدیده تأثیر دارد؛ بدین صورت که اگر ماهیت اجازه را کاشف محض یا کاشف از رضایت تقدیری یا اجازه را شرط متعقب بدانیم عقد در زمان خودش کامل و تام بوده پس هیچ چیزی بعد از آن نمیتواند این عقد کامل را از بین ببرد؛ اما طبق نظریه نقل یا کشف حکمی یا عقد جدید اجازه، با آمدن رد مالک انشاء مشتری ملغاً شده و اجازه بعدی تأثیری ندارد.
۵. بعضی فقهاء برای عدم تأثیر اجازه به قاعده تسلیط تمسک نموده اند؛ که با رد مالک، علقه ای را که بین مشتری و مال به وجود آمده از بین میبرد. و دیگر چیزی نمی ماند که اجازه مالک به آن تعلق بگیرد. اما باید توجه داشت که بین مشتری و مال مالک علقه و ارتباطی به وجود نیامده تا اینکه رد مالک بخواهد آن را از بین ببرد و آن مال هنوز در تسلط کامل مالک می باشد.

### منابع

۱. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸). حاشیة المکاسب، قم: نشر محقق
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۲۴). المکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی
۳. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: موسسه نشر اسلامی
۴. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: موسسه آل البیت.
۵. حلی، حسن (۱۴۱۳). قواعد الاحکام، قم: موسسه نشر اسلامی
۶. حلی، مقداد (۱۴۰۴). تنقیح الرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره
۷. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶). حاشیه المکاسب تهران: فرهنگ و ارشاد اسلامی
۸. خمینی، روح الله (۱۳۷۹). البیع، تهران: موسسه نشر آثار امام (ره).

۹. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲). مصباح الفقاهة فی المعاملات، بیوت: دار الهادی
۱۰. رشتی، حبیب الله (۱۴۰۱). الاجارة، قم: دار القرآن الکریم.
۱۱. سید یزدی، محمد کاظم (۱۳۷۸). حاشیة المکاسب قم: دار العلم.
۱۲. شوشتري، شیخ اسدالله (۱۳۹۰). مقابس الانوار، قم: موسسه اسماعیلیان.
۱۳. شهید ثانی زین الدین (۱۳۷۲). الروضة البهیة فی شرح المعه الدمشقیة، قم: مرکز نشر الاعلام الاسلامی.
۱۴. شهید ثانی زین الدین ۱۳۷۰ مسالك الافهام الی تنفیح شرایع الاسلام، قم: موسسه معارف اسلامی
۱۵. طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۲). ریاض المسائل فی بیان الاحکام الشرع بالدلائل، قم: موسسه نشر اسلامی
۱۶. قمی، ابو القاسم (۱۳۷۰). جامع الشتات، تهران: موسسه کیهان.
۱۷. کوه کمری، محمد حجت (۱۴۰۹). البیع، قم: موسسه نشر اسلامی
۱۸. کیخا، محمد رضا (۱۴۰۰). دیگران، نقدی بر مبانی فقهی ماده ۲۵۰ قانون مدنی، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ص ۴۵-۶۲
۱۹. مروج جزائری، سید محمد جعفر (۱۴۱۶) هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم: مؤسسه دار الكتاب.
۲۰. موسی زاده، محمدجواد (۱۳۸۵). کشف و نقل در بیع فضولی، مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ص ۱۶۹-۱۹۰.
۲۱. نائینی، محمد حسین (۱۴۲۴). منیة الطالب فی شرح المکاسب، قم: موسسه نشر اسلامی
۲۲. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.