

تحلیل و توصیف ماهیت حقوقی «تنفیذ» عقد غیر نافذ

دکتر محمد جواد صفار*

چکیده

عقد غیر نافذ، که آن را از اقسام عقد صحیح به شمار می‌آورند، عقدی است که وجود ناقص حقوقی دارد و می‌تواند با «تنفیذ» شخصی که رضایت معتبر او، برای کمال عقد لازم است، کامل و دارای آثار قانونی شود. حال این پرسش مطرح است که ماهیت حقوقی «تنفیذ» چیست؟ در توصیف حقوقی «اجازه» دو دیدگاه قابل طرح است. پاره‌ای آن را «عمل حقوقی» می‌دانند و دسته‌ای آن را «واقعۀ حقوقی» می‌شمارند. در این مقاله، با طرح دو دیدگاه یاد شده به نقد و بررسی آنها پرداخته و دیدگاه منتخب را تقویت نموده‌ایم.

مقدمه

اصطلاح عقد غیر نافذ، در قانون مدنی نیامده است، ولی به جای آن کلمات «عدم نفوذ»، «نافذ نیست» و «موقوف به اجازه» در

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مواد قانون مدنی استفاده شده است. عبارات قانون مدنی در توصیف وضعیت حقوقی عقد غیر نافذ ابهام دارد، زیرا از مفهوم برخی عبارات بر می آید که پیش از اجازه، عقد غیر نافذ (مثلاً معامله فضولی) ناصحیح است (ماده ۲۴۷ قانون مدنی)، در حالی که در پاره‌ای عبارات دیگر، آن را در صورت عدم تنفیذ، باطل دانسته است (ماده ۲۵۵ قانون مدنی). عبارات فقها در توصیف وضعیت حقوقی عقد غیر نافذ، متفاوت است؛ گاه عقد غیر نافذ را صحیح^۱ و گاهی آن را غیر صحیح نامیده‌اند.^۲ بی تردید عقد غیر نافذ را نمی‌توان با عقد باطل یکی دانست؛ بلکه باید آن را از اقسام عقد صحیح به شمار آورد، زیرا این عقد که با اراده طرفین آن انشاء می‌گردد فقط به دلیل فقدان رضای معتبر، وجود ناقصی دارد که با انضمام بعدی رضایت شخص، کامل و مؤثر می‌گردد. به همین جهت، در اصطلاح جاری بین حقوقدانان، عقد غیر نافذ در ردیف عقد نافذ و عقد قابل فسخ از اقسام عقد صحیح، معرفی گردیده است.

با ملاحظه موارد عدم نفوذ در قانون مدنی، همچون عقد فضولی، عقد اکراهی، عقد سفیه و صغیر ممیز، عقد نکاح و کیل، عقد نکاح قبل از بلوغ، عقد نکاح دختر باکره، توکیل بدون اجازه، وصیت زاید بر ثلث و سایر موارد، به خوبی استنباط می‌گردد که علت عدم نفوذ عقد غیر نافذ، عموماً فقدان رضای معتبر شخصی است که قانون رضای او را در عقد لازم شمرده است. در نتیجه برای عدم نفوذ،

نمی‌توان موجب دیگری شناخت. از این رو، با تنفیذ، عقد مزبور کامل و نافذ می‌گردد و با رد، از بین می‌رود.

قانون مدنی، شرایطی را برای تأثیر تنفیذ پیش بینی نموده که بعضی از آنها به مجیز یا تنفیذ کننده برمی‌گردد و پاره‌ای به نحوه اجازه، اما از ماهیت اجازه یا تنفیذ بحثی نکرده است. در کتابهای فقهی یا حقوقی، بحثی که مستقلاً به ماهیت تنفیذ اختصاص یافته باشد، دیده نشده است و معلوم نیست که آیا تنفیذ از امور انشایی است یا از امور غیر انشایی؟

بسیاری از حقوقدانان معاصر، تنفیذ را عمل حقوقی توصیف کرده و آن را در شمار ایقاعات به حساب آورده‌اند، اما مرحوم استاد دکتر شهیدی، در بخشی از کتاب خود، با عنوان «نظر ما در مورد ماهیت تنفیذ» نظریه واقعه حقوقی بودن تنفیذ را ارائه و تقویت می‌نماید. با ملاحظه نقد و تحلیل این دو نظریه در مباحث آتی به خوبی می‌توان استحکام مبانی نظری دو دیدگاه را در مباحث ظریف و دقیق حقوق مدنی، به ویژه در بحث «معامله فضولی» که به تعبیر بعضی^۳ یکی از ظریفترین بخشهای حقوق مدنی و جلوه‌گاه اندیشه‌های بزرگان فقه است، دریافت.

توصیف حقوقی اجازه (تنفیذ) عقد غیر نافذ

درساره ماهیت حقوقی اجازه و تحلیل وصف حقوقی آن، در آغاز با این پرسش مواجهیم که آیا تنفیذ عقد غیرنافذ، به اراده انشایی مجیز وابسته است و در نتیجه «اجازه» یک عمل حقوقی

یکجانبه یعنی ایقاع می باشد؟ یا تحقق اجازه نیازمند انشاء نیست و یک واقعه غیر انشایی است؟

در کتابهای فقهی، بحثی که مستقلاً به ماهیت اجازه اختصاص یافته باشد، وجود ندارد. اگر چه فقها در مبحث معامله فضولی به آثار و مبنای معامله فضولی توجه عمیق داشته‌اند، اما فصل مستقلی را به «تنفیذ» تخصیص نداده‌اند، بلکه تنها در مواردی که به مناسبت از «اجازه» بحث کرده‌اند، همچون اجازه در عقد اکراهی یا فضولی، به این نکته اشاره نموده‌اند که آیا تحقق اجازه نیازمند انشاء است، یا اینکه اجازه صرفاً نوعی اعلام رضایت است و در نتیجه باید آن را در زمره اخباریات و خارج از قلمرو انشائیات دانست.

در قانون مدنی، مقرراتی که ماهیت این عمل را مشخص سازد وجود ندارد، بنابراین باید به مطالعه دیدگاه فقها و حقوقدانان در این رابطه پرداخت. از بررسی نظریات پراکنده و اجمالی فقها که در زمینه ماهیت حقوقی اجازه و تنفیذ عقد غیرنافذ ابراز گردیده است دو عقیده مهم به دست می‌آید.

۱- دیدگاه واقعه حقوقی دانستن اجازه

در عبارات بعضی از فقها، اجازه، عمل حقوقی معرفی نگردیده است، بلکه واقعه حقوقی توصیف شده است. از این رو، گفته‌اند اجازه نه عقد است و نه ایقاع؛ با این حال عملی است ارادی که آثاری حقوقی در بر دارد، نظیر اقرار و شهادت. به نظر این گروه،

اجازه قائم به قصد انشاء نیست و اجازه دهنده از لحاظ حقوقی چیزی را به وجود اعتباری، خلق یا ایجاد نمی‌کند.

از ظاهر عبارات پاره‌ای از بزرگان فقه، چنین به دست می‌آید که آنان، اجازه را به رضای ساده مالک تحلیل نموده‌اند و به همین جهت در پی آن، این پرسش را مطرح ساخته‌اند که آیا ضرورتی به اعلام آن می‌باشد یا رضای باطنی کافی است؟ پاره‌ای اعلام داشته‌اند که رضای باطنی مالک، بدون اینکه مقرون به کاشف خارجی باشد برای نفوذ معامله به مال غیر کافی می‌باشد و برخی اعلام آن را ضروری دانسته‌اند. به نظر اگر این تحلیل درست باشد که اجازه مالک تنها نقش «رضا» را به عنوان یک کیف نفسانی ایفا می‌کند و فاقد جنبه انشایی است و قصد انشاء از ناحیه فصول رخ می‌دهد، باید پذیرفت که برای نفوذ عقد، چهره باطنی رضا کافی است؛ زیرا این امر اراده و قصدی را که توسط فصول اعلام شده است، کامل می‌سازد. در این صورت اراده مالک، آفریننده هیچ موجود اعتباری نیست، بلکه نوعی اختیار به حق است و اجازه نشانه «رضای تقدیری» هنگام انجام معامله است. در این فرض که اجازه کاشف از نفوذ عقد پیشین است، تنها از جهت اثباتی نیازمند اعلام است، تا پرده از راز نفوذ عقد بردارد.

بزرگانی همچون صاحب مکاسب و جواهر،^۵ نظری را تقویت نموده‌اند که بر مبنای آن رضای باطنی مالک کافی است. این گروه اجازه عقد غیرنافذ را صرفاً اعلام رضا و نه انشاء دانسته و صرف وجود رضای باطنی مالک را برای اعتبار و نفوذ معامله به مال غیر،

کافی دانسته‌اند؛ هر چند که این رضا اعلام نشده باشد، خواه عاقد از آن آگاه باشد یا بی اطلاع.^۶ این عده در تحلیل عقد غیرنافذ، اضافه نموده‌اند که عقد مزبور جامع تمام شرایط است، به جز رضای مالک، پس هرگاه مالک راضی به عقد شود، تمام شرایط اعتبار عقد جمع گردیده و عقد نافذ می‌گردد. عمده‌ترین استدلال این گروه به آیه شریفه «... الا ان تکون تجاره عن تراض» وپاره‌ای روایات و به ویژه حدیث عروه بارقی است که وی به قبض و اقباض مبیع و دینار (ثمن) مبادرت ورزید، در حالی که علم به رضای پیامبر (ص) داشت و اگر تنفیذ عقد فضولی موقوف بر اعلام اجازه می‌بود تصرف در عوض و معوض به سبب قبض و اقباض آن صحیح و جایز نمی‌بود، در حالی که پیامبر (ص) این امر را با تقریر خویش تأیید نمودند.^۷

پاره‌ای از صاحب‌نظران، در تحلیل نقش مالک و اجازه وی در معامله فضولی با بیانهای متفاوت به غیر انشایی بودن اجازه حکم کرده‌اند و راجع به اینکه آیا اجازه مالک و رضای بعدی او شرط کمال عقد فضولی یا شرط نفوذ آن یا اماره بر رضای تقدیری مالک می‌باشد، مباحثی را مطرح ساخته‌اند.

از جمله نظریه‌های مشهوری که بر پایه تحلیل و تفکیک اراده به دو عنصر قصد و رضا مبتنی می‌باشد، این عقیده است که معامله فضولی تمام ارکان و عناصر عقد نافذ را داراست، جز رضای مالک که هرگاه ضمیمه آن شود عقد کاملی بوجود می‌آید. مطابق این نظر که اجازه مالک را جزء سبب انتقال دانسته، قصد انشاء امری

است فرعی که از جانب هر که باشد آثار حقوقی خود را به همراه خواهد داشت، زیرا عقد مخلوق و آفریده قصد انشاء است و اراده بیگانه یا فضول توانایی سازندگی مخلوق اعتباری، هرچند ناقص، که مؤثر در دارایی دیگری باشد را دارد.

اما آنچه که جنبه شخصی و داخلی دارد و باید منسوب به مالک باشد، رضای او است. پس کافی است که قصد انشاء فضول به رضای مالک بیبوندد تا عقد را کامل سازد و مالک و اصیل را ملتزم به اجرای مفاد آن کند. تنها اشکال باقی مانده همراه نبودن رضا با قصد است که دلیل قانع کننده‌ای بر لزوم این تقارن وجود ندارد.^۸

پاره‌ای از محققین، در توجیه عمل حقوقی دانستن اجازه معتقدند که عقد به اراده فضول و اصیل بسته می‌شود و مقتضای انتقال مالکیت را بوجود می‌آورد و از این حیث نقصی هم ندارد. اجازه مالک تنها مانعی را که در راه نفوذ این سبب از پیش ساخته وجود دارد از بین می‌برد، یعنی اجازه، شرط نفوذ عقد است. صاحب جامع المقاصد تأکید دارد که اجازه در عقد اثر ندارد، بلکه برای بروز آثار عقد مؤثر است و به همین جهت حتی قبل از اجازه، خریدار حق فسخ عقد را ندارد، چرا که اجازه، کاشف از آن است که مبیع از هنگام عقد به مالکیت خریدار انتقال یافته است. بنابراین از گفتار ایشان به دست می‌آید که باید بین عقد و آثار آن تفاوت گذاشت.^۹

بعضی نیز معتقدند که اجازه مالک، مانع نفوذ عقد را از بین می‌برد و در واقع رفع مانع می‌نماید.^{۱۰} با این بیان، می‌توان از گفتار

این صاحب‌نظران به دست آورد که در نظر آنان با اجازه مالک ماهیتی بوجود نمی‌آید و اجازه برخلاف قصد، که اثر خلاقیت دارد موجود چیزی نیست، بلکه به واسطه آن تنها مانع برداشته می‌شود.

گروهی دیگر مبنای عدم نفوذ معامله فضولی را ناتمام ماندن تراضی که اجازه مالک، آن را کمال و نفوذ می‌بخشد، نمی‌دانند؛ بلکه اجازه مالک را کاشف از رضای تقدیری او به هنگام معامله می‌دانند.^{۱۱} در واقع اجازه مالک نشان و اماره‌ای است مبنی بر اینکه اگر به هنگام عقد، از آن آگاه می‌بود، رضایت می‌داد. طبق این نظر، رضای باطنی مالک برای نفوذ عقد فضولی، کفایت دارد و این همانند اذنی است که از اوضاع و احوال و قراین استنباط می‌شود و مبنای پایه نفوذ بسیاری از تصرفها در عرف است. چنانکه اگر کسی از نیاز دوستش به خرید کالایی آگاه باشد و با پولی که از وی در نزدش هست، آن کالا را خریداری نماید، اذن ناشی از این اوضاع و احوال که از ابراز اجازه مالک آشکار می‌گردد، مثبت وجود رضای تقدیری مالک، برای نافذ شناختن عقدی که بر این پایه منعقد شده است، می‌باشد و اجازه مالک که اماره و وسیله اثبات رضای مالک در زمان ایجاب و قبول عقد بوده، به دلیل همراهی با قصد فضول، کافی است. حدیث عروه بارقی نیز مؤید این برداشت است، زیرا با اینکه پیامبر (ص)، اذن صریح در خرید یک گوسفند داده بود، اما از فحوی کلام یقین حاصل می‌نمود که به خرید دو گوسفند با آن دینار راضی است و تقریر و امضای پیامبر هم نشانه همین موضوع بود. نظریه و تحلیل مزبور از دو

جهت با مواد قانون مدنی، در تعارض آشکار است؛ زیرا اولاً، مطابق ماده ۲۴۷ قانون مدنی و قید آن «ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد» رضای باطنی مالک برای نفوذ معامله به مال غیر، کافی نیست و به همین جهت خریدار مال غیر، قبل از اجازه، حق تصرف در مورد معامله را ندارد، هر چند از رضای باطنی مالک آگاه باشد. ثانیاً، ماده ۲۵۰ قانون مدنی، اجازه مسبوق به رد را مؤثر ندانسته، در حالی که لازمه عقیده ابراز شده آن است که اجازه مالک بعد از رد، نیز عقد را تنفیذ نماید، چرا که اگر رضای تقدیری مالک کافی باشد و اجازه، اماره و کاشف از رضای تقدیری مالک باشد، پس اصیل و فضول، عقد نافذی را ایجاد کرده‌اند که رد در آن مؤثر نیست و هیچکس نمی‌تواند معامله نافذی را که باید بدان پایبند باشد، رد کند.

علاوه بر دو ایراد مطرح شده، ممکن است بر نظریه ابراز شده، این اشکال گرفته شود که اجازه کنونی مالک، از حیث دلالتش بر رضای تقدیری وی، در حین معامله، قابل انتقاد است؛ زیرا چه بسا که معامله‌ای حین وقوع، زیان‌بار و حین اجازه به علت دگرگونی اوضاع و احوال اقتصادی، سودآور بوده باشد و نتوان اجازه فعلی را کاشف از رضای باطنی مالک، حین معامله دانست، اگر به وقوع آن آگاهی می‌داشت.

مرحوم میرزای نائینی^{۱۲} در تحلیلی که از عقد فضولی ارائه می‌دهد به این نتیجه می‌رسد که در امور اعتباری، نفس اشاء علت تام ایجاد منشأ و اثر عقد نیست، بلکه تحقق آن مشروط بر این

است که به صاحب حق منتسب باشد. به همین جهت، ضرورتی ندارد که ایجاد سبب توسط صاحب حق یا شخصی که حق اجازه را دارد (یعنی مالک)، صورت گیرد، بلکه کافی است سبب، منسوب به مالک یا صاحب حق باشد و بدیهی است که با اجازه مالک سبب ایجاد شده توسط فضول، مستند به مالک می‌گردد و این امر هم با اجازه او محقق می‌گردد؛ و لذا ایشان میفرماید «المعتبر استناد خصوص المسبب و النتيجة و هذا يحصل باجازه المالك».^{۱۳} بنابراین طبق این نظر، مالک با اجازه خویش و رضای به مفاد عقد، آن را منسوب به خود می‌کند.

در عقد اکراهی، که از جمله عقود غیر نافذ است، نیز اگر مکره پس از زوال کره، راضی به عقد اکراهی شود، عقد مزبور نافذ می‌گردد. شیخ انصاری، امضای عقد اکراهی را چیزی جز طیب نفس ندانسته^{۱۴} و آن را انشاء جدید نمی‌داند و لذا در مقام مقایسه بین عقد فضولی و اکراهی و نحوه حصول تنفیذ این دو عقد، می‌گوید: «ان المالك طيب النفس بوقوع اثر العقد وغير منشى للنقل بكلامه، وامضاء انشاء الغير ليس الا طيب النفس بمضمونه و ليس انشاء مستأنفاً مع انه لو كان فهو موجود هنا فلم يصدر من المالك هنالك الا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن انشاء العقد و هذا موجود فيما نحن فيه».^{۱۵} از جمله عباراتی که می‌تواند مؤید کافی بودن رضای باطنی، برای تنفیذ عقد غیر نافذ باشد، مطالبی است که پاره‌ای از فقها در شروط اجازه مطرح ساخته و با القاء انشاء از اجازه، رضای باطنی را کافی دانسته‌اند. چنانکه گفته شده: «القول بكفايه نفس

الرضا اذ اعلم حصوله من ای طریق کما یستظهر من کثیر الفتاوی و النصوص».

و در جای دیگر با عبارت «... اذ قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازه باللفظ و کفایت مطلق الرضا...» به نظریه غیرانشایی بودن اجازه اشاره دارد.^{۱۷}

۲- دیدگاه عمل حقوقی دانستن اجازه

پاره‌ای از فقها تحقق رضای باطنی را برای نفوذ عقد کافی ندانسته‌اند؛ بلکه تنفیذ را عملی حقوقی دانسته و آن را در زمره امور انشایی، به حاب آورده‌اند. اینان اجازه را امری ارادی می‌دانند که به عقد غیر نافذ اعتبار می‌بخشد و آن را تنفیذ می‌نماید؛ این عده، در عقد یا ایقاع بودن اجازه اختلاف نظر دارند. بعضی آن را در حکم بیع ابتدایی دانسته‌اند. گروهی^{۱۸} می‌گویند اجازه، با یک قصد انشاء واقع می‌شود و نیاز به توافق با اراده طرف دیگر عقد ندارد، در نتیجه آن را در شمار ایقاعات دانسته‌اند که نیازمند کاشف لفظی یا فعلی می‌باشد. میرزای نائینی، در پاسخ شیخ، که رضای باطنی را برای استناد عقد به مالک و تنفیذ آن کافی می‌داند، می‌نویسد: «و الاستناد و التنفیذ من الامور الانشائية و یکونان کسایر الایقاعات، لابد من ایجادهما، اما باللفظ او بالفعل، فلا الکراهیه الباطنیه رد و لا رضا الباطنی اجازه، بل کل منهما یحتاج الی کاشف...».^{۱۹} بعضی هم در تألیفات خود از اجازه با عبارات «انشاء الرضا» یا «انشاء الامضاء» تعبیر کرده‌اند.^{۲۰}

جالب توجه است که برخی از فقها عقیده خود را بر عقد بودن اجازه، ابراز کرده اند. شیخ انصاری، در بحث اینکه اگر فضول، مال غیر را برای خود بفروشد، در اینصورت آیا اجازه مالک مصحح عقد است یا خیر؟ و اینکه آیا اصولاً اجازه در این مورد چه ماهیتی دارد؟ می‌فرماید: ممکن است این اجازه یک عقد جدید محسوب گردد؛ «... فیکون عقداً جدیداً کما هو احد الاقوال فی الاجازه ...».

البته ایشان، در ادامه از این نظریه انتقاد می‌کند.^{۲۱}

از جمله عباراتی که عمل حقوقی بودن اجازه از آن قابل استنباط است، عبارات فقها در خصوص نحوه انشاء اجازه است، که می‌توان به آن استناد نمود. فقها در این خصوص به چهار قول اشاره دارند که عبارت است از «انشاء الاجازه باللفظ الصریح مثل امضیت و اجزت؛ انشاء الاجازه بالکنایه؛ انشاء الاجازه بفعل کاشف عرفاً عن الرضا بالعقد کالتصرف فی الثمن و القاء الانشاء و الاکتفاء بالرضا الباطنی».^{۲۲}

پاره‌ای از فقها^{۲۳} در پاسخ به این اشکال که اجازه مالک، در جایی که فضول ملک را برای خود می‌فروشد (همچون معامله مال مغضوب توسط غاصب) با معامله واقع شده تعارض دارد، اظهار عقیده می‌کنند که اجازه مالک، عقد جدیدی است که موجب تبدیل عقد فاسد (بین غاصب و اصیل) به عقد نافذ (میان مالک و اصیل) می‌گردد و در نتیجه بین مالک و اصیل، رابطه جدید ایجاد می‌کند.

از صاحب کشف الرموز^{۲۴} نقل شده است که اجازه مالک بیع مستقلی است، اما به غیر لفظ بیع، یعنی اجازه به منزله ایجاب عقد جدید است که

با قبول پیشین اصیل در می‌آمیزد و عقد جدید را بنیان می‌نهد. اضافه می‌گردد که فقها و حقوقدانان در خصوص تنفیذ وصیت زاید بر ثلث توسط ورثه، درباره طبیعت حقوقی اجازه و ماهیت عمل حقوقی آن، اختلاف عقیده دارند؛ به این ترتیب که آیا ورثه با اجازه وصیت، زیاده بر ثلث را به موصی له تملیک می‌کنند و بنابراین اجازه، از نظر ماهیت حقوقی، هبه قسمت مزبور است؟ یا بالعکس، موصی له زیاده را نیز مانند ثلث از شخص موصی تلقی می‌نماید و اجازه فقط به منزله تأیید و تنفیذ اراده موصی است.^{۲۵}

پاره‌ای، تنفیذ زیاده بر ثلث را هبه دانسته‌اند، با این استدلال که به موجب قواعد ارث، به محض فوت موصی، ورثه مالک دارایی او خواهند شد و وصیت نمی‌تواند مانع انتقال دو ثلث ماترک موصی، به ورثه وی گردد. در نتیجه، ورثه با اجازه وصیت، در حقیقت از مالکیت خود، صرف‌نظر کرده و زیاده را به موصی له می‌بخشند؛ عده‌ای از فقهای شافعی، متمایل به این عقیده‌اند. به عکس، پاره‌ای استدلال کرده‌اند، به موجب مقتضای وصیت، موصی له باید موصی به را از شخص موصی، تلقی کند و سبب انتقال، اراده موصی می‌باشد. در نتیجه، اجازه ورثه، تنفیذ فعل موصی است.^{۲۶}

قانون مدنی، اگر چه در این باره حکم صریحی ندارد، ولی با این تحلیل سازگارتر است. به ویژه، آنکه در ماده ۸۴۳ تصریح شده است «وصیت به زیاده بر ثلث ترک نافذ نیست، مگر با اجازه وراثت...» که نشان می‌دهد که سبب انتقال وصیت است و اجازه ورثه تنها به آن اعتبار می‌بخشد.^{۲۷}

نظریه واقعه حقوقی بودن «اجازه» در نوشته‌های حقوقدانان

مرحوم استاد دکتر شهیدی، پس از بیان کوتاهی از آرای فقها پیرامون انشایی یا اخباری بودن «اجازه»،^{۲۸} با رد نظریه انشایی بودن «اجازه»، در بخشی از کتاب خود تحت عنوان «نظر ما در مورد ماهیت تنفیذ» می نویسد: «به کمک یک تحلیل ساده از مقررات مربوط به قصد و رضا در حقوق ما و جدایی نقش و آثار وجود و فقدان هر یک از آن دو، می توان به این نتیجه رسید که تنفیذ عقد غیرنافذ، وجود انشایی ندارد و حقیقت آن چیزی جز یک واقعه اعلامی دارای آثار حقوقی، نیست».

ایشان در جهت تأیید نظریه خود چنین استدلال می کنند که اولاً، هرگز نمی توان هر عمل ارادی موجب پیدایش تعهد و حق را، عمل حقوقی دانست؛ زیرا روشن است که وقایع حقوقی دارای آثار، ممکن است از اعمال اختیاری شخص باشد، یعنی شخص بتواند با ارتکاب آن اعمال به اراده خویش، حقی برای دیگری و تعهدی علیه خود بوجود آورد. مثلاً شخص می تواند با تخریب ملک دیگری، خود را در برابر او متعهد به جبران خسارت کند، در حالی که این عمل، یک عمل حقوقی نیست، حتی اگر قصد شخص از ارتکاب چنین عملی، بنا به انگیزه هایی، مدیون ساختن خود در برابر مالک، نسبت به خسارات وارده باشد. با این وجود، عمل ارتکابی صرفاً یک واقعه دارای اثر یا آثار حقوقی است و نمی توان آن را عملی حقوقی دانست، زیرا پیش از اینکه تحقق اثر حقوقی عمل، یعنی مثلاً مدیون شدن تخریب کننده در برابر مالک، مرتبط با اراده او باشد، نتیجه حکم قانون است و به این علت، اگر هم فعل تخریب

به طور عمدی انجام نمی‌شد و تخریب‌کننده نیت ایجاد دین در ذمه خود را نمی‌داشت، باز هم قانون او را مسؤول و متعهد به جبران خسارت می‌دانست. به همین جهت اعلام رضا نسبت به معامله فضولی یا تنفیذ آن را نمی‌توان به این دلیل که اعتبار معامله و جریان آثار حقوقی آن را به دنبال دارد، انشاء و عمل حقوقی معرفی کرد. چه اینکه جریان آثار حقوقی، پیش از اینکه (حتی به طور غیر مستقیم) به اراده تنفیذ‌کننده نسبت داده شود، ناشی از قانون است، به طوری که اگر تنفیذ‌کننده، هنگام اعلام رضای خود نسبت به معامله - که ذاتاً یک اعلام است نه یک انشاء - از نافذ شدن معامله، به دنبال این اعلام رضا، غافل باشد، باز هم آن معامله نافذ خواهد بود. همچنانکه اگر تخریب‌کننده به هنگام تخریب، توجهی به ماهیت و آثار حقوقی عمل خود نداشته باشد نیز مسؤولیت او به جبران خسارت محقق خواهد گردید.

پس به کاربردن عنوان «تنفیذ»، به معنی نافذ و مؤثر کردن ماهیت عقد، را برای اعلام رضا، نباید حاکی از انشایی بودن آن دانست. همچنانکه تخریب ارادی ملک غیر را، نباید انشاء ماهیت تعهد آور اعتباری به سود مالک آن تلقی کرد.^{۲۹}

به نظر ایشان، حقیقت انشاء عبارت از خلق ماهیت حقوقی در عالم اعتبار است و به این جهت برای تحقق انشاء، فرض یک منشأ، یعنی ماهیتی اعتباری که محصول انشاء باشد، ضروری است. در حالی که هرگز نمی‌توان ماهیت یک منشأ را که محصول اجازه باشد، تصور کرد، نفوذ را می‌توان از منشآت اجازه معرفی کرد، چه

اینکه صحت، بطلان، نفوذ و یا عدم نفوذ از احکام حقوقی وابسته به موضوعات است و روشن است که ایجادکننده آن اراده قانون گذار است، نه اراده شخص. آنچه می تواند مخلوق اراده انشایی شخص در عالم حقوق باشد، موضوعات و ماهیتهای اعتباری است که مورد انتساب احکام حقوقی است، نه احکام مزبور.^{۳۰} بنابراین، نباید امضای عقد غیر نافذ را، انشای ماهیتی در عالم اعتبار دانست، بلکه باید آن را ایجاد ماهیتی مادی تلقی کرد؛ زیرا اعلام رضا که اخبار از تحقق رضا در درون انسان است، یک واقعه حقوقی صرف است و نمی توان آن را منشأ معرفی کرد، بلکه فاعل واقعه حقوقی با خلق موجود مادی، خواه به طور ارادی یا غیر ارادی، سبب غیر مستقیم تحقق آثار قانونی می گردد.

با این بیان، تنفیذ کننده را نمی توان انشاء کننده اعتبار و نفوذ معامله غیرنافذ معرفی کرد، زیرا اعتبار و نفوذ معامله غیرنافذ، حکمی قانونی است که قانونگذار برای معامله، پس از تنفیذ، مقرر کرده است، نه ماهیتی انشاء شده توسط تنفیذ کننده، درست نظیر احکام وضعی، که همانند احکام تکلیفی از منشآت اشخاص نمی باشند.

ثانیاً، با دقت در مقررات مربوط به قصد و رضا در قانون مدنی و نیز فقه امامیه و تفکیک این دو عنصر از یکدیگر، از حیث ماهیت و آثار قانونی، به خوبی درک می گردد که عقد مخلوق قصد انشاء است نه رضای شخص، بلکه رضا صرفاً شرط اعتبار و نفوذ معامله است. بنابراین، آنچه که اثر خلاقه دارد، قصد انشاء می باشد؛

در عقد غیر نافذ، همچون معامله فضولی، آنچه که مفقود است، رضا می‌باشد که صرفاً شرط نفوذ معامله است.

ثالثاً، امضای عقد غیرنافذ، چیزی جز اعلام رضا به آن نیست و به این جهت نمی‌تواند منشأ تلقی گردد.^{۳۱}

در پایان، مرحوم استاد، با توجه به ماده ۲۲۸ و ۲۲۷ قانون مدنی که رضایت باطنی مالک را برای اعتبار عقد مربوط به مال وی، کافی ندانسته و لفظ یا فعل دلالت‌کننده بر رضای مالک را لازم دانسته‌اند، چنین اظهار می‌نمایند: برای نفوذ عقد غیرنافذ، می‌توان گفت، اعلام رضای شخصی که رضای او برای اعتبار عقد لازم است، ضروری و صرف تحقق رضا، کافی نمی‌باشد.

پاره‌ای از استادان حقوق،^{۳۲} با توجه به صورتهای معامله فضولی^{۳۳} و تفکیک بین آنها، معتقدند که هرگاه فضول برای غیر معامله کند و کارش به «حسان» تعبیر شود، می‌توان اقدام او را به وکیلی مانند دانست که برای حفظ حقوق موکل، از حدود اختیار خویش تجاوز کرده است. بدین ترتیب، اجازه به صلاحیت نمایندگی باز می‌گردد و اجازه مالک، اماره بر این است که او به هنگام معامله نیز با صلاحیت معامله‌کننده (فضول) و نیابت وی موافق بوده است، یا اکنون که فایده اقدام او را می‌بینند، بدین سمت (سمت نمایندگی فضول) رضا می‌دهد. بنابراین، فضول در شمار وکیلانی در می‌آید که برای موکل، اقدام کرده است. نفوذ معامله جنبه تبعی دارد و در قالب نظریه نمایندگی، توجیه می‌شود. بر این مبنای، معامله فضولی

در صورتی قابل تنفیذ است که در امور نیابت پذیر، صورت گرفته باشد.^{۳۴}

این مؤلف، پس از طرح نظریه‌های فقها و نقد آن، راه حل مسأله را در نظریه نمایندگی، جستجو می‌کند و چنین می‌نویسد: اگر عقدی که فضول منقعد ساخته، بخواهد در دارایی مالک نفوذ کند، باید به گونه‌ای منسوب به او شود؛ وسیله این دگرگونی «اجازه» است، که رضای او را به الحاق به معاوضه طرح شده، بیان می‌کند و عقد فاسد ساخته دیگران را به عقد نافذ منسوب به خود، تبدیل می‌کند. با این بیان، در این نظریه، اجازه به معنی اعطای نمایندگی و اختیار به بیگانه‌ای است که بدون داشتن صلاحیت، برای مالک معامله می‌کند و این همانند تنفیذ معامله و کیلی است که از حدود اختیار خویش تجاوز می‌کند. این تحلیل از ماهیت اجازه، به عقیده مؤلف مزبور، انتخاب راهی است که برخورد کمتری با اصول حقوقی دارد و برای ذهن، قابل قبول‌تر است.^{۳۵} در فقه هم نشانه‌هایی از توجیه معامله فضولی توسط نظریه نمایندگی وجود دارد^{۳۶}، چنانکه صاحب جواهر از استاد خود نقل می‌کند که اجرای احکام معامله فضولی تنها در موارد نیابت‌پذیر امکان دارد و حتی خود نیز فضول را مانند وکیل می‌داند.^{۳۷} او می‌گوید: «... صار لفظ الفضولی الدال علی رضاء بذلک کالفظه نفسه الدال علی ذلک، فهو حیثئذ کالوکیل». بعضی دیگر هم یکی از وجوه تصحیح نظریه کشف را این می‌دانند که عقد فضولی بعد از علم به تحقق اجازه، مانند عقد وکیل است.^{۳۸}

حل مسأله تنفیذ عقد فضولی از طریق نظریه نمایندگی بسا اشکالاتی مواجه است که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره داشت: اولاً، اجازه که به اعطای نمایندگی تحلیل گردیده، اعطای صلاحیت برای گذشته است و اگر اجازه از امور انشایی قلمداد گردد، چون قاعده در امور انشایی آن است که واجد جنبه خلاقه است و انشاء، ایجاد است، نمی‌توان ماهیت خلق شده اعتباری را قبل از انشاء، مخلوق تصور کرد. ثانیاً، در موردی که فضول برای خود معامله می‌کند، چگونه می‌توان اجازه مالک را با مفاد معامله سازگار ساخت؟ ثالثاً، اگر اجازه اعطای سمت به فضول است، تحقق این عنوان نیاز به قبول دارد، در حالی که تنها اجازه مالک مؤثر است. این اشکالات بی پاسخ نمانده،^{۳۹} اگر چه در اقناع ذهنهای جستجوگر توفیق چندانی حاصل نکرده است.

نظریه ایقاع بودن «اجازه» از سوی این مؤلف در آثار دیگرش نیز مورد تقویت جدی و جانب‌داری قرار گرفته است. ایشان در کتاب دیگر خود، تحت عنوان «ایقاع»، ضمن عمل حقوقی یکجانبه دانستن «اجازه»، ویژگی‌ها و اوصاف ذیل را برای آن مورد شناسایی قرار می‌دهد:

۱- اثر ایقاع به انحلال قرارداد محدود نمی‌شود، بلکه در تکوین و انعقاد آن نیز مؤثر است. چنانکه اجازه یا تنفیذ، به عقد نفوذ حقوقی می‌بخشد و آن را به حرکت در می‌آورد.^{۴۰} همچنین اثر ایقاع، ممکن است تملک مال، سقوط حق، تنفیذ عقد و ایجاد تعهد باشد.^{۴۱}

۲- «اجازه» ایقاعی است رضایی،^{۴۲} زیرا به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر امضای عقد نماید حاصل می شود (ماده ۲۴۸ قانون مدنی).

۳- درباره وصف لزوم «اجازه» و پذیرش شرط خیار در آن، ضابطه‌ای را که مؤلف به دست می‌دهد، این است که از جمله معیارهای تمیز ایقاع لازم از جایز، عهدی یا اذنی بودن آن است و چون اجازه، ایقاع «اذنی» است، پس از دایره التزام بیرون می‌ماند^{۴۳} و در خصوص اینکه اگر مالکی اجازه خود را به معامله فضولی با خیار شرط همراه سازد (اجازه‌خیزی) چه وضعیتی دارد؟ با استفاده از مفاد ماده ۲۵۰ قانون مدنی و تحلیل نظر فقیهان، خیار شرط را در اجازه با مانع، مواجه می‌داند.^{۴۴}

۴- با اینکه مؤلف، اجازه را در زمره ایقاعات اذنی توصیف می‌نماید و این نوع ایقاعات را ایقاع نامعین شناسایی می‌کند، اما اجازه و رد مالک را در معامله فضولی، ایقاع شبه معین، که ایقاعی میانه ایقاع معین و نامعین است، معرفی می‌کند^{۴۵} و وصف «فوری» بودن را بر آن می‌افزاید و تصریح می‌دارد که چون اجازه مالک در عقد فضولی که همانند رد او بی درنگ کارگزار است و اثر آن استمرار ندارد، یک ایقاع فوری و غیر مستمر است.^{۴۶}

دیدگاه منتخب در تحلیل ماهیت حقوقی اجازه

برای انتخاب یکی از دو دیدگاه عمل حقوقی یا واقعه حقوقی دانستن «اجازه»، آنچه که در ابتدا باید به آن پرداخت، اولاً تشخیص عمل حقوقی از واقعه حقوقی و بیان تفاوت این دو است.

ثانیاً، تفکیک انشاء از اخبار و بیان اختلاف میان این دو و ثالثاً، شناسایی ماهیت قصد انشاء و اثر آن و بیان تفاوت آن با ماهیت رضا و اثر آن و در نهایت ارائه ضابطه امور انشایی از غیر آن می‌باشد.

۱- تفاوت عمل حقوقی و واقعه حقوقی

اصطلاح «عمل حقوقی» اگر چه در مواد ۹۶۲ و ۱۲۱۳ قانون مدنی آمده است، ولی در ادبیات حقوقی ما بیگانه است و موجب شده است تا پاره‌ای از نویسندگان، به غلط، عمل حقوقی را به عمل قضایی یا سند قضایی ترجمه کنند.^{۴۷} البته در حقوق اروپایی هم درباره مفهوم و آثار این اصطلاح اتفاق نظر وجود ندارد.

نزدیکترین تعریف به حقیقت، از نویسندگان حقوق مدنی^{۴۸} که در مقام مقایسه با واقعه حقوقی ابراز گردیده، آن است که عمل حقوقی، ابراز اراده به منظور بعضی از آثار حقوقی است، ولی واقعه حقوقی، رویداد ارادی یا غیر ارادی است که آثار آن به اراده فاعل آن بستگی ندارد. این تعریف با دو ایراد عمده مواجه است؛ نخست آنکه تعریف عمل حقوقی به ابراز اراده، موجب نادیده انگاشتن ماهیت انشایی عمل حقوقی است، زیرا ابراز، دارای معنی اعلامی است نه انشایی. دوم آنکه، ایجاد آثار حقوقی را نمی‌توان به طور مستقیم به فاعل عمل حقوقی، و اراده او نسبت داد، چرا که اولاً، اراده فاعل مستقیماً اثر عمل حقوقی را انشاء نمی‌کند، بلکه اراده وی، ماهیت حقوقی موسوم به عقد یسایق را که دارای آثار

می‌باشد، خلق می‌کند. ثانیاً پیدایش و جریان همه آثار حقوقی یک عمل حقوقی، نیز الزاماً نیازمند اراده انسان نیست و برخی از این آثار بدون اراده انشاء‌کننده عمل حقوقی، تحقق می‌یابد، حتی اگر عدم پیدایش آن را نیز قصد کند. مثلاً اگر زوج که طرف عقد نکاح است، در حین عقد قصد کند که زوجه از او ارث نبرد، این قصد ثمر ندارد و عقد نکاح با اثر توارث منقعد می‌گردد،^{۴۹} زیرا قانون ارث بردن را از آثار علقه زوجیت قرار داده است.

آقای دکتر کاتوزیان^{۵۰}، در تعریف عمل حقوقی می‌نویسد: «اعلام اراده‌ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاصی، انجام می‌شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می‌کند». این تعریف، با آنچه که از نویسندگان حقوق مدنی فرانسوی نقل گردیده شباهت زیادی دارد که طبعاً با همان ایرادات نیز همراه است. با این تفاوت که تعاریف نویسندگان فرانسوی مبتنی بر دیدگاهی است که نظام حقوقی فرانسه نسبت به شرط روانی طرفین عقد یا ایجاد‌کننده ایقاع دارد که با دیدگاه نظام حقوقی ما متفاوت است، زیرا در حقوق ایران طبق ماده ۱۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء...»، قصد، صفت خلاقیت دارد نه رضا، در نتیجه رضای بر عقد موجد آن نیست.

آقای دکتر شهیدی^{۵۱}، تفاوت عمل حقوقی با واقعه حقوقی را در دو چیز می‌داند: نخست آنکه، عمل حقوقی امری اعتباری است، حال آنکه واقعه حقوقی، امری است مادی. دوم آنکه، تحقق عمل حقوقی، با خلاقیت مستقل اراده صورت می‌گیرد، در حالی که واقعه

حقوقی با دخالت عوامل خارجی محقق می‌گردد. بنابراین، عمل حقوقی، امری اعتباری و مخلوق اراده است، در حالی که، واقعه حقوقی امری مادی و مخلوق عوامل خارجی می‌باشد؛ این تفکیک، مصون از ایراد است.

فقها در مباحث مختلف، به فرق عمل حقوقی و واقعه حقوقی اشاره کرده‌اند و از این مطلب غفلت نداشته‌اند. آنها وجود قصد انشاء را ممیز این دو مفهوم می‌دانند. به همین جهت گفته‌اند: اگر زوج، زوجه خود را طلاق رجعی بدهد و در عده به قصد زنا با او مواجهه کند، رجوع (که یک اثر حقوقی است) بر واقعه مترتب می‌شود، با اینکه زوج قصد رجوع نداشته است، زیرا قصد انشاء در واقعه حقوقی اثر ندارد.^{۵۲}

بعضی برای عمل حقوقی، معنایی اعم قائل شده و می‌نویسند، عمل حقوقی به معنی اعم، هر عملی است که مقنن آن را موضوع حکم قرار داده باشد، مانند بیع، اتلاف ارادی مال غیر و اتلاف غیر ارادی مال غیر.^{۵۳} به نظر اینان، عمل حقوقی می‌تواند به سه صورت عمل حقوقی به معنی اخص که شامل عقد و ایقاع است، عمل ارادی غیر عمدی و عمل غیر ارادی به وقوع بپیوندد.

از بیان مطالب پیشین، می‌توان چنین نتیجه گرفت که «اجازه» از امور انشایی نیست، زیرا اولاً، انشاء به معنی ایجاد است و ممکن نیست که ایجادکننده، چیزی را قبل از زمان ایجاد، ایجاد کند. یعنی اگر ایجاد در زمان حال است، موجود ناشی از آن ایجاد هم، در زمان حال حاصل می‌شود، نه در زمان گذشته. سپس با انشاء،

«منشأ» که به معنی مخلوق است، خلق می‌گردد و تقدم مخلوق بر خلق، همچون تقدم معلول بر علت، امری است محال و ناممکن.^{۵۴} بنابراین، قصد انشاء نمی‌تواند به گذشته تعلق گیرد، در حالی که رضا می‌تواند به امری که در گذشته واقع شده است، تعلق بگیرد. به همین جهت، کسانی که در عقد فضولی، اجازه را کاشف می‌دانند، چنین استدلال می‌کنند که اجازه همان رضایت به مضمون عقد است و مضمون عقد، نقل عوضین از حین عقد می‌باشد. قانون مدنی نیز اثر کشف را بر اجازه مترتب نموده و اجازه را در ماده ۲۵۸ کاشف و از روز عقد، مؤثر دانسته است. به عکس، کسانی که اجازه را ناقل می‌دانند، معتقدند که اجازه از امور انشایی است و چون انشاء نسبت به زمان گذشته مؤثر نیست، پس ملک از حین اجازه منتقل می‌شود. ثانیاً، طبیعت رضا، مقتضی انشاء اثر حقوقی نمی‌باشد. ثالثاً، کسانی که اجازه را از امور انشایی دانسته‌اند، هیچ دلیل قاطعی بر سخن خود ارائه نداده‌اند.

پژوهش‌های حقوقی و مطالعات فقهی
 رتال جامع علوم انسانی

۲- تفاوت انشاء با اخبار

انشاء یا قصد انشاء که گاه از آن به اراده، اراده انشایی یا اراده حقیقی نیز تعبیر می‌کنند،^{۵۵} در لغت به معنی ایجاد است و تفاوتی بین معنای لغوی و اصطلاحی آن نیست. به سبب انشاء، موجودی اعتباری خلق می‌گردد که آن را منشأ می‌نامند پس قصد انشاء قدرت خلاقه دارد و آفریننده ماهیت حقوقی است؛ ماده ۱۹۱ قانون مدنی هم مؤید این معنا است.

حال این سؤال مطرح است که آیا انشاء یک فعل است یا یک کیف نفسانی؟ محققان فلسفه و کلام^{۵۶} معتقدند که بعد از تصور یک عمل و تصدیق آن یک کیف نفسانی حاصل می‌شود که آن را اراده خوانند. این کیف نفسانی قدرت انسان را به طرف فعل یا ترک فعل سوق می‌دهد و فعل قهراً حاصل می‌شود.

اضافه می‌کنیم که قصد انشاء هم وجود ذهنی و هم وجود خارجی دارد. وجود ذهنی قصد انشاء قائم به ذهن است، در حالی که وجود خارجی آن قائم به نفس قصدکننده است. قصد انشاء به محض اینکه وجود خارجی یافت، آنرا معدوم می‌شود. زوال قصد انشاء مستلزم زوال منشأ نیست؛ زیرا قصد انشاء وسیله ایجاد است و اگر وسیله ایجاد از بین برود موجود از بین نمی‌رود. این است حقیقت چگونگی وجود تکوینی قصد انشاء که وجدان شاهد صحت آن است.

اخبار، به مفهوم خبر دادن از حق یا امری است که پیش از آن به سبب دیگری ایجاد شده است. در اراده اخباری رابطه‌ای آفریده نمی‌شود، بلکه حاوی اعلام ساده امری است که پیش از آن رخ داده است. به همین جهت اخبار برخلاف انشاء فاقد قدرت خلاقه است. از این رو برای نشان دادن تفاوت بسین «اخبار» و «انشاء» می‌گویند: در اخبار احتمال راست و دروغ وجود دارد ولی در انشاء سخن از بود و نبود است.

حال با این بیان، باید گفت چون اجازه چیزی جز اعلام رضا و میل نیست و اعلام رضا، اخبار از تحقق رضا در درون انسان است،

پس باید اجازه را از اخباریات دانست، نه از امور انشایی از طرف دیگر، رضا یک حالت درونی انفعالی است که نمی‌تواند مخلوق اراده (قصد انشاء) شخص راضی باشد. در نتیجه رضا علاوه بر اینکه فاقد وصف خلاقه است، خود به عنوان یک ماهیت حقوقی دارای اثر شناخته نشده است.

۳- تفاوت قصد و رضا

از مباحث پیشین به خوبی دانسته شد که ماهیت رضا با ماهیت قصد انشاء فرق دارد، زیرا قصد انشاء وصف خلاقه و ایجاد دارد و می‌تواند موجودات حقوقی را در ظرف اعتبار، ایجاد کند، به عکس رضا که سبب ایجاد اثر حقوقی نمی‌شود و قدرت خلاقه ندارد. از طرف دیگر قصد و رضا دو موجود نفسانی جداگانه هستند؛ این مطلب مورد قبول همه فقها به جز محقق اردبیلی^{۵۷} است. به علاوه رضا ممکن است به امور گذشته و آینده تعلق گیرد، در حالی که قصد انشاء فقط به امور حال (زمان حاضر) تعلق می‌گیرد. همچنین ممکن است، قصد انشاء موجود شود، ولی رضا موجود نشود یا به عکس. باید افزود که قصد انشاء و اکراه مانعة الجمع نیستند، حال آنکه رضا و اکراه مانعة الجمع هستند.

نتیجه

اجازه را نمی‌توان از امور انشایی قلمداد کرد .
 با توجه به آنچه که گذشت، چون موضع قانون مدنی در خصوص ماهیت اجازه دقیقاً روشن نیست، زیرا از طرفی رضای باطنی را در تنفیذ معامله فضولی کافی نمی‌داند (ماده ۲۴۷) که این سخن با نظریه عمل حقوقی بودن اجازه موافق است و از سویی اجازه را کاشف می‌داند (ماده ۲۵۸) که این قول با نظریه واقعه حقوقی بودن اجازه منطبق است، می‌توان با دقت در تحلیل عقد غیر نافذ و مراجعه به وجدان و عرف و عادت، نظریه واقعه حقوقی بودن اجازه را نزدیک به واقعیت دانست و اجازه را در ردیف امور غیر انشایی توصیف نمود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۱۲۴.
- ۲- همان.
- ۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۹۷.
- ۴- غروی اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۷.
- ۵- شیخ انصاری، همان؛ نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۲۲، صص ۲۷۴ و ۲۷۵.
- ۶- عبارت شیخ انصاری چنین است: «عن ظ الاصحاب عدم توقف علی الاجازه الاحقه بل یکفی فیہ رضا المالك المقرون بالعقد سواء علم به العاقد او انکشف بعد العقد حصوله حینہ او لم ینکشف اصلاً...». مکاسب، ص ۱۲۴.
- ۷- شیخ انصاری می‌گوید: «و آنچه که دلالت بر کفایت رضایت باطنی دارد روایت عروه بارقی است». «حیث اقبض المبیع و قبض الدینار لعلمه برضاء النبی (ص) ولو کان فضولياً موقوفاً علی الاجازه لم یجز التصرف فی المعوض و العوض بالقبض و الاقباض و تقریر النبی (ص) له علی ما فعل دلیل علی جوازہ هذا مع ان کلمات الاصحاب فی بعض المقامات ینظر منه خروج هذا الفرض عن الفضولی و عدم وقوفه علی الاجازه...». همان، ص ۱۲۴.
- ۸- عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرام، ج ۴، ص ۱۸۹؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۲۹؛ شیخ انصاری، همان، صص ۱۲۴، ۱۲۵ و ۱۲۸؛ بحر العلوم، سید محمد، بلقه الفقیه، ج ۲، ص ۲۳۱.
- ۹- محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۲۱۲. ایشان می‌فرماید: «ایراد در این است که آیا اجازه، به عنوان رضای مالک، کامل کننده سبب است، یا عقد، سبب تام در تملیک است و با اجازه این مطلب فهمیده می‌شود».

- ۱۰- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۲۹؛ مسالک، ج ۱، ص ۲۷۲.
- ۱۱- رشتی، حاج میرزا حبیب الله، اجاره، صص ۱۸۵ و ۱۸۴.
- ۱۲- میرزای نائینی و شیخ موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۱۲.
- ۱۳- همان، ص ۲۱۳.
- ۱۴- می فرماید: «ثم المشهور بین المتأخرین انهم لو رضی المکره بما فعله صح العقد بل عن الرياض تبعاً للحدائق ان علیه اتفاقهم لانه عقد حقیقی فیوثر اثره مع اجتماع باقی شرائط البیع و هو طیب النفس». مکاسب، ص ۱۲۱. همچنین رک. نجفی، همان، صص ۲۷۵ و ۲۷۶.
- ۱۵- شیخ انصاری، همان، ص ۱۲۲.
- ۱۶- مکاسب با تعلیقات سید محمد کلانتر، ج ۸، صص ۳۳۸، ۳۳۷ و ۳۳۹.
- ۱۷- همان.
- ۱۸- نائینی و خوانساری، همان، صص ۲۰۹ تا ۲۱۱؛ طباطبایی، سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۳۶۴؛ محقق خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ص ۴۷۶، ایشان می فرماید: «و الاذن من الايقاعات لایحتاج الی القبول»؛ مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ج ۴، ص ۲۱۲؛ قدیری، محمد حسن، البیع، تقریرات درس امام خمینی، ص ۲۳۹؛ مراغی حسینی، عبدالفتاح بن علی، العناوین، ص ۱۸۴؛ حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، صص ۲۰۸ و ۲۰۹؛ رشتی، همان، اجاره ص ۱۶۳ به بعد.
- ۱۹- همان، ص ۲۱۰.
- ۲۰- نائینی و خوانساری، همان، ص ۲۵۳.
- ۲۱- شیخ انصاری، همان، ص ۱۲۹.

- ۲۲- مکاسب با تعلیقات سید محمد کلانتر، همان، ص ۳۳۸.
- ۲۳- جیلانی (قمی)، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، ص ۱۷۳.
- ۲۴- به نقل از منیة الطالب، همان، ص ۲۲۶. شیخ در مکاسب می گوید: «انما حکى کاشف الرموز عن شیخه، ان الاجازه من مالک المبیع، بیع مستقل، بغير لفظ البیع و هو قائم مقام ایجاب البایع وینضم الیه القبول المقدم من المشتري ...». شیخ انصاری، همان، ص ۱۲۹.
- ۲۵- کاتوزیان، ناصر، وصیت در حقوق مدنی ایران، رساله دکتری، ۱۳۳۹، صص ۲۲۲ و ۲۲۳.
- ۲۶- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، عطایا، صص ۳۹۸ و ۳۹۹.
- ۲۷- برای مطالعه نظریات فقهای که با این عقیده موافقت رک. نجفی، همان، ج ۲۸، ص ۲۸۷؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۹۴؛ فخر المحققین، ایضاح، ج ۲، ص ۵۰۷؛ عاملی، ج ۹، ص ۴۵۱.
- ۲۸- حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، ص ۴۲ و ۴۳.
- ۲۹- همان، ص ۴۴.
- ۳۰- همان، ص ۴۱.
- ۳۱- همان، همانجا.
- ۳۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، صص ۹۷ به بعد، ۱۱۶ و ۳۲۷.
- ۳۳- در یک تقسیم کلی می توان معامله فضولی را به سه صورت ترسیم کرد: ۱- معامله برای غیر، مثل آنکه شخص فضول مالی را برای دوستش (غیر) خریداری کند. ۲- معامله به مال غیر، برای غیر، چنانکه فضول مال

- غیر را برای مالکش بفروشد. ۳- معامله به مال غیر، برای خود، مثل آنکه غاصب مال مغبوب را برای خود بفروشد.
- ۳۴- کاتوزیان، ناصر، ایقاع، ص ۱۰۳.
- ۳۵- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، شماره‌های ۳۵۶، ۳۶۴ و ۳۶۷.
- ۳۶- رک. نائینی و خوانساری، همان، ص ۲۷۲.
- ۳۷- نجفی، همان، ص ۲۸۰.
- ۳۸- رشتی، همان، ص ۱۸۴.
- ۳۹- رک. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ج ۲، صص ۱۱۳، ۱۱۴ و ۱۱۶.
- ۴۰- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شماره‌های ۲۴۹ و ۲۷۶ و ج ۲، شماره ۳۵۱ به بعد؛ همو، ایقاع، ص ۱۳.
- ۴۱- کاتوزیان، ایقاع، ص ۲۳.
- ۴۲- همان، ص ۴۱.
- ۴۳- همان، ص ۶۵، شماره ۳۲.
- ۴۴- همان، صص ۵۵-۶۱.
- ۴۵- همان، ص ۶۷.
- ۴۶- همان، ص ۶۸.
- ۴۷- اصطلاح عمل حقوقی را (Acte Juridique) به صورت نادرست گاه به جای عمل قضایی (Acte Jurisdictionnel) و گاه در برابر سند قضایی (Fait Juridique) نهاده‌اند. دکتر سید حسن امامی، سند قضایی را به دو قسم عقد و ایقاع تقسیم نموده است. رک. حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۴.

48- Droit Civil, Jacques Ghetin, T.2, N.1.

به نقل از شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۴۴.
 ۴۹- بعضی در این مورد گفته‌اند که یک عمل ممکن است نسبت به آثار حقوقی خود دارای دو جهت باشد: از یک جهت عمل حقوقی باشد و از جهت دیگر واقعه حقوقی. در نتیجه، عقد نکاح در فرض مزبور از جهت ایجاد علقه زوجیت عمل حقوقی است و از جهت توارث، واقعه حقوقی است. رک. جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، رساله دکتری، ص ۳.

۵۰- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع، صص ۶ و ۱۰.

۵۱- شهیدی، همان، ص ۴۶.

۵۲- نائینی و خوانساری، هان، ص ۴۷.

۵۳- جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، صص ۳۶ و ۳۷.

۵۴- گفته‌اند انفکاک منشأ از انشاء، از محالات مسلم است، منشأ معلول انشاء است و تقدم معلول بر علت محال است، هم در امور تکوینی و هم در امور اعتباری. رک. جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۱۶۲.

۵۵- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۰.

۵۶- کاظمی، تقریرات اصول نائینی، ج ۱، ص ۶۷.

۵۷- محقق اردبیلی، شرح ارشاد، ص ۵۲۷.