

امکان وقوع ایقاعات به نحو فضولی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

علی اکبر ایزدی فرد^۱

محمدحسین تقی پور درزی نقیبی^۲

چکیده: در حقوق مدنی ایران، مقرراتی که وضعیت ایقاع فضولی را مشخص کرده باشد وجود ندارد. فقها و حقوقدانان نیز در خصوص ایقاع فضولی برخلاف عقد فضولی، نظریه عامی مطرح نموده‌اند و به صورت مصادیقی و در چند مورد خاص، مانند طلاق، خیارات و اخذ به شفعه و ابراء، حکم ایقاع فضولی را بیان نموده‌اند. در خصوص طلاق، فقها بنا بر مصالحی خاص، وقوع طلاق به نحو فضولی را غیر ممکن می‌دانند. جریان یا عدم جریان فضولی در ابراء و اخذ به شفعه بر این بحث کلی استوار است که آیا در ایقاعات، فضولی راه دارد؟ بنابراین ایقاع فضولی ممکن نباشد، ابراء و اخذ به شفعه فضولی حتی با اجازه مالک نیز صحیح نخواهد بود. در فقه نیز مشهور فقها وقوع فضولی را صرفاً در عقود امکانپذیر می‌دانند و حتی برخی از فقهای بنام در خصوص عدم امکان فضولی در ایقاعات، ادعای اجماع نموده‌اند. بحث این است که آیا وقوع فضولی همچنانکه در عقود ممکن است، در ایقاعات نیز امکانپذیر است؟ در فرض امکان وقوع فضولی در ایقاعات، حکم ایقاع فضولی عدم نفوذ است؟ در این مقاله تلاش شده که اثبات شود وقوع فضولی همچنانکه در عقود ممکن است، علی‌الاصول در ایقاعات نیز امکانپذیر است، مگر اینکه در خصوص ایقاعی خاص بنا بر مصالحی امکان وقوع فضولی وجود نداشته باشد.

کلیدواژه‌ها: امکان ایقاع، فضولی، ابراء، اخذ به شفعه، طلاق.

۱. استاد دانشکده حقوق دانشگاه مازندران
E-mail: Ali85akbar@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران
E-mail: mohammadhosein-taghipoor@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۲۸

(۱) مقدمه

فضول از نظر لغوی عبارت از کسی است که نسبت به چیزی که مربوط به او نیست دخالت نماید. یاء در فضولی یاء نسبت و دلالت بر جمع دارد؛ زیرا فضول جمع فضل و به معنی زیادتی است و اصطلاحاً تصرف در حق غیر بدون اذن شرعی را فضولی گویند. به عبارت دیگر هرگاه کسی در امور متعلق به غیر بدون اذن و ولایت دخالت یا تصرفی نماید، آن را فضولی و شخص مزبور را فضول نامند (صیحی محمصانی ۱۴۲۰: ۶۱). اصطلاحاً فضولی تصرف در حق غیر است، بدون اذن شرعی. به عبارت دیگر هرگاه کسی در امور متعلق به غیر بدون اذن و ولایت دخالت و تعرض نماید، اقدام وی را فضولی گویند. مثل اینکه زید مال عمرو را بفروشد، بدون اینکه وکالت یا ولایت بر او داشته یا تفویض اختیاری از جانب صاحب مال به او شده باشد، عمل چنین شخصی را فضولی نامند (بهرامی ۱۳۷۷: ۳۷).

معامله فضولی قصد فضول را به عنوان عامل سازنده دارد، یعنی هرچند که قصد از ناحیه مالک صادر نشده، ولی به هر حال قصد وجود دارد. دوم اینکه در این نوع معامله، رضا وجود خارجی ندارد و سوم اینکه در معامله فضولی، رضا مؤخر بر قصد بوده و این رضا از اجازه مالک حاصل می‌شود. در حقوق ایران به پیروی از حقوق اسلام، عقد فضولی به عنوان عقدی صحیح و غیر نافذ شناخته می‌شود (عسگری ۱۳۸۶: ۲۸) نیت و قصد شخص فضول باید اقدام به معامله یا عمل قانونی و مادی صرفاً برای صاحب مال و یا صاحب عمل باشد. وجه تمایز تصرف و معامله فضولی با فروش مال مسروقه و معامله مال غصبی و غیره در همین رکن معنوی است (بهرامی ۱۳۷۷: ۱۶).

ایقاع صیغه‌ای است که اثرش توسط شخص واحد مترتب می‌شود (شهید اول ۱۴۱۴ ج ۱: ۱۴۵) در وقوع ايقاع مباشرت شرط نیست و شخص می‌تواند از طریق نماینده اقدام به وقوع ايقاع نماید؛ به عنوان مثال در اخذ به شفعه، نماینده شریک ملک می‌تواند به تملک مبیع دست زند، خواه این نماینده قراردادی باشد (وکیل) یا قانونی (مانند ولی قهری یا قیم). بنابراین اگر شفیع غایب یا در زندان باشد، ولی بتواند وکیل بگیرد، برای اجرای فوری حق شفعه باید از این وسیله استفاده نماید وگرنه فرصت از دست می‌رود (کاتوزیان ۱۳۹۰: ۲۷۷).

اما بحث این است که آیا علاوه بر امکان وقوع ايقاع از طریق نماینده، وقوع ايقاع فضولی نیز امکانپذیر است؟ در صورت امکان وقوع ايقاع فضولی، حکم چنین ايقاعی چیست؟ طباطبایی یزدی در اسقاط به نحو فضولی حق خیاطت مستأجر اول در فرضی که اجیر در همان زمان خود را

اجیر مستأجر دیگر نموده است، بیان می‌دارد، برگشت آن به اجازه، ایقاع است و در ایقاع، حکم فضولی جاری نیست (طباطبایی یزدی ۱۴۱۵: ۳۲۶) گروهی دیگر از فقها فضولی را قاعده حاکم بر همه اعمال حقوقی اعم از عقد و ایقاع دانسته‌اند، مگر در موارد استثنایی (نائینی ۱۳۷۳ ج ۱: ۲۱۱؛ میرزای قمی ۱۴۱۳: ۱۸۰).

در حقوق مدنی ایران، مقرراتی که وضعیت ایقاع فضولی را مشخص کرده باشد وجود ندارد. ماده ۸۴۱ قانون مدنی وصیت بر مال غیر را ولو با اجازه مالک، باطل معرفی کرده است که مورد این ماده را بنا بر نظر کسانی که وصیت تملیکی را ایقاع می‌دانند، می‌توان یکی از مصادیق حکم قانونی بر بطلان ایقاع فضولی دانست (شهیدی ۱۳۹۰ ج ۵: ۱۴۵). برخی از حقوقدانان نیز معتقدند، فضولی همچنان که در عقود واقع می‌شود در ایقاعات هم واقع می‌گردد. به عنوان مثال عاقد فضولی ممکن است دین را مورد معامله فضولی قرار دهد. مثلاً صد تن گندم را به طور کلی در ذمه شخص ثالث معین، به طرف خود بفروشد تا اینجا یک عقد فضولی واقع شده است. البته فضولی حق اقباض و قبض ندارد، حال اگر همان عاقد از گندم‌های همان شخص ثالث صد تن جدا کند و به مشتری تسلیم نماید عمل تسلیم نیز که خود یک عمل حقوقی جداگانه است فضولی خواهد بود نهایت اینکه تسلیم مزبور یک ایقاع فضولی است و مالک می‌تواند عقد را اجازه کند و ایقاع را اجازه نکند او می‌تواند هم عقد و هم ایقاع را اجازه کند. همچنین ممکن است کسی پانصد تومان پول دیگری را غصب نماید و یک خروار گندم در ذمه بخرد، و پس از عقد، دین خود را از عین همان پانصد تومان بپردازد در این مورد، عقد صحیح است ولی تسلیم ثمن، از پول مغضوب، یک ایقاع فضولی است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۷: ۱۳۸).

۲) دلایل امکان وقوع معامله فضولی در ایقاعات

۱. اگر عدم وجود اراده مالک را بتوان در امور انشایی جبران کرد، چه تفاوت می‌کند که این اراده یکی از ارکان تراضی با دیگری باشد (عقد) یا خود به تنهایی کارساز و مفید واقع شود (ایقاع) (کاتوزیان ۱۳۹۰: ۱۵۵).

۲. برخی از فقها ایقاع فضولی را همچون عقد فضولی غیر نافذ می‌دانند و وصیت مازاد بر ثلث را چنانچه وصیت تملیکی ایقاع باشد، یکی از مصادیق ایقاع فضولی می‌دانند که با تنفیذ ورثه

دارای اثر می‌گردد (غروی اصفهانی ۱۴۱۵ ج ۱: ۱۳۰) برخی نیز به صورت مطلق بیان می‌دارند، همانگونه که در عقود، فصولی جریان دارد، در ایقاعات هم جریان دارد (شهیدی تبریزی ۱۳۷۵ ج ۲: ۳۶۷).

۳. اگرچه برخی از فقها بر عدم صحت ایقاع فصولی ادعای اجماع نموده‌اند (انصاری ۱۴۱۰ ج ۱: ۳۴۱) نائینی در *منیة الطالب* بیان می‌دارد: اجماعی بر بطلان فصولی در تمام ایقاعات نداریم و صرفاً در باب عتق و طلاق چنین اجماعی وجود دارد. بنابراین فصولی در همه ایقاعات بنا به مقتضای قاعده اولیه جریان دارد، مگر مانعی در برخی مصادیق ایقاع وجود داشته باشد (نائینی ۱۳۷۳ ج ۱: ۲۱۱) مؤلف مستمسک نیز در حکمی مشابه بیان می‌دارد، چنین قاعده‌ای نداریم که بگوییم فصولی در ایقاعات جریان ندارد و ادعای عدم جریان و امکان فصولی در ایقاع ادعایی اثبات نشده است و صرفاً در بعضی از موارد و مصادیق مانند طلاق، اجماع وجود دارد (طباطبایی حکیم ۱۴۱۶ ج ۹: ۳۷۵).

۴. با اینکه فقها معمولاً معامله فصولی را در باب بیع مطرح می‌کنند ولی فصولی اختصاص به بیع و معامله تملیکی ندارد؛ بلکه قواعد آن در معاملات عهدی نیز جاری است. قانون مدنی نیز در فصل راجع به معاملات فصولی از معامله به مال غیر سخن گفته و مقررات این فصل را به بیع یا معاملات تملیکی اختصاص نداده است. بنابراین معامله فصولی قلمروی بسیار گسترده‌ای داشته و استثنا نمی‌باشد (صفایی ۱۳۹۲ ج ۲: ۱۸۴) در برخی منابع فقهی نیز معامله فصولی به صورت کلی غیر نافذ بیان گردیده است (مامقانی ۱۳۱۶ ج ۳: ۳۶۶) با توجه به اتحاد مبانی در عقد و ایقاع اصولاً در فقه، معامله به معنی عام خود به کار می‌رود و شامل ایقاع نیز می‌گردد (کاتوزیان ۱۳۹۰: ۱۵۱) بنابراین در دیدگاه فقهای مذکور، امکان وقوع ایقاع فصولی وجود داشته و غیر نافذ است.

۵. به طور کلی فقهای اسلامی در مسائل، قواعد عمومی را به صورت تحلیلی بیان نموده‌اند، به این معنی که فروع را از اصول کلی استخراج نمایند، بلکه در ابتدای امر مسائل فرعی را مورد بحث قرار داده و از مجموع مسائل فرعی مبادی اساسی و قواعد فقهی را به دست می‌آورند. این شیوه استقرایی مؤید تفسیری است که ما از اصول تشریح اسلامی شناختیم. و از این ادله است که علم فقه بنا شده است (بهرامی ۱۳۷۷: ۴۵). به همین جهت در خصوص ایقاع فصولی چیزی مانند عقد فصولی مطرح نکردند و ما از مجموع مسائل فرعی می‌توانیم حکم کلی استخراج نماییم.

خلاصه اینکه عمل فصولی نسبت به جمیع تصرفات متوقف به اجازه صاحب حق است و مستند ما نیز قاعده کلی اجازه لاحق به منزله اذن سابق است و منحصر به عقدی از عقود یا ایقاع و تصرفی از تصرفات نیست، بلکه شامل همه اعمال حقوقی و تصرفات قولی و فعلی است (بهرامی ۱۳۷۷: ۴۵).

۳) صحت فضولی؛ خلاف قاعده یا بر وفق قاعده؟

چنانچه قائل به این باشیم که جریان فضولی و صحت آن در عقود بر خلاف قاعده است، باید گفت در ایقاعات نیز فضولی بر خلاف قاعده است و در این صورت، باید گفت در هر مورد که دلیل داشتیم بر طبق آن عمل می‌نماییم. توضیح اینکه بر اساس قواعد اولیه عقد فضولی صحیح نیست، حال اگر در موردی صحیح شد بر خلاف قاعده می‌شود و در نتیجه در موارد خلاف قاعده باید به قدر متیقن اکتفا نمود. لذا به همین جهت برخی از فقها معتقدند فقط بیع و اجاره فضولی صحیح است و نکاح فضولی به علت عدم وجود دلیل صحیح نیست. با توجه به این مبنا در ایقاعات نیز فضولی امکان وقوع ندارد. اما اگر قائل شدیم که در عقود جریان و صحت فضولی بر وفق قاعده است. باید بررسی کنیم که همان قاعده آیا در ایقاع نیز جریان دارد یا خیر؟ که اگر با بررسی برای ما اثبات گردید که همان قاعده در ایقاع جریان دارد، مسئله تمام می‌شود و می‌توان حکم نمود که فضولی همانطور که در عقود جریان دارد در ایقاعات نیز جریان خواهد داشت.

امام خمینی معتقد است برای اینکه فضولی در عقود بر وفق قاعده باشد سه بیان وجود دارد، حال باید دید کدام یک از آن در ایقاع جاری است؟

بیان اول این است که می‌فرماید، یک انشایی واقع شد که آن را فضول در عقد فضولی آورده است. ممکن است دو طرف عقد فضول باشند و ممکن است یک طرف اصیل و دیگری فضول باشد، انشای مذکور در زمان خودش واقع شده است، حال در زمان اجازه که مالک اقدام به صدور اجازه می‌نماید، آن انشا تمام شده است، اما حال که مالک اجازه می‌دهد با این اجازه‌ای که ملحق به آن انشای سابق می‌گردد، عقد مذکور دیگر عقد فضولی نخواهد بود، بلکه عقد مجیز و اصیل می‌گردد، و وقتی عقدی اصیل شد، مشمول «اوفوا بالعقود» می‌شود و مطابق با قاعده می‌گردد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۲۷) بنا بر بیان اول، ایشان معتقدند، فضولی در ایقاعات نیز جریان دارد، زیرا مفروض در اینجا الحاق اجازه به انشای موجود در ظرفش است و این مسئله در ایقاع فضولی نیز صادق است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۲۹).

بیان دوم این است که بنا بر نظر عقلا، عقدی که به نحو فضولی منعقد شده است، تمام السبب نیست، بلکه جزء السبب است، اجازه هم جزء دوم آن است. همانگونه که ایجاب و قبول هر کدام جزء السبب است، در فرض مورد بحث نیز عقد جزء السبب است و جزء دوم آن عبارت از اجازه

است؛ لذا با استدلال مذکور می‌گویند عقد فضولی صحیح است به این جهت که وقتی با جزء دوم که جزء السبب است بیاید تمام سبب محقق می‌گردد و وقتی تمام سبب نقل آمد مسبب نیز می‌آید (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۲۸). این بیان بعینه در باب ایقاع نیز می‌آید و باید گفت ایقاع فضولی، جزء السبب، اجازه صاحب حق نیز جزء دوم آن است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۲۹).

بیان سوم: حقیقت عقد عبارت از همان قرار بین الفضولیین است و این قرار و معاهده و معاهده به لحاظ اعتبار تا زمان امضا باقی است، یعنی عقلاً تا زمان امضا، بقای این قرار را اعتبار می‌کنند. وقتی که امضا به آن ملحق شد این قرار حقیقت عقد است، امضا هم به او ملحق شده، پس یک عقد ناشی از رضا می‌شود و بنابراین مسئله تمام می‌شود (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۲۸).

اما در ایقاع قرار و وجود ندارد و فقط یک لفظ و یا یک انشایی وجود دارد و قرار بین طرفین به نحوی که بگوییم بین دو طرف یک قرار و وجود داشته باشد و عقلاً بقای این قرار را اعتبار می‌نمایند، وجود ندارد و به عبارت دیگر در ایقاع مجرد لفظ و مجرد انشا است. لذا چون بین عقود و ایقاع چنین فرقی وجود دارد بیان سوم در ایقاعات جریان ندارد. در فرض مذکور، امام فرمودند، باید گفته شود، حقیقت عقد قرار نیست تا به چنین مشکلی برخورد نماییم؛ زیرا اگر قائل شدیم که حقیقت عقد همین قرار است، نتیجه این می‌شود که جریان فضولی در عقد بر وفق قاعده است و این قاعده در ایقاع جریان ندارد، چون در ایقاع ما قرار نداریم. لذا فرمودند باید گفته شود، حقیقت عقد عبارت از همان تبادل انشایی است و این تبادل انشایی و معنای انشایی در ایقاعات نیز وجود دارد، و نباید بگوییم حقیقت عقد عبارت است از قرار و التزام بین دو نفر، بلکه باید حقیقت عقد را همان معنای انشایی و همان منشأ بدانیم. این معنای انشایی در عقود و ایقاعات وجود دارد، در عقود وقتی بایع فضولی می‌گوید بعت یک ملکیت انشایی را ایجاد می‌نماید در طلاق فضولی نیز وقتی فضول می‌گوید هی طالق، در این فرض نیز یک طلاق انشایی را ایجاد می‌نماید و بیان می‌دارند که به نظر ما حقیقت عقد همین معنای انشایی است و قرار نیست، در این صورت بیان سوم نیز شامل ایقاعات می‌گردد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۳۰-۱۲۹).

بنابراین عقد و ایقاع در مبادی وجودی از لحاظ اراده ایجاد و در انشا و اسباب انشا و در حصول نتیجه انشا مشترکند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۳۱). به همین جهت باید گفته شود، عدم نفوذ در اعمال حقوقی فضولی در ایقاع نیز رعایت می‌شود، مگر اینکه با حکم ویژه‌ای در قانون یا طبیعت عمل حقوقی ناسازگار باشد (کاتوزیان ۱۳۹۰: ۱۵۸).

در فقه شیعه نظر سنتی حتی قائل به بطلان معاملات فضولی است و تنها فقهای متأخر به سمت غیر نافذ دانستن معاملات فضولی گرایش پیدا نمودند (شیخ طوسی ۱۳۸۷: ۷۶). شهید اول نیز در *مغایه المراد* ادعای اتفاق و اجماع بر بطلان ایقاع فضولی نموده‌اند (شهید اول ۱۴۱۴ ج ۳: ۳۷). این ادعای اتفاق درست نیست؛ زیرا اولاً اجماع منقول حجیتی ندارد و اگر ما اجماع منقول را هم حجت بدانیم، در مواردی که خلافش ثابت شده، نمی‌توانیم آن اجماع را حجت بدانیم (محمدی ۱۳۹۱: ۱۸۴). در این مسئله فقهای زیادی بحث کرده‌اند و برخی حکم به صحت ایقاعات فضولی داده و برخی حکم به بطلان داده‌اند. حتی در عتق و طلاق هم شیخ مفید در *مفقهه* مطالبی بیان نموده که بیانگر صحت فضولی در ایقاعات در آن دو است. شیخ مفید در این مسئله فضولی را باطل ندانسته و صحت عتق را موقوف بر اجازه مالک اصلی می‌داند (شیخ مفید ۱۴۱۳: ۶۰۶).

برخی در نظری مخالف بیان می‌دارند: ماده ۲۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هرگاه مالک معامله را اجازه نکرد، مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگرچه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد» مسئولیتی که به موجب این ماده متوجه مشتری می‌شود مسئولیت بسیار سنگینی است و در واقع قانونگذار با مقرر نمودن چنین ضمانت اجرایی عدم تمایل خود را نسبت به این قبیل معاملات تصریح نموده است. به عبارت دیگر، اگر مقنن به دلیل ملاحظات تاریخی، اجتماعی و اقتصادی در بعضی از موارد قائل بر صحت معاملات فضولی شده از مجموع مواد مربوط به این فصل به خوبی استنباط می‌شود که نظر قانونگذار تعمیم این نوع عمل حقوقی نبوده بلکه بر عکس در مواردی هم که قائل بر صحت شده است، کاملاً بر خلاف میل او بوده است (دکتر زاده ۱۳۱۷: ۲۸).

اما این نظر درست نیست؛ زیرا از ظاهر قانون مدنی که معامله فضولی را در شمار قواعد عمومی معاملات آورده است و مفاد مواد ۲۴۷ به بعد و نیز مواد ۳۰۴ و ۵۸۱ و ۶۷۴ و ۱۰۷۳ قانون مدنی به خوبی برمی‌آید که احکام مربوط به معامله فضولی در زمره قواعد عمومی است و در هر مورد که نیابت امکان داشته باشد، بایستی رعایت شود (کاتوزیان ۱۳۸۸ ج ۲: ۱۱۲) بنابراین در ایقاعات نیز امکان وقوع معامله فضولی وجود دارد؛ زیرا علاوه بر اینکه عقد در این مورد خصوصیتی ندارد، حدوث نیابت در ایقاع نیز با مانع شرعی و قانونی روبرو نمی‌شود (قاسم زاده ۱۳۸۸: ۱۰۵).

۴) مبنای حقوقی عدم نفوذ

در مورد مبنای عدم نفوذ در عقد فضولی مشهورترین نظریه بر پایه تجزیه اراده به دو عنصر قصد و رضا قرار گرفته است. این نظریه مفید آن است که در انعقاد معامله اراده شخص مالک موضوعیتی نداشته و ضرورتی ندارد تا قصد انشا از ناحیه وی صادر شده باشد. قصد انشا امری است نوعی که از جانب هر کسی که باشد، آثار حقوقی خود را به همراه دارد. اما قصد انشا بدون رضای مالک ناقص است و برغم ایجاد چهارچوب اولیه عقد، از بار نمودن آثاری بر این ساختار ناتوان است (صادقی مقدم و شکوهی زاده ۱۳۹۰: ۳۸) بر اساس این نظر آنچه جنبه شخصی و داخلی دارد و باید منسوب به مالک باشد رضای اوست. پس کافی است که قصد انشای فضول به رضای مالک پیوند بخورد تا عمل حقوقی را کامل نماید تنها مسئله غیر متعارف عدم همراهی رضا با قصد است، ولی این تقارن ضرورتی ندارد (کاتوزیان ۱۳۹۰ ج ۲: ۱۱۶).

معامل فضولی چه برای خود معامله نماید، چه برای مالک، قصد انشا دارد و به همین جهت با معامله فضولی اساس قرارداد ایجاد می گردد، اگرچه به علت فقدان رضای مالک، قرارداد کامل نیست و با پیوستن رضای بعدی، قرارداد کامل شده، آثار خود را از روز انعقاد به بار می آورد و تفاوتی بین رضای بعدی و رضای حاصل در زمان عقد نیست (صفایی ۱۳۹۲: ۱۷۹) مبنای مذکور در ایقاع نیز وجود دارد و قرارداد خصوصیتی نداشته و تفاوتی بین عقد و ایقاع از این حیث موجود نیست، بنابراین اصولاً ایقاع فضولی نیز غیر نافذ است، مگر اینکه بنا به دلایل و مصالحی خاص، ایقاع فضولی باطل باشد.

برخی از حقوقدانان نیز بیان داشتند، عقد مرکب از قصد انشا و رضای طرفین است، اگرچه قصد انشا به وسیله دیگری به عمل آید. در معامله فضولی قصدی که به وسیله شخص فضول که هیچ سمتی در معامله ندارد به عمل می آید، استخوان بندی معامله را ایجاد می نماید، تکمیل آن و تحقق معامله احتیاج به جزء دیگری دارد که رضا می باشد. رضا ناچار باید به وسیله غیر که مالک یا متعهد است به عمل آید و با پیوست نمودن آن به قصد انشای فضول، عقد کامل و مؤثر خواهد شد. رضایت گاه قبل از قصد انشا حاصل می شود و ادامه پیدا می کند تا قصد انشا محقق گردد و گاه رضایت پس از قصد انشا به وجود می آید (امامی ۱۳۶۸ ج ۱: ۲۹۹) مبنای مذکور که بین قصد و رضا قائل به تفکیک گردیده است در مورد ایقاع نیز می تواند مصداق پیدا نماید و عقد در این مورد خصوصیتی ندارد. بنابراین در ایقاع فضولی نیز با توجه به اینکه قصد فضول وجود دارد ولی

رضای مالک و ذیحق اصلی وجود ندارد، می‌توانیم با پذیرش مبنای مذکور حکم به عدم نفوذ ایقاع فضولی نیز نماییم.

در برخی نظریه‌ها نیز اجازه مالک شرط نفوذ عقد دانسته شده است، به طوری که عقد به اراده فصول و اصیل بسته می‌شود و مقتضای انتقال مالکیت را به وجود می‌آورد و از این حیث نقصی ندارد. در واقع اجازه مالک مانعی را که در راه نفوذ این سبب پیش ساخته وجود دارد، از بین می‌برد (کاتوزیان ۱۳۹۰ ج ۲: ۱۲۰) چنین مبنایی در ایقاع فضولی نیز می‌تواند وجود داشته باشد.

برخی مبنای عدم نفوذ را نظریه نمایندگی می‌دانند و بیان می‌دارند، ماده ۲۴۷ قانون مدنی به مالک اختیار داده است که معامله فضولی را اجازه کند و بدین ترتیب طرف معامله‌ای قرار گیرد که در آن دخالت نداشته است. این اجازه به معنی اعطای نمایندگی به اوست، چرا که تنها راه استفاده از اثر معامله بیگانگان است. اعطای اختیار به بیگانه‌ای که بدون داشتن صلاحیت برای مالک معامله می‌کند ساده‌تر تصور می‌شود؛ زیرا مانند تنفیذ معامله و کیلی است که از حدود اختیار خود تجاوز می‌نماید (کاتوزیان ۱۳۹۰ ج ۲: ۱۲۴) برخی در نظری مشابه مبنای عدم نفوذ را در معاملات فضولی عدم وجود سمت انعقاد کننده دانسته و بیان می‌دارند، چون فصول بدون دارا بودن سمت برای ایجاد رابطه حقوقی بین اصیل و غیر، کوشش می‌نماید که چون این رابطه نسبت به رابطه اول فرع به حساب می‌آید، علی القاعده باید به تبع اصل، که معدوم است، به کلی ایجاد نشود و برخلاف معاملات از طریق و کیلی، صحت پیدا نکند چون یک طرف عقد فاقد سمت است و فرد واحد بدون نمایندگی از دیگری هم نمی‌تواند با خود عقده منعقد نماید (علی‌آبادی ۱۳۸۱: ۱۴۴) چنین مبنایی در ایقاعات نیز می‌تواند مصداق پیدا نماید و در عقد خصوصیتی وجود ندارد که مبنای مذکور را صرفاً شامل عقود دانسته و مشمول ایقاعات ندانیم.

۵) بررسی مصداقی چند ایقاع

در ذیل به بررسی امکان وقوع به نحو فضولی در خصوص چند ایقاع می‌پردازیم.

۵-۱) وصیت فضولی

سؤال این است که آیا وصیت ماهیت عقدی دارد یا ایقاع است. بنا به دلایل ذیل باید وصیت را ایقاع دانست؛ زیرا عموماً آمده در فقه وصیت را به موصی نسبت می‌دهند و تحقق آن را به

شرط دیگری متوقف نساخته‌اند (محقق داماد ۱۳۶۸: ۳۹) مطابق ماده ۸۲۷ قانون مدنی: «وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک نماید» اگر قبول موصی له از ارکان وصیت تملیکی شمرده می‌شد باید در تعریف ذکر می‌شد. در عرف نیز به آنچه موصی انشا می‌کند، صرف نظر از اراده موصی له وصیت می‌گویند (جعفری لنگرودی ۱۳۵۰ ج ۲: ۱۵-۵) همچنین در ماده ۸۲۷ قانون مدنی، قبول موصی له شرط تحقق وصیت نیست، بلکه شرط تحقق تملیک است (جعفری لنگرودی ۱۳۷۰: ۶).

قبول در وصیت تملیکی از ارکان آن محسوب نمی‌شود. فقها نیز منکر دلالت اخبار وارده بر وجوب قبول در وصیت تملیکی بوده و معتقدند، آنچه مورد اتفاق است، داشتن حق رد یا عدم قبول از سوی موصی له است. قبول صرفاً شرطی برای استقرار و استمرار انشای موصی است (عراقی ۱۴۱۰: ۳۱۹؛ طباطبایی یزدی ۱۴۰۹ ج ۲: ۸۷۸) بر اساس ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی، رعایت توالی عرفی میان ایجاب و قبول، شرط صحت عقد است؛ حال آنکه در وصیت تملیکی، رعایت این شرط ضروری نیست (محقق داماد ۱۳۶۸: ۳۹).

برخی معتقدند که وصیت تملیکی از اقسام وصیت عهدی است؛ زیرا در وصیت عهدی شخص انجام آن را بر عهده دیگری قرار می‌دهد و در وصیت تملیکی خود عهده‌دار آن می‌شود و چون در ماهیت ایقاعی وصیت عهدی به دلیل عدم نیاز به قبول، کمتر تردید شده است و نظر مشهور آن را از ایقاعات می‌داند، لذا ماهیت وصیت تملیکی نیز عمل حقوقی یک طرفه بوده و از ایقاعات شمرده می‌شود (بروجردی عبده ۱۳۸۳: ۳۴۴) منع شرعی و قانونی ورثه از تصرف در موصی به دلالت بر مالک نبودن ایشان و وجود حق مالکیت موصی له دارد. چنانچه ورثه پس از فوت موصی و پیش از قبول یا رد موصی له، مالک موصی به باشند، دلیلی بر منع تصرفات ایشان وجود ندارد (عدل ۱۳۷۳: ۴۰۷).

چنانچه موصی له پیش از قبول یا رد وصیتی که به نفع وی شده، بمیرد، بنابر قول مشهور، حق قبول وصیت به ورثه او می‌رسد و آنها می‌توانند وصیت را قبول یا رد نمایند (محقق کرکی ۱۴۱۱ ج ۱۰: ۱۵) در حالی که در عقود، به ارث گذاشتن حق قبول پذیرفته نیست و مرگ طرف قبول از اسباب زوال ایجاب محسوب می‌شود (کاتوزیان ۱۳۸۸ ج ۱: ۳۱۷) بنابراین با عنایت به دلایل مطرح شده در فوق، وصیت ایقاع می‌باشد. در قانون مدنی، ماده ۸۴۱ در خصوص وصیت فضولی حکم می‌نماید: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر، ولو با اجازه مالک، باطل است».

در فقه، فقها وصیت به مال غیر را به دو فرض تقسیم نموده‌اند و بیان داشتند، وصیت به مال غیر یا برای خود فضول انشا می‌گردد یا برای مالک انشا می‌گردد. چنانچه وصیت به مال غیر برای غیر (یعنی مالک مال) انشا گردد، وقوع آن را به نحو فضولی امکانپذیر دانسته و معتقدند چنین وصیتی غیر نافذ بوده و با تنفیذ مالک، صحیح می‌گردد، اما دلیلی بر مشروعیت وصیت به مال غیر برای فضول (نه مالک مال)، وجود ندارد (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۲۷۹).

به همین جهت، برخی از مؤلفین حقوقی نیز بیان می‌دارند که حکم استثنایی ماده ۸۴۱ قانون مدنی را باید تفسیر محدود نمود. مفهوم عرفی وصیت ناظر به تصرفی است که معلق به فوت متصرف باشد. بنابراین چنانچه کسی به مال غیر و برای مالک (معلق به فوت او) وصیت نماید، عمل فضولی وصیت به مال غیر نیست، وصیت برای غیر است و باید آن را قابل تنفیذ شمرد ولی اگر وصیت را برای خود و معلق به فوت خود نماید، مشمول ماده ۸۴۱ قانون مدنی و باطل است، هر چند که مالک آن را اجازه بدهد (کاتوزیان ۱۳۸۶: ۸۸) در تأیید این نظر، برخی مؤلفین نیز بیان داشتند، وصیت از اموری نیست که طبیعتاً قائم به شخص موصی باشد، بنابراین وصیت فضولی اصولاً اشکالی ندارد. ادله استحسانی که بر بطلان وصیت فضولی بیان شده است، هیچ یک مثبت آن نخواهد بود، بدین جهت برخی از فقها بر آن شده‌اند که چنانچه موصی مال غیر را برای خود وصیت نماید، باطل است ولی هرگاه مال غیر را به نحو فضولی برای مالک آن وصیت نماید، صحیح است. ماده ۸۴۱ را می‌توان به وسیله تفسیر ساده ناظر به بطلان معامله فضولی دانست که موصی مال غیر را برای خود وصیت نماید. بنابراین وصیت فضولی برای مالک با تنفیذ وی صحیح خواهد بود. اما نظر یکی از حقوقدانان معاصر این است که تفسیر مزبور با اطلاق ماده دور از روش قضایی می‌باشد و باید طبق ماده ۸۴۱ قانون مدنی، وصیت فضولی را مطلقاً باطل دانست (امامی ۱۳۶۸ ج ۳: ۸۹).

به نظر می‌رسد تفکیک وصیت به مال غیر برای خود و وصیت به مال غیر و برای مالک، منطقی تر و به مصلحت نزدیک تر است؛ زیرا در فقه اتفاق فقها بر آن است که وصیت به مال غیر و برای خود باطل است و ماده ۸۴۱ قانون مدنی نیز ناظر به همین صورت است؛ زیرا اولاً در عرف کسی این نوع وصیت را از مصادیق وصیت در شرع نمی‌داند؛ چرا که وصیت تملیک عین یا منفعت برای بعد از وفات است و تملیک مال غیر علاوه بر متعارف نبودن آن، تصرف در مال غیر محسوب شده و حرام و باطل خواهد بود. ثانیاً از تعریف وصیت به تملیک عین یا منفعت، مفهوم

تنجیز به لحاظ مالکیت استفاده می‌شود و با تعلیق به موافقت و اجازه مالک منافات دارد (طاهری ۱۴۱۸ ج ۵: ۱۷۹) ثالثاً نیت و قصد شخص فصول باید اقدام به معامله یا عمل قانونی و مادی صرفاً برای صاحب مال و یا صاحب عمل باشد. وجه تمایز تصرف و معامله فضولی با معامله مال مسروقه و معامله مال غصبی و غیره در همین رکن معنوی است (بهرامی ۱۳۷۷: ۱۶).

اگر وصیت از ایقاعات هم باشد وقوع فضولی در ایقاعات نیز چندان غیر ممکن نیست؛ زیرا امکان وقوع آن با مانع شرعی و قانونی برخورد نمی‌نماید. لذا میان فقها بسیارند که قائل به ایقاع وصیت بوده و در عین حال احتمال وقوع وصیت فضولی را بعید ندانسته‌اند (محقق داماد ۱۴۲۰: ۱۰۴) زیرا در فرضی که شخص به مال غیر و برای مالک (و معلق به فوت او) وصیت نماید، بسیاری از فقهای که وصیت را ایقاع نیز می‌دانند، وصیت فضولی را صحیح می‌دانند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۹۷-۹۴).

۲-۵) اخذ به شفعه فضولی

اخذ به شفعه به نحو فضولی صحیح نیست؛ زیرا اخذ به شفعه خلاف اصل است و مقتضای قاعده تسلیط این است که بدون رضایت مالک نمی‌توان مال را از ملکیت مالکش خارج نمود. در صورتی که با اخذ به شفعه از سوی شفیع مال به صورت قهری و بدون اراده خریدار از ملکیت وی خارج می‌گردد (اصغری آقمشهدی ۱۳۸۵: ۳۸) بنابراین در آن به محل وفاق و موارد متیقن می‌توان حق شفعه را جاری دانست و در موارد تردید مانند اخذ به شفعه فضولی، نمی‌توان قائل به صحت آن گردید (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۴۰۴؛ حسینی عاملی ۱۴۲۶ ج ۶: ۳۴۲).

لزوم فوری بودن اخذ به شفعه نیز مانع نفوذ اقدام فضولی دیگران است؛ زیرا هدف از این حکم جلوگیری از ضرر خریدار و ناپایداری معاملات او نسبت به سهم فروخته شده است. قانونگذار می‌خواهد اخذ به شفعه بی‌درنگ صورت پذیرد و تکلیف بیع به‌طور قاطع مشخص شود، در حالی که امکان تنفیذ اخذ به شفعه فضولی مدتها همه چیز را به حالت تعلیق در می‌آورد. با این حال اگر شریک از وجود بیع و اقدام فضولی آگاه نباشد، کار فصول نمی‌تواند حق او را در اخذ به شفعه از بین ببرد. در این فرض او بعد از اطلاع یافتن از بیع (وجود حق و فوری بودن آن) می‌تواند یا خود مستقلاً اخذ به شفعه نماید یا اقدام فضولی را اجازه دهد؛ زیرا اخذ به شفعه فضولی به جهت برخورد با مانع فوری بودن حق از اثر می‌افتد و خود به خود باطل نیست. بنابراین در

فرضی که مهلت اخذ به شفعه به دلیل خارجی (جهل) باقی می‌ماند، تنفیذ عمل فضولی نیز مانعی بر سر راه خود نخواهد داشت. فایده امکان اجازه تملک فضولی این است که شفیع می‌تواند تاریخ تملک را به گذشته برگرداند و از آثار آن، از جمله منافع ملک در فاصله اقدام فضولی و اجازه بهره‌مند گردد (کاتوزیان ۱۳۸۶: ۲۷۴).

۳-۵) ابراء فضولی

شیخ طوسی در مبسوط در جواب این سؤال که آیا در صحت ابراء، قبول کردن ابراء شونده شرط است؟ می‌فرماید، برخی گفته‌اند که قبول، شرط صحت ابراء است و تا قبول محقق نشود، حق همچنان بر عهده او باقی خواهد ماند. به نظر می‌رسد این نظر اقوی است؛ زیرا در ابراء منتی بر ابراء شونده وجود دارد و او مجبور به پذیرش آن نیست، در حالی که اگر قبول وی را لازم ندانیم، او را بر آن مجبور نموده‌ایم. ولی گروهی دیگر گفته‌اند که ابراء صحیح است، خواه کسی که بر عهده او حقی است آن را بپذیرد، خواه نپذیرد. ظاهر این قول نیز قوی است (شیخ طوسی ۱۳۸۷ ج ۳: ۳۱۴).

برخی از فقها بیان می‌دارند، چنانچه ابراء تملیک باشد، نیازمند قبول است، و چنانچه بگوییم ابراء اسقاط است، نیازی به قبول ندارد و این ظاهر نظر مذهب شافعی نیز می‌باشد. البته بنا به نظر فقهای شافعی چنانچه داین به مدیون اظهار دارد که آنچه در ذمه توست را به تو تملیک نمودم، در این فرض ابراء اسقاط نبوده بلکه تملیک می‌باشد، بنابراین نیازمند قبول خواهد بود. اما در مذهب ما ابراء اسقاط محض بوده به گونه‌ای که حتی رد ابراء نیز فاقد اثر است (علامه حلی ۱۴۱۴ ج ۱۴: ۳۲۸-۳۲۷) اکثر فقها ابراء را اسقاط دانسته و معتقدند نیازمند قبول نیست (فخرالمحققین ۱۳۸۷ ج ۳: ۶۰۴؛ علامه حلی ۱۴۱۰ ج ۱: ۴۵۰؛ فیض کاشانی ۱۴۱۴ ج ۳: ۱۶۱).

شهید ثانی در *مسائل الافهام* در بحث ابراء دیه بیان می‌دارد: «دیه به مجرد تصدق ساقط می‌شود و نیز نیازمند قبول نمی‌باشد و مراد از تصدق ابراء است» (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۶: ۱۶).

در ابراء مباشرت طلبکار شرط نیست و به نمایندگی نیز انجام می‌پذیرد. ولی، از آنجا که اسقاط رایگان حق به زیان طلبکار است و به دشواری می‌توان آن را لازمه اداره دارایی محجور دانست، نمایندگی قانونی (ولی و قیم و وصی) که اداره محجور را به عهده دارند (ماده ۱۲۱۷ ق.م) نمی‌توانند بدهکاران مولی علیه را به نمایندگی ابراء کنند و برخلاف غبطه او گام بردارند. اجازه دادستان در مورد قیم نیز ابراء را مباح نمی‌کند. تنها تردیدی که ممکن است پیدا شود در مورد ولی

قهری است که، به دلیل عاطفه پدیری و لزوم احترام به تصمیم‌های او، چنین فرض می‌شود که هر چه کند به مصلحت فرزند است (ماده ۱۸۳ق.م) (کاتوزیان ۱۳۸۶: ۳۷۵).

در مورد وقوع ابراء از طرف نماینده تردیدی وجود ندارد، اما سؤال این است که آیا امکان وقوع ابراء فضولی وجود دارد؟ مقصود از ابراء فضولی، انشای برائت ذمه مدیون به وسیله شخصی است که نه طلبکار است و نه نماینده او و نه مأذون از سوی او. مسئله این است که آیا چنین ابرایی را می‌توان مانند یک عقد فضولی غیرنافذ دانست که با تنفیذ غیر، نافذ و دارای آثار قانونی شود، یا اینکه این ابراء باطل و کأن لم یکن می‌باشد؟ طرح این مسئله منحصر به ابراء نیست، بلکه در مورد هر یک از ایقاعات قابل طرح می‌باشد (شهیدی ۱۳۹۰ ج ۵: ۱۴۴). نکته قابل توجه این است که ابراء مدیون عملی است رایگان و به زیان طلبکار. بنابراین هیچ‌گاه نباید آن را مفروض دانست؛ انشای اسقاط حق باید احراز گردد و در صورت تردید، باید دین را باقی دانست، زیرا ابراء احسانی بر خلاف اصل (بقاء دین) است (عظیمی گرگانی ۱۳۸۷: ۷۹؛ کاتوزیان ۱۳۸۶: ۳۷۲).

در ابراء صدور اراده داین برای صرف نظر کردن بلاعوض وی از حقتش ضروری است. در این اراده تشریفات خاصی شرط نیست و بیان اراده به هر نحو که باشد، صریح یا ضمنی کافی است (سنهوری ۱۳۷۵: ۴۱۳) در مورد حکم ابراء فضولی برخی بیان می‌دارند: به دلیل اینکه ایقاع فضولی باطل است، ابراء فضولی پذیرفته نیست (بهرامی احمدی ۱۳۸۶: ۲۵۲) بنابراین ابراء باید به وسیله طلبکار یا نماینده او یا مأذون از او محقق شود و ابراء فضولی صحیح نیست (شهیدی ۱۳۹۰ ج ۵: ۱۳۲).

با اینکه ابراء در زمره ایقاع‌های معین است، احکام ویژه‌ای درباره شرایط وقوع آن در قانون مدنی وجود ندارد. بنابراین به عنوان قاعده باید گفت، شرایطی که برای وقوع و اعتبار قراردادهای لازم است، در ابراء نیز ضرورت دارد، مگر آنچه با طبیعت این ایقاع منافات داشته باشد (کاتوزیان ۱۳۸۶: ۳۷۱).

برخی از حقوقدانان با اعلام بطلان ابراء و به طور کلی ایقاع فضولی بیان می‌دارند مگر اینکه دلیل خاص فقهی در مورد ایقاعی خلاف آن را اثبات کنند؛ زیرا آنچه با توجه به قواعد و روح مقررات مربوط به انشائات حقوقی ابتدائاً به ذهن می‌رسد این است که رضا به عنوان یک شرط برای تحقق هر عمل حقوقی ضروری است و مقتضای عادی این وضعیت، بطلان ایقاع و از جمله ابراء فضولی و عدم تأثیر رضای بعدی است. دلایل مربوط به عدم نفوذ معاملات فضولی و اعتبار آن پس از تنفیذ مالک، منحصر به عقود است و نمی‌توان آن را به ایقاعات تسری داد. به علاوه

غیرنافذ بودن ایقاع فضولی و اعتبار یافتن آن پس از اعلام بعدی رضایت مالک، مأنوس ذهن و وجدانیت حقوقی نیست هر چند که اجماع مورد ادعای عده‌ای از فقها نسبت به بطلان ایقاع فضولی ثابت نمی‌باشد (شهیدی ۱۳۹۰ ج ۵: ۱۴۵).

اگر چیزی متعلق حق فرد دیگری غیر از ابراء کننده باشد، ابرای او بنا بر نظر فقها باطل است. به عنوان مثال، مفلس نمی‌تواند کمتر از طلبی را که از دیگران دارد دریافت نماید؛ زیرا طلبکاران نیز در آن حق دارند. دلیل این شرط (عدم تعلق حق غیر) در این موارد روشن است؛ زیرا وقتی که حق دیگران مانع صحت تصرف باشد، به مقتضای دلیلش مانع نفوذ ابراء نیز هست (افتخاری ۱۳۸۲: ۱۶۵؛ همراه با دایرة المعارف فقه اسلامی ۱۳۸۵: ۱۶۰).

اگرچه مانند سایر تصرفات قولی یا فعلی رضایت دائن در صحت ابراء شرط است (جمالی ۱۳۴۵: ۴۵)، اما در ابراء مباشرت طلبکار شرط نیست و ممکن است به نیابت انجام شود. قواعد فضولی ویژه عقد نیست و در هر عمل حقوقی که به نیابت صورت پذیر باشد، قابل اجراست. بنابراین ابراء نیز به صورت فضولی واقع می‌شود و نفوذ آن منوط به رضای طلبکار در پذیرش فضول به عنوان نماینده است. با این حال ابراء فضولی صرفاً در فرضی تصور می‌شود که شخصی بدون داشتن نمایندگی و به امید قانع نمودن داین، بدهکار وی را ابراء نماید. یعنی ابراء فضولی باید برای طلبکار انشا شود. رابطه دینی میان داین و مدیون مانع از آن است که فضول بتواند ابراء را برای خود واقع نماید. هر زمان که شخص مدیون به خود را ابراء نماید، ناچار از حق خویش صرف نظر نموده است و نباید آن را با موردی قیاس نمود که فضول مال دیگری را برای خود به فروش می‌رساند (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۵۰۵) بنابراین ابراء فضولی چنانچه برای داین انشا شود، نافذ نیست و با تنفیذ او معتبر می‌گردد (قاسم‌زاده ۱۳۸۸: ۲۴۶).

فقها ابراء را در معنای وسیعی به کار برده‌اند. آنها ابراء را در مورد اسقاط چیزهایی استعمال نموده‌اند که از حقوق مالی نیستند؛ مانند اسقاط حق قصاص، اسقاط زمان باقیمانده در ازدواج موقت و ابرای کفیل و مانند آن. از این رو ابراء، اسقاط همه حقوق شخصی افراد را که بر عهده دیگران ثابت است در بر می‌گیرد، خواه این حق مالی باشد و خواه مالی نباشد (همراه با دایرة المعارف فقه اسلامی ۱۳۸۵: ۱۳۲). اگرچه برخی به صورت مطلق ابرای فضولی را غیر نافذ می‌دانند (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۵۰۵)، اما به نظر می‌رسد در فرضی که ابرای فضولی راجع به حقوق مالی است، غیر نافذ باشد

و در خصوص حقوق شخصی که مباشرت شخص شرط است مانند اسقاط حق قصاص، اسقاط زمان باقیمانده در ازدواج موقت و ابرای کفیل، ابرای فضولی باطل است.

۴-۵) جعاله فضولی

برخی از فقها معتقدند جعاله ایقاع بوده و نیاز به قبول ندارد (علامه حلی ۱۴۲۰ ج ۴: ۴۴۱) برخی از حقوقدانان نیز جعاله را ایقاع می‌دانند (جعفری لنگرودی ۱۳۵۷ ج ۱: ۴۰۳).

در قانون مدنی ایران نیز جعاله صرفاً نوعی التزام و تعهد خوانده شده است. ماده ۵۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین». مؤلفان حقوقی نیز با ملاحظه احکام جعاله و آثاری که بر التزام جاعل بار می‌شود، آن را ایقاع دانسته‌اند (بروجردی عبده ۱۳۵۰: ۳۱۷) با توجه به تعریف قانون مدنی که تعیین عامل در جعاله شرط نیست و با نداشتن مخاطب مخصوصی نیز جعاله واقع می‌شود، در حالی که هر عقدی محتاج به قبول بوده و بدون آن عقد محقق نمی‌شود.

برخی از فقها نیز با اعلام ایقاع بودن جعاله بیان می‌دارند که جاعل با ملتزم نمودن خود، سبب سازی می‌کند تا هر کسی که کار مورد نظر را انجام دهد استحقاق پاداش را بیابد. بنابراین عامل در ایجاد این تعهد و التزام دخالتی ندارد و هرگاه کار معهود را انجام دهد به مقتضای سببی که از پیش به وجود آمده است، حق دریافت پاداش را می‌یابد به همین جهت نیز چون عامل در وقوع عقد نقشی ندارد، نیازی به دارا بودن اهلیت ندارد و اگر صغیر ممیز بدون اذن ولی خود عمل مورد استدعای جاعل را انجام دهد، مستحق عوض است، بلکه حتی می‌توان این حکم را به صغیر غیر ممیز و مجنون نیز سرایت داد (نجفی ۱۴۰۴ ج ۳۵: ۱۹۱-۱۸۹) حال اگر جعاله عقد محسوب می‌شود، نمی‌بایست این اشخاص را مستحق اجرت دانست، زیرا در عقود قبول معتبر است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲: ۴۵۸).

فقها بیان می‌دارند، دلیل معتبری مبنی بر بطلان ایقاعات به شکل فضولی وجود ندارد و اجماع ادعا شده در این خصوص، حتی نسبت به بطلان طلاق فضولی نیز مسلم نیست، بلکه از ظاهر برخی روایات استفاده می‌شود که طلاق را نیز می‌توان به نحو فضولی انشا نمود، به همان نسبت بنا به قیاس اولویت امکان وقوع جعاله فضولی با مانع شرعی و حقوقی برخورد ندارد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۳۱).

حکم ماده ۸۴۱ قانون مدنی که وصیت بر مال غیر را هر چند با اجازه مالک باطل معرفی کرده است، نمی‌تواند دلیل بر این باشد که به‌طور کلی ایقاع فضولی و از جمله جعله فضولی باطل است، بلکه باید آن را حکمی استثنایی درباره وصیت دانست؛ چون ممکن است هدف قانونگذار از باطل دانستن وصیت فضولی، جلوگیری از سوء استفاده‌هایی باشد که از اشخاص سالخورده و احیاناً مریض می‌شود، به خلاف موردی که رضایت دهنده و تنفیذ کننده ایقاع غیرنافذ، چنین وضعیتی را نداشته باشد، مانند مورد ایقاع فضولی در غیر از باب وصیت یا مکره پس از برطرف شدن اکراه و یا ولی یا قیم افراد صغیر و سفیه؛ بنابراین انشای جعله به طور فضولی امکان دارد و با رضای بعدی مالک دارای نفوذ و اعتبار می‌شود (مظاهری ۱۳۸۱: ۱۰۴).

۵-۵) اختیارات به نحو فضولی

خیار در لغت اسم مصدر از اختیار در ترجیح دادن یکی از دو طرف امری است یعنی صاحب حق خیار یا معامله را امضاء نماید یا اقدام به فسخ آن کند (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۴: ۲۶۷). فسخ یکی از اسباب سقوط تعهدات و نوعی انشای یک طرفه انحلال قرارداد و تعهد و در حقیقت نوعی ایقاع است و برای جلوگیری از ضرری که به موجب قرارداد به یکی از طرفین قرارداد می‌رسد، شارع و قانونگذار به‌طور یکجانبه به شخص اجازه می‌دهد جهت جلوگیری از ورود ضرر، یکطرفه قرارداد را فسخ نماید. در تحقق فسخ حضور حاکم و رسیدگی دادگاه لازم نیست؛ زیرا اعمال حق، احتیاج به رسیدگی قضایی ندارد (شهیدی ۱۳۹۰ ج ۵: ۱۲۱؛ امامی ۱۳۶۸ ج ۱: ۵۴۵) برخی از فقها نیز فسخ را عمل حقوقی یک طرفه و همچون ابراء و اعراض، در ردیف ایقاعات دانسته‌اند (طباطبایی یزدی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۵۳). یکی از فروضی که می‌توان به عنوان قسمی از خیار فسخ فضولی برشمرد، در فرضی است که وکیل در فروش بدون اطلاع مالک برای مشتری خیار فسخ قرار داده باشد. به نظر می‌رسد در این فرض، قرار دادن خیار فسخ، فضولی و منوط به اذن بایع است و در این خصوص اختلاف نظری وجود ندارد. اما بحث اصلی این است که آیا امکان وقوع فسخ به نحو فضولی به طور کلی در اختیارات وجود دارد یا خیر؟

علمای امامیه و حقوقدانان معتقدند، خیار، حق است و حکم نیست (قمی ۱۴۲۰ ج ۲: ۲۵۳؛ امامی ۱۳۶۸ ج ۱: ۵۳۳؛ طاهری ۱۴۱۸ ج ۴: ۱۵۸)؛ بنابراین وقوع آن به نحو فضولی غیر ممکن نمی‌باشد. مؤید حق بودن خیار، ماده ۴۴۵ قانون مدنی است، که مقرر می‌دارد: «هر یک از اختیارات بعد از فوت به

وراث منتقل می‌شود»، بنابراین خیار حقی مالی است و مانند اعیان مال مستقلاً شمرده می‌شود، بنابراین منعی در وقوع فصولی آن دیده نمی‌شود.

با این وجود، به نظر می‌رسد فصول نمی‌تواند با اراده خود و بدون رضای صاحب خیار، حق فسخ را به نحو فصولی واقع نماید؛ زیرا اگرچه خیار، یک حق مالی است و قابل اسقاط است ولی در فسخ، هدف این است که لزوماً اراده صاحب حق خیار در اعمال آن حاکم باشد. به همین جهت است که برخی بیان می‌دارند، خیار قابل انتقال نیستند (محقق داماد ۱۴۲۰: ۱۰۸)؛ زیرا هر چند صاحب خیار می‌تواند آن را در ازای مالی که از طرف مقابل می‌ستاند اسقاط نماید، اما در اعمال حق فسخ، لزوماً اراده وی باید اعمال شود. بنابراین با توجه به اینکه اختیارات برای متعاملین وضع شده‌اند، فصول حق خیار ندارد، برخی از فقهای عظام نیز در مبحث خیار مجلس بیان داشتند که صرفاً متبایعین خیار دارند (البیعان بالخیار ما لم یفتراً) و همانطور که وکیل در اجرای صیغه از حق خیار برخوردار نیست، شخص فصول نیز به طریق اولی حق فسخ قرارداد را به استناد خیار مجلس نداشته و امکان وقوع به نحو فصولی آن امکانپذیر نیست، زیرا متبایعین محسوب نمی‌شود (انصاری ۱۴۱۰ ج ۲: ۳۱۳).

برخی فقها نیز در تعریف خیار بیان داشتند: «خیار عبارت است از حق اختیار فسخ که لازمه آن تسلط «صاحب خیار» بر فسخ عقد یا ترک آن می‌باشد» (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۴: ۱۵) بنابراین، امکان وقوع فسخ از جانب فصول منتفی است؛ زیرا وی، صاحب خیار محسوب نمی‌شود.

البته در حقوق برخی کشورها مانند مصر به امکان وقوع فسخ توسط قاضی نیز تصریح شده است. به نظر می‌رسد در این فرض، اراده حاکم در واقع در حکم اراده شخص ذیحق بوده و فسخ صحیح است، با وجود اینکه از ناحیه ذیحق اراده نشده است (جعفری ۱۳۷۷: ۱۳۱).

ابوحنیفه در اعمال حق فسخ، حضور طرف عقد را در دادگاه ضروری دانسته و رسیدگی قضایی و صدور حکم فسخ از ناحیه دادگاه را اجتناب ناپذیر می‌داند و بر خلاف نظر فقهای امامیه قائل به اعلامی بودن حکم دادگاه نیست، بلکه معتقد به تأسیسی بودن حکم دادگاه در فسخ است (حسینی عاملی ۱۴۲۶ ج ۴: ۵۶۷) اگر چنین نظری را بپذیریم، امکان وقوع خیار به نحو فصولی به حکم عقل غیر ممکن خواهد بود.

در خصوص خیار دو مبنا مطرح شده است: ۱. مبنای قراردادی، که بر اساس این نظر با توجه به احترام به اراده طرفین قرارداد و نقش عمده و اساسی ترازی و قصد انشا در تحقق و تشکیل

قرارداد، مبنای حق فسخ و خیار را حکومت اراده و مفاد تراضی طرفین می‌دانند. ۲. مبنای خیار، جبران ضرر دارنده حق فسخ است (جعفری ۱۳۷۷: ۱۳۲). در صورتی که مبنای خیار را قراردادی بدانیم، با توجه به اینکه بر اساس این مبنا شخصی که قرارداد را منعقد نمود، حق فسخ قرارداد را دارد، نمی‌توان قائل به پذیرش امکان وقوع فسخ به نحو فضولی گردید. همچنین اگر مبنای خیار را جبران ضرر دارنده حق فسخ بدانیم، به جهت اینکه، به شخص فضول، زبانی وارد نشده است، امکان وقوع فسخ فضولی بی وجه بوده و با مبنای خیار در تقابل است.

همچنین در قراردادها اصل بر لزوم است و نیز در مواقع تردید در خصوص وقوع فسخ یا عدم وقوع آن حکم به عدم وقوع فسخ نموده و لزوم عقد را استصحاب می‌نماییم (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۲: ۲۳۶) و ما در خصوص وقوع فسخ به نحو فضولی تردید داریم که آیا می‌توانیم قرارداد را به طور فضولی فسخ نماییم یا خیر، که در این صورت، به قاعده رجوع نموده و حکم به لزوم عقد و عدم امکان وقوع فسخ فضولی می‌نماییم.

در هر حال حتی اگر قائل به امکان وقوع فضولی در اعمال خیار باشیم، همانطور که برخی از حقوقدانان معتقدند، در اعمالی که بی‌درنگ باید انجام شود، مانند فسخ نکاح و استفاده از خیار غبن و عیب، اقدام فضولی بر دوام حق اصیل نمی‌افزاید و تأخیر در کمال ایقاع آن را بی اثر می‌نماید (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۱۶۰).

۶-۵) سایر موارد عدم امکان ایقاع فضولی

برخی از فقها معتقدند در طلاق امکان وقوع فضولی وجود دارد (شیخ مفید ۱۴۱۳: ۶۰۶) امام خمینی نیز بیان می‌دارند، از ظاهر برخی روایات استفاده می‌شود که طلاق را نیز می‌توان به نحو فضولی انشا نمود (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۱۳۱) اما همانطور که مشهور فقها معتقدند، طلاق فضولی امکان ندارد (میرزای قمی ۱۴۱۳ ج ۴: ۴۵۹) اگرچه زوج بعداً آن را امضا نماید (گلپایگانی ۱۴۰۹ ج ۵: ۵۴) یعنی طلاق فضولی باطل است، چنانکه طلاق ناشی از اکراه نیز قابل تنقید به نظر نمی‌رسد. وانگهی، در فقه نسبت به بطلان طلاق فضولی به تکرار ادعای اجماع شده است. این نتیجه را، نه تنها عدم امکان تعلیق طلاق و تشریفاتی بودن آن تأیید می‌کند، از طبیعت رابطه زن و شوهر و ارتباط آن به شخصیت دو طرف به خوبی استنباط می‌شود: شخص شوهر باید درباره طلاق تصمیم بگیرد (الطلاق بید من اخذ بالساق)، چنانکه ولی یا قیم صغیر و سفیه نیز نمی‌تواند به جای او اعلام اراده

کند. همچنین است رجوع از طلاق و فسخ نکاح که از جهت ارتباط به بقا و انحلال خانواده مانند طلاق از امور شخصی است (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۱۶۰) در واقع در خصوص طلاق، بنا به وجود برخی مصالح خانوادگی، فقها و حقوقدانان، طلاق فضولی را باطل می‌دانند. همچنین در آیات متعدد قرآن نیز که در رابطه با طلاق وارد شده است، همگی خطاب به مردان بوده است. به عنوان مثال در آیه ۲۳۱ سوره بقره خداوند می‌فرماید: «هرگاه زنان را طلاق گفتید و به پایان عده خویش رسیدند، پس به خوبی نگاهشان دارید یا به خوبی آزادشان کنید».

فقها اظهار می‌نمایند چنانچه پسر ده ساله بخواهد اجرای طلاق نماید، نافذ نیست ولی صحت شأنیه دارد پس چنانچه پس از بلوغ طلاق را امضا نمود، نافذ خواهد بود. در واقع طلاقی که پسر ده ساله داده است حکم طلاق فضولی را دارد یعنی از من له الامر صادر نشده است ولی صحت شأنیه دارد و پسر می‌تواند بعد از بلوغ این طلاق را تنفیذ نماید، هر چند در زمان طلاق صلاحیت امضا نداشته باشد. اگرچه شهید اول در *نمایة المبرود* ادعای اجماع کرده که ایقاع فضولی از اساس باطل است، لیکن با تتبع روشن می‌شود که چنین اجماعی در کار نیست (شیری زنجانی ۱۴۱۹ ج ۱۲: ۱۴۷۳) برخی که قائل به ایقاع بودن وقف می‌باشند، بیان می‌دارند، در صحت و وقف فضولی بعد از امضای مالک، خلاف است احوط بطلان و اظهار صحت آن است (قزوینی قارپوز آبادی ۱۴۱۴: ۲۹۵-۲۹۴).

حتی فقهای قائل به ایقاع بودن وقف می‌باشند، معتقدند، وقف فضولی به علت ضرورت قصد قربت مالک در حین وقف نادرست است (بهرامی احمدی ۱۳۸۶: ۲۰۶)؛ زیرا در تمام مواردی که قصد قربت در انشای آن شرط است (مانند وقف اگر ایقاع به شمار آید و نذر) امکان انجام دادن آن به وسیله فضولی به شدت مورد تردید است، مگر اینکه گفته شود قصد قربت نیز مانند رضا می‌تواند بعد از اقدام فضول به آن ضمیمه شود (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۱۶۰).

طباطبایی یزدی قصد قربت را مانع امکان وقوع ایقاع فضولی نمی‌داند و در باب صدقه می‌فرماید، در صدقه بنا بر این است که فضولی در آن نیز جاری باشد و اعتبار قصد قربت در آن، مضر به جریان آن نباشد، مشروط بر اینکه فضولی را بر وفق قاعده بدانیم، همانطور که صاحب *جوهر* نیز در باب وقف به این امر تصریح نمودند؛ زیرا مباشرت در اعمال آنها معتبر نیست و هر عقد یا ایقاعی که اینچنین باشد، قابل فضولیت است و مؤید این نظر، اخبار موجود در خصوص صدقه در مال لقطه و مجهول المالك است؛ لکن در اثبات ادعای اینکه فضولی بر وفق قاعده

است، تردید وجود دارد. بنابراین چنانچه شخص، فضولتاً بذل و صدقه به مال غیر برای خودش کرده باشد، بدون اینکه از قبل آن را تملک نموده باشد، صحت وقوع یا امکان وقوع به نحو فضولی آن دارای اشکال است (طباطبایی یزدی ۱۴۱۵: ۱۶۲).

به نظر می‌رسد همانطور که برخی اظهار نموده‌اند، تصرفات فضولی منحصر به عقد مالی نمی‌گردد. بلکه شامل عقود و ایقاعات و اسقاط حقوق متعلقه به احوال شخصیه و سایر تصرفات قولی مثل نکاح و طلاق، عتق رقبه و وقف و امثال ذلک نیز می‌شود. در خصوص نکاح برخلاف قانون بعضی از کشورها از جمله فرانسه که لازم است زوجین شخصاً در مجلس عقد حضور داشته باشند مگر در موارد استثناء و ضرورت، در شریعت اسلامی به طور کلی نکاح قابل توکیل به غیر است و هر یک از زوجین می‌توانند برای انعقاد عقد نکاح وکیل بگیرند. به همین جهت ماده ۱۴۵۲ المجله مقرر داشته: (نکاح فضولی جایز است و صحت آن منوط به اجازه صاحب حق است اما فقهای حنفی و محمدبن الحسن نکاح فضولی را جایز نمی‌دانند برخلاف ابویوسف که این مورد را هم جایز شمرده است. به همین قیاس است طلاق فضولی و عتاق و همچنین وقف، هرگاه شخصی مال متعلق به دیگری را وقف بر فقرا نماید، صحت چنین وقفی منوط به تنفیذ مالک است. در مذهب حنفی تجویز تأثیر اجازه صرفاً در تصرفات قولی است و در تصرفات فعلی مؤثر نیست. اما بعضی از فقهای مالکی آن را منطبق با تصرفات فعلی هم دانسته‌اند مثل قبض و غصب و اتلاف و مانند اینها و رضای در قبض در انتها را مانند اذن در قبض در ابتدا می‌دانند (بهرامی ۱۳۷۷: ۴۴).

در تمام مواردی که به حکم قانون یا قرارداد مباشرت شخص معین در ایقاع شرط باشد امکان وقوع فضولی آن وجود ندارد؛ زیرا چنانکه در قواعد عمومی قراردادها گفته شد، امکان تنفیذ معامله فضولی مبتنی بر نظریه نمایندگی است، مالک به فضولی نیابت می‌دهد و نفوذ معامله او را همچون نماینده خود می‌پذیرد. پس، کاری را می‌توان تنفیذ کرد که امکان توکیل در آن باشد و نماینده بتواند به جای اصیل تصمیم بگیرد. همچنین اگر اقرار در زمره ایقاعات باشد، فضولی آن امکان ندارد؛ زیرا تعلیق اخبار به رضای اصیل با طبیعت آن سازگار نیست (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۱۶۰).

نتیجه‌گیری

چنانچه بتوان عدم وجود قصد مالک را در امور انشایی جبران نمود، تفاوتی بین اراده شخص در عقد و ایقاع وجود ندارد. در خصوص امکان وقوع فضولی در ایقاع، مقررات قانون مدنی، ساکت

است. در فقه نیز فقها اصولاً وقوع فضولی در ایقاع را غیر ممکن دانسته‌اند، به طوری که حتی در طلاق ادعای اجماع بر بطلان طلاق فضولی شده است. در فقه، عدم نفوذ حکمی استثنایی و اعتبار آن پس از تنفیذ مالک، منحصر به عقود می‌باشد. نتیجه استثنا دانستن عدم نفوذ این است که حتی در اکراه نیز ایقاع اکراهی را باطل می‌دانند؛ زیرا معتقدند در ایقاع بطلان اصل بوده و عدم نفوذ امری استثنایی است و در موارد تردید همچون ایقاع اکراهی یا ایقاع فضولی باید آنها را باطل دانست. از ظاهر مقررات قانون مدنی این مسئله استنباط می‌شود که احکام مربوط به معامله فضولی در عداد قواعد عمومی است؛ زیرا قانونگذار آنها را در ذیل قواعد عمومی معاملات قرار داده، به طوری که می‌توان آن مقررات را حاکم بر ایقاع فضولی نیز دانست.

ماهیت وصیت را اگرچه بسیاری از فقها و حقوقدانان عقد می‌دانند، با توجه به دلایل مطرحه باید وصیت را ایقاع دانست. در مورد وصیت فضولی، اگرچه ظاهر ماده ۸۴۱ قانون مدنی وصیت به مال غیر را به طور مطلق باطل می‌داند، باید ماده مذکور را تفسیر نمود و همانطور که فقها نیز بیان داشتند، وصیت نسبت به مال غیر چنانچه معلق به فوت خود و برای خود صورت گیرد باطل است، در حالی که چنانچه وصیت برای مالک و معلق به فوت وی صورت گیرد، باید آن را وصیت فضولی دانسته و غیر نافذ بدانیم. اخذ به شفعه فضولی را نمی‌توان صحیح دانست، زیرا اخذ به شفعه امری استثنایی بوده و در تقابل با قاعده تسلیط است. بنابراین باید آن را در حدود قدر متیقن که اخذ به شفعه به اراده مالک است تفسیر نمود و در موارد تردید همچون اخذ به شفعه فضولی، آن را باطل دانست. همچنین در بسیاری از موارد فوری بودن حق شفعه مانع از این است که تنفیذ شفیع بتواند به آن نفوذ حقوقی ببخشد. همچنانکه عدم امکان وقوع فسخ نکاح و خیار عیب و خیار غبن به نحو فضولی نیز به جهت تقابل با فوریت این حقوق است.

امکان وقوع ابرای فضولی نیز وجود داشته و ابرای فضولی غیر نافذ است؛ زیرا اثبات امکان وقوع ایقاع فضولی، مستلزم پذیرش وقوع ابرای فضولی است چرا که وقوع آن با مانع شرعی و قانونی روبرو نیست. ولی ابرای فضولی در فرضی متصور است که فضول ابراء را برای طلبکار انشا نماید و امکان وقوع ابرای فضولی توسط خود داین وجود ندارد، زیرا رابطه دینی میان داین و مدیون مانع از آن است که فضول بتواند ابراء را برای خود انشا کند. همین حکم در خصوص جعله فضولی نیز وجود دارد و با وجود ایقاع دانستن جعله فضولی امکان وقوع فضولی آن با مانع شرعی و قانونی برخورد نمی‌نماید. در ایقاعاتی که قصد قربت در آنها شرط می‌باشد، همچون

صدقه، وقف و نذر، در امکان وقوع آنها به نحو فضولی تردید جدی وجود دارد، مگر آنکه قائل به این نظر شویم که قصد قربت همانند رضا می تواند در آینده نیز انشا گردد.

منابع

- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق) *لسان العرب*، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع دار صادر، چاپ سوم.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین. (پاییز و زمستان ۱۳۸۵) «شرایط اخذ به شفعه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه»، *پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی*، سال اول، شماره ۲ و ۳، صص ۳۷-۵۴.
- افتخاری، جواد. (۱۳۸۲). *حقوق مدنی ۳، کلیات عقود و حقوق تعهدات*، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (۱۳۶۸) *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ سوم.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۰ ق) *مکاسب*، بیروت: مؤسسه نعمان، چاپ اول.
- بروجردی عبده، محمد. (۱۳۵۰) *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات سینا، چاپ سوم.
- _____ . (۱۳۸۳) *کلیات حقوق اسلامی*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- بهرامی، بهرام. (۱۳۷۷) *معاملات فضولی، انتقال مال غیر*، تهران: روزنامه رسمی کشور، چاپ اول.
- بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۸۶) *حقوق مدنی ۳، کلیات عقود و قراردادها*، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- جعفری، سیاوش. (اردیبهشت ۱۳۷۷) «ماهیت حقوقی فسخ در ایران»، *مجله کانون*. سال چهل و دوم، دوره دوم، شماره ۵. صص ۱۳۴-۱۲۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۰) *حقوق مدنی، وصیت*، تهران: انتشارات ابن سینا، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۵۷) *دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۷۰) *وصیت - ارث*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- _____ . (۱۳۸۷) *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
- جمالی، جمال الدین. (۱۳۴۵) «قوانین فقه اسلامی: انواع ابراء اسقاط»، *مجله کانون وکلا*، سال دهم، شماره ۲، صص ۴۸-۴۱.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۴۲۶ ق) *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ اول.

- دکتر زاده، ابراهیم. (۱۳۱۷) «آثار حقوقی رد مالک حقیقی در معاملات فضولی». *مجموعه حقوقی*، ۳ اسفند، شماره ۹۵، صص ۲۸-۲۶.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۳۷۵) *انتقال و سقوط تعهدات*، تهران: مرکز ترجمه و نشر کتاب، چاپ اول.
- شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ ق) *کتاب التکاح*، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ ق) *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
- شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان اکبری بغدادی. (۱۴۱۳ ق) *المقننه*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۴ ق) *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ ق) *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۳ ق) *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۰) *سقوط تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، چاپ ششم.
- شهیدی تبریزی، میر فتح. (۱۳۷۵ ق) *هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب*، تبریز: چاپ اطلاعات، چاپ اول.
- صادقی مقدم، محمد حسن و رضا شکوهی زاده. (۱۳۹۰) «حکم معامله فضولی و مبنای آن در حقوق انگلیس، فرانسه، آلمان و ایران»، *مجله نامه مفید*، شماره ۸۸، صص ۴۴-۲۵.
- صبحی محمصانی، رجب. (۱۴۲۰ ق) *النظرية العامة للموجبات والعقود*، بیروت: انتشارات دارالعلم للملایین.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۹۲) *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران: انتشارات میزان، چاپ چهاردهم.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ ق) *حقوق مدنی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ ق) *مستمسک العروة الوثقی*، قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۲۱ ق) *حاشیة المكاسب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- _____ . (۱۴۰۹ ق) *العروة الوثقی*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- _____ . (۱۴۱۵ ق) *سؤال و جواب*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول.
- عدل، مصطفی. (۱۳۷۳) *حقوق مدنی*، قزوین: انتشارات بحر العلوم.
- عراقی، آغا ضیاء الدین. (۱۴۱۰ ق) *تعلیقة استدلالیة علی عروة الوثقی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عسگری، جعفر. (۱۳۸۶) «اجازه در معامله فضولی با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر»، *فصلنامه حقوقی گواه*، شماره ۸ و ۹، ۳۲-۲۷.
- عظیمی گرگانی، هادی. (بهار ۱۳۸۷) «بررسی فقهی، حقوقی ابراء»، *مجله فقه و تاریخ تمدن*، شماره ۱۵، صص ۸۴-۶۹.

- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق) *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۰ ق) *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، قم: دفتر انتشارات وابسته به حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۲۰ ق) *تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامیه*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول.
- علی آبادی، علی. (۱۳۸۱) *ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول.
- غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۵ ق) *حاشیه علی المكاسب*، قم: انتشارات مجمع الذخائر الاسلامیه، چاپ اول.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ ق) *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (۱۴۱۴ ق) *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- قاسم زاده، مرتضی. (۱۳۸۸) *حقوق مدنی مختصر قراردادها و تعهدات*، تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
- قزوینی قارپوز آبادی، ملا علی. (۱۴۱۴ ق) *صیغ العقود و الایقات*، قم: انتشارات شکوری، چاپ اول.
- قمی، سید محمد حسینی روحانی. (۱۴۲۰ ق) *المرتقی إلى الفقه الأرقی- کتاب الخیارات*، تهران: مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه (دار الجلی)، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴) *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم.
- _____ . (۱۳۸۶) *دوره مقدماتی حقوق مدنی، شفعه، وصیت، ارث*، تهران: انتشارات میزان، چاپ هشتم.
- _____ . (۱۳۹۰) *حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی، ایقاع معین*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم.
- _____ . (۱۳۸۸) *دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۰۹ ق) *مجمع المسائل*، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ دوم.
- مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله. (۱۳۱۶ ق) *غایة الآمال فی شرح کتاب المكاسب*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، چاپ اول.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۶۸) *بررسی فقهی و حقوقی وصیت*، تهران: اندیشه های نو در علوم اسلامی.
- _____ . (۱۴۲۰ ق) *وصیت، تحلیل فقهی و حقوقی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۱ ق) *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم.

- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۹۱) *مبانی استنباط حقوق اسلامی، اصول فقه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهل و نهم.
- مظاهری، رسول. (۱۳۸۱) *جمال در باتکداری اسلامی*، قم: مؤسسه بوستان کتاب قم.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی. (۱۴۱۳ ق) *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی. (۱۳۷۳ ق) *منية الطالب فی حاشية المكاسب*، تهران: المكتبة المحمدية، چاپ اول.
- نجفی، شیخ محمد حسین. (۱۴۰۴ ق) *جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث، چاپ هفتم.
- همراه با دایرة المعارف فقه اسلامی. (بهار ۱۳۸۵) «ابراء (۱)»، *مجله فقه اهل بیت*. سال ۱۲، شماره ۴۵، صص ۱۷۸-۱۳۰.