

«کاشفیت» یا «ناقلیت» اجازه معامله فضولی در فقه

امامیه و قانون مدنی ایران*

محمدطه خراطها(نویسنده مسئول)**

سید مصطفی سعادت مصطفوی***

چکیده

مطابق بند اول ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قصد و رضای طرفین از شرایط اساسی صحت هر معامله‌ای به حساب می‌آید و فقدان هر کدام به ترتیب بطلان یا عدم نفوذ عقد را در پی دارد. فقها و حقوقدانان عقدی را که بدون رضایت مالک منعقد می‌شود «عقد فضولی» می‌نامند، بدین معنی که چنین عقدی تا رضایت بعدی مالک اصلی از طریق اجازه به عقد سابق ملحق نگردد، مُملک نیست. علی‌هذا، فقها و بالتبع حقوقدانان در خصوص اثر چنین اجازه‌ای نسبت به عقد سابق، آرا و دیدگاه‌های مختلفی ارائه داده و چنین اجازه‌ای را در دو گروه عمده «کشف» و «نقل» طبقه‌بندی کرده‌اند. اکثر فقهای قدیم با تبعیت از نصوص وارده، تقویت کاشفیت اجازه را پیشه نموده‌اند، حال آنکه متأخرین وجه عقلانی ناقلیت را مرجح دانسته‌اند؛ این دوگانگی در میان دیدگاه‌های حقوقدانان نیز متبلور شده است. علاوه بر دو دیدگاه مذکور، برخی از متأخرین شیعه نظریه «کشف حکمی» را بیان داشته‌اند که می‌توان آن را جامع‌الطرفین برشمرد، بدین معنی که اجرای احکام کشف به اندازه امکان است، در حالی که نقل مالکیت پس از اجازه حاصل می‌گردد. نویسنده با غور در آرای فقها و انعکاس آنها در دکترین حقوقدانان با روش توصیفی، تحلیلی به بررسی ماده ۲۵۸ قانون مدنی پرداخته است تا ضمن مشخص ساختن اثر اجازه در عقد فضولی به بسط این مهم نسبت به سایر عقود غیر نافذ نیز نایل آید.

کلید واژه‌ها: اجازه، کشف، نقل، کشف حکمی، کشف حقیقی، عقد فضولی، رضا.

*.تاریخ دریافت مقاله: ۹۴/۷/۲۰ تاریخ پذیرش مقاله: ۹۴/۱۰/۱۷

**دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع) /

mtkharratha@gmail.com

***استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع) / msm51@yahoo.com



مقدمه

چنان که فقها و حقوقدانان بیان داشته‌اند یکی از شرایط درستی عقد بیع این است که عقد از سوی مالک یا کسی که از سوی او اذن دارد یا ولی یا قیم مالک به حساب می‌آید، واقع شده باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۹۹) در صورتی که معامله‌ای بدون نمایندگی از طرف اصیل از سوی غیر مالک منعقد گردد، آن معامله اصطلاحاً فضولی خوانده می‌شود. (صفایی، ۱۳۹۰) البته شایان ذکر است که اراده باطنی مربوط به انجام چنین معامله‌ای ممکن است با حسن نیت باشد که می‌بایست دلیل موجهی بر آن اقامه گردد یا با سوء نیت انجام شود که عمل ارتكابی مطابق نص ماده ۱ قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر جرم تلقی می‌گردد. اصل نسبی بودن قراردادها نیز همین امر را ایجاب می‌کند. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۳۹ و صفایی، ۱۳۹۰: ۱۸۱)

عقد فضولی در قانون مدنی مورد شناسایی قرار گرفته است و ماده ۲۴۷ بر درستی آن صحه گذاشته است. قانون مدنی اساساً رضا را شرط وقوع عقد ندانسته است؛ خواه رضای مالک باشد، خواه رضای عاقد فضولی که در ماده ۳۶۴ به آن اشاره شده است. نظر به ماده ۲۴۷ قانون مدنی با وجود رضایت عاقد فضولی، عقد فضولی نافذ نیست، از اینجا معلوم می‌شود که رضایت عاقد فضولی، برای نفوذ عقد کافی نمی‌باشد و فقط رضایت مالک است که عقد فضولی را نافذ می‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۲۰۰ و صفایی، ۱۳۹۰: ۱۷۹) البته بیع در صورتی فضولی است که فروشنده بخواهد عین معین یا کلی متعلق به غیر را در حالی که از آن دیگری است، برای مالک یا خود بفروشد. ولی، اگر مال کلی را در حالی که مالک هیچ یک از مصداق‌های آن نیست، بفروشد یا تعهد کند که عین متعلق به دیگری را از او بخرد یا نمایندگی بگیرد و بفروشد، نباید بیع را فضولی به شمار آورد. (جعفری لنگرودی، همان: ۲۰۰ و ۲۰۱؛ صفایی، همان: ۱۷۹ و ۱۸۰)

فقها در خصوص صحت عقد فضولی دارای اختلاف نظرهایی هستند، ولی قول مشهور (حلی، ۱۴۰۸ق: ۸؛ شهیدتانی، ق ۱۴۱۰: ۲۹۹؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۱۹۹) که حتی ادعای اجماع نیز بر آن شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۷۳) به صحت این نوع بیع تصریح می‌کند، اما نفوذ این عقد را منوط به اجازه مالک می‌داند. به بیان دیگر، قائلین به صحت عقد فضولی، درستی عقد را متوقف بر اذن مالک می‌دانند. (انصاری، ۱۴۱۵ق:

۱. کسی که مال غیر را با علم به اینکه مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند، کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۲۸ قانون عمومی محکوم می‌شود و همچنین است انتقال‌گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال دهنده باشد.



۳۹۹) این دسته درستی معامله فضولی را از قواعد عمومی قراردادها به حساب می آورند. (انصاری، همان: ۱۳۴)

در رابطه با اجازه به طور کلی دو دیدگاه وجود دارد؛ بعضی اجازه را کاشف و عده‌ای دیگر آن را ناقل قلمداد می‌نمایند. بنابر دیدگاه کاشفیت، بعد از اجازه مالک، تمامی آثار و توابع عقد از زمان انعقاد اجرا می‌شود، همانند اینکه اجازه همزمان با عقد واقع شده باشد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۹۹؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۹؛ صفایی، ۱۳۹۰: ۱۸۱؛ کرکی، ۱۴۱۴ق: ۷۴؛ محقق داماد، قنواتی، وحدتی شبیری و عبدی پورفرد، ۱۳۸۹: ۳۵۹) بنابر دیدگاه «نقل» آثار عقد از هنگام اجازه مترتب می‌شود، مثل اینکه عقد در زمان اجازه منعقد شده است. (انصاری، همان: ۳۹۹؛ شهیدثانی، همان: ۲۲۹؛ صفایی، همان: ۱۸۱؛ کرکی، همان: ۷۴)

این موضوع در قانون مدنی نیز انعکاس داشته است. ماده ۲۵۸ این قانون مقرر می‌دارد:

نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض، اجازه یا رد، از روز عقد مؤثر خواهد بود.
میان دو دیدگاه مشهور، نظریه میانه‌ای هم مطرح شده است که طرفداران آن، قائل به تفصیل هستند. به این بیان که اگر مشتری از ابتدا می‌داند که مالک عقد را اجازه می‌کند، از ابتدا حق تصرف دارد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۴۸)

مقاله پیش‌رو در پی مطالعه اقوال گوناگون فقهای امامیه در خصوص ماهیت اجازه است. تا پیش از عصر ظهور شیخ انصاری، مشهور فقها معتقد به کشف حقیقی بودند و تنها بعضی در زمان انتقال مالکیت تردید نشان داده بودند، لیکن ادله شیخ اعظم (شیخ انصاری) و ابداع نظریه مترقی کشف حکمی تحولی شگرف را در این باره ایجاد نمود و طرح دیدگاه‌های مختلف در خصوص ماهیت اجازه را پیش کشید. لذا در این مقاله، ابتدا دیدگاه فقها در خصوص ناقلیت یا کاشفیت اجازه بررسی خواهد شد و در ادامه نیز ادله کشف مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. شایان ذکر است ضمن بیان ادله کشف و نقد آنها، عملاً ادله نقل، کشف حکمی و اقسام آن نیز مورد بحث قرار می‌گیرد. در پایان نیز در خصوص ماهیت اجازه و کاشفیت یا ناقلیت آن بحث جامعی ارائه خواهد شد و دیدگاه حقوقدانان و رأی مختار قانون مدنی را به نقد کشیده می‌شود.

۱. این دیدگاه یا نظرات مربوط به کشف حقیقی سازگار است.



۱. موضوع شناسی

از جمله شرایط اساسی که بر موضوع معامله بر شمرده شده است آن است که مبیع ملک بایع باشد و خود معامله نماید یا آنکه شخصی دیگر به نمایندگی از او معامله نماید. از همین رو، صدر ماده ۲۴۷ قانون مدنی بیان داشته است که: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست.» لذا اگر بایع یا نماینده قانونی یا قراردادی او اقدام به معامله ننماید، عمل حقوقی مزبور فضولی به حساب می‌آید و بنا بر اتفاق همه حقوقدانان و فقها، اثر معامله فضولی، عدم نفوذ آن است و بیان شده است که اعمال حقوقی فضولی، اصولاً غیرنافذ است.

عدم نفوذ معامله بدین معنا است که تعیین تکلیف آن معامله و صحیح یا باطل قلمداد کردن آن متوقف به اعلام نظر مالک است. چنانچه مالک اجازه نفوذ معامله را بدهد یا به اصطلاح آن را تنفیذ نماید، معامله صحیح شمرده شده و آلا معامله باطل و بلااثر قلمداد می‌گردد. سؤال برخاسته از چنین معامله‌ای این است که در اثر نفوذ اجازه معامله فضولی، منافع در طول انعقاد فضولی تا تنفیذ آن به چه کسی تعلق دارد و پس از اعلام اجازه، کدام طرف محق بر آن منافع است. در مقام پاسخگویی به این پرسش، به طور عمده دو دیدگاه بیان شده است که هر کدام مبتنی بر ادله و شواهد مختص به خود می‌باشد. جمع‌آوری این دلایل و شواهد در کنار یکدیگر با بیان استدلال‌های صورت گرفته، موضوع مطرح شده را به روشنی تبیین و توضیح می‌نماید. نویسنده در این مقاله با بیان تفصیلی و نقادانه هر یک از دیدگاه‌ها و اقسام آن در فقه امامیه به کنکاش در قانون مدنی ایران پرداخته است تا قول مختار مقلد ایرانی را کشف نماید.

۲. کاشفیت و ناقلیت اجازه از دیدگاه فقها

در خصوص اجازه و ماهیت آن به طور کلی میان فقها و حقوقدانان سه دیدگاه موجود است: عده‌ای قائل به کاشفیت اجازه (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۹۹؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۵۸؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۱۰۴) و برخی قائل به ناقلیت آن می‌باشند. (عمیدی، ۱۴۱۶ق: ۳۸۶) در این میان دسته سوم، نسبت به اجازه لاحق در عقد فضولی قائل به تفصیل شده و به کشف حکمی تمسک جسته‌اند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۰۸ و طباطبایی‌یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۴۸) هر کدام از این دیدگاه‌ها در ادامه مورد مذاقه، بررسی و نقد قرار خواهند گرفت.



۲.۱. دیدگاه کشف (کشف حقیقی و حکمی)

نظریه کاشف از عقد بر دو نوع است: کشف حقیقی و کشف حکمی.

الف) کشف حقیقی و انواع آن

کشف حقیقی خود دارای اقسامی است که مورد بررسی قرار می‌گیرند:

یکم: کشف حقیقی صرف^۱

طبق این نظر که مورد تأیید برخی از حقوقدانان نیز قرار گرفته است (امامی، ۱۳۷۱: ۳۰۵؛ طاهری، ۱۳۷۵: ۱۲۶-۱۲۴؛ حائری شاه باغ، ۱۳۷۶: ۲۴۷ و ۲۴۸) اجازه هیچ‌گونه مداخلیتی در تأثیر عقد ندارد، بلکه کاشف از تأثیر عقد سابق است که در سه صورت متصور است:

۱. مبتنی بر رضای تقدیری: رضایت مالک در عقد شرط است و کیفیت آن می‌تواند فعلی یا تقدیری باشد. بنابراین، اگر پس از عقد هم مالک رضایت بدهد، کاشف از وجود یک رضایت تقدیری در حین انعقاد عقد است که از آن به «تعقب عقد بر رضا» نیز یاد می‌شود. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۵۹؛ اشکوری، ۱۴۲۲ق: ۸۳-۴؛ نائینی، ۱۴۱۸ق: ۲۳۸) آنچه از اهمیت بالایی برخوردار است این است که هنگام عقد، مالک بر فرض اطلاع یا بر فرض در نظر گرفتن مصلحت خود راضی باشد، هرچند که مالک بعد از عقد مورد اطلاع قرار گیرد و آن را اجازه دهد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۶۷) البته این دیدگاه خالی از اشکال نیست، ایراد وارد بر این ایده این است که اولاً بر اساس دیدگاه فقها، رضای تقدیری هنگام عقد کفایت امر نمی‌کند و می‌بایست رضای فعلی موجود باشد و بالاتر اینکه اجازه، کاشف از رضای تقدیری نیست، زیرا مفاد عبارت «اجازه کردم» رضای تقدیری نیست. ثانیاً اجازه، فعلی اختیاری است و مبادی خاص خود را دارد و رضای تقدیری از مبادی این فعل اختیاری محسوب نمی‌شود، زیرا بین تقدیر و تنجیز، سنخیت وجود ندارد. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۶۰-۳۶۱)

ثالثاً با این تحلیل، در صورت علم خریدار به رضایت مالک در آینده، وی حق تصرف خواهد داشت که هیچ‌کس از چنین قولی طرفداری نکرده است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۶۹) رابعاً، رضای تقدیری امری معدوم است و کشف از معدوم ممتنع است. البته عده‌ای در مقام ترجیح رضای تقدیری برآمده‌اند و می‌گویند در عبارات فقها

۱. برخی این وجه را کشف از امر مقارن نامیده‌اند. (روحانی، ۱۳۷۶)

ظهوری بر فعلی بودن اجازه موجود نیست و بر فرض وجود چنین ظهوری، چنانچه دلیل مساعدی داشته باشیم - که موجود است^۱ - رضای تقدیری با مشکلی مواجه نخواهد بود.

این عده در تکمله سخن خود می‌افزایند:

بنابر آنکه رضای فعلی هم در صحت عقد شرط باشد، به واسطه عموم ادله فضولی و صراحت خبر وارده، رد معامله مانع از تأثیر اجازه بعدی نخواهد بود. ثانیاً رد گرچه موجب زوال ارتباط عقد با مالک مجیز است، ولی اجازه بعدی مالک پس از رد، مانند رضای ابتدایی خواهد بود؛ یعنی بدون آنکه عقدی واقع شده باشد، اجازه حکم رضای ابتدایی را خواهد داشت. (سنگلجی، ۱۳۳۳: ۱۲۶-۱۲۳)

البته دیدگاه اخیر مورد مناقشه قرار گرفته است و رد عقد فضولی، ایقاع اسقاط به حساب آمده است، یعنی رد، اثر حاصل از عقد فضولی را معدوم می‌کند، پس اجازه بعد از رد نمی‌تواند اعاده معدوم کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۱۵ و ۲۱۶) دیدگاه اخیر در ماده ۲۵۰ قانون مدنی نیز منعکس شده است.

۲. وجه دیگر این است که بگوییم عقد مشروط به یک امر واقعی است که نمی‌دانیم آن امر چیست و اجازه، کاشف از همان شرط مجهول هنگام عقد است. با این توجیه کلیه مواردی را که شرط متأخر محسوب می‌شوند می‌توان توجیه نمود. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۶۸) انتقاد وارد بر این دیدگاه چنین ابراز شده است که اولاً موجودیت چنین امر مجهولی مسلم و قطعی نیست. ثانیاً آیات و روایات متعدده وارده، صراحت بر مشروط بودن صحت عقد بر وجود رضایت (منظور همان اجازه است) دارند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۰)

۳. صورت دیگر، عدم اشتراط اجازه و رضا در عقد است و در عقد فضولی هم که رضایت پس از انعقاد عقد می‌آید، بدو در علم خداوند صحیح بوده است. مبنای این نظریه به این برمی‌گردد که علت درستی عقد، جعل شارع است نه تعقب رضا. (طباطبایی یزدی، همان: ۱۶۸ و نجفی، ۱۴۰۰ق: ۲۸۹) این دیدگاه هم از انتقاد مصون نمانده است، زیرا بنابر قول مشهور فقها رضایت و اجازه مالک شرط است. (طباطبایی یزدی، همان: ۱۷۰)

۱. معنای آیه «لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و فرمایش پیامبر ﷺ بر «لا یحل مال المرء الا بطیب نفسه» و همچنین قضیه عروه باری. ۲. اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد.



دوم: کشف حقیقی (شرط متأخر)

با توجه به اقوال متعدد، این قسم، دیدگاه مشهور فقهای امامیه به حساب می آید. (سنگلجی، ۱۳۳۳: ۱۲۳ و اصفهانی، ۱۳۹۳: ۱۳۱) علی‌الخصوص پیش از شیخ انصاری (انصاری، ق ۱۴۱۵: ۳۶۴) نحوه استدلال قائلین به این نظریه چنین است که بگوییم:

اجازه بر عقد تعلق پیدا می‌کند و به معنای رضایت بر مضمون عقدی است که پیش از اجازه تحقق یافته است و تنها کمبود آن رضایت است که آن نیز با اجازه تکمیل می‌شود. (باقری اصل، ۱۳۹۳: ۱۲۵ و ۱۲۶)

طبق این دیدگاه، اجازه کاشف از نقل ملک و نمانت از حین عقد است. اهم ایرادات وارد بر این نظر این است که بر مبنای تحلیل یاد شده، اجازه شرط متأخر کاشف به شمار می‌آید که از منظر عقلی ممکن نیست. این ایراد بر کلیه اقسام کشف حقیقی وارد است و هر یک سعی کرده‌اند به گونه‌ای از آن رهایی یابند که چندان موفق نبوده‌اند. صاحب جواهر از طرفداران این نظریه، معتقد است که شروط عقلی با شروط شرعی متفاوت هستند و در خصوص شروط شرعی تقدم مشروط بر شرط محال نیست. (نجفی، ۱۴۰۰ ق: ۲۸۹) بر این دیدگاه اشکال گرفته شده است که شرط هیچ‌گاه متأخر بر مشروط نمی‌شود و از این جهت تفاوتی بین شرط عقلی و شرعی نیست. (انصاری، ۱۴۱۵ ق: ۳۶۱)^۲

برخی از فقها اظهار داشته‌اند که کشف حقیقی بر مبنای یکی از وجوه زیر قابل توجیه است:

۱. اجازه، بیانگر تأثیر تمام عقد و کاشف از آن است. با اجازه، لاحق وفای به عقد لازم می‌شود و وفای به عقد مستلزم تأثیر آن از هنگام عقد است؛ (موسوی خویی، ۱۴۱۲ ق: ۱۰۷-۶۵)

۲. اجازه از جمله شروط عقد است. با تحقق اجازه این شرط کاشف از تأثیر عقد از حین عقد است (موسوی خویی، همان: ۱۰۸-۶۵) یعنی اجازه را شرط متأخر کاشف بدانیم؛

۳. تعقب اجازه را شرط بدانیم که در این صورت با الحاق اجازه شرط حاصل می‌شود و عقد از ابتدا مؤثر خواهد بود. (موسوی خویی، همان)؛

۱. طباطبایی، سیدعلی؛ «ریاض المسائل»، ج ۱: ۵۱۳؛ میرزای قمی، ابوالقاسم؛ «جامع الشتات»، ج ۲:

۲۷۹؛ همو؛ «غنائم الایام»، ص ۵۴۲.

۲. حاشیه شرح لمعه، آقا جمال خوانساری.



۴. وجه چهارمی هم از سوی محقق رشتی بیان شده است که اجازه، کاشف از رضای تقدیری مالک حین عقد است. (موسوی خویی، همان: ۱۱۰-۱۰۷) با اندکی تأمل مشخص می‌شود که هیچ یک از وجوه مذکور قابل پذیرش نیستند. وجه اول موجب دخل و تصرف در مال غیر بدون رضایت او می‌شود و وجه دوم موجب تأثیر شرط در ما قبل خود و تقدم مشروط بر شرط می‌گردد که عقلاً محال است. وجه سوم هم صورت دیگری از همان وجه دوم است و برای فرار از تأخیر تأثیر شرط است و از آنجا که رضا را در عقد شرط نمی‌داند مخالف ادله است. نظر چهارم هم مبتنی بر رضای تقدیری است که بسیاری از فقها آن را کافی نمی‌دانند (موسوی خویی، همان: ۷۰) و اجازه مالک هنگام عقد، آن را از فضولی بودن خارج نمی‌کند چه رسد به رضای لاحق. به همین دلیل است که بسیاری از فقها کشف حقیقی را خلاف قواعد دانسته‌اند. حتی در دوره‌ای که مشهور فقها قائل به کشف حقیقی بودند، برخی از فقها در زمان انتقال مالکیت پس از اجازه اشکال کرده بودند. (حلی، بی‌تا: ۱۲۴)^۱ برخی دیگر از فقهای پیش از شیخ اعظم نیز کشف حقیقی را مخالف اصول و قواعد فقهی دانسته بودند.^۲ در میان فقهای متأخر نیز بسیاری از فقها قول به کشف حقیقی را بلاوجه دانسته‌اند.

سوم: کشف حقیقی با اشتراط تعقّب اجازه

با این توضیح که تعقّب اجازه شرط است نه خود اجازه. این قول برای فرار از ایرادی است که به کشف حقیقی وارد شده و آن تأخر شرط بر مشروط آن است که آن را از نظر عقلی محال می‌دانند. مرحوم صاحب فصول^۳ و برادرش شیخ المحققین^۴ طرفدار این قول هستند و صاحب جواهر هم احتمال آن را مطرح نموده است. (نجفی، ۱۴۰۰: ق: ۲۸۷) در نقد آن بیان شده است که اولاً خلاف ظاهر ادله است، زیرا ادله رضای مالک را شرط می‌داند؛ ثانیاً با این توجیه، شرط صحت عقد، تعقّب اجازه است که آن هم امری اعتباری نیست، بلکه وصفی است که با وجود امر متأخر (اجازه) حاصل می‌شود که در هر حال اگر تقدم مشروط بر شرط را صحیح ندانیم، فرقی نمی‌کند که

۱. و فی وقت الانتقال الاشکال.

۲. شهیدثانی، حاشیه الارشاد، ج ۲: ۱۲۴؛ فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ج ۱: ۴۲۶؛ فاضل هندی در کشف اللثام.

۳. محمدحسین اصفهانی، فصول الغرویه فی الاصول الفقهیه، ص ۸۱.

۴. همان.



این شرط اجازه باشد یا تعقب اجازه. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۰) امر انتزاعی بدون وجود مصحح انتزاع معقول نیست و مصحح انتزاع، اجازه متأخر است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۶۲)

ب) کشف حکمی و اقسام آن

این دیدگاه تقریباً از زمان شیخ انصاری به صورت یک نظریه مطرح شده است. می توان گفت که کشف حکمی جمع بین دیدگاه کشف و نقل است. فقها از یک سو با قول مشهور قائل به کاشفیت و روایاتی روبه رو بودند که بر کشف دلالت می کرد و از سوی دیگر کشف حقیقی و هر یک از اقسام آن، مصون از ایراد باقی نمانده اند و آنچه منطق فقها بدان توجه دارد نقل است، لذا مرحوم شیخ انصاری برای اولین بار کشف حکمی را مطرح نمودند که مورد توجه بسیاری نیز قرار گرفت. ایشان اظهار داشته اند استاد شریف العلماء نیز این نظر را مطرح نموده اند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶۴) کشف حکمی انقلابی نیز یکی از اقسام کشف حکمی به شمار می رود که در ادامه هر دو، مورد بررسی قرار می گیرند.

یکم: کشف حکمی

آنچنان برخی از حقوقدانان از شیخ انصاری نقل کرده اند نخستین کسی که این نوع کشف را مطرح نموده استاد ایشان شریف العلماء بوده است. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۷۶) این قول فاصل بین دو قول کشف حقیقی و نقل و مبنی بر این استدلال است که عقد بدون رضای مالک نمی تواند ناقل باشد، همچنان که اجازه به تنهایی نمی تواند ناقل قرار گیرد. (امامی، ۱۳۷۱: ۳۰۶) به عبارت دیگر، به این معنا که قبل از اجازه، ملکیت حاصل نمی شود، بلکه با اجازه مالک صرفاً آثار ملکیت از ابتدا بر عقد فضولی بار می شود. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۶۰)

کشف حکمی یعنی اجرای احکام کشف به اندازه امکان، در حالی که نقل مالکیت پس از اجازه حاصل می گردد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۰۸) به عبارت دیگر کشف حکمی در اصل نقل حقیقی است که از بعضی جهات در حکم کشف است. (انصاری، همان) از یک سو با توجه به قواعد عمومات، نظریه نقل پسندیده تر است و از سوی دیگر روایات وارده در خصوص اجازه فضولی دلالت بر کشف دارد، لذا نظر کشف حکمی که جمع بین این دو است مناسب به نظر می رسد. (همان)

بسیاری از فقهای صاحب نام متأخر از شیخ انصاری همچون مرحوم نائینی نیز از طرفداران همین نظر بوده اند. ایشان در این باره می گوید:



پس هرگاه که اجازه محقق گردد، نظر به دیدگاه نقل است حتی اگر در همان هنگام حاصل شود، مگر آنکه گفته شود منقول به اعتبار آثارش از پیش محقق شده است و این همان معنای کشف حکمی است.^۱ (نائینی، ۱۴۱۸ق: ۲۳۵)

برخی دیگر نیز همین دو جنبه را مطرح کرده‌اند ولی در نهایت با توجه به روایات، کشف حقیقی را پذیرفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۸۲)

برخی از فقها در نقد این نظر گفته‌اند که یا نقل مالکیت از حین عقد متوقف بر اجازه است یا اینکه اجازه موضوع نقل مالکیت را تمام می‌کند که در صورت اول قائل به کشف و در صورت دوم قائل به نقل خواهیم بود و حد وسطی بین این دو وجود ندارد. (موسوی خویی، همان: ۷۴) و در جای دیگری می‌افزایند کشف حکمی بدین معنا که به حکم شارع آثار ملکیت بعد از عقد حاکم شود، حرف لغوی است، زیرا نتیجه آن همان کشف حقیقی است (همان: ۷۵) که این قول دور از انصاف است و صحیح به نظر نمی‌رسد.

عده‌ای دیگر نیز در نقد نظریه کشف حکمی گفته‌اند مقتضای قاعده نقل است نه کشف حقیقی و نه حتی حد وسط بین کشف و نقل یعنی کشف حکمی. در مورد کشف حکمی دلیلی وجود ندارد و ادله‌ای هم که بر آن ارائه می‌شود اعمال آثار کشف به صورت تعبدی است که اعمال تعبد در ابواب معاملات بعید است. ظاهر روایات هم که دلالت بر کشف دارد، کشف حقیقی را بیان می‌کند نه کشف حکمی را. (نجفی خوانساری، بی‌تا: ۲۳۹) ولی ایشان نهایتاً قول به کشف حکمی را بهترین قول می‌دانند، زیرا کشف حقیقی مخالف قاعده و نقل مخالف ادله است و از روی تعبد باید قائل به کشف حکمی بود. (همان: ۲۴۱)

برخی از حقوقدانان نیز گفته‌اند که تفکیک منافع عین از عین بسیار دشوار است و یک اجازه دو اثر ندارد؛ یکی کاشفه و دیگری ناقله و خلاف قاعده «الواحد لایصدر عنه الا الواحد» هم به نظر می‌رسد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۱۸) در مقام پاسخ به ایشان باید گفت اعمال دقت‌های فلسفی در امور اعتباری لازم نیست، زیرا معقولات در اعتباریات جایگاهی ندارد و آثار ناشی از این اجازه نیز از آنجایی که دارای دو حیثیت متفاوت هستند خللی بر آنها وارد نمی‌آید. در ثابت دانستن حکم باید به کمترین تخلف از قاعده اصلی که مورد مسلم باشد، بسنده کرد و آن عبارت است از شناسایی تعلق منافع و نمائات مورد عقد معلق از زمان انشاء به منتقل‌الیه، اما دیگر نمی‌توان تمام آثار تحقق عقد را از زمان انشا و پیش از حصول معلق علیه جاری دانست، به این علت

۱. فاذا تحققت الاجازه فالنقل و ان حصل حينها الا ان المنقول باعتبار آثاره بتحقيق من قبل و هذا هو معنى الكشف الحكمي.



کاشفیت حصول معلق علیه را باید کاشفیت حکمی دانست نه واقعی. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۱۰)

دوم: کشف حکمی انقلابی

به موجب این نظر، اجازه در نقل مالکیت شرط است و اثر آن (نقل مالکیت) هم از حین اجازه حاصل می‌شود، ولی کلیه آثار عقد از همان ابتدا مترتب می‌گردد. به عبارت دیگر اجازه، عقد فضولی را به عقد صحیح منقلب می‌گرداند. در واقع عقد در زمان حدوث و انعقاد این ویژگی را نداشته و با اجازه مالک سبب تام تأثیر می‌شود. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۶۰) این نظر هم از نظر مبنایی نقل است ولی کلیه آثار عقد از ابتدا جاری می‌گردد. می‌توان این نظر را نقل با همه آثار کشف حقیقی دانست. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۶۹ و نجفی، ۱۴۰۰ق: ۲۸۹)

این نظر هم دارای ایراد است، زیرا وقتی عقدی بدون اثر واقع شد، حتی اجازه بعدی هم عقد را نمی‌تواند مؤثر گرداند، بلکه مجموع عقد فضولی و اجازه بعدی، عقدی مرضی^{۱۷۰} به است که بنا بر عموم ادله مؤثر و ناقل مالکیت است. (طباطبایی یزدی، همان: ۱۷۰) به علاوه بنابراین نظر، در صورت اجازه در مدت بین عقد و اجازه، مال دارای دو مالک خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۱۸۲).

۲.۲ دیدگاه نقل

قول مزبور بر آن است که اجازه مالک، موجب نقل ملکیت از زمان اجازه می‌باشد، زیرا عقد مرکب از اجزایی است که پس از پیدایش، تمام آن اجزاء تأثیر می‌نماید و توافق قصد طرفین به تنهایی نمی‌تواند موجب نقل ملکیت شود و آلا باید رضا بی‌اثر و عقد ناقص مؤثر باشد. (امامی، ۱۳۷۱: ۳۰۴) بر مبنای نظر نقل اثر اجازه، حاکم ساختن کلیه آثار عقد از جمله انتقال عین و منافع آن هم از حین اجازه است، یعنی اجازه که جایگزین رضای مالک شده است، شرط صحت عقد است و با حصول شرط، مشروط (نقل مالکیت) هم حاصل می‌شود که متأخر بر شرط خواهد بود. فخرالمحققین معتقد است که اجازه مالک موجب نقل ملکیت از زمان اجازه است. (بهرامی، ۱۳۸۹: ۵۷۵)

نظریه نقل از نظر عقلی کاملاً قابل توجیه است. مضمون این ادله، آن است که رضایت مالک، شرط انتقال مالکیت و جواز تصرف در اموال اوست، پس شرط انتقال که همان اجازه و رضایت مالک است باید قبل از انتقال تحقق یابد، زیرا وجود مشروط قبل از شرط، امکان ندارد. (زراعت، ۱۳۹۲: ۳۶ و ۳۷) این نظریه مخالف روایاتی است



که در خصوص اجازه فصولی آمده است. عمده این روایات تأثیر عقد را از حین عقد حاکم می‌داند.^۱

این روایات به صورت واضح دلالت بر کشف دارند، از آنجا که اگر قائل به نقل باشیم، مشتری می‌بایست ضامن قیمت فرزند باشد (روحانی، ۱۳۷۶: ۸۲) ولی برخی دیگر از فقها معتقدند اگرچه این روایت و سایر روایات مشابه دلالت بر کشف دارد ولی دلالت آنها بر کشف حقیقی نیست، بلکه کشف حکمی هم از آن قابل برداشت است. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶۵)

صرف نظر از روایات وارده، مهم‌ترین دلیل طرفداران نقل، عدم امکان تأخر شرط بر مشروط است. همین امر سبب شده است که در خصوص این موضوع بحث فراوانی بین طرفداران کشف و نقل مطرح گردد.

برخی از طرفداران کشف اظهار داشته‌اند اشکالی ندارد که مشروط بر شرط مقدم شود. در امور عقلی تقدم مشروط بر شرط ممنوع است و گرنه در امور شرعی حتی ممکن است مسبب بر سبب مقدم گردد، چه رسد به تقدم مشروط بر شرط. ایشان برای کلام خود مؤیداتی آورده‌اند، از جمله جواز غسل جمعه در روز پنجشنبه و دادن زکات فطره قبل از وقت. (نجفی، ۱۴۰۰ق: ۲۹۳ و حسینی سیستانی، ۱۴۱۵ق: ۲۳۷)

بر این استدلال ایراد کرده‌اند که تقدم مشروط بر شرط محال عقلی است (نجفی خوانساری، بی تا: ۲۳۸) و مثال‌های ذکر شده هم نشان می‌دهد که این موارد سبب یا شرط نیستند، بلکه سبب یا شرط منتزع از آنهاست، درحالی که در مسئله ما اجازه اگر جزو سبب نباشد، قطعاً شرط انتقال مالکیت است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶۱) مگر اینکه گفته شود مقصود از شرط این است که تأثیر سبب مقدم در زمان وقوع سبب (عقد) متوقف بر لحوق شرط (اجازه) به آن است که با توجه به آیات و روایات در خصوص رضایت و طیب نفس مالک چنین چیزی بعید به نظر می‌رسد. (انصاری، همان: ۳۶۲)

برخی نیز عقیده دارند، این حرف به نوعی شرط متأخر است و ایراد سابق کماکان باقی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۵) برخی دیگر نیز گفته‌اند که رابطه شرطیت در اینجا یک رابطه واقعی نیست و ایرادی ندارد که مشروط مقدم بر شرط شود، ولی

۱. محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام قال قضی فی ولیدة باعها ابن سیدها و ابوه غائب، فاستولدها الذی اشتریها، فولدت منه غلاماً، ثم قدم سیدها الاول فخاصم سیدها الاخیر. قال علیه السلام: خذ ولیدتک و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه الذی باعک الولیة حتی ینفذ لک البیع. فلما اخذ البیع الاين قال ابوه ارسل بنی فقال لا ارسل ابنک حتی توسل ابنی فلما رأی ذلک سید الولیة الاول اجاز بیع ابنه. (وسائل الشیعه، باب ۸۸ من ابواب نکاح العبیید و الاماء، حدیث: ۱)



مرحوم شیخ انصاری این استدلال را نمی‌پذیرد و عقیده دارد رابطه بین اجازه و نقل ملکیت اگر جزو سبب و مسبب نباشد، حداقل شرط و مشروط هست و رابطه شرطیت هم رابطه‌ای واقعی است. (انصاری، همان: ۳۶۱)

از سوی دیگر اگر بپذیریم شرط می‌تواند در ماقبل خود اثر کند، باز هم این ایراد باقی است که عقدی که به صورت فضولی به وجود آمده و با وصف عدم تأثیر محقق شده است با وقوع واقعه خارجی (اجازه) مؤثر نمی‌شود، بلکه تأثیر متعلق به مجموع عقد و اجازه بعد از آن است. محال است امری از حالتی که هنگام وقوع داشته و بر اساس آن به وجود آمده خارج گردد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶۱)

برخی از فقها استدلال شیخ را که تقدم مشروط بر شرط محال عقلی است، نمی‌پذیرند و به دلایل زیر استناد می‌کنند:

۱. اگر وجه محال بودن را تأثیر معدوم در موجود بدانیم، بر تقدم شرط بر مشروط هم همین ایراد وارد است، زیرا شرط هم حین وجود مشروط معدوم است؛

۲. می‌توان گفت که مهم وجود دهری اجازه است که در این صورت شرط مقارن با مشروط محقق شده است؛

۳. آنچه محال است تأثیر معدوم صرف در موجود است، ولی معدومی که پس از آن امر دیگری بیاید می‌تواند در آن اثر کند؛

۴. در بسیاری امور (حتی غیر اعتباری) وجود یک وصف منوط به وقوع امری در آینده است، مثل وصف اول هر ماه برای روز اول که منوط به آمدن ماه دوم است، چه رسد به شرعیات که به حکم شارع موارد آن از شمارش خارج است.

حتی اگر هیچ یک از این ادله را نپذیریم می‌توان گفت در امور شرعی اعتباری می‌توان وجود متناظر را در امر متقدم شرط دانست. علی‌رغم این ادله، بایستی اذعان کرد که تقدم مشروط بر شرط امری است محال و اگر در شرعیات در مواردی مشروط بر شرط مقدم است یا رابطه شرطیت واقعی بین آنها برقرار نیست و یا به حکم شارع آثار مشروط قبل از شرط ظاهر شود. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۳ و ۱۷۴)

در هر حال به طور خلاصه می‌توان چنین گفت که اگر روایات مربوط به اجازه را کنار بگذاریم، قول به نقل کاملاً پسندیده و قابل پذیرش است. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶۱ و ۳۶۲ و نجفی خوانساری، بی‌تا: ۲۳۴)



۳. ادله کشف و نقد آن

در کتاب‌های فقهی مختلف برای توجیه نظریه کشف دلایل مختلفی مطرح شده است که برخی از آنها از سوی سایرین مورد انتقاد قرار گرفته است. بررسی هریک از این ادله و نقدهای وارد بر آن، ما را در انتخاب مبنایی صحیح برای اجازه یاری خواهد کرد. در ادامه این دلایل بررسی می‌شوند.

الف) سببیت عقد در نقل ملکیت

در توضیح این دلیل گفته شده است که عقد سبب تام ملکیت است (بر مبنای عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود»^۱) و عقد فضولی با حصول اجازه تمام می‌شود، پس هرگاه معلوم شد عقد تماماً واقع شده است، آثار عقد از همان ابتدا بر عقد جاری می‌شود و اگر آثار عقد، از حین وقوع بر آن مترتب نشود مستلزم عدم وفای به عقد است، زیرا عقد بایستی از حین انعقاد اعمال گردد. (انصاری، ۴۱۵ق: ۳۶۱؛ کرکی، ۱۴۰۸ق: ۷۴ و ۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۰ق: ۲۸۷)

بر این دلیل ایراد کرده‌اند که عقدی سبب تامه انتقال ملکیت است که همراه با رضا باشد. عقد فضولی همه شروط عقد را به جز رضا دارد. با اجازه، رضایت هم حاصل می‌شود و سببیت عقد تمام می‌گردد. پس اگر بپذیریم که رضای مالک از جمله شروط عقد است، این شرط نمی‌تواند کاشف باشد، یعنی سبب تام، عقد با رضایت است و در عقد فضولی پس از اجازه سبب تام حاصل می‌شود، در نتیجه بعد از اجازه باید انتقال ملکیت صورت گیرد. (انصاری، همان) حتی اگر بپذیریم اجازه شرط اصطلاحی نیست و مقدم شدن تأثیر عقد بر اجازه محال نباشد، این ایراد است که وجوب وفای به عهد متوجه متعاقدين است و مالک تا بیع را اجازه نکند عاقد محسوب نمی‌شود؛ پس لزومی به وفای به عقد ندارد، مگر اینکه عقد را اجازه کند. (انصاری، همان: ۳۶۳؛ روحانی، ۱۳۷۶: ۷۰؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۵۹) بنابراین پیش از اجازه فضول که نمی‌تواند به عقد وفا کند، مالک هم تکلیفی به وفا ندارد، لذا عقد فاقد اثر خواهد بود. در اینجا به عموم ادله «احل الله البيع»^۲ هم نمی‌توان استناد کرد، زیرا قبل از اجازه، تصرفات مشتری حلال نیست و ملکیت مستلزم حلیت تصرفات است، لذا لزوم وفا به عقد تنها پس از اجازه و ناظر به زمان بعد از اجازه خواهد بود. (انصاری، همان و موسوی خویی، ۱۴۱۲ق: ۱۰۹)

۱. مائده: ۱

۲. بقره: ۲۷۵



ب) تعلق اجازه به مضمون عقد سابق

بر مبنای این دلیل اجازه متعلق به عقد و رضایت به مضمون عقد است و مضمون عقد انتقال مالکیت عوضین از زمان عقد است. (انصاری، همان: ۳۶۱)

بر این دلیل هم ایراد شده است که اگرچه اجازه رضایت به مضمون عقد است، ولی مضمون عقد انتقال مالکیت از زمان عقد نیست، بلکه مضمون عقد، نفس انتقال مالکیت بدون توجه به زمان انتقال است. زمان نقل از زمان اجازه است و منافاتی با اینکه اجازه، رضایت به مضمون عقد باشد، ندارد. مثل وقتی که فردی ایجاب بیع می کند، مضمون ایجاب انتقال از حین ایجاب است و وقتی طرف مقابل قبول می کند، قبول او هم متوجه همین ایجاب و رضایت است، ولی نقل از زمان قبول صورت می گیرد. زمان ظرف تحقق عقد است و نمی توان آن را جزو مضمون عقد به شمار آورد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶۲) به عبارت دیگر، امضا و ردّ و فسخ عقد، ناظر به نفس عقد است، در حالی که زمان نقل جزو نفس عقد نیست و فقط ظرفی برای اعمال آثار عقد است. (انصاری، همان: ۳۶۳) در مورد فسخ هم که ناظر به مضمون عقد است، اثر فسخ از حین فسخ است نه از حین عقد و از این حیث حکم فسخ و اجازه باید یکسان باشد.

به این ایراد چنین پاسخ داده اند که اولاً دلیلی نیست که زمان جزو مضمون عقد نباشد، ثانیاً حتی اگر بپذیریم زمان جزو مضمون عقد نیست می توان گفت اجازه فقط ناظر به مضمون عقد نیست، بلکه ناظر به کل عقد است و اجازه عقد فضولی را با تمام شرایط و قیود و ظروف آن که زمان نقل هم جزو آن است، تنفیذ می کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۷ و ۱۷۸) لذا اجازه، عقد سابق را با تمام آثارش از حین عقد واقع می سازد.

با همین توضیحات تفاوت اجازه با قبول یا فسخ هم مشخص می شود. قبول جزو ارکان عقد است و رضایت به ایجاب نیست؛ زیرا اگر چنین بود، می بایست بیع را ابقاع بدانیم، به همین دلیل است که نقل ملکیت پس از قبول واقع می شود. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۹)

در پاسخ می توان گفت حتی اگر اجازه را رکن عقد ندانیم مسلماً با توجه به ادله ای که رضایت مالک را شرط می داند، اجازه، شرط صحت عقد فضولی است، لذا نمی توان گفت اجازه فقط عقد سابق را تنفیذ می کند، بلکه اجازه جایگزین رضای مفقود در عقد سابق می شود و آن را تکمیل می کند. خلاف برخی فقها که اجازه را تنفیذ و انشاء می دانند (طباطبایی یزدی، همان: ۱۷۸) اگر بخواهیم اجازه را انشای جدید بدانیم مستلزم این است که اجازه فرد بتواند معامله سابق وی را که در حال مستی انجام داده است



تصحیح کند، زیرا اجازه، انشای جدیدی به شمار می‌رود، حال آنکه کسی چنین امری را قبول ندارد. در حقیقت نباید فراموش کرد که اجازه در هر حال بخشی (جزو سبب یا شرط) از عقد سابق است.

در خصوص مقایسه فسخ و اجازه هم برخی گفته‌اند، این مقایسه اشتباه است، زیرا فسخ در مقابل الزام به عقد است نه در مقابل اجازه و فسخ برهم زدن عقد و عدم وفاداری به آن است و نباید آن را متعلق به عقد دانست (طباطبایی یزدی، همان: ۱۷۹) حال آنکه فسخ هم متعلق به اصل عقد است، ولی اثر آن از حین اعمال اجرا می‌شود. برخی هم بیان داشته‌اند عقد یا مطلق است یا مقید به زمان و در صورت اطلاق، آثار آن از حین عقد است، لذا نمی‌توان عقد را بدون زمان در نظر گرفت. (موسوی خویی، ۱۴۱۲ق: ۱۱۳) ولی باز هم می‌توان پاسخ داد، حتی اگر بپذیریم که اجازه ناظر به کل عقد است یا زمان هم جزو مضمون عقد است، مضمون عقد نقل مالکیت پس از تحقق کامل آن است و عقد فضولی پس از اجازه کامل می‌شود، لذا آثار عقد هم باید پس از اجازه ظاهر شود. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۶۱)

ج) قبح تأثیر معدوم در موجود

این دلیل از سوی فخر المحققین ارائه شده است (حلی، ۱۳۸۷: ۴۱۹) در حقیقت تا قبل از اجازه، عقد کالمعدوم است و نمی‌تواند با تأثیر در اجازه، عقد را از حین اجازه واقع سازد. بر این دلیل هم ایراداتی وارد شده است که عبارت‌اند از:

۱. علل شرعی معرف هستند و مانعی ندارد، درحالی که معدوم هستند دارای اثر باشند؛

۲. اگر قائل به کشف هم باشیم باز هم مستلزم تأثیر معدوم در موجود است، زیرا در این حالت اجازه که معدوم است در عقد موجود تأثیر گذاشته است و در هر حال یک امر معدوم در یک امر موجود مؤثر خواهد بود؛ (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۵۹)

۳. موارد نقض متعددی برای این دلیل وجود دارد. ایجاب به تنهایی معدوم است، در حالی که ایجاب در قبول لاحق مؤثر است، پس در هر عقده ایجاب معدوم در قبول موجود اثر می‌گذارد، یعنی تأثیر معدوم در موجود منعی ندارد؛

۴. تأثیر امر معدوم صرف در موجود محال است، ولی تأثیر معدوم در امر دیگری، بعد از وجود آن محال نیست؛



۵. اگر تأثیر معدوم در موجود بدین نحو دارای اشکال باشد، قبض در عقود عینی هم باید کاشف باشد که چنین نیست. (آخوند خراسانی، همان) (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۱ و ۱۷۲)

برخی دیگر هم بیان داشته‌اند که عدم کاشفیت اجازه، مستلزم تأثیر موجود در معدوم است که عمده ایراداتی که در بالا مورد اشاره قرار گرفت در خصوص این دلیل هم جاری است.

د) شرطیت تعقب اجازه در نفوذ عقد

این دلیل از صاحب فصول نقل شده است. (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ۸۰) بنابراین دلیل، عقد ملحق به رضا سبب تام است. عقدی هم که بعداً رضا به آن ملحق می‌شود، پس از الحاق از همان ابتدا سبب تام محسوب می‌شود. یعنی تعقب اجازه شرط است نه خود اجازه. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶۲) مهم‌ترین ایراد این نظر، مخالفت با ادله‌ای است که رضای مالک را در عقد شرط صحت می‌داند. (موسوی خویی، ۱۴۱۲ق: ۱۱۱) حتی اگر این قول را هم بپذیریم، باز هم سبب انتقال زمانی کامل می‌شود که اجازه پس از آن بیاید و قبل از اجازه عقد سبب تام نمی‌باشد.

ج) اثر رضایت تقدیری اجازه در نفوذ عقد

بر مبنای این قول، برای صحت عقد بیع، رضای تقدیری مالک هم کافی است.^۱ لذا با کفایت رضای تقدیری، اجازه کاشف از وجود رضای تقدیری از حین عقد خواهد بود. بر این دلیل هم ایراد شده است که اولاً رضای تقدیری جهت صحت عقد کافی نیست، ثانیاً حتی بر فرض کفایت، اجازه، کاشف از رضای تقدیری حین عقد نیست. (روحانی، ۱۳۷۶: ۷۰ و ۷۱)

ه) تأثیر انقلابی اجازه

بر مبنای این دلیل، اجازه، عقد سابق را که فاقد اثر است به عقدی صحیح و مؤثر تبدیل می‌کند. این دلیل مبنای قول به کشف حکمی انقلابی است. ایراد وارد بر این دلیل هم این است که اولاً عقدی که به صورت بلا اثر واقع شده را نمی‌توان به عقد مؤثر تبدیل کرد، ثانیاً اجازه اگر هم عقد سابق را منقلب کند، تأثیر آن پس از اجازه ظاهر خواهد شد. (روحانی، همان: ۷۳)

۱. این قول منسوب به محقق رشتی است.



نتایج

در خصوص ماهیت اجازه اولاً بایستی به این نکته اشاره کرد که اجازه مالک، قائم مقام او در معامله می‌شود و تنها پس از اجازه است که می‌توان مالک را عاقد(طرف معامله) دانست، در عین حال برخی از فقها اجازه را تنفیذ و رضایت به عقد سابق می‌دانند، لذا حتی از اجازه به انشاء یاد کرده‌اند.^۱

با توجه به آنچه گفته شد معلوم می‌شود که نظریه نقل منطبق بر قواعد فقهی و عموم ادله حقوقی صحت معاملات است، لکن با وجود نصوصی همانند صحیحته محمد بن قیس و مانند آن، کشف حکمی مستنبط است. از سوی دیگر با توجه به اینکه منطلق حقوقی و فقهی -با عنایت به ادله مذکور- اجازه را ناقل می‌داند و روایات مربوط به اجازه هم به کشف نظر دارد، در جمع این دو دلیل می‌توان قائل به کشف حکمی بود؛ یعنی انتقال مالکیت عین از زمان اجازه و انتقال مالکیت منافع از حین عقد. از ماده ۲۵۸ قانون مدنی که ثمره عملی تشخیص نظریه کشف و نقل را بیان کرده است با توجه به کلیه تفاسیل فوق‌الذکر چنین برداشت می‌شود که ماده مزبور به پیروی از نظریه شیخ انصاری و استادش به کشف حکمی نظر دارد نه کشف حقیقی، زیرا اجازه را تنها از جهت منافع از روز عقد مؤثر دانسته است. با وجود اتفاق نظر حقوقدانان بر این مسئله، برخی دیگر نیز ماده ۲۵۸ قانون مدنی را حمل بر کشف حقیقی کرده‌اند که با توجه به ادله اشاره شده خالی از اشکال نیست.

۱. ان الاجازة قائمة مقام نفس الانشاء لا مقام شرط العقد الذي هو الرضاء.



منابع و مأخذ:

- قرآن کریم
- اشکوری، ابوالقاسم بن معصوم (۱۴۲۲ق)، *بغیة الطالب فی شرح المکاسب*، قم: انتشارات انوار الهدی.
- اصفهانی، ابوالحسن (۱۳۹۳ق)، *وسیلة النجاة*، قم: انتشارات مهر.
- امامی، حسن (۱۳۷۱)، *حقوق مدنی*، ج ۱، ج ۳، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *کتاب المکاسب*، ج ۳، ج ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
- باقری اصل، حیدر (۱۳۹۳)، *آثار عقد بیع (قواعد حاکم، مبانی، شروط و قلمرو)*، ج ۱، تبریز: انتشارات دانشگاه تبریز.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، *حقوق تعهدات و قراردادهای (با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی)*، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، *حقوق تعهدات و قراردادهای*، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- بهرامی، بهرام و زهرا بهرامی (۱۳۸۹)، *معامله فضولی و انتقال مال غیر*، ج ۳، تهران: نگاه بینه.
- بیگزاده، صفر (۱۳۹۲)، *مجموعه قوانین صبا*، ج ۹، تهران: کلک صبا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۰)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، *مجموعه محشی قانون مدنی*، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حائری اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۴ق)، *الفصول الغرویة فی الأصول الفقہیة*، قم: دار أحياء العلوم الإسلامية.
- حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۷۶)، *شرح قانون مدنی*، ج ۱، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۵ق)، *توضیح المسائل*، ج ۴، قم.



- حلی، ابوطالب محمد بن حسن (فخرالمحققین) (۱۳۸۷)، *ایضاح الفوائد*، ج ۱، ج ۱، قم.
- حلی، حسن بن یوسف (بی تا)، *قواعد الاحکام*، ج ۱، قم: انتشارات رضی.
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، *حاشیه کتاب مکاسب*، ج ۱، تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
- روحانی، سید محمد صادق (۱۳۷۶)، *نهج الفقاهه (التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم)*، ج ۴، ج ۴، سپهر.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، *شرح مبسوط مکاسب (عقد فضولی و نمایندگی)*، ج ۱، تهران: انتشارات جنگل.
- سنگلجی، محمد (۱۳۳۳)، *چهار رساله*، ج ۱، تهران: انتشارات چاپخانه دانشگاه.
- شهید ثانی، محمد بن مکی عاملی (۱۴۰۱ق)، *اللمعة الدمشقیة فی الفقه الامامیة*، ج ۱، بیروت: دار التراث.
- شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی (۱۴۱۴ق)، *الدروس*، ج ۳، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن نورالدین (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، ج ۳، ج ۱، قم: منشورات مکتبه الداوری.
- _____ (۱۴۱۳ق)، *مسائل الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۳، قم: موسسه المعارف الاسلامی.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، ج ۱، تهران: نشر حقوقدان.
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۰)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، ج ۲، ج ۱۲، تهران: نشر میزان.
- طاهری، حبیب الله (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی*، ج ۴، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۰۴ق)، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، ج ۱، قم: النشر الإسلامی الطابعه لجامعة المدرسین.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۳ق)، *حاشیه کتاب مکاسب*، ج ۲، ج ۱، بیروت: دارالمصطفی عَلَيْهِ السَّلَام لاحیاء التراث.
- عمیدی، سید عمیدالدین محمد (۱۴۱۶ق)، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، ج ۱، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- قمی، ابوالقاسم (بی تا)، *غنائم الايام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ سنگی.



- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، ج ۱، ج ۴، تهران: انتشارات مدرس.
- کرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی) (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد فی شرح التواعد، ج ۴، ج ۱، قم: موسسه آل البيت علیہ السلام لاحیاء التراث.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی و دیگران (۱۳۸۹)، حقوق قراردادها در فقہ امامیہ، ج ۱، تهران: سمت.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۴، ج ۱، بیروت: دارالهادی.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، منیة الطالب، ج ۱، قم: موسسة النشر الاسلامی.
- نجفی خوانساری، موسی (بی تا)، حاشیة المکاسب، تهران: چاپخانه حیدریہ.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۲، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

