

## **An Introduction to Permission and Refuse in Intrusive Contract**

Qolamreza Yazdani<sup>1</sup>

### **Abstract**

There is a dispute among the researchers about permission effect time in unauthorized contract. The most important question in this subject is whether the will of the authorized owner has played an active role to determine the effect time of permission or he has a passive will to grant this effect. If the authorized owner has an active will, based on the idea of *Kashf* (revealing of contract effects), the owner can allow the contract from the time of permission, and vice versa, based on the idea of *Naql* (transference of rights), it is possible for the owner to allow the contract from when it has been made. But if the will of the owner is passive, the time of permission effect will be determined by the legislator and authorized owner just has the permission to reject or accept the transference. Whenever the authorized owner grants the permission, based on the idea of *Kashf* (revealing of contract effects), the contract is valid from the time of conclusion, and based on the idea of *Naql* (transference of rights), the contract will be enforced from the time of permission, and the authorized owner could not ask for a different order. In the present article, which is based on the analytical-descriptive method, it has been concluded that the authorized owner has an active role and the unauthorized contract will be effective from the time of his permission. It seems that from the time of permission, the contract will be effective. If the permission would not be approved.

**Keywords:** permission, reject, unauthorized contract, unauthorized owner, authorized owner.

---

1. Professor of high levels of Khorasan Seminary; Assistant professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences. [ygholamreza1@gmail.com](mailto:ygholamreza1@gmail.com)

## مدخلی بر اجازه ورد در عقد فضولی

غلامرضا یزدانی<sup>۱</sup>

### چکیده

در خصوص زمان تأثیر اجازه در عقد فضولی، بین محققان اختلاف نظر وجود دارد. مهم‌ترین سؤال در این زمینه این است که آیا اراده مالک «مجیز»، نقش فعال داشته و اوست که زمان تأثیر اجازه را تعیین می‌کند و یا اراده وی منفعل بوده و تعیین زمان تأثیر اجازه، به اراده او نیست. اگر اراده مالک، فعال باشد، به این معناست که بنا بر قول به «کشف»، مالک می‌تواند از زمان اجازه، عقد را اجازه کند و برعکس بر طبق نظریه «نقل»، این امکان برای مالک وجود دارد که عقد را از زمان انعقاد آن اجازه نماید؛ اما اگر اراده فاعل، منفعل باشد به این معناست که زمان تأثیرگذاری اجازه، توسط قانون‌گذار تعیین شده و آنچه به اراده فاعل بستگی دارد، اجازه یا رد معامله است. هرگاه مالک، اجازه را اختیار کند، بنا بر دیدگاه کشف، عقد از زمان انعقاد و بنا بر دیدگاه نقل، عقد از زمان اجازه، تنفیذ می‌شود و مالک نمی‌تواند خلاف این ترتیب را اراده نماید. در نوشتار حاضر که مبتنی بر روش تحلیلی توصیفی است، این نتیجه به دست آمده که اراده مجیز، نقشی فعال داشته و از زمانی عقد فضولی مؤثر خواهد بود که وی اراده کند. در صورتی که اراده مجیز در این خصوص، احراز نشود، به نظر می‌رسد اجازه از زمان خود اجازه، عقد را مؤثر می‌سازد.

**کلیدواژه‌ها:** اجازه، رد، بیع فضولی، فضول، مجیز.

۱. مدرس سطوح عالی حوزه علمیه خراسان و عضو هیئت علمی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

ygholamreza1@gmail.com

یکی از شرایط صحت معامله آن است که معامله توسط مالک، وکیل و یا ولی وی انجام شود. چنانچه شخصی که نه مالک بوده و نه سمتی از طرف مالک داشته، اقدام به انعقاد معامله نماید، معامله انجام شده اصطلاحاً معامله «فضولی» نامیده می‌شود. برخی از فقها و محققان بر این باورند که چنین معامله‌ای از اساس باطل است. (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۱۶۸/۳؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق: ۳۵۰/۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق: ۵۱۹/۱؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق: ۲۰۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۲۰/۱) در مقابل، اکثر فقها و محققان بر این باورند که معامله فضولی معامله‌ای صحیح، اما غیر نافذ است. نفوذ معامله فضولی با اراده متعاقب مالک انجام می‌شود و بعد از اجازه بیع فضولی توسط مالک، معامله نافذ می‌گردد؛ اما این سؤال مطرح می‌شود که اجازه مالک از چه زمانی معامله فضولی را نافذ می‌بخشد؛ از زمان وقوع عقد، یا از زمان تحقق اجازه و یا با وضعیتی دیگر.

برای پاسخ به این سؤال که اراده مالک، فعال است یا منفعل و اینکه اساساً زمان تأثیر اجازه، چه زمانی است، ابتدا دیدگاه «کشف» و «نقل» از حیث «مرحله ثبوت» بررسی شده و سپس مسئله در «مرحله اثبات» مورد کنکاش واقع خواهد شد.

به‌دیگر سخن، ابتدا باید بررسی شود که نظریه کشف و نظریه نقل هر دو ثبوتاً ممکن باشند؛ بدین معنا که آیا می‌توان برای هر کدام از کشف و نقل، تصویر و تقریب صحیحی ارائه داد تا در مرحله ثبوت و واقع با محذور عقلی مواجه نشوند؛ چراکه اگر مثلاً در عالم ثبوت صرفاً برای نظریه نقل بتوان تصویر درستی ارائه داد، ولی نظریه کشف ثبوتاً مشکل داشته باشد، دیگر نوبت به مرحله اثبات نمی‌رسد؛ بلکه نزاع در مرحله ثبوت پایان می‌پذیرد؛ یعنی وقتی نظریه کشف، بر فرض، ثبوتاً مشکل داشته باشد و با محال عقلی همراه باشد، دیگر معنا ندارد که در عالم اثبات برای صحت آن دنبال دلیل بود.

بعد از فراق از مرحله ثبوت اگر دریافتیم که هر دو نظریه کشف و نقل از جهت ثبوت ممکن بوده و با محذور عقلی مواجه نیست، آنگاه وارد مرحله اثبات شده و در این مرحله این مسئله بررسی می‌شود که از نگاه قانون‌گذار، کدام نظریه صحیح بوده و آیا مالک می‌تواند به اراده خود، خلاف آن را مقرر نماید.

## پیشینه تحقیق

موضوع حاضر در لابه‌لای کتب فقهی مورد بررسی قرار گرفته، ولی در قالب مقاله و تألیفی مستقل تاکنون به رشته تحریر نیامده است. تنها اثری که در این خصوص یافت شد، مقاله‌ای است با عنوان «بررسی فقهی و حقوقی اجازه و رد در معامله فضولی» که در فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲۰، سال ۱۳۹۴ به چاپ رسیده است. این مقاله برخلاف عنوان خود، تقریباً فاقد بررسی فقهی است و صرفاً دیدگاه شیخ انصاری و صاحب جواهر در آن منعکس شده است؛ ولی تحقیق حاضر، علاوه بر اینکه کاملاً فقهی است و تلاش شده، دیدگاه تمامی فقهای امامیه در آن منعکس شود، واجد این نکته است که مسئله محور بوده و صرفاً به زمان تأثیر اجازه و رد پرداخته است. وانگهی در مقاله حاضر، بین مرحله ثبوتی و اثباتی تفکیک شده و سؤال مطرح شده در مقاله، به تفکیک از حیث ثبوتی و اثباتی مورد واکاوی قرار گرفته است.

### ۱- امکان سنجی ثبوتی نظریه نقل

در خصوص اینکه مفهوم نظریه کشف و نقل، به چه معناست، بین محققان اختلاف نظر وجود داشته و معانی متعددی برای آن‌ها ارائه شده است. حقیقت است این است که هریک از محققان ضمن ارائه مفهوم مختلفی برای کشف یا نقل در پی این هستند تا معنا و مفهومی را ارائه نمایند که با محدودی در عالم ثبوت مواجه نشود؛ از این رو، در تحقیق حاضر هریک از معانی نظریه نقل و نظریه کشف به‌طور جداگانه بررسی می‌شود، تا از این رهگذر این نتیجه به دست آید که آیا می‌توان از نظریه نقل و کشف، تصویری ارائه داد که هیچ محدود عقلی و ثبوتی نداشته باشد.

### ۱-۱- جزئیت اجازه برای انشا

برخی بر این عقیده‌اند که «اجازه»، جزء اخیر علت ملکیت (عقد) است. مطابق این دیدگاه، عقد مؤثر، مرکب از ایجاب و قبول و اجازه است و با آمدن اجازه است که عقد تمام می‌شود و اثر آن، که ملکیت و انتقال باشد، حاصل می‌شود. نتیجه منطقی این تحلیل آن است که از زمان اجازه، موضوع حکم عقلاً به نقل و انتقال (عقد) پدیدار می‌شود. به‌دیگر

سخن، عقد در صورتی صحیح و نافذ است که هم قصد و هم رضایت همراه آن باشد؛ اما در عقد فضولی که توسط فضول انشا شده است، رضایت فضول ملاک عمل نبوده و ارزشی ندارد و رضایت مالک است که به عقد اعتبار می‌بخشد و چون با اجازه است که رضایت مالک اعلام می‌شود، بنابراین با اجازه، عقد تکمیل می‌شود. (قدیری، بی تا: ۴۷۹؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ۳۳۷؛ طاهری، ۱۴۱۸ق: ۱۲۵/۲)

#### ۱-۱-۱- نقد و نظر

به نظر می‌رسد این دیدگاه خالی از اشکال باشد. (قدیری، بی تا: ۴۷۹؛ خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۲۲/۲) البته برخی از محققان، اشکالاتی را مطرح کرده‌اند؛ ولی این اشکالات پذیرفتنی نیست؛ به عنوان نمونه فخرالمحققین در اشکال به این دیدگاه فرموده است: لازمه این نظریه این است که امر معدوم در امر موجود تأثیر کند و این محال است. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۱۹/۱) به‌دیگر سخن، عقد تأثیر در ملکیت دارد؛ حال اگر اجازه «کاشفه» باشد و فرض شود که عقد فضولی در اول ماه، منعقد شده و در آخر ماه، اجازه مالک به آن ملحق شده، در این صورت، عقد در روز اول ماه و از همان روز، مؤثر در ملکیت است؛ اما اگر اجازه «ناقله» باشد، در روز آخر ماه که اجازه می‌آید عقدی وجود ندارد؛ یعنی در زمان اجازه (آخر ماه) عقد معدوم است. به بیان بهتر اگر اجازه ناقله باشد، در مثال پیش گفته ملکیت از روز آخر ماه محقق می‌شود؛ اما اینجا سؤال می‌شود که چه چیز این ملکیت را به وجود آورده است. اگر گفته شود که عقد فضولی اول ماه، این مالکیت را به وجود آورده، این اشکال را در بر دارد که این عقد در آخر ماه معدوم است و نمی‌توان پذیرفت که امر معدوم (عقد) تأثیر گذاشته و اثر ملکیت را به وجود بیاورد.

به نظر می‌رسد اشکال پیش گفته، صحیح نباشد؛ زیرا اولاً، آن چیزی که معدوم می‌شود اسباب بیع است، نظیر «بعثت» و «قبلت» و امثال آن؛ چون این‌ها از مقوله لفظ است و به محض اینکه از دهان خارج شد، تمام شده و محو می‌شود؛ ولی ماهیت بیع باقی است و بر همین اساس است که «اقاله» و «فسخ» در عقود لازم، صحیح است؛ (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۱۳/۲) ثانیاً، این اشکال بر نظریه کشف نیز وارد است؛ زیرا چطور اجازه بعدی در عقدی که معدوم شده تأثیر می‌گذارد؟

## ۱-۲- ناقلیت اجازه از حین عقد

برخی از طرفداران نظریه نقل، در بیان آن می‌گویند: هرچند با اجازه است که نقل مالکیت اتفاق می‌افتد، ولی این انتقال مالکیت از زمان عقد صورت می‌گیرد؛ بدین معنا که در بیع فضولی در فاصله بین عقد و اجازه، مبیع در ملک مالکش باقی است و بعد از تحقق اجازه، مبیع واقعاً از حین اجازه داخل در ملک مشتری می‌شود. مطابق این تفسیر نباید پنداشت که انتقال مالکیت از همان ابتدا از زمان عقد صورت می‌گیرد و اجازه، کاشف از آن است، بلکه تا قبل از آمدن اجازه، مبیع در ملک مالک آن باقی است و با اجازه است که انتقال مالکیت رخ می‌دهد؛ البته زمان تحقق انتقال مالکیت، همان زمان وقوع عقد است. (حکیم، ۱۴۱۵ق: ۳۷/۲) برخی از محققان ضمن اذعان به این دیدگاه، آن را «کشف انقلابی» نام نهاده‌اند. (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۲۷/۲)

### ۱-۲-۱- نقد و نظر

نظریه نقل مطابق تفسیر حاضر، با اشکالاتی مواجه شده که هریک به‌طور جداگانه نقد و بررسی می‌شود.

#### الف- لزوم انقلاب واقعیت

نخستین اشکالی که بر نظریه ناقلیت با تفسیر حاضر، وارد شده این است که لازمه این معنا، انقلاب است؛ زیرا آنچه ملک مالک در زمان بین عقد و اجازه است، تبدیل می‌شود به ملک شخص دیگر و این معنا به‌وضوح محال است. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: «انقلاب ماهیت اگرچه در امور حقیقی محال است، اما در امور اعتباری محال نیست؛ چراکه مناط امتناع در امور اعتباری، لغویت است؛ بدین معنا که اعتبار اموری محال است که لغو و بی‌فایده باشد.» (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۲۴/۲)

#### ب- لزوم تأثیر امر متأخر در متقدم

اشکال دومی که بر تفسیر حاضر وارد شده این است که مطابق این تقریب، لازم می‌آید که امر متأخر در امر متقدم تأثیر بگذارد؛ زیرا عقدی که مثلاً در اول ماه واقع شده، فاقد وصف تأثیر بوده و با اجازه، واجد آن می‌شود.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: اولاً، اینکه امر متأخر در امر متقدم تأثیر گذارد، در فقه سابقه دارد؛ (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۸۶/۲۲) مثلاً هرگاه شخصی فاقد سمت قضاوت در پرونده‌ای قضایی، حکمی صادر کند، خود این حکم اثری ندارد، اما هرگاه حاکم شرع این حکم را تنفیذ کند، این حکم از روزی که صادر شده، مؤثر است؛ ثانیاً، مسئله تأثیر و تأثر در «امور تکوینی» با «امور تشریحی» و اعتباری فرق دارد و نباید بین تکوین و تشریح اشتباه کرد. وقتی در امور تشریحی گفته می‌شود که فلان امر، دارای اثر است، مراد از «صفت تأثیر» اعتبار مؤثر بودن، در نقل و انتقال و معامله است.

### ج- لزوم تقدم معلول بر علت

اشکال دیگر این نظریه آن است که لازمه آن، تقدم معلول بر علت است؛ زیرا علت عبارت است از اجازه و معلول آن، که ملکیت باشد، قبل از زمان اجازه محقق می‌شود. در پاسخ این اشکال نیز می‌توان گفت: اگرچه اجازه از نظر وجود، از ملکیت متأخر است، ولی زمان اعتبار ملکیت مقدم است.

### د- لزوم اجماع دو مالک بر مملوک واحد

اشکال دیگری که بر این نظریه وارد شده، این است که لازمه این نظریه جمع بین دو مالک بر ملکی واحد است؛ زیرا در زمان بین عقد و اجازه، یعنی زمانی که اجازه نیامده است، مبیع واقعاً ملک فروشنده است و بعد از آمدن اجازه، واقعاً ملک خریدار می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۸۹/۲۲؛ یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

در پاسخ از این اشکال نیز می‌توان گفت: همین که زمان اعتبار فرق دارد کافی است که از این معذور پاسخ داده شود. (روحانی، ۱۴۱۲ق: ۱۴/۱۶) وانگهی عقلاً ممنوع نیست که دو مالک بر یک ملک جمع شوند؛ زیرا ملکیت عبارت است از سلطنت بر شیء و اشکالی ندارد که دو شخص بر شیئی سلطنت داشته باشند. اگر اشکال شود که هر چند اجتماع دو مالک بر شیء واحد، محال عقلی در پی ندارد، اما عرف این را نمی‌پذیرد، در پاسخ می‌توان گفت: بر فرض صحت این ادعا، مربوط به این بحث نمی‌شود؛ زیرا بحث فعلی، ثبوتی است نه اثباتی.

### ۱-۳- تمام‌العله بودن اجازه

یکی از معنایی که برای اجازه بیان شده، این است که اجازه «تمام السبب» و «تمام‌العله»

برای نقل و انتقال باشد، نه اینکه شرط یا جزء عقد قرار بگیرد؛ چرا که حقیقت معامله عبارت است از «اعتبار ملکیت در افق نفس» و الفاظ عقود صرفاً آشکار کننده آن اعتبار نفسانی است و چون اعتبار ملکیتی که فضول کرده، صرفاً تخیلی بیش نیست و واقعیت عقلایی ندارد، بنابراین وقتی مالک اجازه می‌کند، در واقع آن زمان وی تبدیل معامله را اعتبار می‌کند و این اعتبار است که باعث انتقال مالکیت می‌شود.

اشکالی که بر این تفسیر وارد است اینکه اولاً، در علم اصول ثابت شده است که موجودات اعتباری نیز دارای ظرف اعتبار هستند و آنچه در افق نفس است، صرفاً تصور مبادله و معامله است و مادامی که در خارج انشا نشود، نمی‌تواند موضوع اثر باشد؛ ثانیاً، برگشت این نظریه به انکار صحت عقد فضولی است، در حالی که مطابق دیدگاه اکثر محققان، عقد فضولی، عقد باطلی نیست.

#### ۱-۴- جزء العله بودن اجازه به نحو قهقرایی

معنای دیگر نقل این است که اجازه در تأثیر عقد دخیل است، به این نحو که ملکیت بعد از زمان اجازه حاصل می‌شود و تا زمان عقد، استمرار می‌یابد؛ یعنی ملکیت به نحو «قهقرایی» در زمان بین عقد و اجازه پیدا می‌شود و اجازه اثر قهقرایی نسبت به قبل از خود تا زمان اجازه دارد؛ (ایروانی، ۱۴۰۶ق: ۱۲۷/۱) البته سید این معنا را از اقسام قول به کشف دانسته‌اند. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۴۹/۱)

نتیجه‌ای که تا اینجا در تحقیق به دست می‌آید، این است که نظریه نقل، اگرچه بنا بر بعضی از تفاسیری که برای آن شده در مرحله ثبوت با مشکل مواجه است، ولی بنا بر بعضی از تفاسیر دیگر، اشکالی نداشته و اجمالاً این دیدگاه از نظر ثبوتی محال نیست.

#### ۲- امکان سنجی ثبوتی نظریه کشف

مفهوم «کاشفه بودن» اجازه بدین معناست که با ابراز اجازه توسط مالک، کشف می‌شود که عقد فضولی از زمان تحقق، صحیح بوده است. برای کاشفه بودن اجازه نیز معانی متعددی بیان شده است. به نظر می‌رسد تمام این معانی تلاش‌هایی است برای تصویر صورتی صحیح و بدون اشکال از حیث ثبوت و واقع؛ صورتی که با محذور عقلی مواجه نباشد. در ادامه



تک تک این ایده‌ها نقل و مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲-۱- نظریه کشف حقیقی

نظریه کشف حقیقی بدین معنا است که با آمدن اجازه از سوی مالک، کشف می‌شود که عقد از زمانی که واقع شده، صحیح بوده و احکام عقد صحیح از زمان وقوع عقد بر آن بار می‌شود؛ از این رو، اگر مثلاً آقای الف، ماشین آقای ب را در اول ماه رجب فروخته و مالک، در آخر ماه رمضان عقد روز اول ماه رجب را اجازه کرده است، اگر اجازه کاشفه باشد، معنایش این است که عقد بین فضول و آقای ب از روز اول ماه رجب صحیح بوده و این ماشین از روز اول ماه رجب در واقع ملک مشتری بوده است و منافع آن متعلق به مشتری خواهد بود؛ همچنان که خسارات وارده در ملک مشتری اتفاق می‌افتد. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۴۸/۱)

این معنا برای کشف، عقلاً با محذوری مواجه نیست و برخی از محققان به این نظریه گرایش دارند. شیخ مفید در موردی که شخصی، کنیز شخص دیگری را به صورت فضولی به فروش می‌رساند، می‌نویسد: «اگر خریدار، کنیز را حامله کرد و یا کنیز را آزاد کرد و یا کنیز را به عقد کسی درآورد، چنانچه مالک، عقد فضولی را رد کند، تمامی آثار فروش فضولی از بین می‌رود؛ از جمله اینکه می‌تواند فرزند کنیز را استرقاق کند، عتق را ابطال نماید و یا نکاح کنیز را منحل کند.» (مفید، ۱۴۱۳ق: ۶۰۶) ظاهر فتوای شیخ مفید آن است که ایشان کشف حقیقی را مورد تأیید قرار داده است. علاوه بر شیخ مفید، گروهی از محققان نیز همین دیدگاه را قبول دارند. (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷ق: ۱۹۲/۳ و ۱۴۱۰ق: ۱۰۴؛ سیوری، ۱۴۰۴ق: ۲۷/۲؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۴ق: ۲۱ و ۱۴۲۲ق: ۳۳۱ و ۱۴۱۲ق: ۲۷۷/۱ و ۱۴۱۳ق: ۱۵۸/۳؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ۲۲۷/۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۳۲۱/۱۶؛ سید مجاهد، بی تا: ۲۹۰؛ کرکی، ۱۴۱۴ق: ۷۴/۴؛ اراکی، ۱۴۱۵ق: ۳۶۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق: ۳۵۱/۲؛ امامی، بی تا: ۳۰۵/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۸۲)

## ۲-۲- کاشفیت اجازه از وصف «تعقب»

بدون تردید، شرط صحت عقد فضولی آن است که در پی آن، اجازه مالک بیاید. به تعبیر دیگر، «تعقب اجازه» شرط صحت عقد فضولی است. این شرط، هنگام عقد موجود است و

نظریه کاشفیتِ اجازه از وصف تعقب به این معنا است که اجازه کاشف از امری است است مقارن عقد است؛ اجازه در این معنا دلیل است بر تحقق آن امر از حین عقد. (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۸۶/۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۹۰/۴؛ نراقی، ۱۴۱۵ق: ۳۶۷/۲)

## ۲-۳- کشف به نحو لیم

برخی بر این اعتقادند که خود اجازه، شرط صحت عقد است؛ البته به نحو شرط متأخر. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۳۱/۲؛ خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۳۳/۲)

انتقادی که بر این دیدگاه وارد است اینکه معنای شرط اصطلاحی این است که در صحت فعلی عقد دخالت دارد و از طرفی فرض این است که شرط در حین عقد موجود نیست، بنابراین نمی توان گفت: عقد بالفعل صحیح است.

## ۲-۴- کشف اجازه از وجود رضایت تقدیری مالک

برخی از محققان، از جمله محقق رشتی، برای تبیین کاشفیت اجازه، بیان ویژه ای دارند که برگشت به دو مقدمه دارد:

۱. رضایتی که در تصرف در اموال غیر، معتبر است، رضایت فعلی نیست؛ بلکه رضایت تقدیری نیز کفایت می کند. مراد از رضایت تقدیری رضایت فعلی مالک نسبت به تصرف متصرف نیست؛ زیرا این رضایت در بیع فضولی وجود ندارد؛ بلکه منظور این است که فرد به تصرف شخص دیگری در اموالش واقعاً راضی است و یا به نحوی راضی به تصرف در اموالش است که برای او سودآور باشد.

۲. هرگاه اجازه محقق شود، معلوم می شود که این رضایت و شرط از اول امر حاصل بوده است؛ بنابراین اجازه کشف می کند از وجود شرط در حین عقد؛ پس اجازه صرفاً نقش کاشفیت دارد. (رشتی، بی تا: ۱۳۵)

تفاوت این معنا با معنای اول این است که در اولی که کشف محض را گفته بود، عقد در تأثیر کردن مطلقاً نیازی به رضایت ندارد، چه رضای فعلی و چه تقدیری و این اجازه کشف می کند از امری که متقوم به امر متأخری نیست؛ چرا که در معنای دوم شرط، متقوم بود به امر متأخر، (واقعاً یا لحاظاً) ولی مراد از کشف در این معنا این است که اجازه و رضای فعلی که اظهار شده، دلیل بر این است که او عقد را از زمان عقد اجازه کرده است؛ رضای تقدیری او موجود بوده است، در زمان عقد.

این نظریه اشکالات متعددی داشته است؛ تا جایی که آیت الله خوئی آن را عجیب شمرده و می نویسد: «وفیه أن هذا من عجائب الكلام، فإنه مضافاً إلى ما تقدم من أن الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجاً للعقد الفضولی عن الفضولیة فكیف بالرضا التقديری... علی أنه لا دلیل علی كون الإجازة كاشفة عن الرضا التقديری بوجه، بل هو تخیل محض و رجم بالغیب كما هو واضح علی المتأمل.» (خوئی، بی تا: ۷۷۱/۲)

برخی از اشکالاتی که بر این دیدگاه وارد شده این است:

۱. در جایی که مالک، فضول را از تصرف در اموالش منع کرده و بازهم فضول اقدام به معامله کرده باشد، مسلماً مالک در زمان عقد، رضایت تقدیری ندارد؛ در حالی که اگر اجازه به این معامله ملحق شود، صحیح خواهد بود.

۲. گاهی ممکن است در زمان عقد، معامله به ضرر مالک بوده باشد، اما بعداً همین معامله به نفع و مصلحت مالک شود؛ بنابراین اگر مالک، عقد را اجازه کند، نمی توان از اجازه، رضایت مالک در حین عقد را کشف کرد. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

۳. لازمه این نظریه این است که در صورت علم به رضایت مالک، بتوانیم در ملک او تصرف کنیم، اگرچه او هیچ وقت آن را اجازه نکند؛ در حالی که التزام به این مطلب، صحیح نیست. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

۴. اگر ملاک جواز تصرف، علم تصرف کننده به مصلحت باشد، هر کسی با این ادعا که تصرف وی در مال غیر، دارای مصلحت است، حتی مصلحت اخروی، اجازه خواهد یافت در مال دیگری تصرف کند و این باعث هرج و مرج می شود؛ چرا که شخص در مال دیگری تصرف می کند و ابراز می دارد که به نظر من، این تصرف مصلحت اخروی دارد. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۴۱/۲)

## ۲-۵- کشف حکمی

مطابق این دیدگاه آثار عقد از حین عقد «تعبداً» مترتب می شود؛ زیرا از طرفی کشف حقیقی عقلاً ممکن نیست و از طرفی اقتضای ادله نقلی، کشف حقیقی است؛ بنابراین به ناچار می توان گفت: با آمدن اجازه، آثار عقد از زمان تحقق آن مترتب می شود. با این نظریه در واقع جمع بین عقل و نقل صورت می گیرد. این نظریه به شریف العلماء نسبت داده شده

(خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۴۲/۲؛ یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۴۸/۱) و علاوه بر ایشان، بسیاری از محققان دیگر همین دیدگاه را ترجیح می‌دهند. (خوئی، ۱۴۱۰ق: ۱۸/۲؛ لاری، ۱۴۱۸ق: ۸۶/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق: ۳۰۸/۱؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ۲۵/۳)

### ۲-۶- کشف حیثی

این معنا در واقع حد وسط بین نظریه نقل و کشف حقیقی است. به این معنا که ظاهر اجازه‌ای که متعلق به مضمون عقد است، «تنفیذ» عقد است و این تنفیذ موجب تأثیر عقد در زمان قبل از خود می‌شود، نسبت به آنچه ممکن است تنفیذ به آن تعلق بگیرد. «ارتکاز» عرف و عادت این است که هر گاه امری توسط عنوان متأخری، موضوع حکم قرار گرفته باشد، آن امر را موضوع حکم تلقی می‌کنند و آثار مترتب بر این موضوع را از اول امر بر آن بار می‌کنند و این تأخیر در واقع به منزله واسطه در ثبوت است. (نائینی، ۱۳۷۳: ۲۴۱/۱)

### ۳- بررسی اثباتی نظریه‌های نقل و کشف

بعد از اثبات امکان ثبوتی هریک از دو نظریه نقل و کشف، در این بخش به این مطلب پرداخته می‌شود که شارع مقدس و عقلاً کدام‌یک از این دو نظریه را پذیرفته و در معاملات خود طبق آن مشی می‌کنند. به‌دیگر سخن، بعد از اثبات آنکه هر دو نظریه نقل و کشف از نظر ثبوتی امکان دارد، این سؤال مطرح می‌شود که اثباتاً کدام‌یک از دو احتمال، مورد پذیرش است. برخی از محققان در پاسخ به این سؤال، توقف کرده و نظریه‌ای را برگزیده‌اند. (حلی علامه)، ۱۴۱۰ق: ۳۶۰/۱ و ۱۴۲۰ق: ۲۲۷/۲ و ۱۴۱۳ق: ۱۹/۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق: ۴۵۰/۱؛ خمینی، بی‌تا: ۵۱۰؛ روحانی، بی‌تا: ۲۴۶)

اما همان طور که گذشت، برخی از محققان نظریه کشف و برخی نظریه نقل را ترجیح داده‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد این دیدگاه‌ها در فرضی مهم است که مالک مجیز، نسبت به زمان تأثیر اجازه، اعمال اراده نکرده باشد؛ ولی اگر مالک مجیز، زمان تأثیر اجازه را تعیین کرده باشد، اجازه از همان زمان، مؤثر خواهد بود.

دلیل اینکه اراده اجازه‌دهنده، نقشی فعال دارد را باید در ماهیت اجازه، جست‌وجو کرد؛ چراکه به نظر می‌رسد اجازه از نظر ماهیت، عملی حقوقی به شمار می‌آید. از این رو، به‌مانند

سایر اعمال حقوقی، می‌بایست اراده انشایی فرد موجب، برای تحقق آن وجود داشته باشد. (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۴۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۵۶) منطقیاً همان طور که اجازه‌دهنده و موجب، می‌تواند اجازه را انشا کند و به آن لباس تحقق ببخشد، می‌تواند زمان تأثیر آن را نیز تعیین نماید.

طرفداران این دیدگاه که اجازه، عملی حقوقی است، درباره توجیه حقوقی بودن آن، با یکدیگر اختلاف نظر دارند. گروهی از محققان، اجازه را بیع مستقل و جدیدی می‌دانند که توسط مالک انشا شده است. به موجب این دیدگاه، ایجابی که توسط فضول انشا شده، بعد از اجازه بیع توسط مالک، کان‌لم‌یکن فرض می‌شود و اجازه مالک، ایجاب به شمار می‌رود. قبولی که اصیل (خریداری که فضول نیست) سابقاً ارائه کرده است و مقدم بر این ایجاب بوده، به ایجاب مالک (اجازه مالک) ضمیمه شده و در نهایت منتهی به انشای عقد می‌گردد. (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق: ۴۴۵/۱)

در مقابل، برخی از محققان با این تحلیل که اجازه به معنای اعطای نیابت و نمایندگی به فضول است، اجازه را عمل حقوقی دانسته‌اند. مطابق این دیدگاه، مالک با اجازه عقد فضولی در حقیقت به فضول، نمایندگی و وکالت در عقد می‌دهد و روشن است که اعطای نمایندگی، عمل حقوقی است. از این رو، اجازه عمل حقوقی و «ایقاع» به شمار رفته و علاوه بر لزوم انشا باید ابراز نیز بشود. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۲۹/۱)

گروهی دیگر به این استناد اجازه را عمل حقوقی می‌دانند که اجازه باعث انتساب عقد به مالک می‌شود. به‌دیگر سخن، مطابق این دیدگاه برای تحقق عقد صحیح علاوه بر قصد و رضا، باید عقد به مالک منتسب شود. در مواردی که فضول اقدام به انشای عقد می‌کند، قصد و رضا وجود داشته، ولی عقد منتسب به مالک نیست؛ بنابراین در این حالت، عقد مؤثر نیست. آنگاه که اجازه به این عقد ملحق می‌شود، عقد را به مالک منتسب می‌کند. از این رو، اجازه عمل حقوقی بوده و نیازمند انشا و ابراز است. (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ۳۱۹/۱؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰/۱)

البته باید افزود که برخی از فقها و محققان ماهیت اجازه را واقعه‌ای حقوقی می‌دانند؛ چراکه اجازه را عبارت از رضایت ساده مالک تفسیر می‌کنند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۲۲/۳؛

خمینی، بی تا: ۲/۲۷۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۳۶) طبق این انگاره، علاوه بر اینکه اجازه، نیازمند اراده انشایی نبوده، ابراز آن نیز نباید ضرورت داشته باشد؛ زیرا عقد با اراده و قصد فصول محقق شده است و بعد از ضمیمه شدن رضایت باطنی مالک، قصد و رضا هر دو وجود داشته و عقد تشکیل می شود. (خمینی، بی تا: ۲/۲۷۴)

طرفداران این نظریه برای اثبات آن، گاه به ادله نقلی نظیر ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (نساء، ۲۹) و «لایحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» استدلال کرده اند؛ چرا که در این ادله، آنچه ملاک صحت عقد است، رضایت مالک است. گاهی نیز چنین استدلال شده که صحت و نفوذ، از احکام شرعی است که شارع برای معامله پس از تنفیذ مقرر کرده است، نه ماهیتی انشائیه توسط مالک. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۳۴) علاوه بر این، گفته شده است که آنچه عقد را می سازد، قصد انشاست، نه رضایت شخص. رضایت شخص صرفاً شرط اعتبار و نفوذ معامله ای است که سابقاً در عالم اعتبار، انشا شده است. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۳۶) همچنین رضایت، حالت انفعالی است و نمی توان آن را مخلوق اراده انشایی دانست.

به نظر می رسد این دیدگاه تمام (صحیح) نباشد؛ زیرا آنچه از آیه شریفه استفاده می شود این است که برای صحت عقد، رضایت مالک شرط است؛ ولی کیفیت رضایت و اینکه «رضای باطنی» کافی است و یا باید رضایت ابراز شود، در آیه اشاره نشده است. روایت «لایحل مال امرء مسلم...» نیز اختصاص به معاملات نداشته تا از عدم تصریح به لزوم انشای رضایت، صرف وجود رضا در عقد غیرنافذ را ملاک صحت آن دانست؛ بلکه روایت یادشده، ملاک جواز تصرف در مال غیر را اعلام می کند که شامل تصرفات مادی صرف نیز می شود.

همچنین هر چند «نفوذ»، نظیر «صحت» و «بطلان»، حکمی شرعی و وضعی است که قانون گذار بسته به مورد بر عقد بار می کند، ولی باید دانست، آنچه مالک آن را با اعلام رضایت، انشا می کند، نفوذ معامله نیست، بلکه انشای رضایت است؛ اما بعد از اینکه رضایت مالک به عقد ملحق شد، حکم نفوذ توسط قانون گذار بر عقد مترتب خواهد شد. علاوه بر این، هر چند رضایت، حالتی انفعالی است و چه بسا گاهی بدون اختیار حاصل می شود، ولی زمانی رضایت در عقد فضولی ثمربخش است که با انشا همراه باشد؛ زیرا ممکن است مالک

بعد از آنکه از انشای عقد فضولی مطلع شد، رضایت به معامله داشته باشد، ولی به جهتی حاضر نشود معامله را قبول کند و آن را رد می‌کند. بدون تردید صرف حصول رضایت برای مالکی که قصد قبول معامله را ندارد، نمی‌تواند به عقد فضولی، اعتبار و نفوذ بدهد.

به هر حال در مواردی که مالک، با اعمال اراده، زمان تأثیر اجازه را مشخص نکرده باشد، به نظر می‌رسد، اجازه ناقله باشد؛ زیرا نظریه نقل، هم با قواعد و عموماً سازگارتر است و هم با مرکز عرف و بازار هماهنگ‌تر است؛ برای اثبات این ادعا به چند دلیل می‌توان تمسک کرد: (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۰۸/۳)

۱. یکی از دلیل‌های ناقله بودن اجازه آن است که هر چند اجازه، به عقدی فضولی تعلق می‌گیرد که سابقاً انشا شده، ولی این تعلق از زمان وقوع اجازه، رخ می‌دهد؛ از این رو از زمان اجازه است که عقد فضولی قابل انتساب به مالک خواهد بود و در نتیجه نقل و انتقال از زمان اجازه اتفاق می‌افتد. به دیگر سخن، زمانی عقد، مفید نقل و انتقال است که منتسب به مالک باشد و در عقد فضولی، زمان انتساب عقد به مالک، زمان تحقق اجازه است. در نتیجه اجازه، ناقله خواهد بود. (فیاض، بی تا: ۱۲۶/۲)

۲. لازمه نظریه کاشفیت اجازه، بطلان عقد فضولی است؛ زیرا معامله‌ای که فضول انجام داده دو صورت دارد: اول اینکه از حین وقوع صحیح باشد که در این صورت نیازی به اجازه نیست؛ یعنی در این فرض اجازه که صرفاً نقش واسطه در اثبات را دارد، هیچ دخلی در تصحیح عقد فضولی ندارد، بلکه خود عقد فضولی صحیح بوده و نقش اجازه این است که به ما که از واقع خبر نداشته‌ایم، اعلام می‌کند که این عقد صحیح است و این با ارتکاز عرف و عقلا سازگار نیست؛ زیرا عرف، عقد واقع شده از فضول را بی‌اهمیت می‌داند و منتظر اجازه مالک می‌نشیند، یعنی به اجازه به‌عنوان شیء مؤثری در عقد نگاه می‌کند، نه اینکه صرفاً نقش اعلام کنند را داشته باشد.

صورت دوم این است که عقد فضولی از حین وقوع، باطل بوده باشد. این صورت در واقع اعلام بطلان عقد فضولی است که نه تنها قائلی ندارد، بلکه روایات اهل بیت (علیهم‌السلام) خصوصاً روایات باب نکاح بر صحت آن دلالت دارد. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۴۶/۲)

۳. لازمه نظریه کشف این است که شخص اجازه‌کننده، مالک نباشد و وقتی مالک نیست و فردی اجنبی است، دیگر نیازی به اجازه او نیست؛ زیرا عقد همیشه بین دو مالک

واقع می‌شود و وقتی گفته می‌شود که اجازه کاشفه است، در واقع معنای این نظریه این است که عقدی بین دو مالک واقع شده (اصیل و فضول هر کدام مالک اجناس، فرض شده‌اند) و اجازه صرفاً نقش کاشفیت دارد؛ یعنی وقتی اجازه کاشف بود و نقش فعالی در سازندگی عقد نداشت، فرض شده که فضول، مالک کالای فروخته شده است. اگر این را گفتیم، دیگر نیازی به اجازه نیست؛ زیرا حسب فرض یا ادعا، اصیل مالک کالای خودش است و فضول هم مالک کالای دیگر.

به‌دیگر سخن، لازمه نظریه کشف، تناقض‌گویی است؛ زیرا از طرفی گفته می‌شود اجازه نقش کاشفیت دارد و نقش فعالی ندارد، که یعنی عقد بین دو مالک واقع شده است و اراده اجازه‌کننده هیچ نقشی ندارد، جز اینکه کشف می‌کند از اینکه عقد صحیحی واقع شده است؛ از طرفی نیز اجازه لازم است، در حالی که اگر عقد بین دو مالک واقع شده و اجازه‌کننده شخصی اجنبی باشد، دیگر چه نیازی به اجازه اوست. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۴۶/۲)

۴. نظریه کاشفیت اجازه با ارتکاز عرف و عقلا نیز سازگار نیست؛ زیرا عرف عقد فضولی را تا وقتی که اجازه به آن ملحق نشود، هیچ و بی‌فایده فرض می‌کنند. در واقع عرف برای اجازه در عقد فضولی نقش فعالی قائل است. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق، ۱۴۶/۲)

۵. روایات نیز با نظریه کشف مساعد نیست. مهم‌ترین روایاتی که به استناد آن‌ها نظریه کشف، استفاده شده، صحیحۀ محمد بن قیس و صحیحۀ حذاء است.

الف) صحیحۀ محمد بن قیس

مطابق این روایت، فرزند شخصی بدون اجازه پدر، کنیز متعلق به پدر را فروخته و مشتری با کنیز هم‌بستر شده و صاحب فرزند می‌شود. پدر بعد از اطلاع از معامله، بیع را اجازه می‌کند. حضرت (علیه السلام) بعد از اجازه، فرزند کنیز را حر اعلام کرده و در حقیقت ملحق به خریدار (اصیل) دانستند.<sup>۱</sup>

۱. «أَقْصَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) فِي وَليدَةٍ بَاعَهَا ابْنُ سَيِّدِهَا وَأَبُوهُ غَائِبٌ فَاسْتَوْلَدَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ غُلَامًا ثُمَّ جَاءَ سَيِّدُهَا الْأَوَّلُ فَخَاصَمَ سَيِّدَهَا الْآخَرَ فَقَالَ: وَليدَتِي بَاعَهَا ابْنِي بَعِيرِ إِذْنِي. فَقَالَ: الْحُكْمُ أَنْ يَأْخُذَ وَليدَتَهُ وَابْنَهَا فَنَاشِدَهُ الَّذِي اشْتَرَاهَا فَقَالَ لَهُ: خُذْ ابْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيْدَةَ حَتَّى يَنْقُدَ لَكَ الْبَيْعَ فَلَمَّا أَخَذَهُ قَالَ لَهُ أَبُوهُ: أَرْسَلْ ابْنِي قَالَ: لَا وَاللَّهِ لَا أَرْسَلُ إِلَيْكَ ابْنِكَ حَتَّى تُرْسَلَ ابْنِي فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيْدَةِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ.» (كليني، ۱۴۰۷ق: ۲۱۱/۵)



برخی این را که بعد از اجازه، حضرت علیه السلام فرزند کنیز را حر و آزاد معرفی کرده‌اند، نشانگر آن می‌دانند که اجازه، بیع را از ابتدا تصحیح نموده است؛ چراکه اگر اجازه از زمان اجازه، مؤثر باشد، بدین معناست که این فرزند بعد از بیع، برده بوده و با اجازه، آزاد می‌شود؛ در حالی که چون «عتق» و آزادسازی، حتی به صورت فضولی رخ نداده، معنا ندارد که اجازه، سبب آزادی فرزند شود. در حقیقت، با آمدن اجازه، معلوم می‌شود که این فرزند از همان ابتدا، حر و آزاد متولد شده و بیع از زمان وقوع، مؤثر می‌شود. (نائینی، ۱۳۷۳: ۲۴۱/۱)

نقدی که بر این استدلال وارد شده این است که چه اجازه ملحق به بیع شود و چه نشود، این فرزند از همان ابتدا، حر و آزاد خواهد بود؛ چراکه خریدار بعد از خرید کنیز با این تصور که بیع صحیح بوده و مالک کنیز شده است، با وی هم‌بستر شده و بنابراین وطی و دخول، «وطی به شبهه» بوده است و می‌دانیم که در موارد وطی به شبهه، آثار نکاح صحیح بر آن بار می‌شود. (یزدانی، ۱۳۹۷: ۴۱)

از این رو، از اینکه امام علیه السلام فرزند را آزاد و ملحق به خریدار معرفی کرده‌اند، نمی‌توان نتیجه گرفت که با اجازه، عقد از زمان، وقوع تصحیح شده است؛ بلکه چه بسا علت آزاد معرفی کردن فرزند، رخ دادن وطی به شبهه باشد. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۳۵/۲)

#### ب: صحیحۃ حذاء

از جمله روایاتی که برای اثبات نظریه کشف به آن استدلال شده، صحیحۃ حذاء است؛<sup>۱</sup> (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۰۹/۳) ولی باید دانست در صورتی می‌توان با این صحیح، نظریه کشف را استنباط کرد که در صحیح، مرتکب خلاف ظاهرهای متعدد شویم. به‌دیگر سخن، روایت ظهور در نظریه کشف ندارد و نمی‌توان با روایتی که حتی ظهور در نظریه

۱. «عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه السلام عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِيَةٍ رَزَوَجَهُمَا وَلِيَانِ لُهُمَا وَ هُمَا غَيْرُ مُدْرِكِينَ فَقَالَ: النَّكَاحُ جَائِزٌ وَ أَيُّهُمَا أَذْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَ إِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يَدْرِكَ فَذَاكَ مِيرَاثٌ بَيْنَهُمَا وَ لَا مَهْرٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَذْرَكَ وَ رَضِيَا قُلْتُ: فَإِنْ أَذْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ قَالَ: يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَذْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ رَضِيَ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تَدْرِكَ الْجَارِيَةَ أَ تَرْتُهُ قَالَ: نَعَمْ يَعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تَدْرِكَ فَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالزَّوْجِ ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثَ وَ نِصْفُ الْمَهْرِ قُلْتُ فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ تَكُنْ أَذْرَكَ أَ يَرْتُهُا الرَّجُلُ الْمُدْرِكُ قَالَ: لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أَذْرَكَ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ أَبُوهَا هُوَ الَّذِي رَزَوَجَهَا قَبْلَ أَنْ تَدْرِكَ قَالَ: يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَ يَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ.» (كلینی، ۱۴۰۷ق: ۴۰۱/۵)

کشف نداشته، قواعد را کنار گذاشت.

جهت اینکه این صحیحه، با نظریه کشف مخالفت دارد این است که باید اولاً، واژه «ولیان» در روایات به معنای اولیای غیر از پدر و جد پدری تفسیر شود؛ ثانیاً، عبارت «النکاح جایز» را که ظهور در صحت داشته به معنای «نکاح غیر نافذ» یا «صحت تاهلیه» دانست؛ ثالثاً، واژه «خیار» که ظهور در «حق خیار» دارد را حمل بر «امکان اجازه یا رد» نمود. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲/۲۳۷)

### نتیجه گیری

گرچه در ابتدای امر چنین به نظر می‌رسد که کاشفیت یا ناقصیت اجازه از احکام شرعی است، ولی همان طور که ملاحظه شد اکثر محققان در تبیین نظریه خود به قصد و نظر مالک توجه کرده و در پی کشف نظر مالک هستند؛ بدین معنا که وقتی مالک عقدی را اجازه می‌کند، به چه نظر دارد؛ آیا می‌خواهد عقد را از زمان عقد، اجازه کند یا از زمان اجازه؟ از این رو، به نظر می‌رسد بتوان از این تلاش‌ها که در جهت تبیین مراد و مقصود مالک صورت گرفته، نتیجه گرفت که تمام ابتکار کار در بحث اجازه به دست مالک بوده و اراده او نقش فعالی دارد. در نتیجه اگر او خواست عقد را از زمان اجازه تنفیذ کند می‌تواند این کار را بکند و اگر خواست می‌تواند از زمان وقوع عقد آن را اجازه نماید. همچنین با توجه به تحلیل‌هایی که در تأیید نظریه ناقله بودن اجازه عنوان شد، می‌توان گفت: در فرض سکوت اجازه‌دهنده و عدم ابراز اراده صریح نسبت به زمان تأثیر گذاری اجازه، فرض می‌شود که اراده کرده که عقد از زمان تحقق اجازه مؤثر بوده باشد و به‌دیگر سخن، اجازه ناقله خواهد بود.

## فهرست منابع

١. ابن براج (قاضی)، ١٤٠٦ق، المهدب، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
٢. اراکی، محمدعلی، ١٤١٥ق، کتاب البیع، قم: مؤسسه در راه حق.
٣. اردبیلی، احمد، ١٤٠٣ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
٤. اصفهانی، سیدابوالحسن، ١٤٢٢ق، وسیلة النجاة (مع حواشی الامام الخمينی)، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
٥. اصفهانی، محمدحسین، ١٤١٨ق، حاشیة کتاب المکاسب، قم: انوارالهدی.
٦. انصاری، مرتضی، ١٤١٥ق، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
٧. امامی، سیدحسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران: اسلامی.
٨. ایروانی، علی، ١٤٠٦ق، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
٩. بحرانی، یوسف، ١٤٠٥ق، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
١٠. تبریزی، جواد، ١٤١٦ق، إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب، قم: اسماعیلیان.
١١. حکیم، سیدمحسن، ١٤١٠ق، منهاج الصالحین، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
١٢. حکیم، سیدمحمد سعید، ١٤١٥ق، منهاج الصالحین، بیروت: دارالصفوة.
١٣. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ١٤١٠ق، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
١٤. -----، ١٤٢٠ق، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
١٥. -----، ١٤١٣ق، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).

۱۶. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، ۱۴۰۶ق، حاشیة المکاسب، بی جا: وزارت ارشاد اسلامی.
۱۷. خمینی، سیدروح الله، بی تا، تحریر الوسيلة، قم: دارالعلم.
۱۸. -----، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۱۹. خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۲۰. خوئی، سیدابوالقاسم، بی تا، مصباح الفقاهه، بی جا: بی نا.
۲۱. -----، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم.
۲۲. روحانی، سیدصادق، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق علیه السلام، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۲۳. -----، بی تا، منهاج الصالحین، بی جا.
۲۴. سبزواری، سیدعبدالأعلى، ۱۴۱۳ق، مهذب الأحكام، ج ۴، قم: مؤسسه المنار.
۲۵. سبزواری، محمدباقر، ۱۴۲۳ق، کفایة الأحكام، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۲۶. سید مجاهد، محمد، بی تا، کتاب المناهل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۷. سیستانی، سیدعلی، ۱۴۱۷ق، منهاج الصالحین، ج ۵، قم: دفتر آیت الله سیستانی.
۲۸. شهیدی، مهدی، ۱۳۹۰، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۲۹. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۶، حقوق قراردادها، ج ۲، تهران: سمت.
۳۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، ۱۴۱۶ق، هداية العباد، قم: دارالقرآن الکریم.
۳۱. طاهری، حبیب الله، ۱۴۱۸ق، حقوق مدنی، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۳۲. طباطبائی، سیدعلی، ۱۴۱۸ق، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین

- حوزه علمیه قم).
٣٤. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ١٤١٤ق، حاشیة الإرشاد، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
٣٥. -----، ١٤٢٢ق، حاشیة الشرایع، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
٣٦. -----، ١٤١٢ق، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
٣٧. -----، ١٤١٣ق، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
٣٨. عاملی، سیدجواد، ١٤١٩ق، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
٣٩. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، ١٤١٧ق، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ج ٢، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
٤٠. -----، ١٤١٠ق، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت: دارالتراث.
٤١. فیاض، محمد اسحاق، بی تا، منهاج الصالحین، بی جا: بی نا.
٤٢. قدیری، محمدحسن، ١٤١٨ق، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
٤٣. قمی (میرزا)، ابوالقاسم، ١٤١٣ق، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران: کیهان.
٤٤. کاتوزیان، ناصر، ١٣٩١، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
٤٥. کرکی (محقق ثانی)، ١٤١٤ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ٢، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
٤٦. کلینی، محمد بن یعقوب، ١٤٠٧ق، الکافی، ج ٤، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
٤٧. گلپایگانی، سیدمحمد رضا، ١٤١٣ق، هداية العباد، قم: دارالقرآن الکریم.
٤٨. لاری، سیدعبدالحسین، ١٤١٨ق، التعليقة على المكاسب، قم: مؤسسه المعارف

الاسلاميه.

۴۹. محقق داماد، سيدمصطفى، ۱۳۸۹، نظريه عمومى شروط و التزامات در حقوق اسلامى، قم: مركز نشر علوم اسلامى.
۵۰. مفيد، محمدبن نعمان، ۱۴۱۳ق، المقنعه، قم: كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد.
۵۱. نائينى، ميرزا محمدحسين، ۱۳۷۳، منية الطالب فى حاشية المكاسب، تهران: مكتبه المحمديه.
۵۲. نجفى، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، چ ۷، بيروت: دار احياء التراث العربى.
۵۳. نراقى، احمد، ۱۴۱۵ق، مستند الشيعة فى احكام الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۵۴. وحيد خراسانى، حسين، ۱۴۲۸ق، منهاج الصالحين، چ ۵، قم: مدرسه امام باقر عليه السلام.
۵۵. يزدانى، غلامرضا، ۱۳۹۷، حقوق خانواده، تهران: مجد.
۵۶. يزدى، سيدمحمد كاظم، ۱۴۲۱ق، حاشية المكاسب، دوم، قم: اسماعيليان.