

نظریه واقعه حقوقی بودن ماهیت تنفیذ

در فقه و حقوق ایران*

- سیدابوالقاسم نقیبی^۱
- الهام مغزی نجف‌آبادی^۲

چکیده

عقد غیر نافذ که از اقسام عقود غیر صحیح است، عقدی است که وجود ناقص حقوقی دارد و با تنفیذ لاحق، صحیح و معتبر گشته و کلیه اثراتی را که شرعاً و قانوناً باید بر آن مترتب شود، ایجاد می‌کند. در توصیف و تحلیل ماهیت حقوقی تنفیذ، بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. بعضی آن را واقعه حقوقی و بعضی دیگر عمل حقوقی معرفی می‌کنند. در این مقاله با طرح و نقد و بررسی این دیدگاهها، به تقویت نظریه واقعه حقوقی بودن ماهیت تنفیذ پرداخته شده است؛ چرا که در عقود غیر نافذ، ماهیت عقد انشاء شده است و فقط شرط رضایت مالک، مفقود است که با حصول این شرط، مشروط نیز محقق می‌شود؛ بلکه اصلاً انشایی بودن (عمل حقوقی بودن) تنفیذ، محال عقلی است؛ چون رضایت یک کیف نفسانی و از امور حقیقی و واقعی است و نه اعتباری؛

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۹/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری (da.naghbi@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (emona691@gmail.com).

در حالی که انشاء به امور اعتباری تعلق می‌گیرد. باید توجه داشت که در حصول تنفیذ، صرف رضایت باطنی کفایت نمی‌کند؛ بلکه در نظر عقلا برای ترتیب اثر دادن به عقد اظهار آن نیز لازم است.

واژگان کلیدی: تنفیذ، رضایت باطنی، واقعه حقوقی، عمل حقوقی، انشاء.

مقدمه

عقد غیر نافذ مصادیق متعدد دارد؛ مانند عقد فضولی (عقد عاقد بدون اذن شخصی که اذن او نیاز است که شامل عقد غیر مالک بر مال غیر، عقد سفیه و صغیر ممیز بدون اذن ولی، توکیل بدون اجازه موکل، عقد نکاح دختر باکره بدون اذن ولی، وصیت زاید بر ثلث و... می‌شود)، عقد اکراهی و مواردی دیگر (انصاری، ۱۴۲۹: ۳/۳۴۶).

بی‌شک عقد غیر نافذ واقع شده است و از این جهت با عقد باطل متفاوت است؛ ولی عقدی ناقص است که نفوذی در عالم حقوق ندارد؛ اما با تنفیذ لاحق معتبر می‌گردد و کلیه اثرات عقد صحیح را تولید می‌کند. در اینکه عقد غیر نافذ از اقسام عقود صحیح است یا غیر صحیح، اختلاف نظر وجود دارد. اکثر حقوق دانان آن را از اقسام عقود غیر صحیح می‌دانند؛ اما برخی معتقدند عقد غیر نافذ را باید از اقسام عقود صحیح به شمار آورد، نه باطل، و در نتیجه کلمه صحت در ماده ۱۹۰ ق.م.ا^۱ را باید به معنای اعتبار گرفت، نه صحت به معنای اخص حقوقی؛ زیرا رضا و رشد معامله‌کننده برای اعتبار و نفوذ عقد لازم است نه صحت آن (شهیدی، ۱۳۸۴: ۲/۱۲۵؛ بهبهانی، ۱۳۳۱: ۲۲).

بر صحت عقد غیر نافذ چنین استدلال شده است که اگر شک شود عقد غیر نافذ صحیح است یا باطل، می‌توان به اصل عملی صحت رجوع کرده و قائل به صحت آن شد. اما به نظر نگارندگان می‌رسد که این استدلال مخدوش است؛ چرا که نمی‌توان دو طرف شک را (در عقد غیر نافذ)، صحت و بطلان قرار داد؛ چون بی‌گمان عقد غیر نافذ باطل نیست؛ پس نیازی به اجرای اصل صحت برای نفی بطلان عقد غیر نافذ نیست. به علاوه، مفاد اصل صحت آن است که عقد منعقد شده است و با اصطلاح صحیح به معنای اخص و غیر صحیح هر دو متلائم است؛ پس استمداد از اصل صحت

۱. «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آنها و...».

برای قول به صحیح بودن عقد غیر نافذ درست نمی‌باشد و به نظر می‌رسد استدلال قائلین به غیر صحیح بودن عقد غیر نافذ، کامل‌تر است (امامی، ۱۳۸۴: ۱۸۵/۱؛ عدل، ۱۳۷۳: ۱۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۲۱/۲).

در میان فقها نیز در این باره اختلاف نظر وجود دارد. عبارات شیخ انصاری در مورد عقد فضولی به عنوان یکی از مصادیق عقد غیر نافذ، ایهام دارد؛ گاهی از آن تعبیر به صحیح کرده است و گاهی تعبیر به غیر صحیح. اما به نظر می‌رسد می‌توان بین دو تعبیر چنین جمع نمود که منظور از صحت، عدم بطلان است و منظور از عدم صحت (همان طور که خود نیز بیان کرده است)، عدم ترتب آثار عقد صحیح از جمله لزوم است، نه بطلان به معنای اخص حقوقی (انصاری، ۱۴۲۹: ۳۴۵/۳).

با این توضیحات، به نظر می‌رسد که باید عقد غیر نافذ را جزء عقود غیر صحیح قلمداد نمود که تنفیذ لاحق، آن را معتبر و صحیح می‌گرداند. اما سؤال اصلی که در این مقاله به آن پاسخ داده می‌شود، آن است که آیا برای تنفیذ عقد غیر نافذ، صرف رضایت باطنی کفایت می‌کند یا باید اجازه و انشاء تنفیذ صورت بگیرد تا عقد، نافذ و مؤثر گردد. اکثریت حقوق‌دانان معاصر، تنفیذ را عملی حقوقی توصیف کرده و آن را در شمار ایقاعات آورده‌اند. اما برخی نظریه واقع‌گرای حقوقی بودن تنفیذ را ارائه و تقویت نموده‌اند. در میان فقها نیز به طور پراکنده، نظرات متفاوتی در این باره وجود دارد. در این مقاله، این دیدگاهها بیان و نقد و بررسی شده و در نهایت نتیجه مورد نظر ارائه خواهد شد. اگر تنفیذ عمل حقوقی و از امور انشایی محسوب گردد، باید در عالم حقوق انشاء شود که برخی فقط لفظ صریح را معتبر دانسته (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۳۴/۳) و برخی کنایه و حتی فعل دال بر تنفیذ را نیز مورد پذیرش قرار داده‌اند. بنا بر این دیدگاه حتی اگر به عنوان اخبار به رضایت و نه انشاء تنفیذ، اظهار رضایت شود، در نفوذ عقد تأثیری ندارد. اما اگر واقع‌گرای حقوقی محسوب شود، در این صورت رضایت باطنی به هر نحوی که ابراز شود، موجب نفوذ عقد می‌گردد.

۱. بررسی دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان پیرامون ماهیت تنفیذ

در مقام تحلیل ماهیت حقوقی تنفیذ باید به این پرسش پاسخ داد که آیا تنفیذ عقد

غیر نافذ، نیازمند انشاء است و در نتیجه یک عمل حقوقی است؟ یا نیازمند انشائی نبوده و یک واقعه حقوقی محسوب می‌شود؟ باید توجه داشت که بی‌شک اجازه، یک مفهوم انشایی و به معنای امضاء است و در واقع مسئله اصلی در مورد مفهوم اجازه نیست، بلکه در مورد آن است که آیا در تنفیذ عقد غیر نافذ، اجازه معتبر است یا صرف رضایت قلبی کفایت می‌کند (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۶۶/۲). گرچه برخی از فقها بدون توجه به معنای اصلی اجازه، آن را به طور وسیع به کار برده و منظورشان تنفیذ و اظهار رضایت است. اگرچه فقها در مبحث معامله فضولی به آثار و مبانی معامله فضولی، توجه وافر داشته‌اند، اما به طور مفصل، به ماهیت تنفیذ اشاره نکرده و تنها در مواردی که به مناسبت از تنفیذ، بحث کرده‌اند (همچون تنفیذ عقد اکراهی یا فضولی)، به این نکته اشاره نموده‌اند که آیا تحقق تنفیذ، نیازمند انشاء است یا اینکه به صرف رضایت باطنی صورت می‌گیرد و در صورت اعلام، باید آن را در زمره اخباریات و خارج از قلمرو انشائیات دانست (صفا، ۱۳۸۴: ۱۷۶). برخی فقها صرفاً نفوذ عقد فضولی را موکول به اجازه نموده و شرح نداده‌اند که آیا منظورشان معنای خاص اجازه است و یا معنای وسیع آن. ایشان در برخی موارد تعبیر به رضایت مالک و در برخی دیگر تعبیر به اجازه نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۲۸۶/۲؛ همو، ۱۴۱۳ ب: ۵۵/۵).

در قانون مدنی نیز ماهیت تنفیذ دقیقاً مشخص نشده است. بنابراین برای تشخیص این مسئله باید به مطالعه دیدگاه فقها و حقوق‌دانان پرداخت. از بررسی نظریات پراکنده‌ای که در زمینه ماهیت حقوقی تنفیذ عقد غیر نافذ ابراز گردیده است، دو دیدگاه مهم به دست می‌آید:

۱-۱. دیدگاه واقعه حقوقی بودن تنفیذ

بعضی از فقیهان، تنفیذ را به مجرد حصول رضایت باطنی محقق دانسته‌اند و بنابراین قائل به واقعه حقوقی بودن تنفیذ می‌باشند. امام خمینی این بحث را با این پرسش مطرح می‌کنند که آیا در تنفیذ، انشاء شرط است تا بحث از شرطیت لفظ و صراحت لفظ مطرح شود یا خیر، تنفیذ نیازمند انشاء نیست و در این صورت آیا ابراز رضایت باطنی در صحت عقد، شرط است یا مجرد رضایت باطنی بدون ابراز کافی است؟ ایشان در

جواب این سؤال می‌فرمایند که دلیلی بر شرطیت ابراز رضایت نیست؛ چه برسد به اعتبار انشاء. اعتبار لفظ در انشاء و اعتبار صراحت لفظ در انشاء و صرف رضایت باطنی در خروج عقد از فضولیت و در تنفیذ عقد فضولی کافی است، بدون اینکه نیازی به انشاء و ابراز باشد؛ چرا که قواعد و ادله خاص، اقتضای امری بیشتر از رضای باطنی را در نفوذ عقد ندارد. انشاء عقد توسط شخص فضول و یا مکره ایجاد شده است و این انشاء برای تأثیر، نیازمند رضایت مالک است؛ چون در صحت عقد، رضایت مالک شرط است؛ پس اگر رضایت (حتی بدون انشاء) حاصل شود، موضوع صحت عقد حاصل شده و باید آثار بر آن مترتب شود (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۱۰/۱). بله، ممکن است ادعای قیام اجماع بر انشاء اجازه شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲۹۴)؛ اما اثبات این اجماع بسیار مشکل است (انصاری، ۱۴۲۹: ۳/۳۴۵).

به نظر می‌رسد قول به کفایت رضایت باطنی برای تصحیح عقد غیر نافذ، ناشی از مبنای ایشان در مورد حقیقت عقد است. ایشان عقد را صرفاً انشاء حاصل به فعل موجب معرفی می‌کنند و در حقیقت عقد، قبول را دخیل نمی‌دانند؛ چه برسد به اجازه و معتقدند که قبول، فقط جزء و یا شرط برای ترتب آثار است (نه اینکه جزء حقیقت عقد باشد) و اجازه نیز انفاذ و امضاء عقد است و خارج از حقیقت عقد می‌باشد، بنابراین نیازی به انشاء تنفیذ نیست (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۴۵/۱؛ همو، ۱۴۲۱: ۲/۲۷۴ و ۴۱۹). شیخ انصاری نیز طرفدار همین نظریه است (حسنی، بی‌تا: ۲۷۰). به اعتقاد ایشان در عقد فضولی، مالک به وقوع اثر عقد رضایت می‌دهد و انشاء‌کننده نقل و انتقال به وسیله کلام خود نیست و امضاء انشاء فضولی، فقط رضایت به مضمون عقد اوست و انشاء جدیدی نیست و بنابراین در صورت حصول رضایت نفسانی، بر مالک واجب است که بین خود و خدای خود، آثار عقد را مترتب کند و بر این مدعا چنین استدلال کرده‌اند که عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» مقتضی چنین امری است و ظاهراً هر کسی که قائل به کفایت فعل کاشف از رضایت شده است (همانند اکل ثمن و تمکین زوجه)، به جهت کاشف بودن فعل از رضایت است، نه اینکه به جهت سببیت فعل برای انشاء اجازه باشد (انصاری، ۱۴۲۹: ۳/۳۲۷ و ۴۲۴؛ همو، ۱۴۱۰: ۳۴۲/۸). درست است که برای ترتیب اثر بر عقد، شرط باید احراز شود، اما این احراز

به معنای دخالت در تأثیر عقد نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۸۳/۲).

در تنفیذ عقد اکراهی نیز صرف رضایت و طیب نفس کافی است و نیازی به انشاء جدید نیست؛ چرا که در واقع مالک با تنفیذ عقد، نفس خود را به وقوع اثر عقد راضی کرده و انشاء کننده نقل و انتقال، با کلام خود نیست (انصاری، ۱۴۲۹: ۳۲۹/۳).

برخی دیگر از فقیهان نیز در تحلیل نقش اجازه مالک در معامله فضولی، با بیانهای متفاوت به غیر انشایی بودن اجازه حکم نموده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۶/۸) و راجع به اینکه آیا اجازه مالک و رضای او، شرط کمال عقد فضولی و یا شرط نفوذ آن یا اماره بر رضای تقدیری مالک است، مباحثی را مطرح ساخته‌اند. از جمله نظریه‌های مشهور که بر پایه تحلیل و تفکیک اراده به دو عنصر قصد و رضا مبتنی می‌باشد، این عقیده است که معامله فضولی تمام ارکان و عناصر عقد نافذ را دارا است، جز رضای مالک که هر گاه ضمیمه آن شود، عقد کاملی به وجود می‌آید (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۷۶/۱). برخی دیگر اجازه مالک را کاشف از رضای تقدیری او به هنگام معامله می‌دانند (رشتی، ۱۳۱۱: ۱۸۴-۱۸۵). مبنای این نظر، کفایت رضای باطنی مالک برای نفوذ عقد فضولی است؛ مانند اذنی که از اوضاع و قرائن استنباط می‌شود و پایه نفوذ بسیاری از تصرفها در عرف است.

اما به نظر می‌رسد صرف رضایت باطنی کافی نیست، بلکه اظهار آن لازم است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۴/۲۲)؛ چرا که عرف عقلا برای ترتیب اثر دادن به عقد، اظهار را جزء الموضوع می‌دانند و تمام ادله و روایاتی که برای کفایت رضایت باطنی ذکر شده است (همانند صحیحہ ابی حدّاء، ابن بزّیع، علی بن رثاب) بر فرض دلالت بر تنفیذ عقد فضولی، ظهور در شرطیت اظهار رضا در تأثیر عقد دارد چه این اظهار با لفظ باشد و چه فعل (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۸۸/۲ و ۱۹۲).

از میان حقوق دانان، دکتر شهیدی قائل به غیر انشایی بودن ماهیت تنفیذ است. ایشان ذیل بحث «نظر ما در مورد ماهیت تنفیذ» می‌گوید: با اندکی دقت در مقررات مربوط به قصد و رضا در حقوق ما و جدایی نقش و آثار وجود و فقدان هر یک از آن دو، به کمک یک تحلیل ساده می‌توان به این نتیجه رسید که تنفیذ عقد غیر نافذ، وجود انشایی ندارد و حقیقت آن چیزی جز یک واقعه حقوقی اعلامی دارای آثار حقوقی نیست و نظر برخی از فقها که آن را انشاء معرفی کرده‌اند، قابل قبول نمی‌باشد.

زیرا اولاً روشن است که وقایع حقوقی دارای آثار، ممکن است از اعمال اختیاری شخص باشد، یعنی شخص بتواند با ارتکاب آن اعمال به اراده خویش، حقی برای دیگری و تعهدی علیه خود به وجود آورد، مثلاً شخص می‌تواند با تخریب ملک دیگری، خود را در برابر امری متعهد به جبران خسارت کند؛ در حالی که این، یک عمل حقوقی نیست و صرفاً واقعه حقوقی دارای آثار حقوقی است. بنابراین نمی‌توان هر عمل ارادی موجب پیدایش تعهد و حق را عمل حقوقی دانست؛ در نتیجه، اعلام رضا نسبت به معامله فضولی یا تنفیذ آن را نمی‌توان به این دلیل که اعتبار معامله و جریان آثار حقوقی آن را به دنبال دارد، انشاء و عمل حقوقی معرفی کرد؛ چه اینکه جریان آثار پیش از اینکه حتی به طور غیر مستقیم به اراده تنفیذکننده نسبت داده شود، ناشی از قانون است؛ به طوری که اگر تنفیذکننده هنگام اعلام رضای خود نسبت به معامله که ذاتاً یک اعلام است نه یک انشاء، از نافذ شدن معامله به دنبال این اعلام رضا غافل باشد، باز هم آن معامله نافذ خواهد شد. در اعمال حقوقی، انشاءکننده با خلق موجود اعتباری به وسیله اراده، سبب غیر مستقیم پیدایش آثار قانونی می‌شود؛ در حالی که فاعل واقعه حقوقی با خلق موجود مادی، خواه به طور ارادی یا غیر ارادی، سبب غیر مستقیم تحقق آثار قانونی می‌گردد؛ پس تنفیذ یا امضای عقد غیر نافذ را نباید اثری انشایی (در مفهوم شناخته‌شده آن در اعمال حقوقی) یعنی انشاء ماهیتی در عالم اعتبار دانست، بلکه باید آن را ایجاد ماهیتی مادی تلقی کرد که عبارت است از اعلام رضا به معامله واقع شده که واقعه‌ای حقوقی است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۴۵/۲).

ثانیاً تنفیذکننده را نمی‌توان انشاءکننده اعتبار و نفوذ معامله غیر نافذ دانست؛ زیرا اعتبار و نفوذ معامله غیر نافذ، حکمی قانونی است که قانون‌گذار برای معامله پس از تنفیذ مقرر کرده است، نه ماهیتی انشاءشده به وسیله تنفیذکننده و احکام تکلیفی از منشآت اشخاص نمی‌باشد.

ثالثاً هر گاه مقررات مربوط به قصد انشاء و رضا در قانون مدنی ایران (مواد ۱۹۰ به بعد) و نظرات فقهای امامیه و تفکیک این دو عنصر را از حیث ماهیت و آثار قانونی در نظر آوریم، به سادگی معلوم می‌شود که آنچه عقد را می‌سازد، قصد انشاء است نه رضای شخصی که رضای او برای عقد لازم است. این رضا صرفاً شرط اعتبار و نفوذ

معامله است؛ پس وقتی رضای شخصی که رضای او لازم است، در معامله فضولی اعلام نشده، آنچه در حقیقت در این معامله مفقود است، عنصری غیر از قصد انشاء، یعنی عنصری غیر خلاق است که صرفاً شرط اعتبار و نفوذ معامله‌ای محسوب می‌گردد که قبلاً در عالم اعتبار انشاء شده است.

رابعاً رضای یک حالت انفعالی غیر ارادی است و نمی‌توان آن را مخلوق اراده انشایی دانست؛ همچنان که امضای عقد غیر نافذ، چیزی جز اعلام رضا به آن نیست و به این جهت نمی‌تواند منشأ تلقی گردد. باید توجه داشت صرف نظر از بحث‌های فقهی مربوط، با توجه به مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ ق.م. که رضایت باطنی مالک را برای اعتبار عقد مربوط به مال او کافی ندانسته و فعل یا لفظ دلالت‌کننده بر رضای مالک را لازم دانسته است، می‌توان گفت که برای نفوذ عقد غیر نافذ، اعلام رضای شخصی که رضای او برای اعتبار عقد لازم است، ضروری است و صرف تحقق رضا به معامله غیر نافذ کافی نمی‌باشد (همان: ۴۶/۲). به نظر نگارندگان می‌رسد که دلیل اول ایشان تمام نیست؛ چرا که در عقود و ایقاعات (اعمال حقوقی) نیز ترتب اثر از جانب شخص نیست، بلکه از جانب عقلا و شرع است و از این جهت فرقی با وقایع حقوقی ندارد، بلکه تفاوت اعمال حقوقی و وقایع حقوقی (چنانچه خواهد آمد) آن است که در اعمال حقوقی، فرد با اراده، ماهیت حقوقی انشاء کرده تا موضوع اعتبار عقلایی و شرعی را به فعلیت برساند و به قصد ترتب آثار عقلایی و شرعی، این انشاء را انجام می‌دهد. اما در وقایع حقوقی، فرد با اراده و یا بدون آن، ماهیت مادی ایجاد کرده و به دنبال آن اثرات قانونی و شرعی مترتب خواهد شد، بدون اینکه فرد قصد ترتب آن آثار را داشته باشد. پس نمی‌توان گفت به جهت آنکه ترتب آثار شرعی و قانونی عقد، به حکم قانون‌گذار است، پس تنفیذ، انشاء و عمل حقوقی نیست؛ گرچه دلایل دیگر ایشان صحیح و مقبول است.

۲-۱. دیدگاه عمل حقوقی بودن تنفیذ

برخی فقها و حقوق‌دانان، تحقق رضای باطنی را برای نفوذ عقد غیر نافذ کافی ندانسته، بلکه انشاء اجازه را لازم دانسته و تنفیذ را عمل حقوقی قلمداد نموده‌اند. این عده در عقد یا ایقاع بودن اجازه اختلاف نظر دارند. در ادامه، این دو دیدگاه نقد و بررسی می‌شود.

۱-۲-۱. دیدگاه عقد بودن اجازه

محقق قمی در تصحیح عقد فضولی غاصب با اجازه مالک چنین می گوید: اجازه مالک مثل آن است که مالک بگوید: عقدی را که بر مال من برای غاصب و مشتری عالم واقع شده است، تبدیل به عقد (بر این مال) برای خود می کنم و در این صورت اجازه یک عقد جدید است که یکی از اقوال در ماهیت اجازه نیز همین است (۱۳۷۱: ۲/۲۷۶). همچنین صاحب کشف الرموز در باب صحت و بطلان عقد فضولی می گوید: بحث در این رابطه مبتنی بر آن است که آیا نهی در روایت «لا تبع ما لیس عندک» مقتضی فساد است یا خیر؟ قائل به عدم اقتضاء می گوید عقد قبل از اجازه، نه متصف به صحت است و نه متصف به فساد، بلکه موقوف بر اذن مالک است؛ اما قائل به اقتضاء ملتزم به بطلان عقد فضولی است، حتی اگر مالک آن را اجازه دهد؛ مگر اینکه قائل شود به اینکه عقد بیع، مستلزم لفظ مخصوص بعثت نیست؛ بلکه هر امری که دلالت بر انتقال کند، همان عقد است؛ در این صورت می تواند بگوید که اجازه مالک به منزله یک عقد جدید است و در نتیجه، عقد بیع دوباره با اجازه به وجود می آید و در نهایت ایشان نهی را مقتضی فساد ندانسته و قائل به موقوفیت عقد فضولی می شوند (فاضل آبی، بی تا: ۱/۴۴۵).

به نظر می رسد فرموده محقق قمی اشکال دارد؛ چرا که اگر منظور ایشان همان منظور صاحب کشف الرموز باشد، یعنی اجازه مالک، بیع مستقلاً به غیر لفظ بعثت است که قائم مقام ایجاب بایع است و قبول متقدم مشتری به آن منضم می شود، در این صورت این اشکال به ایشان وارد است که اجازه لاحق نمی تواند ایجاب متأخر برای قبول متقدم باشد؛ چون قبول متقدم، قبول ایجاب فضولی است و اجازه متأخر اگر ایجاب باشد نمی تواند قبول آن ایجاب باشد؛ چون مطابقت ندارد، در حالی که مطابقت ایجاب و قبول در وجود عقد شرط است؛ پس اجازه لاحق با قبول متقدم نمی تواند عقد مستأنف و معامله جدید باشد و در این صورت، صحت عقد متوقف بر قبول دوباره مشتری است و معقول نیست که اجازه هم ایجاب باشد هم قبول (نائینی، ۱۴۱۸: ۲/۳۸). اما اگر منظور ایشان آن است که اجازه دو جهت دارد: یک جهت ایجاب و یک جهت قبول، و مالک مجیز از جهت ایجاب، اصیل است و از جهت قبول، یا وکیل مشتری است یا ولی او، در این صورت این اشکال به ایشان وارد است که دلیلی بر این

امر وجود ندارد که مجیز، وکیل یا ولیّ مشتری باشد، پس اجازه نمی‌تواند دارای دو جهت باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۱۱۸/۴).

محقق قمی در جایی دیگر می‌فرماید آنچه فضول انشاء می‌کند، ایجاب قاطع و مشروط به شرط اجازه است و مفروض آن است که با اجازه، این شرط محقق می‌شود؛ پس مشروط نیز با شرط به وجود می‌آید؛ پس عقد جدیدی نیست؛ بلکه بعینه همان عقدی است که فضول ایجاد کرده است با تحقق شرط آن (قمی، ۱۳۷۱: ۲۷۷/۲). طبق این گفته، تنفیذ عمل حقوقی نبوده و واقعه حقوقی است.

به نظر نگارندگان در گفتار ایشان تناقضی وجود ندارد؛ چرا که گاهی فضول، مال را برای مالک می‌فروشد و در این صورت رضایت شرط آن است و اجازه، عمل حقوقی (عقد) نیست، بلکه واقعه حقوقی است. اما گاهی فضول مال را برای خود می‌فروشد، در اینجا اجازه مالک به معنای تبدیل بیع است و به نظر ایشان عقد جدید. در میان حقوق دانان قائلی به نظریه عقد بودن اجازه یافت نشد.

۲-۲-۱. دیدگاه ایقاع بودن اجازه

در مورد تنفیذ عقد اکراهی، مشهور و بلکه مورد اتفاق است که با صرف رضایت شخص مکره، عقد نافذ شده و نیازی به اجازه و انشاء نیست (حسینی عاملی، ۱۲۲۶: ۱۷۰/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۷/۲۲). اما در مورد ماهیت تنفیذ دیگر عقود غیر نافذ، برخی قائل به تفصیل شده و برخی مطلقاً انشاء را برای تنفیذ واجب و اجازه را ایقاع می‌دانند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ۱۲/۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۱۶/۳؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۸۴/۴).

برخی از فقها معتقدند که باید بین اقسام عقود غیر نافذ تفصیل قائل شد به این نحو که رضایت باطنی شخصی که حقی در عین دارد (بدون اینکه مبرزی از اذن و اجازه داشته باشد)، در صحت عقد مالک ممنوع از تصرف در مال خود، به جهت تعلق حق غیر به آن (همانند حق الرهانه) کافی است. پس اگر شخص راهن که مالک است، عین مرهونه را بفروشد و بعد مرتهن به فروش آن راضی شود، در این صورت بیع صحیح و لازم است و نیازی به اجازه که موجب اضافه و انتساب عقد به مالک شود، نیست؛ چرا که مفروض این است که عقد از خود مالک صادر شده است و مانع از نفوذ عقد، تعلق حق غیر به

آن است؛ پس اگر راضی به بیع شود، حق خود را اسقاط نموده است، بر خلاف عقد غیر مالک؛ چرا که برای نفوذ عقد غیر مالک باید عقد به او اضافه و منتسب شود و مجرد علم غیر به رضایت مالک عرفاً موجب اضافه عقد به او نمی‌شود؛ بلکه انشاء اجازه برای این انتساب لازم است، چه با قول و یا فعل، و در صورت شک در اینکه آیا به مجرد علم به رضایت مالک، عقد غیر، عقد مالک محسوب می‌شود یا خیر، نمی‌توان به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک نمود؛ چون از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود که صحیح نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۲۶۳/۳۳؛ همو، ۱۴۱۲: ۱۲/۴؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۲/۳۷۸).

در جواب این گروه گفته شده این سخن که اجازه مالک سبب اضافه عقد به او می‌شود، دلیل بر آن نمی‌شود که رضایت باطنی کسی که حقی در عوضین دارد کافی باشد، مگر دلیلی بر این کفایت دلالت کند؛ چرا که اجازه گاهی موجب اضافه عقد به مالک شده و گاهی موجب ارتفاع مانع از تأثیر عقد می‌شود و دلیلی بر اینکه فایده اجازه منحصر در اضافه عقد به مالک باشد، وجود ندارد. بنابراین مجرد رضایت مرتهن برای صحت و تنفیذ بیع عین مرهونه کافی نیست، بلکه اذن یا اجازه لازم است؛ همچنین است در مورد اجازه غرماء در بیع مفلس، اجازه وارث در نفوذ وصیت مازاد بر ثلث و...؛ چرا که تعبیر روایات به اذن و اجازه در امثال این موارد، ظاهر در این است که این دو معتبر هستند، نه اینکه مجرد رضایت باطنی کافی باشد.

خلاصه کلام آنکه اجازه یا مقتضی تأثیر است، همانند اجازه مالک که موجب اضافه عقد به مالک می‌شود و یا شرط تأثیر است، همانند اجازه هر ذی حقی که متعلق به یکی از عوضین باشد. پس فایده اجازه، منحصر در اضافه عقد به مالک نیست تا اینکه گفته شود در صورتی که عاقد مالک باشد، نیازی به اجازه ذی حق نیست و رضایت باطنی برای تأثیر عقد کافی است.

بنابراین فرقی در عدم کفایت رضایت باطنی بین مالک و غیر مالکی که حقی در متعلق عقد دارد نیست؛ خصوصاً که رضایت باطنی و اذن و اجازه از دو مقوله هستند؛ چون رضایت، انفعال نفس است و اذن و اجازه، فعل نفس و مقولات با هم متباین هستند (جزایری مروج، ۱۴۱۶: ۴/۳۶۷-۳۶۹؛ نجم‌آبادی، ۱۴۲۱: ۲۲۶).

برخی از فقها بر نظریه ایقاع بودن تنفیذ چنین استدلال نموده‌اند که عقد فضولی از

موقوفیت خارج نمی‌شود، مگر اینکه به مالک یا ذوالحق مستند شود و استناد و تنفیذ از امور انشایی هستند و مانند سایر ایقاعات باید یا به لفظ یا به فعل ایجاد شود؛ پس نه کراهت باطنی رد است و نه رضایت باطنی اجازه است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۱۲؛ ایروانی مراغی، ۱۴۰۶: ۲۲۶/۱). توضیح آنکه جهت صدور بیع و امثال آن به اختلاف مالکیت و فضولیت فرقی ندارد؛ پس وجهی برای استناد سبب به مالک نیست، بلکه معتبر، خصوص استناد مسبب و نتیجه به مالک است و این استناد، با اجازه حاصل می‌شود و اگر استناد نفس صدور عقد از حیث سبب به مالک هم معتبر باشد، در این صورت اجازه، فعل را از آنچه در آن واقع شده است، تغییر نمی‌دهد؛ یعنی اجازه امکان استناد سبب به مالک را ندارد. اما دلیلی بر این اعتبار (استناد سبب به مالک) نیست و اگر در اعتبار آن شک شود، باید به اطلاقات ادله رجوع کرد که بر اساس آن، چنین امری معتبر دانسته نشده است.

همچنین در مواردی که مانع از نفوذ عقد به جهت تعلق حق غیر به آن است نیز انشاء اجازه لازم است؛ چرا که نفوذ بیع مالک در متعلق حق دیگری، متوقف بر اسقاط حق دیگری از مالش است و اسقاط باید مسقطی داشته باشد و نفس رضایت باطنی به عقد، از مسقطات نیست (نائینی، ۱۴۱۸: ۱۰/۲؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۲۵/۲).

باید توجه داشت کسانی که قائل به انشایی بودن تنفیذ هستند، معتقدند حتی اگر به عنوان اخبار به رضایت خود و نه تنفیذ عقد، آن را اظهار کند، باز هم کافی نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۸۶۱/۲).

این نظریه در میان حقوق‌دانان نیز طرفدارانی دارد؛ از جمله دکتر کاتوزیان می‌گوید: اگر عقد فضولی بخواهد در دارایی مالک نفوذ کند، باید به گونه‌ای منسوب به او شود؛ تبدیل به عقدی گردد که اثر آن در دارایی مالک با قاعده نسبی بودن اثر قراردادها تعارض نداشته باشد. وسیله این دگرگونی، اجازه است که رضای او را به الحاق به معاوضه طرح شده بیان می‌کند. پس اکنون جای طرح این سؤال اصلی است که چگونه اجازه می‌تواند عقد فاسد ساخته دیگران را به عقد نافذ منسوب به خود تبدیل کند. ساده‌ترین و شاید تنها راه معقول این است که گفته شود مالک، صلاحیت لازم را به فضول اعطا می‌کند تا بتواند به نیابت از طرف مالک اقدام نماید و قائم‌مقام مالک به شمار آید. نظریه «نمایندگی»، وسیله اعطای این اختیار و صلاحیت را به دست داده

است. اگر فضول نماینده مالک باشد، همه چیز به جای خود قرار می‌گیرد. عقد را نماینده می‌بندد و اثر آن در دارایی مالک ظاهر می‌شود و عقد منسوب به مالک است. مفاد عرفی اجازه نیز این است که مالک، آثار عقد بین فضول و اصیل را برای خود می‌پذیرد و این امر جز با پذیرفتن نمایندگی فضول در انجام قرارداد و قائم‌مقامی او نسبت به آثار آن امکان ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۳/۲ و ۱۱۶).

بنابراین اجازه کلیه عقود غیر نافذ از ایقاعات رضایی می‌باشد و با هر لفظ یا فعلی که دال بر آن باشد، محقق می‌شود و همین که اظهار شود در عقد اثر می‌کند و اظهارکننده را پایبند به مفاد آن می‌سازد (همان: ۳۲۷/۲؛ همو، ۱۳۷۷: ۴۱).

در نقد این نظریه که عمدتاً بر پایه لزوم انتساب عقد به مالک است، باید گفت برای نفوذ عقد، انتساب لازم نیست، بلکه التزام به مفاد عقد و حصول یک ارتباط ساده بین مالک مجیز و عقد کافی است که به صرف رضایت، این ارتباط حاصل می‌شود (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۶۶/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷۷/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۸۸/۲).

برخی برای نقد این نظریه و نفی اثشایی بودن اجازه چنین استدلال کرده‌اند که انشاء، به معنای ایجاد است و ممکن نیست که ایجادکننده چیزی را قبل از زمان ایجاد، ایجاد کند. در واقع با انشاء، مُنشأً که به معنای مخلوق است، خلق می‌گردد و تقدم مخلوق بر خلق، همچون تقدم معلول بر علت، امری محال و ناممکن است (انصاری، ۱۴۲۹: ۴۰۱/۳). اما در پاسخ به این استدلال باید گفت شرایط وضع مانند ملکیت، زوجیت و غیره تفاوتی با شرایط تکلیف ندارد و همان‌گونه که تکلیف، امری اعتباری است و مشمول قاعده عقلی نمی‌باشد، احکام وضعی هم از امور اعتباری می‌باشند و قاعده عقلی شامل آنها نخواهد شد. پس تقدم منشأ بر انشاء، چون از امور اعتباری است اشکالی ندارد، پس این اشکال به اثشایی بودن اجازه وارد نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۰/۱؛ جمعی از پژوهشگران، بی‌تا: ۱۱۶/۴۱).

۲. بیان دیدگاه منتخب در تحلیل ماهیت تنفیذ

برای انتخاب یکی از دو دیدگاه عمل حقوقی یا واقع حقوقی بودن تنفیذ، ابتدا باید دو مطلب مورد بررسی قرار گیرد: ۱- تعریف واقعه و عمل حقوقی و تفاوت این دو،

۲- تعریف انشاء و اخبار و تفاوت این دو. در ذیل این دو مطلب بررسی می‌شوند.

۱-۲. تعریف عمل حقوقی و واقعه حقوقی

اصطلاح اعمال حقوقی نخستین بار در قانون مدنی آلمان به کار رفته و سپس به قوانین دیگر کشورها نفوذ پیدا کرده است (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸: ۲/۲۵).

برخی این دو اصطلاح را چنین تعریف می‌کنند: وقایع حقوقی رویدادهایی هستند که آثار آن، نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود می‌آید؛ اعم از اینکه ایجاد واقعه، ارادی باشد، مانند غصب و اتلاف مال غیر، یا طبیعی و غیر ارادی باشد، مانند تولد و مرگ. اما اعمال حقوقی، اعلام اراده‌ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می‌شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می‌کند. به بیان دیگر، عمل حقوقی بخشی از اعمال ارادی است که اثر آن با آنچه فاعل می‌خواسته منطبق است؛ مانند عقود و ایقاعات (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶). اما این تعریف دو اشکال دارد.

اشکال اول: آنکه ظاهر عبارت تعریف آن است که ابراز اراده در جهت ایجاد آثار حقوقی است که قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا فاعل عمل حقوقی به طور مستقیم آثار حقوقی را ایجاد نمی‌کند، بلکه ماهیت حقوقی دارای آثار را به وجود می‌آورد. در عمل حقوقی آنچه مورد انشاء اراده قرار می‌گیرد، ماهیت عقد یا ایقاع است و نه آثار آن (هرچند لازم است آثار ذات آن عمل حقوقی به هنگام انشاء، مورد توجه انشاء کننده قرار داشته باشد) و آثار عمل حقوقی، لازمه ماهیت انشاء شده است که به دنبال پیدایش آن ماهیت، تحقق خواهد یافت، بدون اینکه مستقیماً مورد اراده انشایی قرار گرفته باشد.

ثانیاً، تعریف عمل حقوقی به ابراز اراده، از این جهت نیز صحیح نیست که ابراز، دارای معنای اعلامی است نه انشایی، در حالی که عمل حقوقی، ماهیت انشایی دارد. به جهت این دو اشکال بهتر است در تعریف این دو گفته شود عمل حقوقی عبارت است از انشای ارادی یک ماهیت اعتباری (که قانون آثار حقوقی برای آن مقرر کرده است) به قصد تحقق آن آثار شرعی و قانونی، و واقعه حقوقی، عبارت است از رویدادی (ارادی یا غیر ارادی) که قانون اثر یا آثار حقوقی برای آن ثابت کرده است، بدون آنکه شخص تحقق آن آثار را خواسته باشد؛ همانند مرگ که حقوقی برای ورثه

نسبت به ترکه میت ایجاد می کند یا اتلاف مال غیر که به صاحب مال حق می دهد
جبران خسارت وارده را مطالبه نماید (صفایی، ۱۳۸۳: ۲۰/۲).

تفاوت این دو را باید در اعتباری بودن عمل حقوقی و مادی بودن واقعه حقوقی و
نیز تحقق عمل حقوقی با خلاقیت مستقل اراده و پیدایش واقعه حقوقی با دخالت
عوامل خارجی دانست (شهیدی، ۱۳۸۴: ۲/۴۵-۴۴).

به هر حال، عمل حقوقی شامل دو قسم عقود و ایقاعات است و فرق بین این دو آن
است که عقد یک عمل حقوقی دوجانبه است و برای تحقق آن، اراده دو طرف لازم
است؛ اما ایقاع یک عمل حقوقی یک جانبه است و برای وقوع آن، قصد و رضای یک
طرف کافی است؛ مانند طلاق که در حقوق ایران، یک عمل یک جانبه و ایقاع است
(صفایی، ۱۳۸۳: ۲۰/۲؛ فیض، بی تا: ۳۵۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۲۰۹).

۲-۲. تعریف انشاء و اخبار

اخبار عبارت است از حکایت از ثبوت یا سلب واقعه‌ای با مظهر خارجی؛ چه این
محکی از قضایای خارجی باشد، مثل قیام زید در خارج، و چه از اوصاف نفسانی
باشد، مثل علم و شجاعت و....

اما در مورد حقیقت انشاء، نظریات متعددی مطرح شده است. برخی آن را به ایجاد معنا
توسط لفظ در نفس الامر معنا کرده، معتقدند با انشاء، برای منشأ یک وجود انشایی به وجود
می آید که خود از جنس امور اعتباری است. این وجود انشایی، گاه به امور اعتباری
تعلق می گیرد؛ مثلاً با لفظ «بعثت»، یک وجود انشایی برای ملکیت (امر اعتباری) حاصل
می شود، و گاهی نیز به صفات حقیقی و واقعی، همانند ترجی، تمنی، طلب و استفهام و...
تعلق می گیرد (خراسانی، ۱۴۰۷: ۱۷). اما به نظر می رسد وجود انشایی برای معنا و مفهوم، در
عرض وجود خارجی، ذهنی، لفظی و کتبی پذیرفتنی نیست (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۱/۱۳۶).
برخی در توجیه این نظر گفته اند منظور از ایجاد معنا با لفظ آن است که هنگام
استعمال لفظ، معنا نیز بالتبع و بالعرض موجود می شود. پس آنچه حقیقتاً موجود
می شود لفظ است، اما این وجود بالعرض به معنا نیز نسبت داده می شود. در واقع وجود
انشایی همان وجود لفظی است (اصفهانی، ۱۳۷۴: ۱/۱۹۲). اما به نظر می رسد توجیه

مذکور صحیح نباشد؛ چون صاحب نظریه مذکور خود تصریح نموده که وجود انشایی، یک وجود اعتباری است که با وجود لفظی متباین است.

برخی دیگر انشاء را به ابراز اعتبار نفسانی محض (که قائم به نفس معتبر است)، با یک میرز خارجی تعریف کرده‌اند؛ یعنی شخص در نفس خود امری را اعتبار کرده و سپس آن را در خارج توسط میرزی اظهار نماید، بدون اینکه قصد حکایت از چیزی داشته باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۳۹۸/۱؛ همو، ۱۴۱۷: ۸۹/۱). اما این نظر نیز اشکال دارد؛ چرا که اولاً طبق تعریف، تمامی جملات انشایی، خبری می‌شوند؛ چون در واقع حکایت از یک اعتبار نفسانی دارند. به علاوه، عقلاً با لفظ، ماهیت اعتباری را ایجاد می‌کنند و قبل از انشاء، اعتبار نفسانی انجام نمی‌دهند (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۳۷/۱).

اما مشهور فقها آن را به ایجاد معنا به وسیله لفظ در عالم اعتبار عقلایی یا عالم مناسب با آن تعریف نموده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۴۱؛ بحرانی، ۱۴۲۸: ۳۶۰). برای مثال، ملکیت یک ماهیت اعتباری است که اسباب متعددی دارد. گاهی سبب آن، امر مادی اختیاری است مانند حیازت مباحات، گاهی سبب غیر اختیاری است همانند موت مورث، و گاهی نیز از انشائات اختیاری است مانند بعثت و...

به تعریف مشهور دو اشکال وارد شده است: ۱. این تعریف شامل امور حقیقی همانند ترجیح و تمنی و... که از کیفیات نفسانی هستند و سبب ایجاد آن‌ها تکوینی است (با اعتبار نمی‌توان آنها را ایجاد کرد) نمی‌شود؛ در حالی که مسلماً این امور از صیغ انشایی هستند (عاملی، بی‌تا: ۲۵۴/۱). ۲. در مواردی همانند بیع غاصب و فضولی، انشاء صورت می‌گیرد، اما معنا (ملکیت) حاصل نمی‌شود. در جواب این دو اشکال باید گفت: ۱. صفات حقیقی از این دست، علاوه بر وجود حقیقی و واقعی خود که معلول اسباب تکوینی است، یک وجود اعتباری دارند که با لفظ ایجاد می‌شوند و البته این وجود اعتباری با وجود انشایی متفاوت است. ۲. در نظر عقلاً، انشاء علت تامه تحقق اثر نیست، بلکه به همراه دیگر شرایط موجب تحقق اثر می‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۱۵۳/۱).

فرق جملات انشایی با جملات خبری آن است که جملات انشایی متصف به صدق و کذب نمی‌شوند؛ چون در مورد آنها خارجیتی وجود ندارد که مطابقت یا مخالفت با آن نسبت کلامی کند و در واقع انشاء متقوم به اعتبار ساده است، به خلاف

جملات خبری که وضع شده‌اند برای حکایت از ثبوت و سلب، که این حکایت گاهی مطابق با واقع محکی است و گاهی مخالف است؛ پس قابل اتصاف به صدق و کذب هستند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۲/۳).

گفته شد که انشاء عبارت است از ایجاد معنا به وسیله لفظ در عالم اعتبار عقلایی. برخی معتقدند که الفاظ صرفاً جنبه کاشفیت از مقصود را دارند و فقط از باب مقدمه، معتبر هستند و در واقع سبب، فقط معانی هستند و الفاظ هیچ دخالتی در سببیت ندارند. پس اگر به هر طریقی علم به آنچه حقیقتاً مؤثر است (معانی)، حاصل شود، نیازی به امر دیگر نیست (خراسانی، ۱۴۰۶: ۶۵). اما این گفته صحیح نیست؛ چرا که مؤثر حقیقی فقط قصد نیست، اگرچه تأثیر زیادی دارد، چنان که بلا تشبیه در عبادات، خداوند صرف قصد و نیت را طلب ننموده است، بلکه مباشرت بدن همراه با قول و فعل را نیز معتبر دانسته است. حتی در اعتقادات و اصول دین که اصلاً ربطی به عمل ظاهری ندارند، شارع به مجرد اعتقاد قلبی اکتفا ننموده، بلکه قول و فعل را نیز ضمیمه آن نموده است. بنابراین شکی نیست که شارع مجرد انشاء قلبی عاری از دال بر آن (قول یا فعل) را سبب و علامت چیزی قرار نداده است. علاوه بر اینکه اهتمام شارع در معاملات بیشتر است؛ چون معاملات بر اساس مغاینه و سودجویی بنا شده است و اختلاف در مورد آنها زیاد رخ می‌دهد و برای جلوگیری از بروز اختلافات، لفظ یا فعل دال بر قصد نیاز است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۸۹/۲-۹۰؛ حکیم، بی‌تا: ۲۰۹-۲۱۰).

برخی حقوق‌دانان معتقدند که برای تحقق عقد، اراده حقیقی کافی نمی‌باشد و احتیاج به امر دیگری دارد که دلالت بر قصد انشاء کند که آن را اراده انشایی یا خارجی گویند. بنابراین برای انعقاد عقد باید اراده حقیقی به وسیله اراده انشایی و خارجی اعلام گردد (ماده ۱۹۱ ق.م.). اما از نظر تحلیل حقوقی، ایقاع زائیده اراده واحد است و اراده دیگری در آن تأثیری ندارد، بدین جهت کاشف خارجی در تحقق آن مؤثر نیست؛ ولی برای تحقق عقد، دو اراده باید موجود شود که با یکدیگر توافق داشته باشند و این امر بدون اعلام متعاملین به یکدیگر ممکن نخواهد بود؛ لذا کاشف، نقش و جنبه ثبوتی در عقد بازی می‌نماید. اما در ایقاع، کاشف فقط می‌تواند جنبه اعلامی و یا اشهادی (اثباتی) داشته باشد و اراده حقیقی برای ایجاد آن کافی است؛ مگر آنکه قانون در مورد

خاص، به لزوم کاشف تصریح نموده باشد؛ مثل طلاق و فسخ (امامی، ۱۳۸۴: ۱۸۱/۱). اما به نظر می‌رسد که فرقی بین عقد و ایقاع در این مورد (سببیت دال بر قصد در تحقق عقود و ایقاعات) نیست؛ چرا که ظاهراً این دو از امور انشایی هستند و در امور انشایی قول و فعل نیاز است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۹۱/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۵۱-۴۵۲؛ باقری، ۱۳۸۲: ۲۰۱؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۱۷۳/۲).

نتیجه‌گیری

در تنفیذ عقد اکراهی که معامله با قصد انشاء خود مالک ایجاد شده است و فقط شرط رضایت مفقود است، به صرف رضایت باطنی، شرط محقق شده و به تبع آن، آثار جاری می‌شود. بنابراین اگر به هر نحوی به وجود این رضایت باطنی علم حاصل شود، حتی اگر خود مالک هم رضایتش را اعلام نکند، از زمان حصول رضایت باطنی، معامله نافذ خواهد شد. اما در عقد فضولی که مالک خود، ماهیت اعتباری را انشاء نموده است، اعلام رضایت باطنی موجب نفوذ معامله می‌شود؛ چرا که شرط رضایت و التزام به مفاد عقد مفقود است که با الحاق اعلام رضایت باطنی، این شروط هم محقق می‌شوند و نیازی به انشاء رضایت نیست، بلکه چنین امری اصلاً محال است؛ چون رضایت از صفات واقعی نفس است که وجود حقیقی دارد و وجود اعتباری ندارد که قابل انشاء باشد (تنفیذ نمی‌تواند عمل حقوقی باشد). اما این رضایت باید ابراز شود و تا ابراز نشود موجب نفوذ معامله نمی‌شود و لزوم ابراز به این جهت است که بنا بر آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، در هر عقدی باید نوعی التزام به مفاد عقد وجود داشته باشد و این التزام به مجرد رضایت باطنی حاصل نمی‌شود، بلکه عقلاً در حصول التزام، اظهار رضایت را شرط می‌دانند و این اظهار رضایت، صرفاً اخبار به رضایت است نه انشاء آن. باید توجه داشت که در تمامی دلایلی که برای اثبات کفایت صرف رضایت باطنی ارائه شده است، مظهری وجود دارد و به جهت این مظهر است که معامله نافذ شده است. بنابراین تنفیذ عقود غیر نافذ چیزی جز یک واقعه حقوقی اعلامی نیست. قانون مدنی نیز اعلام رضایت را برای تنفیذ شرط دانسته و در ماده ۲۴۸ می‌گوید اجازه مالک نسبت به معامله فضولی حاصل می‌شود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضاء نماید.

کتاب شناسی

۱. اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب مکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳. همو، نهاية الدراییه، قم، سیدالشهداء، ۱۳۷۴ ش.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ بیست و پنجم، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۵. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تمهیدات، تهران، میزان دادگستر، ۱۳۷۸ ق.
۶. انصاری دزفولی، مرتضی، مکاسب المحشی، حاشیه سیدمحمد کلاتر، چاپ سوم، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۰ ق.
۷. همو، کتاب مکاسب، چاپ دهم، قم، مجمع دارالفکر الاسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۸. ایروانی مراغی، علی، حاشیه مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۹. باقری، احمد، بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی، تهران، انتشارات آن، ۱۳۸۲ ش.
۱۰. بحر العلوم، سیدمحمد، بلغة الفقه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۱. بحرانی، محمدسند، فقه المصارف و النقود، قم، مکتبه فک، ۱۴۲۸ ق.
۱۲. بهبهانی، باقر، المعاملات، چاپ سنگی، ۱۳۳۱ ق.
۱۳. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۴. جزایری مروج، سیدمحمدجعفر، هدی الطالب فی شرح مکاسب، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۱۵. جمعی از پژوهشگران، مجله فقه اهل البيت علیه السلام، زیر نظر سیدمحمد هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیه السلام، بی تا.
۱۶. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیه السلام، زیر نظر سیدمحمد هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیه السلام، ۱۴۲۳ ق.
۱۷. حسینی، هاشم، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مکتبه هاشم، بی تا.
۱۸. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۹. حسینی روحانی، سیدمحمد، منتقى الاصول، قم، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۲۲۶ ق.
۲۱. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، العناوین الفقہیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۲. حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
۲۳. خراسانی، محمدکاظم، حاشیه مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲۴. همو، فوائد الاصول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۶. رشتی، حبیب الله، کتاب الاجاره، بی جا، بی تا، ۱۳۱۱ ق.
۲۷. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تمهیدات، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۳ ش.
۲۸. همو، تشکیل قراردادها و تمهیدات، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۸۴ ش.
۲۹. صفار، محمدجواد، «تحلیل و توصیف ماهیت تنفیذ عقد غیر نافذ»، تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.
۳۰. صفایی، محمدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.

۳۱. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی مع التعليقات، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۳۳. همو، حاشیه مکاسب شیخ انصاری، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم، کتاب فروشی مفید، بی تا.
۳۵. همو، اللمعة الدمشقیة، تحقیق محمدتقی و علی اصغر مروارید، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۰ ق.
۳۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، شرح سیدمحمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. همو، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، شرح حسن بن محمد سلطان العلماء، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۳۸. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، بحر العلوم، ۱۳۷۳ ش.
۳۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق (الف).
۴۰. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق (ب).
۴۱. فاضل آبی، زین الدین، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
۴۲. فیض، علیرضا، مبادئ فقه و اصول، چاپ هجدهم، تهران، دانشگاه تهران، بی تا.
۴۳. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ ش.
۴۵. همو، حقوق مدنی (ایقان)، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۴۶. همو، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۴۷. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة - کتاب البیوع، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ق.
۴۹. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه الشركة و التأمین، قم، دار العلم، ۱۴۱۴ ق.
۵۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، البیوع، تقریر محمدحسن قدیری، چاپخانه مؤسسه عروج، بی تا.
۵۱. همو، الرسائل العشره، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۰ ق.
۵۲. همو، کتاب البیوع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۵۳. موسوی خمینی، سیدمصطفی، کتاب البیوع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۵۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، چاپ چهارم، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
۵۵. همو، مصباح الفقاهة فی المعاملات، تقریر محمدعلی توحیدی، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۵۶. همو، موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسه دار احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۷. نائینی، محمدحسین، مکاسب و البیوع، تقریر میرزا محمدتقی آملی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۵۸. همو، منیة الطالب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۵۹. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۰. نجم آبادی، ابوالفضل، حاشیة مکاسب، تقریرات درس آقاضیاءالدین عراقی، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.