****

**عنوان :** **نکاح فضولی**

**استاد محترم:**

**پژوهشگر:**

نکاح فضولی

نکاح در لغت به معنی وطی و عقد به وطی و تزویج» و فضولی یعنی آنکه بی‌جهت در امور دیگران مداخله کردن است و در اصطلاح فقهی عقد ی است که شخص ثالث (بدون این که اصالتاً یا به طور وکالتی ماذون در امر نکاح باشد) دو نفر را به ازدواج هم درآورد.

در فقه، نکاح فضولی همانند بیع فضولی مورد قبول مشهور فقها است، عقد صحیح مرکب از توافق، قصد و رضای طرفین است، اما در نکاح فضولی این دو شرط یافت نمی‌شود و این عقد فضولی ممکن است تنها از جانب دختر (ولی او) فضولی باشد و ممکن است از دو طرف عقد (ولی دختر و زوج) باشد.

عاقد عقد نکاح، باید دارای شرط کمال، بلوغ، عقل باشد «عقد فضولی نیز در صورتی نافذ است که عاقد به چنین صفاتی آراسته باشد» هر چند این عمل را بدون قصد و نیت فضولی انجام داده باشد.

یکی از مباحثی که در نکاح فضولی مورد نظر است، بحث «ولایت و متولی عقد شدن» است، در نکاح دختر خواه صغیره، خواه غیر آن، ولایت پدر و جد پدری شرط است به طوری که آن دو می‌توانند بدون اطلاع دختر، متولی امر نکاح شوند اما چنین حقی «برای مادر و جد مادری در نظر گرفته نشده است». البته ناگفته نماند چنین امتیازی تا زمانی به قوت خود باقی است که مفسده‌ای به دنبال نداشته و مصلحت دختر به طور تمام و کمال در نظر گرفته شده باشد زیرا اگر در امر نکاح مصلحت و شأن دختر در نظر گرفته شود حکم مسأله همانند نکاح فضولی خواهد شد».

نکته‌ای که می‌توان به آن اشاره کرد در مورد « نکاح دختر صغیری است که توسط ولی او انجام می‌شود» که اگر چنین عقد ی صورت پذیرد، عقد نکاح، عقدی لازم می‌شود و بعد از بلوغ دختر خیار فسخ ندارد در صورتی که اگر این ازدواج توسط غیرولی (که همان نکاح فضولی محسوب می‌شود) انجام پذیرد، خیار برای دختر ثابت و صحت عقد متوقف بر رضایت او است.

در موضوع ازدواج چگونه می‌توان به رضایت زوجه پی برد، در کتاب وسائل الشیعه شیخ حر عاملی آمده است «در نکاح غیر صغیره بکر، سکوت دختر علامت رضایت است» و در غیر صغیره«رضایت حاصل نمی‌شود مگر با لفظ معتبر».

حال لازم است در مورد حکم و صحت و سقم چنین نکاحی بحث شود که آیا چنین نکاحی صحیح است یا خیر، و اگر صحیح است این صحت مشروعیت دارد یا نه؟ در پاسخ باید گفت که: «نکاح فضولی صحیح ولی غیرلازم است و در صورتی که ولی آن را تنفیذ نماید، عقد صحیح و لازم، و در غیر آن باطل می‌شود». و این اذن ولی بدون آن که در آن فوریت شرط باشد، به لفظ و کلمه خاصی هم، وابسته نیست و حتی برای استفاده از چنین خیار ی زمان محدود و معینی وجود ندارد ولی نکته مهم این است که «اگر ولی آن را اذن دهد، حق رد آن ساقط می‌شود و اگر آن را رد و ترک کند دیگر حق رجوعی برای وی باقی نمی‌ماند».

نظر شهید ثانی در مورد روایتی که «محمدبن مسلم از امام محمدباقر (علیه السلام) نقل کرده، که مردی در حالی که غایب بوده، مادرش زنی را به عقد او درآورده، امام (علیه السلام) فرمودند: «نکاح جایز است، اگر بخواهد آن را قبول و اگر نخواهد آن را رد می‌کند». این است که «تنفیذ عقد نیاز به صیغه خاصی ندارد» زیرا اجازه کاشف از صحت عقد است و نیاز به صیغه جدید ندارد».

تعريف و مفهوم عقد فضولی

در قانون مدني و ساير قوانيني كه اين لفظ به نحوي استعمال گرديده تعريفي از آن ارائه نشده است اما اساتيد و حقوقدانان،هر يك به تعريف ويژه اي از آن پرداخته اند.دكتر لنگرودي عقد فضولي را چنين تعريف نموده است:

 ((كسيكه در عقد ،مال غير را موضوع معامله قرار دهد،(براي خود يابراي غير)بدون آنكه مالك يا ماذون از قبل مالك يا قانون باشد،خواه عامد باشد (مانند سارق و غاصب كه مال غير را بفروشند)يا نه مانند كسي كه از روي جهل مالي را از سارق خريده و به تصور آنكه قانونا مالك شده است آنرا به ثالث بفروشد.))

به باور دكتر سيد حسن امامي ((معامله فضولي معامله اي است كه كسي بدون داشتن سمت نمايندگي[آنرا براي ديگري]انجام دهد كسي كه بدون سمت معامله مي كند فضول و كسي كه طرف معامله مي باشداصيل و ديگري را غير مي گويند.)) همچنين،دكتر كاتوزيان در تعريف معامله فضولي نوشته است((كسي مي تواند در اموال ديگري تصرف كندكه بنا به اراده مالكي يا به حكم قانون نماينده او باشد[لهذا،]شخصي كه هيچ سمتي از جانب ديگري ندارد و در دارايي وي تصرف كند فضول و معامله او را فضولي گويند و طرف مقابل [را]كه بنام و حساب خود معامله مي كند اصيل و مالك را [شخص ثالث]يا غير مي نامند))

علاوه بر اين ،به اعتقاد دكتر اسدالله امامي((معامله فضولي عمل حقوقي يا معامله است كه كسي بدون اذن و داشتن نمايندگي يا قراردادي براي ديگري بنام آن شخص يا بنام خود انجام دهد5. به نظر آقاي شيرزداد گرجي نژاد نيز((معامله فضولي يعني معامله به مال غير و عبارت است از معامله كه شخص با مال ديگري انجام مي دهد بدون اينكه نماينده او و يا ماذون از طرف او باشد.كسي كه بدون نمايندگي و اذن از مالك براي ديگري معامله را تشكيل مي دهد اصطلاحا فضول و طرف معامله او را اصيل و شخص ديگر را كه معامله براي او انجام شده غير گويند[.]معامله فضولي ممكن است به دو صورت صورت تمليكي يا عهدي باشد.

دكتر صبحي محمصاني نيز در اين خصوص بيان مي دارد((فضول از نظر لغوي عبارت از كسي است كه نسبت به چيزي كه مربوط به او نيست [،]دخالت نمايد.ياء در فضولي ياء نسبت و دلالت بر جمع دارد زيرا[،]فضول جمع فضل و به معني زيادتي است و اصطلاحا[،]تصرف در حق غير[را] بدون اذن و ولايت شرعي فضولي گويند.به عبارت ديگر[،] هرگاه كسي در امور متعلق به غير بدون اذن و ولايت دخالت يا تصرفي نمايد،آنرا فضولي و شخص مزبور را فضول نامند.))

بررسی لغوی

فضل در لغت به معنای زیاده و جمع آن فضول است. صیغه جمع به معنای مفرد در چیزی که خیری در آن نیست نیز به کار رفته است؛ از این رو، «ی» به آخر آن متصل شده و عنوان فضولی به کسی که به کار لغو و بیهوده مشغول می‌باشد، اطلاق گردیده است.

اصطلاح فقهی

عنوان فضولی در اصطلاح فقه عبارت است از انسان کاملِ متصدی عقد یا ایقاع که نسبت به متعلق آن دو مالک تصرف نیست. مقصود از کامل، بالغ و عاقل است.

معنای فضولی

مالک تصرف عبارت است از صاحب مال، در صورتی که به جهت سفاهت و مانند آن ممنوع از تصرف نباشد و نیز ولیّ و وکیل. بنابر این، بالغ عاقلی که نه مالک است و نه ولیّ و نه وکیل از طرف مالک و نه ولیّ او، چنان‌چه متصدی عقد یا ایقاعی گردد، مانند آن‌که مال دیگری را بفروشد و یا اجاره دهد، فضولی نامیده می‌شود. با این بیان، فضولی صفت عاقد است و نه عقد. البته گاهی از روی مسامحه و مجاز، فضولی صفت عقد قرار می‌گیرد که در حقیقت صفت به حالِ متعلق موصوف است؛ یعنی عقدی که عاقدش فضولی است.

با توجه به معنای یاد شده برای فضولی، عقد ازدواجی که توسط دختر عاقل و بالغ بدون اذن ولیّ - بنابر قول به شرط بودن آن - انجام می‌شود و نیز معامله‌ای که مالکِ ممنوع از تصرف - مانند راهن که مالش را گرو گذارده - انجام می‌دهد، فضولی خواهد بود؛ لیکن عقد یا ایقاع نابالغ، دیوانه و مانند آن دو که اهلیت تصرف ندارند، فضولی نخواهد بود، بلکه نادیده انگاشته می‌شود؛ به گونه‌ای که گویی هیچ عقد یا ایقاعی رخ نداده است.

اجازه در عقد فضولی

اجازه در لغت به معنای اذن، ترخیص، دستور و فرمان دادن است و در اصطلاح، اجازه اظهار رضایت (شخصی که قانون رضایت او را مؤثر دانسته) از عقد و یا ایقاع ایجاد شده، می‌باشد.

و عقد فضولی هم به‌ این معناست که هرگاه کسی نسبت به مال غیر، بدون نمایندگی از طرف وی‌‌‌، معامله‌ای انجام دهد، این معامله ‌را فضولی، و معامله‌کننده را فضول، و طرف دیگر قرارداد را که برای خود معامله‌ کرده را، اصیل گویند. و اجازه در عقد فضولی: اظهار رضایت مالک نسبت به تصرف فضول در معاملات فضولی و دیگر تصرفاتی‌ که انجام دهندگانش از صلاحیت لازم برای انجام آن برخوردار نبوده‌اند، می‌باشد.

1. ماهیت اجازه:

اجازه مالک در معاملات فضولی، هم تصرف فضولی را نافذ می‌کند، و هم به فضول، منزلتی در حکم وکیل می‌دهد که دارای همان التزامات وکیل می باشد. بنابراین اگر مالک، چنین معامله‌ای را اجازه کند، این امر در گذشته(یعنی از زمان عقد) نیز اثر خواهد داشت؛ اما اگر اقدامات فضول توسط مالک اجازه نشود، تصرفات انجام شده، منشأ هیچ اثری نخواهد بود، هم‌چنین تصرفات باطل و فاسد(معامله باطل آن است که فاقد یکی‌از ارکان معامله بوده، و هیچ گونه اثری بر آن مترتب نباشد و نتوان با تنفیذ بعدی به آن قدرت و اعتبار بخشید، مانند معامله‌ی‌ صغیر غیر ممیز و مجنون و معامله‌ی در حال مستی.) قابل اجازه کردن نیستند چون‌که در حکم عدم وقوع معامله می‌باشد، بنابراین معامله‌ی فضولی، طبق قول مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی، غیر نافذ است؛ مبنای حقوقی این عدم نفوذ و تأثیر اجازه مالک، تفکیک بین قصد و رضاست. و اجازه عقد غیر نافذ صرفا اعلام رضاست، نه انشا.رضادراصطلاح حقوقی، همان میل وگرایش باطنی به انجام عمل حقوقی است؛ و قصد، ایجاد عمل حقوقی درعالم ذهن است که ار آن به قصد انشا تعبیر می‌کنند، پس ممکن است کسی قصد انجام معامله‌ی داشته ولی رضا نداشته باشد. مثلا هر گاه کسی در اثر تهدید به قتل حاضر به فروش خانه خود شود، قصد انشاء معامله را داشته، اما فاقد رضا بوده، واز این رو معامله‌ی وی غیر نافذ است.

با انعقاد معامله فضولی، شکل قرارداد ایجاد می‌شود، هرچند که به علت فقدان رضایت مالک، قرارداد کامل نیست و با پیوستن رضایت بعدی، قرارداد کامل شده، و آثار خود را از روز انعقاد معامله به بار می‌آورد. با این بیان در حقیقت تفاوتی بین رضایتی که بعد از معامله بوجود می‌آید و رضایتی که در زمان عقد موجود بوده، نیست. با این توضیح، تفاوت اجازه با اذن معلوم می‌شود که اذن ابراز یک حالت واقعی درونی است و رجوع از اذن چیزی جز اعلام زوال رضا و فقدان آن که یک واقعه‌ی حقوقیاست نمی‌باشد، بنابراین اذن قبل از عقد صادر می‌شود و اجازه بعد از وقوع عقد صادر می‌شود.

با توجه به مقررات مربوط به قصد انشاء و رضا در قانون مدنی ایران (مواد 190به بعد) و نیز فقه امامیه، اگر تفکیک این دو عنصر از یکدیگر را از حیث ماهیت و آثار قانونی مورد بررسی قرار دهیم، به سادگی معلوم می‌شود که آنچه عقد را می‌سازد قصد إنشا است نه رضایت شخصی که، رضایتش برای عقد، لازم دانسته شده است. بنابراین رضایت مالک شرط اعتبار و نفوذ معامله است. سوالی که در اینجا قابل طرح است این‌که: آیا ضرورتی به اعلام آن هست یا رضای باطنی کفایت می‌کند؟ در این رابطه دو نظر وجود دارد؛

نظر اول

اگر اجازه مالک تنها (رضا) باشد و قصد را فضول بکند، چهره‌ی باطنی آن برای نفوذ عقد کافی‌است، زیرا اراده‌ای را کامل می‌کند که به‌وسیله‌ی فضول اعلام شده است. پس اجازه در واقع أماره بر حقیقتی است که پنهان مانده، بنابراین اراده‌ی مالک آفریننده‌ی هیچ موجودی اعتباری(عقد) نیست و نوعی اخبار به‌حق محسوب می‌شود.

نظردوم

بر مبنای تعبیر اجازه به (اعطای نمایندگی)، این اقدام یک عمل حقوقی تمام عیار است، اراده مالکی که عقد را نافذ می کند، بایستی اعلام شود و مالک بایستی اهلیت و صلاحیت لازم را برای انجام این عمل حقوقی را دارا باشد. منتها سببیت اجازه در انتقال مالکیت، به مفهوم مرسوم آن، یعنی دخالت در عقد و شرکت در تراضی نیست،بلکه به معنی اعطای نمایندگی است؛ از این جهت است که با اعطای نمایندگی به معامله‌ی بی‌اثر، نفوذ حقوقی می‌بخشد و آثار آن را نسبت به مالک می‌پذیرد. و طبق مواد 227 و 228 ق.م می‌توان گفت که برای نفوذ عقد غیر نافذ، إعلام رضایت مالک ضروری است و صرف تحقق رضایت به معامله‌‌ی غیر نافذ، کافی نمی‌باشد. یعنی سکوت مالک به معنای تأیید معامله نمی‌باشد.

بدین ترتیب، اجازه مالک، از حیث دخالت در سبب انتقال مالکیت با نظریه‌ی ناقل بودن قبول و از جهت تأثیر به گذشته با نظریه‌ی کشف شباهت دارد، ولی هیچ‌کدام از آن دو(کشف و نقل) نیست، و به کشف حکمی نزدیک‌تر می‌شود. که ذیلا مورد بحث واقع می‌شود.

2. اثر اجازه\_ کشف و نقل :

دو اصطلاح (کشف) و (نقل)، در هرجا که رضای مالک، عقد فضولی را نفوذ حقوقی می‌بخشد، به‌کار می‌رود چنانچه در اکراه و در مورد اثر قبول موصی‌له مطرح می‌شود، ولی جای اصلی طرح این دو اصطلاح و اقسام آن‌ها در عقد فضولی است که اجازه مالک به عقدی که فضول و اصیل(خریدار) درباره‌ی مال بسته‌اند تحرک و نفوذ می‌بخشد. در مبنای نظریه‌ی فضولی، گفته شد که عقد فضولی، قصد فضول را به‌عنوان عنصر سازنده‌ی عقد دارد ولی برای نفوذ در جهان حقوق بایستی (رضای مالک) به‌آن ضمیمه شود تا از جمع آن دو(قصد و رضا)، اراده‌ی انتقال و تراضی کامل گردد. بر مبنای این تحلیل، (اجازه)جزء سبب ناقل عقد است؛ آخرین جزء نیز هست و با تحقق آن انتقال مال به اصیل(خریدار) صورت می‌گیرد و به همین اعتبار،«ناقل» نامیده می‌شود.

اگر عقد میان فضول و اصیل پیمانی کامل است، رضای مالک شرط نفوذ این مقتضی(عقد)، یا وسیله‌ی استناد آن به مالک، یا أماره وجود رضای تقدیری او هنگام معامله است، ولی در هر حال نقش رضای مالک، اعتبار بخشیدن یا نشان دادن انتقالی است که به وسیله‌ی عقد واقع شده و خود اجازه، سبب آن نمی‌شود به همین مناسبت اجازه را (کاشف) می‌نامند، و از آنجا که انتقال با اجازه واقع می‌شود، ولی این عامل باعث انقلاب مالکیت از زمان عقد می‌گردد و به حکم قانون‌گذار آثار آن به زمان عقد سرایت می‌کند، پس با توجه به اینکه اجازه در گذشته تأثیر می‌گذارد، از حیث آثار، به کشف حکمی معروف می‌باشد.

بنابراین قانون‌گذار به مالک اختیار داده است که معامله‌ی دو بیگانه(فضول و اصیل) را نسبت به مال خود اجازه دهد و آثار آن را بپذیرد. معامله را فضول و اصیل(خریدار) می‌کنند و اجازه در ساختمان تراضی(ایجاب و قبول در عقد فضولی) دخالت ندارد، نقش اجازه، منسوب کردن معامله به مالک، از راه پذیرفتن آثار آن است و این انقلاب حقوقی به وسیله‌ی (إعطای نمایندگی) تحلیل می‌شود و از آنجا که اثر قراردادها نسبی است و به دیگران اثری نمی‌رساند، بنابراین مالک باید فضول را همچون نماینده خویش بپذیرد و برای آنچه کرده است به او صلاحیت ببخشد، لذا با توجه به اینکه اجازه چهره إنشائی دارد یعنی صلاحیت می‌آفریند و برای آنچه واقع شده، به فضول نمایندگی می‌دهد، ازاین رو اجازه ناقل نیست، ولی چون انتقال منوط به آن است، از نظر اثر خارجی به آن شباهت دارد، کاشف هم نیست و خود در نفوذ انتقال اثر دارد، لیکن چون به عقد سببیت می‌بخشد، در حکم کاشف می‌باشد و در نهایت باید گفت، اراده مالک در چگونگی تأثیر اجازه دخالت دارد، پس اگر او انتقال را از زمان اجازه تنفیذ کند، بدین معنی است که از این زمان به فضول نمایندگی می‌دهد.

ثمره و فائده‌ی عملی نظریه کشف و نقل، این است اگر اجازه ناقل باشد، اثر عقد از تاریخ صدور اجازه پیدا می‌شود و منافع عوض و معوض متعلق به مالکین آن‌ها می‌باشد و اگر اجازه را کاشف بدانیم، اجازه در عقد مقدم(فضولی) تأثیر می‌گذارد و منافع و نمائات به منتقل إلیه تعلق می‌گیرد، قانون مدنی در ماده 258از نظریه کشف تبعیت کرده است و برخی هم نظریه کشف حکمی را از مفاد ماده یاد شده می‌دانند.

3. شرایط اجازه مالک:

1. باید اعلام شود، چرا که طبق مواد 248و 249ق.م اجازه باید به‌طور صریح یا ضمنی دلالت بر امضاء عقد بکند، بنابراین سکوت مالک، اجازه محسوب نمی‌شود و برخلاف جمله معروف: (سکوت علامت رضاست) در معامله فضولی، سکوت مالک علامت رضا تلقی نمی‌شود چون سکوت اعم از رضاست.

2. مسبوق به نهی و رد نباشد؛ مطابق ماده 250 ق.م در صورت نهی، لازم است از دخالت امتناع کند و الا مرتکب خطا شده است، رد هم مانند قبول، لازم نیست فوری باشد و نیز لازم نیست که در زمان حیات مالک به‌عمل آید، بلکه بعد از فوت او نیز وراث می‌توانند معامله را رد کنند.

3. به‌عنوان مالک باشد و باید اجازه به‌قصد تنفیذ معامله فضولی اعلام گردد، یعنی رضایت قبلی در حال عقد بلااثر است و مالک باید به‌عنوان مالکیت، معامله را اجازه دهد و رضایت قبلی در حال عقد بلا‌اثر است و رضای مطلق کافی نخواهد بود؛ بلکه رضایت مؤثر، باید مبتنی بر اساس صحیح باشد.

به‌قولی از مفاد مواد254 و255ق.م برمی‌آید که رضای مالک در صورتی مؤثر است که به‌عنوان مالک و به‌قصد اجازه‌ی معامله فضولی و اعطای نیابت باشد. هر گاه مانعی که برای نفوذ تصرف مالک در زمان معامله وجود داشته (مانند حق مرتهن بر مورد معامله) از بین برود دیگر نفوذ معامله نیازی به اجازه ندارد.