

پژوهشی در باره نکاح فضولی

خورشید مهدی زاده جیرگل^۱، حسین احمدی^۲

^۱ دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق و اندیشه امام خمینی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

^۲ دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

خورشید مهدی زاده جیرگل

Khmahdizadehj@gmail.com

چکیده

یکی از عقود معینه در فقه و حقوق، عقد نکاح است. نکاح، رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که به وسیله عقد و بر اساس شرع و قانون، بین زن و مرد به قصد تشکیل خانواده حاصل می‌گردد. این مقاله با عنوان «پژوهشی در باره نکاح فضولی»، بر آن است تا با استفاده از کتب فقهی و حقوقی، ابتدا به معرفی نکاح و اقسام آن بپردازد و سپس نکاح فضولی را مورد بررسی فقهی و حقوقی قرار دهد.

مراد از نکاح فضولی، آن است که کسی بدون داشتن نمایندگی یا وکالت از سوی غیر، تعهدی برای او (اصلی) بنماید. مشهور فقها، نکاح فضولی را قبول دارند و حتی آنان که در سایر معاملات، انجام عقد فضولی را مورد تردید قرار داده‌اند، در عقد نکاح، تردید ندارند.

مهمترین دستاوردهای این پژوهش عبارتند از: (أ) مشروعیت نکاح فضولی در فقه و قانون؛ (ب) اقدام ولی در نکاح فضولی، باید با رعایت غطبه و مصلحت صغیر یا صغیره باشد؛ (ج) در صورت تجاوز وکیل از اختیارات، عقد نکاح، فضولی محسوب می‌گردد و صحت آن متوقف بر تنفیذ موکل است. (د) اجازه در نکاح فضولی، کاشفه است.

واژگان کلیدی: عقد - نکاح - بیع - فضولی - ناقله - کاشفه.

مقدمه

۱- نکاح در لغت و اصطلاح

ابتدا معنای لغوی نکاح، و سپس معنای اصطلاحی آن را از نظر فقه و حقوق، می‌آوریم:

۱-۱- نکاح در لغت

نکاح، مصدر ثلاثی مجرد از ریشه نکح ینکح می‌باشد. در خصوص معنای لغوی نکاح، اقوال متعددی در کتب لغت ذکر شده است. مشهور لغویین، نکاح را به معنای «وطئ» می‌دانند و گفته‌اند که گاهی اوقات، نکاح به معنای «عقد» می‌باشد (جوهری، صحاح اللغه، ۱ / ۴۱۳).

راغب در مفردات گوید: نکاح در اصل، برای عقد [وضع شده] است و سپس به طور استعاره به جماع اطلاق شده است. وی در ادامه می‌نویسد: محال است که نکاح در اصل برای جماع وضع شده باشد، پس از باب استعاره به معنای عقد اطلاق می‌شود زیرا همه اسامی جماع، کنایه محسوب می‌گردند به دلیل اینکه ذکر این الفاظ قبیح است (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ص ۸۲۳).

صاحب جواهر در ابتدای کتاب النکاح می‌نویسد: «هو [النکاح] فی اللغه، للوطئ عند المشهور» ایشان در ادامه می‌فرمایند: «فقد عرفت أن المشهور كونه للوطئ لغه، كما أن المشهور كونه للعقد شرعاً» (صاحب‌جواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۵/ ۶-۵). یعنی: بنا به قول مشهور لغویین، نکاح به معنای وطئ است، همانطور که طبق قول مشهور، نکاح شرعاً به معنای عقد می‌باشد. نظر صاحب‌جواهر، صائب‌تر به نظر می‌رسد.

۱-۲- نکاح در اصطلاح

۱-۲-۱- نکاح در اصطلاح فقه

غالب فقهای امامیه از قبیل محقق حلی (محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۲/ ۲۱۰)، شهید ثانی (الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ۵/ ۸۵) و امام خمینی (تحریر الوسیله، ۲/ ۲۱۱)، در کتاب نکاح، «نکاح» را تعریف نکرده و بحث خود را در باره حکم فقهی نکاح، آغاز می‌کنند.

صاحب جواهر بعد از ذکر معنی لغوی نکاح می‌نویسد: «... فلیس [النکاح] حینئذ إلا النقل و التسلیط علی البضع و إثبات السلطنة علیه» (صاحب جواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۷/ ۲۹)، نکاح چیزی جز نقل و تسلیط زوج بر بضع و اثبات سلطنت و قدرت بر آن (بضع) نیست.

بضع در لغت به معنای متعددی از قبیل جماع، فرج و عقد نکاح آمده است، اما مراد از بضع در تعریف نکاح، بهره‌گیری جنسی و استمتاع مرد از زن است (طریحی، مجمع البحرین، ۴/ ۳۰۰).

مترجم کتاب شرایع، در تعریف نکاح می‌نویسد: نکاح عقدی است که فایده آن تسلط بر اباحه بضع است بدون ملکیت (ترجمه فارسی شرائع الإسلام، یزدی، ۲/ ۴۲۸).

به نظر می‌رسد مترجم شرایع، تعریف فوق را از کتاب جواهر، اخذ کرده باشد.

۱-۲-۱-۲- نکاح در اصطلاح حقوقی

در حقوق مدنی ایران، نکاح کاملاً از فقه امامیه اقتباس شده است. دکتر سید حسن امامی می‌نویسد: «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند. امامی، حقوق مدنی، ۴ / ۲۶۸).

دکتر امامی از قول حقوقیین جدید در تعریف نکاح می‌نویسد: «نکاح رابطه‌ای است بین زن و مرد برای تشکیل خانواده (همان)». این تعریف، فقط شامل نکاح دائم می‌شود و نکاح منقطع را در بر نمی‌گیرد و از این جهت ناقص است، زیرا از نظر فقهی و قانون مدنی، نکاح منقطع نیز مشمول عنوان کلی نکاح می‌شود.

مؤلف کتاب «بررسی فقهی حقوق خانواده» در باره این تعریف می‌نویسد: «به احتمال قوی، تعریف فوق از حقوق کشورهای دیگر استنتاج شده است، زیرا در سیستم حقوقی اغلب کشورها، فقط نکاح دائم، به رسمیت شناخته شده است.» (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، ص ۲۴).

با توجه به تعاریف فوق، در تعریف نکاح می‌توان گفت: نکاح، رابطه‌ای است عاطفی و حقوقی که به موجب آن، زن و مرد با یکدیگر زندگی می‌کنند و مظهر بارز آن، حق تمتع جنسی است.

شایان ذکر است در کتاب ترمینولوژی حقوق، خانواده «یک واحد حقوقی» معرفی شده است (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۵۶، اصطلاح شماره ۲۰۲۶). در حالی که، «خانواده تنها یک سازمان حقوقی نیست بلکه سازمانی است مخلوط از قواعد حقوقی و اخلاقی که نمی‌توان آن دو را از هم جدا ساخت. در این اختلاط، غلبه با اخلاق است (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۱/۴۱۷)». به بیان دیگر، نکاح دائم، به منظور تشکیل خانواده، صورت می‌گیرد و جنبه عبادی و عاطفی آن بر جنبه خصوصی و مالی، برتری دارد.

۲- حکم فقهی نکاح

همه مسلمانان بر مشروعیت نکاح، اجماع دارند (صاحب جواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ۸/۲۹). علامه حلی در باره مشروعیت نکاح، به سه آیه از آیات قرآن استشهد می‌نماید (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ص ۵۶۵):

۱- «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ : مردان و زنان بی‌همسر خود را همسر دهید، همچنین غلامان و کنیزان صالح و درستکاران را؛ اگر فقیر و تنگدست باشند، خداوند از فضل خود آنان را بی‌نیاز می‌سازد؛ خداوند گشایش دهنده و آگاه است.» (نور ۳۲/۲۴).

۲- «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ : با زنان پاک (دیگر) ازدواج کنید.» (نساء ۳/۴).

۳- «وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ : و آنها که دامان خود را (از آلوده شدن به بی‌عفتی) حفظ می‌کنند، تنها آمیزش جنسی با همسران و کنیزانشان دارند که در بهره‌گیری از آنان ملامت نمی‌شوند.» (مؤمنون ۵/۲۳-۶).

همانطور که می‌دانیم احکام تکلیفی بر پنج قسم است، احکام خمسه تکلیفیه شامل وجوب، استحباب، اباحه، کراهت و حرمت می‌باشد. از نظر فقهی و شرعی نیز در عقد نکاح، احکام خمسه جاری است. نکاح واجب مانند نکاح کسی که بترسد که اگر ازدواج نکند به گناه و زنا بیفتد. نکاح مستحب مثل نکاح کسی که مایل و راغب به نکاح باشد و لیکن ترس افتادن در گناه و زنا نداشته باشد. نکاح مباح مثل نکاح کسی که زنی داشته باشد و همسر دیگری اختیار کند. نکاح مکروه مانند نکاح زن زناکار. نکاح حرام مثل نکاح کسی که قادر بر نکاح نباشد، مانند خواجه و مقطوع الذکر.

در کنزالعرفان ذیل تفسیر «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ» آمده است: «النِّكَاحُ مُسْتَحَبٌّ لِمَنْ تَأَقَّتْ نَفْسَهُ إِجْمَاعًا (فاضل مقداد، کنزالعرفان فی فقه القرآن، ۱۳۶/۲)»: نکاح برای کسی که نفس او [به نکاح] شوق دارد، به اجماع فقها، مستحب است.

مشهور فقهای امامیه قائل به استحباب نکاح می‌باشند. آیات دالّه بر امر به نکاح از قبیل آیات «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ» و «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ»، بر مطلق ترجیح، دلالت دارند. مضافاً اینکه عندالشکّ، اصل، عدم‌الوجوب می‌باشد (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ص ۵۶۵؛ صاحب جواهر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۸/۲۹).

صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: النِّكَاحُ مُشْرُوعٌ بَلْ مُسْتَحَبٌّ لِمَنْ تَأَقَّتْ وَإِشْتَاقتْ نَفْسَهُ إِلَيْهِ مِنَ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ كِتَابًا وَ سَنَةً وَ مُسْتَفِيضَةً أَوْ مُتَوَاتِرَةً وَ إِجْمَاعًا بِقِسْمِيهِ^۱ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَضْلًا عَنِ الْمُؤْمِنِينَ، أَوْ ضَرُورَةً مِنَ الْمَذْهَبِ بِلِ الدِّينِ «(همان).

در بین فقهای اهل سنت، در باره حکم نکاح، اختلاف است. ابوحنیفه، شافعی و مالکی معتقدند که نکاح مستحب است. امام داوود گوید: نکاح واجب است، پس مردی که قادر است زن آزاد بگیرد بر او واجب است که با زن آزاد ازدواج کند و اگر قادر بر این کار نیست باید با یک کنیز ازدواج نماید و برای زن نیز همین حکم می‌باشد زیرا ازدواج، واجب است (طوسی، الخلاف، ۴ / ۲۴۶، کتاب النِّكَاحِ، مسأله ۲؛ سرخسی، المبسوط، ۴ / ۱۹۳؛ ابن قدامه مقدسی حنبلی، المغنی، ۷ / ۳۳۴؛ ابن رشد حنفی، بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، ۲/۲).

۳- اقسام نکاح

در کتب فقهی قدما و بعضاً متأخرین، نکاح به سه دسته تقسیم شده است: ۱- نکاح دائم؛ ۲- نکاح منقطع؛ ۳- ملک یمین (نکاح اِماء). (محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۲۶۱/۲؛ موسوی خوئی، منهاج الصّالحین، ۲ / ۲۶۶). مراد از ملک یمین «برقراری رابطه مشروع زناشویی به صرف مالکیت کنیز و تمتع» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۶۸۷، اصطلاح شماره ۵۴۹۵)، می‌باشد. با توجه به منتفی بودن بحث بردگی در حال حاضر، ما به تبعیت از برخی از فقهای عظام از قبیل امام خمینی (تحریرالوسیله^۱)، ۲۲۰/۲، نکاح را به دو قسم دائم و منقطع تقسیم می‌نماییم و پس از تعریف سایر اقسام نکاح از قبیل نکاح معاطاتی، نکاح فضولی، نکاح شِغَار و نکاح مسیاری، نکاح فضولی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

^۱ مراد از «اجماعاً بقسمیه»، هر دو قسم اجماع، یعنی اجماع منقول و اجماع محصل می‌باشد.

۱-۳-۱- نکاح دائم

در کتب فقهی و قانون مدنی، نکاح دائم به طور صریح تعریف نشده است. هر چند قانونگذار، نکاح دائم را به صراحت، تعریف نکرده اما با توجه به ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «نکاح، وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد»، تعریف نکاح دائم، مشخص می‌شود.

وقتی که لفظ نکاح به طور مطلق به کار برود، این لفظ منصرف به نکاح دائم است، یعنی نکاحی که زمان و مدت معینی برای آن نیست و تا زمان حیات طرفین، ادامه دارد مگر اینکه به اسباب شرعی و قانونی منحل گردد.

۲-۳-۱- نکاح منقطع

در تحریرالوسیله آمده است: «النکاح المنقطع کالدائم فی أنه یحتاج إلى عقدٍ مشتمل علی ایجاب و قبول لفظیین» (امام خمینی، تحریرالوسیله، ۲/۲۵۸، القول فی النکاح المنقطع، مسأله ۱). نکاح منقطع مانند نکاح دائم است در اینکه احتیاج به عقد دارد که مشتمل بر ایجاب و قبول لفظی است.

نکاح منقطع یا مُتعه یا نکاح موقت یا نکاح مؤجل که در عرف به آن ازدواج موقت یا صیغه گفته می‌شود، برخلاف نکاح دائم، دارای زمان و مدت معین و مشخص است. مدت و اجرت، دو رکن از ارکان نکاح منقطع است.

فقهای امامیه، نکاح منقطع را جایز شمرده و بر مشروعیت و جواز آن به آیات و روایاتی استناد کرده‌اند. (طوسی، الخلاف، ۴/ ۳۴۰-۳۴۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ۵/ ۲۸۱؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۳۰/ ۱۳۹-۱۴۱). یکی از آیات مورد استناد، این آیه شریفه می‌باشد: «فَمَا إِسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً»: زنانی را که مُتعه [= ازدواج موقت] می‌کنید، واجب است مهر آنها را بپردازید. (نساء (۴)/ ۲۴).

۳-۳-۱- سایر اقسام نکاح

در این قسمت، به برخی از اقسام نکاح، اشاره می‌کنیم.

۱-۳-۳- نکاح مُعاطاتی

نکاح مُعاطاتی، به موردی گفته می‌شود که به تراضی طرفین صورت گیرد و بدون ایجاب و قبول لفظی باشد. میرزای نایینی در این باره گوید: «ما لایصحّ إنشأؤه بالفعل شرعاً» ایشان در ادامه می‌نویسد: نکاح معاطاتی، همان، زنا یا به تراضی است و فعلی است که مجرد از انشای قولی است و از نظر شارع مقدّس، سببی برای حلّیت چنین نکاحی وجود ندارد. (نایینی، منیة الطالب فی شرح المکاسب، تقریر نجفی خوانساری، ۱/ ۱۸۸).

۲-۳-۳- نکاح فضولی

در ادامه، در این باره، سخن خواهیم گفت.

۳-۳-۳- نکاح شِغار

نکاح شِغار، آن است که ولیّ دختری، او را به شرطی به نکاح دیگری درآورد که او هم خواهر یا دختر خود را راضی به ازدواج او بنماید و این مبادله یا معامله به صورتی می‌باشد که برای هر یک از آنان، مهریه جداگانه، تعیین نشود. این نکاح، به اتفاق علما باطل است (صاحب جواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۳۰/ ۱۲۸-۱۳۰؛ امام خمینی، تحریرالوسیله، ۲/ ۲۵۷، مسأله ۱۷).

۴-۳-۳- نکاح مسیاری

در باره ماهیت نکاح مسیاری، اختلاف نظر است. برخی از علمای اهل سنت، قائل به جواز نکاح مسیاری می‌باشند. نکاح مسیاری به نکاح منقطع، شباهت دارد.

وهبه زحیلی می‌نویسد: «این نوع ازدواج اخیراً در کشورهای خلیج فارس، بطور محدود روی داده، بر اساس مراعات اصول و ارکان عقد و نکاح، اجرا می‌شود و در آن ایجاب و قبول، ولیّ و شاهد حضور دارند. اما زن در آن تعهد می‌نماید که از حقوق نفقه و حقّ خود در

مورد تقسیم زمان او و هُوویش، صرفنظر نماید. این نکاح شرعاً جایز است اما مقاصد و اهداف اساسی ازدواج از قبیل آرامش و معاشرت و تربیت اولاد، در آن تحقق نمی‌یابد» (زحیلی، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، ص ۱۱۲).

۴- نکاح فضولی

ابتدا در باره عقد صحیح و باطل، سپس در باره عقد فضولی و نکاح فضولی، سخن می‌گوییم.

۴-۱) اقسام عقد به اعتبار صحت و بطلان

عقد را می‌توان از لحاظ ترتب اثر مقصود، از نظر صحت و بطلان، بر سه قسم، تقسیم کرد: ۱- عقد صحیح؛ ۲- عقد باطل یا فاسد؛ ۳- عقد صحیح غیرنافذ.

۴-۱-۱) عقد صحیح

عقد صحیح، عقدی است که از نظر شارع مقدس، آثاری برای آن در نظر گرفته شده، مثل عقد بیع که اگر به صورت صحیح منعقد شود، هر طرف می‌تواند طرف دیگر را وادار به تسلیم مورد معامله کند (محقق داماد، سید مصطفی، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، ص ۱۰۶ - ۱۰۷).

طبق ماده ۱۹۰ ق.م. برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲- اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴- مشروعیت جهت معامله.

۴-۱-۲) عقد باطل^۱

عقد باطل، عقدی است که از نظر شرعی هیچیک از آثار در نظر گرفته شده برای عقد همچون نقل و انتقال، بر آن مترتب نشود (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۲/۲۴۱).

شارع، به دلیل فقدان وصفی از اوصاف عقد، آثار عقد صحیح بر آن جاری نمی‌سازد ولی با رفع نقص از عقد، حالت عقد صحیح را می‌یابد مانند عقدی که مورد معامله آن مجهول و مبهم باشد که با رفع مجهول و ابهام، عقد فاسد، صحیح می‌شود و آثار عقد صحیح بر آن مترتب می‌گردد. (محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ۱/۱۱۰).

یکی از حقوقدانان در تعریف عقد باطل گوید: «عقد باطل، عقدی است که به دلیل فقدان قصد انشا یا عدم تطابق ایجاب و قبول یا نبود پاره‌ای از شرایط صحت، هیچیک از آثار منظور از عقد مطلقاً در هیچ زمانی بر آن مترتب نگردد (همان، ۱/۱۰۷).

۴-۱-۳) عقد صحیح غیرنافذ

عقد غیرنافذ، عبارت است از اینکه ارکان اصلی عقد را در بر دارد، ولی به دلیل فقدان پاره‌ای از شرایط، شارع، تأثیر آن را منوط به رفع نقص از عقد دانسته و بدون رفع نقص، متزلزل و بلااثر خواهد بود مثل عقد فضولی و عقد مکره. در جامع المقاصد آمده است: «عقد المکره ینفذ لو رضی بعد الاختیار. (محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۴/۶۱)»: اگر بعد از اختیار، مکره نسبت به عقد رضایت داد، عقد مکره معتبر و نافذ خواهد شد.

۴-۲) معاملات فضولی

طبق ماده ۲۴۷ ق.م. در مورد معاملات فضولی، قانونگذار تصریح کرده است: «معامله به مال غیر، جز به‌عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد، ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله، آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود.»

ماده ۳۵۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «بیع فضولی نافذ نیست، مگر بعد از اجازه مالک به‌طوری که در معاملات فضولی مذکور است.»

۱. در این مقاله، اصطلاح باطل و فاسد را به یک معنا در نظر گرفته‌ایم. از دیدگاه مکتب حنفی، باطل با فاسد فرق دارد. برای توضیح بیشتر، رک: گرجی، مقالات حقوقی، ۱/۱۱۹.

۴-۲-۱) تعریف فضولی

کسی که در عقد، مال غیر را موضوع معامله قرار دهد (برای خود یا برای غیر) بدون اینکه از طرف مالک، اذن داشته باشد، فضولی گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۵۰۳).
 شیخ انصاری در تعریف فضولی گوید: «هو الکاملُ الغیر المالك للتصرف و لو کان غاصباً (انصاری، کتابُ المکاسب، ۱/۳۴۱): فضولی، انسان کاملی است که برای تصرف مالکیت ندارد اگرچه غاصب باشد.

۴-۲-۲) تعریف عقد فضولی (عقد موقوف)

عقدی که عاقد بدون اینکه مالک یا مأذون از قبَل مالک یا قانون باشد، مال دیگری را مورد معامله قرار دهد، خواه عامد (سارق یا غاصب که مال غیر را بفروشد) یا اینکه کسی از روی جهل، مالی را از سارق خریده به تصور اینکه فروشنده مالک آن است، آن را به شخص ثالث بفروشد که این مورد را عقد فضولی گویند.
 فضولی در بیع، عبارت است از اینکه شخصی بدون اذن مالک یا نماینده شرعی و قانونی او، مال او را بفروشد و عهده‌دار اجرای عقد بیع یا بعضی عقود دیگر شود (فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۳۵۹ - ۳۶۰).
 عقد فضولی در اصطلاح فقهی، عقد موقوف است، یعنی نفوذ آن، موقوف و موکول به اجازه مالک یا نماینده قانونی اوست (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۵۰۳ - ۵۰۴).

۴-۲-۳) شرایط بیع فضولی

صحت عقد فضولی باید دارای جمیع شرایط از جمله قصد و بلوغ و... باشد تا نافذ گردد. عقد فضولی، با رضایت مالک که بعد از عقد است، کامل می‌شود (انصاری، کتابُ المکاسب، (مبحث بیع)، ۲ / ۵).
 قانونگذار هم در این باره در ماده ۲۴۹ ق.م.، تصریح نموده است: «سکوت مالک، ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود.» دکتر کاتوزیان در باره ماده فوق گوید: حکم سکوت، محض است، هرگاه سکوت همراه با قرینه و اوضاع و احوالی شود که بر اراده مالک دلالت کند، ممکن است اجازه ضمنی یا فعلی به‌شمار آید (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۲۳۴).

۴-۲-۴) قصه عروه بارقی و دلالت آن بر مشروعیت عقد فضولی

رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) به شخصی به نام عروه بارقی، دیناری دادند و فرمودند: برو با این دینار گوسفندی برای قربانی کردن، خریداری کن. عروه رفت و با یک دینار، دو گوسفند خرید. در بین راه که آمد یکی از دو گوسفند را به یک دینار به شخصی فروخت و سپس قبض و اقباض صورت گرفت و با یک دینار و یک گوسفند به حضور رسول خدا رسید، پیامبر وقتی از جریان مطلع شدند فرمودند: «بارک الله لک فی صَفَقَةُ یَمِینِک (نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۲ / ۴۶۲، حدیث اول).
 برخی از فقها، داستان عروه را دلیل مشروعیت عقد فضولی دانسته و تأیید و امضای پیامبر را حمل بر صحت عقد فضولی می‌دانند و برای صحت عقد فضولی به داستان عروه استناد می‌کنند.

شیخ انصاری در باره روایت عروه بارقی و بیع فضولی گوید: «به عقیده ما اصلاً بیع مذکور، فضولی نبوده زیرا به دنبال بیعی که عروه انجام داده بود، قبض و اقباض و تصرف صورت گرفته یعنی عروه یک گوسفند را به مشتری داد و یک دینار را از او گرفت، و اگر بیع فضولی بود این تصرفات جایز نبود، پس وجود قبض و اقباض و تصرف و... دلیل بر فضولی بودن معامله عروه نیست یعنی با علم و رضایت، معامله فضولی نیست (انصاری، کتابُ المکاسب، ۱ / ۳۴۳).

میرزای نایینی در مورد نوع معامله عروه گوید: «عروه به عنوان وکیل پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم)، این معامله را انجام داده است نه به عنوان فضولی (نایینی، منیة الطالب فی شرح المکاسب، تقریر شیخ موسی بن محمد نجفی خوانساری، ۲ / ۵).

۴-۳-۱) نکاح فضولی

به نکاحی که بدون اذن زوجین صورت گیرد، نکاح فضولی گفته می‌شود. به لسان حقوقی، «منظور از نکاح فضولی، آن است که کسی بدون داشتن نمایندگی از سوی غیر، تعهدی برای او بنماید (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۲۰۰).

۴-۳-۱) دیدگاه فقها و قانون مدنی درباره نکاح فضولی

عقد نکاح اگر به طور فضولی واقع شود، صحّتش متوقف به اجازه معقودعلیه یا ولیّ او می‌باشد و عقد مزبور از اصل، باطل و فاسد نیست.

مشهور فقها، فضولی را در عقد بیع و عقد نکاح، صحیح می‌دانند ولی بعضی از فقها، فضولی را فقط در عقد نکاح، جایز می‌دانند و در عقود دیگر جایز نمی‌دانند (شهید ثانی، الرّوضة البهیة فی شرح اللّمة الدمشقیة، ۳ / ۲۲۹). یکی از حقوقدانان در این باره می‌نویسد: «در فقه، نکاح فضولی، توسط مشهور فقها، پذیرفته شده است؛ و حتّی آنان که در سایر معاملات، انجام عقد را به صورت فضولی مورد تردید قرار داده‌اند، در نکاح تردید ندارند.» (محقّق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۱۹۹).

شهید ثانی در باره این حکم گویند: بین اینکه عقد از یک طرف فضولی بوده یا از هر دو طرف، فرقی نمی‌کند و اجازه وی در صورتی نافذ و مصحح است که کامل باشد و تمامی شرایط صحّت عقد را داشته باشد. وی در باره ولیّ نیز گوید: «مقصود از ولیّ، کسی است که می‌تواند عقد ازدواج مولیّ علیه را مباشرتاً متصدی شود و زمانی هم اجازه وی صحیح است که معقودعلیه کامل نباشد و عقد از اصل باطل نیست (شهید ثانی، الرّوضة البهیة فی شرح اللّمة الدمشقیة، ۵ / ۱۴۰-۱۴۱).

در قانون مدنی، نکاح فضولی، به صراحت، مطرح نشده امّا طبق مادّه ۱۰۷۰ ق.م، رضای زوجین، شرط نفوذ عقد است. از نظر حقوقی، «در صورتی که با رسیدگی‌های ماهوی، معلوم شود که عقد ازدواج بدون رضایت خواهان در سنّ ۱۱ سالگی که بالغ بوده، صورت گرفته است، عقد فضولی است و نیاز به تنفیذ دارد. همچنین است اگر ثابت شود که عقد کُرهاً واقع شده است زیرا مادّه ۱۰۷۰ ق.م، رضای زوجین را شرط نفوذ عقد می‌داند» (نظریه شماره ۷/۶۸۳ مورّخه ۱۳۷۵/۳/۳، اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه).

۴-۳-۲) مستند فقهی نکاح فضولی

محمد بن مسلم از حضرت باقر (علیه السّلام) سؤال می‌کند راجع به مردی که مادرش در غیاب وی، زنی را برای او تزویج کرده. حضرت فرمودند: چنین نکاحی جایز است منتهی مرد اگر خواست قبول نماید، و اگر هم نخواست می‌تواند آن را واگذارد. همچنین در روایت دیگری از امام باقر (علیه السّلام) راجع به پسر و دختر جوانی سؤال می‌کند که ولیّ این دو، اقدام به تزویج آن‌ها نمودند، در حالی که ایشان هنوز بالغ نشده بودند. حضرت فرمودند: نکاح جایز و هر کدام که بالغ شدند در قبول و ردّ عقد، مختار هستند (حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشّیعة إلی تحصیل مسائل الشّریعة، ج ۲۰، ص ۲۸۰-۲۸۱).

۴-۳-۳) رعایت غطبه و مصلحت صغیر یا صغیره

اقدام ولیّ در نکاح صغیر یا صغیره، باید با رعایت غطبه و مصلحت آنان باشد. در صورت عدم رعایت مصلحت، گروهی از فقها، عقد را بکلی باطل می‌دانند (طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، ۵/۶۱۷) امّا برخی از فقها از قبیل امام خمینی (ره)، معتقدند که نکاح به صورت «فضولی» واقع شده و صحّت آن، منوط به اجازه صغیر یا صغیره، پس از بلوغ می‌باشد. به بیان دیگر، در صورت «اجازه»، عقد نکاح صحیح است امّا در فرض «ردّ» نکاح توسط صغیر یا صغیره، عقد نکاح واقع شده، باطل می‌باشد (امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۲۵۵).

ظاهر مادّه ۱۰۴۱ قانون مدنی، با نظر اول (رعایت مصلحت مولیّ علیه)، موافق است.

۴-۳-۴) اجازه در نکاح فضولی، کاشفه است یا ناقله؟

فقها و حقوقدانان، اجازه در عقد فضولی را به اجازه کاشفه و ناقله تقسیم‌بندی کرده‌اند. کاشف بودن اجازه، به این معنی است که بعد از صدور اجازه، حکم به حصول آثار عقد از حین وقوع عقد می‌شود کأنّ، اجازه، مقارن با عقد واقع شده است. ناقل بودن اجازه، به این معنی است که بعد از صدور اجازه، حکم به ترتّب آثار عقد از حین صدور اجازه، می‌نماییم. از نظر فقهی، اجازه در نکاح فضولی، کاشفه است، مثلاً اگر مهریه زوجه، عین معین باشد، منافع آن از زمان وقوع عقد، متعلّق به زوجه است نه از زمان صدور اجازه.

۴-۳-۵) تجاوز وکیل از اختیارات:

ممکن است وکیل از اختیاراتی که موکّل به او در نکاح، راجع به شخص یا مهر داده است، تجاوز کند، طبق فتاوی فقهای امامیه، نکاح، غیرنافذ است (صفایی، حقوق خانواده، ۱/۵۹) و طبق صریح مادّه ۱۰۷۲ قانون مدنی، «صحّت عقد متوقف بر تنفیذ موکّل است.» و موکّل می‌تواند عقد را ردّ یا تنفیذ کند.

همچنین هرگاه وکیل از اختیار راجع به مورد مهریه زوجه تجاوز کند، در این مورد نیز، نکاح فضولی محسوب می‌گردد و صحت نکاح، منوط به تنفیذ موکله می‌باشد (طباطبایی حکیم، مستمسک العروة، ۴۰۸/۱۲).
شایان ذکر است حکم تخلف وکیل در نکاح، تفاوتی با سایر موارد وکالت ندارد.

منابع و مراجع

- [۱] قرآن مجید (ترجمه آیت الله ناصر مکارم شیرازی).
- [۲] ابن رشد حفید، محمد بن احمد. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. (دو جلدی). تحقیق: خالد العطار. بیروت: دارالفکر. ۱۴۱۵ ق.
- [۳] ابن قدامه مقدسی حنبلی، عبدالله بن احمد. المغنی. (دوازده جلدی). تحقیق: جماعه من العلماء. بیروت. دارالکتب العربی. [بی تا].
- [۴] امام خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله. (دو جلدی). قم. مؤسسه نشر اسلامی (جلد اول): چاپ دوم. ۱۴۰۶ ق؛ جلد دوم: چاپ اول. ۱۴۰۴ ق.
- [۵] انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب المکاسب. (سه جلدی). بیروت: مؤسسه التعمان. ۱۴۱۰ ق = ۱۹۹۰ م.
- [۶] جوهری، اسماعیل بن حماد، صحاح اللغه (الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیة). (شش جلدی). تحقیق احمد بن عبدالغفور عطار. چاپ چهارم. بیروت. دار العلم للملایین. ۱۴۰۷ ق.
- [۷] حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. (سی جلدی). چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث. ۱۴۱۴ ق.
- [۸] سرخسی، محمد بن احمد. المبسوط. (سی جلدی). تحقیق: جمع من الافاضل. بیروت: دارالمعرفه. ۱۴۰۶ ق.
- [۹] شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. چاپ دوم. قم: انتشارات دارالفکر. ۱۳۶۸ ش.
- [۱۰] ألقواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیة. (دو جلدی). تحقیق عبدالهادی حکیم. چاپ اول. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. [بی تا].
- [۱۱] شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. (ده جلدی). تعلیق سید محمد کلانتر. بیروت. مؤسسه الأعلمی للمطبوعات. [بی تا].
- [۱۲] راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات ألفاظ القرآن فی غریب القرآن. (سه جلدی). چاپ دوم. دمشق: دارالقلم. ۱۴۱۲ ق.
- [۱۳] صاحب جواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. (چهل و سه جلدی). تصحیح: محمود قوچانی. چاپ دوم. تهران. دارالکتب الاسلامیة. ۱۳۶۲ ش.
- [۱۴] طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی. (پنج جلدی). تصحیح احمد محسنی سبزواری. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱۴۱۹ ق.
- [۱۵] طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروة، چاپ نجف، بی تا، ۱۳۷۹.
- [۱۶] طریحی، فخر الدین. مجمع البحرین. (شش جلدی). تحقیق سید احمد حسینی. چاپ سوم. تهران. کتابفروشی مرتضوی. ۱۴۱۶ ق.
- [۱۷] طوسی، محمد بن حسن. کتاب الخلاف، (پنج جلدی). چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۰۹ ق.
- [۱۸] المبسوط فی فقه الامامیة. (هشت جلدی). چاپ دوم. تهران: مکتبه المرتضویة. ۱۳۸۸ ق.
- [۱۹] فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سیوری حلی. کنز العرفان فی فقه القرآن. تصحیح: محمد باقر بهبودی. تهران. انتشارات مرتضوی. ۱۳۴۳ ش = ۱۳۸۴ م.
- [۲۰] علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء. (هفده جلدی). چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام). ۱۴۱۴ ق.
- [۲۱] محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. (دوازده جلدی). چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث. ۱۴۱۱ ق.
- [۲۲] نایینی، محمد حسین. منیة الطالب فی شرح المکاسب. (سه جلدی). تقریر شیخ موسی بن محمد نجفی خوانساری، چاپ سوم. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۳۱ ق.
- [۲۳] نوری، حسین. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. (بیست و پنج جلدی). چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث. ۱۴۰۸ ق.
- [۲۴] امامی، سید حسن. حقوق مدنی. (شش جلدی). چاپ پنجم. تهران: کتابفروشی اسلامیة. ۱۳۶۸ ش.

- [۲۵] جعفری لنگرودی، محمدجعفر . ترمینولوژی حقوق. چاپ چهارم. تهران: گنج دانش. ۱۳۶۸ش.
- [۲۶] زحیلی، وهبه. فقه خانواده در جهان معاصر. مترجم: عبدالعزیز سلیمی. تهران. نشر احسان. ۱۳۷۹ش.
- [۲۷] صفایی، سید حسین، و امامی، اسدالله. حقوق خانواده، جلد اول، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۳ش.
- [۲۸] فیض، علیرضا. مبادی فقه و اصول. چاپ هفدهم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۸۴ش.
- [۲۹] کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق. تهران. شرکت سهامی انتشار. ۱۳۷۷ش.
- [۳۰] ، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ دوازدهم. تهران. نشر میزان. ۱۳۸۴ش.
- [۳۱] گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی. (دو جلدی). چاپ دوم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۷۵ش.
- [۳۲] محقق حلی، جعفر بن حسن. ترجمه فارسی شرائع الإسلام. ترجمه ابوالقاسم بن احمد یزدی. به کوشش: محمدتقی دانش پژوه. چاپ چهارم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۶۸ش.
- [۳۳] محقق داماد، سید مصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). چاپ شانزدهم. تهران: نشر علوم اسلامی. ۱۳۹۰ش.
- [۳۴] حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: انتشارات سمت. ۱۳۷۹ش.
- [۳۵] نظریه شماره ۷/۶۸۳ مورخه ۱۳۷۵/۳/۳، اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه.