

ماهیت معامله فضولی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۰۵/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۱۰/۱۵)

مهدی رحمانی منشادی

استاد دانشگاه

چکیده

در کشور ما اگر چه فروش مال غیر جرم محسوب می شود و در حکم کلاهبرداری است ولی این معامله قابلیت صحت را دارد و می تواند با اجازه بعدی صاحب مال، معامله صحیح می شود. به این معامله، معامله فضولی می گویند. حقوقدانان در مورد ماهیت این معامله، بحث های مختلفی کرده اند از جمله اینکه اجازه مالک، چه نقشی در صحت معامله دارد. این مقاله در پی تحلیل معامله فضولی است و اینکه در بین نظریه های مطرح شده برای معامله فضولی بهترین نظریه، نظریه نمایندگی است.

۲۹۳



واژگان کلیدی: معامله، معامله فضولی، نظریه، نمایندگی، اصیل

بخش اول: کلیات

معامله ی فضولی، معامله ای است که شخص دیگری غیر از مالک، مال مالک را بدون داشتن نمایندگی از طرف مالک بفروشد. حال فرقی نمی کند مال مالک را، از طرف خویش (بیع فضولی لنفسه) و یا از طرف مالک (بیع فضولی لغيره) بفروشد. معامله ی فضول در هر دو صورت آن، بنا بر قانون مدنی صحیح است ولی درباره اینکه دلیل صحت معامله پس از اجازه ی مالک چیست؟، نظریه هایی درباره ماهیت معامله ی فضول ابراز شده است. مقاله حاضر که درباره ی ماهیت معامله ی فضولی است فوائد بسیاری دارد زیرا اگرچه ماهیت معامله ی فضولی بیشتر از مباحث نظری محسوب می شود تا عملی. ولی پس از بررسی نظریه ها فهمیده می شود از مباحث نظری است که دارای فوائد عملی است و با توجه به مبنایی که ما درباره ماهیت معامله فضول می پذیریم، باید به نتایج خاص آن نظریه نیز پایبند باشیم. مثلاً اگر نظریه نمایندگی را بپذیریم باید به این نتیجه آن نیز پایبند باشیم که دیگر مالک لازم نیست در هنگام اجازه، علم تفصیلی به شرایط عقد داشته باشد. در این تحقیق، در فصل اول به تعریف معامله فضولی پرداخته شده است و در فصل دوم نظریه های درباره ماهیت معامله فضولی مطرح شده است.

بند اول: ماهیت معامله فضولی

معامله فضولی بر اساس مواد قانونی غیر نافذ است. (ره پیک، ۱۳۸۷) عقد غیر نافذ در عالم حقوق، موجود اعتباری ناقصی است که هرگاه نقص آن با تنفیذ بعدی طرف یعنی اعلام اجازه او پس از انشای عقد، برطرف شود، عقد نافذ و کامل می شود و آثار قانونی آن جریان پیدا می کند. و اگر شخص ناراضی، عدم اجازه خود را بعداً اعلام کند، آن موجود ناقص اعتباری هم نابود می شود. (شهیدی، ۱۳۸۲) قانون مدنی، معامله فضولی را غیر نافذ دانسته است. دلیل غیر نافذ بودن معامله فضولی، اشکالی است که در این معامله وجود دارد اینکه معامله کننده بدون داشتن هیچ گونه سمت و صلاحیتی بر مال غیر، معامله انجام داده است. این اشکال از نظر قانون مدنی موجب بطلان قرارداد نیست بلکه معامله انجام شده با اجازه بعدی نافذ می گردد. (ره پیک، ۱۳۸۷) پس از معامله فضولی، مالک حق اجازه یا رد معامله را دارد. در صورت رد،



معامله باطل است. و در صورت اجازه، معامله نافذ می شود. اما اینکه معامله غیر نافذ، چگونه بوسیله اجازه بعدی نافذ می شود، اختلاف نظر وجود دارد. (ره پیک، ۱۳۸۷) در فصل بعدی به این اختلاف نظرها اشاره می کنیم.

بخش دوم: نظریات درباره ماهیت معامله فضولی

بند اول: اجازه مالک، شرط نفوذ عقد است

از نظر قائلین این نظریه؛ رضای مالک، نقش تنفیذ کنندگی دارد و اجازه ی مالک، شرط نفوذ عقد است. ولی رضای مالک از ارکان عقد نمی باشد. اجازه در حقیقت امضای بیع است. عقد بیعی که به مجرد انشای صیغه بوجود آمده است عقد بین اصیل و فضول منعقد شده و نقصی ندارد و عدم رضای مالک در حکم مانعی برای آن می باشد. (مثل این که رطوبت داشتن چوب، مانع آتش گرفتن چوب است). در این نظریه بین عقد و آثار آن تفکیک قائل شده است. عقد قبلاً محقق شده است و رضا فقط برای تحقق آثار عقد ضروری است. به این دلیل که عقد بر مبنای (اوفوا بالعقود) سبب تام در تملیک است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

بررسی اشکالات وارد بر نظریه: ۱- اگر عقد، سبب تام است پس اجازه مالک چه نقشی دارد. ۲- چطور اجازه (رضایت مالک) که مانع نفوذ عقد را از بین می برد در گذشته اثر می کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

در این نظریه سعی شده است که برای فضول نقشی در انعقاد معامله قائل شود شاید بتوان گفت در این نظریه، بیشتر به این مطلب توجه شده است که معامله به مال غیر از مصادیق تصرف در مال دیگران است و تصرف در مال دیگران حرام است. و انتقال مال مالک از طرف فضول به اصیل، تصرف در مال دیگران است. در معامله فضولی، تمام ارکان عقد، کامل است ولی مانعی برای تأثیر عقد فضولی وجود دارد و آن این است که اثر معامله فضولی، مستلزم تصرف کردن در مال دیگران است که حرام است. به همین خاطر گفته است که اجازه، شرط بوجود آمدن آثار عقد است. اشکال این نظریه در همین است که توجه ندارد حکم تکلیفی (حرمت تصرف در مال دیگران)، همیشه مستلزم حکم وضعی (بطلان و عدم نفوذ معامله) نمی باشد. یعنی نمی توان گفت چون فلان کار چون حرام است موجب بطلان عقد می شود.



همانطور که در مورد بیع در هنگام برگزاری نماز جمعه گفته اند حرام است ولی اگر بیعی انجام شد آن بیع باطل نیست.

مویدات نظریه: ۱- اگر نقش تنفیذ کنندگی قائل باشیم با نظریه کشف سازگار است که ظاهراً مورد قبول قانون مدنی است. ۲- تعبیر قانون حاکی است که عمل فضول، عقدی را ایجاد کرده است که نفوذ و تأثیر ندارد (نه آنکه ناقص باشد) و با اجازه مالک، آن عقد موثر می گردد. (ره پیک، ۱۳۸۷) ۳- از ظاهر مواد فصل مربوط به معاملات فضولی اینگونه استنباط می شود که اجازه یا رد مالک به نفس معامله تعلق می گیرد و به شخص معامله کننده فضولی به منظور تصحیح سمت او بازگشت نمی کند.

بند دوم: رضای مالک، شرط کمال عقد است

در این نظریه، رضای مالک تکمیل کننده عقد سابق است. (ره پیک، ۱۳۸۷) معامله فضولی، تمام ارکان یک معامله را به استثنای رضای غیر (مالک)، داراست و پس از انضمام بعدی اجازه غیر (مالک) تمام عناصر و ارکان عقد تکمیل شده و ایجاد آثار قانونی خواهد کرد. (شهیدی، ۱۳۸۷) و پس از وقوع معامله توسط فضولی و اعلام رضایت مالک، شرایط عقد کامل می شود و عقد غیر نافذ، نافذ می شود. زیرا عقد مرکب از اجزایی است که پس از تحقق تمام اجزایها، عقد محقق و کامل می شود و اجزا وقتی تام اند که اجازه مالک نیز باشد. (شهیدی، ۱۳۸۷) این نظریه را می توان مطابق این نظریه مشهور دانست که، اراده را به دو عنصر قصد و رضا تحلیل کرده است یعنی رضای مالک یکی از ارکان عقد است. یعنی معامله فضولی با رضای مالک، ارکان (عقد) آن کامل می شود. نقشی که مالک در تحقق ارکان عقد دارد فقط رضای اوست قصد انشاء از جانب هر کس رخ دهد موجب تحقق عقد می شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۹) شاید بدین خاطر باشد که قانون مدنی به طور اطلاق گفته است: «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر آن کند». و قانون تصریح نکرده است قصد انشاء باید از طرف اصیل باشد شاید از همین اطلاق بتوان نتیجه گرفت قصد انشاء چه از طرف اصیل و چه از طرف فضول موجب تحقق عقد می شود. پس می توان چنین گفت: ۱- از نظر تحلیل قراردادهای، ملازمه ای بین قصد و رضا، از نظر مقارنت

زمانی وجود ندارد. ۲- از نظر تحلیل قراردادها، ملازمه ای بین قصد و رضا از نظر صدور آنها از شخص واحد وجود ندارد. قصد به معنای اراده ایجاد رابطه و اثر حقوقی می تواند از هر کسی که شرایط اهلیت را داشته باشد صادر شود و رضایت که مبتنی بر مصلحت اندیشی در قرارداد است می تواند بوسیله مالک یا مأذون از طرف مالک اعلام گردد. (ره پیک، ۱۳۸۷) آنچه از شرایط صحت معامله است، رضای مالک است خواه رضایت مقارن عقد یا متأخر از زمان انعقاد عقد باشد. (قنواتی، ۱۳۷۷).

اشکالات وارد بر نظریه: ۱- اراده، نتیجه ی رشته ای از فعالیتهای روانی است. اثر اراده در جهان خارج، امری اعتباری است نه قهری. یعنی اراده به محض بوجود آمدن در جهان خارج تأثیر نمی گذارد و به حکم قانون اثر می گذارد. قانونگذار فقط به مالک اجازه داده است که برای اموال خود تصمیم بگیرد یا به دیگری نیابت انتقال آن را بدهد و اراده ای که خارج از قلم و قدم بردارد، توان سازندگی با خود ندارد. با این حال، چگونه فضولی می تواند رابطه حقوقی برای مالک بوجود آورد و این عقد اگر با رضای مالک توأم شود در حکم عقدی برای مالک نسبت به دارایی خود باشد. ۲- اگر فضول عقد را برای خود منعقد کرده است کار مشکل تر است زیرا سوال است که رضای مالک به عقدی تعلق می گیرد که فضول برای خود منعقد کرده است. اینجا چگونه رضای مالک تعلق می گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹) ۳- چگونه رضای متأخر مالک به قصد فضول پیوند می خورد و چگونه اجازه در گذشته اثر می کند.

بند سوم: اجازه مالک، اماره ای بر رضای تقدیری اوست

اجازه بعدی مالک، نشان می دهد که مالک در هنگام معامله، به عقد راضی بوده است. و اجازه مالک، کاشف از رضای تقدیری او به هنگام معامله است. مبنای این نظریه این است که آنچه باعث نفوذ عقد است، رضای باطنی مالک است و اجازه، اماره ای بر رضای او در زمان ایجاب و قبول است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹) شاید به خاطر تحت تأثیر گرفتن از این نظریه باشد که بعضی گفته اند که اگر مالک هنگام عقد، به معامله در باطن خود راضی باشد عقد لازم است. تحلیل نظریه: این نظریه برای رفع این اشکال ابراز شده است که چگونه رضای متأخر (شرط متأخر)، در عقد پیشین اثر می کند. طراحان این نظریه بر این مطلب می خواستند تأکید



کنند که رضا باید همراه و مقارن عقد باشد. که البته این نظر با قانون مدنی که قصد و رضا را همراه با هم شرط صحت عقد معرفی کرده است، هماهنگ است چون در قانون ذکری نیامده است که رضای می تواند متأخر از عقد باشد. البته این نظریه با مبنای قانون مدنی که ظاهراً نظر کشف را پذیرفته است نیز هماهنگ است چون نظریه کشف دلالت دارد که عقد از زمان وقوع محقق می شود و قانون مدنی نمائات و منافع را از زمان وقوع عقد برای مشتری می داند. این نظریه که از زیر مجموعه های نظریه های قصد و رضا است و در عقد، دو عنصر قصد و رضا را از هم تفکیک کرده است ولی نخواست است عدم تقارن زمان آن دو را (قصد و رضا) را صحیح بداند. ولی این نظریه از این نکته غافل مانده است که اگر رضای مالک تصحیح کننده عقد است. فصول که عقد فضولی را جاری کرده است در انشاء او علاوه به قصد، رضا هست. رضای فضول کجا می رود. آیا رضای مالک، جانشین رضای فضول می شود یعنی رضای مالک شرط صحت عقد است. و رضا به عقد فقط می تواند از جانب مالک ابراز شود و حتماً باید رضای مالک، مقارن عقد باشد. و قصد است که فقط می تواند از جانب هر کس ابراز شود، حتی اگر مالک مال باشد. چگونه قصد انشاء فضول و رضای مالک یک عقد را می سازد.

اشکالات وارد بر نظریه: ۱- این نظریه در قانون مدنی پذیرفته نشده است چون در ماده ۲۴۷ ق م رضای باطنی مالک را برای نفوذ عقدی کافی ندانسته است در حالی که در این نظریه برای تصحیح عقد از رضای باطنی مالک استفاده کرده است. ۲- می دانیم خریدار در مال مورد معامله تا زمانی که مالک به معامله رضایت نداده است حق تصرف ندارد، در حالی که بنابراین نظر در رضای باطنی مالک باید شخص حق تصرف داشته باشد. زیرا اجازه مالک کاشف از رضای او از هنگام عقد است. ۳- بنابر این نظریه باید اجازه مالک بعد از رد او نیز عقد را تنفیذ کند اگر مالک باطناً هنگام عقد راضی بوده است. (چون اجازه، اماره ای بر رضای هنگام عقد است و اجازه مالک موضوعیت ندارد بلکه رضای باطنی مالک است که موضوعیت دارد و اجازه طریق و راهی برای احراز رضای باطنی مالک است.) زیرا با وجود رضای باطنی مالک عقد محقق شده است و شخص نمی تواند عقدی را که تشکیل داده است رد کند و باطل کند. ۴- در عقد فضولی لافسه، در بسیاری از موارد، مالک از معامله بین فضول و اصیل، بی خبر بوده

است ولی در اینجا هم گفته اند با اجازه بعدی مالک، عقد نافذ می شود. در این مورد چگونگی اجازه بعدی مالک دلالت بر رضای باطنی هنگام عقد می کند، در حالی که علی الفرض، مالک در هنگام معامله، اصلاً از معامله خبر نداشته است و بعداً از وقوع معامله با خبر شده است. ۵- این نظریه با این اشکال روبرو است که می گوید اگر مالک بینی و بین الله به معامله هنگام عقد باطناً راضی بوده است باید معامله را اجازه دهد و الا اجازه ندهد. و دیگر به طور مادی نمی تواند مصلحت اندیشی کند که آیا عقد هنگام اجازه برای او مفید یا مضر است و مجبور است در صورتی که باطناً راضی بوده است حتی اگر عقد برایش مضر باشد آن را اجازه دهد. ۶- قانون برای اجازه، فعل یا لفظ را گفته است و این نشان می دهد رضا باید حتماً بروز کند و رضای باطنی کافی نیست و گرنه می گفت مگر اینکه رضایت مالک از اوضاع و احوال استنباط شود.

جواب به بعضی اشکالات: ما راهی را برای کشف رضایت باطنی مالک نداریم مگر اینکه خود مالک به این امر اقرار کند. و اینکه مالک معامله را رد می کند، نشان می دهد مالک باطناً راضی نبوده است و بیع باطل می شود. و اجازه بعدی را نمی توان دیگر اماره بر رضایت باطنی مالک دانست چون هر دوی اجازه سابق و رد حق در یک حد، اماره هستند و در این صورت مشخص است که باید اماره مقدم را معتبر دانست. از طرف دیگر، بنابراین نظر که رضای باطنی مالک مهم است و اجازه فقط اماره است. باید گفت رضای باطنی مالک لازم نیست ابراز شود. اگر رضای باطنی مالک احراز شود نشان می دهد عقد محقق شده است. و اگر مالک باطناً راضی باشد عقد محقق می شود. شاید بعضی ها مثل شیخ انصاری که چنین عقده را در صورتی که مالک باطناً راضی باشد صحیح و لازم می دانند و می گویند نیازی به اجازه بعدی مالک نیست و به خاطر تأثیر گرفتن از این نظریه باشد.

بند چهارم: اجازه مالک باعث تبدیل عقد فضول به عقدی بین اصیل و مالک

می شود

این نظریه به طور کلی مطرح نشده است و فقط در بیع فضولی لئفسه (بیع غاصب و سارق) مطرح شده است. چون در بیع غاصب، غاصب مال را بدین هدف می فروشد که بیع برای او محقق شود و مالک ثمن شود و معامله را برای خود منعقد می کند و اجازه مالک با قصد



غاصب تعارض دارد. چون معلوم نیست اجازه مالک به چه نحو به تعلق می گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹) غاصب قصد وقوع بیع برای خود داشته است اگر بگوییم اجازه مالک، باعث تحقق بیع برای غاصب می شود. در حالی که منظور مالک از اجازه این نیست. اگر بگوییم اجازه مالک بدین معناست که بیع برای مالک محقق شود این با قصد غاصب از بیع منافات دارد. (ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع) اینجا را قائلین این نظریه چنین توجیه کرده اند با اجازه مالک، بیعی که غاصب برای خود منعقد کرده است تبدیل به عقدی برای مالک و اصیل می شود. بر اساس حرف میرزای قمی، اظهار رضایت مالک که در قالب اجازه و بعد از خاتمه عقد فضولی اعلام می گردد. عقدی را که در گذشته بین فروشنده فضولی و خریدار صورت گرفته است. متحول ساخته، آن را به عقدی بین مالک و مشتری می نماید. لذا اظهار دوباره قبول از سوی خریدار ضرورت نداشته کلمه جزت، خود هم ایجاب از سوی مالک و هم قبول از سوی مشتری محسوب می شود. (فخار طوسی، ۱۳۸۵)

اشکالات وارد بر این نظریه: با در نظر گرفتن این نکته که مشتری در اعلام رضایت خویش موافقت خویش را نسبت به داد و ستد با شخص فضولی مطرح نموده است جای این پرسش خواهد بود که در عقد دوم (بین مالک و مشتری) رضایت وی (خریدار) چگونه بدست می آید؟ آیا عقد دوم، خالی از رضایت مشتری که خود رکن عقد به شمار می آید نیست. به عبارت دیگر طبق ادعای میرزای قمی عقد مجاز با عقد واقع مغایر می باشند و رضایت مشتری تنها نسبت به عقد واقع اعلام گردیده نه عقد مجاز. بنابراین در عقد مذکور (مجاز) رضایت مشتری وجود ندارد و این برخلاف اجماع و عقل است. چه به حکم عقل تصرف در مال دیگران بدون رضایت ایشان نارواست و در اینجا مالک بدون رضات مشتری کالای خود را در برابر مال وی می فروشد و دانشمندان ضرورت وجود رضایت مشتری را به اتفاق پذیرفته اند. چیزی که در عقد مورد بحث منتفی است.

در اینجا می توان گفت مشتری در اعلام رضایت خویش، موافقت خویش را نسبت به داد و ستد با صاحب کالا اعلام کرده است چون آنچه در معنای بیع دخیل است مبادله و کالا است. (نگاه موضوعی به بیع) نه اینکه بیع مبادله بین دو طرف باشد (نگاه شخصی به بیع). پس آنچه

مشتری رضایت خویش را به آن اعلام کرده است اینکه مالش را به طرفی که صاحب کالای مقابل (ثمن) است تملیک کند نه اینکه مالش را به طرف مقابل تملیک کند دلیل به این مطلب این است که بیع از عقود است که شخصیت طرف معامله، علت اصلی انعقاد عقد نیست و اشتباه در شخصیت طرف معامله، علی الاصول موجب بطلان عقد نیست. پس رضایت قبلی مشتری وجود دارد و رضایت مشتری به انعقاد معامله با صاحب کالا است. چه صاحب کالا، طرف معامله باشد یا اینکه صاحب کالا، شخص دیگری غیر از طرف معامله باشد.

بخش سوم: تحلیل نظریه میرزای قمی

آنچه در این نظریه به آن توجه شده است این است که چه چیزی موجب می شود عقد بین مشتری و فضول، در حق اصیل تأثیر کند و این عقد نمی تواند در حق اصیل اثر کند و تأثیر عقد در حق اصیل با اصل نسبی بودن قراردادها تعارض دارد. پس باید نقشی برای اصیل در عقد بین فضول و خریدار در نظر گرفته شود. برای همین این نظریه خواسته است برای اصیل نقشی در انعقاد عقد بدهد پس اجازه اصیل را هم ایجاب و هم قبول در نظر گرفته است. توجه این نظریه به این اشکال ستودنی است چطور عقد در حق ثالث که اینجا اصیل است اثر دارد؟ و چطور با اصل نسبی بودن قراردادها هماهنگ است؟ و می توان آن را گامی جلو برای این نظریه دانست که متوجه یکی دیگر از اشکالات معامله فضولی شده است. ولی از طرف دیگر باید توجه داشت این نظریه خواسته است برای فضول نقشی در انعقاد عقد قائل نباشد برای همین خواسته است معامله را بین صاحب کالا و اصیل قرار دهد. عیب نظریه در همین است که می خواهد فضول را از معامله فضولی خارج کند. در حالی که می دانیم اگر فضول معامله فضولی را انعقاد نکرده بود مالک چه عقدی را می توانست اجازه کند.

اشکال وارد بر این نظریه: اشکالی که می توان بر این نظریه کرد که چگونه اجازه مالک هم ایجاب و هم قبول است. شاید بتوان دلالت اجازه معاطاتی (فعل) بر ایجاب و قبول را توجیه کرد ولی در هنگامی که اجازه بوسیله لفظ (مثل رضیت یا امضیت) ابراز می شود. چگونه یک لفظ هم بر ایجاب و هم بر قبول دلالت دارد. و هر جای عقدی بوسیله الفاظ تشکیل می شود



همیشه ایجاب و قبول دو لفظ جداگانه است و دلالت اجازه بر ایجاب و قبول با مفاد عرفی اجازه مغایرت دارد.

بند اول: نظریه کاشف الرموز

شاید گفت به خاطر توجه به اشکال بالا، کاشف الرموز نظریه دیگری را برای چگونگی ماهیت معامله فضولی داده است. کاشف الرموز گفته است اجازه مالک، عقد جدیدی را بوجود می آورد و اجازه مالک، ایجابی است که با قبول قبلی اصیل ضمیمه می شود و این باعث انتقال از هنگام وقوع عقد جدید است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹) در این نظریه هم سعی شده برای مالک مال نقشی در انعقاد معامله در نظر گرفته است تا معامله فضولی استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها به شمار نیاید. ولی در این نظریه مثل نظریه قبلی، خواسته است نقش فضول را در معامله فضولی نادیده بگیرد در حالی که گفتیم اگر معامله فضولی نبود چه عقدی را می توانست امضاء کند. ولی حسن نظریه در این قسمت که به این اشکال توجه داشته است که اجازه نمی تواند هم دلالت بر ایجاب و هم قبول نماید.

بند دوم: اشکال وارد بر نظریه کاشف الرموز

گفته اند ایجاب با قبول قبلی اصیل مطابقت ندارد. چون اصیل نیت معامله را با فضول داشته است. اولاً بیع از عقود است که در آن شخصیت طرف معامله تأثیر گذار نیست. ثانیاً در بیع مبادله دو مال منظور است و دو طرف معامله نقشی در تحقق بیع ندارد. پس باید گفت ایجاب با قبول قبلی اصیل مطابقت دارد زیرا اصیل به انعقاد عقد با طرف معامله نظر داشته است و این از معنای عرفی معامله فهمیده می شود.

ولی حسن دو نظریه در این است که خواسته اند غیر از عقد فضولی، عقد دیگری نیز در نظر گیرند و از این جهت مثل نظریه نمایندگی اند. پس باید گفت این سه نظریه، به گونه های مختلف خواسته اند، اجازه را باعث پیدایش عقد جدیدی بدانند. نظریه میرزای قمی، اجازه را عقد جدیدی دانسته اند که هم ایجاب و هم قبول است. ولی نظریه دوم و سوم اجازه را ایجاب دانسته اند که در نظریه دوم کاشف الرموز طرف قبول، اصیل است و در ایجاب مالک با



ضمیمه قبول قبلی مشتری عقد جدیدی بوجود می آورد. ولی در نظریه سوم نمایندگی ایجاب مالک با ضمیمه قبول قبلی فضول، عقد جدیدی بوجود می آورد.

بند سوم: نظریه نمایندگی

فضول معامله را مانند وکیل، برای دیگری تشکیل می دهد و پس از اجازه مالک، وکالت فضول، در زمان تشکیل معامله (انعقاد عقد) محقق می گردد. مانند آنکه از ابتدا وکالت به این امر داشته باشد. نتیجه وضع، این است که معامله از ابتدا به وسیله وکیل منعقد شده است. (شهیدی، ۱۳۸۷) پس مالک صلاحیت لازم را به فضول اعطاء می کند تا وی بتواند به نیابت از طرف مالک اقدام نماید و مالک قائم مقام فضول به شمار می آید. نظریه نمایندگی وسیله اعطاء این اختیار (نیابت) و دادن صلاحیت را به دست داده است. اگر فضولی نماینده مالک باشد همه چیز درست می شود عقد را نماینده می بندد و اثر آن در دارایی مالک ظاهر می شود و عقد منسوب به مالک است. (ره پیک، ۱۳۸۷) پس اجازه مالک به منزله وکالت دادن به بایع فضول است به این معنا که مالک با اظهار رضایت خود اعلام می کند که بایع هنگام عقد وکیل او بوده است. (باقری، ۱۳۸۴)

پس می توان گفت نظریه نمایندگی مبتنی بر سه مقدمه است:

۱- عقد فضولی تمام ارکان لازم را دارد و اجازه مالک جزء ارکان عقد نیست و عقد فضولی بین اصیل و فضول به صورت کامل منعقد می شود. ۲- اشخاص نمی توانند در دارایی دیگران تصرف کنند و مالک فقط می تواند در دارایی خود تصرف کند خواه مستقیماً تصرف کند یا توسط نمایندگان خود (قضایی، قانونی، قراردادی) تصرف کند. ۳- اصل نسبی بودن قراردادها می گوید عقد فقط بین متعاملین تأثیرگذار است و در حقوق اشخاص ثالث نمی تواند اثر کند. و حال اگر بخواهد عقد در مورد مالک تأثیرگذار باشد چه اثری باید برای اجازه قائل شویم که با اصل نسبی بودن قراردادها تعارض نداشته باشد. راه این است که بگوییم مالک با اجازه خود، فضول را نایب خویش قرار می دهد یا کاری که فضول قبلاً انجام داده است، به نیابت از خود قبول می کند. عقد را فضول می بندد (تمام ارکان عقد کامل است) ولی آثار عقد برای مالک است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)





بخش چهارم: نظریه نمایندگی در میان حقوقدانان

آقای دکتر امیری قائم مقامی، نمایندگی بعدی را مطرح کرده است و دلیل آن این است که اختیار بعد از انجام دادن عمل حقوقی با اجازه مالک به نماینده، تنفیذ می‌شود و در اثر آن نمایندگی محقق می‌شود. (امیری قائم مقامی، ۱۳۵۶) این نظریه با نظریه نمایندگی دکتر کاتوزیان از نظر محتوا فرق ندارد و فقط به خاطر اینکه نمایندگی با اجازه بعدی مالک کالا به وجود می‌آید، نظریه را مسمی به نمایندگی بعدی کرده است. و خواسته است بین وکالت که نمایندگی با اذن قبلی است و نمایندگی بعدی در فضولی که با اجازه (اذن بعدی) حاصل می‌شود، تفاوت قائل شود. دکتر سیدحسن امامی در یک جا، از کتاب خود چنین تعبیر کرده است که: «مالک تمامی آثار اعمال نفوذ را مانند اعمال وکیل قبول می‌نماید» و بعد از اینکه این دلیل را آورده است: «انشای یک امر تنها برای حال و آینده است و انشاء وکالت برای زمان گذشته معقول نمی‌باشد». (امامی، ۱۳۸۵) می‌توان گفت دکتر سیدحسن امامی تمایلی به پذیرش نظریه نمایندگی داشته است اگرچه آن را به خاطر اشکال فوق‌الذکر نپذیرفته است و چنانچه در کتاب ایشان مشهود است، برای توجیه معاملات فضولی از نظریه قصد و رضا استفاده کرده‌اند. (امامی، ۱۳۸۵) دکتر امامی پذیرفته‌اند که نظریه نمایندگی در صورتی است که شخص فضول برای غیر (مالک) معامله نمایند و الا اگر برای خود معامله کند چنانکه در غاصب و سارق است وکالت فضولی تصور نمی‌شود. (ره‌پیک، ۱۳۸۷) البته این که اعمال فضولی را بعد از اجازه مثل وکیل بدانند در فقه سابقه دارد ولی آنجا هم نظریه نمایندگی را صریحاً نپذیرفته‌اند.

بند اول: سابقه نظریه نمایندگی در سایر کشورها

نظریه نمایندگی در قانون عراق به صراحت پذیرفته شده است. در ماده ۱۳۵ قانون مدنی عراق اولاً بیع فضولی همانند قانون مدنی ایران غیر نافذ دانسته شده است. ثانیاً، اجازه مالک صریحاً به معنای توکیل تلقی شده است. در ماده ۱۳۵ قانون مدنی عراق می‌بینیم «۱- من تصرف فی ملک غیره بدون اذنہ انعقد تصرفه موقوفا علی اجازه المالك، ۲- فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازه توکیلاً و يطالب الفضولی بالبدل ان كان قد قبض من العقد الاخر»

یعنی ۱- کسی که در ملک دیگری بدون اذن او، تصرف می کند این تصرف (معامله) موقوف به اجازه مالک است ۲- و اگر مالک اجازه دهد، اجازه مالک، وکالت به حساب می آید. (سنهوری، ۱۸۹۵) ولی در قانون سایر کشورها نظریه نمایندگی به صراحت پذیرفته نشده است اگرچه گاهی اوقات، خواسته شده است با نظریه ای که تعبیری نزدیک شبیه نظریه نمایندگی دارد معامله فضولی توجیه شود که می توان نظریه های ریپرو پول نژه در حقوق فرانسه را در مورد ماهیت فضولی را از آن جمله دانست.

بند دوم: مؤیدات نظریه نمایندگی

می دانیم اجازه ممکن است لفظی یا فعلی باشد و سکوت مالک، و لو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی شود پس باید اجازه مقرون به چیزی باشد. (قنواتی، ۱۳۷۷)

۱- اینکه اجازه باید لفظی یا فعلی باشد شابهت زیادی به انشائات دارد. پس باید اجاه را انشاء دانست زیرا تعبیر انجام عمل با لفظ یا معاطات فقط در انشائات است.

۲- از آنجا که اجازه فقط یک عمل است و ابراز کننده آن، نیز فقط یک نفر است باید آن را ایقاع یا یک جزء از انشاء دانست.

۳- از آنجا که تأثیر اجازه به خاطر عقد فضولی قبلی است نه اینکه مستقلاً تأثیر گذار باشد باید آن را جزئی از انشاء دانست زیرا اگر ایقاع بود باید تأثیر آن در خارج، به خاطر خودش بود.

۴- و از آنجا که انشاء قائم به دو طرف است نه اینکه در یک انشاء سه نفر باشند باید نظریه نمایندگی را پذیرفت چون با پذیرش نظریه قصد و رضا، انشاء ما دارای ۳ طرف می شود.

(۱) م ۲۴۲ قانون مدنی که به مالک اجازه تنفیذ معامله را داده است باید اجازه را به معنی دادن نمایندگی به فضول بدانیم زیرا همانطور که در قانون مدنی آمده است معامله به مال غیر فقط از راه حمایت، وکالت و ولایت امکان دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹) و این ماده معامله به مال غیر را فقط در ۳ راه حصر کرده است و چنانچه می دانیم حصر، مفهوم دارد. و بنابر مفهوم داشتن حصر ماده قانون مدنی، یعنی غیر از این سه راه معامله با مال غیر امکان ندارد. و اگر بخواهیم معامله فضولی را که از انواع معامله به غیر است، بر اساس ماده توجیه کنیم باید معامله





فضولی را از مصادیق وکالت بدانیم. و اگر معامله فضولی را از راه دیگری توجیه کنیم باید بگوییم ماده قانون مدنی دارای مفهوم حصر نیست و معامله با مال غیر از راه دیگری نیز امکان دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

(۲) آنچه نظریه نمایندگی را تقویت می کند این است که تمام اعمال حقوقی وکالت بردار به صورت فضولی منعقد می شود.

(۳) از طرف دیگر در وکالت، معامله بر مال غیر مبتنی بر رضایت و اذن قبلی است و در مورد معامله فضولی می دانیم تصحیح آن با رضایت و اجازه ضریح بعدی است. شباهت اذن قبلی با اجازه بعدی، را می توان مؤیدی بر نظریه نمایندگی دانست. و تنها فرق نمایندگی در معامله فضولی با وکالت در این است که در نظریه نمایندگی، در گذشته اثر می کند و عملی که نماینده در گذشته انجام داده است را نافذ می کند. (ره پیک، ۱۳۸۷)

(۴) مفاد عرفی اجازه، همین را می گوید که مالک آثار عقد بین فضول و اصیل را برای خود می پذیرد و این امر فقط با نظریه نمایندگی سازگار است. (ره پیک، ۱۳۸۷) از طرف دیگر در عرف، اگر فردی در مقابل عمل انجام شده قرار گرفت و پس از انجام عمل به آن رضایت داد، رضایت اثر قهقراپی دارد و تصرفات فرد را که بدون اجازه، کرده است از همان ابتدا تصحیح خواهد شد. (باقری، ۱۳۸۴)

(۵) در حدیث عروه بارقی گفته پیغمبر «بارک الله فی صفقه یمینک» در خطاب به عروه بارقی - شاید بتوان مؤید نظریه نمایندگی دانست چون پیغمبر امانتداری عروه بارقی راستوده و وکالت در آن امانتداری نیز وجود دارد و نزدیکترین مصداق عقدی برای امانتداری را می توان وکالت دانست.

بند سوم: اشکالات وارد بر نظریه نمایندگی

اشکال ۱: بر اساس نظریه نمایندگی باید قراردادی بین مالک و فضول منعقد گردد در حالی که ظاهراً تنها مالک به صورت یک طرفه، صلاحیت و سمتی را اعطاء می کند. (ره پیک، ۱۳۸۷) به تعبیر دیگر اگر اجازه مالک به معنای اعطای نیابت به فضول باشد باید فضول، وکالت او را قبول کرده باشد در حالی که در اجازه فقط امضاء مالک وجود دارد.

جواب: فضول با اجرای مفاد نیابت (اجرای معامله فضولی) رضای خود را از پیش بیان داشته است و قبول مقدماتی (پیشنهاد انعقاد بیع را) را از پیش اظهار کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

اشکال ۲: اگر این جواب را بپذیریم، این نظریه تنها در موردی که فضول، قصد معامله را برای مالک داشته باشد، می تواند توجیه کننده معامله فضولی باشد اما اگر قصد وی انجام معامله برای خود باشد نمی توان عمل او را به منزله رضایت به اجرای مفاد نیابت دانست. (ره پیک، ۱۳۸۷) زیرا فضول در بیع فضول لئفسه به هنگام تشکیل معامله فضولی، اصلاً رابطه وکالت بین خود و غیر (مالک را) تصور نمی کند تا چه رسد به اینکه آن را اراده کرده باشد. (شهیدی، ۱۳۸۷) و در بیع فضولی لئفسه اصلاً طرف توجهی به مالک نداشته است و قبول متقدمی برای انعقاد وکالت نکرده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

در حالی که اکثر موارد بیع فضولی به صورت بیع فضولی لئفسه محقق می شود که دو مصداق دارد:

۱- م ۳۰۴ ق.م معامله کسی که به عدم استحقاق خود نسبت به مورد معامله مجهول است فضولی دانسته است. م ۳۰۴ ق.م می گوید: «اگر کسی چیزی را بدون حق دریافت کرده است، خود را محق می دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد. معامله فضولی و تابع احکام مربوط به آن خواهد بود. چنانچه می بینیم در این صورت که معامله کننده فضولی در معامله، حسن نیت داشته است و گمان می کند مال خود را مورد معامله قرار می دهد عمل معامله کننده را نمی توان به عنوان ایجاب نمایندگی پذیرفت، حال آنکه در نمایندگی چنین انگیزه ای وجود دارد. (ره پیک، ۱۳۸۷)

۲- معامله غاصب و سارق بنا به قانون مدنی و مشهور فقه از جمله معاملات فضولی است در حالی که غاصب به هیچ وجه رضایت به پذیرش سمت از طرف مالک ندارد و عمل او چنین قصدی را دفع می کند. (شهیدی، ۱۳۸۷) در اینجا غاصب و سارق، انعقاد عقد را برای خود اراده می کند. (ره پیک، ۱۳۸۷)

جواب: اینجا فضولی بودن معامله مجرد از قصد و انگیزه غاصب (غصب) در نظر گرفته می شود (ره پیک، ۱۳۸۷) زیرا اصیل درباره دو مبادله و انتقال ملک از مالکان آنها با غاصب

ترازی می‌کند. مالک نیز اذن به مفاد همین مبادله می‌دهد و فضولی را نماینده خود می‌سازد. به عبارت دیگر نیابت درباره اصل مبادله داده می‌شود. (ره پیک، ۱۳۸۷) یعنی در مبادله با توجه به ماده ۱۹۷ ق.م: «در صورتی که ثمن یا مثن متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین است» نشان می‌دهد شرط انعقاد معامله، انتقال ثمن و تملیک مثن است (شرط برای انعقاد بیع، مبادله دو مال است) و طرفین (نیت انعقاد برای شخص) جزء مفاد عقد نیست و اینکه خریدار یا فروشنده کیست دخلی در معامله ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹) یعنی اینکه طرفین نیت تملیک کالای خود را به صاحب مال کالای طرف مقابل دارند نه اینکه نیت تملیک کالا به طرف مقابل داشته باشند حتی اگر طرف مقابل صاحب کالای مقابل نباشد. (ره پیک، ۱۳۸۷)

اشکال ۳: اگر کار فضول، قبول متقدمی است باید فضول بتواند وکالت را قبل از تنفیذ مالک (ایجاب مالک) بر هم زند و به تبع منفسخ شدن وکالت، بیع قبلی باطل شود در حالی که چنین کاری وجود ندارد.

جواب: چون فضول، مورد وکالت را انجام داده است دیگر وکالت (قبول وکالت) را نمی‌تواند بر هم زند چون وقتی سخن از فسخ وکالت می‌توان زد که عمل مورد وکالت انجام نشده باشد ثانیاً با انجام مورد وکالت، نقضی برای شخص ثالث (اصیل) به وجود آمده است که فسخ آن علاوه بر ضرر داشتن برای مالک، در حق اصیل نیز مضر است.

اشکال ۴: در نظریه نمایندگی، اصل آن است که با اجازه مالک، نمایندگی از زمان اجازه، محقق گردد و از زمان اجازه، عقد فضولی، مؤثر گردد زیرا اجازه مالک به منزله جزء دوم عقد نمایندگی و وکالت است. ولی قانون مدنی نظریه کشف را پذیرفته است. تأثیر اجازه مالک در نمایندگی سابق معامله کننده، چگونه توجیه می‌شود؟ (ره پیک، ۱۳۸۷)

جواب: ۱- قانون مدنی نظریه کشف حقیقی را نپذیرفته است بلکه کشف حکمی را پذیرفته است و کشف حکمی این است که ما آثار کشف را تا آنجایی که امکان دارد بار می‌کنیم و مؤید آن است که قانون مدنی فقط از بین آثار بیع، به بودن منافع برای مشتری و بایع از زمان عقد، تصریح کرده است و نگفته است تمامی آثار معامله فضولی از هنگام عقد، محقق می‌شود. ۲- در امور اعتباری، قانونگذار می‌تواند به مالک اختیار دهد اعمال حقوقی فضول را

مانند نماینده خود بپذیرد یا کاری را که او در مقام نمایندگی انجام داده است اجازه دهد. (ره پیک، ۱۳۸۷)

اشکال ۵: بر اساس ماده ۲۵۴ ق.م «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی از انحاء به معامله کننده فضولی منتقل شود. صرف تملک موجب نفوذ معامله سابق نخواهد بود». این ماده که برای بیان اصل عدم لزوم اتحاد مالک و مجیز در معامله فضولی تدوین شده است. توجه آن بر اساس نظریه نمایندگی غیر متعارف است. زیرا در صورت پذیرش این نظریه، مفاده ماده آن است که شخص فضول در واقع مالک بعدی در هنگام معامله، مفاد نیابتی را اجرا می کرده که بعدها به خود اعطاء می کند. (ره پیک، ۱۳۸۷)

و همچنین اگر کسی با مالی معامله فضولی کند، و بعد معلوم شود که ملک خود او بوده است، یا ملک کسی بوده که معامله کننده می توانسته از جانب او ولایتاً یا و کالتاً معامله کند، نفوذ و صحت معامله موکول به اجازه معامل است و الا باطل خواهد بود. (ره پیک، ۱۳۸۷ و شیخ انصاری، ۱۴۱۰) در اینجا هم اشکال بالا وجود دارد.

جواب: اینجا بین مالک و واصل از لحاظ اعتباری فرق است. در فرض اول شخص، قبل از انتقال مال به او، نماینده فضولی بوده است و بعد از انتقال مال به او، مالک مال شده است. پس او در زمان آینده که مالک است مفاد نیابتی که خود در زمان عقد انجام داده است را می پذیرد. پس بنا بر نظریه نمایندگی اشکالی وجود ندارد چون نظریه نمایندگی، اعطاء نیابتی است که در زمان گذشته اثر می کند. در دو زمان دو عنوان متفاوت دارند. در زمان معامله ی فضولی، شخص عنوان بیگانه بودن دارد و در زمان اعطاء نمایندگی، شخص عنوان مالک مال بودن دارد.

در فرض دوم هم همین جواب را باید داد.

اشکال ۶: عقود (معاملات) از زمان انشاء وجود حقوقی پیدا کرده و آثار حقوقی ایجاد می کند و معقول نیست تشکیل معامله ای نسبت به زمان گذشته انشاء گردد و نمیتوان با توافق طرفین اثر عقدی را در گذشته به وجود آورد. (شهیدی، ۱۳۸۷) پس چگونه مالک می تواند





برای زمان گذشته نیابت دهد زمانی که فصول معامله کرده است و مالک شاید آگاه نبوده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

جواب نقضی: ۱- در نظریه قصد و رضا، چگونه رضا، عقد گذشته را کامل می کند به همان سختی اثبات رضای بعدی است. (شهیدی، ۱۳۸۷)

۲- و چگونه شما اجازه را شرط متأخری می دانید که در ماقبل خود تأثیر می کند.

۳- یا اجازه مالک را کاشف از رضای تقدیری او می دانید.

جواب حلی: در امور اعتباری قانونگذار می تواند اعمال حقوقی فصول را مانند نماینده خود بپذیرد. (در معاملات فضولی لئفسه) و یا اینکه کاری را که او در مقام نمایندگی انجام داده است اجازه دهد. (در معاملات فضولی لغیره). (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

اشکال ۷: اگر مالک قبل از اجازه یا رد فوت کند، اختیار اجازه یا در آن معامله به ورثه می رسد. در حالی که وکالت از عقود جایزه ای است که به موت یکی از طرفین منفسخ می شود و اینجا مالک کالا که یکی از طرفین عقد وکالت است فوت کرده است و علی القاعده باید عقد وکالت، منفسخ شود. (قنواتی، ۱۳۷۷)

جواب: طرف وکالت، مالک کالا به طور کلی است حال چه خود مالک فضولی باشد یا اینکه ورثه او باشند. در حقیقت قبول متقدم فصول، پیشنهاد نیابت را به طور کلی داده است.

نتیجه گیری

معامله فصول بر دو نوع است الف: معامله فصول لئفسه ب: معامله فصول لغیره. توجیه معامله فصول لغیره تقریباً با همه نظریه های درباره ماهیت معامله فصول امکان دارد. توجیه معامله فصول لئفسه است که، نظریه ها برای توجیه آن دچار مشکل شده اند. در بین نظریه ها، نظریه نمایندگی را باید بهترین نظریه دانست. زیرا ظاهر از معامله فصول لغیره این است که فصول مال را به وکالت فضولی از طرف مالک می فروشد و عرف نیز این مطلب را تأکید می کند. در مورد معامله فصول لئفسه، اگرچه نظریه نمایندگی برای توجیه آن ناتوان به نظر می رسد ولی دیگر نظریه ها نیز (علی الخصوص نظریه قصد و رضا) به همین اندازه دچار ناتوانی در توجیه آن هستند. معامله فصول لئفسه را بر اساس نظریه نمایندگی می توان اینگونه

توجیه کرد که شارع مقدس (قانونگذار) با صحیح دانستن این معامله، یک نوع قاعده تکمیلی زده است که در صورتی که شخص معامله کننده، مالک مال نیست، معامله برای مالک خواهد بود و در اینجا معامله کننده فضول کالوکیل مالک تلقی می شود. در صورتی که نظریه نمایندگی را بپذیریم باید اجازه مالک را از اعمال حقوقی بدانیم چون اجازه مالک در نظریه نمایندگی، جزئی از عقد (ایجاب) است. یعنی اجازه مالک در حقیقت ایجاب و کالت از سوی مالک است که با قبول قبلی مشتری ضمیمه می شود و باعث انعقاد عقد و کالت می شود. حاوی ایجاب و قبول هر دو است.



منابع و مأخذ

- ۱- امامی، میر سید حسن؛ حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و ششم، ۱۳۸۵ ه.ش
- ۲- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، ۱۳۵۶، حقوق تعهدات، ج ۲، تهران، بی تا
- ۳- باقری، احمد؛ پائیز ۱۳۸۴، فقه مدنی؛ عقود تملیکی "بیع - اجاره"، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت
- ۴- ره پیک، حسن، ۱۳۸۷، حقوق مدنی؛ حقوق قراردادها، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی
- ۵- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۲، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان
- ۵- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۷، مدنی ۳، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات مجد
- ۶- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۹، حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، انتشارات بهنشر و شرکت انتشار و شرکت بهمن برنا
- ۷- قنواتی، جلیل، ۱۳۷۷، نظام حقوقی اسلام، چاپ اول، قم، دفتر تحقیقات و تدوین کتب درسی مرکز جهانی علوم اسلامی

منابع عربی

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۰ه/ ۱۹۹۰م، المکاسب، بیروت، موسسه النورالمطبوعات
- ۲- فخار طوسی، ۱۳۸۵، جواد، در محضر شیخ انصاری (بیع)، جلد ۱۶ و ۱۷، چاپ دوم، قم، نسیم مهر
- ۳- سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۸۹۵ م، الوسیط، بیروت، داراحیاء التراث العربی

