

## Studying the Effects of Unauthorized Transaction in Imamiyah Jurisprudence, Law of Iran and English Law

Received: 12/04/2019; Accepted: 27/07/2019

Hamed Khubyari<sup>1</sup>

Seyyed Mohammad Sadeq Tabatabaei<sup>2</sup>

### Abstract

In Shia jurisprudence and law of Iran the ruling related to unauthorized transaction in most cases is ineffectiveness. In English law, the representative's unauthorized transaction for himself except for exceptional cases is void and his transaction for others could be authorized only when his intention of representation is revealed. This difference in ruling is rooted in distinct bases of these systems. The authors, as the result of studying these bases, believe that the basis for unauthorized transactions in Shia jurisprudence and law of Iran is the "reference to the owner" theory, while the English law follows the "administration of contracts" theory for the unauthorized transactions of the representative for himself and "representation resulted from authorization" theory as regards the unauthorized transaction of the representative for the owner. Despite the difference in terms of bases and rulings, there are many features shared by the above mentioned legal systems as to effects of unauthorized transactions; insofar as one can, against the majority, claim that the rules of unauthorized transactions in Imamiyah jurisprudence and law of Iran, like English law, can only be implemented under certain conditions. Examination of the effects of the unauthorized transactions demonstrates that permission of denial or authorization and adherence of the authorized representative to the transaction are among the most significant effects of the unauthorized transaction in both legal systems. Acceptance of the aforementioned facts as the common effects cause the following questions: whether the permission of denial or authorization can be inherited or transferred by/to others? Whether the authorized owner has the right to terminate or transfer the transaction subject before the authorization? Answering these questions and the comparative study of the said effects contribute to the better accommodation of this type of transactions with the public order and globalization of the contracts law.

**Key words:** Unauthorized Transaction, Nemo dat Principle, Reference to the Owner, Representation resulted from Authorization.

1 Ph. D. Candidate in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan

2 Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan (Corresponding Author); Email: tabatabaei@ase.ui.ac.ir





## بررسی آثار معامله فضولی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان

تاریخ دریافت ۹۸/۰۱/۲۳ - تاریخ پذیرش ۹۸/۰۵/۰۵

حامد خویباری<sup>۱</sup>

سید محمد صادق طباطبایی<sup>۲</sup>

### چکیده

در فقه امامیه و حقوق ایران حکم معامله‌ی فضولی در اغلب موارد عدم نفوذ است. در حقوق انگلستان معامله فضول برای خود، جز در موارد استثنائی باطل و معامله او برای مالک، تنها در صورت افشای قصد نمایندگی قابل تنفیذ است. این اختلاف در احکام، ریشه در وجود مبانی متفاوت در این نظام‌ها دارد. نگارندگان با بررسی این مبانی معتقدند مبانی معاملات فضولی در فقه و حقوق ایران، نظریه «استناد به مالک» است ولی در حقوق انگلستان معاملات فضولی برای خود از نظریه «اداره قراردادهای» و معامله فضول برای مالک از نظریه «نمایندگی ناشی از تنفیذ» پیروی می‌کند. علی‌رغم اختلاف در مبانی و احکام، شباهت بسیاری در آثار معاملات فضولی در نظام‌های حقوقی فوق وجود دارد؛ تا آنجا که برخلاف نظر رایج می‌توان گفت؛ احکام فضولی در فقه امامیه و حقوق ایران، مانند حقوق انگلستان، تنها با رعایت شرایط مخصوصی قابل اجراست. بررسی آثار معاملات فضولی نشان می‌دهد جواز رد یا تنفیذ و پابندی اصیل، مهم‌ترین آثار معامله فضولی در هر دو نظام حقوقی است. پذیرش موارد فوق به عنوان آثار مشترک موجب طرح پرسش‌هایی از این قبیل است: آیا جواز رد یا تنفیذ قابل نقل و انتقال خواهد بود؟ آیا اصیل حق فسخ یا نقل مورد معامله پیش از تنفیذ را دارد؟ پاسخ این پرسش‌ها و مطالعه تطبیقی آثار مذکور به انطباق بیشتر این نوع معاملات با نظم عمومی و جهانی‌شدن حقوق قراردادهای کمک خواهد کرد.

**واژگان کلیدی:** معامله فضولی، قاعده «Nemo dat»، استناد به مالک، نمایندگی ناشی از تنفیذ.

فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب - سال ۱۳۸۸ - شماره سوم - پاییز - ۵۴-۴۱



۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان.

۲ دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:

tabatabaei@ase.ui.ac.ir



### مقدمه

نسبت عقد فضولی و معامله مال غیر، عموم و خصوص مطلق است؛ چراکه موضوع برخی از عقود فضولی (نکاح فضولی) مال غیر نیست. از سوی دیگر تمامی معاملات مال غیر، چنانچه به اذن مالک یا قانون‌گذار نباشند، ذیل عنوان فضولی قرار گرفته و غیرنافذند. تنها حالتی که مال غیر، بدون اذن مالک، موضوع معامله فضول قرار می‌گیرد و حکم آن صحت می‌باشد، مورد معروف به وکالت ظاهری است (ماده ۶۸۰ قانون مدنی). در این نوشتار منظور از معامله فضولی، اغلب معامله مال غیر با حکم عدم نفوذ بوده و منظور از مالک، شخص مجاز به رد یا تنفیذ است؛ اعم از آنکه مالک باشد یا خیر.

مشهور فقها و اغلب حقوقدانان، عقد فضولی را از آن‌رو که دارای تمامی شرایط صحت عقد است؛ صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۲). از طرف دیگر به نظر ایشان صحت بیع فضولی لزومی نبوده و تأهلی است؛ به همین دلیل تمامی آثار عقد بر آن بار نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۹). بنابراین نباید آنگونه که برخی پنداشته‌اند؛ عقد فضولی را برزخ بین عقد صحیح و باطل یا قسم سومی از اعمال حقوقی بدانیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۸۹)؛ چراکه معامله فضولی ویژگی عقد صحیح را داشته و منشأ اثر است. مهم‌ترین اثر مشترک معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان، ایجاد اختیار رد یا تنفیذ برای مالک است. از این اثر، آثار دیگری همچون پابندی اصیل و توارث اختیار رد یا تنفیذ در برخی موارد ناشی می‌شود. پاسخ به این پرسش که چرا عقد فضولی اصیل را پابند به عقد می‌کند؛ در گرو دانستن مبنای حکم عدم نفوذ معامله فضولی است. معامله مال غیر توسط فضول، در حقوق ایران و انگلستان ممکن است برای فضول صورت گیرد یا برای مالک. در حقوق ایران، اغلب موارد هر دو فرض محکوم به عدم نفوذ بوده ولی در حقوق انگلستان، فرض نخست جز در موارد استثنایی باطل و فرض دوم





در اغلب موارد قابل تنفیذ است. اختلاف احکام در این دو نظام حقوقی، ناشی از تفاوت در مبانی است که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. دانستن علت جواز رد یا تنفیذ، ما را در یافتن علت پایبندی اصیل و البته سایر آثار یاری خواهد داد.

با توجه به تقنین مواد مربوط به معاملات فضولی در باب قواعد عمومی قراردادها، بسیاری از حقوقدانان راجع به مبنا و احکام معامله فضولی به بحث پرداخته و آن را قابل تعمیم به تمامی انواع عقود اعم از تملیکی، عهده و اذنی می‌دانند (قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۱۰۹ و ناصری مقدم، ۱۳۹۱: ۱۷۱). از جمله این تحقیقات می‌توان به کتاب «حقوق قراردادها در فقه امامیه» نوشته دکتر محقق داماد و همکاران ایشان اشاره کرد. در میان کتب فقهی، «المکاسب» شیخ انصاری و «منیة الطالب فی حاشیة المکاسب» نوشته علامه نائینی از منابع ارزشمند شمرده می‌شوند. علی‌رغم دقت نظر کتب مذکور، این مطالعات به بررسی منسجم آثار معاملات فضولی نپرداخته و حتی به نظر می‌رسد؛ مبناي منتخب مشهور جهت تبیین عدم نفوذ، یعنی فقدان رضا نتواند به خوبی توجیه‌کننده آثار این نوع از معاملات باشد. همچنین خواهیم دید؛ بر آثار اصلی معاملات فضولی آثار فرعی متعددی بار می‌شود که تحلیل و بررسی این آثار در میان حقوقدانان به صورت تطبیقی سابقه نداشته است. دکتر سید حسین صفایی و همکاران ایشان از معدود حقوقدانانی هستند که به موجب مقاله «تحلیل نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران» در حوزه تطبیقی به معاملات فضولی توجه کرده‌اند. مقاله مذکور، هرچند در مطالعه تطبیقی راهگشاست؛ اما تنها به مبناي معامله فضول برای مالک در حقوق انگلستان توجه نموده و راجع به مبنا و احکام معامله فضول برای خود ساکت است. همچنین این مقاله آثار «جواز رد یا تنفیذ» را بررسی ننموده و بعلاوه در آن از دیگر اثر اصلی عقد فضولی، یعنی پایبندی اصیل سخنی به میان نیامده است.

هدف از انجام تحقیق پیش‌رو آن است که با شناسایی آثار معاملات مال غیر، در فقه امامیه و حقوق ایران و تطبیق آن با حقوق انگلستان، معامله فضولی را از قواعد عمومی قراردادها خارج کرده و آن را تنها در موارد خاص قابل اجرا بدانیم. به این ترتیب تعارض احتمالی بین معاملات فضولی و نظم عمومی نیز برطرف خواهد شد. در این راستا مقاله را





برای بررسی دو اثر معاملات فضولی یعنی «اختیار مالک در رد یا تنفیذ» و «پابندی اصیل» به دو بخش تقسیم نموده و ابتدائاً در قسمت اول به مبنای عقد فضولی در نظام‌های حقوقی فوق‌الذکر می‌پردازیم. پس از آن، آثار فرعی جواز رد یا تنفیذ را مطالعه کرده و این شیوه را ذیل مبحث پابندی اصیل ادامه خواهیم داد. بررسی آثار فرعی که خود بر آثار اصلی معاملات فضولی مترتب هستند؛ محتوای این نوشتار را به فضای عملی حقوق نزدیک‌تر خواهد کرد.

### ۱. اختیار مالک در رد یا تنفیذ

عقد فضولی عقد کاملی است که غیر مالک بدون اذن از طرف «من یحتاج الی اذنه» انجام می‌دهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۹). واژه کامل در تعریف فوق، معطوف به ارکان عقد بوده و به این معنا نیست که عقد فضولی از هر نظر صحیح و نافذ است. برخی از فقها (محقق داماد و همکاران: ۱۳۸۹: ۳۲۹) و حقوقدانان (شهیدی: ۱۳۹۱: ۴۳) علت عدم نفوذ معاملات فضول را در نقص عقد، به دلیل فقدان رضایت مالک دانسته‌اند و برخی دیگر، عقد فضول را عقدی کامل می‌دانند که بالقوه قابل استناد به مالک بوده و تنها نقص آن عدم انتساب می‌باشد (نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰). در ادامه به اختصار مبنای امکان تنفیذ عقد فضولی از سوی مالک را در حقوق ایران و انگلستان بررسی خواهیم کرد.

#### ۱-۱. مبانی تنفیذ از سوی مالک

در تنفیذ عقد فضولی از جانب مالک آنچه اهمیت دارد، قابلیت استناد اثر عقد به مالک و امکان رد یا تنفیذ از طرف وی است (خمینی، ۱۴۱۸: ۴۲۶). همان‌طور که دیدیم؛ برخی این رابطه را با الحاق رضایت ساده و برخی با عمل حقوقی تنفیذ ایجاد می‌کنند؛ زیرا جواز رد یا تنفیذ، در گرو وجود این علاقه بالقوه بوده و چگونگی وجود این علاقه بستگی به مبنای حکم عدم نفوذ دارد. تفاوت مبنای معاملات غیرمالک در حقوق انگلستان، موجب تفاوت در احکام این معاملات شده‌است. جهت شناسایی بهتر مبانی معاملات فضولی، نظام‌های حقوقی فوق را جداگانه بررسی خواهیم کرد.





۱-۱-۱. حقوق ایران: در تبیین حکم عدم نفوذ معاملات فضولی، فقهای متقدم و برخی از متأخرین، نظریه فقدان رضا را در قالب‌های «رضای تقدیری» و «شرط متأخر» مطرح ساخته‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۲۹). رضای تقدیری از آن رو که رضایت باطنی مالک را در حین عقد شرط می‌داند؛ با نص ماده (۲۴۷) قانون مدنی در تعارض است. پذیرش نظریه «شرط متأخر» نیز مستلزم آن است که تنفیذ را رضای ساده تلقی کنیم و نه امر انشایی (صفار، فتاحی: ۱۳۹۱: ۳۲)؛ حال آنکه می‌دانیم برای استناد آثار عقد به مالک رضای ساده کفایت نمی‌کند؛ همان‌طور که در عقد وکالت و برای ایجاد نیابت، نیاز به قصد انشاء بوده و جهت مستند شدن آثار عقد به موکل رضای ساده کافی نیست. مهم‌تر آنکه قائلین نظریه شرط متأخر، فرض مذکور در ماده (۲۵۴) قانون مدنی (من باع شیئاً ثم ملكه) را صحیح و نافذ می‌دانند (خمينی: ۱۴۱۸: ۵۹۷)؛ چراکه رضایت عاقد در زمان عقد موجود بوده و بعد با الحاق وصف مالک به عاقد، عقد به خودی خود نافذ قلمداد می‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد؛ قانون مدنی با حکم به عدم نفوذ این فرض، هیچ‌یک از انواع نظرات «فقدان رضا» را نپذیرفته است. با این وجود نظریه «فقدان رضا» را شاید بتوان در مورد معامله مال متعلق حق غیر (مانند نقل عین مرهونه) پذیرفت؛ چراکه در آن عقود، تنفیذ جنبه انشایی نداشته و عقد از زمان انعقاد مستند به مالک می‌باشد. برخی از فقهای متأخر به این تفصیل اشاره کرده و آن را قابل قبول می‌دانند (موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۱۲). به این ترتیب قانون‌گذار مدنی با کافی ندانستن رضایت مالک جهت نفوذ معامله؛ قصد انشاء فضول را برای تحقق عقد کافی پنداشته و دلیل عدم نفوذ را عدم استناد این عقد کامل به مالک می‌داند. ما نیز در این نوشتار از نظریه «استناد به مالک»، به‌عنوان مبنای عدم نفوذ معاملات فضولی در حقوق ایران استفاده خواهیم کرد.

با پذیرش نظریه استناد عقد به مالک می‌توان ادعا کرد؛ معامله فضولی از جمله قواعد عمومی قراردادها نبوده و تنها در مواردی کاربرد دارد که قابلیت استناد اثر عقد به مالک دلیل داشته باشد. به این ترتیب ۱- در مواردی که فضول، به‌عین متعلق به غیر معامله می‌کند، استناد اثر عقد به غیر منطقی است (خمينی، ۱۴۱۸: ۴۲۶)؛ اما ۲- چنانچه در عقد فضولی، فضول نامی از نمایندگی غیر نبرده و صرفاً تعهد یا اذن ثالث را موضوع معامله قرار دهد؛





عقد قابلیت استناد به غیر را نداشته و اثر عقد، در قالب تعهد به فعل ثالث به فصول مستند خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۰۸). علی‌رغم آنچه گفته شد ۳- اگر فصول قصد نمایندگی خود را افشا کند یا وکیلی خارج از حدود اذن اقدام به معامله نماید؛ قابلیت استناد اثر عقد به غیر، متعلق قصد اصیل و فصول قرار گرفته و از این رو حقی برای غیر در تنفیذ معامله ایجاد می‌شود. در غیر این صورت ۴- اگر وکیل واقعاً قصد معامله برای غیر را داشته ولی آن را پنهان کند؛ جز در مواردی که موضوع معامله عین متعلق به غیر است؛ قرارداد به دلیل عدم مطابقت ایجاب و قبول، باطل و غیرقابل استناد به مالک خواهد بود (قنواتی، ۱۳۸۳: ۲۳۷). بنابراین به نظر می‌رسد؛ در حقوق ایران معاملات فصول، تنها در مواردی که قصد نمایندگی خود را فاش سازد یا آنکه به عین متعلق به دیگری معامله کند؛ قابل تنفیذ است. به همین دلیل برخی از فقها (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۷)، جواز تنفیذ را صراحتاً از آثار مالکیت دانسته‌اند. در قانون مدنی نیز موادی که جهالت اصیل نسبت به فصولی بودن معامله را می‌پذیرد؛ به مواردی اختصاص دارند که موضوع معامله مال متعلق به غیر باشد؛ از جمله در ایفاء ناروا (ماده ۳۰۴) و غصب (ماده ۳۲۵) که شرط تصرف ظهور در عین معین بودن مال مورد معامله دارد و ماده (۲۶۳) قانون مدنی که ذیل معامله مال غیر مطرح شده است.

برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۲۰) جهت تبیین چرایی جواز رد یا تنفیذ، نظریه «ملک ان یملک (حق تملک)» را مطرح کرده و جواز تنفیذ را از نمونه‌های بارز «ملک ان یملک» دانسته‌اند. حق تملک در واقع جواز ایجاد یک اثر حقوقی (تملک) به‌صرف اراده ذی‌حق است. از این رو در حق تملک، فاصله بین شخص و مالکیت را قصد تملک او می‌دانند (شهید اول، بی‌تا: ۳۵۰). برخی از فقها (خراسانی، ۱۴۰۶: ۷۷) نیز این نظریه را به عنوان یکی از نظرات محتمل، جهت توجیه جواز رد یا تنفیذ مطرح ساخته‌اند. به این ترتیب مالکی که مال وی توسط فصول به فروش رسیده است؛ می‌تواند با تنفیذ عقد، ثمن معامله را تملک نماید. این نظریه در توجیه منطقی عقود معاوضی فصول کارآمد به نظر می‌رسد؛ هرچند برخی از فقها (حلی، ۱۳۸۷: ۲۷۸) با تعمیم معنای تملک به ایجاد سلطه، حق تملک را به رجوع از طلاق تسری داده‌اند. علی‌رغم آنچه گفته شد برخی

فصلنامه پژوهش حقوق تطبیقی نظام و تربیت سال ششم - شماره دوم - پیاپی ۱۳۸







(نعمت الاهی، ۱۳۹۳: ۴۲) حق تملک را در صورتی مجری می‌دانند که تملک شخص نیازمند واسطه نبوده و به صرف اعلام اراده صورت پذیرد. ایشان این گزاره را مخالف انشایی بودن تنفیذ دانسته؛ فلذا با حق تملک بودن جواز رد یا تنفیذ مخالفت کرده‌اند. این اشکال وارد نیست؛ چراکه روشن‌ترین مصداق حق تملک از منظر فقها (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۴۰۹) حیات مباحات بوده که مسلماً نیازمند قصد انشاء است. با وجود وجاهت منطقی نظریه «ملک ان یملک» برای جواز رد یا تنفیذ، این نظریه مورد قبول قانون‌گذار قرار نگرفته و در ماده (۱۴۰) قانون مدنی از اسباب تملک شناخته نشده است. توضیح آنکه ماده (۱۴۰) قانون مدنی از حق تملک به عنوان سبب مالکیت نام نبرده و تنها دو مصداق آن، یعنی حیات مباحات و اخذ به شفعه را برشمرده است. این ماده حکایت از گرایش قانون‌گذار، به عدم تسری ایقاعات مملک به تمامی انواع حق تملک دارد.

بررسی آثار معامله فضولی در قواعد حقوق ایران و حقوق انگلیس

۲-۱-۱. حقوق انگلستان: در حقوق انگلستان فرض معامله مال غیر در دو صورت امکان‌پذیر است. یکی آنکه فضول مال را برای خود معامله می‌کند و دیگری آنکه فضول عقد را برای شخص ثالثی منعقد می‌سازد. علی‌القاعده در صورت اول، معاملات به دلیل مخالفت با قاعده «عدم امکان انتقال رابطه توسط غیر ذی‌حق»<sup>۱</sup> باطل و در صورت دوم، مطابق با قاعده «رضایت به عمل انجام‌شده، عمل را به فعل مجیز تبدیل می‌کند»،<sup>۲</sup> قابل تنفیذ از سوی ثالث می‌باشند. حکم صورت اول، در بند (۱) ماده (۲۱) قانون فروش کالا آمده است؛ با این حال این ماده در مواد (۲۳) الی (۲۵) همان قانون و قانون عاملین مصوب ۱۸۸۹ با استثنائاتی روبرو شده که به شخص فضول اجازه انتقال مال غیر، برای خود را داده و حکم این انتقال در برابر منقل‌الیه با حسن نیت را صحیح می‌داند. نکته جالب توجه اینکه در این قانون و مطابق با نظر حقوقدانان انگلیسی، موضوع معامله مال غیر، توسط فضول و برای فضول به عین معین محدود شده است (Murphy & others, 2004: 66). در مورد قسم دوم معاملات مال غیر، حقوقدانان انگلیسی تنها عقدی را قابل تنفیذ می‌دانند که قصد نمایندگی فضول در آن عقد افشاء شده و موکل به نحوی از انحا برای خریدار با حسن نیت



1 - Nemo dat quod non habet.

2 - Omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur.

مشخص شده باشد (Furmston & others, 2012, 600). علی‌رغم شباهت موضوعی حقوق انگلستان و حقوق ایران باید دانست؛ حقوق انگلستان در وضع استثنائات وارد بر قاعده «Nemo dat» از نظریه «اداره عقد» و در معاملات قابل تنفیذ از نظریه «نماینندگی ناشی از تنفیذ» پیروی کرده است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۰). عدم امکان تعمیم نظریه «اداره عقد» به معاملات قسم اول حقوق ایران که در بالا مورد اشاره قرار گرفت؛ به آن دلیل است که در نظریه «اداره عقد»، قانون‌گذار عقد باطلی را منشأ اثر می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۰۳)؛ درحالی‌که در حقوق ایران، عقد فضولی عقدی صحیح تلقی می‌شود. همچنین نظریه «نماینندگی ناشی از تنفیذ» را نمی‌توان در مورد معاملات فضولی قسم سوم اعمال کرد؛ چراکه در فقه امامیه و حقوق ایران قابلیت الحاق امر انشایی به امر سابق یا لاحق محال بوده؛ امر انشایی یا موجود است یا معدوم (نائینی، ۱۴۰۴: ۱۳۶). اما در حقوق انگلستان، تنفیذ، فضول را نه در حکم نماینده که واقعاً در قامت نماینده قرار می‌دهد.

در حقوق انگلستان عقد فضول، عقد کاملی تلقی می‌شود که با رضایت ثالث و قصد انشاء وی منعقد شده است. البته ممکن است؛ فضول برخلاف واقعیت، خود را نماینده شخصی معرفی کند که در این صورت نیز عقد کاملی بین ثالث و فضول منعقد شده و فضول در هر صورت برای اجرای تعهدات ناشی از عقد در برابر ثالث مسئول است (Dalley, 2011: 506). بنابراین قصد انشای عقد برای مالک، بین ثالث و فضول، بالقوه قابلیت استناد را ایجاد کرده و این قابلیت استناد، برای مالک حق تنفیذ را به وجود آورده است. جالب آنکه در حقوق انگلستان نیز حق تنفیذ مالک را، حتی یک‌جانبه در تأسیس یک وضعیت حقوقی می‌دانند<sup>1</sup> (DeMott, 2009: 7)؛ که با نظریه حق تملک شباهت بسیاری دارد. چنانچه واژه تملک را به معنای ایجاد سلطه بر موضوع عقد بدانیم؛ «ملک ان یملک» با «حق یک‌جانبه تأسیس وضعیت حقوقی» هم‌معنا خواهد بود.



1 - Unilateral right to establish a legal relationship.



پیش از آنکه به بررسی ماهیت رد یا تنفیذ و آثار عملی مترتب بر آن پردازیم باید یادآوری کنیم؛ قابلیت انتساب به مالک ممکن است به دلیل موضوع معامله یا قصد طرفین در حین انجام معامله باشد. به این معنی که مالک، گاهی با توجه به حقی که نسبت به موضوع عقد داشته و گاهی با توجه به حقی که در معامله داشته است آن را تنفیذ می‌کند.

### ۱-۲. نقل و انتقال جواز رد یا تنفیذ

با بررسی مبانی فوق و تعیین مبانی منتخب، چرایی امکان تنفیذ توسط مالک روشن شد. به این ترتیب مالک در رد یا تنفیذ عقد مختار است؛ اما آیا امکان نقل و انتقال این اختیار وجود دارد؟ پاسخ دادن به این پرسش در گرو شناخت ماهیت جواز رد یا تنفیذ است. در ذیل امکان نقل و انتقال این اختیار را جداگانه بررسی خواهیم کرد.

۱-۲-۱. انتقال جواز رد یا تنفیذ: مشهور فقها احکام شرعی را به دو دسته تکلیفی و وضعی تقسیم کرده‌اند. آنجا که حق را در برابر حکم قرار می‌دهیم؛ در واقع نظر به ماهیت وضعی حق در برابر ماهیت تکلیفی آن داریم (فروغی (الف)، ۱۳۹۱: ۸۵). از سوی دیگر می‌دانیم مهم‌ترین تفاوت حق به‌عنوان حکم وضعی با حکم در قابلیت نقل و انتقال است (فروغی (ب)، ۱۳۹۱: ۲)؛ بنابراین اگر جواز رد یا تنفیذ را حق بدانیم قابلیت توارث در مورد آن بدیهی خواهد بود؛ ولی چنانچه جنس جواز را حکم بدانیم، علی‌القاعده باید قائل به عدم توارث باشیم. علی‌رغم نتیجه فوق مشهور حکم به جواز رد یا تنفیذ ورثه داده‌اند. فقها (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۱۸۷) برای حل این دوسوگرایی اجازه را مانند سایر تصرفات، از آثار ملک دانسته‌اند، نه از آثار مالکیت مالک. نکته قابل توجه این تحلیل آن است که فقها جواز تنفیذ و رد را متعلق به موضوع می‌دانند؛ بنابراین برای آنکه ورثه امکان رد یا تنفیذ معامله را داشته باشند؛ مورد معامله باید قابل توارث، یعنی عین معین یا کلی در ذمه غیر میت باشد. این ویژگی باعث می‌شود تا انتقال جواز رد و تنفیذ، در بسیاری از عقود

بررسی آثار معامله فضلی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان



۱- با این وجود برخی از فقها در بدهت توارث حق در این مقام تردید کرده‌اند و معتقدند اگر جواز رد و تنفیذ، هم به تبعیت مال و هم مستقلاً به ورثه برسد، اجتماع اسباب در حق واحد پدید می‌آید (خمينی، ۱۴۱۸: ۵۶۱). این ایراد را با امکان توارث خیار به‌طور مستقل، که حقی مالی قلمداد می‌شود به همراه توارث خیار به تبع عین ترکه می‌توان دفع نمود.



عهدی و اذنی سالبه به انتفاء موضوع باشد. قانون مدنی ایران در ماده (۲۵۳)، توارث جواز رد یا تنفیذ را ممکن دانسته و در ماده (۲۵۴)، امکان تغایر مالکین در زمان انعقاد معامله فضولی و زمان رد یا تنفیذ را به رسمیت شناخته است. رویکرد حقوقدانان (ره پیک، ۱۳۷۶: ۷۲) و فقها (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۱۶۰) در مورد جواز رد یا تنفیذ ورثه حاکی از آن است که ایشان جواز اجازه یا رد را امر مستقلاً ندانسته و آن را نوعی اختیار تبعی و عرضی که به تبع مالکیت ایجاد می‌شود قلمداد می‌کنند. اختصاص جواز به پسر بزرگ، درجایی که موضوع معامله فضولی حیوه است و عدم تعلق جواز رد یا تنفیذ به زوجه درجایی که موضوع معامله زمین است؛ حکایت از این رویکرد دارد.

هرچند در حقوق ایران انتقال تعهدات متوفی به قائم‌مقام عام (وارث) او پذیرفته نشده است (یزدانیان، ۱۳۹۳: ۱۲۱)؛ اما در حقوق بریتانیا از گذشته، با عدم تفکیک قائم‌مقام قهری و قراردادی، قائم‌مقام را جانشین مالک در تمامی حقوق و تعهدات، از جمله رد یا تنفیذ عقود می‌دانند (Bell, 1826: 366). این رویکرد به قائم‌مقامی همچنان در بین حقوقدانان جریان دارد (Gillies, 2004: 622). در حقوق انگلستان، امکان رد یا تنفیذ از حقوق مالک نسبت به عقد به شمار می‌آید (Furmston & others, 2012: 599). انتقال جواز در این صورت را می‌توان با انتقال خيارات قانونی در فقه امامیه و حقوق ایران مقایسه کرد که هرچند متعلق خیار قرارداد است (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۵۸)؛ اما به‌عنوان حق مالی به ارث می‌رسد.

یکی از صور قابل فرض در حقوق ایران و انگلستان، معاملات و کیل پس از فوت یا حجر موکل است. در حقوق ایران موت موکل سبب انحلال عقد و کالت بوده (ماده ۶۸۲ قانون مدنی) و زوال صلاحیت و کیل، برخلاف عزل وی منوط به رسیدن خبر موت به او نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۱۰). بنابراین معامله پس از فوت موکل، معامله مال ورثه بوده و طبق ماده (۱۹۷) قانون مدنی غیر نافذ است. در حقوق انگلستان نیز وکالت با موت و کیل یا موکل از بین می‌رود (Dobson, Stokes, 2012: 573) و انحلال وکالت، برخلاف مورد مربوط به عزل و کیل مشروط به آگاهی از عزل نیست (Wilby, 1880: 401). در رویه قضایی انگلستان این مسئله در قالب عمل و کیل پس از حجر موکل مطرح شده است. رأی





صادره در سال ۱۸۷۹؛ اعمال حقوقی وکیل پس از حجر موکل را باطل و تنها استثنای آن را وکالت ظاهری دانسته است. منتقدین رأی فوق (Bennett, 1880: 101)، برای وکیل شخص محجور قائل به وکالت ظاهری نبوده و از این منظر هرگونه عمل حقوقی وکیل را باطل می‌دانند. مخالفین (Wilby, 1880: 407) معتقدند؛ معامله وکیل بعد از فوت موکل باطل خواهد بود چراکه این قرارداد نمی‌تواند ذیل عنوان «نماینده ناشی از تنفیذ» یا استثنائات قاعده «Nemo dat» قرار گیرد؛ زیرا اولاً وکیل به نام متوفی معامله کرده؛ فلذا از استثنائات قاعده خارج است و دوم اینکه شخصی که به نام او معامله شده وجود خارجی ندارد. این مخالفت‌ها سبب شد تا در سال ۱۹۱۰، جنون موکل بدون توجه به بحث وکالت ظاهری موجب بطلان معامله بعدی وکیل گردد.

بررسی آثار معامله فضولی در نظام حقوق ایران و حقوق انگلستان

به این ترتیب امروزه در حقوق انگلستان باید معاملات وکیل بعد از جنون یا موت موکل را باطل دانست. آنچه گفته شد به معنای عدم قابلیت انتقال جواز رد و تنفیذ به ورثه نیست. در موضوع مورد بحث حق تنفیذ برای متوفی به وجود نیامده که به وراثت منتقل شود و این موضوع را نباید باحالتی قیاس کرد که مالک در حال سنجش رد یا تنفیذ بوده و فوت می‌کند. در فرض اخیر با توجه به ویژگی‌های قائم مقام، حق موجود متوفی به ورثه خواهد رسید.

۱-۲-۲. نقل جواز رد یا تنفیذ: انتقال قهری جواز رد یا تنفیذ، خصوصیتی نداشته و می‌توان حکم آن را به نقل نیز تعمیم داد؛ خصوصاً آنکه ماده (۲۵۴) قانون مدنی یکی از اقسام این حالت را صحیح دانسته است. به این ترتیب اگر شخصی مال غیر را معامله کند؛ معامله وی غیر نافذ و قابل تنفیذ از سوی مالک خواهد بود؛ چنانچه مالکیت آن مال به نحوی از انحاء، اعم از قهری یا قراردادی به فصول منتقل شود؛ امکان رد یا تنفیذ به تبع ملک به منتقل الیه خواهد رسید. فرض فوق در فقه، تحت عنوان «من باع شیئاً فضولياً ثم ملكه» در





سه صورت مطرح شده و برخی (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۵۶) از فقها حکم به صحت تأهلی (عدم نفوذ) داده و برخی (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۸۲) قائل به صحت لزومی آن شده‌اند. استدلال گروه اخیر آن است که انتقال به بایع فضولی، کاشف از رضای وی در حین عقد بوده و مضمول آیه «اوفوا بالعقود» خواهد بود. گروه نخست اما معتقدند؛ منشا می‌تواند با مجاز مغایر باشد، به این معنی که مالکیت فضول (منشا)، لزوماً تنفیذ عقد (مجاز) نیست. حالت دیگر آن است که مالک مال، پیش از تنفیذ مالکیت مال را به دیگری انتقال دهد. برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۵) بین آگاهی و عدم آگاهی مالک از معامله فضولی قائل به تفصیل شده، در صورت اول انتقال را رد فعلی و در صورت دوم، خریدار را قائم‌مقام مالک در رد یا تنفیذ دانسته‌اند. اطلاق گزاره فوق، راجع به صورت اول را باید به قصد مالک بر رد مقید کرد؛ چراکه رد امری انشایی بوده و شاید مالک علی‌رغم آگاهی از معامله فضولی قصد رد آن را نداشته باشد.

پیش‌رویش تحقیق حقوق‌الام و در سال ششم - شماره دوم - پیاپی ۱۳۸۸

پیش‌از این دیدیم که در حقوق انگلستان، قائم‌مقامی ورثه خصوصیتی نداشته که قابل تعمیم به قائم‌مقام قراردادی نباشد. رأی صادره از دادگاه تجدیدنظر، در سال ۲۰۱۳ نیز انتقال حقوق به قائم‌مقام را به صورت کلی پذیرفته است. طبق مندرجات پرونده مذکور، شهرداری شهر بلویل در سال ۱۹۵۳ متعهد شد تا خسارات وارده بر سیستم فاضلاب خانه‌ای را تعمیر و بازسازی نماید. شش سال بعد مقامات مسئول بعدی اقدام به انکار این تعهد کردند و خانه مذکور، بارها مورد معامله قرار گرفت. نهایتاً در سال ۲۰۱۱ مالک جدید خانه به قائم‌مقامی مالک اول، اقدام به طرح دعوا علیه شهرداری کرده و در این دعوا پیروز شد. نکته مورد توجه در این پرونده، استدلال دادگاه تجدیدنظر است که قائم‌مقامان مالک را به مثابه طرف قرارداد با شهرداری و به همین دلیل دارای تمام حقوق و تعهدات مالک اول دانسته است.



۱ - (اول) باع مال الغیر فضولياً لنفسه، (دوم) باع عن مالکة فاتفق انتقاله الی البایع و سوم) باعه لأجنبی و باع لثالث ثم انتقل الیه.

## ۲. پابندی اصیل

نظر مشهور در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان، آن است که پس از انعقاد عقد فضولی، اصیل به عنوان طرف عقد پابند به آن خواهد بود. مالک اما به دلیل اینکه در قرارداد نقشی نداشته؛ پیش از تنفیذ تعهدی در برابر اصیل ندارد. برخی از فقهای امامیه (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۱۲)، پذیرش پابندی اصیل را نتیجه پذیرش نظریه کاشف بودن تنفیذ دانسته‌اند؛ به این ترتیب که اگر تنفیذ مالک را به گذشته ملحق کنیم؛ باید اصیل را پابند به عقد بدانیم و اگر تنفیذ مالک ناقل باشد، پابندی اصیل به عقد دلیل ندارد. با این وجود به نظر می‌رسد؛ پابندی اصیل ناشی از قصد انشاء او در انعقاد قرارداد است. فقها (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۷۶) مباشرت مالک در انعقاد عقد را شرط ندانسته، فلذا معامله فضولی را از مصادیق عقد می‌دانند. کبرای قیاس، آیه شریفه اوفوا بالعقود بوده و نتیجه این استدلال، وجوب وفای طرفین به عقد فضولی است. از آن رو که مالک طرف عقد نیست، مشمول حکم وفای به عقد قرار نمی‌گیرد. از طرف دیگر پابندی فضولی که عین متعلق به غیر را معامله کرده یا قصد نمایندگی خود را آشکار نموده عقلاً منتفی است. این نتیجه منطقی مورد تأیید برخی از فقها (نائینی، ۱۳۷۳: ۲۴۷) و حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۲) قرار گرفته است. در حقوق انگلستان مانند نظر اخیر فقه امامیه و حقوق ایران، پابندی اصیل را نتیجه اراده وی برای انعقاد قرارداد می‌دانند (Huffcut, 1895: 37). این نظریه در انگلستان مورد انتقاد برخی از حقوق دانان (Twerski, 1968: 13) قرار گرفته است؛ چرا که مخالف با نظریه سنتی عوض است. قاعده کلی در حقوق انگلستان آن است که هیچ قول یا تعهدی به عنوان یک قرارداد الزام آور تلقی نمی‌شود؛ مگر آنکه در قبال آن، عوضی دارای ارزش وجود داشته باشد. بنابراین قول یا وعده به تنهایی نسبت به متعهد الزام آور نیست (Benson, 2011: 242). قضات دلیل الزام آور نبودن عقد را عدم قصد جدی متعهد در عقود رایگان، بر ایجاد تعهد عنوان کرده‌اند (Stone & Others, 2011: 135)؛ به همین دلیل تعهد رایگان را تنها در قالب سند رسمی که بیانگر قصد جدی متعهد است لازم الاجرا می‌دانند (Stone, 1933: 93). این تعلیل باعث شده تا سایر حقوق دانان، لازم الاجرا بودن قرارداد را در گرو هرگونه نشانه‌ای در رفتار متعهد مبنی بر پابندی به قول خود بدانند (Calleros, 2017: 93).



104: 2013). در محل مورد بحث بدون تردید، شخص ثالث قصد انشای قرارداد و پایبندی به آن را داشته است؛ زیرا قرارداد اساساً معاوضی بوده و در برابر قصد ثالث، عوضی قرار داده شده است. بنابراین انتقاد فوق به پایبندی اصیل وارد نیست.

در حقوق ایران حکم پایبندی اصیل به قرارداد فضولی را می‌توان از ماده (۲۵۲) قانون مدنی برداشت کرد. مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر تأخیر مالک در رد یا تنفیذ موجب ضرر اصیل نباشد؛ وی متعهد به مفاد عقد بوده و حق برهم زدن معامله را نخواهد داشت. تبیین پایبندی اصیل در حقوق ایران و انگلستان منشأ آثار بسیاری است. برای مثال آیا در نکاح اصیل پایبند به عقد خواهد بود؟ آیا اصیل حق فسخ معامله فضولی را دارد؟ تلف مبیع قبل از قبض، چه تأثیری در سرنوشت عقد فضولی خواهد داشت؟ یا آنکه اصیل حق تصرف در مال خویش، پیش از تنفیذ مالک را دارد یا خیر؟ در ادامه مختصراً به بررسی این آثار خواهیم پرداخت. ذکر این نکته لازم است که ما پایبندی اصیل را نه از جهت کاشف بودن تنفیذ، بلکه به دلیل طرف عقد بودن و ناشی از اراده اصیل می‌دانیم.

## ۲-۱. پایبندی اصیل در نکاح

مقررات مربوط به نکاح فضولی در مواد (۱۰۷۳) و (۱۰۷۴) قانون مدنی آمده است. با توجه به آنچه در فوق گفته شد و این مطلب که در نکاح، عین متعلق به دیگری موضوع عقد نبوده؛ نکاح فضولی را باید تنها ناظر به مواردی دانست که وکیل قصد نمایندگی خود را فاش ساخته باشد. در حقوق انگلستان موارد مربوط به ازدواج قابل تنفیذ در ماده (۱۲) قانون موجبات زناشویی<sup>۱</sup> (۱۹۷۳) آمده است. این ماده صراحتاً به مواردی که فضول عقد نکاح را منعقد می‌کند؛ اشاره نکرده اما با نظر به تصریح بند (۲) ماده (۳) قانون ازدواج<sup>۲</sup> (۱۷۵۳) به نکاح صغیر توسط سرپرست قانونی، می‌توان این حکم را به مورد عقد فضول نیز تسری داد. صغیر پس از رشد می‌تواند نکاح را تنفیذ یا رد نماید؛ طرف دیگر عقد اما به دلیل صحت اراده و قصد پایبند به عقد خواهد بود (Shilling, 2016: 14-16). در حقوق ایران علی‌رغم ماده (۲۵۲) قانون مدنی، برخی از نویسندگان (امامی، ۱۳۶۴: ۳۵۷) زن را در

1 - Matrimonial Causes Act.

2 - The Marriage Act.







برهم زدن نکاح فضولی مختار پنداشته و آن را منوط به ایجاد ضرر ندانسته‌اند. عده‌ای دیگر (محمدی و فرزندگان، ۱۳۹۵: ۱۶۲)، پابندی اصیل به نکاح فضولی را منشأ احکام فاسدی از جمله جواز نظر به مادر زوجه می‌دانند. پاسخ این ایراد روشن است؛ چراکه پابندی اصیل به نکاح فضولی به معنای نفوذ عقد از جانب ایشان نبوده و حتی با جواز نظر به زوجه نیز ملازمه ندارد. به طریق اولی این عدم جواز در نظر به مادر زوجه ثابت است.

پابندی اصیل، ناشی از اراده انشایی وی در انعقاد معامله است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۰۲). به همین دلیل حکم پابندی اصیل را تنها در صورتی جاری می‌دانیم که اصیل از قصد نمایندگی فضول آگاه باشد. عدم اطلاع از قصد نمایندگی منجر به اشتباه در شخصیت و عدم مطابقت ایجاب و قبول است. نکته‌ای که در حق برهم زدن نکاح وجود دارد آن است که با توجه به صحت و لزوم نکاح در جانب اصیل، باید اسباب انحلال نکاح را، شامل ماده (۲۵۲) قانون مدنی نیز بدانیم. برهم زدن نکاح مانند هر عمل حقوقی دیگر باید مقرون به چیزی باشد که بر آن دلالت کند. با این وجود برخی از فقها (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۲۸۳) ازدواج اصیل با دیگری را به معنای برهم زدن قرارداد تلقی کرده‌اند. ایراد وارد بر این نظر آن است که اگر شخصی بدون قصد برهم زدن نکاح فضولی با دیگری ازدواج کند؛ فعل حرامی مرتکب شده و به منزله رد تلقی نمی‌شود. در پاسخ می‌توان به استدلال یکی از فقها در مورد مشابه اشاره کرد که واقعه زوج با زوجه مطلقه رجعیه به قصد زنا را موجب رجوع و رجوع را عنوان ثانویه عمل دانسته که نیازی به قصد نتیجه ندارد (نائینی، ۱۴۱۸: ۶۹). توضیح آنکه عناوین مترتب بر افعال است؛ مثل تألم در ضرب یا احترام در قیام. بنابراین کسی که زدن را قصد می‌کند، تألم را نتیجه می‌گیرد؛ چه قصد آن را داشته یا نداشته باشد. در دنیای اعتباری نیز، وضع اثر به عهده شارع و انجام موضوع، فعل مرتکب است. بنابراین ممکن است گفته شود اصیل حتی اگر قصد برهم زدن را نداشته باشد؛ شارع ازدواج وی را برهم زدن عقد تلقی می‌کند. این نظر نه تنها در فقه امامیه که در حقوق ایران نیز قابل پذیرش نیست؛ چراکه قانون‌گذار تحقق اعمال حقوقی را صرفاً منوط به قصد انشاء دانسته و موارد رد یا رجوع ناظر به مرحله تحقق عمل حقوقی است و نه اثر.

بررسی آثار معامله فضولی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان



## ۲-۲. امکان فسخ عقد فضولی توسط اصیل:

اغلب حقوقدانان با ادعای عدم تأثیر عقد فضولی، فسخ این نوع معاملات را ممکن نمی‌دانند. ایشان با توجه به مواد مربوط به فسخ و لزوم عقود، فسخ را تنها در مواردی ممکن می‌دانند که عقدی نافذ و موجب اثر وجود داشته باشد (نهرینی، ۱۳۹۴: ۱۲). عدم ذکر واژه فسخ در ماده (۲۵۲) قانون مدنی و استفاده از اصطلاح «بر هم زدن معامله»، می‌تواند مؤید این نظر باشد. با این وجود برخی از فقها صراحتاً برهم زدن معامله توسط اصیل را فسخ خوانده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۷). تفاوت آراء ناشی از تفاوت نگرش به آثار عقد فضولی است. آنان که عقد فضولی را غیرقابل فسخ می‌دانند آن را بی‌تأثیر پنداشته ولی کسانی که اعتقاد به امکان فسخ معامله فضولی دارند؛ عقد را به سبب مباشرت اصیل، از سوی او لازم می‌دانند (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ج ۱۲: ۱۵۹). برخی دیگر از فقها امکان فسخ را وابسته به کاشف یا ناقل بودن اجازه دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۱۲). توضیح آنکه بنا به ناقل بودن اجازه، مال تا زمان اجازه از مالکیت اصیل خارج نشده؛ فلذا می‌تواند معامله فضولی را فسخ نماید. برعکس در نظریه کاشفیت، تنفیذ کاشف از عدم مالکیت اصیل حین الفسخ است؛ فلذا موجبی برای فسخ وی باقی نخواهد ماند. نکته مهم آنکه برخی فقها فسخ را «رد ما انتقل عنه الی ملک» فسخ کننده می‌دانند و از آن رو که در عقد فضولی انتقالی رخ نداده، فسخ را ممتنع دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۷). در پاسخ گفته شده؛ فسخ هادم عقد است (منطبق با ماده ۴۵۱ قانون مدنی) و استرداد عوضین نتیجه هدم عقد؛ چه عقد فضولی باشد یا نه، چه اجازه کاشف باشد یا ناقل (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۵۶). به هر رو چه فسخ را در معنای نخست صحیح بدانیم و چه در معنای اخیر، قول به تفصیل بین کشف و نقل بیهوده خواهد بود؛ چراکه بر مبنای نقل، در صورت نخست انتقالی پیش از تنفیذ به وقوع نپیوسته و فسخ سالبه به انتفاء موضوع است. در صورت دوم نیز، مطابق با هر دو مبنا عقد فضولی رخ داده و قابل هدم است. نهایتاً می‌توان گفت به دلیل آنکه عقد از سوی اصیل تمام است؛ او حق فسخ دارد و این حق فسخ ارتباطی با نظریه کاشفیت یا ناقلیت ندارد (خمینی، ۱۴۱۸: ۵۲۸). گفتیم جواز رد یا تنفیذ مالک ممکن است؛ ناشی از قصد اصیل و فضول (در اثر افشای قصد نمایندگی فضول) یا مالکیت وی بر مال





باشد. از سوی دیگر حق فسخ اصیل نیز یا ناشی از عقد وی با فصول بوده یا قانوناً برای وی ایجاد شده است. منطقی نیست در حمایت از مالک، اصیل را از اجرای حق خود محروم کنیم.

بررسی آثار سلب فسخ در قرارداد، حقوق ایران و حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان با توجه به پابندی شخص ثالث به عقد منعقد با نماینده و همچنین اثر قهقرایی تنفیذ و انتساب خود عقد به مالک (کشف حقیقی)، نمی‌توان برای شخص ثالث حق فسخی متصور شد! در فقه امامیه قائلین به نقل، عقد فضولی پیش از تنفیذ را در حکم ایجاب و قابل رجوع می‌دانند (روحانی، ۱۴۲۹: ۹۰). این نظر در اواخر قرن نوزدهم در حقوق انگلستان مطرح شد (Wambaugh, 1895: 67)؛ اما به دلیل تئوری «نمایندگی ناشی از تنفیذ» و اثر قهقرایی آن مورد توجه قضات قرار نگرفت (Huffcut, 1895: 37). با این حال تئوری ایجاب در رویه قضایی آمریکا پذیرفته شده و نه تنها فسخ شخص ثالث پیش از تنفیذ، که اقاله نماینده و شخص ثالث را نیز می‌پذیرند (Rochvarg, 1989: 319). برخی از حقوق‌دانان (Huffcut, 1895: 38) از عدم امکان فسخ توسط شخص ثالث انتقاد کرده‌اند و آن را مخالف عدالت معاوضی دانسته‌اند؛ چراکه این عقد یکی از طرفین را به عقد پایبند کرده و به طرف دیگر، فرصت سنجش و جواز رد یا تنفیذ می‌دهد. نکته دیگر آنکه تأخیر مالک در رد یا تنفیذ، در حقوق ایران، به جهت رفع ضرر از اصیل موجب حق فسخ برای او بوده، ولی در حقوق انگلستان تأخیر مالک در رد یا تنفیذ، موجب پابندی وی به عقد و زوال حق رد یا تنفیذ وی است (Nahan, 1997: 68)، و به این ترتیب از ضرر اصیل جلوگیری می‌شود.

### ۲-۳. انفساخ عقد فضولی

آنچه گفته شد قابل انطباق با مورد انفساخ است. در نظر بگیریید عین متعلق به اصیل یا مالک، پیش از تنفیذ و قبض تلف شود؛ در این صورت باید عقد فضولی را منفسخ بدانیم. فقها در صورت فسخ یا انفساخ، عقد را کالعدم و تنفیذ مالک را به دلیل فقدان موضوع باطل می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۱۲). با این وجود و با توجه به ماده (۲۵۸) قانون مدنی به



1 - Bolton Partners v. Lambert (1889) 41 Ch D 295.

2 - Walter v James (1871) LR 6 Exch 124.



نظر می‌رسد؛ تنفیذ در صورت فسخ یا انفساخ می‌تواند در مورد منافع مؤثر باشد؛ چراکه اگر مالک عقد را تنفیذ کرد، مالک نمائات عوض پیش از فسخ یا انفساخ خواهد شد. این حکم در مورد اصیل نیز مجری خواهد بود. بدیهی است امکان تنفیذ عقد در صورت تلف مبیع را نمی‌توان آنگونه که برخی پنداشته‌اند به مورد اخذ به شفعه تعمیم داد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۳۰)؛ چراکه اخذ به شفعه حکم ضرری ناشی از انتقال سهم شریک بوده ولی در بیع فضولی پیش از تنفیذ انتقالی صورت پذیرفته است.

#### ۲-۴. تصرف اصیل در ما انتقل عنه:

یکی از مسائل مربوط به پابندی اصیل، تصرفات وی در مالی است که موضوع عقد فضولی قرار گرفته است. در نظر بگیری اصیل، بایع باشد. آیا پیش از اجازه حق تصرف در مال را دارد؟ اگر مال را به دیگری انتقال دهد؛ انتقال چه وضعیتی خواهد داشت؟ در اینجا نیز برخی از فقها بین کشف و نقل تفکیک کرده؛ تصرفات فعلی اصیل را مانند تصرفات قولی وی در صورت قول به ناقل بودن صحیح دانسته و حکم این مورد را با نذر مقایسه کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۱۴). توضیح آنکه نذر، واجب مشروط است و وقوع منظور نذر کننده ناقل می‌باشد. بنابراین تصرفات نذر کننده در مال مندور صحیح خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۱۷: ۳۰۶). عده‌ای دیگر (خمینی، ۱۴۱۰: ج ۲: ۲۶۱)، تصرفات اصیل را در هر صورت صحیح و برخی دیگر (نائینی، ۱۴۱۳: ۱۰۰) به جهت مباشرت اصیل در عقد و التزام وی، تصرفات فعلی وی را در هر صورت باطل می‌دانند. بدون شک پیش از تنفیذ، اصیل مالک مال خود بوده و اعتبار دو مالک، در آن واحد بر تمام عین محال است (حکیم، بی تا: ۳۹۲). از سوی دیگر التزام اصیل ناشی از قابلیت استناد اثر عقد به طرف مقابل و حق وی در رد یا جواز است؛ به بیان دیگر مال وی متعلق حق غیر قرار گرفته است. این مورد را می‌توان با انتقال مال مرهونه (حکیم، بی تا: ۳۹۰) یا موضوع ماده (۴۵۴) قانون مدنی تطبیق داد. به این معنا که معامله اصیل، حتی بنا به نظریه کشف، صحیح و غیر نافذ می‌باشد. در صورت رد معامله فضولی، معامله وی پابرجا و در صورت تنفیذ، معامله وی باطل خواهد بود. توضیح آنکه معامله فضولی همچون فرض ماده (۴۵۴)، عین را متعلق حق دیگری قرار داده؛ بنابراین تصرف من علیه الحق پیش از تنفیذ عقد فضولی غیر نافذ است.





نهایتاً اگر مالک عقد را تنفیذ نماید؛ مالک مال اصیل شده و تنفیذ یا رد رابطه حقوقی دوم (تصرف اصیل) بلا موضوع و باطل می‌گردد. این نتیجه با مفاد مواد قانون مدنی و نظریه استناد به مالک همخوانی بیشتری دارد.

در حقوق انگلستان، حالت تصرف شخص ثالث در مال خویش، وضعیت پیچیده‌تری دارد. از یک سو وی متصرف و مالک مال بوده و از سوی دیگر؛ تنفیذ عقد وی را در موضع فروشنده یا خریدار واقعی قرار می‌دهد. در واقع برخلاف قانون مدنی ایران که نظریه کشف حکمی را پذیرفته (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۸)، در حقوق انگلستان تنفیذ موجب کشف حقیقی است (Dalley, 2011: 526). در گذشته حقوقدانان (Pollock, Wright, 1888: 4) تصرف را اماره بر مالکیت دانسته و حمایت از تصرف را حمایت از مالکیت می‌دانستند. در گذر زمان اما متصرف مستقلاً دارای حقوقی شد (Merrill, 2015: 9) که ناشی از استیلای وی بر مال بود. از جمله این حقوق، استثنائات وارد بر قاعده «Nemo dat» است. یکی از این استثنائات که در ماده (۲۴) قانون فروش کالا (۱۹۷۹) آمده، فروش مال توسط فروشنده متصرف است. به این ترتیب که شخصی که مالی را به دیگری فروخته، اما هنوز تسلیم نکرده و متصرف مال است؛ مال را به خریدار با حسن نیتی که از فروش نخستین آگاه نبوده می‌فروشد. این انتقال قانوناً صحیح بوده و فروشنده در برابر خریدار اول ضامن خسارت است (Thomas, 2008: 141). این استثناء قابل انطباق با فروش کالا توسط شخص ثالث پیش از تنفیذ است؛ چراکه نهایتاً تنفیذ با اثر قهقرایی خود، ثالث را در حکم فروشنده متصرف قرار می‌دهد که مطابق با ماده (۲۴) قانون فروش کالا انتقال وی صحیح خواهد بود.

### نتیجه‌گیری

بررسی تطبیقی آثار معامله فضولی در حقوق ایران و انگلستان نشان می‌دهد منشأ معاملات فضولی در فقه امامیه، نه فقط روایات و احادیث، بلکه اقتضانات تجاری معاملات بوده است. همین اقتضانات در حقوق انگلستان باعث ایجاد استثنائاتی بر قاعده «Nemo dat» از یک سو و پذیرش نمایندگی ناشی از تنفیذ از سوی دیگر شده است. استثنائات





قاعده «Nemo dat» در معاملات فضول برای خود، با موضوع عین معین، جریان داشته و قانون‌گذار برای حمایت از خریدار با حسن نیت حکم آن را صحیح و نافذ می‌داند. نمایندگی ناشی از تنفیذ اما در مواردی کارآمد است که فضول برای دیگری و با افشای قصد نمایندگی معامله می‌کند و این معامله از سوی مالک قابل تنفیذ است. در حقوق ایران معاملات فضول برای خود یا مالک، تنها در صورتی امکان دارد که موضوع معامله مال متعلق به دیگری باشد؛ مگر آنکه قصد نمایندگی توسط فضول افشا شود که در این صورت موضوع عقد می‌تواند مال، تعهد یا اذن دیگری باشد. حکم این معاملات در حقوق ایران اعم از آنکه برای فضول یا مالک باشد عدم نفوذ است.

آثار معاملاتی که در قالب استثنائات قاعده «Nemo dat» منعقد می‌شوند؛ پیچیدگی خاصی نداشته و مانند سایر عقود صحیح خواهد بود. در معاملات قابل تنفیذ اما مهم‌ترین آثار، جواز رد یا تنفیذ و پابندی اصیل به معامله است. مبنای جواز رد یا تنفیذ را باید در قابلیت استناد عقد به مالک جستجو کرد. در این نوشتار دیدیم؛ این قابلیت یا از ارتباط موضوع معامله با مالک نشاءت می‌گیرد یا از قصد متعاقدين ناشی می‌شود. قصد انشای اصیل، علاوه بر آنکه در قابلیت استناد اثر عقد به مالک مؤثر است؛ وی را پابند به عقد و متعهد در برابر مالک می‌سازد. اطلاق این التزام هرچند از سوی حقوق‌دانان ایرانی و انگلیسی به چالش کشیده شده؛ اما بر رویه قضایی انگلستان و قانون‌گذاری ایران حاکم بوده است. علی‌رغم شباهت‌های فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان در توارث و نقل حق رد یا تنفیذ، این نظام‌ها در مورد امکان فسخ و انتقال موضوع معامله توسط اصیل تفاوت‌هایی دارند. بررسی این شباهت‌ها و تفاوت‌ها می‌تواند در انطباق معاملات فضولی با نظم عمومی مؤثر بوده و تأثیر به‌سزایی در تصمیمات قانون‌گذاران ایرانی و قضات انگلیسی داشته باشد.

فصلنامه پژوهش حقوقی حقوق‌الامم و عرب‌سال  
ششم - شماره دوم - پیاپی ۱۳۸۸

#### منابع

- (۱) امامی، حسن، ۱۳۶۴ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه، چ ۵، ج ۵.
- (۲) انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم، تراث الشیخ الأعظم، چ ۱، ج ۳.
- (۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸ش، الفارق، تهران، گنج دانش، چ ۱، ج ۳.
- (۴) -----، ۱۳۹۳ش، فلسفه حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چ ۳، ج ۱.





- (۵) -----، ۱۳۷۰ش، وصیت، تهران، گنج دانش، چ ۲.
- (۶) حکیم، محسن، بی تا، نهج الفقاهه؛ قم، ۲۲ بهمن.
- (۷) حلی، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۷ق، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۱، ج ۳.
- (۸) خراسانی، محمد کاظم بن حسین، ۱۴۰۶ق، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱.
- (۹) خمینی، روح الله، ۱۴۱۸ق، کتاب البیع، تقریر محمدحسن قدیری، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چ ۱، ج ۱.
- (۱۰) -----، ۱۴۱۰ق، کتاب البیع؛ تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ ۴، ج ۲ و ۴.
- (۱۱) روحانی، محمد صادق، ۱۴۲۹ق، منهاج الفقاهه، قم، انوار الهدی، چ ۵، ج ۴.
- (۱۲) ره پیک، سیامک، ۱۳۷۶ش، «اجازه وارث معامله فضولی در قانون مدنی ایران»، دیدگاه های حقوقی، ش ۶ و ۵.
- (۱۳) شهیدی، مهدی، ۱۳۹۱ش، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، چ ۶.
- (۱۴) صفار، محمدجواد، فتاحی، محمد، ۱۳۹۱ش، تنفيذ معامله «ماهیت، شرایط، آثار»، تهران، جنگل، چ ۱.
- (۱۵) صفایی، حسین، تفرشی، محمد عیسی، قنواتی، جلیل، ۱۳۸۰ش، «تحلیل نمایندگی ناشی از تنفيذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران»، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۵، ش ۴.
- (۱۶) طباطبایی یزدی، محمد کاظم، ۱۴۱۰ق، حاشیه مکاسب، قم، نشر اسماعیلیان، چ ۱، ج ۱ و ۲.
- (۱۷) عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ بی تا، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، ج ۱.
- (۱۸) عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین، ۱۴۱۷ق، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، قم، موسسه معارف اسلامی، چ ۱، ج ۱۰.
- (۱۹) غروی اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۱۹ق، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق عباس محمد آل سباع، قم، دار المصطفی (ص) لإحياء التراث، چ ۱، ج ۲.



- ۵۲ فروغی (الف)، سید علیرضا، ۱۳۹۱ش، «بررسی فقهی - حقوقی حق و ملک»،  
آموزه‌های فقه مدنی، ش ۵.
- (۲۱) فروغی (ب)، سید علیرضا، ۱۳۹۱ش، «آثار و ویژگی‌های حق از دیدگاه فقه امامیه و  
قانون مدنی»، دانش حقوق مدنی، ش ۱.
- (۲۲) قاسم زاده، مرتضی، ۱۳۸۸ش، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر دادگستر،  
چ ۱۱.
- (۲۳) قنوتی، جلیل، ۱۳۸۳ش، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم، بوستان کتاب، چ ۱.
- (۲۴) کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۹۰ش، ایقاع، تهران، میزان، چ ۵.
- (۲۵) -----، ۱۳۸۹ش، عقود معین، تهران: سهامی انتشار، چ ۶، ج ۴.
- (۲۶) -----، ۱۳۸۵ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، سهامی انتشار،  
چ ۷، ج ۲.
- (۲۷) محقق داماد، مصطفی، ۱۳۹۰ش، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن،  
تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۶.
- (۲۸) محقق داماد، مصطفی، عبدی پور فرد، ابراهیم، قنوتی، جلیل، وحدتی شیرینی،  
حسن، ۱۳۸۹ش، حقوق قراردادها در فقه امامیه، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه،  
چ ۱، ج ۲.
- (۲۹) -----، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ۱۳۹۲ش، حقوق قراردادها در فقه  
امامیه، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۵، ج ۱.
- (۳۰) محقق کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح  
القواعد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چ ۲، ج ۳ و ۱۲.
- (۳۱) محمدی، سام، فرزندگان، محمد، ۱۳۹۵ش، «التزام اصیل به نکاح فضولی در فقه  
امامیه و قانون مدنی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، ش ۱.
- (۳۲) موسوی بجنوردی، محمد، ۱۳۸۸ش، فقه مدنی، تهران، مجد، چ ۱، ج ۲.
- (۳۳) موسوی خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۸ق، موسوعه الامام الخویی، قم، موسسه احیا آثار  
امام خویی، چ ۱، ج ۳۳.
- (۳۴) -----، ۱۳۷۷ش، مصباح الفقاهه، به تحقیق محمدعلی توحیدی تبریزی،  
قم، داوری، چ ۱، ج ۴.







- (۳۵) ناصری مقدم، حسین، قبولی درافشان، محمد تقی، محمودآبادی، صالحه، ۱۳۹۱ش، «جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۶.
- (۳۶) نائینی، محمدحسین، ۱۴۰۴ق، فوائد الاصول، به تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، موسسه نشرالاسلامی، چ ۱، ج ۱.
- (۳۷) -----، ۱۳۷۳ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، به تقریر موسی نجفی خوانساری، تهران، مکتبه المحمدیه، چ ۱، ج ۱.
- (۳۸) -----، ۱۴۱۳ق، کتاب مکاسب و البیع، تقریر محمد تقی آملی، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۱، ج ۲.
- (۳۹) -----، ۱۴۱۸ق، منیه الطالب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۱، ج ۳.
- (۴۰) نجفی، محمد حسن، ۱۹۸۱م، جواهر الکلام، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چ ۷، ج ۲۲.
- (۴۱) نعمت اللهی، اسماعیل، ۱۳۹۳ش، «بررسی نظریه مَلِکَ أَنْ یَمْلِکَ (حق تملک)»، حقوق اسلامی، دوره ۱۱، ش ۴۱.
- (۴۲) نهرینی، فریدون، ۱۳۹۴ش، ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران، تهران، گنج دانش، چ ۴.
- (۴۳) یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۳ش، «مفهوم تسری تعهدات و مسؤولیت مدنی به قائم مقام در فقه و حقوق فرانسه»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۰، ش ۳۶.

- 44) Bell, Robert, (1826), Dictionary of the Law of Scotland, John Anderson & Company, Royal Exchange and Bell & Bradfute, Vol.1.
- 45) Benson, Peter, (2011), "The Idea of Consideration", University of Toronto Law.
- 46) Bolton Partners v. Lambert, (1889) 41 Ch D 295.
- 47) Brown v. Belleville (City), (2013) ONCA 148.
- 48) Calleros, Cause, (2013), "Consideration, Promissory Estoppel, and Promises Under Deed: What Our Students Should Know About Enforcement of Promises in Historical and International Context", Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L. 84, Vol. 13.
- 49) Dalley, Paula J, (2011), "A Theory of Agency Law", University of Pittsburgh Law Review, Vol. 72.
- 50) DeMott, Deborah A, (2009), "Ratification: Useful But Uneven", European Review of Private Law, Vol. 17, No. 6.



- 51) Dobson, Alan Paul, (2012), Stokes, Robert, Commercial Law, London, Sweet & Maxwell.
- 52) Drew V Nunn: CA (1879).
- 53) Furmston, M H, Cheshire, Geoffrey Chevalier, Fifoot, Cecil Herbert Stuart, (2012), Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, Oxford University Press. 16<sup>th</sup> ed.
- 54) Gillies, Peter, (2004), Business Law, Federation Press, 12<sup>th</sup> ed.
- 55) Huffcut, Ernest W, (1895), Elements of the Law of Agency, Beard Books.
- 56) Merrill, Thomas W, (2015), Ownership and Possession (Law and Economics of Possession), Edited by Yun-chien Chang, Cambridge University Press.
- 57) Murphy, Tim, Robert, Simon, Flessas, Tatiana, (2004), Understanding Property Law, London, Sweet & Maxwell, 4<sup>th</sup> ed .
- 58) Nahan, Nyuk Yin, (1997), "Rescission: A Case for Rejecting the Classical Model?", University of Western Australia Law Review, No 66, vol. 27.
- 59) Pollock, Frederick, wright, Robert Samuel, (1888), An Essay on Possession in the Common Law, Clarendon Press.
- 60) Rochvarg, Arnold, (1989), "Ratification and Undisclosed Principals", McGill Law Journal, Vol. 34.
- 61) Shilling, Dana, (2016), Lawyer's Desk Book, Wolters Kluwer Law & Business.
- 62) Stone, Richard, Davenney, James, Cunnington, Ralph, (2011), Text, Cases and Materials on Contract Law, Routledge, 2<sup>th</sup> ed.
- 63) Stone, Richard, devenney, James, (2017), The Modern Law of Contract, Taylor & Francis, 12<sup>th</sup> ed.
- 64) Thomas, Sean, (2008), Comparative Analysis of the Rule of Nemo Dat Quod Non Habet and Its Exceptions in the Law of England and Wales and the Law of the United States of America, University of Manchester.
- 65) Twerski, Aaron, (1968), "The Independent Doctrine of Ratification v. the Restatement and Mr. Seavey", Brooklyn Law School, No 1, vol. 42.
- 66) Walter v James (1871) LR 6 Exch 124.
- 67) Wambaugh, Eugene, (1895), "A Problem as to Ratification", Harvard Law Review, vol. 9, No. 1.
- 68) Yonge v Toynbee (1910) 1 KB 215.

