

تحلیل درک قانونی

سید سعید مومنی*

سید حکمت‌اله عسکری**

تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۲/۲۲

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۹/۲۹

چکیده

در عنوان قبل از ماده ۲۴۷ ق.م. معامله فضولی به معامله‌ای که موضوع آن مال غیر است، تعریف شده است. قانون‌گذار بعضی از معاملات فضولی را باطل، بعضی دیگر را غیرنافذ با قابلیت نفوذ^۲ و بعضی را صحیح اما هنوز غیر مؤثر نسبت به عین ثالث می‌داند.^۳ در عقد بیع (با مبیع مستحق للغير) قانوناً مالکیت بایع شرط نیست، لیکن تعهد^۴ بایع غیرمالک در عقد صحیح مذکور این است که بعداً رضایت مالک «عین» را اخذ نماید. نقض تعهد مذکور موجب درک (وقفه در تملیک «عین» به مشتری به لحاظ مستحق للغير در آمدن آن) خواهد آمد که ضرر به مشتری است؛ چون ایشان هنوز مالک عین مبیع نشده است. درک مذکور دفاع ندارد. تنها شیوه جبران درک، انجام اصل تعهد نقض شده می‌باشد؛ به طوری که با رضایت مالک «عین»، تملیک عین به مشتری تحقق می‌یابد. بایع مذکور ضامن اخذ رضایت است. درک در قانون و در آثار حقوق دانان تعریف نشده است. در این مقاله نظر مختار این است که درک قانونی با تعریف ذکر شده در فضولی صحیح، قابل

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد شیراز.

momeni.lawyer@yahoo.com

** استادیار دانشگاه آزاد شیراز گروه حقوق

askari@iaushiraz.ac.ir

۱. ماده ۶۲۵ ق.م.

۲. ماده ۲۴۷ ق.م.

۳. مواد ۲۲۳، ۳۶۲ و ۲۳۱ ق.م.

۴. ماده ۱۸۳ ق.م.

تحلیل است (و نه در اقسام دیگر فضولی). با رضایت مالک عین، عقد مؤثر اما با رد مالک، فساد عقد معلوم می‌شود که تعرضی به وقوع و صحت سابق ندارد.^۱

کلیدواژگان:

درک قانونی، عقد صحیح غیر مؤثر نسبت به عین (حق) ثالث، فساد، مبیع مستحق للغير.

۱. مواد ۲۲۳، ۳۶۵ و ۳۹۱ ق.م.

مقدمه

در فقه در خصوص تعریف معاملات فضولی، تشخیص «اصیل معامله»، وضعیت معامله و آثار دیگر آن اختلاف نظر وجود دارد. شیخ اعظم در مکاسب، نظریات فقها را گرد آوری نموده است.^۱ آیا قانون‌گذار در قانون مدنی به منظور نظم‌بخشی به مباحث پراکنده و گاه ضد و نقیض آن در فقه، چاره‌ای اندیشیده است؛ به طوری که از تشتت آرا و اختلاف دیدگاه‌ها پرهیز شود و در عین حال با توجه به سابقه فقهی و حقوقی قابل تحلیل باشد؟ حقوق‌دانان در معاملات فضولی و مسئله درک نظریات مختلفی ارائه نموده‌اند.^۲ در عین حال در کتب حقوقی به پرسش‌های ذیل پاسخ روشنی داده نشده است؛ برای نمونه آیا تشخیص اصیل معامله، جزء «تعریف» معامله فضولی می‌باشد یا مقوله دیگر است؟ آیا معاملات فضولی دارای اقسام مختلف است، به طوری که هر قسم از وضعیت قانونی خاص خود برخوردار باشد؟ در اقسام معامله فضولی هریک از «مالکیت طرف» یا «رضایت مالک» در کدام مرحله، نقش بازی می‌نماید؟ در بیع فضولی با توجه به قاعده «مقتضی (سبب و شرط) موجود، مانع مفقود» مالکیت طرف، شرط وقوع می‌باشد یا شرط صحت؟ رضایت مالک عین چطور؟ در بیع فضولی با توجه به تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. چه نوع تعهدی ایجاد می‌شود و نقض آن چه پیامدی دارد؟ آیا باید اصل تعهد اجرا شود یا طرف، حق فسخ دارد؟ چرا حقوق‌دانان درک قانونی (و ضمان درک) را در ماده ۳۶۲/۲ ق.م «به عنوان» اثری از آثار اختصاصی عقد بیع صحیح، قابل تحلیل نمی‌دانند و قانون‌گذار را مرتکب اشتباه می‌دانند؟ پاسخ پرسش‌های مذکور خواهد آمد. در مقاله حاضر سعی شده تا مقررات قانون مدنی در باب معاملات فضولی از جمله تعریف آن و درک قانونی با توجه به سال تصویب آن (۱۳۰۷ش) بحث شود.

۱. تعریف معامله فضولی

درک قانونی فقط در معامله فضولی، امکان تحقق دارد. صرف‌نظر از تعاریفی که در فقه و در عالم حقوق، از معامله فضولی ارائه شده است (مثلاً المراد بالفضولی... و قد یوصف به نفس

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، جلد ۱، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۳۳۲.

۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۳، ص ۴۶۹.

العقد...^۱). قانون‌گذار به منظور نظم‌بخشی به مباحث فقهی، در قانون مدنی (در عنوانی قبل از ماده ۲۴۷ ق.م.) تعریف خاص خود را تصویب نموده است؛ یعنی «معامله‌ای را که موضوع آن مال غیر» باشد، «معامله فصولی» نامیده و مقررات فصولی را بر اساس همین تعریف، تنظیم و تصویب نموده است. لذا نباید به تعریف قانون‌گذار، لفظ دیگری اضافه نمود. بدیهی است اگر تعریف دیگر از عقد فصولی ارائه شود، با مقررات کنونی قابل جمع نخواهد بود. در نتیجه، این مسئله که معامله فصولی برای چه کسی است یا چه کسی اصیل معامله فصولی است؟ بحث بعدی است. پاسخ آن در تعریف قانونی عقد فصولی دخالت ندارد. این بحث تا همین اندازه در ارائه تعریف قانونی از «درک در عقد صحیح» نقش دارد.

۲. تشخیص اصیل در معامله فصولی

در این گفتار آنچه به نتیجه مقاله کمک می‌نماید، این است که در عقد بیع فصولی آیا طرف معامله حتماً باید مالک عین خارجی باشد یا خیر؟ از نظر قانون مدنی، تشخیص اصیل معامله (که مواد ۱۹۰/۱، ۱۹۶ و ۱۹۷ ق.م به آن پرداخته است) اساساً ربطی به «تعریف» معامله فصولی «به‌طور کلی» ندارد. به نظر می‌رسد، تشخیص اصیل (در معامله) در «تقسیم‌بندی» معامله فصولی مؤثر است، نه در «تعریف» معامله فصولی. در «تعریف قانونی» معامله فصولی، اشاره‌ای به تقسیم‌بندی مذکور نشده است. در قانون مدنی در چنین معامله‌ای، برای تشخیص اینکه چه کسی اصیل یا طرف معامله محسوب می‌شود؟ دو ملاک قانونی تصویب شده است:

۱- قصد عاقد؛^۲ ۲- مالکیت مال.^۳

در ماده ۱۹۷ ق.م «مالکیت مال» ملاک در تشخیص اصیل است. ماده مذکور یک اصل محسوب می‌شود؛ یعنی اصولاً مالک، اصیل معامله می‌باشد، اما به نظر می‌رسد ماده مذکور قاعده آمره نیست. لذا می‌توان برخلاف آن توافق نمود. به همین دلیل ماده ۱۹۶ تصویب شده است که به عاقد اجازه می‌دهد تا معامله‌ای که واقع می‌نماید، آنرا برای خود قصد کند؛ اگرچه عاقد در واقع مالک عین نباشد. ماده ۳۰۴ ق.م. دلیل آن می‌باشد. بدیهی است، وقوع چنین معامله‌ای هنوز

۱. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۳۲.

۲. ماده ۱۹۶ ق.م.

۳. ماده ۱۹۷ ق.م.

نسبت به عین ثالث، مؤثر نیست^۱ تا رضایت ثالث (مالک عین) جلب شود. در این قسم معامله، رضایت مالک عین باعث نمی‌شود تا مالک مذکور طرف اصیل معامله محسوب شود.^۲ قصد عاقد برای خودش بوده تا خودش اصیل معامله باشد. نقش قصد (نسبت به مالکیت مال) مؤثرتر است و نقش سازنده نیز دارد. در این معامله باید منتظر رضایت مالک عین ماند تا تملیک عین به مشتری تحقق یابد، بدون آنکه اصیل معامله تغییر نماید؛ یعنی خود عاقد، اصیل معامله محسوب می‌شود و نه مالک مال. به همین دلیل است که ماده ۲۵۴ ق.م.مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی ازانجا به معامله‌کننده فضولی منتقل شود، صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود». معامله برای مالک عین قصد شد نه برای خود عاقد، حال که خودش مالک شد، قصد اولیه تغییر نمی‌کند، بلکه همین «عاقد» باید به‌عنوان «مالکی که اصیل معامله است» اظهارنظر نماید. اگر صرف مالکیت عین ملاک بود، محتاج اظهارنظر بعدی عاقد به‌عنوان «مالک و اصیل» نبودیم. این بحث از این نظر مهم است که قانون‌گذار، بایع را که مالک عین نیست، ضامن درک می‌داند. لذا بایع در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م. ناظر به عاقد است که اصیل معامله هم باشد (در گفتار بعدی توضیح آن خواهد آمد).

در ماده ۳۵۷ قانون تجارت «حق‌العمل‌کاری» معامله‌ای ناظر به مال غیراست، به نام خود (اصیل) به حساب غیر (مالک).^۳ به عبارت دیگر، حق‌العمل‌کار با اینکه طرف اصیل معامله است، لیکن مالک مال مورد معامله نمی‌باشد. لذا برای وقوع عقد «بیع» لازم نیست که طرف عقد بیع، خودش مالک عین باشد، در غیر این صورت، در مقررات بیع، ماده‌ای برای آن تصویب می‌شد، مثل ماده ۶۰۹ ق.م. در ودیعه و.... . حق‌العمل‌کار «قصد» نمود تا خودش، طرف اصیل معامله باشد با اینکه خود «مالک مال» نیست. قانون‌گذار اجازه آن را داد. هرچند معامله‌ی اخیرالذکر، فضولی تلقی نمی‌شود، چون بایع از قبل اذن داشته است که (با مال مالک) به نام خود معامله کند. در این مرحله لازم است تا با اقسام معاملات فضولی آشنا شویم.

۱. ماده ۲۳۱ ق.م.

۲. ملاک ماده ۱۰۶ ق.م.

۳. عاقد مذکور، طرف اصیل معامله با مشتری می‌باشد؛ یعنی اینان طرفین اصیل معامله می‌باشند، هرچند قانوناً و بنام اراده معامله به حساب مالک می‌باشد.

۳. اقسام معاملات فضولی، آثار و احکام

- فضولی برای مالک عین- (تا مالک عین، اصیل معامله باشد).

- فضولی برای خود بایع- (تا بایع، طرف اصیل معامله باشد).

این تقسیم‌بندی در فقه مسبوق به سابقه است (...الفضولی قد بیع للمالک و قد بیع لنفسه -).^۱ در قانون مدنی هر قسم وضعیت قانونی خاص خودش را دارد که خواهد آمد، نباید خلط نمود. هر دو قسم معامله مذکور ناظر بر مال غیر است، لذا معاملات فضولی نامیده می‌شوند و از این نظر اشتراک دارند. این دو قسم معامله فضولی، نه فقط در تشخیص اصیل، بلکه از نظر وضعیت قانونی و به‌طور کلی در آثار، اختلاف دارند. ثمره این بحث در درک قانونی و ضمان درک نیز نمایان می‌شود. تصویب بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م. برای حقوق دانان عجیب به نظر می‌رسد و آن را اشتباه فاحش قانون‌گذار دانسته‌اند؛^۲ شاید از این نظر که اینان به اقسام فضولی (و مسائل دیگر) که به آن اشاره خواهد شد، توجه ننموده‌اند. در قانون مدنی، معامله فضولی، حسب مورد یا واقع نمی‌شود (بحث آن می‌آید) و یا اگر واقع شود، مرحله بعدی آن موقوف به اجازه یا رضایت مالک است. مسئله مهم این است که این قسم معامله واقع شده، در کدام مرحله از مراحل موقوف به اجازه می‌شود؟ به نظر می‌رسد پاسخ واحدی وجود ندارد (که خواهد آمد). چگونه معامله فضولی از توقف (در مرحله صحت و نفوذ و یا تأثیر) خارج می‌گردد؟ پاسخ آن در اقسام معاملات فضولی متفاوت خواهد بود (که خواهد آمد). این تقسیم‌بندی از این نظر نیز اهمیت دارد که درک در بعضی از معاملات فضولی ایجاد می‌شود، نه در تمام معاملات فضولی. لذا اقسام معاملات فضولی، آثار و احکام آنها به‌طور جداگانه بررسی می‌شود.

۱. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۳۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۲۸.

۳.۱. معامله فضولی «برای مالک»

در این قسمت، «بیع» فضولی «برای مالک» - و مقررات آن به عنوان نمونه بررسی می‌شود.^۱ اگر بیع فضولی «برای مالک عین» قصد شود، فضولی برای مالک نامیده می‌شود^۲ تا مالک مذکور، اصیل معامله باشد. چالش این است آیا از نظر قانونی بیع عاقد، قبل از دخالت مالک واقع می‌شود؟ آیا صحیح است و آثار دارد؟ آیا تعریف بیع در ماده ۳۳۸ ق.م.تحقق می‌یابد؟ معامله در کدام مرحله متوقف می‌شود؟ به نظر می‌رسد هر یک از مراحل (وقوع، صحت و آثار دیگر و غیره) مقررات خاص خودش را دارد که در تفسیر مواد قانونی باید مدنظر قرار گیرد.

وقوع معامله فضولی «برای مالک» که در ماده ۲۴۷ ق.م. پذیرفته شده است. مطابق همین ماده، وقوع مذکور از صحت ماده ۲۲۳ ق.م. استثناء شده است. یعنی وقوع مذکور هنوز صحیح و نافذ نیست چون هنوز مالک «به عنوان اصیل» رضا نداد تا اصیل معامله شود. (فرق قانونی وقوع و صحت به‌زودی خواهد آمد). وقوع در این مرحله متوقف می‌شود. معامله هنوز مؤثر نیست؛ یعنی تملیک عین در ماده ۳۳۸ ق.م. هنوز تحقق نمی‌یابد.^۳ در معامله مذکور قابلیت صحت، نفوذ و مؤثر بودن وجود دارد. وقوع معامله مذکور با اجازه مالک «صحیح» (و نافذ و مؤثر) می‌شود؛ یعنی اجازه مالک (که قرار است اصیل معامله شود) شرط صحت است و خود مالک، اصیل معامله می‌شود. بحث درک در این قسم فضولی منتفی است. دلیل و توجیه آن، این است که چنانچه اصیل معامله، مالک هم باشد، درک ایجاد نمی‌شود. معامله واقع شده سابق با رد مالک (از حالا)، باطل خواهد شد.^۴ لذا باید ثمن مسترد شود (و در مواردی غرامات داده شود) که بحث درک نیست و دلیل آن ماده ۲۶۳ ق.م. است. با سکوت مالک، مشتری (طرف اصیل) به استناد ماده ۲۵۲ ق.م. حق به هم زدن آن را دارد تا ثمن مسترد شود که اولاً دلیل وقوع سابق است؛ ثانیاً

۱. در ماده ۲۴۷ ق.م. به بعد، مقررات معامله فضولی «برای مالک» تصویب شده است که متضمن مقررات عام معاملات فضولی نیز است. لذا در خصوص فضولی برای عاقد که مقررات خاص خود را دارد (به آن اشاره ← → خواهد شد)، چنانچه در مواردی قانون ساکت باشد، باید به مقررات عام فضولی مراجعه نمود (مثلاً ماده ۲۵۲ ق.م.).

۲. مواد ۲۴۷، ۱۹۶، ۱۹۷ و ۲۵۴ ق.م.

۳. ماده ۲۳۱ ق.م.

۴. ماده ۲۵۴ ق.م.

اشاره‌ای به درک ندارد. متون مواد قانونی که ذکر شد، دلیل قانونی و اراده‌ی قانون‌گذار می‌باشد؛ یعنی روشی که قانون‌گذار انتخاب کرده است.

معامل فضولی مذکور، بعد از وقوع، نقشی ندارد. چون مطابق مواد ۲۵۲ و ۲۴۷ ق.م. حالا باید منتظر نظر مالک (اصیل معامله) ماند. معامل مذکور اصیل معامله محسوب نمی‌شود، لذا دیگر حق اقدامی نسبت به آن ندارد، حق مطالبه‌ی ثمن ندارد و حق به هم زدن معامله‌ی فضولی قسم اول را ندارد، سودی نمی‌برد و تعهد عقدی ندارد تا نقض نماید؛ لذا ضمانی ندارد. در قانون مدنی، در فضولی قسم اول (برای مالک) در مواد ۲۴۷ تا ۲۶۲ و ۲۶۳ ق.م. از درک و ضمان درک بحث نشده است؛ لذا این قسم فضولی مورد بحث از این حیث نیست. عقد فضولی اگر برای مالک واقع شود، مبیع مستحق‌الغیر محسوب نمی‌شود تا از عناصر درک تلقی شود.^۱ حقوق‌دانان^۲ درک و ضمان درک را در این قسم فضولی جستجو می‌نمایند که قابل تحلیل نیست؛ لذا دیدگاه آنان از این حیث به نظر قابل نقد است.^۳ اینان با همین دیدگاه، ضمان درک در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م. را اشتباه فاحش قانون‌گذار می‌دانند. به نظر می‌رسد که درک قانونی و ضمان درک ناظر به قسم دیگر فضولی می‌باشد که حقوق‌دانان مذکور از آن غافل ماندند (بحث بعدی است).

۳.۲. معامله‌ی فضولی «برای خود عاقد»

در مقررات قانون مدنی- باب بیع، ودیعه و غیره- چنین معاملاتی به دو شکل می‌باشند که هر یک مقررات خودش را دارد؛ لذا جداگانه بررسی می‌شوند. اهمیت این تقسیم‌بندی از این نظر است که درک در بخشی از معاملات این قسم قابل تحلیل است و نه در تمام معاملات این قسم.

۳.۲.۱. در معامله‌ای که مالکیت طرف، شرط است (در معامله‌ی فضولی برای خود عاقد)

مقررات باب «ودیعه»، به عنوان نمونه از این حیث بررسی می‌شود. اگر عاقد معامله‌ی فضولی را -برای خود- قصد نماید (تا خودش، اصیل معامله و دیعه باشد)، به معامله‌ی فضولی «برای خود»

۱. ر.ک. به عناصر درک.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۲۸.

۳. از بیع فضولی برای مالک به «عقد بیع ناقص» نیز تعبیر شد. (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۳۶۹). قانون‌گذار در ماده ۲۴۷ ق.م. فقط وقوع آن را پذیرفت هنوز صحیح و نافذ نمی‌داند.

تعبیر می‌شود.^۱ اینجا مالک عین، مودع نیست. معامله مذکور چه وضعیتی دارد؟ به نظر می‌رسد مطابق مواد ۶۰۷ و ۶۰۹ و ۶۲۵ ق.م. و وقوع ودیعه با مال دیگر— برای خود، در قانون مدنی پذیرفته نشده است. مطابق ماده ۶۰۷ ق.م. مودع باید مال خود را به رایگان بسپارد نه مال دیگری را. در ماده مذکور عبارت «مال خود» که مال، مقید به «خود» شد این قید، حجیت دارد؛ لذا مال «شخص دیگری» را «به عنوان» اصیل معامله، نمی‌توان به دیگری سپرد، هر چند مالک عین بعداً رضایت دهد. تعریف ودیعه در ماده ۶۰۷ ق.م. نیز م تحقق نمی‌یابد. چون ماده اخیرالذکر مقرر می‌دارد: «مودع مال خود را بسپارد». بدیهی است که مالک بودن غیر از رضایت مالک است. ماده ۶۰۹ ق.م. نیز دلالت دارد مودع، مالک باشد. به عبارت دیگر، در چنین معاملات فضولی، مالکیت مودع شرط است که این صراحت ماده مذکور است که امره می‌باشد، لذا باید رعایت شود و مبنای آن، اراده قانون‌گذار است، لذا نمی‌توان آن را نادیده گرفت. در اینجا رضایت مالک عین کافی نیست، چون در قانون به آن اکتفا نشده است، لذا نباید منتظر نظر مالک عین بمانیم. مالکیت مودع نه شرط عمومی در ماده ۱۹۰ ق.م. بلکه شرط (اختصاصی) وقوع عقد ودیعه است. اگر عاقد، مالک عین نباشد و قصد نماید که اصیل معامله باشد، عقد ودیعه برای او واقع نمی‌شود. قصد معامله برای مالک آن نشده بود تا ارزیابی شود. مطابق ماده ۶۲۵ ق.م: «هرگاه مستحق للغير بودن مال ودیعه محقق گردد باید امین آن را به مالک حقیقی رد کند...». ماده مذکور دلالت دارد که امین نمی‌تواند به عاقد فضولی رد نماید، چون عقد ودیعه در حق او واقع نشده است، لذا فضول حق قراردادی ندارد. امین باید مال را به مالک رد نماید. ماده مذکور دلالت دارد: با مستحق للغير بودن مال «مورد ودیعه»، عقد ودیعه واقع نخواهد شد، لذا مال باید به مالک رد شود. ماده مذکور دلالت یا اشاره‌ای به درک قانونی و ضمان درک ندارد. قانون‌گذار در مواد ۶۰۷ و ۶۰۹ و ۶۲۵ ق.م. اصرار دارد نه شخص عاقد، بلکه مودع «باید» مالک باشد. بدیهی است، در این صورت، مورد معامله، مستحق للغير نخواهد بود و در نتیجه، درک صدق نمی‌نماید. اهمیت این بحث از این نظر است که در معامله‌ای که امکان وقوع عقد و تحقق تعریف نباشد، درک

۱. ماده ۱۹۶ و ملاک ۳۰۴ ق.م.

قانونی و ضمان درک صدق نمی‌نماید.^۱ ضمان درک در قانون مدنی نیز به‌عنوان اثر عمومی معاملات (ماده ۲۱۹ به بعد) نیامده، بلکه به‌عنوان اثر اختصاصی عقدبیع صحیح ذکر گردیده است.^۲ درک نوعی وقفه و ضرر در عقد است و ضامن درک، ضامن جبران آن در عقد است که توضیح آن خواهد آمد. وقتی در معامله امکان تحقق تعریف آن نباشد و از این حیث غیرقابل جبران باشد، چرا قانون باید کسی را ضامن جبران و تحقق آن نماید. شاید به همین دلیل قانون‌گذار در ودیعه مستحق‌الغیر، هیچکس را ضامن درک اعلام ننموده است.^۳ خلاصه اینکه وقتی طرف معامله، مالک عین باشد درک پیش نمی‌آید، لذا مالک عین بودن از عناصر درک محسوب نمی‌شود.

۳.۲.۲. در معامله‌ای که مالکیت طرف، شرط نیست (در معامله فضولی برای خود عاقد)

مقررات باب «بیع» از این حیث به‌عنوان نمونه بررسی می‌شود. چنانچه بائع (غیرمالک) بیع را برای خود قصد نماید- تا اصیل معامله باشد- در این معامله، اگرچه معامله ناظر به مال غیر است

۱. هرچند باب ودیعه فضولی برای خود عاقد (غیر مالک)، قانوناً مسدود شده؛ یعنی مواد ۶۰۷، ۶۰۹ و ۶۲۵ ق.م. آن را تجویز ننموده است، لیکن با مذاقه در مواد قانون مدنی به نظر می‌رسد وقوع ودیعه فضولی برای مالک آن پذیرفته شده است (۲۴۷ ق.م.). چنانچه قائل به اقسام فضولی نباشیم، ماده ۲۴۷ ق.م. با مواد مذکور قابل جمع نخواهد بود. به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد قانون‌گذار در ماده ۲۴۷ ق.م. وقوع ودیعه فضولی را برای مالک، به‌طور کلی پذیرفته است تا مالک عین، اصیل ودیعه باشد. اما صحت و نفوذ این ودیعه منوط به اجازه مالک است تا خود مالک عین، شخصاً اصیل ودیعه باشد. در این قسم فضولی، مالکیت و نیز رضایت مالک «شرط وقوع» نیست. اجازه مالک صرفاً «شرط صحت و نفوذ» است. همچنین، اجازه مذکور محقق می‌نماید که او اصیل معامله است، لذا مالک عین، در مرحله تحقق تعریف ودیعه، اصیل معامله است و مال خود مودع (مالک عین) به ودیعه سپرده می‌شود که مطابق با تعریف ودیعه (۶۰۷ ق.م) است (که مقرر می‌دارد: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد...) و مغایرتی با ماده ۶۰۹ ق.م. ندارد که مقرر می‌دارد: (کسی می‌تواند مالی را به ودیعه‌گذار... که مالک ← باشد...). این نکته آنقدر مهم بوده که قانون‌گذار ماده خاص تصویب نمود. ماده ۶۰۹ ق.م. ناظر به معامله‌کننده نیست، بلکه ناظر به مودع می‌باشد. عجیب است در بیع موادی با چنین ظاهر و بطنی نداریم تا لازم باشد بائع هم مالک عین باشد، لیکن بجای آن از درک و ضمان بائع در جبران درک بحث شد که باید معنی دقیق از درک را ارائه داد که در کتب حقوقی دیده نمی‌شود. اینها ظاهر مواد (بند ۲ ماده ۳۶۲ و ۳۹۰ ق.م.) نیستند، بلکه بطن مواد می‌باشند که اراده قانون‌گذار است، لذا باید دقت شود تا مقررات ضمان درک در جای خود تحلیل شود (خواهد آمد).

۲. مواد ۳۶۲/۲ و ۳۹۰ ق.م.

۳. ماده ۶۲۵ ق.م.

و از این نظر فضولی نامیده می‌شود، اما عقد بیع برای مالک عین، قصد نشد؛ یعنی قرار نیست مالک مذکور اصیل معامله مذکور باشد. به نظر می‌رسد معامله فضولی مذکور مصداق مواد ۳۹۰ و ۳۰۴ ق.م.می‌باشد. در عقد بیع مذکور، مبیع مستحق‌الغیر درمی‌آید. در اینجا نقش بایع (غیر مالک) فقط در وقوع معامله نیست، چون او قصد نمود تا اصیل معامله با مشتری باشد و ثمن را قبض نماید.^۱ مطابق ماده ۳۰۴ ق.م: «اگر کسی چیزی را بدون حق دریافت کرده است، خود را محق می‌دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد، معامله فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود.» چنین معامله‌ای نه فقط تابع احکام فضولی (برای خود) است، بلکه خود معامله نیز با تعریف معامله فضولی سازگار است (تعریف مذکور در قبل از ماده ۲۴۷ ق.م). ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع مقرر می‌دارد: «تملیک عین به عوض معلوم». لفظ «عین» اطلاق دارد، لذا شامل عین ثالث (با رضایت بعدی مالک) می‌شود. این اطلاق حجیت دارد، مثل تعریف ودیعه، لفظ مال مقید به مال خود نیست. در عقد بیع نه فقط شخصیت طرف علت عمده عقد نیست، بلکه مالکیت بایع نیز شرط وقوع نمی‌باشد.^۲ مقررات بیع با مبیع کلی فی‌الذمه قابل تحلیل

۱. مواد ۱۹۰/۱، ۱۹۶ و ۳۹۰ ق.م.

۲. بیع غاصب: قانون گذار، پاسخ روشنی به وضعیت حقوقی بیع غاصب در باب غصب نداده، با اینکه در مقام بیان بوده، صرفاً به حق رجوع مالک درباره عین، اکتفا نموده است. بنابراین، به نظر می‌رسد مالک حق دارد رجوع نکند؛ یعنی از این حق استفاده نکند (حق مذکور مالک عین منافاتی با تکلیف غاصب به رد «عین» ندارد). در معاملات فضولی مذکور باید منتظر نظر مالک ماند. به نظر می‌رسد در قانون مدنی، غاصب از عقد بیع منع نشده است؛ یعنی مورد مسبوق به منع نیست؛ یعنی چنین تلقی نمی‌شود، هر چند ضمان آور باشد. نباید گفت که در مقررات مربوطه، «منع» یا «رد» مستتر است، در غیر این صورت، حق رجوع مالک قابل تحلیل نخواهد بود و مالک می‌تواند رجوع نکند. منع یا رد مالک، نوعی اعلام اراده است، سکوت رد نیست. در ماده ۲۵۲ ق.م. قانون گذار قبل از نظر مالک، وقوع را پذیرفته، یعنی مالکیت بایع را شرط وقوع ندانسته است. قبل از نظر مالک، نباید حکم به عدم وقوع داد (۲۴۷ ق.م) و بایع را ضامن رد ثمن دانست. به نظر می‌رسد بیع غاصب با توجه به مواد ۳۰۴، ۲۲۳، ۳۶۲/۲ و ۳۹۰ ق.م قابل تحلیل است؛ یعنی عقد بیع با مبیع مستحق‌الغیر نامیده می‌شود که واقع می‌شود و نیز بین طرفین اصیل، صحیح و نافذ است و تا با رضایت مالک عین، نسبت به عین مؤثر می‌شود (۲۳۱ ق.م). بیع غاصب، بیع فضولی برای مالک (۲۴۷ ق.م) محسوب نمی‌شود که صرفاً وقوع آن پذیرفته شد. مسلماً عاقد غاصب برای مالک قصدی نمود، لذا اگر وقوع بیع غاصب پذیرفته شود، وقوع آن از صحت ماده ۲۲۳ ق.م استثنا نشده است. وقوع مذکور محمول بر صحت است، یعنی «قابلیت» تملیک عین را دارد. بیع مذکور هنوز باطل نیست، لذا هنوز دلیلی بر رد ثمن نیست. در نتیجه، هنوز کسی را نباید ضامن رد ثمن دانست تا بتوان آن را ضمان درک تصور نمود. بدیهی است، عقد بیع غاصب بعد از رد مالک، فاسد می‌شود (مواد ۳۹۱ و ۳۶۵ ق.م). به چند نمونه از سوابق فقهی آن اشاره می‌شود:

انه قد باع مال الغير لنفسه... الا قوی صحه ... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۶۷). ←

می‌باشد. ممکن است با بیع «در لحظه عقد بیع» مالک هیچ یک از افراد کلی نباشد، مع الوصف نمی‌توان به وقوع و صحت بیع مذکور شک کرد. اگر مالکیت با بیع، شرط بود، قانون‌گذار در باب بیع آن را قید می‌نمود، با چنین شرطی بیگانه نبود؛ چون در مقررات ودیعه به آن تصریح نموده است.^۱ عقد بیع که از عقد ودیعه رایج‌تر است. قانون وقوع و صحت و نفوذ عقد بیع با مبیع مستحق للغير «در آمده» را پذیرفته است تا با رضایت مالک (ثالث) نسبت به عین، مؤثر شود. مواد ۳۶۲/۲، ۷۰۸ و ۳۳۱ ق.م. را نباید با مقررات باب ودیعه^۲ خلط نمود. در عقد بیع مذکور که باطل نیست، درک (وقفه در تملیک عین ثالث) به وجود می‌آید. درک موجب ضرر به مشتری در عقد بیع صحیح مذکور، و موجب ضمان است که ضمان درک نامیده می‌شود، اما افاده بطلان نمی‌نماید.^۳ عدم مالکیت با بیع نسبت به عین از عناصر درک است^۴ که موجب ضمان است. ضمان درک نه فقط در ماده ۳۶۲/۲ ق.م، بلکه در ماده ۳۹۰ ق.م (در فقره سوم از آثار عقد بیع صحیح) آمده است که از این حیث همچون تسلیم (فقره دوم) و انتقال مالکیت (فقره اول) می‌باشد. در عقد بیع، احترام به مالکیت افراد در حدی ایجاب می‌نماید^۵ تا منتظر نظر مالک بمانیم و با بیع را مسئول اخذ نظر مثبت مالک بدانیم که خود به خود ملازمه با بطلان عقد بیع ندارد. به نظر می‌رسد حق رجوع «مالک» به عین - که اصیل معامله نیست - را باید به حق «رد» او تعبیر نمود. عقد بیع

→ ان بیع الفضولی لنفسه، و هذا غالباً یكون فی بیع الغاصب و قد یتفق من غیره ملک المبیع... والا قوی فی الصحه وفاقا للمشهور.... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۴۳).

...حکم له علی الفضولی لوقوع العقد له ظاهراً كما عن المحقق و فخر الاسلام و المحقق الکرکی و السیوری و الشهدی الثانی. و قد یظهر من اطلاق بعض الکلمات کالقواعد، والمبسوط وقوع العقد له واقعاً.... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، صص ۳۶۷-۳۴۹).

۱. ماده ۶۷۹ ق.م.

۲. مواد ۶۰۷، ۶۰۹، ۶۳۵ ق.م.

۳. دلیل آن مواد ۳۶۲/۲، ۳۹۰، ۷۰۸ ق.م. می‌باشد.

۴. ر.ک. عناصر درک.

۵. بعضی از حقوق دانان در عقد بیع، مالکیت با بیع را شرط می‌دانند (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۸۵). شاید به همین دلیل ایشان درک و ضمان درک مورد نظر قانون‌گذار را در عقد بیع صحیح قابل تحلیل ندانستند. حتی ضمان درک در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م. را اشتباه فاحش قانون‌گذار دانسته‌اند (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۲۸) که قابل نقد است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار آن را شرط ندانسته است تا از عدم آن عدم مشروط، لازم آید. نباید نظام بیع قانونی را بهم ریخت که نتیجه دیگر دارد (درک در عقد بیع صحیح، قابل تحلیل نخواهد بود).

صحیح مذکور با «رد» مالک به حکم قانون موجب «فساد» بیع می‌شود؛^۱ درحالی‌که در فضولی قسم اول با رد مالک، معامله «باطل خواهد شد»؛^۲ چون معامله فضولی قسم اول، هنوز صحیح نشده بود.^۳

۴. مراحل بیع فضولی «برای خود عاقد»

بیع فضولی «برای خود بایع» که ماده ۳۰۴ ق.م.م.بین آن است، از حیث مراحل مختلف ذیل، بررسی می‌شود:

۱- وقوع: مواد ۳۰۴، ۲۴۷ و ۲۱۹ ق.م.؛ ۲- صحت: ماده ۲۲۳ ق.م. و آثار عمومی دیگر، ماده ۲۱۹ ق.م. بعد؛ ۳- آثار اختصاصی عقد بیع: ماده ۳۶۲ ق.م.؛ ۴- تملیک عین به عوض معلوم: تعریف ماده ۳۳۸ ق.م. بدیهی است به متوقف شدن تملیک در این مرحله و چگونگی خروج از وقفه مذکور، اشاره خواهد شد؛ ۵- اجرای عقد: تسلیم عین و قبض و غیره - ماده ۳۶۷ ق.م. دلایل این مراحل، همان مواد قانونی مذکور می‌باشند که توضیح هر مرحله به شرح آتی است. این مراحل نه تنها به ظاهر مواد قانونی، بلکه متکی به بطن هر ماده است که در محدوده خود حاکم است. این مرحله‌بندی از این نظر نیز اهمیت دارد که مثلاً وقوع مرحله اول الزاماً به معنی حصول مرحله دوم یا تحقق مرحله چهارم نیست. نکته مهم این است که مضافاً درک قانونی در کدام مرحله ایجاد می‌شود تا چگونگی جبران آن معلوم شود. هر ماده، متن خاص خود را دارد.

۴.۱. وقوع

شرایط عمومی وقوع هر عقد در قانون مدنی در ماده ۱۹۰ ق.م. ذکر شده است که نیاز به بازگویی ندارد. لیکن چرا عقد بیع با مبیع مستحق للغير، واقع می‌شود؟ وقوع معامله از جمله (بیع) فضولی در قانون مدنی اصولاً پذیرفته شده است که دلیل آن مواد ۲۴۷، ۳۵۲، ۳۰۴ و ۲۱۹ ق.م. می‌باشد. توجیه آن این است که از نظر قانونی مالکیت بایع، شرط وقوع بیع نیست تا از عدم شرط، عدم مشروط (عدم عقد) لازم آید. مالکیت بایع نه شرط «عمومی» وقوع در ماده ۱۹۰ ق.م. و نه شرط «اختصاصی» در وقوع است. مبانی آن اصل آزادی قراردادی و اصل نسبی بودن

۱. مواد ۳۶۵ و ۳۹۱ ق.م.

۲. ماده ۲۵۴ ق.م.

۳. ماده ۲۴۷ ق.م.

قراردادها می‌باشد. آنچه اهمیت دارد، این است که وقوع معامله به معنی تملیک عین خارجی نیست و ملازمه ندارد. نمونه آن وقوع عقد بیع با مبیع کلی فی‌الذمه می‌باشد. از نظر قانونی «وقوع» معامله فضولی از عناصر درک است. چون تا معامله مذکور واقع نشود، درک مورد نظر قانون گذار صدق نمی‌نماید.^۱

۴.۲. آثار عمومی

۴.۲.۱. محمول بر صحت (قاعده عمومی معاملات)

مطابق ماده ۲۲۳ ق.م «هر معامله از جمله عقد بیع یا مبیع مستحق للغير که واقع شده باشد، محمول بر صحت است...». در نتیجه، در قانون مدنی صحت به عنوان اثری از آثار عمومی «معامله واقع شده» (یا به عنوان قاعده عمومی) نام برده شده است. در مواد ۳۶۲/۲ و ۳۹۰ و ۷۰۸ و ذیل ماده ۸۲۰ ق.م به صحت این قسم بیع فضولی تصریح و اشاره شده^۲ که مبنای آن اراده طرفین اصیل است. در اینجا آنچه اهمیت دارد این است که «صحیح بودن» عقد به چه معنی است؟ در قانون مدنی از آن تعریفی ارائه نشده، یعنی فقط به ذکر آن بسنده شده است. در کتب حقوقی نیز برای آن «معنی دقیق» ارائه نگردیده است. ارتباط آن با بحث حاضر این است که قانون گذار در ماده ۳۶۲/۲ ق.م «صحیح بودن» را از عناصر درک اعلام نموده است. بنابراین، لازم است تا لفظ مذکور معنی شود. به نظر می‌رسد «صحیح» به معنی «قابلیت تحقق تعریف عقد» باشد. عقد بیع «صحیح» یعنی عقد بیعی که «قابلیت» تملیک عین را دارد، اگرچه هنوز تملیک عین تحقق نیافته باشد. عقد بیع کلی فی‌الذمه نمونه دیگر آن است. عقد مزارعه «صحیح» یعنی عقد مزارعه‌ای که با ایجاب و قبول واقع می‌شود (چون عقد عینی نیست) و

۱. ر.ک. گفتار عناصر شناسی درک مبیع.

۲. بیع فضولی «برای مالک» قانوناً که واقع می‌شود، لیکن طبق ذیل ماده ۲۴۷ ق.م - هنوز صحیح نیست، قانوناً از صحت ماده ۲۲۳ ق.م. استثناء شد. می‌دانیم استثناء قابل تسری به موارد دیگر نیست بلکه باید تفسیر مضیق شود. در عقد بیع با مبیع مستحق للغير استثنای قانونی «از این جهت» وجود ندارد، لذا مشمول قاعده صحت ماده ۲۲۳ ق.م است؛ یعنی محمول بر صحت است. در خصوص معاملات «واقع شده»، اینکه صحت دارد یا خیر؟ در صورت شک، صحت ماده ۲۲۳ ق.م جاری می‌شود، چون دلیلی بر استثناء وجود ندارد.

محمول بر صحت است.^۱ بدیهی است که «قابلیت» تحقق تعریف خود را دارد. قانوناً «وقوع عقد» ملازمه با «تحقق تعریف آن» ندارد تا زمین نیز داده شود.^۲

۴.۲.۲. ایجاد الزام به اجرا (قاعده عمومی)

در ماده ۲۱۹ ق.م. به لزوم پایبندی به عقد اشاره شده است.^۳ ماده ۲۲۰ ق.م نیز مقرر می‌دارد: «عقود ... متعاملین را به اجرای ... آن ... ملزم می نماید...». به نظر می‌رسد ایجاد الزام به اجرا، مقدمه و جلوه‌ای از وفای به عهد است. مطابق ماده ۲۲۱ ق.م: «اگر کسی تعهد... نماید... در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه... برحسب قانون موجب ضمان باشد». بدیهی است الزام و ضمان در ماده مذکور ناظر به طرفین اصیل عقد است و مبنای آن اصل نسبی بودن قراردادها می‌باشد. بایع که اصیل معامله است، مسئول می‌باشد و ضمان دارد. توجیه آن این است که مالک عین، دخالتی در وقوع عقد بیع نداشته است و اصیل معامله نیست، لذا عقد مذکور، الزام یا تعهدی برای مالک عین ایجاد نمی‌نماید تا از الزام یا تعهد مذکور، تخلف نماید. معنی دیگر ماده ۲۲۱ ق.م این است که بقای عقد «واقع شده و صحیح» منافاتی با ضامن بودن بایع ندارد. آنچه اهمیت دارد، این است که حقوق دانان از ضمان در عقد «صحیح» در ماده ۲۲۱ ق.م. تعجب نکرده‌اند، اما ضمان درک «در عقد بیع صحیح» را (در ماده ۳۶۲/۲ ق.م) بر نمی‌تابند؟!^۴ به نظر می‌رسد نظر اینان قابل توجیه نیست، به ویژه اینکه هر دو مورد مستند به ماده قانونی است.

۴.۲.۳. ایجاد مسئولیت در اجرای اصل تعهد (قاعده عمومی)

مطابق ماده ۲۲۲ ق.م، در صورت عدم ایفای تعهد، حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است، اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد. امکان اجازه مذکور، اثری دیگر از آثار عمومی معاملات «صحیح» می‌باشد. در صورت نقض تعهد (با بقای عقد)، باید اصل تعهد اجرا شود تا ضرر قراردادی جبران شود. مبنای آن اراده طرفین و لزوم جبران خسارت می‌باشد. بدیهی است،

۱. ماده ۲۲۳ ق.م.

۲. ماده ۶۰۷ ق.م.

۳. هر چند عده‌ای ماده ۲۱۹ ق.م. را مفید اصل لزوم عقد دانسته‌اند (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۱۰).

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۲۸.

راه‌های دیگر (فسخ و غیره) برای جبران ضرر، جنبه استثنایی خواهد داشت. موارد استثنایی در قانون تصریح شده است لذا باید تفسیر مضیق شوند. این بحث از این نظر حائز اهمیت است که در عقد بیع با مبیع مستحق للغير «صحیح»، بایع مذکور چه تعهدی داشته است که با نقض آن، درک و ضمان درک ایجاد می‌شود؟ او ضامن است تا چه اقدامی نماید؟ پاسخ آن در نتیجه‌گیری خواهد آمد.

۴.۳. آثار اختصاصی عقد بیع (با مبیع مستحق للغير)

عقد بیع «واقع شده»، صحیح و دارای آثار عمومی دیگری می‌باشد که در ماده ۲۱۹ ق.م. به بعد آمده است و مطابق ماده ۳۶۲ ق.م دارای آثار اختصاصی بیع نیز می‌باشد. «اختصاصی» از این نظر که این آثار، عمومی نیستند و از تمام معاملات بروز نمی‌نمایند. مطابق ماده ۳۶۲ ق.م آثار (اختصاصی) بیعی که صحیحاً واقع شده باشد، از قرار ذیل است: «۱- به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع- و بایع مالک ثمن- می‌شود؛ ۲- عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع- و مشتری را ضامن درک ثمن- قرار می‌دهد؛ ۳- عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید؛ ۴- عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.» بنابراین در عقد بیع با مبیع مستحق للغير که بایع «برای خود» قصد می‌نماید، بیع مذکور واقع می‌شود و محمول بر صحت است آثار مذکور بروز می‌نماید (آثار مذکور در تعریف قانونی بیع- ماده ۳۳۸ ق.م نیامده است). پیدایش آثار مذکور هنوز به معنی تملیک «عین خارجی» به مشتری نیست. نکته مهم این است که در عقد بیع، صحیح بودن به معنی «قابلیت» تملیک عین است نه الزاماً تملیک عین (در عقد بیع با مبیع کلی فی‌الذمه این تفاوت آشکارتر است).

در قانون مدنی، مالکیت نسبت به ما فی‌الذمه پذیرفته شده است؛^۱ چه آنچه در ذمه «خود»^۲ و چه آنچه در ذمه «دیگری» است.^۳ در بیع فضولی قسم دوم (عقد بیع با مبیع مستحق للغير)

۱... اما لو اشتری موضوعاً فی‌الذمه سواء اكان حالاً ام موجلاً فانه جائز اجماعاً... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۷۵).
... یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغير... وانما یصح الشراء لانه تصرف فی ذمته لافی مال غیره... ولا فرق بین ان ینقد من مال الغير اولاً... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۵۰).

۲. ماده ۳۰۰ ق.م.

۳. ماده ۳۶۲/۱ ق.م.

طرفین اصیل آن بر موضوع معین (مبیع) در عالم اعتبار توافق می‌نمایند تا معامله واقع شود و چون عقد بیع مذکور، صحیح است^۱، لذا مشتری مالک «مبیع» توافق شده در عالم اعتبار می‌شود که الزاماً به معنی تملیک «عین ثالث» به مشتری نیست؛ یعنی وقفه در تملیک عین (درک قانونی) ایجاد می‌شود که ضرر به مشتری است. قانوناً بایع ضامن درک می‌باشد.^۲ مبنای آن رعایت احترام به مالکیت افراد ثالث است و توجیه آن این است که «صحیح بودن» الزاماً به معنی تملیک عین ثالث نیست. در نتیجه، به نظر می‌رسد بیع واقع شده صحیح مذکور، ضرری است. ضرر به مشتری. اما به معنی این نیست که صحیح نباشد؛ چون قانوناً هنوز قابلیت تملیک عین ثالث به مشتری وجود دارد و تا این قابلیت وجود دارد، عقد مذکور «صحیح» نامیده می‌شود؛ یعنی هنوز قابلیت تملیک عین در ماده ۳۳۸ ق.م. را دارد. صحیح بودن عقد از عناصر درک است.^۳ مطابق ماده ۲۲۳ ق.م معاملات چه وقت صحیح می‌شود و چه وقت از صحیح بودن خارج می‌شود. اینها دو مقوله جداگانه هستند و هر مرحله مقررات خاص خود را دارد. چنانچه معامله‌ای صحیح نباشد، فساد بعدی آن معنی ندارد.^۴ لذا قانوناً صحیح بودن یا قابلیت تملیک عین از عناصر درک است.^۵

۴.۴. تملیک عین به عوض معلوم

در عقد بیع با مبیع مستحق للغير، مطابق بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م به مجرد وقوع بیع (صحیح) مشتری مالک «مبیع» می‌شود که الزاماً به معنی تملیک «عین خارجی» به مشتری نیست و دلیل آن ماده ۲۳۱ ق.م. است. توجیه آن چنین است که «عین» در مالکیت ثالث می‌باشد که در عقد دخالت نداشته و هنوز رضایت نداده است.^۶ قاعدتاً نمی‌توان مالی را از مالکیت شخصی بدون

۱. ماده ۲۲۳ ق.م.

۲. ماده ۳۶۲/۲ ق.م.

۳. ر.ک. عناصرشناسی درک.

۴. دلیل آن تعریف فساد در ماده ۳۶۵ ق.م. در ذیل آثار عقد صحیح و ماده ۳۶۳ ق.م. می‌باشد که جلوه‌ای از ماده ۲۲۳ ق.م. است.

۵. ر.ک. عناصرشناسی درک.

۶. ... اما لو اشتري موضوعاً فی الذمه سواء اكان حالاً ام موجلاً فانه جائز اجماعاً... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۷۵). ... یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغير... وانما یصح الشراء لا نه تصرف فی ذمته لا فی مال غیره... ولا فرق بین ان ینقد من مال الغير اولاً... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۳۵۰). در فقه تعاریف زیادی از بیع شد ←

اراده او خارج نمود. بدیهی است با رضایت بعدی مالک و الحاق آن به عقد صحیح سابق، تملیک عین در ماده ۳۳۸ ق.م.تحقق می‌یابد که مقتضای ذات عقد بیع می‌باشد.

از منظر قانون، عقد بیع باید «قابلیت» تملیک عین داشته باشد؛ یعنی «صحیح» باشد و این از عناصر درک است.^۱ به نظر می‌رسد در عقد بیع (با مبیع مستحق للغير) که مشتری مالک مبیع می‌شود، مع الوصف وقفه در تملیک عین ثالث (درک) پیش می‌آید که نیاز به رضایت مالک است تا تملیک عین تحقق یابد. بیع تملیک عین است به عوض معلوم. لفظ «عین» اطلاق دارد؛ لذا شامل عین ثالث هم می‌شود.^۲ بدیهی است که رضایت مالک، شرط تملیک عین است. لازم نیست بایع، مالک عین باشد؛ یعنی از عدم مالکیت بایع، عدم عقد لازم نمی‌آید،^۳ اما بایع (غیر مالک) تعهد^۴ دارد که رضایت مالک عین را جلب نماید. در مقررات بیع، به رضایت مالک عین، اکتفا شده است.

رضایت مالک عین، او را اصیل معامله نمی‌نماید.^۵ چون عاقد در لحظه «وقوع عقد» چنین قصدی ننموده بود (قصد اولیه قابل تغییر نیست- ماده ۲۵۴ ق.م). رضایت مالک که بایع ضامن اخذ آن است، موجب خروج عین از مالکیت مالک می‌شود و به عقد بیع صحیح سابق، الحاق می‌شود، لذا «مقتضی» تملیک عین به مشتری «تکمیل» می‌گردد.^۶ مقتضای ذات عقد بیع (تملیک عین به مشتری در ماده ۳۳۸ ق.م.) تحقق می‌یابد.

→ (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، صص ۲۱۵ - ۲۱۶). بدیهی است هر تعریف، مقررات خاص خود را می‌طلبد... الظاهران لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیه ولا متشرعیه بل هو باق علی معنا العرفی... (انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۲۶۱).

۱. ر.ک. عناصر شناسی.

۲. در اصول فقه عده ای برای «اطلاق» حجیت قائل هستند (شهبازی، دکتر محمد حسین، درسهایی از اصول فقه، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۳۷).

۳. به نظر می‌رسد هیچ‌یک از حقوق دانان درک و (ضمان درک) را در چنین بیعی و از این زاویه بررسی نمودند و تحلیل دیگری از آن دارند؛ لذا ضمان درک در ماده ۳۶۲/۲ ق.م.را قابل تحلیل ندانستند و درباره ضمان درک بر خلاف مواد ۳۶۲/۲ - ۳۹۰ - ۷۰۸ ق.م. قلم زدند.

۴. ماده ۱۸۳ ق.م.

۵. ملاک ۱۰۶ ق.م.

۶. شرط و منع مرادف نیستند. مانع قانونی در عقد بیع بامستحق للغير وجود ندارد. با اینکه بعضی از حقوق دانان به «مقتضی موجود و مانع مفقود» معتقد هستند و مقتضی را اعم از سبب و شرط می‌دانند (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۱۳۲۳۱) مع الوصف ار آن در بحث (تملیک عین به مشتری) در عقد بیع با مبیع مستحق للغير استفاده نمی‌نمایند.

در ماده ۱۴۰ ق.م. اسباب تملک (عین) قید شد؛ از جمله، در بند دو آن به «عقود و تعهدات» به عنوان اسباب تملک، اشاره شده است. وقوع عقد به تنهایی کافی نیست. بعید نیست که تعهد مذکور همان تعهد ذاتی در تعریف عقد^۱ باشد. به نظر می‌رسد (و) مذکور در بند دو ماده مذکور همان (و) معیت است (و نه - و - برابری در بند یک ماده ۱۴۰ ق.م.) که قرائن موجود در مقررات قانون مدنی مؤید است. به عبارت دیگر، وقوع عقد و تعهد مذکور از اسباب تملک می‌باشند و جزء اسباب هستند که اجرای تعهد مذکور (در اینجا اخذ رضایت مالک عین)، شرط تملیک عین به مشتری خواهد بود؛ یعنی جزء دیگر مقتضی می‌باشد تا در مجموع، مقتضای عقد (تملیک عین به مشتری) تحقق یابد.

۵. مبنای درک

به مجرد وقوع عقد بیع «صحیح» مشتری مالک مبیع می‌شود. دلیل آن بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. است.^۲ تملیک «عین» که مقتضای ذات بیع نامیده می‌شود،^۳ «ممکن است» هم‌زمان با وقوع عقد، تحقق نیابد.^۴ در عقد بیع با مبیع کلی فی‌الذمه این تفاوت آشکارتر است، چون در چنین

۱. ماده ۱۸۳ ق.م.

۲. یعنی بعضی از حقوق دانان برجسته، بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. را فقط ناظر به مبیع عین معین می‌دانند (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ش ۱۹۰). به نظر می‌رسد ماده ۳۶۲ ق.م. (بندهای ۱ و ۲ و ۳ و ۴) مبیع اطلاق دارد. اطلاق مذکور حجیت دارد، لذا شامل انواع مبیع می‌شود. چنین قیدی (مبیع عین معین) وجود ندارد، لذا اگر قانون‌گذار چنین نظری داشت، آن را قید می‌نمود، همچنان‌که در ماده ۳۶۱ ق.م. لفظ «مبیع» مقید به عین معین شده است. قانون‌گذار از قید، بیگانه نیست. مضافاً به نظر می‌رسد قانون‌گذار در ۳۶۲ ق.م. در مقام بیان آثار عقد بیع با انواع مبیع است، لذا نمی‌تواند عقد بیع با انواع دیگر مبیع را نادیده بگیرد. در عقد بیع با مبیع کلی فی‌الذمه، ممکن است با بیع در لحظه عقد، مالک هیچ یک از افراد کلی نباشد، بیع واقع می‌شود و صحیح است. لیکن به معنی تملیک عین نیست و به معنی امکان تملیک عین است. تحلیل سابق‌الذکر حقوق دانان از آن نظر است که فرقی بین مبیع و عین (فرد مبیع) قائل نیستند و در ماده ۳۵۱ ق.م. دقت ننموده‌اند. به‌ویژه اینکه مبیع کلی فی‌الذمه، افراد متعدد دارد. لذا باید پذیرفت مبیع عین معین، یک فرد دارد، اما مرادف و یکی نیستند؛ هرچند غالباً به لحاظ انطباق مبیع بر عین خارجی به جای آن به کار می‌رود (نه همیشه). بحث موضوع و مصداق در فقه مسبوق به سابقه است. با فرقی مبیع و عین، تعارض ظاهری بین مادتهای ۳۶۲/۱ و ۳۳۸ ق.م. حل می‌شود.

۳. عده ای تسلیم عین را مقتضای ذات بیع می‌دانند (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۹) که قانونی نیست. ماده ۳۳۸ ق.م. چنین حکایتی ندارد.

۴. در پذیرش ایجاد فاصله بین وقوع عقد تا انتقال مالکیت، استدلال شده است (عسکری، دکتر حکمت الله، تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین، انتشارات مجد، ۱۳۹۰، ص ۴۲).

بیعی مشتری (طرف اصیل)، مالک مبیع می‌شود، اما فعلاً مالک فرد مبیع- خود عین خارجی- نمی‌شود؛ یعنی ممکن است هنوز موجود نباشد تا بعداً موجود شود یا بعداً توسط بایع تهیه شود. لذا بایع بعداً باید فردی از افراد را تهیه نماید.^۱ سپس تملیک عین مذکور نیز تحقق یابد (اگرچه با فاصله از وقوع). باید دانست چنانچه مشتری مالک «مبیع» شود، در هر حال، قابلیت تملیک «عین» به مشتری ایجاد می‌شود تا بعداً (فوراً یا با فاصله) این قابلیت از قوه به فعل در آید. در عقد بیع با مبیع مستحق‌الغیر (صحیح) مشتری مالک «مبیع توافق شده» در عالم اعتبار می‌شود (شرایط جمع است مانع مفقود). تعریف عقد «به‌طور کلی» در ماده ۱۸۳ ق.م. تحقق می‌یابد؛ یعنی تعهد ذاتی ایجاد می‌شود، چون این بخش ربطی به مالک عین ندارد. مبنای آن از این حیث، اراده طرفین یا اصل آزادی طرفین در قراردادهاست؛ یعنی اصل حاکمیت اراده حاکم است. مشتری هنوز مالک «عین» ثالث نمی‌شود. درک (وقفه در تملیک عین ثالث به مشتری) پیش می‌آید، چون عین در مالکیت ثالث است که در معامله دخالت نداشته است. مبنای آن، اصل احترام به مالکیت افراد است و دلیل آن ماده ۲۳۱ ق.م. می‌باشد که عقد بیع صحیح را نسبت به عین ثالث، مؤثر نمی‌داند. نفوذ عقد بین طرفین اصیل به معنی مؤثر بودن عقد نسبت به عین یا حق ثالث نیست و ملازمه ندارد.^۲ اما عقد صحیح مذکور قابلیت این را دارد که مالک «مبیع» به مالک «عین» نیز تبدیل شود، هرچند حتمی نمی‌باشد. در عقد بیع تملیک عین مورد نظر است.^۳ لذا صرف قابلیت آن کافی نیست. بیع در همین حالت (به صرف قابلیت) ضرر عقدی به مشتری است که باید جبران شود. به نظر می‌رسد مبنای آن قاعده لاضرر است که طبق آن هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند به‌ویژه اینکه امکان جبران آن وجود دارد. احتمال آن هست که این قابلیت از قوه به فعل در آید، هرچند حتمی نیست. قانوناً بایع ضامن آن است که این قابلیت را از قوه به فعل درآورد؛ یعنی با اخذ رضایت مالک عین، ضرر مشتری را جبران نماید. مبنای آن از این حیث، لزوم جبران خسارت قراردادی است (اگرچه با فاصله از عقد). جبران بستگی به نظر مالک دارد که یکی از سه واکنش را دارد: رضایت، سکوت و رد که توضیح آن خواهد آمد. مطابق تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. هر عقد صحیح حداقل، یک تعهد (ذاتی) ایجاد می‌نماید (نوع تعهد

۱. ماده ۲۷۹ ق.م.

۲. ملاک ۱۰۶ ق.م.

۳. ماده ۳۳۸ ق.م.

بستگی به نوع عقد دارد)^۱ که اگر نقض شود، سبب ضرر ذاتی است و حتی ممکن است، موجب مسئولیت گردد (۳۶۲/۲ ق.م). در عقد بیع با مبیع مستحق للغير، «بایع» که اصیل معامله است، تعهد ذاتی داشت (حال که مالک عین نیست) رضایت مالک عین را اخذ نماید (مستتبط از مواد ۳۶۲/۲ و ۳۹۰ ق.م). در هر حال، نقض تعهد بایع سبب ضرر به مشتری و ضمان خود بایع خواهد شد. مشتری فرد ثمن را تأدیه نموده و به وی تملیک شد بایع مذکور آن را به عنوان اصیل معامله، قبض نمود، اما هنوز فرد مبیع (عین ثالث) به مشتری تملیک نشد، درحالی که مطابق ماده ۳۳۸ ق.م بیع «تملیک عین به عوض معلوم» می‌باشد. در بیع مذکور هنوز مقتضای قانونی بیع به طور کامل تحقق نیافت و این ضرر به مشتری می‌باشد که باید جبران شود.

۶. مفهوم درک قانونی

در قانون مدنی به ذکر «درک» بسنده شده و تعریفی از آن ارائه نگردیده است؛ لذا در کتب حقوقی از «درک» تعابیر متعدد شد.^۲

- درک مبیع همان عیب (فرد) مبیع نیست.^۳ عیب مبیع ضرر و موجب «خیار عیب» در عقد بیع صحیح است.^۴ عیب موجب وقفه در تملیک عین نمی‌شود تا درک قانونی تلقی شود.
- درک مبیع همان تلف (فرد) مبیع نیست. تلف مبیع قبل از تسلیم، ضرر و موجب «منفسخ شدن» عقد صحیح است.^۵ تلف مذکور تملیک عین را «غیر ممکن» می‌نماید که مرادف «وقفه» در تملک عین نخواهد بود تا درک تلقی شود.

۱. عده‌ای تعریف قانونی عقد را نپذیرفتند (شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۳۶). لیکن به نظر می‌رسد وقوع عقد، به طور کلی که از آن تعهد ذاتی تحقق می‌یابد. اجرای تعهد، مقتضی (شرط) را تکمیل می‌نماید (یعنی رضایت مالک به عقد الحاق می‌شود) تا مقتضای عقد مورد نظر تحقق یابد (تملیک عین در ۳۳۸ ق.م. تحقق یابد) کافی و وافی است.

۲. مفهوم درک «تعلق مال به شخص ثالث» می‌باشد (بیات، شیرین و فرهاد، پیشین، ص ۱۹۱). این تعریف کامل و دقیق نیست. درک همان وقفه در تملیک عین در عقد بیع است که از عدم مالکیت بایع ایجاد می‌شود.

۳. عیب مبیع در عقد بیع صحیح موجب درک مبیع است (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ش ۹۰۰۷). به نظر می‌رسد این تلقی قانونی نیست که در متن اشاره شد.

۴. ماده ۸۲۰ ق.م.

۵. ماده ۴۰۲ ق.م.

۶. ماده ۳۸۷ ق.م.

— درک مبیع همان مقیدشدن (فرد) مبیع به حق ثالث نیست. حق ارتفاق، حق انتفاع و حق رهینه نسبت به عین، ضرر به مشتری و موجب «حق فسخ» مشتری جاهل در عقد بیع صحیح است، اما موجب وقفه در تملیک عین مقید (به مشتری) نیست تا درک قانونی تلقی شود.

— درک مبیع، معنی دیگری دارد. به نظر می‌رسد، می‌توان درک را «وقفه در تملیک عین ثالث» در معامله صحیح به لحاظ مستحق‌الغیر «در آمدن» مبیع، تعریف نمود؛ هر چند موجب ضرر است، لیکن ضرر دیگری ایجاد می‌نماید که قابل جبران است. تعریف مذکور را با توجه به قرائن موجود در مواد قانون مدنی ارائه می‌نماییم. در گفتار بعدی در بحث عناصرشناسی درک مبیع، به این قرائن قانونی و مواد آن اشاره خواهیم نمود. اراده قانون‌گذار با قرائن مذکور قابل کشف است، به ویژه اینکه، بیع حقیقت عرفیه است و نه حقیقت شرعیه یا متشرعه.

در کتب حقوقی درک از لحاظ لغوی به قعر شیء و پایین‌ترین درجه معنی شده است.^۱ لذا در تفسیر ماده ۳۶۲/۲ ق. م. در واقع نباید آن را به معنی «عدم» یا عدم وقوع، معرفی نمود. «درک» چیزی در حد پایین است، امابه معنی «عدم» نیست. در عقد بیع صحیح با مبیع مستحق‌الغیر که تملیک عین تحقق نمی‌نماید؛ یعنی وقفه در تملیک عین ثالث ایجاد می‌شود، اما «قابلیت تملیک عین» وجود دارد؛ لذا می‌توان این «قابلیت» را به پایین‌ترین درجه تملیک، تعبیر نمود که با اخذ رضایت مالک، امکان جبران آن می‌باشد. به نظر می‌رسد، می‌توان ضامن همین امکان شد.

۷. شناسایی عناصر درک مبیع

به نظر می‌رسد در قانون مدنی، درک مبیع (وقفه در تملیک عین ثالث) صدق می‌نماید، در شرایطی که:

۱. مالکیت بایع (طرف اصیل معامله) در هیچ مرحله‌ای از عقد، شرط نباشد.
۲. عقد بیع واقع شود (مطابق ماده ۱۹۰ ق. م. و مقررات خاص بیع). وقوع قانونی ملاک است (ماده ۲۱۹ ق. م.).
۳. عقد بیع «صحیح» باشد؛ یعنی عقد بیع «قابلیت» تملیک عین داشته باشد (مواد ۲۲۳، ۳۶۲/۲، ۳۹۰، ۷۰۸ ق. م.).

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ش ۱۲۳.

۴. مبیع مستحق للغير درآید (مواد ۳۹۰، ۳۶۲/۲ و ۷۰۸ ق م.) .
۵. تملیک عین مبیع، هنوز تحقق نیافته باشد (مواد ۳۶۲/۲، ۳۹۰ و ۷۰۸ ق م.) .
۶. تملیک عین به مشتری محتاج رضایت مالک باشد (ملاک ماده ۱۰۶ ق م.) .
۷. فساد عقد بیع، هنوز معلوم نشده باشد (مواد ۲۳۱، ۳۹۱، ۳۹۰، ۳۶۵ ق م.) .
بعضی درمقام عناصرشناسی عقود و ضمان و غیره برآمدند،^۱ اما عناصر درک قانونی را نیافتند.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ۴۰۷.

نتیجه گیری

۱. در قانون مدنی عقد فضولی «برای مالک» از دو نظر چالش برانگیز است: «معامله معامل ناظر به مال غیر است» و نیز «قصد معامل در معامله برای مالک است» که دلیل آن مواد ۲۴۷ و ۱۹۰/۱ ق.م. است. توجیه آن این است که رضای اصیل معامله (مالک)، شرط صحت معامله است. در نتیجه، قانون صرفاً وقوع آن را پذیرفته است و هنوز «صحیح» و نافذ نمی‌داند تا مالک (به عنوان اصیل معامله) اجازه نماید. لذا در مقررات مربوط به آن از «درک» بحث نشده است، اما فضولی برای «خود بایع» که دلیل آن مواد ۳۰۴ و ۳۹۰ ق.م. می‌باشد، توجیه آن چنین است که خود بایع مذکور، اصیل معامله است، لذا رضای وی (اصیل معامله) به معامله وجود دارد. این قسم صرفاً از یک نظر چالش برانگیز است؛ یعنی «معامله ناظر به مال غیر» یا مستحق‌الغیر می‌باشد. در نتیجه، این قسم نه تنها واقع می‌شود، بلکه صحیح هم محسوب می‌گردد. چنین وقوعی از صحت ماده ۲۲۳ ق.م. استثناء نشده است. در مواد ۳۶۲/۲، ۷۰۸ ق.م. به صحت آن تأکید شده، هرچند موجب درک (قانونی) و ضرر است. در نتیجه، این قسم فضولی از وضعیت بهتری نسبت به قسم اول آن، برخوردار است، نه از وضعیت بدتر.
۲. با توجه به آنچه گفته شد، باید از «درک»، تعریف قانونی به دست داد. به نظر می‌رسد درک به معنی «وقفه در تملیک عین ثالث» در معامله صحیح «به لحاظ مستحق‌الغیر در آمدن مورد» می‌باشد که موجب نوعی ضرر به مشتری در بیع صحیح (با قابلیت تملیک عین) است. توجیه آن این است که «قابلیت» تملیک عین لازم است، اما کافی نیست. در بیع «تملیک» عین ملاک است، لذا درک، فقط در قسم دوم فضولی قابل تحلیل می‌باشد که دلیل آن مواد قانونی (۳۰۴ و ۲۲۳ و ۳۶۲/۲ و ۳۹۰ و ۶۹۷ و ۷۰۸ و ذیل ماده ۸۲۰ ق.م) می‌باشد. با توجه به قرائن قانونی که در گفتار عناصر درک به آنها اشاره شده است، تعریف درک را از اراده قانون‌گذار کشف نموده‌ایم.
۳. حقوق‌دانان درک در عقد بیع صحیح در «ماده ۳۶۲/۲ ق.م.» را بر نمی‌تابند. نظر حقوق‌دانان قابل نقد است. به نظر می‌رسد، حقوق‌دانان نتوانستند جایگاه درک قانونی را تحلیل نمایند، شاید از آن نظر باشد که اینان (الف) قائل به «اقسام» معاملات فضولی نیستند و به وضعیت خاص هر قسم اعتقاد ندارند. (ب) مبیع و عین را مرادف می‌دانند. (ج) مالکیت بایع نسبت به

عین را «شرط وقوع» می‌دانند. (د) «وقوع» عقد بیع در ماده ۳۳۹ ق.م. را به معنی «تحقق تعریف بیع» در ماده ۳۳۸ ق.م. می‌دانند. (هـ) «تحقق تعریف عقد» در ماده ۱۸۳ ق.م. را به معنی «تحقق تعریف بیع» در ماده ۳۳۸ ق.م. می‌دانند. (و) صحیح بودن عقد بیع را ملازمه با «تحقق تملیک عین» می‌دانند، در حالی که به معنی «قابلیت» تملیک عین است و در کلی فی‌الذمه نیز چنین می‌باشد. (ز) «نفوذ» عقد بیع در طرفین اصیل را ملازمه با «تملیک» همزمان عین خارجی می‌دانند، در حالی که مثلاً در کلی فی‌الذمه اینطور نیست و این همزمانی ملازمه ندارد.

۴. به نظر می‌رسد در قانون مدنی، مقررات درک، تافته جدا بافته نیست، لذا باید با توجه به مقررات دیگر تفسیر شود.

۵. در قانون مدنی مطابق «قاعده» مندرج در ماده ۲۲۲ ق.م، طرف اصیلی که ناقض تعهد است، باید اصل تعهد نقض شده را اجرا کند. به نظر می‌رسد، اجرای تعهد ذاتی ۱۸۳ ق.م و جبران درک قانونی، دفاع ندارد و باید با اجرای اصل تعهد جبران شود:

الف) با اخذ رضایت مالک عین (به تملیک عین به مشتری): در این صورت اصل تعهد ذاتی با بیع در ماده ۱۸۳ و ۱۴۰/۲ ق.م. اجرا می‌شود؛ یعنی درک جبران می‌گردد که می‌توان آن را «تدارک درک در ضمان درک نامید». در نتیجه، تعریف بیع تحقق می‌یابد. اگر وقفه مذکور برطرف شود، تملیک عین تحقق می‌یابد که با تفسیر وسیع می‌تواند ملهم از سوره نسا، آیه ۲۹ باشد که می‌فرماید: «لا تاكلوا اموالکم بینکم... الا ان تكون تجاره عن تراض...». از این نظر که هدف ضمان درک با بیع اخذ رضایت مالک یعنی تحقق تراض (در تملیک عین به مشتری) است، دیگر درک و ضرر از این حیث وجود ندارد. لذا در راستای اصل بقا و ابقا و اداره عقود، قابل توجیه است. از نظر قانونی، شیوه جبران درک منحصر به فرد است که همان اخذ رضایت مالک می‌باشد.

در ماده ۱۴۰ ق.م «رضایت» به عنوان «سبب تملک» نیامده است، اما رضایت مذکور موجب خروج عین از مالکیت مالک می‌شود. عقد (و تعهد) صحیح «سابق» از اسباب تملک اما اجرای تعهد مذکور (اخذ رضایت مالک)، شرط آن است؛ یعنی سبب و الحاق بعدی شرط در مجموع،

«مقتضی» تملیک عین به مشتری می‌باشند که بهترین و کامل‌ترین شیوه جبران ضرر است، لذا در راستای اصل جبران کامل خسارات وارده به مشتری، قابل توجیه است. نتیجه اینکه، قانوناً به نظر می‌رسد هدف ضمان درک، هدف قراردادی است. هدف این است که طرفین اصیل عقد به تعریف بیع در ماده ۳۳۸ ق.م. یا «تملیک عین به عوض معلوم» برسند که «عین» اطلاق دارد، لذا به شرح فوق، شامل عین ثالث نیز می‌شود. در خصوص صحیح بودن عقد، مبنای این نظریه مذکور، اراده «طرفین اصیل» در آزادی قراردادهای و حاکمیت «اراده طرفین اصیل» می‌باشد. مراجعه به مالک بر مبنای اصل احترام به مالکیت افراد ثالث است. جبران درک بر مبنای اصل لزوم جبران ضرر قراردادی است.

ب) بارد مالک عین، در این صورت «قابلیت تملیک عین» برای همیشه از بین می‌رود. عقد بیع صحیح مذکور از این لحظه (رد مالک) به حکم قانون، فسادش معلوم می‌شود.^۱ فساد سیر قهقرایی ندارد. اکثریت برای فساد معنی دیگری قائل می‌شوند، معنی قانونی نخواهد بود. ماده ۳۶۵ ق.م. اشعار می‌دارد: «عقد فاسد اثری در تملک نخواهد داشت». تعریف قانون‌گذار فصل الخطاب است. انحلال مذکور تعرضی به وقوع و صحت سابق ندارد، لذا قانون‌گذار در ذیل آثار بیع صحیح (یعنی بعد از مواد ۳۶۲ و ۳۶۳ ق.م.) اقدام به تعریف عقد فاسد^۲ نموده است؛ یعنی باید عقدی صحیح باشد تا فساد آن در آینده ممکن گردد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار هریک از عبارت‌های «باطل است» و «فساد» را در معنی خاص خود به کار برده است و با هم فرق ظریفی دارند که لازم است در تفسیر مواد قانونی مورد توجه قرار گیرد. به نظر می‌رسد درک قانونی را نباید در فساد بیع^۳ جستجو نمود. ماده ۳۹۰ ق.م. ناظر به ضمان درک است قبل از اینکه نوبت به فساد بیع در ماده ۳۹۱ ق.م. برسد.

ج) سکوت مالک نه اجازه می‌باشد و نه رد، بلکه فقط حق فسخ به مشتری می‌دهد^۴ که دلیل وقوع سابق است، لذا دیگر نمی‌توان عقد را از اول باطل دانست.

۱. ماده ۳۹۱ ق.م.

۲. ماده ۳۶۵ ق.م.

۳. ماده ۳۹۱ ق.م.

۴. ملاک ۲۵۲ ق.م.

۶. بحث «درک قانونی» در معامله، بحث مالکیتی است و تسلیم در آن نقشی ندارد. وقتی بایع (طرف اصیل)، مالک عین نباشد، هنوز مشتری مالک عین نمی‌شود؛ یعنی درک (وقفه در تملیک عین ثالث) پیش می‌آید که زمینه ضمان است، هرچند ضمان درک بایع وقتی تحقق می‌یابد که بایع ثمن را نیز قبض نموده باشد که مقوله دیگری است.
۷. «ضمان» در ماده ۳۹۰ ق.م. در ذیل عنوان «فقره سوم - ضمان درک» از آثار عقد بیع صحیح آمده، هرچند بلافاصله در ماده ۳۹۱ ق.م از ضمان در فساد بحث شده است. بدیهی است تا عقد بیع صحیح نباشد، فساد بعدی آن معنی ندارد. ماده ۲۲۳ ق.م دلیل دیگر است. سابقه این روش در فقره اول - در ملکیت مبیع^۱ از آثار عقد بیع صحیح، مشاهده می‌شود، چون بلافاصله در ماده ۳۶۵ ق.م از بیع فاسد بحث شده است. توجیه آن این است که صحیح و فاسد دو روی یک سکه هستند. ضمان درک و ضمان ناشی از بیع فاسد نیز دو روی سکه ضمان مایضمن می‌باشند. عده‌ای از ضمان مایضمن، تعابیر دیگری نموده‌اند.^۲
۸. بیع فضولی «برای خود» در جلد اول قانون مدنی ۱۳۰۷ ش منع نشده است. ماده ۳۰۴ ق م نیز در مقام نهی و منع آن نیست. شرط و منع مرادف نیستند. مقررات مذکور بر اساس قاعده «مقتضی (سبب و شرط) موجود مانع مفقود» تنظیم شده است که نباید از آن غافل بود. بیع فضولی منع قانونی ندارد، لذا کافی است شرایط موجود باشد. اگر در قانون مدنی بیع فضولی منع شده بود، در این صورت، چه اثری بر اجازه یا رد بعدی مالک عین خواهد بود؟ مباحث کیفری مشمول قوانین مؤخر کیفری است که از قلمرو بحث حاضر خارج است. شکایت کیفری مالک به عنوان «رد» معامله فضولی تلقی می‌شود.

۱. ماده ۳۶۳ ق.م.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۶۳، ص ۱۱۵.

فهرست منابع

کتاب

۱. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، دو جلدی، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
۲. امامی، حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۳.
۳. امامی، حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶.
۴. بیات، شیرین و فرهاد، **شرح جامع قانون مدنی**، انتشارات ارشد، ۱۳۹۲.
۵. باریکلو، علیرضا، **مسئولیت مدنی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.
۶. بهرامی احمدی، حمید، **حقوق تعهدات و قراردادهای**، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰.
۷. حائری (شاه باغ)، سید علی، **شرح قانون مدنی ایران**، جلد ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۸. حسین نژاد، حسینقلی، **مسئولیت مدنی**، تهران: جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مبسوط**، جلد ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰.
۱۰. شهیدی، مهدی، **آثار قراردادی و تعهدات**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
۱۱. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (عقود معین ۱)**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
۱۲. شهبازی، دکتر محمد حسین، **درس‌هایی از اصول فقه**، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
۱۳. عسگری، دکتر حکمت الله، **تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین**، انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
۱۴. قیم، عبدالنبی، **فرهنگ معاصر عربی فارسی**، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۹۳.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، عقود معین**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، **مسئولیت مدنی**، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه. بخش مدنی. علوم اسلامی، ۱۳۶۳.
۱۸. یزدانیان، علیرضا، **مسئولیت مدنی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.