

عنوان تحقیق:

ماهیت معامله فضولی

دانشجو :

مهدی رحمانی منشادی

استاد:

دکتر ناصر کاتوزیان

درس:

مدنی ۱

مقطع: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

نشر: پایگاه مقالات حقوقی حق گستر

www.haghgostar.ir

دی ۱۳۸۷



فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه:	۱
فصل اول: معامله فضولی	۲
فصل دوم: ماهیت معاملات فضولی در فقه:	۲
مبحث اول: (اخبار) بعضی اجازه عقد غیر نافذ را، اخبار دانسته اند:	۳
مبحث دوم: (انشاء) بعضی فقهاء آن را انشاء (ایقاع) دانسته اند:	۳
فصل سوم: نظریات مختلف در خصوص ماهیت بیع فضولی و اشکالات وارد بر آنها	۴
مبحث اول: نظریه اول، نظریه اجازه مالک، شرط نفوذ عقد است.	۴
گفتار اول: اشکالات وارد بر نظریه	۴
گفتار دوم: تحلیل نظریه	۴
گفتار سوم: مؤیدات نظریه	۵
مبحث دوم: نظریه دوم، نظریه رضای مالک، به عنوان شرط کمال عقد است.	۵
نکته: اشکالات وارد بر نظریه	۶
مبحث سوم: نظریه سوم، اجازه مالک به عنوان اماره ای بر رضای تقدیری اوست.	۷
گفتار اول: تحلیل نظریه	۷
گفتار دوم: اشکالات وارد بر نظریه	۸
مبحث چهارم: نظریه چهارم، اجازه مالک باعث تبدیل عقد فضول به عقدی بین اصیل و مالک می شود و	۹
نکته: اشکالات وارد بر این نظریه	۹
بخش اول: تحلیل نظریه میرزای قمی	۱۰
بخش دوم: اشکال وارد بر این نظریه	۱۱
گفتار دوم: نظریه کاشف الرموز	۱۱
بخش اول: تحلیل نظریه	۱۱
بخش دوم: اشکال وارد بر نظریه کاشف الرموز	۱۲
مبحث پنجم: نظریه پنجم، نظریه نمایندگی	۱۲
گفتار اول: طرفداران نظریه نمایندگی در میان حقوقدانان	۱۳
بخش اول: نظریه نمایندگی بعدی	۱۳
نکته: تحلیل نظریه	۱۴
بخش دوم: نظر سید حسن امامی در مورد نمایندگی	۱۴
نکته: تحلیل نظریه	۱۴
گفتار دوم: سابقه نظریه نمایندگی در سایر کشورها	۱۵
گفتار سوم: مؤیدات نظریه نمایندگی	۱۵
گفتار چهارم: اشکالات وارد بر نظریه نمایندگی	۱۷
گفتار پنجم: فرق اصلی نظریه نمایندگی با نظریه قصد و رضا	۲۱
فصل چهارم: مقایسه ی اجمالی بین نظرات گوناگون	۲۲
مبحث اول: ماهیت معامله فضولی عمل حقوقی یا واقعه حقوقی است؟	۲۲
نکته: دلایل نظریه	۲۳

مبحث دوم: بررسی نظریه هایی درباره ماهیت فضولی بر اساس نقش مالک در انعقاد عقد بین اصیل و فضول	۲۴
مبحث سوم: بررسی نظریه های درباره ماهیت معامله فضولی بر اساس نقش فضول در معامله فضولی	۲۵
مبحث چهارم: بررسی نظریه هایی درباره ماهیت فضولی بر اساس اینکه اجازه مالک، باعث انعقاد عقد ثانی می شود یا نه؟	۲۶
نتایج:	۲۷
منابع فارسی:	۲۸
منابع عربی:	۲۹

مقدمه:

معامله ی فضولی، معامله ای است که شخص دیگری غیر از مالک، مال مالک را_ بدون داشتن نمایندگی از طرف مالک_ بفروشد. حال فرقی نمی کند مال مالک را، از طرف خویش (بیع فضولی لنفسه) و یا از طرف مالک (بیع فضولی لغيره) بفروشد.

معامله ی فضول در هر دو صورت آن، بنا بر قانون مدنی صحیح است ولی اینکه دلیل صحت معامله پس از اجازه ی مالک چیست؟ اینجا است که نظریه هایی درباره ماهیت معامله ی فضول ابراز شده است.

تحقیق حاضر که درباره ی ماهیت معامله ی فضولی است فوائد بسیاری دارد زیرا اگرچه ماهیت معامله ی فضولی بیشتر از مباحث نظری محسوب می شود تا عملی. ولی پس از بررسی نظریه ها فهمیده می شود از مباحث نظری است که دارای فوائد عملی است و با توجه به مبنایی که ما درباره ماهیت معامله فضول می پذیریم، باید به نتایج خاص آن نظریه نیز پایبند باشیم. مثلاً اگر نظریه نمایندگی را بپذیریم باید به این نتیجه آن نیز پایبند باشیم که دیگر مالک لازم نیست در هنگام اجازه، علم تفصیلی به شرایط عقد داشته باشد.

در این تحقیق، در فصل اول به تعریف معامله فضولی پرداخته شده است و در فصل دوم ماهیت معامله فضولی در فقه از حیث اخبار و انشاء بودن بررسی شده است و در فصل سوم نظریه های درباره ماهیت معامله فضول مطرح شده است و در فصل چهارم، نظریه های درباره ماهیت معامله فضول به طور اجمالی مقایسه شده است.

فصل اول: معامله فضولی

معامله فضولی بر اساس مواد قانونی غیر نافذ است^۱ عقد غیر نافذ در عالم حقوق، موجود اعتباری ناقصی است که هرگاه نقص آن با تنفیذ بعدی طرف یعنی اعلام اجازه او پس از انشای عقد، برطرف شود. عقد نافذ و کامل می شود و آثار قانونی آن جریان پیدا می کند. و اگر شخص ناراضی، عدم اجازه خود را بعداً اعلام کند آن موجود ناقص اعتباری هم نابود می شود.^۲

قانون مدنی، معامله فضولی را غیر نافذ دانسته است. دلیل غیر نافذ بودن معامله فضولی اشکالی است که در این معامله وجود دارد اینکه معامله کننده بدون داشتن هیچ گونه سمت و صلاحیتی، برمال غیر، معامله انجام داده است.

این اشکال از نظر قانون مدنی موجب بطلان قرارداد نیست بلکه معامله انجام شده با اجازه (امضای مادی) نافذ می گردد.^۳

پس از معامله فضولی، مالک حق اجازه یا رد معامله را دارد. در صورت رد، معامله باطل است. و در صورت اجازه، معامله نافذ می شود (تصحیح می شود) اما اینکه معامله غیر نافذ چگونه بوسیله اجازه بعدی تصحیح می شود اختلاف نظر وجود دارد.^۴

فصل دوم: ماهیت معاملات فضولی در فقه:

به دلیل اینکه نظریه هایی که درباره ماهیت معامله فضولی داده شده است. غیر از نظریه نمایندگی، از سوی فقها ابراز شده است و حتی نظریه نمایندگی نیز مویداتی در فقه دارد. ماهیت معامله فضولی را که بیشتر به توجیه چگونگی تعلق اجازه مالک به معامله فضولی می پردازد. را از این منظر بررسی می کنیم که آیا اجازه مالک، انشاء یا اخبار است؟ و در صورت انشاء بودن، عقد یا ایقاع است؟

^۱ - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۰

^۲ - مهدی شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، ص ۱۷۴.

^۳ - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۰

^۴ - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۶۹.

مبحث اول: (اخبار) بعضی اجازه عقد غیر نافذ را، اخبار^۵ دانسته اند:

و گفته اند اجازه عقد غیر نافذ ، صرفاً اعلام رضا است نه اینکه انشاء باشد. دلیل آنها آیه «الا ان تكون تجاره عن تراض» است که این آیه ، اکل مال به باطل را نهی کرده است مگر اینکه تجارتی باشد که در آن تراضی است. و گفته اند در مورد رضایت فرقی نمی کند که تراضی هنگام عقد یا بعد از عقد باشد. که عقد فضولی اینچنین است. در مورد معامله فضولی که عقدی غیر نافذ است گفته اند عقد مزبور جامع همه شرایط به جز رضای مالک است. پس وقتی مالک راضی به عقد شود، تمام شرایط اعتبار عقد جمع شده و عقد نافذ می گردد.

و در مورد مکره هم گفته اند اگر مکره پس از زوال اکراه (کره) راضی به عقد کرهی شود، عقد مزبور نافذ می گردد. شاید بتوان نظر شیخ انصاری را این دانست. چون ایشان رضای باطنی را موجب نفوذ معامله دانسته است در حالی که کسانی که اجازه را انشاء (ایقاع) دانسته اند گفته اند اگر چه مالک باطناً راضی باشد، موجب تصحیح عقد نخواهد بود ثانیاً حتماً اجازه مالک مانند سایر ایقاعات نیازمند کاشف لفظی یا فعلی می باشد

مبحث دوم: (انشاء) بعضی فقهاء آن را انشاء (ایقاع) دانسته اند:

و در مورد آن تعبیر به انشاء الرضا و انشاء الامضاء کرده اند. و گفته اند اجازه مالک مانند سایر ایقاعات، نیازمندی کاشف لفظی یا فعلی می باشد پس نتیجه گرفته اند اگر چه مالک، باطناً به معامله راضی باشد باز هم عقد غیر نافذ است.

شیخ انصاری در جای دیگر از کتاب خود، از اجازه لفظی به عبارت انشاء اجازه تعبیر کرده است و مؤید این مطلب، این عبارت اوست «اذ قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازه باللفظ و كفایه مطلق الرضا» اگر شیخ انصاری را قائل به انشاء بودن اجازه بدانیم باید بگوییم ایشان قائل به ایقاع بودن انشاء است چون خود شیخ انصاری ادعای میرزای قمی ر که عقد بودن اجازه، یکی از آرای معروف در اجازه است، رد می کند و (شیخ انصاری) می گوید فقط خود میرزای قمی قائل به عقد بودن اجازه است.

۲: بعضی فقهاء اجازه مالک را انشاء (عقد) دانسته اند که میرزای قمی به این قول است. آنگاه که می گوید: اجازه مالک، عقد بین اصیل و فضول را به عقدی بین اصیل و مالک تبدیل می کند.^۶

^۵ - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۴۱ به بعد و شیخ محمد حسن نجفی، جواهر

الکلام، ج ۸، ص ۱۳۸ و ۱۴۸ و ۱۵۰

^۶ - مهدی شهیدی ، اصول قراردادهای و تعهدات ، ص ۴۱.

فصل سوم: نظریات مختلف در خصوص ماهیت بیع فضولی و اشکالات وارد بر آنها

مبحث اول: نظریه اول، نظریه اجازه مالک، شرط نفوذ عقد است.

رضای مالک، نقش تنفیذ کنندگی دارد و اجازه ی مالک شرط نفوذ عقد است. ولی رضای مالک از ارکان عقد نمی باشد.^۷ اجازه در حقیقت امضای بیع است. عقد بیعی که به مجرد انشای صیغه بوجود آمده است عقد بین اصیل و فضول منعقد شده و نقصی ندارد و عدم رضای مالک در حکم مانعی برای آن می باشد (مثل این که رطوبت داشتن چوب، مانع آتش گرفتن چوب است). در این نظریه بین عقد و آثار آن تفکیک قائل شده است. عقد قبلاً محقق شده است و رضا فقط برای تحقق آثار عقد ضروری است. به این دلیل که عقد بر مبنای (اوفوا بالعقود) سبب تام در تملیک است.^۸

گفتار اول: اشکالات وارد بر نظریه

- ۱- اگر عقد سبب تام است پس اجازه مالک چه نقشی دارد.
- ۲- چطور اجازه (رضایت مالک) که مانع نفوذ عقد را از بین می برد در گذشته اثر می کند.^۹

گفتار دوم: تحلیل نظریه

در این نظریه سعی شده است که برای فضول نقشی در انعقاد معامله قائل شود شاید بتوان گفت در این نظریه، بیشتر به این مطلب توجه شده است که معامله به مال غیر از مصادیق تصرف در مال دیگران است و تصرف در مال دیگران حرام است. و انتقال مال مالک از طرف فضول به اصیل، تصرف در مال دیگران است. معامله فضولی، تمام ارکان عقد در آن، کامل است ولی مانعی برای تأثیر عقد فضولی وجود دارد و آن این است که اثر معامله فضولی، مستلزم تصرف کردن در مال دیگران است که حرام است.

^۷ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۱۲.

^۸ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۱۲.

^۹ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۱۱۲.

به همین خاطر گفته است که اجازه ، شرط بوجود آمدن آثار عقد است . حکم تکلیفی (حرمت تصرف در مال دیگران) همیشه مستلزم حکم وضعی (بطلان و عدم نفوذ معامله) نمی باشد. یعنی نمی توان گفت چون فلان کار چون حرام است موجب بطلان عقد می شود. همانطور که گفته اند. بیع در هنگام برگزاری نماز جمعه حرام است ولی اگر بیعی انجام شد آن بیع باطل نیست.

گفتار سوم: مویادات نظریه

- ۱- اگر نقش تنفیذ کنندگی قائل باشیم با نظریه کشف سازگار است که ظاهراً مورد قبول قانون مدنی است.
- ۲- تعبیر قانون حاکی است که عمل فضول، عقدی را ایجاد کرده است که نفوذ و تأثیر ندارد (نه آنکه ناقص باشد) و با اجازه مالک، آن عقد، موثر می گردد.^{۱۰}
- ۳- از ظاهر مواد فصل مربوط به معاملات فضولی اینگونه استنباط می شود که اجازه یا رد مالک به نفس معامله تعلق می گیرد و به شخص معامله کننده فضولی به منظور تصحیح سمت او بازگشت نمی کند.

مبحث دوم: نظریه دوم، نظریه رضای مالک ، به عنوان شرط کمال عقد است.

در این نظریه ، رضای مالک تکمیل کننده عقد سابق است.^{۱۱} معامله فضولی ، تمام ارکان یک معامله را به استثنای رضای غیر (مالک)، داراست و پس از انضمام بعدی اجازه غیر (مثل مالک مال مورد معامله) تمام عناصر و ارکان، تکمیل شده و ایجاد آثار قانونی خواهند کرد.^{۱۲} و پس از وقوع معامله توسط فضولی ، اعلام رضایت مالک، شرایط عقد را کامل می کند و عقد غیر نافذ، نافذ می شود. زیرا عقد مرکب از اجزایی است که پس از تحقق تمام اجزایها عقد، محقق و کامل می شود و اجزا وقتی تام اند که اجازه مالک نیز باشد.^{۱۳} در این نظریه که طبق مشهور، اراده را به دو عنصر قصد و رضا تحلیل کرده است یعنی رضای مالک یکی از ارکان عقد است یعنی معامله فضولی با رضای مالک، ارکان عقد آن کامل میشود.

^{۱۰} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۵.

^{۱۱} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۵.

^{۱۲} - مهدی شهیدی، مدنی ۳، ص ۱۱۰.

^{۱۳} - مهدی شهیدی، مدنی ۳، ص ۱۱۰.

نقشی که مالک در تحقق ارکان عقد دارد فقط رضای اوست قصد انشاء از جانب هر کس رخ دهد موجب تحقق عقد می شود.^{۱۴} شاید بدین خاطر باشد که قانون مدنی به طور اطلاق گفته است: «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر آن کند». و قانون تصریح نکرده است قصد انشاء باید از طرف اصیل باشد شاید از همین اطلاق بتوان نتیجه گرفت قصد انشاء چه از طرف اصیل و چه از طرف فضول موجب تحقق عقد می شود. پس می توان چنین گفت:

۱- از نظر تحلیل قراردادها، ملازمه ای بین قصد و رضا، از نظر مقارنت زمانی وجود ندارد.
۲- از نظر تحلیل قرارداد، ملازمه ای بین قصد و رضا از نظر صدور آنها از شخص واحد وجود ندارد. قصد به معنای اراده ایجاد رابطه و اثر حقوقی می تواند از هر کسی که شرایط اهلیت را داشته باشد صادر شود و رضایت که مبتنی بر مصلحت اندیشی در قرارداد است بوسیله مالک یا مأذون از طرف مالک اعلام گردد.^{۱۵}

آنچه از شرایط صحت معامله است، رضای مالک است خواه رضایت مقارن عقد یا متأخر از زمان انعقاد عقد باشد.^{۱۶}

نکته: اشکالات وارد بر نظریه

اشکال ۱: اراده، نتیجه ی رشته ای از فعالیتهای روانی است، اثر اراده در جهان خارج، امری اعتباری است. نه قهری، یعنی اراده به محض بوجود آمدن در جهان خارج تأثیر نمی گذارد و به حکم قانون اثر می گذارد. قانونگذار فقط به مالک اجازه داده است که برای اموال خود تصمیم بگیرد یا به دیگری نیابت انتقال آن را بدهد. و اراده ای که خارج از قلم و قدم بردارد. توان سازندگی با خود ندارد. با این حال، چگونه فضولی می تواند رابطه حقوقی برای مالک بوجود آورد و این عقد اگر با رضای مالک توأم شود در حکم عقدی برای مالک نسبت به دارایی خود باشد.

اشکال ۲: اگر فضول عقد را برای خود منعقد کرده است کار مشکل تر است زیرا سوال است که رضای مالک به عقدی تعلق می گیرد که فضول برای خود منعقد کرده است. اینجا چگونه رضای مالک تعلق می گیرد.^{۱۷}

اشکال ۳: چگونه رضای متأخر مالک به قصد فضول پیوند می خورد و چگونه اجازه در گذشته اثر می کند.

^{۱۴} - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۰۷.

^{۱۵} - حسن ره پیک، حقوق قراردادها، ص ۱۷۷.

^{۱۶} - جلیل قنواتی، نظام حقوقی اسلام، ص ۱۰۹.

^{۱۷} - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۰۷.

مبحث سوم: نظریه سوم، اجازه مالک به عنوان اماره ای بر رضای تقدیری اوست.

اجازه بعدی مالک، نشان می دهد که مالک در هنگام معامله ، به عقد راضی بوده است. و اجازه مالک، کاشف از رضای تقدیری او به هنگام معامله است. مبنای این نظریه این است که : آنچه باعث نفوذ عقد است، رضای باطنی مالک است و اجازه اماره ای بر رضای او در زمان ایجاب و قبول است.^{۱۸} شاید به خاطر تحت تأثیر گرفتن از این نظریه باشد که بعضی گفته اند که اگر مالک هنگام عقد، به معامله در باطن خود راضی باشد عقد لازم است.

گفتار اول: تحلیل نظریه

این نظریه برای رفع این اشکال ابراز شده است که چگونه رضای متأخر (شرط متأخر) در عقد پیشین اثر می کند.

طراحان این نظریه بر این مطلب می خواستند تأکید کنند که رضا باید همراه و مقارن عقد باشد چه متأخر از عقد حاصل شود باعث تصحیح عقد شود. که البته این نظر با قانون مدنی که قصد و رضا را همراه با هم شرط صحت عقد معرفی کرده است، هماهنگ است چون در قانون ذکری نیامده است که رضای می تواند متأخر از عقد باشد. البته این نظر مبنای قانون مدنی که ظاهراً نظر کشف را پذیرفته است می سازد چون این نظر دلالت دارد که عقد از زمان وقوع محقق می شود و قانون مدنی نمائات و منافع را از زمان وقوع عقد برای مشتری می داند.

این نظریه که از زیر مجموعه های نظریه های قصد و رضا است و در عقد ، دو عنصر قصد و رضا را از هم تفکیک کرده است ولی نخواست است عدم تقا رن زمان آن دو را (قصد و رضا) را صحیح بداند.

ولی از این نکته غافل مانده است که اگر رضای مالک تصحیح کننده عقد است . فضول که عقد فضولی را جاری کرده است در انشاء او علاوه به قصد رضا هست. رضای فضول کجا می رود. آیا رضای مالک، جانشین رضای فضول می شود یعنی رضای مالک شرط صحت عقد است. و رضا به عقد فقط می تواند از جانب مالک ابراز شود و حتماً باید رضای مالک، مقارن عقد باشد. و قصد است که فقط می تواند از جانب هر کس ابراز شود. حتی اگر مالک مال باشد. چگونه قصد انشاء فضول و رضای مالک یک عقد را می سازد.

^{۱۸} - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۰۷.

گفتار دوم: اشکالات وارد بر نظریه

۱- این نظریه در قانون مدنی پذیرفته نشده است چون در ماده ۲۴۷ ق م رضای باطنی مالک را برای نفوذ عقدی کافی ندانسته است در حالی که در این نظریه برای تصحیح عقد از رضای باطنی مالک استفاده کرده است.

۲- می دانیم خریدار در مال مورد معامله تا زمانی که مالک به معامله رضایت نداده است تصرف ندارد، در حالی که بنابراین نظر در رضای باطنی مالک باید شخص حق تصرف داشته باشد. زیرا اجازه مالک کاشف از رضای او از هنگام عقد است.

۳- بنابر این نظریه باید اجازه مالک بعد از رد او، نیز عقد را تنفیذ کند اگر مالک باطناً هنگام عقد راضی بوده است (چون اجازه، اماره ای بر رضای هنگام عقد است و اجازه مالک موضوعیت ندارد بلکه رضای باطنی مالک است که موضوعیت دارد و اجازه طریق و راهی برای احراز رضای باطنی مالک است).

زیرا با وجود رضای باطنی مالک عقد محقق شده است. و شخص نمی تواند عقدی را که تشکیل داده است رد کند و باطل کند.

جواب: ما راهی را برای کشف رضایت باطنی مالک نداریم مگر اینکه خود مالک به این امر اقرار کند. و اینکه مالک معامله را رد می کند. نشان می دهد مالک باطناً راضی نبوده است و بیع باطل می شود. و اجازه بعدی را نمی توان دیگر اماره بر رضایت باطنی مالک دانست چون هر دوی اجازه سابق و رد حق در یک حد، اماره هستند و در این صورت مشخص است که باید اماره مقدم را معتبر دانست

۴- از طرف دیگر، بنابراین نظر که رضای باطنی مالک مهم است و اجازه فقط اماره است. باید گفت رضای باطنی مالک لازم نیست ابراز شود. اگر رضای باطنی مالک ابراز شود نشان می دهد عقد محقق شده است. و اگر مالک باطناً راضی باشد عقد محقق می شود. شاید بعضی ها مثل شیخ انصاری که چنین عقدی را در صورتی که مالک باطناً راضی باشد صحیح و لازم می دانند. و می گویند نیازی به اجازه بعدی مالک نیست و به خاطر تأثیر گرفتن از این نظریه باشد.

۵- در عقد فضولی لافسه، در بسیاری از موارد، مالک از معامله بین فضول و اصیل، بی خبر بوده است. ولی در اینجا هم گفته اند با اجازه بعدی مالک، عقد نافذ می شود.

در این مورد چگونه اجازه بعدی مالک دلالت بر رضای باطنی هنگام عقد می کند، در حالی که علی الفرض، مالک در هنگام معامله، اصلاً از معامله خبر نداشته است و بعداً از وقوع معامله با خبر شده است.

۶- این نظریه با این اشکال روبرو است که می گوید: اگر مالک بینی و بین الله به معامله هنگام عقد باطناً راضی بوده است معامله را اجازه دهد و الا اجازه ندهد. و دیگر مادی نمی تواند مصلحت اندیشی کند که آیا عقد هنگام اجازه برای او مفید یا مضر است و مجبور است در صورتی که باطناً راضی بوده است حتی اگر عقد برایش مضر باشد آن را اجازه دهد.

۷- قانون برای اجازه ، فعل یا لفظ را گفته است و این نشان می دهد رضا باید حتماً بروز کند و رضای باطنی کافی نیست و گرنه می گفت مگر اینکه رضایت مالک از اوضاع و احوال استنباط شود.

مبحث چهارم: نظریه چهارم، اجازه مالک باعث تبدیل عقد فضول به عقدی بین اصیل و مالک می شود

این نظریه به طور کلی مطرح نشده است و فقط در بیع فضولی لنفسه (بیع غاصب و سارق) مطرح شده است .

چون در بیع غاصب، غاصب مال را بدین هدف می فروشد که بیع برای او محقق شود و مالک ثمن شود و معامله را برای خود منعقد می کند و اجازه مالک با قصد غاصب تعارض دارد. چون معلوم نیست اجازه مالک به چه نحو به تعلق می گیرد.^{۱۹} غاصب قصد وقوع بیع برای خود داشته است اگر بگوییم اجازه مالک به وقوع بیع برای غاصب دارد. باعث تحقق بیع برای غاصب می شود. در حالی که منظور مالک از اجازه این نیست.

اگر بگوییم اجازه مالک بدین معناست که بیع برای مالک محقق شود این با قصد غاصب از بیع منافات دارد (ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع)

اینجا را چنین توجیه کرده اند با اجازه مالک ، بیعی که غاصب برای خود منعقد کرده است تبدیل به عقدی برای مالک و اصیل می شود. بر اساس حرف میرزای قمی، اظهار رضایت مالک که در قالب اجازه و بعد از خاتم عقد فضولی اعلام می گردد. عقدی را که در گذشته بین فروشنده فضولی و خریدار صورت گرفته است. متحول ساخته، آن را به عقدی بین مالک و مشتری می نماید. لذا اظهار دوباره قبول از سوی خریدار ضرورت نداشته کلمه جزت ، خود هم ایجاب از سوی مالک و هم قبول از سوی مشتری محسوب می شود.^{۲۰}

نکته: اشکالات وارد بر این نظریه

با در نظر گرفتن این نکته که مشتری در اعلام رضایت خویش موافقت خویش را نسبت به داد و ستد با شخص فضولی مطرح نموده است جای این پرسش خواهد بود. که در عقد دوم (بین مالک و مشتری) رضایت وی (خریدار) چگونه بدست می آید؟ آیا عقد دوم ، خالی از رضایت مشتری که خود رکن عقد به شمار می آید نیست.

^{۱۹} - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۱۱.

^{۲۰} - فخار طوسی، در محضر شیخ انصاری (بیع)، ج، ص ۲۰۹، ۲۰۸، ۲۰۷، ۲۰۶.

به عبارت دیگر طبق ادعای میرزای قمی عقد مجاز با عقد واقع مغایر می باشند و رضایت مشتری تنها نسبت به عقد واقع اعلام گردیده نه عقد مجاز. بنابراین در عقد مذکور (مجاز) رضایت مشتری وجود ندارد و این برخلاف اجماع و عقل است. چه به حکم عقل تصرف در مال دیگران بدون رضایت ایشان نادرست و در اینجا مالک بدون رضایت مشتری کالای خود را در برابر مال وی می فروشد و دانشمندان ضرورت وجود رضایت مشتری را به اتفاق پذیرفته اند. چیزی که در عقد مورد بحث منتفی است.

جواب:

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

پس آنچه مشتری رضایت خویش را به آن اعلام کرده است.

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

بخش اول: تحلیل نظریه میرزای قمی

آنچه در این نظریه به آن توجه شده است این است که چه چیزی موجب می شود، عقد بین مشتری و فضول، در حق اصیل تأثیر کند و این عقد نمی تواند در حق اصیل اثر کند تأثیر عقد در حق اصیل با اصل نسبی بودن قراردادها تعارض دارد. پس باید نقشی برای اصیل در عقد بین فضول و خریدار در نظر گرفته شود. برای همین این نظریه خواسته است برای اصیل نقشی در انعقاد عقد بدهد پس اجازه اصیل را هم ایجاب وهم قبول در نظر گرفته است.

توجه این نظریه به این اشکال ستودنی است چطور عقد در حق ثالث که اینجا اصیل است اثر دارد؟ و چطور با اصل نسبی بودن قراردادها هماهنگ است؟ و می توان آن را گامی جلو برای این نظریه دانست که متوجه یکی دیگر از اشکالات معامله فضولی شده است. ولی، از طرف دیگر باید توجه داشت این نظریه خواسته است برای فضول نقشی در انعقاد عقد قائل نباشد برای همین

خواسته است معامله را بین صاحب کالا و اصیل قرار دهد. عیب نظریه در همین است که می خواهد فضول را از معامله فضولی خارج کند. در حال که می دانیم اگر فضول معامله فضولی را انعقاد نکرده بود مالک چه عقدی را می توانست اجازه کند.

بخش دوم: اشکال وارد بر این نظریه

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

گفتار دوم: نظریه کاشف الرموز

شاید گفت به خاطر توجه به اشکال بالا، کاشف الرموز نظریه دیگری را برای چگونگی ماهیت معامله فضولی داده است. کاشف الرموز گفته است: اجازه مالک، عقد جدیدی را بوجود می آورد و اجازه مالک، ایجابی است که با قبول قبلی اصیل ضمیمه می شود و این باعث انتقال از هنگام وقوع عقد جدید است.^{۲۱}

بخش اول: تحلیل نظریه

در این نظریه هم سعی شده برای مالک مال نقشی درانتقاد معامله در نظر گرفته است تا معامله فضولی استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها به شمار نیاید. ولی در این نظریه مثل نظریه قبلی، خواسته است نقش فضول را در معامله فضولی نادیده بگیرد در حالی که گفتیم اگر معامله فضولی نبود چه عقدی را می توانست امضاء کند. ولی حسن نظریه در این قسمت که به این اشکال توجه داشته است که اجازه نمی تواند هم دلالت بر ایجاب و هم قبول نماید.

^{۲۱} -ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۱۲.

بخش دوم: اشکال وارد بر نظریه کاشف الرموز

گفته اند ایجاب با قبول قبلی اصیل مطابقت ندارد. چون اصیل نیست معامله را با فضول داشته است.

جواب: اول بیع از عقودی است که در آن شخصیت طرف معامله تأثیر گذار نیست. ثانیاً: دربیع مبادله دو مال منظور است و دو طرف معامله نقشی در تحقق بیع ندارد. پس باید گفت ایجاب با قبول قبلی اصیل مطابقت دارد زیرا اصیل به انتقاد عقد با طرف معامله باشد. و این از معنای عرفی معامله فهمیده می شود.

تحلیل نظریه اجازه مالک باعث تبدیل عقد فضولی بین مالک و اصیل: ولی حسن دو نظریه در این است که خواسته اند غیر از عقد فضولی، عقد دیگری نیز در نظر گیرند و از این جهت مثل نظریه نمایندگی اند.

پس باید گفت این سه نظریه، به گونه های مختلف خواسته اند، اجازه را باعث پیدایش عقد جدیدی بدانند. نظریه میرزای قمی، اجازه را عقد جدیدی دانسته اند که هم ایجاب و هم قبول است.

ولی نظریه دوم و سوم اجازه را ایجاب دانسته اند که در نظریه دوم کاشف الرموز طرف قبول، اصیل است و در ایجاب مالک با ضمیمه قبول قبلی مشتری عقد جدیدی بوجود می آورد. ولی در نظریه سوم نمایندگی ایجاب مالک با ضمیمه قبول قبلی فضول، عقد جدیدی بوجود می آورد.

مبحث پنجم: نظریه پنجم، نظریه نمایندگی

فضول معامله را مانند وکیل، برای دیگری تشکیل می دهد و پس از اجازه مالک، وکالت فضول، در زمان تشکیل معامله (انعقاد عقد) محقق می گردد. مانند آنکه از ابتدا وکالت به این امر داشته باشد.

نتیجه وضع، این است که معامله از ابتدا به وسیله وکیل منعقد شده است^{۲۲}. پس مالک صلاحیت لازم را به فضول اعطاء می کند تا وی بتواند به نیابت از طرف مالک اقدام نماید و مالک قائم مقام فضول به شمار می آید. نظریه نمایندگی وسیله اعطاء این اختیار (نیابت) و دادن صلاحیت را به دست داده است. اگر فضولی نماینده مالک باشد همه چیز درست می شود عقد را نماینده می بندد و اثر آن در دارایی مالک ظاهر می شود و عقد منسوب به مالک است^{۲۳}.

^{۲۲} - مهدی شهیدی، مدنی ۳، ص ۱۰۱.

^{۲۳} - حسن ره پیک، حقوق قراردادها، ص ۱۰۷.

پس اجازه مالک به منزله وکالت دادن به بایع فضول است به این معنا که مالک با اظهار رضایت خود اعلام می کند که بایع هنگام عقد وکیل او بوده است.^{۲۴} پس می توان گفت نظریه نمایندگی مبتنی بر سه مقدمه است:

۱- عقد فضولی تمام ارکان لازم را دارد و اجازه مالک جزء ارکان عقد نیست و عقد فضولی بین اصیل و فضول به صورت کامل منعقد می شود.

۲- اشخاص نمی توانند در دارایی دیگران تصرف کنند و مالک فقط می تواند در دارایی خود تصرف کند خواه مستقیماً تصرف کند یا توسط نمایندگان خود (قضایی، قانونی، قراردادی) تصرف کند.

۳- اصل نسبی بودن قراردادهای می گوید عقد فقط بین متعاملین تأثیرگذار است و در حقوق اشخاص ثالث نمی تواند اثر کند. و حال اگر بخواهد عقد در مورد مالک تأثیرگذار باشد چه اثری باید برای اجازه قائل شویم که با اصل نسبی بودن قراردادهای تعارض نداشته باشد.

راه این است که بگوییم مالک با اجازه خود، فضول را نایب خویش قرار می دهد یا کاری که فضول قبلاً انجام داده است، به نیابت از خود قبول می کند. عقد را فضول می بندد. (تمام ارکان عقد کامل است) ولی آثار عقد برای مالک است.^{۲۵}

گفتار اول: طرفداران نظریه نمایندگی در میان حقوقدانان

بخش اول: نظریه نمایندگی بعدی

آقای دکتر امیری قائم مقامی، نمایندگی بعدی را مطرح کرده است و دلیل آن این است که اختیار بعد از انجام دادن عمل حقوقی با اجازه مالک به نماینده، تنفیذ می شود و در اثر آن نمایندگی محقق می شود.^{۲۶}

^{۲۴}- احمد باقری، فقه مدنی، ص ۷۶.

^{۲۵}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۱۲.

^{۲۶}- عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۲، ص ۸۲.

نکته: تحلیل نظریه

این نظریه با نظریه نمایندگی دکتر کاتوزیان از نظر محتوا فرق ندارد و فقط به خاطر اینکه نمایندگی با اجازه بعدی مالک کالا به وجود می آید، نظریه را مسمی به نمایندگی بعدی کرده است. و خواسته است بین وکالت که نمایندگی با اذن قبلی است و نمایندگی بعدی در فضولی که با اجازه (اذن بعدی) حاصل می شود، تفاوت قائل شود.

بخش دوم: نظر سید حسن امامی در مورد نمایندگی

دکتر سیدحسن امامی در یک جا، از کتاب خود چنین تعبیر کرده است که: «مالک تمامی آثار اعمال نفوذ را مانند اعمال وکیل قبول می نماید» و بعد از اینکه این دلیل را آورده است: «انشای یک امر تنها برای حال و آینده است و انشاء وکالت برای زمان گذشته معقول نمی باشد»^{۲۷}.

نکته: تحلیل نظریه

می توان گفت دکتر سیدحسن امامی تمایلی به پذیرش نظریه نمایندگی داشته است اگرچه آن را به خاطر اشکال فوق الذکر نپذیرفته است و چنانچه در کتاب ایشان مشهود است، برای توجیه معاملات فضولی از نظریه قصد و رضا استفاده کرده اند^{۲۸}.

دکتر امامی پذیرفته اند که نظریه نمایندگی در صورتی است که شخص فضول برای غیر (مالک) معامله نمایند و الا اگر برای خود معامله کند چنانکه در غاصب و سارق است وکالت فضولی تصور نمی شود^{۲۹}.

البته این که اعمال فضولی را بعد از اجازه مثل وکیل بدانند در فقه سابقه دارد ولی آنجا هم نظریه نمایندگی را صریحاً نپذیرفته اند.

^{۲۷} - سیدحسن امامی، ج ۱، ص ۲۲۹.

^{۲۸} - سید حسن امامی، ج ۱، ص ۲۲۹.

^{۲۹} - حسن ره پیک، حقوق قراردادها، ص ۱۷۲.

گفتار دوم: سابقه نظریه نمایندگی در سایر کشورها

نظریه نمایندگی در قانون عراق به صراحت پذیرفته شده است. در ماده ۱۳۵ قانون مدنی عراق اولاً بیع فضولی همانند قانون مدنی ایران غیر نافذ دانسته شده است. ثانیاً، اجازه مالک صریحاً به معنای توکیل تلقی شده است.

در ماده ۱۳۵ قانون مدنی عراق می بینیم «۱- من تصرف فی ملک غیره بدون اذنہ انعقد تصرفه موقوفاً علی اجازه المالك، ۲- فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً و يطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبض من العقد الاخر»

یعنی ۱- کسی که در ملک دیگری بدون اذن او، تصرف می کند این تصرف (معامله) موقوف به اجازه مالک است ۲- و اگر مالک اجازه دهد، اجازه مالک، وکالت به حساب می آید.^{۳۰}

ولی در قانون سایر کشورها نظریه نمایندگی به صراحت پذیرفته نشده است اگرچه گاهی اوقات، خواسته شده است با نظریه ای که تعبیری نزدیک شبیه نظریه نمایندگی دارد معامله فضولی توجیه شود که می توان نظریه های ریپرو پول نژه در حقوق فرانسه را در مورد ماهیت فضولی را از آن جمله دانست.

گفتار سوم: مؤیدات نظریه نمایندگی

(۱) می دانیم اجازه ممکن است لفظی یا فعلی باشد و سکوت مالک، ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی شود پس باید اجازه مقرون به چیزی باشد.^{۳۱}

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

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

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

^{۳۰} عبدالرزاق سنهوری، الوسیط، ج ۴، ص ۲۷۰.

^{۳۱} جلیل قنواتی، نظام حقوقی اسلام، ص ۱۰۹.

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

(۲) م ۲۴۲ قانون مدنی که به مالک اجازه تنفیذ معامله را داده است باید اجازه را به معنی دادن نمایندگی به فضول بدانیم زیرا همانطور که در قانون مدنی آمده است معامله به مال غیر فقط از راه حمایت، وکالت و ولایت امکان دارد^{۳۲}. و این ماده معامله به مال غیر را فقط در ۳ راه حصر کرده است و چنانچه می دانیم حصر، مفهوم دارد. و بنابر مفهوم داشتن حصر ماده قانون مدنی، یعنی غیر از این سه راه معامله با مال غیر امکان ندارد. و اگر بخواهیم معامله فضولی را که از انواع معامله به غیر است، بر اساس ماده توجیه کنیم باید معامله فضولی را از مصادیق وکالت بدانیم. و اگر معامله فضولی را از راه دیگری توجیه کنیم باید بگوییم ماده قانون مدنی دارای مفهوم حصر نیست و معامله با مال غیر از راه دیگری نیز امکان دارد^{۳۳}.

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

(۴) از طرف دیگر در وکالت، معامله بر مال غیر مبتنی بر رضایت و اذن قبلی است و در مورد معامله فضولی می دانیم تصحیح آن با رضایت و اجازه ضریح بعدی است. شباهت اذن قبلی با اجازه بعدی، را می توان مؤیدی بر نظریه نمایندگی دانست. و تنها فرق نمایندگی در معامله فضولی با وکالت در این است که در نظریه نمایندگی، در گذشته اثر می کند و عملی که نماینده در گذشته انجام داده است را نافذ می کند^{۳۴}.

(۵) مفاد عرفی اجازه، همین را می گوید که مالک آثار عقد بین فضول و اصیل را برای خود می پذیرد و این امر فقط با نظریه نمایندگی سازگار است^{۳۵}.

^{۳۲}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، ص ۱۱۳.

^{۳۳}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، ص ۱۱۳.

^{۳۴}- حسن ره پیک، حقوق قراردادها، ص ۱۶۹.

^{۳۵}- حسن ره پیک، حقوق قراردادها، ص ۱۷۰.

از طرف دیگر در عرف، اگر فردی در مقابل عمل انجام شده قرار گرفت و پس از انجام عمل به آن رضایت داد، رضایت اثر قهقرایی دارد و تصرفات فرد را که بدون اجازه، کرده است از همان ابتدا تصحیح خواهد شد^{۳۶}.

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

گفتار چهارم: اشکالات وارد بر نظریه نمایندگی

اشکال ۱: بر اساس نظریه نمایندگی باید قراردادی بین مالک و فضول منعقد گردد در حالی که ظاهراً تنها مالک به صورت یک طرفه، صلاحیت و سمتی را اعطاء می کند^{۳۷}.
به تعبیر دیگر اگر اجازه مالک به معنای اعطای نیابت به فضول باشد باید فضول، وکالت او را قبول کرده باشد در حالی که در اجازه فقط امضاء مالک وجود دارد.

جواب: فضول با اجرای مفاد نیابت (اجرای معامله فضولی) رضای خود را از پیش بیان داشته است و قبول مقدماتی (پیشنهاد انعقاد بیع را) را از پیش اظهار کرده است^{۳۸}.

اشکال ۲: اگر این جواب را بپذیریم، این نظریه تنها در موردی که فضول، قصد معامله را برای مالک داشته باشد، می تواند توجیه کننده معامله فضولی باشد اما اگر قصد وی انجام معامله برای خود باشد نمی توان عمل او را به منزله رضایت به اجرای مفاد نیابت دانست^{۳۹}.

زیرا فضول در بیع فضول لنفسه به هنگام تشکیل معامله فضولی، اصلاً رابطه وکالت بین خود و غیر (مالک را) تصور نمی کند تا چه رسد به اینکه آن را اراده کرده باشد^{۴۰}.
و در بیع فضولی لنفسه اصلاً طرف توجهی به مالک نداشته است و قبول متقدمی برای انعقاد وکالت نکرده است^{۴۱}.

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

^{۳۶}- احمد باقری، فقه مدنی، ص ۷۶.

^{۳۷}- حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۱.

^{۳۸}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، ص ۱۱۳.

^{۳۹}- حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۲.

^{۴۰}- مهدی شهیدی، مدنی ۳، ص ۱۰۱.

^{۴۱}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، ص ۱۱۳.

۱- م ۳۰۴ ق.م معامله کسی که به عدم استحقاق خود نسبت به مورد معامله مجهول است فضولی دانسته است. م ۳۰۴ ق.م می گوید: «اگر کسی چیزی را بدون حق دریافت کرده است، خود را محق می دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد. معامله فضولی و تابع احکام مربوط به آن خواهد بود. چنانچه می بینیم در این صورت که معامله کننده فضولی در معامله، حسن نیت داشته است و گمان می کند مال خود را مورد معامله قرار می دهد عمل معامله کننده را نمی توان به عنوان ایجاب نمایندگی پذیرفت، حال آنکه در نمایندگی چنین انگیزه ای وجود دارد^{۴۲}.

۲- معامله غاصب و سارق بنا به قانون مدنی و مشهور فقه از جمله معاملات فضولی است در حالی که غاصب به هیچ وجه رضایت به پذیرش سمت از طرف مالک ندارد و عمل او چنین قصدی را دفع می کند^{۴۳}. در اینجا غاصب و سارق، انعقاد عقد را برای خود اراده می کند^{۴۴}.

جواب:

اینجا فضولی بودن معامله مجرد از قصد و انگیزه غاصب(غصب) در نظر گرفته می شود^{۴۵} زیرا اصیل درباره دو مبادله و انتقال ملک از مالکان آنها با غاصب تراضی می کند. مالک نیز اذن به مفاد همین مبادله می دهد و فضولی را نمایندنده خود می سازد. به عبارت دیگر نیابت درباره اصل مبادله داده می شود^{۴۶}. یعنی در مبادله با توجه به ماده ۱۹۷ ق.م: «در صورتی که ثمن یا مثن متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین است» نشان می دهد شرط انعقاد معامله، انتقال ثمن و تملیک مثن است (شرط برای انعقاد بیع، مبادله دو مال است) و طرفین (نیت انعقاد برای شخص) جزء مفاد عقد نیست و اینکه خریدار یا فروشنده کیست دخلی در معامله ندارد^{۴۷}.

^{۴۲} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۳.

^{۴۳} - مهدی شهیدی، مدنی ۳، ص ۱۱۰.

^{۴۴} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۹.

^{۴۵} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۱.

^{۴۶} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۹.

^{۴۷} - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، ص ۱۱۴.

یعنی اینکه طرفین نیت تملیک کالای خود را به صاحب مال کالای طرف مقابل دارند نه اینکه نیت تملیک کالا به طرف مقابل داشته باشند حتی اگر طرف مقابل صاحب کالای مقابل نباشد^{۴۸}.

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

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

اشکال ۴: در نظریه نمایندگی، اصل آن است که با اجازه مالک، نمایندگی از زمان اجازه، محقق گردد و از زمان اجازه، عقد فضولی، مؤثر گردد زیرا اجازه مالک به منزله جزء دوم عقد نمایندگی و وکالت است. ولی قانون مدنی نظریه کشف را پذیرفته است. تأثیر اجازه مالک در نمایندگی سابق معامله کننده، چگونه توجیه می‌شود؟^{۴۹}

جواب: ۱- قانون مدنی نظریه کشف حقیقی را نپذیرفته است بلکه کشف حکمی را پذیرفته است و کشف حکمی این است که ما آثار کشف را تا آنجایی که امکان دارد بار می‌کنیم و مؤید آن است که قانون مدنی فقط از بین آثار بیع، به بودن منافع برای مشتری و بایع از زمان عقد، تصریح کرده است و نگفته است تمامی آثار معامله فضولی از هنگام عقد، محقق می‌شود. ۲- در امور اعتباری، قانونگذار می‌تواند به مالک اختیار دهد اعمال حقوقی فضول را مانند نمایندگی: خود بپذیرد یا کاری را که او در مقام نمایندگی انجام داده است اجازه دهد.^{۵۰}

اشکال ۵: بر اساس ماده ۲۵۴ ق.م «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی از انحاء به معامله کننده فضولی منتقل شود. صرف تملک موجب نفوذ معامله سابق نخواهد بود».

این ماده که برای بیان اصل عدم لزوم اتحاد مالک و مجیز در معامله فضولی تدوین شده است. توجیه آن بر اساس نظریه نمایندگی غیر متعارف است.

زیرا در صورت پذیرش این نظریه، مفاده ماده آن است که شخص فضول در واقع مالک بعدی در هنگام معامله، مفاد نیابتی را اجرا می‌کرده که بعدها به خود اعطاء می‌کند.^{۵۱}

^{۴۸} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۳.

^{۴۹} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۴.

^{۵۰} - ره پیک، ص ۱۷۴.

^{۵۱} - حسن ره پیک، حقوق قراردادهای، ص ۱۷۵.

و همچنین اگر کسی با مالی معامله فضولی کند، و بعد معلوم شود که ملک خود او بوده است، یا ملک کسی بوده که معامله کننده می توانسته از جانب او ولایتاً یا و کالتاً معامله کند، نفوذ و صحت معامله موکول به اجازه معامل است و الا باطل خواهد بود^{۵۲ ۵۳}.

در اینجا هم اشکال بالا وجود دارد.

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

اشکال ۶: عقود (معاملات) از زمان انشاء و وجود حقوقی پیدا کرده و آثار حقوقی ایجاد می کند و معقول نیست.

تشکیل معامله ای نسبت به زمان گذشته انشاء گردد و نمیتوان با توافق طرفین اثر عقدی را در گذشته به وجود آورد^{۵۴}. پس چگونه مالک می تواند برای زمان گذشته نیابت دهد زمانی که فضول معامله کرده است و مالک شاید آگاه نبوده است^{۵۵}.

جواب نقضی:

۱- در نظریه قصد و رضا، چگونه رضا، عقد گذشته را کامل می کند به همان سختی اثبات

رضای بعدی است^{۵۶}.

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

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

^{۵۲}- جلیل قنوائی، نظام حقوقی اسلام، ص ۱۰۹.

^{۵۳}- شیخ انصاری، مکاسب، ص ۱۴۱.

^{۵۴}- مهدی شهیدی، مدل ۳، ص ۱۰۱.

^{۵۵}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۰۲.

^{۵۶}- مهدی شهیدی، مدنی ۳، ص ۱۰۱.

جواب حلی:

در امور اعتباری قانونگذار می تواند اعمال حقوقی فصول را مانند نماینده خود بپذیرد. (در معاملات فضولی لنفسه) و یا اینکه کاری را که او در مقام نمایندگی انجام داده است اجازه دهد. (در معاملات فضولی لغيره)^{۵۷}.

اشکال ۷: اگر مالک قبل از اجازه یا رد فوت کند، اختیار اجازه یا در آن معامله به ورثه می رسد.

در حالی که وکالت از عقود جایزه ای است که به موت یکی از طرفین منفسخ می شود و اینجا مالک کالا که یکی از طرفین عقد وکالت است فوت کرده است و علی القاعده باید عقد وکالت، منفسخ شود^{۵۸}.

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

گفتار پنجم: فرق اصلی نظریه نمایندگی با نظریه قصد و رضا

۱- در نظریه نمایندگی، اراده مالک و فصول (در قرارداد نمایندگی) در تصحیح معامله فضولی دخالت دارد در حالی که بر اساس نظریات قصد و رضای مالک، عقد یا قصد گذشته را کامل می کند^{۵۹} و معامله کننده فضولی، اساساً نسبت به قرارداد بیگانه است و با رضای مالک نیز هیچ سمتی برای او ایجاد نمی شود^{۶۰}.

^{۵۷}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۰۲.

^{۵۸}- جلیل قنواتی، نظام حقوقی اسلام، ص ۱۰۹.

^{۵۹}- سید حسن امامی، ج ۱، ص ۲۲۹.

^{۶۰}- حسن ره پیک، حقوق قراردادها، صص ۱۷۲ و ۱۷۳.

فصل چهارم: مقایسه ی اجمالی بین نظرات گوناگون

مبحث اول: ماهیت معامله فضولی عمل حقوقی یا واقعه حقوقی است؟

در اینکه ماهیت اجازه در عقد فضولی، عمل حقوقی (انشاء) یا واقعه حقوقی (اخبار) است. اختلاف نظر وجود دارد و اینکه در صورت انشاء بودن اجازه، عقد یا ایقاع یا جزئی از عقد (ایجاب) است نیز اختلاف وجود دارد که بررسی می شود؟
(۱) گروه یک: ماهیت اجازه در عقد فضولی، عمل حقوقی (انشاء) است. کسانی که قائل به انشاء بودن اجازه شده اند به چهار دسته تقسیم شده اند عده ای آن را عقد و عده ای آن را ایقاع و عده ای آن را جزئی از عقد (ایجاب) دانسته اند.

الف- دسته اول: از کسانی که قائل به عقد بودن اجازه شده اند را می توان میرزای قمی و قائلین به نظریه نمایندگی در مورد بیع فضولی لنفسه دانست.
۱- میرزای قمی در توجیه نقش اجازه مالک می گوید که اجازه مالک، ایجاب از سوی اصیل و قبول از سوی مشتری محسوب می شود و باعث می شود عقد بین مشتری و فضول تبدیل به عقدی بین مشتری و مالک شود. پس از توجیه ایشان می توان فهمید ایشان قائل به عقد بودن اجازه است. آقای شیخ انصاری در مکاسب نیز میرزای قمی را، تنها قائل نظریه عقد بودن اجازه می داند.
۲- قائلین به نظریه نمایندگی در مورد بیع فضولی لنفسه قائل به عقد بودن اجازه شده اند. آقای دکتر کاتوزیان بعد از اینکه در بیع فضولی لنفسه، قبول قبلی مشتری را نمی تواند توجیه کند می گوید نمایندگی با اجازه مالک محقق می شود و نیاز به قبولی قبلی مشتری نیست و اجازه مالک را انشاء می داند و از آنجا که نمایندگی دارای ماهیت عقود است. باید ایشان را، قائل به عقد بودن اجازه در بیع فضولی لنفسه دانست که اجازه مالک هم حاوی ایجاب مالک و هم قبول است.

ب- دسته دوم: قائل به ایقاع بودن اجازه شده اند. شیخ انصاری که اجازه را قائم مقام رضای مقارن با انشای عقد دانسته است در یک جا اجازه را انشاء دانسته است و چون شیخ انصاری قائل به عقد بودن اجازه نیست می توان گفت شیخ انصاری اجازه را ایقاع می داند.^{۶۱}

^{۶۱}- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۴۶.

ج- دسته سوم: اجازه را جزئی از عقد (ایجاب) دانسته اند. طرفداران نظریه نمایندگی در بیع فضولی لغیره و همچنین نظریه کاشف الرموز را می توان در این دسته جای داد.

۱- طرفداران نظریه نمایندگی در توجیه بیع فضولی لغیره، گفته اند با اجازه مالک، فضول، نماینده مالک می شود و اجازه مالک به منزله ایجابی است که با قبول قبلی فضول ضمیمه می شود و باعث تحقق نمایندگی (وکالت) می شود. پس از اینجا فهمیده می شود که اینها اجازه مالک را ایجاب دانسته اند.

۲- کاشف الرموز در توجیه بیع فضولی گفته سات که اجازه مالک، به منزله ایجابی است که با قبول قبلی اصیل (مشتري) ضمیمه می شود و باعث تحقق عقدی بین اصیل (مشتري) و مالک می شود. پس از اینجا فهمیده می شود که ایشان، اجازه مالک را ایجاب دانسته است.

د- دسته چهارم: اجازه نه عقد و نه ایقاع است چون عمل حقوقی ممکن است نه عقد و نه ایقاع باشد بلکه ماهیت معامله فضولی، طرح عقد است^{۶۲}.

(۲) گروه دوم، گفته اند اجازه مالک یک واقعه حقوقی است که دارای آثار حقوقی است پس اجازه مالک اخبار است نه انشاء.

نکته: دلایل نظریه

- ۱- قصد و رضا در حقوق ما دو عنصر جداگانه در عقد هستند و نقشی متفاوت دارند.
- ۲- وقایع حقوقی دو نوع است. الف- از اعمال عمدی باشد مثل اتلاف و تسبیب، ب- یاممكن است از اعمال اختیاری شخص باشد یعنی شخص بتواند با ارتکاب آن اعمال، به اراده خویش حقی برای دیگری و تعهدی علیه خود به وجود آورد. مثلاً با تخریب ملک دیگری، خود را در برابر او متعهد به جبران خسارت کند.
- این کار جزء وقایع حقوقی است نه اعمال حقوقی چون بیش از آنچه تحقق اثر حقوقی عمل (مدیون شدن تخریب) کننده در برابر مالک مرتبط به اراده او باشد، نتیجه حکم قانون است بنابراین هرگز نمی توان هر عمل ارادی موجب پیدایش حق را عمل حقوقی دانست.

^{۶۲}- محمد جعفر لنگرودی، صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق، ص ۱۱۰.

پس می توان نتیجه گرفت که اگر کسی تنفیذ معامله فضولی را انشاء (عمل حقوقی) بداند به این دلیل که اعتبار معامله و جریان آثار حقوقی را به دنبال دارد. این دلیل رد است زیرا جریان آثار حقوقی پیش از اینکه «حتی به طور غیر مستقیم» به اراده تنفیذ کننده نسبت داده شود، ناشی از قانون است.

ثانیاً اگر تنفیذ کننده هنگام اعلام رضای خود نسبت به معامله که ذاتاً اعلام است نه انشاء، از نافذ شدن معامله به دنبال این اعلام رضا غافل باشد باز هم معامله نافذ خواهد بود. از طرف دیگر، تنفیذ کننده را نمی توان انشاء کننده نفوذ معامله غیر نافذ معرفی کرد. زیرا نفوذ معامله غیر نافذ، حکمی قانونی است که قانونگذار برای معامله پس از تنفیذ مقرر کرده است.

آنچه عقد را می سازد قصد انشاء است نه رضای شخصی که رضای او برای عقد لازم مصرفی شده است (این رضا، صرفاً شرط نفوذ معامله است).

باید دانست اولاً عقد با تراضی طرفین ساخته نمی شود، ثانیاً برای تشکیل عقد انشای دو طرف اصیل لازم دانسته نشده است.

پس وقتی رضای شخصی که رضای او لازم است در معامله فضولی اعلام نشده، آنچه در حقیقت در این معامله مفقود است، عنصری غیر از قصد انشاء است که صرفاً شرط نفوذ معامله ای است که آن معامله قبلاً در عالم اعتبار انشاء شده است.

ثالثاً رضا، حالت انفعالی غیر ارادای است و نمی توان آن را مخلوق اراده انشایی دانست. رابعاً امضای عقد غیر نافذ، چیزی جز اعلام رضا به آن نیست و به این جهت نمی توان منشاء تلقی گردد^{۶۳}.

البته این اشکال بر این نظریه وارد است که چون رضایت مالک (اجازه مالک) یا به وسیله لفظ صورت می پذیرد یا عمل و فعلی که دلالت بر رضایت داشته باشد.

و می دانیم انشائیات اند که با لفظ یا با فعل (معاطات) منعقد می شوند. این حرف مؤید این است که اجازه مالک، انشاء است نه اخبار و اینکه اجازه مالک، جزء واقعه حقوقی (اخبار) باشد با اشکال بالا روبروست^{۶۴}.

مبحث دوم: بررسی نظریه هایی درباره ماهیت فضولی بر اساس نقش مالک در انعقاد عقد بین اصیل و فضول

الف- مالک دخالت در عقد فضولی دارد و مکمل قصد فضول است.

۱- نظریه ای که رضای مالک را شرط کمال عقد می داند.

^{۶۳}- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ص ۴۳ تا ۴۵.

^{۶۴}- احمد باقری، فقه مدنی، ص ۷۹.

۲- و نظریه ای که اجازه مالک را نشان از رضای تقدیری او در هنگام معامله دارد.

ب- مالک دخالت در انعقاد عقد فضولی ندارد و عقد را فضول و اصیل ساخته اند.

۱- نظریه نمایندگی که در آن مالک، وکالت فضولی را امضاء می کند.

۲- نظریه ای که اجازه مالک را شرط نفوذ عقد دانسته است که در آن اجازه مالک، مانع تنفیذ

را از بین می برد^{۶۵}.

مبحث سوم: بررسی نظریه های درباره ماهیت معامله فضولی بر اساس نقش فضول در معامله فضولی

الف- نظریه هایی که نقشی برای فضول قائل نیستند.

۱- نظریه میرزای قمی: که اجازه مالک خود ایجاب و قبولی است که باعث انعقاد عقد جدیدی

می شود که حاوی ایجاب مالک و قبول مشتری است و در آن فضول، پس از اجازه معامله از سوی

مالک، کنار می رود و گویا مالک جانشین فضول می شود.

۲- نظریه کاشف الرموز: نیز این گونه است که اجازه مالک، ایجاب مالک محسوب می شود که با

قبول قبلی مشتری ضمیمه می شود و باعث عقد جدیدی می شود. در این نظریه نیز گویا مالک

جانشین فضول می شود.

ب- نظریه هایی که نقشی برای فضول، قائل هستند.

۱- نظریه نمایندگی: که پس از اجازه مالک، فضول، وکیل مالک تلقی می شود و فضول باعث

تحقق عقد (مورد وکالت فضولی) شده است.

۲- نظریه ای که اجازه را اماره به رضای تقدیری در هنگام معامله می داند: که در این نظریه

قصد فضول با رضایت مالک جمع می شود و موجب تحقق عقد می شود.

۳- نظریه ای که اجازه را شرط نفوذ عقد می داند. در این نظریه عقد بین فضول و اصیل کامل

است پس فضول نقش اصلی در معامله دارد.

^{۶۵}- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۱۱۱.

۴- نظریه ای که اجازه را شرط کمال عقد می داند که در این نظریه، قصد فضول با رضایت مالک جمع می شود و موجب تحقق عقد می شود.

مبحث چهارم: بررسی نظریه هایی درباره ماهیت فضولی بر اساس اینکه اجازه مالک، باعث انعقاد عقد ثانی می شود یا نه؟

الف- اجازه مالک باعث انعقاد عقد جدیدی می شود.

۱- نظریه نمایندگی: اجازه مالک موجب می شود عقد وکالت بین مالک و فضول منعقد شود.

۲- نظریه کاشف الرموز: که اجازه مالک موجب می شود که عقد جدیدی بین مالک و اصیل (مشتري) منعقد شود.

۳- نظریه میرزای قمی: که اجازه مالک موجب می شود که عقد جدیدی بین مالک و اصیل (مشتري) منعقد شود.

ب- اجازه مالک موجب انعقاد عقد جدید نمی شود که باقی نظریه ها در این دسته اند.

۱- نظریه ای که اجازه مالک را شرط کمال عقد می داند.

۲- نظریه ای که اجازه مالک را شرط نفوذ عقد می داند.

۳- نظریه ای که اجازه مالک را اماره بر رضای تقدیری هنگام معامله می داند.

نتایج:

- ۱- معامله فضول بر دو نوع است الف: معامله فضول لنفسه ب: معامله فضول لغيره.
- ۲- توجیه معامله فضول لغيره تقریباً با همه نظریه های درباره ماهیت معامله فضول امکان دارد.
- ۳- توجیه معامله فضول لنفسه است که، نظریه ها برای توجیه آن دچار مشکل شده اند.
- ۴- در بین نظریه ها، نظریه نمایندگی را باید بهترین نظریه دانست.
- ۵- زیرا ظاهر از معامله فضول لغيره این است که فضول مال را به وکالت فضولی از طرف مالک می فروشد و عرف نیز این مطلب را تأکید می کند.
- ۶- در مورد معامله فضول لنفسه، اگرچه نظریه نمایندگی برای توجیه آن ناتوان به نظر می رسد ولی دیگر نظریه ها نیز (علی الخصوص نظریه قصد و رضا) به همین اندازه دچار ناتوانی در توجیه آن هستند.
- ۷- معامله فضول لنفسه را بر اساس نظریه نمایندگی می توان اینگونه توجیه کرد که شارع مقدس (قانونگذار) با صحیح دانستن این معامله، یک نوع قاعده تکمیلی زده است که در صورتی که شخص معامله کننده، مالک مال نیست، معامله برای مالک خواهد بود و در اینجا معامله کننده فضول کالوکیل مالک تلقی می شود.
- ۸- در صورتی که نظریه نمایندگی را بپذیریم باید اجازه مالک را از اعمال حقوقی بدانیم چون اجازه مالک در نظریه نمایندگی، جزئی از عقد (ایجاب) است. یعنی اجازه مالک در حقیقت ایجاب وکالت از سوی مالک است که با قبول قبلی مشتری ضمیمه می شود و باعث انعقاد عقد وکالت می شود.
- ۹- حاوی ایجاب و قبول هر دو است.

منابع فارسی:

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

منابع عربی:

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی؛ المکاسب؛ بیروت: موسسه النورالمطبوعات، ۱۴۱۰/ ۱۹۹۰م.
- ۲- فخار طوسی، جواد. در محضر شیخ انصاری (بیع)، جلد ۱۰ و ۱۶ و ۱۷. چاپ دوم، قم، نسیم مهر. ۱۳۸۵.
- ۳- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۸، چاپ ششم، بی جا، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.