

بررسی فقهی و حقوقی اجازه و رد در معامله فضولی

سپیده صحت^۱

علیرضا لطفی^۲

چکیده

در حقوق ایران قرارداد فضولی به نوعی استثناء بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها محسوب می‌شود. زیرا در این نوع قرارداد، معامله‌ای بین فضول و اصیل واقع می‌شود که اثر اصلی آن در دارائی دیگری (مالک) ظاهر می‌شود، ولی با وجود این معامله فضولی به عنوان یک عقد صحیح و غیرنافذ شناخته می‌شود. زیرا مالک با اجازه خود به معامله فضولی نفوذ حقوقی می‌بخشد و آن را تبدیل به عقدی نافذ میان اصیل و مالک می‌نماید. بنا بر این از آنجایی که نقش اجازه، به عنوان عامل تنفیذ این عمل حقوقی مورد توجه می‌باشد لذا در مقاله حاضر با انگیزه گردآوری نظریه‌های مرسوم در زمینه مبانی و آثار حقوقی اجازه در عقد فضولی و با تحلیل این نظریه‌ها و با هدف ارائه راه حل مناسب و قابل توجیه که تعارضی با دیگر ابواب حقوق مدنی نداشته باشد به تحقیق در این زمینه می‌پردازیم و پس از بررسی مبنا و اثر حقوقی اجازه شرایط تأثیر اجازه و، در نهایت با بررسی موضوع رد، اثر تأخیر مالک در رد و اجازه را مطرح کرده و مورد بررسی قرار خواهیم داد. همچنین با مطالعه در حقوق دیگر کشورها نظر قانون مدنی و حقوقدانان آن‌ها را در خصوص مبانی حقوقی اجازه جستجو می‌کنیم و سپس با توجه به آن اثر حقوقی اجازه را نیز مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

واژگان کلیدی: اجازه، رد، معامله فضولی، اصیل، فضول.

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد ارومیه.

۲. رییس دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوی.

مقدمه

قانون‌گذاری ایران در مواد گوناگون شرایطی را برای تشکیل، صحت و لزوم آنها مقرر داشته است. از جمله شرایط تشکیل این عقود وجود قصد طرفین و رضای آنها می باشد که در ماده‌ی ۱۹۰ ق.م آمده است. ولیکن به نظر می‌رسد این مورد خالی از ایراد نباشد. زیرا چنان چه در مواد بعدی نیز آمده است قصد انشا می تواند ۳ خاستگاه داشته باشد: الف) قصد طرفین ب) قصد نماینده ج) قصد فضول. چنان چه ذکر شد خاستگاه سوم قصد فضول است که نهایتاً منجر به عقد فضولی خواهد شد. قانونگذار در ماده ۲۴۷ ق.م مقرر داشته است: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست و لو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود.»

از مهم ترین مباحث مربوط به قواعد عمومی قراردادها، بحث از شرایط تحقق قرارداد است که در قانون مدنی نیز تحت عنوان شرایط اساسی صحت معامله مورد توجه قرار گرفته است. نخستین شرط تحقق هر قراردادی اراده‌ی طرفین آن است به طوری که باید طرفین با اراده‌ی سالم، قصد ایجاد یک عمل حقوقی به نام قرارداد را داشته باشند. اهمیت اراده تا بدان جاست که در نوشته‌های حقوقی از قرارداد به توافق اراده‌ها نیز تعبیر شده است. بنابراین اراده طرفین اولین شرط اساسی برای انعقاد هر قرارداد و به طور کلی هر عمل حقوقی (عقد- ایقاع) شمرده می‌شود. اما امروز، حقوقدانان با تأسی از فقهای متأخر امامیه، قائل به تفکیک اراده به دو عنصر قصد و رضا شده‌اند و ضمانت اجرای فقدان قصد را بطلان و ضمانت اجرای فقدان رضا را عدم نفوذ معرفی نموده‌اند. ایشان بر این عقیده‌اند که عنصر رضا مقدم بر قصد است به نحوی که ابتدا رضا تحصیل می‌شود سپس قصد. ولی در عین حال، این امر دارای استثنائاتی از قبیل معاملات فضولی، اکراهی و... می‌باشد. معامله فضولی ویژگی‌های خاص خود را دارد. اول این که معامله فضولی قصد فضول را به عنوان عامل سازنده دارد یعنی هرچند که قصد از ناحیه مالک صادر نشده ولی به هر حال قصد وجود دارد. دوم این که در این نوع معامله رضا وجود خارجی ندارد و سوم این که در معامله فضولی رضا موخر بر قصد بوده و این رضا از اجازه مالک حاصل می‌شود. گفتنی است که در حقوق ایران به پیروی از حقوق اسلام، عقد فضولی به عنوان عقدی صحیح و غیر نافذ شناخته می‌شود و لذا در مقاله حاضر نیز صحت عقد فضولی (اعم از بیع، نکاح و...) مفروض و مباحث مربوط به آن مطرح نمی‌شود و تنها موضوع «اجازه و رد» در معامله فضولی مطرح و بررسی خواهد شد نمی‌شود و از سویی دیگر چون موضوع «اجازه» در معامله فضولی بیشتر از موضوع «رد» نیاز به تشریح دارد لذا در این مجال با نگرشی موجز بر آثار «رد» در معامله فضولی، بیشتر بر روی مبحث «اجازه» سخن خواهد رفت.

۱- مفاهیم

۱-۱- اجازه

اجازه در لغت به معنای اذن، ترخیص، دستور و فرمان دادن است (عمید، ۱۳۸۱، ص ۷۶) و در اصطلاح، اجازه اظهار رضایت (شخصی که قانون رضایت او را مؤثر دانسته) از عقد و یا ایقاع ایجاد شده است.

۱-۲- عقد فضولی

عقد فضولی هم به این معناست که هرگاه کسی نسبت به مال غیر، بدون نمایندگی از طرف وی، معامله‌ای انجام دهد، این معامله را فضولی، و معامله‌کننده را فضول، و طرف دیگر قرارداد را که برای خود معامله کرده را، اصیل گویند (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۷) و اجازه در عقد فضولی عبارت است از اظهار رضایت مالک نسبت به تصرف فضول در معاملات فضولی و

دیگر تصرفاتی که انجام دهندگان اش از صلاحیت لازم برای انجام آن برخوردار نبوده‌اند، می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۷).

معامله فضولی ممکن است تملیکی یا عهده‌ی باشد. معامله فضولی تملیکی مانند آن که شخصی مال دیگری را بدون اذن مالک به دیگری بفروشد و معامله فضولی عهده‌ی مانند آن که شخصی به حساب شخص دیگری متعهد شود که عملی را برای طرف دیگر معامله انجام دهد (نوبین، ۱۳۸۴، ص ۳۵۳).

۲- ماهیت معامله فضولی

معامله فضولی بر اساس مواد قانونی غیر نافذ است (ره پیک، ۱۳۸۷، ص ۱۷۰) 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 می‌شود و آثار قانونی آن جریان پیدا می‌کند و اگر شخص ناراضی، عدم اجازه خود را بعداً اعلام کند آن موجود ناقص اعتباری هم نابود می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۷۴). قانون مدنی، معامله فضولی را غیر نافذ دانسته است. دلیل غیر نافذ بودن معامله فضولی اشکالی است که در این معامله وجود دارد. این که معامله کننده بدون داشتن هیچ گونه سمت و صلاحیتی، بر مال غیر، معامله انجام داده است. این اشکال از نظر قانون مدنی موجب بطلان قرارداد نیست بل که معامله انجام شده با اجازه یا همان "امضای مادی" نافذ می‌گردد (ره پیک، همان). پس از معامله فضولی، مالک حق اجازه یا رد معامله را دارد. در صورت رد، معامله باطل است. و در صورت اجازه معامله نافذ می‌شود یا به عبارتی روان تر تصحیح می‌شود اما این که معامله غیر نافذ چگونه بوسیله اجازه بعدی تصحیح می‌شود اختلاف نظر وجود دارد (همان، ص ۱۶۹).

۲-۱- مبانی حقوقی اجازه در معامله فضولی

در نظام حقوقی ایران در خصوص مبانی حقوقی اجازه در معامله فضولی، نظریه‌های گوناگونی ارائه شده است که هر یک به نوعی مورد توجه نویسندگان حقوقی قرار گرفته است. در این مجال هر یک از این نظریه‌های رایج را مطرح کرده و سپس مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱-۱- اجازه به عنوان شرط نفوذ معامله

رضای مالک، نقش تنفیذکنندگی دارد و اجازه‌ی مالک شرط نفوذ عقد است ولی رضای مالک از ارکان عقد نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۱۲). 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 می‌باشد (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 (همان).

اشکال ناظر بر این نظریه عبارت است از این که اگر اجازه مالک سبب را کامل نمی‌کند و عقد سبب تام انتقال است پس چرا نفوذ عقد در دارائی مالک نیاز به اجازه او دارد. یعنی در این نظر، دلیل و مبنای نیاز عقد به اجازه و پایه تأثیر آن در تراستی گذشته (میان فضول و اصیل) مشخص نشده است. اشکال دیگر این که به موجب این نظریه، باید قائل به جدائی بین عقد و آثار آن شد. زیرا عقد از ابتدا تحقق می‌یابد ولی آثار عقد از زمان صدور اجازه جریان می‌یابد و تصور جدائی بین عقد و آثار آن دشوار به نظر می‌رسد (عسگری، ۱۳۸۶، ص ۲۸). دکتر کاتوزیان نیز اشکالاتی را در مورد نظریه‌ی مزبور ارائه نموده

اند که به طور خلاصه می توان چنین بیان داشت که اگر عقد سبب تام است پس اجازه مالک چه نقشی دارد و دیگر این که چطور اجازه "رضایت مالک" که مانع نفوذ عقد را از بین می برد، در گذشته اثر می کند (کاتوزیان، همان).

۲-۱-۲- اجازه به عنوان شرط کمال

مهمترین نظریه ای که در خصوص مبنای اجازه ارائه شده است، اجازه به عنوان شرط کمال عقد فضولی از دیگر نظریه ها شناخته شده تر است. مطابق این نظریه، اراده به دو عنصر قصد و رضا تفکیک می شود و عقد فضولی تمام ارکان و شرایط اساسی یک عقد لازم و نافذ را داراست جز رضای مالک که هرگاه این رضایت به عقد ملحق شود، یک عقد کامل بوجود می آید. در این نظریه رضا امری است شخصی و داخلی که باید منسوب به مالک باشد اما در مقابل، قصد انشاء، امری است نوعی و لازم نیست که منسوب به مالک باشد، بل که از جانب هرکه باشد آثار حقوقی خود را به همراه خواهد داشت. لذا هرچند که عقد میان فضول و اصیل واقع شده و قصد انشاء نیز از ناحیه فضول صادر شده است اما با الحاق رضای مالک به قصد فضول، عقد کامل شده و مالک و اصیل را به عنوان طرفین عقد، ملتزم می نماید (عسگری، پیشین، ص ۲۷). به عبارتی دیگر در این نظریه، رضای مالک تکمیل کننده ی عقد سابق است (ره پیک، پیشین، ص ۱۷۵). 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 (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۱۱۰) و پس از وقوع معامله توسط فضول، 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 اجزای عقد، محقق و کامل می شود و اجزا وقتی تام اند که اجازه مالک نیز باشد (همان). 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 می شود. نقشی که مالک در تحقق ارکان عقد دارد فقط رضای اوست قصد انشاء از جانب هر کس رخ دهد موجب تحقق عقد می شود (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۰۷). 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 با ید 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: الف) از نظر تحلیل قراردادها، ملازمه ای بین قصد و رضا، از نظر مقارنت زمانی وجود ندارد. ب) از نظر تحلیل قرارداد، ملازمه ای بین قصد و رضا از نظر صدور آن ها 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 گرد (ره پیک، پیشین، ص ۱۷۷). آنچه از شرایط صحت معامله است، رضای مالک است خواه رضایت مقارن عقد یا متأخر از زمان انعقاد عقد باشد (قنوتی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۹).

اما در تحلیل این نظریه باید گفت، نظریه ی مزبور با وجود تمام شهرتی که یافته است قابل ایراد است. اول آن که در مجموعه فعالیت های روانی انسان که از آن تعبیر به اراده می شود، معمولاً رضا مقدم بر قصد انشاء است. بنابراین چگونه ممکن است در عقد فضولی، رضای موخر مالک به قصد فضول ملحق و عقد ناقص را کامل نماید (عسگری، پیشین، ص ۲۹). اشکال دیگر این است که اراده، نتیجه رشته ای از فعالیت های روانی انسان است که نمی توان آن را جدای از اراده کننده و به طور مجرد تصور نمود. اثر اراده نیز امری اعتباری است و لذا نفوذ اراده به اعتبار و حکم قانون بستگی دارد. بنابراین

نمی‌توان ادعا نمود که هر بار قصد تحقق می‌یابد به صورت قهری، آثار حقوقی به بار می‌آورد. لذا نمی‌توان گفت که قصد انشاء فضول می‌تواند آثار حقوقی برای مالک ایجاد کند و عقد ناقص فضولی را به عقد کامل میان مالک و اصیل تبدیل نماید.

۲-۱-۳- اجازه مالک به عنوان اماره‌ای بر رضای تقدیری

در نظریه‌ی دیگری که بیانگر مبنای اجازه در عقد فضولی است، چنین عنوان شده است که اجازه مالک کاشف از رضای تقدیری او به هنگام معامله است. به بیان روشن‌تر، اجازه مالک نشان می‌دهد که اگر مالک هنگام انجام معامله از وجود چنین معامله‌ای آگاهی می‌داشت بدان رضایت می‌داد. اجازه‌ی بعدی مالک، نشان می‌دهد که مالک در هنگام معامله، به عقد راضی بوده است و اجازه‌ی مالک، کاشف از رضای تقدیری او به هنگام معامله است. مبنای این نظریه این است که آن چه باعث نفوذ عقد است، رضای باطنی مالک است و اجازه اماره‌ای بر رضای او در زمان ایجاب و قبول است (کاتوزیان، همان). 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.

این نظریه نیز بدون اشکال نیست زیرا به موجب این نظریه، اجازه کشف می‌کند که مالک به هنگام انجام معامله بدان رضایت داشته است ولی احتمال دارد که مالک واقعاً (باطناً) بدان رضایت نداشته باشد. پس اجازه کنونی مالک دلیل بر آن نیست که اگر از ابتدا هم به وقوع معامله آگاهی داشت به آن رضای می‌داد. لذا در این نظریه که مبتنی بر کفایت رضای باطنی مالک است، اجازه نمی‌تواند همواره کاشف از رضای باطنی (رضای تقدیری) به هنگام انجام معامله باشد (عسگری، همان).

۲-۱-۴- اجازه باعث تبدیل عقد فضول به عقدی بین اصیل و مالک

این نظریه به طور کلی مطرح نشده است و فقط در بیع فضولی لئفسه (بیع غاصب و سارق) مطرح شده است. چون در بیع غاصب، غاصب مال را بدین هدف می‌فروشد که بیع برای او محقق شود و مالک ثمن شود و معامله را برای خود منعقد می‌کند و اجازه مالک با قصد غاصب تعارض دارد. چون معلوم نیست اجازه مالک به چه نحو به آن تعلق می‌گیرد (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۱). غاصب قصد وقوع بیع برای خود داشته است اگر بگوییم اجازه مالک به وقوع بیع برای غاصب دارد. باعث تحقق بیع برای غاصب می‌شود. 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 می‌شود. بر اساس حرف میرزای قمی، اظهار رضایت مالک که در قالب اجازه و بعد از خاتم عقد فضولی اعلام می‌گردد عقدی را که در گذشته بین فروشنده فضولی و خریدار صورت گرفته است متحول ساخته، آن را به عقدی بین مالک و مشتری می‌نماید. لذا اظهار دوباره قبول از سوی خریدار ضرورت نداشته کلمه «جزت»، خود هم ایجاب از سوی مالک و هم قبول از سوی مشتری محسوب می‌شود (طوسی، ۱۳۸۵، ص ۲۰۹).

۲-۱-۵- نظریه اعطای نمایندگی

نظریه دیگری که اخیراً در جهت تحلیل مبنای اجازه مطرح و مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است نظریه نمایندگی است. در این نظریه اجازه مالک به منزله اعطای نیابت (وکالت) شناخته شده و فضول نیز به عنوان وکیل مالک در قرارداد فضولی محسوب می‌گردد. بر مبنای این نظر، هر چند عقد فضولی میان اصیل و فضول و در نتیجه تراضی آن‌ها به وجود می‌آید اما مالک صلاحیت لازم را به فضول اعطاء می‌نماید تا بتواند از طرف مالک اقدام کند و مالک قائم‌مقام او بشمار آید.

«نظریه نمایندگی» وسیله اعطای این اختیار و صلاحیت را بدست داده است (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۲ و امامی، ج ۱، ص ۱۹۹). اگر فصول نماینده مالک باشد، همه چیز به جای خود قرار می‌گیرد. عقد را نماینده منعقد می‌کند، اثر آن در دارائی مالک ظاهر می‌شود و عقد منسوب به مالک است. مفاد عرفی اجازه نیز این است که مالک آثار عقد بین فصول و اصیل را برای خود می‌پذیرد و این امر جز با قبول اعطای نیابت به فصول در انجام معامله امکان ندارد (همان).

۲-۱-۵-۱- ایرادات نظریه

نظریه مزبور نیز از جهات مختلفی مورد انتقاد قرار گرفته است. نخست این که در فرضی که فصول برای خود معامله می‌کند نظریه نمایندگی با اشکال جدی مواجه است زیرا چگونه ممکن است در چنین فرضی، اجازه مالک به منزله اعطای نیابت به او تلقی شود. دوم این که اگر اجازه مالک به معنی اعطای سمت وکالت به فصول باشد تحقق عقد وکالت نیاز به قبول فصول دارد در حالی که در تنفیذ معامله فضولی، فقط اجازه‌ی مالک موثر شناخته شده است. اشکال دیگری که به چشم می‌خورد اعطای نیابت برای گذشته است. به این معنی که چگونه می‌توان تصور کرد که مالک اعمال حقوقی فصول در گذشته را تحت نظریه نمایندگی به خود نسبت دهد و فصول را در زمان گذشته وکیل و نایب خود قرار دهد به ویژه در موردی که مالک حتی از وقوع معامله توسط فصول آگاه نبوده است. (عسگری، پیشین، ص ۳۰).

با وجود تمام اشکالاتی که بر این نظریه وارد آمده است، نظریه مزبور مورد توجه معدودی از استادان حقوق قرار گرفته است. اما در نظام حقوقی مصر، عقیده بر این است که پس از صدور اجازه از سوی صاحب عمل (مالک) شخص فصول به منزله وکیل او محسوب می‌شود و در این باره ماده ۱۹ قانون مدنی مصر تصریح می‌کند: «تسری قواعد الوکاله اذا أقر رب العملما قام به الفضولی» یعنی هرگاه صاحب عمل (مالک) به آن چه که فصول برای او انجام داده است اقرار کند (اجازه دهد) قواعد وکالت به آن سرایت می‌نماید. نتیجه این که در حقوق مصر، مبنای حقوقی اجازه در عمل فضولی، برپایه نظریه نمایندگی (اعطای سمت وکالت) تحلیل می‌شود و پس از صدور اجازه، شخص فصول تبدیل به وکیلی می‌گردد که از ابتداء با اذن و اختیار اقدام به تصرف نموده است (السنهوری، ج ۱، ص ۱۲۲۳).

۲-۱-۵-۲- تحلیل دیدگاه دکتر امامی در مورد نمایندگی

دکتر امامی در کتاب خود چنین آورده اند که: «مالک تمامی آثار اعمال نفوذ را مانند اعمال وکیل قبول مباد کند» و پس از ارائه چنین دلیلی بیان داشته اند که: انشای یک امر فقط برای حال و آینده است و تنشای وکالت برای زمان گذشته معقول نمی‌باشد» (امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۲۹).

نظر به موارد یاد شده می‌توان بر آن بود که دکتر امامی تمایلی بر پذیرش نظریه نمایندگی داشته اند اگر چه آن را به خاطر اشکال فوق‌الذکر نپذیرفته است و چنانچه در کتاب ایشان مشهود است برای توجیه معاملات فضولی از نظریه قصد و رضا استفاده نموده‌اند (همان). دکتر امامی پذیرفته اند که نظریه نمایندگی در صورتی است که شخص فصول برای غیر (مالک) معامله کند و الا اگر برای خود معامله نماید چنانچه در غاصب و سارق است وکالت فضولی تصور نمی‌شود (ره پیک، پیشین، ص ۱۷۲). گفتنی است که اعمال فضولی را بعد از اجازه مثل وکیل بدانند در فقه سابقه دارد ولی آن جا هم نظریه نمایندگی را صریحاً نپذیرفته اند.

۲-۱-۵-۳- سابقه نظریه نمایندگی در سایر کشورها

نظریه نمایندگی^۳ در قانون مدنی ایران به نظریه نمایندگی تصریح نشده است بل که مصادیقی از این عنوان کلی موادی را به خود اختصاص داده است. در حقوق رم و حقوق قدیم فرانسه، نهاد نمایندگی ناشناخته بود لیکن بعدها این نظریه مورد پذیرش قرار گرفت. در قانون مدنی فرانسه ماده یا مواد خاصی به اصل نمایندگی اختصاص داده نشده است (ره پیک، ۱۳۷۷، ص ۱۱۹). نهایتاً این قانون در ماده ۱۹۸۴ خود با توجه به قراردادهای مختلف عنوان **Mandate** را مطرح کرد. امروزه حقوقدانان فرانسه علی رغم فقدان نصوص قانونی تعبیر نمایندگی را در دو مورد سند قضایی و قواعد کلی قراردادها بکار می برند حتی در برخی از موارد دیگر مانند بحث قائم مقامی در ارث نیز به تئوری نمایندگی استناد شده است. در بعضی از قوانین مانند قانون مدنی آلمان و قانون تعهدات سوئیس صریحاً به نظریه کلی نمایندگی اشاره شده است. در حقوق کامن لا، نهاد نمایندگی گسترده‌تری دارد در مباحث مسئولیت مدنی و شبه جرم نیز کاربرد دارد. به طور مثال مسئولیت کارفرما نسبت به کارکنان خود براساس این نظریه توجیه شده است (همان، ص ۱۲۰).

در بسیاری از کشورها بیع مال غیر، قابل ابطال تلقی شده است که با تایید و اجازه مالک تصحیح می گردد. در ماده ۱۳۵ قانون مدنی عراق اولاً بیع فضولی همانند قانون مدنی ایران غیر نافذ دانسته شده است و ثانیاً اجازه مالک صریحاً به معنای اعطای نمایندگی و توکیل تلقی شده است. در هر حال، صرف نظر از نکات کلی که در این نظریه وجود دارد، با توجه به مواد قانون مدنی و برخی ملاحظات حقوقی، پذیرش این نظریه در حقوق مدنی ایران (بحث معامله به مال غیر) دشوار و شاید ناممکن باشد (همان، ص ۱۲۲).

مطابق ماده ۱۳۵ قانون مدنی عراق «۱- من تصرف فی ملک غیره بدون اذنه انعقد تصرفه موقفاً علی اجازه مالک ۲- فاذا اجازه المالك تعتبر الاجازه توکیلا و یطالب الفضولی بالبدل ان كان قد قبض من عقد الآخر». یعنی «۱- کسی که در ملک دیگری بدون اذن او تصرف می کند، این تصرف موقوف به اذن مالک است. ۲- واگر اجازه دهد، اجازه مالک، وکالت به حساب می آید» (سنهوری، ج ۴، ص ۲۷۰).

به طور کلی در سایر کشورها نظریه مذکور به طور صریح پذیرفته نشده است. اگر چه گاهی اوقات خواسته شده است با نظریه ای که تعبیری نزدیک شبیه نظریه نمایندگی دارد معامله فضولی توجیه شود که می توان نظریه ریپر و پول نزه در حقوق فرانسه در مورد ماهیت معامله فضولی را ز آن جمله دانست.

۳- بررسی ماهیت اجازه

اجازه مالک در معاملات فضولی هم تصرف فضولی را نافذ می کند و هم به فضول منزلتی در حکم وکیل می دهد که دارای همان التزامات وکیل می باشد. بنابراین اگر مالک، چنین معامله ای را اجازه کند، این امر در گذشته (یعنی از زمان عقد) نیز اثر خواهد داشت (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۱۴۶۳) اما اگر اقدامات فضول توسط مالک اجازه نشود، تصرفات انجام شده منشأ هیچ اثری نخواهد بود. هم چنین تصرفات باطل و فاسد قابل اجازه کردن نیستند چون که در حکم عدم وقوع معامله هستند. بنابراین معامله فضولی، طبق قول مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی، غیر نافذ است. مبنای حقوقی این عدم نفوذ و تأثیر اجازه مالک، تفکیک بین قصد و رضاست و اجازه عقد غیر نافذ صرفاً اعلام رضاست نه انشا (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۹۸). رضا در اصطلاح حقوقی، همان میل و گرایش باطنی به انجام عمل حقوقی است و قصد، ایجاد عمل حقوقی در عالم ذهن است که از آن به قصد انشا تعبیر می کنند. پس ممکن است کسی قصد انجام معامله داشته ولی رضا نداشته باشد. مثلاً هر گاه کسی در اثر تهدید به قتل حاضر به فروش خانه خود شود، قصد انشاء معامله را دارد اما فاقد رضا است،

۳- برای مطالعه بیشتر ر. ک به امیری قائم مقامی، عبد المجید، حقوق تعهدات نظریه کلی تعهدات در قانون مدنی، ج ۲، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۵، ص ۸۱.

واز این رو معامله‌ی وی غیر نافذ است (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۱۷۷). با انعقاد معامله فضولی شکل قرارداد ایجاد می‌شود هرچند که به علت فقدان رضایت مالک، قرارداد کامل نیست و با پیوستن رضایت بعدی، قرارداد کامل شده و آثار خود را از روز انعقاد معامله به بار می‌آورد. با این بیان در حقیقت تفاوتی بین رضایتی که بعد از معامله بوجود می‌آید و رضایتی که در زمان عقد موجود بوده، نیست^۴ (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۹۹۰). با این توضیح، تفاوت اجازه با اذن معلوم می‌شود که اذن ابراز یک حالت واقعی درونی است و رجوع از اذن چیزی جز اعلام زوال رضا و فقدان آن که یک واقعه‌ی حقوقی است نمی‌باشد، بنابراین اذن قبل از عقد صادر می‌شود و اجازه بعد از وقوع عقد صادر می‌شود.

به عقیده مرحوم شیخ انصاری اعتقاد به ناقلیت اجازه به دلیل آن که متضمن تأخیر مالکیت رضایت می‌باشد، مطابقت تام با قواعد و عموماً پذیرفته شده داشته و در مرحله بعد نظریه کشف حکمی قرار دارد. چون در این نظر اصل مالکیت، از آن مالک دانسته شده و تنها احکام قابل اجرا، مترتب می‌گردد. اما پذیرش کشف حقیقی و در عین حال شرط دانستن خود اجازه امری است که نمی‌توان کنار قواعد و عموماً نهاده و آن دو را جمع نمود (پورگیلانی، پیشین، ص ۳۳). به همین دلیل علامه حلی در کتاب قواعد آن را مورد اشکال قرار داده و مرحوم محقق کرکی نیز در حاشیه ارشاد بدون هرگونه اظهار نظر به نقل آن بسنده کرده استو جمعی دیگر آشکارا به رد این نظریه پرداخته و ناقلیت را برگزیده اند (همان، ص ۳۴).

از سویی دیگر با توجه به مقررات مربوط به قصد انشاء و رضا در قانون مدنی ایران (مواد ۱۹۰ به بعد) و نیز فقه امامیه، اگر تفکیک این دو عنصر از یکدیگر را از حیث ماهیت و آثار قانونی مورد بررسی قرار دهیم، به سادگی معلوم می‌شود که آن چه عقد را می‌سازد قصد انشاء است نه رضایت شخصی که، رضایتش برای عقد، لازم دانسته شده است. بنابراین رضایت مالک شرط اعتبار و نفوذ معامله است. سوالی که در اینجا قابل طرح است این‌که: آیا ضرورتی به اعلام آن هست یا رضای باطنی کفایت می‌کند؟

در این رابطه دو نظر وجود دارد. نظر اول این که، اگر اجازه مالک تنها (رضا) باشد و قصد را فضول بکند، چهره‌ی باطنی آن برای نفوذ عقد کافی است. زیرا اراده‌ای را کامل می‌کند که به وسیله‌ی فضول اعلام شده است. پس اجازه در واقع آماره بر حقیقتی است که پنهان مانده است. بنابراین اراده‌ی مالک آفریننده‌ی هیچ موجودی اعتباری (عقد) نیست و نوعی اخبار به حق محسوب می‌شود.

نظردوم بر مبنای تعبیر اجازه به (اعطای نمایندگی)، این اقدام یک عمل حقوقی تمام عیار است. اراده مالکی که عقد را نافذ می‌کند، بایستی اعلام شود و مالک بایستی اهلیت و صلاحیت لازم را برای انجام این عمل حقوقی را دارا باشد. منتها سببیت اجازه در انتقال مالکیت، به مفهوم مرسوم آن، یعنی دخالت در عقد و شرکت در تراضی نیست، بل که به معنی اعطای نمایندگی است. از این جهت است که با اعطای نمایندگی به معامله‌ی بی‌اثر، نفوذ حقوقی می‌بخشد و آثار آن را نسبت به مالک می‌پذیرد. و طبق مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ ق.م می‌توان گفت که برای نفوذ عقد غیر نافذ اعلام رضایت مالک ضروری است و صرف تحقق رضایت به معامله‌ی غیر نافذ، کافی نیست (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۹۹۱). یعنی سکوت مالک به معنای تأیید معامله نمی‌باشد. بدین ترتیب اجازه مالک از حیث دخالت در سبب انتقال مالکیت با نظریه‌ی ناقل بودن قبول و از جهت تأثیر به گذشته با نظریه‌ی کشف شباهت دارد، ولی هیچ‌کدام از آن دو (کشف و نقل) نیست و به کشف حکمی نزدیک‌تر می‌شود (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۳۰۰) که ذیلاً مورد بحث واقع می‌شود.

۴- آثار حقوقی اجازه در عقد فضولی

۴- یعنی حتی اگر شخص نداند که روی مالی معامله می‌کند که متعلق به دیگری است باز هم معامله فضولی محسوب می‌شود.

در خصوص مبنای عدم نفوذ معاملات فضولی در تاریخ حقوق، مباحث زیادی مطرح شده است. دلیل ضرورت این مباحث این است که در اخبار این باب، معاملات فضول، پس از لحوق اجازه مالک، واجد آثار حقوقی است و این در حالی است که در عقود سالم، همواره، مالکان عوضین، مباشر ایجاب یا قبول هستند و به تبع آن، قاعدتاً، هیچ کس نباید بتواند به مال دیگری معامله کند مگر در صورت داشتن رابطه وکالت یا ولایت با مالک عوضین. و فضول، واجد هیچ یک از این روابط نیست. پس حقوقدانان، از سویی با مناط معاملات سالم (مباشرت مالک در صیغه) مواجه بوده‌اند و از سوی دیگر با اخباری که دال بر نافذ دانستن معاملات فضول از زمان عقد با لحوق اجازه مالک، به آن مطرح شده است که به معنای ایجاد شدن عقد با عمل فضول است و جمع این دو مطلب، ایشان را بر آن داشته که نظریاتی در این باب ارائه دارند.

اصلی ترین و عمده ترین دلیلی که بر صحت معاملات فضولی مورد استناد قرار گرفته است عموماً و اطلاقات و عقود است. از جمله ی این عموماً آیه ی مبارکه "أحلَّ.. البیع" است. عموم این آیه دلالت بر آن دارد که قانونگذار تمام انواع بیع و دادوستد را حلال فرموده و یکی از افراد بیع، بیع فضولی است. همچنین آیه ی "یا أيُّها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلاً آن تکون تجارَةً عن تراضٍ" (نساء، ۴، ۲۹) بر این اساس فقهاء اکل مال به باطل را حرام دانسته‌اند ولی تجارتی را که از روی تراضی باشد، مباح و جایز دانسته‌اند. از جمله آن عموماً، ادله ی عقود آیه شریفه "افوا بالعقود" (مائده، ۵، ۱) عموم آیه دلالت بر این دارد که وفای به هر عقد واجب و لازم است. عقد فضولی یکی از مصادیق عقد است که برطبق عموم آیه، وفای به آن لازم و واجب است. (محقق داماد، ۱۳۹۱، ص ۱۴۸).

مطابق روایت «المؤمنون عند شروطهم» عقد شرط است و هر شرطی هم واجب الوفاست پس عقد واجب الوفاست و معامله فضولی هم که از مصادیق عقد می باشد، واجب الوفاست و به طور کلی منظور وفای به شرط و تعهد است (بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۹). همچنین ادله سایر معاملات از قبیل «الصلح جائز» از جمله روایاتی است که بر این موضوع دلالت دارد. بنابراین منظور استدلال کنندگان بر صحت آن است که عقد فضولی عقدی است که از کسی صادر شده که اهلیت اجرای عقد مانند بلوغ و عقل و سایر شرایط را دارد لذا به او کامل گویند و در محلی که واجد شرایط عوض و معوض است (مثلاً شراب و خوک نیست) واقع شده است (پایانی، ۱۳۹۲، ص ۸۲).

همچنین روایاتی به عنوان مؤیدات معاملات فضولی در فقه مطرح گردیده است. بدین صورت است که شخصی از فروشنده ای پیراهنی خریداری کرد و در ضمن معامله با بایع شرط نکرد که اگر نپسندیدم، برگردانم و فسخ کنیم (خیار شرط قرار نداده است) از قضا پارچه یا لباس را برد و نپسندید و برگرداند و تقاضای فسخ نمود. فروشنده گفت به یک شرط حاضر به فسخ و پس گرفتن مبیع است و آن اینکه مبلغی از ثمن را کم کنی. این چه حکمی دارد؟ امام (ع) فرمود: صلاح نیست که مبیع را به این شرط پس بگیرد (چنین اقاله ای باطل است). حال اگر فروشنده از روی جهل (به حکم شرعی حرمت و فساد) متاع را از مشتری اول گرفت و به مشتری دیگری به قیمت بیشتری فروخت، زیادی ثمن را باید به مشتری اول برگرداند (فاضل هرندی، ۱۳۸۵، ص ۲۱۶).

حکم امام (ع) به استرداد مازاد به چه اصلی است؟ شیخ انصاری می فرماید: تنها اصلی که به ذهن می آید اصل بر بیع فضولی است. یعنی اقاله که فاسد شد متاع همچنان ملک مشتری اول است و فروشنده به خیال صحت اقاله و تصاحب دوباره متاع آن را برای خود فروخته است. ولی به گفته امام (ع) این بیع برای او واقع نمی شود و برای صاحب متاع یعنی مشتری اول واقع می شود و چون غالباً بر فرض سودهی، مالک اصلی راضی می شود لذا حکم به صحت و استرداد مازاد به مشتری اول فرموده است (همان).

به طور کلی همه معتقدین به صحت بیع فضولی، عقیده دارند که صحت بیع فضولی متوقف بر اجازه بعدی مالک است و لکن در این که اجازه‌ی مالک ناقل است یا کاشف، اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقهای شیعه اجازه مالک را کاشف می‌دانند، البته شیخ انصاری آن را ناقل می‌داند (قلی پورگیلانی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۸).

در نظام حقوقی ایران دو نظریه «کشف» و «نقل» در هر جا که رضا متأخر مالک، عقد قبلی را نفوذ حقوقی می‌بخشد، بکار می‌رود. بدین ترتیب این دو نظریه مرسوم در خصوص اثر حقوقی اجازه را در این مجال مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

۴-۱- نظریه کشف

معنای نظریه کشف عبارت است از این که مثلاً اگر در یک ماه قبل بیع فضولی انجام شده باشد ولی مالک آن را امروز اجازه کند این اجازه کشف می‌کند از این که بیع فضولی از همان یک ماه قبل، یعنی از زمان انعقاد آن اثر شرعی داشته است یعنی از همان وقت، مبیع به ملکیت مشتری و ثمن به مالکیت مالک درآمده است و گویا مالک هم زمان با اجرای عقد، آن را اجازه کرده است (همان).

حقوقدانان، معتقدند هر معامله که ماهیتی حقوقی است، چون دیگر ماهیت‌ها از ارکان (ذاتیات) تشکیل شده است. در تعریف رکن گفته اند: رکن هر چیزی آن است که جزء ماهیت اوست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ش ۱۵). اما شرط، وارد در ماهیت موجود اعتباری نیست. شرط در این مفهوم، در برابر اجزا و اسباب قرار گرفته است. چرا که با این که حقوقدانان، عقود را اسباب بروز آثارشان دانسته‌اند (همان) متوجه شده‌اند در مواردی، بروز آثار عمل حقوقی، منوط به امری دیگر نیز هست. «در عقود عینی، اقباض - در شرکت عقدی مدنی، مزج - در عقد مکره، اجازه - در وصیت تملیکی، قبول موصی له و در معاملات فضولی، اجازه مالک» اما آن امر، از ارکان (ذاتیات) عمل حقوقی نیست. لذا آن را، شرط صحت یا شرط ترتب آثار بر آن ماهیت دانسته‌اند. پس شکل‌گیری (ایجاد) ماهیت عمل حقوقی، تنها منوط به تحقق ارکان آن است. اما کمال آن، تا رسیدن به مرحله اثر گذاری، منوط به تحقق شرط (به این معنا) است. بر اساس نظریه کشف، در رکن بودن مباشرت مالک در انعقاد معامله، تردید شده است. لذا به یاری اطلاق اوفو بالعقود (یا اصل عدم اشتراط) آن را طرد نموده، عقود انجام شده توسط فضول را صحیح، اما ترتب آثار را بر عقد موجود، منوط به لحوق اجازه به عقد دانسته‌اند لذا در این نظر اجازه، شرط متأخر انتقالی است که در اثر عقد واقع می‌شود (کاتوزیان، پیشین، ج ۲، ص ۱۳۶).

یکی از ادله کاشفیت اجازه، این است که صیغه عقد علت تامه مالکیت و نقل و انتقال است و دلیل آن هم عموم آیه «اوفوا بالعقود» است و اجازه مالک هم جزء العله نیست و لذا اجازه او فقط اماره و کاشف از این است که آن علت تامه در وقت اجرای خودش واقع شد است، پس از همان وقت هم اثر خودش را داشته است. (پورگیلانی، مسلم، پیشین، ص ۱۷۸). مرحوم شیخ انصاری نیز بر آن است که عقد سبب تام است ولی اجازه مالک کشف نمی‌کند که آن عقد به طور کامل حتی با رضایت قبلی مالک انجام شده است. چون اجازه کشف نمی‌کند که رضایت مالک مقارن با عقد بوده تا سبب و علت تامه در همان موقع محقق شد باشد. به عبارتی دیگر به وسیله اجازه همزمانی رضایت مالک با عقد به دست نمی‌آید (فخار طوسی، ۱۳۸۹، ج ۱۷، ص ۱۰ و قلی پورگیلانی، همان). از دیگر ادله‌ی کاشفیت این است که عقد فضولی همه شرایط یک عقد صحیح را دارد و تنها شرطی را که کم دارد همان رضایت مالک است و وقتی مالک راضی شد سبب نقل و انتقال که همان عقد است، تأثیر خودش را از همان وقت خواهد کرد (قلی پورگیلانی، پیشین، ص ۱۸۰).

پاسخ مرحوم شیخ انصاری به دلیل مزبور آن است که گوینده این استدلال خود اعتراف نموده است که اجازه مالک جانشین رضایت او بوده است و از این رهگذر موثر شناخته می‌شود بنابراین چگونه امکان تقدم مالکیت بر اجازه وجود دارد (فخار طوسی، پیشین، ص ۱۱).

۴-۱-۱- مقایسه نظریه صاحب جواهر و شیخ انصاری در باب شرط

از دیدگاه صاحب جواهر تقدم مشروط بر شرط در امور تکوینی محال است ولی در مور شرعی و اعتباری ممکن است^۵ و در شریعت هم مواردی از این تقدم وجود دارد، مثلاً شرط استحباب غسل جمعه (به عنوان مشروط) حلول روز جمعه است ولی می توان شروط را پیش از فرا رسیدن شرط آن (روز جمعه) انجام داد (قلی پور گیلانی، پیشین، ص ۱۸۱). مرحوم شیخ انصاری استدلال فوق را نادرست خوانده و استدلال می نمایند در سبب و شرط بین شرعی و غیر شرعی تفاوتی نبوده و افزایش مثال سبب ممکن گشتن یک امر محال نمی شود^۶ (فخار طوسی، پیشین، ص ۱۲). در واقع شرط صفتی است که همواره مشروط است و آن چه که شرط به حساب می آید در واقع علامت و کاشف از تحقق آن صفت هست. برای نمونه در غسل جمعه آن چه شرط است عبارت است از «صفت المتعقب بیوم الجمعه». البته چنین توجیهی به این دلیل که با ادله فقهیه (که تصریح دارد بر این که نفس اجازه مالک شرط است) مخالف دارد، در اینجا راه ندارد و لذا ما معتقد به ناقلیت شده ایم (قلی پور گیلانی، همان).

۴-۱-۲- انواع کشف

کشف حقیقی با اعتقاد به این که اجازه مالک شرط متأخر است:

منظور آن است که اجازه مالک کشف می کند که تمام آثار یک بیع صحیح برای بیع فضولی از زمانی که واقع شده است، وجود دارد و لذا نماء و منافع مبیع مال مشتری و منافع ثمن مال مالک است. نظریه شرط متأخر نیز به این معناست که رضایت مالک شرط صحت عقد بیع است و این رضایت گاهی مقارن با خود عقد است و گاهی هم این شرط بعداً می آید مثل اجازه وی که پس از اجرای بیع فضولی می آید (همان).

کشف حقیقی با اعتقاد به این که صفت تعقب و لحوق اجازه شرط صحت عقد است:

در اینجا اجازه بعدی کشف می کند که از همان زمان اجرای عقد، این صفت همراه عقد بوده و لذا از همان موقع همه آثار یک عقد صحیح را دارد و لذا برخی عقیده دارند که به موجب این نظریه اگر شخص یقین دارد که مالک آن را اجازه خواهد کرد، می تواند بعد از اجرای عقد، در عوض تصرف کند (همان، ص ۱۸۲).

۴-۱-۳- کشف حکمی

این نظریه از شریف العلمای مازندرانی است. به این معناست که مالکیت بعد از اجازه مالک ایجاد می شود ولی احکام کشف به قدر امکان در قبل از اجازه جاری می شود، برای مثال منافع و نماء مبیع مال مشتری است اگر چه قبل از اجازه، خود مبیع مال مالک خودش است (همان). این نظریه حد فاصل بین نظریه نقل و نظریه کشف حقیقی است، یعنی اجازه حقیقتاً نمی تواند در عقد فضولی مقدم تاثیر نماید. زیرا محال است امری که به تازگی حادث می شود در گذشته تاثیر کند و از

۵- به عقیده صاحب جواهر مالکیت یک امر تبعی است بنابراین می توان تقدم آن بر اجازه را تصور نمود. برای مطالعه بیشتر رک به فخار طوسی، جواد، در محضر شیخ انصاری، ج ۱۷، ص ۹ به بعد، ۱۳۸۹، قم، انتشارات نسیم مهر.

۶- به گفته شیخ ادعای صاحب جواهر مانند آن است که بگوئیم در شرعیات اجتماع نقیضین ممکن بوده و شارع می تواند نماز جکعه را واجب و هم غیر واجب قرار دهد.

طرف دیگر، چون هدف و قصد مالک در اعلام اراده و رضایت، اعتبار دادن به عقد گذشته است. لذا به تبعیت از اراده مالک، عقد فضولی را در حکم عقد کامل تلقی کرده و در واقع می‌خواهد بگوید اجازه مؤخر در حکم اجازه مقارن عقد است.

۴-۱-۳- بررسی استدلال شیخ انصاری

انسب به قواعد مانند قاعده علیت که باید جمیع اجزا علت بر معلول مقدم باشد و عموماً «ادله تجارت عن تراض و حلیت مال مسلم» ناقلیت اجازه و کشف حکمی است. کشف حقیقی بنا بر این که نقش اجازه مالک شرط باشد در غایت اشکال و محال است. چرا که شرط از اجزا علت تامه است و محال است قبل از تمام شدن علت تامه، معلول که ملکیت است تحقق پیدا کند. پس قبل از آمدن شرط محال است ملکیت حاصل شده باشد و لذا کشف حقیقی بنا بر این نظریه محال است و به موجب همین اشکال است که علامه در قواعد آن را دچار اشکال دانسته و محقق ثانی هم آن را در حاشیه ارشاد نپذیرفته است (همان، ص ۱۸۲).

۴-۲- نظریه نقل

این نظریه یعنی اگر بین زمان اجرای عقد و زمان اجازه کردن مالک فاصله باشد بیع فضولی از همان زمانی که اجازه از مالک صادر شده است دارای اثر شرعی است و تا آن زمان بی اثر بوده است و اثر بیع هم نقل و انتقال عوضین است. یعنی مبیع به ملک مشتری و ثمن به ملک بائع در آید (همان).

به سخنی دیگر این نظریه مقرر می‌دارد که اجازه از زمانی که ملحق می‌شود اثر می‌گذارد و عقد اکراهی و فضولی قبل از ملحق شدن این اجازه هیچ اثر حقوقی ندارد. یعنی این که اگر نظر ناقل بودن اجازه را بپذیریم معامله نسبت به دو ماه قبل هیچ اثری ندارد. پس طبق این نظریه آثار قانونی عقد از زمان صدور اجازه ایجاد می‌شود. طبق این نظریه هرگاه مال مورد معامله در فاصله بین تشکیل عقد و صدور اجازه مالک منافع و نمائاتی داشته باشد، این منافع متعلق به مالک است نه اصیل. دو اصطلاح (کشف) و (نقل)، در هر جا که رضای مالک، عقد فضولی را نفوذ حقوقی می‌بخشد به کار می‌رود. چنان چه در اکراه و در مورد اثر قبول موصی‌له مطرح می‌شود. ولی جای اصلی طرح این دو اصطلاح و اقسام آن‌ها در عقد فضولی است که اجازه مالک به عقدی که فضول و اصیل (خریدار) درباره‌ی مال بسته‌اند تحرک و نفوذ می‌بخشد. در مبنای نظریه‌ی فضولی گفته شد که عقد فضولی قصد فضول را به عنوان عنصر سازنده‌ی عقد دارد ولی برای نفوذ در جهان حقوق بایستی (رضای مالک) به آن ضمیمه شود تا از جمع آن دو (قصد و رضا)، اراده‌ی انتقال و تراضی کامل گردد. بر مبنای این تحلیل، (اجازه) جزء سبب ناقل عقد است. آخرین جزء نیز هست و با تحقق آن انتقال مال به اصیل (خریدار) صورت می‌گیرد و به همین اعتبار، «ناقل» نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۳۴).

برخی نیز چنین تعبیر نموده‌اند که اگر عقد میان فضول و اصیل پیمانی کامل است، رضای مالک شرط نفوذ این مقتضی (عقد)، یا وسیله‌ی استناد آن به مالک، یا اماره وجود رضای تقدیری او هنگام معامله است. ولی در هر حال نقش رضای مالک، اعتبار بخشیدن یا نشان دادن انتقالی است که به وسیله‌ی عقد واقع شده و خود اجازه، سبب آن نمی‌شود به همین مناسبت اجازه را (کاشف) می‌نامند (همان).

النهاییه، برخورد این دو خط فکری، نظریه‌ای میانه در میان متأخران طرح شده است که به موجب آن، انتقال با اجازه واقع می‌شود، ولی این عامل باعث انقلاب مالکیت از زمان عقد می‌گردد یا به حکم قانون‌گذار آثار آن به زمان عقد سرایت می‌کند. برخی این نظریه را چهره‌ای از «نظریه نقل» می‌دانند بدین اعتبار که سبب این تحول و انقلاب، «اجازه» است. برخی

دیگر نیز به اعتبار تأثیر اجازه در گذشته نیز آن را در حکم کاشف دانسته اند. شیخ انصاری در مکاسب در توصیف این نظر می نویسد: «و هذا نقلٌ حقیقی فی حکم الکشف من بعض الجهات» (همان، ص ۱۳۴).

بنابراین قانون گذار به مالک اختیار داده است که معامله‌ی دو بیگانه (فضول و اصیل) را نسبت به مال خود اجازه دهد و آثار آن را بپذیرد. معامله را فضول و اصیل (خریدار) انجام می‌دهند و اجازه در ساختمان تراضی (ایجاب و قبول در عقد فضولی) دخالت ندارد. نقش اجازه، منسوب کردن معامله به مالک، از راه پذیرفتن آثار آن است و این انقلاب حقوقی به وسیله‌ی (اعطای نمایندگی) تحلیل می‌شود و از آن جا که اثر قراردادها نسبی است و به دیگران اثری نمی‌رساند، بنابراین مالک باید فضول را همچون نماینده خویش بپذیرد و برای آنچه کرده است به او صلاحیت ببخشد. لذا با توجه به این که اجازه چهره انشائی دارد یعنی صلاحیت می‌آفریند و برای آن چه واقع شده، به فضول نمایندگی می‌دهد، از این رو اجازه ناقل نیست، ولی چون انتقال منوط به آن است، از نظر اثر خارجی به آن شباهت دارد، کاشف هم نیست و خود در نفوذ انتقال اثر دارد، لیکن چون به عقد سببیت می‌بخشد، در حکم کاشف می‌باشد و در نهایت باید گفت، اراده مالک در چگونگی تأثیر اجازه دخالت دارد، پس اگر او انتقال را از زمان اجازه تنفیذ کند، بدین معنی است که از این زمان به فضول نمایندگی می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صص ۱۲۲-۱۲۸).

۴-۳- ثمره علمی نظریه‌ی «کشف و نقل»

ثمره و فائده‌ی عملی نظریه کشف و نقل، این است اگر اجازه ناقل باشد، اثر عقد از تاریخ صدور اجازه پیدا می‌شود و منافع عوض و معوض متعلق به مالکین آن‌ها می‌باشد و اگر اجازه را کاشف بدانیم، اجازه در عقد مقدم (فضولی) تأثیر می‌گذارد و منافع و نمائات به منتقل‌إلیه تعلق می‌گیرد. قانون مدنی در ماده ۲۵۸ از نظریه کشف تبعیت کرده است و برخی هم نظریه کشف حکمی را از مفاد ماده یاد شده می‌دانند (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۵۷۰).

۴-۴- قانون مدنی ایران و دکترین حقوقی

در قانون مدنی ایران مادتهای ۲۵۷ و ۲۵۸ احکامی را در این ارتباط در خود جای داده است. ماده ۲۵۸ مقرر می‌دارد: «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد موثر خواهد بود». در تفسیر ماده ۲۵۸ بین حقوقدان محل اختلاف است گروهی با استناد بر ماده ۲۵۸ ق.م این ماده را کشف حکمی می‌دانند اما دکتر امامی این ماده را کشف حقیقی می‌دانند. البته مرحوم حائری شهاباغ در جلد اول شرح قانون مدنی، ماده ۲۵۸ را شامل هردو کشف، یعنی هم حقیقی و هم حکمی می‌داند و در آخر به نظر فقها اشاره می‌کنند که کشف حقیقی را برگزیده اند.^۷

گروهی دیگر با استناد به ماده ۲۵۷ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از این که مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند مورد معامله دیگر نیز واقع شود، مالک می‌تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند. در این صورت، هریک را اجازه کرد معاملات بعد از آن و سابق بر آن باطل خواهد بود.» نظر بر حقیقی بودن کشف دارند. از جمله طرفداران این نظریه استاد محترم جناب دکتر درودیان می‌باشند. ایشان بر آنند که این ماده کشف در عین را پذیرفته و ماده ۲۵۸ کشف در منفعت را. لذا از جمع این دو ماده به کاشفیت حقیقی می‌رسیم. ایشان با این استدلال می‌فرمایند: «طبق ماده ۲۵۷ مالک از بین معاملات فضولی متعدد می‌تواند هر معامله‌ای را که خواست تنفیذ نماید. حال اثر اجازه این است که معاملات سابق بر اجازه رد می‌شوند و معامله‌ای را که انگشت بر آن گذاشته تنفیذ شده است.

۷- برای مطالعه بیشتر ر. ک به حائری شهاباغ، سید علی، ۱۳۸۷، شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.

تفنیذ نشانه این است که معاملات بعدی قبول خواهد شد. مثلاً وقتی ۱۰ معامله صورت گرفته است. معامله پنجم را تفنیذ می‌کند. چهار معامله قبلی از بین رفته، ولی پنج معامله دیگر صحیح است. یعنی معامله پنجم از روز انعقاد عقد صحیح بود. لذا اجازه اثر قهقرایی دارد. پس اجازه نسبت به انتقال عین مال اثر قهقرایی دارد و کاشف بودن اجازه در اینجا ثابت است و با توجه به ماده ۲۵۷ ق.م. می‌توان گفت که مقنن ما در قانون مدنی از نظریه کشف حقیقی پیروی کرده است» (دپارتمان حقوق و علوم سیاسی تهران، حقوق تعهدات، ص ۱۵۶ و همچنین جزوه حقوق مدنی ۳، ص ۱۹۶).

دکتر کاتوزیان نظر خلاف نظر دکتر درودیان و دکتر امامی و مرحوم شاهباغ و بیشتر فقها داده اند. ایشان نظریه کشف حکمی را برگزیده‌اند و نظر گروهی از فقها را ذکر کرده و در ضمن آن این نظر را هم (کشف حکمی) قبول کرده‌اند. پیش از اجازه مالک، عقد هیچ اثری ندارد ولی بعد از آن تمام آثار یک عقد درست بر آن بار می‌شود و همین طرز تحلیل را که واسطه‌ای بین نظریه ناقل و کاشف بودن از اجازه است، فقها به اعتبار این که اجازه مالک در عین ناقل بودن در حکم کشف قرار می‌گیرد کشف حکمی نامیده اند. قانونگذار ما نیز از همین نظر پیروی کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۹۲). آن چنان که اشاره شد در بین حقوقدانان بر سر این مطلب اختلافات زیادی وجود دارد به طوری که نظرات بعضی از حقوقدانان از لحاظ نتیجه یکی است ولی از لحاظ استدلال با هم تفاوت می‌کند. همچنین با وجود این که استدلال‌های سایر حقوقدانان در این ارتباط فوق العاده قوی می‌باشد ولی به زعم نگارنده نظر دکتر درودیان از محمل متقنی برخوردار هست و می‌توان به استناد نظر این استاد گران سنگ گفت که در قانون مدنی ایران اجازه کشف حقیقی می‌باشد.

۵- شرایط اجازه مالک

برای آن که اجازه، تأثیر نماید و معامله فضولی را کامل و نافذ گرداند باید دارای شرایطی باشد که ذیلاً به اشارتی خواهد شد.

۱-۵- اعلام اجازه: اجازه باید اعلام شود. چرا که طبق مواد ۲۴۸ و ۲۴۹ ق.م. اجازه باید به‌طور صریح یا ضمنی دلالت بر امضاء عقد بکند. بنابراین سکوت مالک، اجازه محسوب نمی‌شود و برخلاف جمله معروف «سکوت علامت رضاست» در معامله فضولی، سکوت مالک علامت رضا تلقی نمی‌شود چون سکوت اعم از رضاست (صفایی، پیشین، ص ۱۸۰). در مورد نحوه ابراز اجازه این که بوسیله لفظ باشد یا عمل یا به وسیله کنایه و یا رضایت قلبی، شیخ انصاری بر آن است که اگر شبهه اجماع که از عبارت برخ از معاصرین فهمیده می‌شود، نبود، ما قول چهارم را می‌پذیرفتیم، زیرا قولی که وجود لفظ را در اجازه لازم می‌داند، دلیل درستی ندارد (پورگیلانی، پیشین، ص ۱۸۶).

۲-۵- مسبوق به نهی و رد نباشد: مطابق ماده ۲۵۰ ق.م. در صورت نهی، لازم است از دخالت امتناع کند و الا مرتکب خطا شده است. رد هم مانند قبول، لازم نیست فوری باشد و نیز لازم نیست که در زمان حیات مالک به‌عمل آید، بل که بعد از فوت او نیز وراثت می‌تواند معامله را رد کنند (همان، ص ۱۸۲).

۳-۵- به عنوان مالک باشد و باید اجازه به قصد تفنیذ معامله فضولی اعلام گردد: یعنی رضایت قبلی، در حال عقد بلااثر است و مالک باید به عنوان مالکیت، معامله را اجازه نماید و رضایت قبلی در حال عقد بلااثر است و رضای مطلق کافی نخواهد بود. بل که رضایت مؤثر، باید مبتنی بر اساس صحیح باشد (بهرامی، ۱۳۷۹، صص ۲۶-۲۷). به سخنی از مفاد مواد ۲۵۴ و ۲۵۵ ق.م. بر می‌آید که رضای مالک در صورتی مؤثر است که به‌عنوان مالک و به قصد اجازه‌ی معامله فضولی و اعطای نیابت باشد. یعنی هرگاه مانعی که برای نفوذ تصرف مالک در زمان معامله وجود داشته (مانند حق مرتهن بر مورد معامله) از بین برود دیگر نفوذ معامله نیازی به اجازه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۳۶).

۶- «ردّ معامله فضولی» و موارد آن

۶-۱- مفهوم «رد» در قانون مدنی و دکترین

ممکن است مالک معامله فضولی را رد کند. در این صورت عقد برای همیشه از بین می‌رود و هیچ گونه آثار حقوقی نخواهد داشت (امامی، ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۳۰۲). ماده ۲۵۱ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «ردّ معامله فضولی حاصل می‌شود به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر عدم رضای به آن نماید». بدیهی است رد مالک هنگامی عقد را باطل می‌کند که مبنوق به اجازه او نباشد. در صورتی که فضول مال مورد معامله را به اصیل تسلیم کرده باشد و آن مال نزد او موجود باشد، مالک خواهد توانست با رد معامله، به او مراجعه کرده و عین مال خود را استرداد کند. هرگاه مال مورد معامله نزد اصیل تلف شده باشد مالک بدل مال و همچنین کلیه منافع و نماءات مال را از صیل می‌گیرد خواه آن منافع مورد استفاده قرار گرفته باشد یا خیر.

شیخ اعظم انصاری اشاره می‌کند که اجازه آن زمان موثر است که قبلاً آن را رد نکرده باشد چون اجازه بعد از رد موضوعیت ندارد (ابراهیمی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۴).

۶-۲- موارد رد معامله فضولی

۶-۲-۱- موارد یقینی رد

مواردی که یقیناً فسخ محسوب می‌شوند عبارت است از: الف) فسخ قولی ب) اقدامات عملی که زمینه اجازه را از بین می‌برد و تأثیر آن را از هنگام عقد ناممکن می‌سازد مثل اجاره دادن منزلی که بیه بیع فضولی فروخته شده است. ج) اقدامات منافی با صحت عقد نثل این که مالک منزلی را که به بیع فضولی فروخته شده است، به فرد دیگری بفروشد (پور گیلانی، پیشین، ص ۲۱۸).

۶-۲-۲- موارد احتمالی رد

مواردی که ممکن است احتمالاً رد محسوب شوند عبارت از این است که برای مثال: عرضه کردن کالا برای فروش در صورتی که مالک، علم به وقوع بیع فضولی دارد (همان).

نتیجه‌گیری

۱- با توجه به مطالبی که به اختصار در این مقاله آمد می‌توان دریافت که قانونگذار ما این عقد را قبل از تنفیذ یا رد کامل نمی‌داند. چنانچه درانتهای ماده ۲۵۲ ق.م از لفظ "بر هم زدن عقد" توسط اصیل سخن گفته است. در حالی که اگر قانونگذار این عقد را کامل می‌دانست از کلمه فسخ کردن استفاده می‌کرد. ولی با عنایت به این مساله که فسخ مختص عقد کامل است، از این لفظ استفاده نکرده و به جای آن کلمه بر هم زدن را آورده است. با وجود این عقد برای اصیل التزام آور است و باید به آن پای بند باشد. چون ایجاب و قبول عقد فضولی و تراضی درباره مفاد آن پیمان به وسیله اصیل و فضول انجام می‌شود، منتها نفوذ این تراضی صرفاً به لحاظ بر خورد با حقوق مالک، منوط به اجازه او است. پس جای شگفتی نیست هرگاه این تراضی در رابطه بین فضول و اصیل ایجاد التزام کند.

۲- شیخ انصاری عقد فضولی را با اذن متأخر آن در جمیع اقسام آن صحیح می‌داند و ادله خاصه و عمومات مطرح شده مثل «اوفوا بالعقود و تجاره عن تراض و المؤمنون...» و ادله خاصه مثل حدیث «عروه باری» و آن چه در روایات مربوط به باب نکاح و امثال آن در این مقوله آمده فضولی را صحیح می‌کند و ادله دیگری مثل «لا تاكلوا اموالکم» و روایات مرسله‌ای که در این باره آمده است، مثل «لا بیع الا فی ملک» را در این باره رد می‌کند و دلالت دلیل‌های اخیر را ناتمام می‌داند.

۳- شیخ انصاری در صورت پذیرفتن معامله فضولی، فرقی بین آن که مال عین خارجی باشد یا دین و طلب فرقی قائل نیست و بر آن است که می تواند موضوع عقد فضولی قرار گیرد و همچنین ایشان با استناد به عموم آیه «و احل الله بیع» فرقی بین این که عقد بیع با صیغه باشد یا بیع معاطاتی قائل نیست. البته در بیع معاطاتی برخی قائل به ملکیت بودند از جمله خود شیخ اعظم انصاری.

۴- در مورد «رد» نیز به طور خلاصه می توان بر آن بود که اقدامات و انجام تصرفات منافی در بیع فضولی موجب رد و بطلان عقد است و لکن همین اقدامات در عقود جایز، فقط اگر همراه با انشای فسخ باشد موجب انحلال عقد است. همچنین باز پس گیری مبیع از طرف مالک اگر با قرائن رد همراه باشد رد عملی محسوب خواهد شد.

۵- در هر صورت بیع یا عقد فضولی از نظر شیخ چه بنا بر نقل و چه بر کشف صحیح است. خلاصه بحث معامله فضولی جای «قلت و ان قلت» زیادی دارد ولی نگارنده به این حد بسنده می کند. زیرا بررسی بیش از این در این مجال را ضروری نمی بینم.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ۱. ابن رشد حفید، محمد بن أحمد القرطبی، ۱۴۲۵، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، قاهره، انتشارات دار الحدیث.
- ۲. ابن جزی الکلبی، محمد بن أحمد، القوانين الفقهیه، بی جا، بی تا.
- ۳. ابراهیمی، محمد حسین، ۱۳۷۷، تحریری بر مکاسب شیخ انصاری، قم، انتشارات عالمه.
- ۴. القرافی، شهاب‌الدین أحمد بن‌ادریس، أنوار البروق فی أنواع الفروق، بیروت، انتشارات عالم الکتب، بی تا
- ۵. الصاوی، أحمد بن محمد، بلغه السالک لأقرب المسالک (حاشیه الصاوی علی الشرح الصغیر)، قاهره، انتشارات دارالمعارف، بی تا.
- ۶. الصعیدی، علی بن‌أحمد، ۱۴۱۴، حاشیه العدوی علی شرح کفایه الطالب الربانی، بیروت، انتشارات دارالفکر.
- ۷. امامی، حسن، حقوق مدنی، ۱۳۴۰، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسامی.
- ۸. امامی، حسن، حقوق مدنی، ۱۳۳۵، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۹. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ۱۰. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۱۴۱ هـ ۱۹۹۰ م، المکاسب، بیروت، مؤسسه النور المطبوعات.
- ۱۱. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۲۷۵، مکاسب، تبریز، چاپ سنگی.
- ۱۲. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد سوم، چاپ دوم، قم، انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، بی تا.
- ۱۳. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، ۱۳۸۴، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات محراب فکر.
- ۱۴. بهرامی، بهرام، ۱۳۷۹، معاملات فضولی وانتقال مال غیر، تهران، انتشارات پیام عدالت.
- ۱۵. پایانی، احمد، ۱۳۹۲، ترجمه و شرح مکاسب، قم، انتشارات دارالعلم.
- ۱۶. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هفتم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۷. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۵، فلسفه حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۹. حکیم، سید محسن، ۱۳۷۱ ق، نهج الفقاهه شرح بر مکاسب شیخ، جلد اول، نجف، چاپ سربی.
- ۲۰. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم، انتشارات مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
- ۲۱. خوانساری، شیخ موسی، شرح بر مکاسب تقریرات میرزا حسین نائینی منیة الطالب، جلد اول، تهران، چاپ سنگی.
- ۲۲. ره پیک، حسن، ۱۳۸۷، حقوق مدنی قراردادها، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی.
- ۲۳. ره پیک، سیامک، ۱۳۷۷، نقد نظریه نمایندگی در معامله به مال غیر در حقوق مدنی ایران، مجله دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۹، صص ۱۱۹ تا ۱۳۰.
- ۲۴. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.

۲۵. سنه‌وری، عبد الرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، جلد اول، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
۲۶. سنه‌وری، عبد الرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، جلد چهارم، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
۲۷. صفایی، سید حسین، ۱۳۸۴، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان.
۲۸. صفایی، سید حسین، ۱۳۸۴، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
۲۹. طباطبایی، سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، جلد اول، چاپ سنگی. بی تا.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۲، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۹، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، انتشارات بهنشر و شرکت انتشار و شرکت بهمن برنا.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱، اعمال حقوقی قرارداد ایقاع، چاپ پنجم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، عقود معین، جلد اول، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۷. فاضل هرنندی، محی الدین، ۱۳۸۵، ترجمه و شرح مکاسب، قم، انتشارات بوستان کتاب.
۳۸. فخار طوسی، جواد، ۱۳۸۷، در محضر شیخ انصاری، جلد هفدهم، قم، انتشارات دارالمحکمه.
۳۹. قلی پور گیلانی، مسلم، ۱۳۹۱، تلخیص کتاب البیعه، چاپ اول، قم، انتشارات قدس.
۴۰. عمید، حسن، ۱۳۸۱، فرهنگ فارسی عمید، تهران، چاپ بیست و دوم، انتشارات سپهر.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۹۱، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، انتشارات سمت.
۴۲. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۵، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد هشتم، چاپ ششم، بی جا، انتشارات دارالکتاب اسلامی.
۴۳. نوین، پرویز، ۱۳۸۴، انعقاد و انحلال قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات تدریس.
44. Ripert et Boulanger, traite de droit civil... Paris, T.II, 1957.