

# بررسی جریان احکام فضولی در عقود عهدی از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان\*

- حامد خویاری<sup>۱</sup>
- سیدمحمدصادق طباطبایی<sup>۲</sup>
- علیرضا آرش‌پور<sup>۳</sup>

## چکیده

اغلب حقوق دانان، معاملات فضولی در نظام حقوقی ایران را از جمله قواعد عمومی قراردادها دانسته و آن را به عقود اذنی و عهدی گسترش داده‌اند. این تعمیم، موجب ایجاد احکامی شده که بعضاً مغایر نظم عمومی است؛ برای مثال، اصیل را پایبند به عقدی می‌کند که متعهد آن برای او ناشناخته است. از سوی دیگر، قول به کشف در عقود عهدی‌ای که صرفاً موجب حکم تکلیفی‌اند، ممکن نیست. در حقوق انگلستان، معامله مال غیر برای فضول یا مالک ممکن است به صورت عهدی ایجاد شود که در صورت اول، امری استثنایی و در صورت دوم مطابق قاعده است. پیچیدگی‌های فقه امامیه در تفکیک احکام

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (h.khubyari@gmail.com).

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول) (tabatabaei@ase.ui.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (a.arashpour@ase.ui.ac.ir).

تکلیفی از وضعی و همین طور نظام‌مندتر بودن دستگاه استدلالی فقه نسبت به حقوق انگلستان. باعث محدودتر شدن دایره امکان انعقاد عقود عهدی به صورت فضولی در حقوق ایران شده است.

در این نوشتار با بررسی تطبیقی احکام عقود عهدی و آثار عقود فضولی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان به این نتیجه می‌رسیم که انعقاد عقد عهدی به صورت فضولی در حقوق ایران، قاعده‌ای عام در قراردادها نیست و تنها در صورتی امکان‌پذیر است که مورد معامله یا موضوع تعهد، مال متعلق به دیگری باشد و چنانچه فعل متعهد بوده، زمانی ممکن است که واجد آثار مالی باشد.

**واژگان کلیدی:** عقد عهدی فضولی، حکم تکلیفی و وضعی، تعهد به فعل ثالث، اصل لزوم.

### مقدمه

در حقوق ایران، اثر عقد ممکن است ایجاد تملیک، تعهد، نیابت و امور اعتباری دیگری از این قبیل باشد. بنابراین اثر عقد را نباید آن گونه که برخی پنداشته‌اند، به ایجاد تعهد محدود کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۶). این تلقی اشتباه از اثر عقد، ناشی از تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد می‌باشد. منتقدان معتقدند که این ماده، ترجمه ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه است که عقد را «عبارت از تراضی دو طرف مبنی بر تعهد انتقال مالکیت و یا تعهد انجام عمل یا تعهد ترک عمل معین» می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶/۱). علی‌رغم نظر فوق، می‌توان گفت که تأثیرپذیری قانون مدنی ایران در نحوه نگارش ماده فوق از حقوق فرانسه، بدون توجه به ریشه‌های فقهی این بحث نبوده است. در فقه امامیه، استعمال واژه عهد در معنای سببی عقد بی سابقه نیست و بسیاری، عبارت «کُلّ عقد عهد» را امری مسلم دانسته (مجاهد طباطبایی حائری، ۱۲۹۶: ۵۴۴) و عقد را «رابط أحد الالتزامین بالآخر» معنا کرده‌اند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۸۴/۱). بنابراین قانون مدنی ایران، بر خلاف قانون مدنی فرانسه، عقد را در کاربرد سببی آن تعریف کرده است (الشریف، ۱۳۹۳: ۴۴) و نباید اثر عقد را به ایجاد تعهد محدود کرد. امروزه تقسیم‌بندی رایج در بین حقوق‌دانان ایران، تقسیم عقود به تملیکی، اذنی و عهدی است (شهبازی، ۱۳۹۳: ۶۳). در مقاله حاضر نیز آنچه مدنظر بوده، عقود عهدی در عرض عقود

تملیکی و اذنی است.

مشهور فقها و اغلب حقوق دانان، معاملات فضولی را از جمله قواعد عمومی قراردادها می‌دانند و احکام آن را علاوه بر عقود تملیکی، به عقود عهدی و اذنی تسری می‌دهند. منشأ ایجاد عقد فضولی در معاملات، به روایت مشهور عروه بارقی برمی‌گردد. فقها در توجیه حکم عدم نفوذ این نوع معاملات، دلایل و تقسیم‌بندی‌های بسیاری آورده‌اند. هرچند برخی از فقهای متقدم امامیه در بعضی آثار خویش، معامله فضولی را باطل دانسته‌اند (طوسی، بی‌تا: ۱۶۸/۳)، اما آنچه امروز در بین فقها مشهور و در قانون مدنی پذیرفته شده، عدم نفوذ معاملات شخص فاقد سمت است. از سوی دیگر و علی‌رغم آنکه حقوق دانان، به خلاف اصل نسبی بودن معامله فضولی اذعان دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۷/۲؛ شهیدی، ۱۳۹۲: ۲۱۰)، بعضی از مبانی ارائه‌شده توسط فقها و حقوق دانان جهت حکم معامله فضولی موجب شده است که احکام این معاملات، قابل تعمیم به انواع عقود باشد و ذیل قواعد عمومی قراردادها قرار گیرد. بی‌شک تعمیم ناروای این احکام، منجر به اختلال در نظم تجاری و سوءاستفاده احتمالی فرصت‌طلبان خواهد شد. نکته جالب توجه آن است که بسیاری از حقوق دانان که به تفاوت عقود عهدی توجه داشته‌اند، فضولی در عقود عهدی را به طور جداگانه بررسی کرده و با مقدمه عمومی بودن قواعد احکام فضولی، جریان این احکام در عقود عهدی را بدیهی دانسته‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۰۹؛ ناصری مقدم، ۱۳۹۱: ۱۷۱). از بین آثار حقوقی، تنها مقاله‌ای مختصر با عنوان «اجازه وارث معامله فضولی در قانون مدنی ایران» (ره‌پیک، ۱۳۷۶) در امکان انعقاد عقود عهدی به نحو فضولی تشکیک کرده است. در بین فقها اما علامه نائینی در کتاب *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب* در رد امکان عقود اذنی فضولی، استدلالات مبسوطی آورده است که برخی از این احتجاجات در مقاله حاضر نیز کارآمد خواهد بود.

نگاه تطبیقی به عقد فضولی در حقوق انگلستان، ما را به این نتیجه می‌رساند که اعمال مناسب احکام فضولی، نه تنها مغایر نظم تجاری نبوده، بلکه اقتضای نظم عمومی و روابط روز تجاری است. افزون بر اینکه مقایسه و تطبیق مبنای این نوع معاملات در حقوق ایران و انگلیس نشان می‌دهد که بازه معاملات فضولی در حقوق

ایران محدودتر و قاعده‌مندتر است.

در ادامه و در راستای تحلیل مطالب فوق ابتدا به تعریف، بررسی مبانی و آثار معامله فضولی پرداخته و سپس ماهیت و آثار عقود عهدی را مورد مطالعه قرار خواهیم داد. در نهایت و با توجه به مقدمات مذکور، امکان جریان احکام فضولی در عقود عهدی را بررسی خواهیم کرد.

### ۱. معامله فضولی، مبانی و آثار آن

عقد فضولی عقدی است که غیر مالک، آن را بدون اذن از طرف کسی که به اذن او نیاز است، انجام می‌دهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۹/۲). مشهور فقها و اغلب حقوق‌دانان، عقد فضولی را از آن رو که دارای تمامی شرایط صحت عقد است، صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۲/۲). از طرف دیگر به نظر ایشان، صحت بیع فضولی لزومی نبوده و تأهلی است؛ به همین دلیل علی‌رغم ایجاد اثر، تمامی آثار عقد نافذ بر آن بار نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۹/۲). مطابق با مواد قانون مدنی، عقد فضولی ممکن است برای خود فضولی (مستنبط از مواد ۱۹۷ و ۳۰۴) یا برای ذی‌حق (ماده ۶۷۴) منعقد گردد. علی‌رغم تفاوت در قصد فضولی، حکم معامله در هر دو صورت عدم نفوذ است.

در حقوق انگلستان، قاعده<sup>۱</sup> آن است که هیچ کس نمی‌تواند رابطه‌ای برتر از آنچه خود با مال دارد، به دیگری منتقل نماید (فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن باشد). ماده ۲۱ قانون فروش کالا (۱۹۷۹) در این باره مقرر می‌دارد:

«مطابق با این قانون، چنانچه کالاها توسط شخصی جز مالک آن‌ها که صلاحیت قانونی یا رضایت از طرف مالک نداشته باشد، فروخته شود، خریدار رابطه‌ای بهتر از آنچه فروشنده داشته، به دست نخواهد آورد».

روابط تجاری و نیازهای معاملات در دنیای جدید موجب شد که در سال ۱۸۲۳، قانون عاملین، استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" را پایه‌گذاری کند

1. Nemo dat quod non habet.

(Holdsworth, 1903: 383). این استثنائات در مواد ۲۳ تا ۲۵ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، تکمیل و احصا گردید. بنابراین در حقوق انگلستان بر خلاف حقوق ایران، معامله مال غیر، قاعده عمومی در قراردادها تلقی نمی‌شود. علاوه بر استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat"، در حقوق انگلستان معامله به مال غیر، ممکن است در اثر عمل خارج از حدود اذن وکیل یا شخصی انجام شود که تظاهر به نمایندگی از سوی صاحب کالا می‌کند (Dalley, 2011: 526). بر خلاف حکم استثنائات فوق‌الذکر که صحت معاملات است، معاملات اخیر قابل تنفیذ توسط مالک می‌باشد. مقررات مربوط به این دست از معاملات، از قاعده لاتینی استخراج شده که مقرر می‌دارد:

«رضایت به عمل انجام‌شده، عطف به ماسبق شده و عمل را در حکم عمل اجازه‌دهنده قرار می‌دهد»<sup>۱</sup>.

نکته قابل توجه آنکه رویه قضایی انگلستان<sup>۲</sup> و اغلب حقوق‌دانان این کشور (Furmston, 2017: 600)، نمایندگی ناشی از تنفیذ را تنها در صورتی ممکن می‌دانند که فضول به قصد خود جهت انعقاد معامله برای دیگری اذعان نموده باشد. همان طور که پیداست، استثنائات قاعده "Nemo dat" در مورد معامله فضول برای خود و نمایندگی ناشی از تنفیذ، در مورد معامله فضول برای مالک مقرر شده است. بنابراین بر خلاف فقه امامیه و حقوق ایران که حکم معاملات فضولی را عدم نفوذ می‌دانند، در حقوق انگلستان، معامله فضول برای خود در حدود استثنائات، صحیح و برای غیر، قابل تنفیذ است. در ادامه به اختصار، مبانی و آثار معامله فضولی را در هر دو نظام حقوقی بررسی خواهیم کرد.

### ۱-۱. مبانی معامله فضولی

فقه‌های امامیه تلاش کرده‌اند تا حکم معامله شخص فاقد سمت را با توجه به مبانی تشکیل و تأثیر عقود توجیه نمایند. اغلب فقها، علت حکم عدم نفوذ (صحت تأهلی) عقود فضولی را فقدان رضایت مالک دانسته‌اند (به نقل از: محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹:

1. Omnis Rati habitio Retrotrahitur Et Mandato Priori Aequiparatur.

2. Keighley Maxted & Co. v. Durant [1901] AC 240.

۳۲۹/۲) که مورد قبول بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفته است (امامی، ۱۳۶۸: ۳۵۶/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۱ الف: ۴۳). عده‌ای از طرفداران نظریه فقدان رضا، اعلام رضایت مالک را به اذن وی تشبیه می‌کنند که کاشف از وجود رضایت در زمان انعقاد عقد است (رشتی، ۱۳۱۰: ۱۸۴). اجازه یا رد در نظر ایشان، کیف نفسانی بوده و عمل حقوقی تلقی نمی‌شود؛ به همین دلیل می‌توان بعد از رد نیز معامله را قبول نمود (همان). قسمت نخست استنتاج ایشان، مورد قبول ماده ۲۴۷ قانون مدنی قرار نگرفته و با قسمت اخیر آن در ماده ۲۵۰ مخالفت شده است. اغلب طرفداران این نظریه اما رضای مالک را شرط متأخر نفوذ عقد می‌دانند (حکیم، ۱۳۷۵: ۲۹۷؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۱۶۵). مطابق با این نظر، اجازه بر عقد تعلق پیدا می‌کند و به معنای رضایت بر مضمون عقدی است که پیش از اجازه تحقق یافته و تنها کمبود آن رضایت است که آن نیز با اجازه تکمیل می‌شود (باقری اصل، ۱۳۹۳: ۱۲۵). مفاد مواد مربوط به معامله فضولی، نشان از عدم پذیرش این نظر توسط قانون‌گذار مدنی دارد؛ برای مثال، ماده ۲۴۷ قانون مدنی، رضایت باطنی مالک را جهت تنفیذ عقد کافی ندانسته است؛ حال آنکه مطابق با این نظر، چنانچه رضایت باطنی مالک در زمان عقد احراز شود، باید معامله را نافذ پنداشت. افزون بر اینکه مطابق با این نظر، چنانچه شخصی مالی را به عنوان فضولی معامله نماید و بعد معلوم شود که آن مال، ملک معامله‌کننده یا ملک کسی بوده است که معامله‌کننده می‌توانسته از قبیل او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید، عقد نافذ است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۵۴۳/۱)؛ زیرا معامله‌کننده، مالک است و رضایت مالک حین عقد موجود است. این نتیجه نیز مغایر منطوق ماده ۲۵۵ قانون مدنی است. در نهایت مطابق با نظریه «فقدان رضا»، وجود رضایت جهت استناد آثار عقد به مالک کافی خواهد بود. تالی فاسد این نظریه را می‌توان در مقررات مربوط به وکالت مشاهده کرد. چنانچه رضایت لاحق را در استناد آثار عقد به مالک کافی بدانیم، باید برای رضایت سابق نیز قائل به این قدرت باشیم. می‌دانیم اعطای نیابت به وکیل، آثار عمل حقوقی وی را منتسب به موکل خواهد کرد؛ از سوی دیگر می‌دانیم اعطای نیابت، امری انشایی و نیازمند قصد انشاء است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۸۷). این گزاره که در باب وکالت قانون مدنی نیز پذیرفته شده است، با کافی دانستن رضایت، جهت استناد آثار عقد به مالک در تعارض است.

طرفداران نظریه فقدان رضا، اغلب حالت عقد فضولی را با عقد اکراهی مقایسه می‌کنند (حسینی روحانی، ۱۴۱۸: ۴/۴۰). همین امر باعث می‌شود که معامله فضولی علی‌رغم منشأ خاص خود، همچون معامله اکراهی، وضعیتی مطابق با قواعد عمومی قراردادها تلقی شود و در تمامی انواع عقود جریان یابد. مخالفان این نظریه، عقد فضولی را عقدی کامل می‌دانند که بالقوه قابل استناد به مالک است و تنها نقص آن عدم انتساب می‌باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۲۱۰). مطابق با این نظر، آنچه مهم است، قابلیت استناد اثر عقد به مالک و امکان رد یا تنفیذ از طرف وی است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۲۶). بنابراین منتقدان نظریه فقدان رضا، علت عدم نفوذ عقد اکراهی و فضولی را یکسان ندانسته و هرچند در عقد اکراهی فقدان رضا را جهت حکم به عدم نفوذ می‌پذیرند، اما در مورد عقد فضولی معتقدند که علاوه بر رضای مالک، استناد عقد به مالک نیز وجود ندارد (همان). نکته کلیدی در نظریه استناد به مالک، قابلیت استناد است؛ به این معنا که متعلق عقد، قابلیت استناد به مالک را داشته باشد. این امر ممکن است به دلیل مالکیت شخص بر موضوع معامله حاصل شده باشد یا آنکه قصد هر دو طرف، انشای معامله برای غیر باشد. مضمون ماده ۱۹۷ قانون مدنی مؤید این ادعاست. ماده ۱۹۷ که در تکمیل ماده ۱۹۶ آورده شده، نشان از این دارد که اگر موضوع معامله، عین متعلق به غیر باشد، احتساب عقد برای مالک، نیازی به اثبات قصد معامله‌کننده مبنی بر معامله برای دیگری ندارد. با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت: ۱- در مواردی که فضول به عین متعلق به غیر معامله می‌کند، استناد اثر عقد به غیر، منطقی است (همان). خواهیم دید که این گزاره در معامله به عین معین متعلق به غیر، در حقوق انگلستان نیز صادق است. ۲- اما چنانچه در عقد فضولی، فضول نامی از غیر نبرده و صرفاً تعهد یا اذن ثالث را موضوع معامله قرار دهد، عقد قابلیت استناد به غیر را نداشته و اثر عقد در قالب تعهد به فعل ثالث، به فضول مستند خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۲/۱۰۸). ۳- علی‌رغم آنچه گفته شد، اگر فضول قصد نمایندگی خود را افشا کند یا وکیلی، خارج از حدود اذن اقدام به معامله نماید، قابلیت استناد اثر عقد به غیر، متعلق قصد اصیل و فضول قرار گرفته و از این رو حقی برای غیر در تنفیذ معامله ایجاد می‌شود. ۴- در غیر این صورت، اگر وکیل واقعاً قصد معامله برای غیر را داشته باشد، ولی آن را پنهان کند، جز در

مواردی که موضوع معامله، عین متعلق به غیر است، قرارداد به دلیل عدم مطابقت ایجاب و قبول، باطل و غیر قابل استناد به مالک خواهد بود (قنواوی، ۱۳۸۳: ۲۳۷). در قانون مدنی نیز موادی که جهالت اصیل را نسبت به فضولی بودن معامله می‌پذیرند، به مواردی اختصاص دارند که موضوع معامله، مال متعلق به غیر باشد؛ از جمله در ایفاء ناروا (ماده ۳۰۴) و غصب (ماده ۳۲۵)، که شرط تصرف، ظهور در عین معین بودن مال مورد معامله دارد و ماده ۲۶۳ قانون مدنی که ذیل معامله مال غیر مطرح شده است. از بررسی نظریه فقدان رضا و استناد به مالک مشخص می‌شود که قائلان به نظر نخست، با ترمیم ساختار عقد، سعی در تکمیل آن دارند و نتیجتاً احکام فضولی را در تمامی انواع عقد مجری می‌دانند؛ اما موافقان نظریه دوم، تنها انعقاد عقود را به صورت فضولی ممکن می‌دانند که قابلیت استناد به مالک را داشته باشند. نکته جالب توجه که در ادامه به آن می‌پردازیم، شباهت زیاد موارد چهارگانه فوق به قواعد انتقال مال غیر در حقوق انگلستان است.

برخی از حقوق دانان ایرانی جهت توجیه حکم معاملات فضولی، نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ را به کار برده، معتقدند مالک صلاحیت لازم را به فضول اعطا می‌کند تا بتواند از طرف مالک اقدام کند و مالک قائم مقام او به شمار آید. بنابراین اگر بتوان رضای مالک را در گذشته معتبر دانست، می‌توان این شأن را برای اعطای صلاحیت برای گذشته نیز در نظر گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۳/۲). این نظریه توسط حقوق دانان بسیاری مورد انتقاد قرار گرفته است و به نظر می‌رسد با هیچ یک از مبانی حقوقی ایران سازگار نیست، به ویژه آنکه نمی‌تواند توجیه کننده معاملات فضول برای خود باشد (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۸؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا: ۴۸/۴). بر خلاف حقوق ایران و فقه امامیه، در حقوق انگلستان، نمایندگی از طریق تنفیذ<sup>۱</sup> و اجازه عمل فضولی، یکی از موارد شناخته شده نمایندگی است. در این حالت در اثر تنفیذ متعاقب مالک، عقد فضول به وی منتسب می‌شود.<sup>۲</sup> بنابراین اگر کسی خانه همسایه الف را به نیابت از الف تصرف نماید؛ تصرف وی توسط الف قابل تنفیذ است (Phillimore, 1856: 110). نکته

1. Agency resulting from ratification.

2. Omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur.



جالب توجه آنکه در حقوق انگلستان نیز این نظریه مبنای معاملاتی است که شخص فضول برای مالک منعقد می‌سازد و نه برای خود. از این رو اغلب حقوق دانان انگلیسی معتقدند چنانچه فضول قصد خود مبنی بر معامله برای غیر را پنهان کند، معامله قابل تنفیذ توسط مالک نخواهد بود.<sup>۱</sup> این همان امکان و قابلیت استناد اثر عقد به ذی حق است که در حقوق ایران نیز مورد بررسی قرار گرفت.

بر خلاف تمامی نظرات فوق، برخی از حقوق دانان معتقدند که عقد فضولی به دلیل عدم امکان صدور قصد انشاء صحیح از شخص فاقد سمت، باطل است؛ اما قانون‌گذار نظر به بعضی مصالح موجود، عقد را در حکم صحیح (غیر نافذ) تلقی می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۰۳/۱). در این نظریه که «اداره قرارداد» نامیده می‌شود، اراده قانون‌گذار در نقش مصحح عقد قرار می‌گیرد (بیرعطایی، ۱۳۸۸: ۱۹). از منظر تحلیلی، این ایده را می‌توان چنین نقد کرد که اگر هیچ اثر حقوقی، زائیده اراده طرفین قرارداد نبوده است، قانون‌گذار چگونه می‌تواند این امر معدوم را صحیح در نظر بگیرد؟ غیر نافذ دانستن عمل حقوقی باطلی که سابقاً رخ داده است، اعتبار کردن امر معدوم به موجود است که البته در صلاحیت قانون‌گذار نیست. بر خلاف آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد این نظریه بتواند استثنائات قاعده «Nemo dat» در حقوق انگلستان را توجیه کند؛ چرا که از نظر حقوق دانان انگلیسی، استثنائات قاعده مذکور اساساً باطل اند و نفوذ خود را وامدار اراده قانون‌گذارند (Rhys Thomas, 2011: 153). نکته جالب توجه آنکه در حقوق انگلستان، نه در مورد استثنائات فوق‌الذکر و نه در مورد نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ، به هیچ یک از ایرادات منطقی که فقهای امامیه مطرح کرده‌اند، اشاره نشده است؛ برای مثال، می‌دانیم که امر انشایی، یا موجود است یا معدوم، و نمی‌تواند مانند رضا، قبل یا بعد از قصد وجود بیابد؛ چرا که خود از اسباب ایجاد بوده و به همین استدلال، فقها و حقوق دانان تعلیق در انشاء را محال دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۸۰). این استدلال منطقی اما در نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ، حتی مورد بحث قرار نگرفته و همین طور است اعتبار امر معدوم به موجود در استثنائات

1. Durant & Co. v. Roberts & Keighle, Maxsted & Co., [1900] 1 Q.B. 629 at 630 (C.A.).

قاعده "Nemo dat".

از بررسی و نقد نظریات فوق می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق ایران بر خلاف آنچه اغلب حقوق‌دانان پنداشته‌اند، نظریه استناد به مالک پذیرفته شده است. به این ترتیب، جهت امکان‌سنجی انعقاد عقد به صورت فضولی باید به قابلیت استناد عقد توجه کرد. این قابلیت در عقود تملیکی به دلیل آنکه معمولاً مورد معامله مال است و نه فعل (برگرفته از ماده ۲۱۴ قانون مدنی) وجود داشته و فهم رابطه مالک با عقد ساده‌تر است. در ادامه پس از بررسی آثار معامله فضولی و ماهیت عقود عهدی، خواهیم دید که آیا این قابلیت در عقودی که موضوع آن‌ها فعل دیگری است نیز جاری می‌شود؟

## ۲-۱. آثار معامله فضولی

بررسی آثار فقها و حقوق‌دانان انگلیسی نشان می‌دهد که آثار معاملات فضولی در حقوق ایران و انگلستان شباهت بسیاری به یکدیگر دارند. عمده این آثار را می‌توان در دو مورد خلاصه نمود:

**الف) جواز رد یا تنفیذ:** از مواد مربوط به معامله فضولی پیداست که مهم‌ترین اثر آن، جواز رد یا تنفیذ معامله برای ذی‌نفع است. پرسش اصلی آن است که چه چیزی موجب ایجاد این حق است؟ برخی فقها، جواز تنفیذ را صراحتاً از آثار مالکیت بر مال مورد معامله دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۷/۳). از همین رو علی‌رغم آنکه مشهور جواز رد یا تنفیذ را حکم می‌دانند، حکم به قابلیت توارث آن داده‌اند. ایشان جواز مذکور را از آثار ملک دانسته‌اند و نه مالکیت (غروی اصفهانی، ۱۴۲۷: ۱۸۷/۲). به این ترتیب، توارث جواز مانند توارث حق نبوده و جنبه تبعی و فرعی دارد (رهیبک، ۱۳۷۶: ۷۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۱). در حقوق انگلستان، عقد فضول عقد کاملی تلقی می‌شود که با رضایت ثالث و قصد انشاء وی منعقد شده است. البته ممکن است فضول بر خلاف واقعیت، خود را نماینده شخصی معرفی کند که در این صورت نیز عقد کاملی بین ثالث و فضول منعقد شده و فضول در هر صورت برای اجرای تعهدات ناشی از عقد، در برابر ثالث مسئول است (Dalley, 2011: 506). بنابراین قصد انشای عقد برای مالک، بین ثالث و فضول بالقوه قابلیت استناد را ایجاد کرده و این قابلیت استناد، حق تنفیذ را برای مالک

به وجود آورده است.

ب) پایبندی اصیل: نظر مشهور در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان، آن است که پس از انعقاد عقد فضولی، اصیل به عنوان طرف عقد، پایبند به آن خواهد بود. مالک اما به دلیل اینکه در قرارداد نقشی نداشته است، پیش از تنفیذ، تعهدی در برابر اصیل ندارد. در حقوق ایران، حکم پایبندی اصیل به قرارداد فضولی را می‌توان از ماده ۲۵۲ قانون مدنی برداشت کرد. به نظر می‌رسد که پایبندی اصیل، ناشی از قصد انشاء او در انعقاد قرارداد است (Huffcut, 1895: 37)؛ چرا که مباشرت مالک در انعقاد عقد شرط نبوده و بنابراین معامله فضولی می‌تواند از مصادیق عقد شمرده شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۲/۲۷۶). کبرای قیاس، آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بوده و نتیجه این استدلال، وجوب وفای طرفین به عقد فضولی است. از آن رو که مالک، طرف عقد نیست، مشمول حکم وفای به عقد قرار نمی‌گیرد. از طرف دیگر، پایبندی فضولی که عین متعلق به غیر را معامله کرده یا قصد نمایندگی خود را آشکار نموده، عقلاً منتفی است. این نتیجه منطقی، مورد تأیید برخی از فقها (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۲۴۷) و حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲/۱۴۲) قرار گرفته است.

## ۲. عقود عهدی و آثار آن

برخی حقوق دانان معتقدند:

«اگر موضوع عقد و مفاد آن، ایجاد یا انتقال تعهد باشد، عقد عهدی خواهد بود» (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲: ۱/۱۶۴).

ایشان برای انتقال تعهد، عقد ضمان را مثال زده‌اند؛ در حالی که ضمان عقدی، انتقال ما فی الذمه بوده و انتقال تعهد محسوب نمی‌شود. انتقال تعهد، در ضمان عهده نیز مصداق نداشته و می‌تواند ذیل عنوان ایجاد تعهد قرار گیرد. برخی سقوط تعهد را به موضوع عقود عهدی اضافه کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۷۵) که با توجه به تقسیم‌بندی فوق‌الذکر و ایجابی بودن مفهوم تعهد، صحیح به نظر نمی‌رسد. بنابراین موضوع و مفاد عقود عهدی را باید ایجاد تعهد دانست.

پس از تبیین موضوع عقود عهدی، نوبت شناسایی موضوع تعهد در فقه امامیه و

حقوق ایران خواهد بود. حقوق دانان معتقدند که تعهد، واجد دو چهره مالی و شخصی است. ایشان موضوع تعهد را شامل تعهد به تملیک، به انجام دادن یا خودداری از کاری می‌دانند که مورد نخست، چهره مالی تعهد و دو صورت اخیر، جلوه شخصی تعهد است (همو، ۱۳۹۱ ج: ۴۷). از این منظر، موضوع تعهد ممکن است مال یا فعل دیگری باشد. در مقابل، اغلب فقها موضوع تعهد را فعل متعهد دانسته و اشتراط را موجب حق مالی نمی‌دانند (موسوی خویی، ۱۳۶۴: ۱۴۱/۲). مطابق این نظر، موضوع فعل متعهد می‌تواند تملیک، انجام یا خودداری باشد. بنابراین بین موضوع تعهد و موضوع فعل متعهد، اختلاف مرتبه وجود دارد. با بررسی دقیق‌تر می‌توان گفت که عقد عهدی موجب تعهد بوده و موضوع تعهد، فعل متعهد است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳: ۱۰۴). موضوع فعل متعهد، اعم از اعمال حقوقی و افعال مادی خواهد بود که هر دو ممکن است به صورت ایجابی یا سلبی، به عهده متعهد جعل شوند. از طرف دیگر، موضوع اعمال حقوقی ممکن است عین خارجی، کلی یا عمل حقوقی متعهد باشد؛ برای مثال، موضوع فعل متعهد ممکن است تملیک یک خانه معین یا تملیک صد کیلو گندم به صورت کلی باشد. همین‌طور می‌توان طرف عقد را به عدم عزل وکیل یا اعطای وکالت در آینده متعهد کرد. صور اخیر همگی از اقسام عمل حقوقی هستند. با پذیرش گزاره‌های فوق می‌توان نتیجه گرفت که عقود عهدی، عهده متعهد را مشغول می‌کنند، نه ذمه او را؛ چرا که عهده، جایگاه تکلیف است و ذمه، جایگاه اموال کلی (صدر، ۱۳۷۹: ۶).

پرسشی که از این نتیجه برمی‌آید آن است که با توجه به جایگاه تعهدات (عهده)، عقود عهدی تنها موجب حکم تکلیفی هستند یا ممکن است سبب ایجاد حکم وضعی نیز قلمداد شوند؟ در ادامه به پاسخ این پرسش خواهیم پرداخت.

در حقوق انگلستان، قرارداد را یکی از منابع ایجاد تعهد، یا به معنای دقیق‌تر، قسمتی از حقوق تعهدات می‌دانند (Samuel, 2013: 14). این نظر چنان در تاریخ حقوق کامن‌لا ریشه داشته که طرح دعوی حقوقی را معادل «او به عهده گرفته است»<sup>۱</sup> نامیده‌اند

1. Assumpsit.

(Davies, 2016: 2). بنابراین تفاوتی بین فروش، تعهد به فروش، اجاره یا وکالت نیست. تمامی این عقود موجب تعهدند؛ هرچند در برخی عقود، تعهد به محض ایجاد، انجام می‌شود و در برخی، تعهدات برای اجرا به زمان نیاز دارند. موضوع تعهدات در حقوق انگلستان ممکن است انتقال رابطه مال معین، انجام دادن یا خودداری از انجام کاری باشد (Stasi, 2016: 73). برای لازم‌الاجرا دانستن قرارداد، جز در موارد استثنایی، تعهدات ناشی از عقد باید دوطرفه باشند. حقوق‌دانان انگلیسی، این تعهدات را «عوض» نامیده و آن را به عنوان رکن قراردادهای لازم‌الاجرا ذیل «نظریه عوض» ساماندهی کرده‌اند (Emanuel, 2010: 91). این رویکرد را می‌توان در ضرب‌المثل مشهور «هیچ عوض، هیچ قرارداد»<sup>۱</sup> مشاهده کرد.

در نوشتار حاضر، منظور از عقد عهده‌ای در حقوق انگلستان، عقدی است که تعهدات ناشی از آن در طول زمان جریان دارد<sup>۲</sup> و از این نظر به عقد عهده‌ای به عنوان قسمی عقد تملیکی و اذنی در حقوق ایران شباهت دارد.

جهت تحلیل جریان احکام فضولی در عقود عهده‌ای، بررسی ویژگی‌های عقود عهده‌ای در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان ضروری است. در ادامه نخست به بررسی وضعی یا تکلیفی بودن تعهدات ناشی از عقود عهده‌ای در فقه امامیه و حقوق ایران و سپس به جریان اصل لزوم در عقد عهده‌ای در دستگاه‌های حقوقی فوق‌الذکر خواهیم پرداخت.

## ۱-۲. وضعی یا تکلیفی بودن تعهدات در عقود عهده‌ای

احکام شرعی به دو گروه تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شوند. احکام تکلیفی، احکامی هستند که به نحو اقتضاء یا تخیر، به افعال اختیاری بندگان تعلق می‌گیرند. در سوی مقابل، احکام وضعی مستقیماً به فعل اشخاص تعلق نگرفته و اقتضای آن‌ها، الزام، منع یا رخصت نیست (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۳۸۴/۴). برای احکام وضعی، مالکیت، زوجیت، اهلیت، سببیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان را مثال زده‌اند (محقق داماد،

1. No consideration, No contract.  
2. Executory Contract.

۱۳۸۸: ۲۸). بنابراین می‌توان گفت که متعلق احکام تکلیفی، فعل اشخاص، و متعلق احکام وضعی، ذوات اشخاص (زوجیت)، یا اشیاء مرتبط با ایشان است (صدر، بی‌تا: ۶۱/۱). در فقه امامیه، مباحث بسیاری راجع به چگونگی جعل احکام وضعی، از جمله استقلال آن‌ها از احکام تکلیفی یا تبعیت آن‌ها از یکدیگر مطرح شده است که بررسی اختلافات، از حوصله این نوشتار خارج است.

دانستیم که موضوع عقود عهدی، فعل متعهد است و بنا بر آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ پایبندی متعهد، موضوع حکم تکلیفی وجوب است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷/۵). از سوی دیگر، فعل متعهد اعم از عمل حقوقی و مادی بوده و گاهی موضوع عمل حقوقی، عین معین متعلق به متعهد است. در این صورت عین معین مذکور، به صورت ثانوی، موضوع حق متعهدله خواهد بود (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۴۸/۱). بنابراین اگر در عقدی، شخصی متعهد به انتقال خانه خود به دیگری شود، حق متعهدله، اولاً به فعل متعهد و ثانیاً به خانه او تعلق گرفته است. روشن است که چنانچه موضوع فعل متعهد، فعل مادی یا عمل حقوقی بدون موضوعیت عین معین باشد، موضوع تعهد اولاً و ثانیاً فعل متعهد است. در صورت نخست، عین معین موضوع حکم وضعی بوده و در صورت اخیر، فعل متعهد موضوع حکم تکلیفی است. از این گزاره می‌توان نتیجه گرفت که در فقه امامیه، عقود عهدی علی‌القاعده موجب حکم تکلیفی هستند؛ مگر در مواردی که موضوع تعهد، عین معین باشد. بنا بر آنچه گفته شد، تعهد به تملیک را نباید با تعهدات ناشی از تملیک یکسان دانست. همان‌طور که بیان شد، در نوع نخست، متعلق تعهد ابتدائاً فعل و متعلق فعل مال است؛ اما در نوع اخیر، ابتدا و مستقیماً حکم وضعی مالکیت ایجاد شده و سپس متعاملین، متعهد به تسلیم عوضین خواهند بود. به این ترتیب، طرفین می‌توانند آنچه را مالک شده‌اند، به دیگری منتقل نمایند؛ اما عمل حقوقی تعهد به تملیک، به خودی خود فاقد ارزش مالی مستقیم است.

مواد قانون مدنی نیز موافق این نتیجه است. برای مثال در مواد ۴۵۴، ۴۶۰، ۷۹۳، ۸۷۱ موضوع تعهد «من علیه الخيار»، راهن یا وراث عین معین است. از همین رو معامله به عین متعلق حق دیگری نافذ شمرده نشده است. در سوی مقابل، مواد ۲۳۹ و ۷۶۹ ناظر به حکم تکلیفی مترتب بر تعهد است. در ماده ۲۳۹ قانون مدنی، ضمانت

اجرای عدم انجام تعهد به ترتیب الزام، تبدیل عامل به خرج متعهد و نهایتاً حق فسخ دانسته شده است. بنابراین بر خلاف اجاره اشخاص که تملیک عمل است، در عقود عهده‌ای، فعل قابل تقویم به پول نبوده و نهایتاً برای متعهدله می‌توان حق فسخ در نظر گرفت. ماده ۷۶۹ نیز با تأکید بر عدم توارث مسئولیت، نظر به حکم تکلیفی تعهد به پرداخت نفقه دارد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۹۱).

## ۲-۲. پابندی طرفین در عقود عهده‌ای

اغلب حقوق‌دانان ایرانی، لازم بودن را از خصوصیات تعهد دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱ج: ۶۶). در لزوم عقود عهده‌ای معاوضی، تردیدی وجود ندارد؛ اما عقود عهده‌ای رایگان را باید زیرمجموعه ماده ۱۸۷ قانون مدنی دانست. مطابق با این ماده، عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم و نسبت به دیگری جایز باشد. ماده ۷۸۷، عقد رهن را به عنوان یک عقد عهده‌ای رایگان، از سوی راهن لازم و از سوی مرتهن جایز دانسته است. مورد دیگر عقد عهده‌ای رایگان، عقد کفالت است که از مضمون بند ۴ ماده ۷۴۶ می‌توان لزوم آن را نسبت به کفیل و جواز آن را نسبت به مکفول‌له برداشت کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰الف: ۲۷). نتیجه فوق را می‌توان به سایر عقود عهده‌ای رایگان تسری داد؛ برای مثال، حبس نوعی عقد عهده‌ای است که برای مالک لازم و از جهت منتفع جایز است (همو، ۱۳۸۸: ۱۹۵). با توجه به آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق ایران، عقود عهده‌ای معاوضی لازم است و عقود عهده‌ای رایگان از سوی ذی‌حق قابل فسخ و از سوی متعهد لازم می‌باشد. بدیهی است که تصور عقد عهده‌ای جایز با توجه به ذات تعهد ممکن نیست.

در حقوق انگلستان معمولاً دو تعهد در برابر هم قرار می‌گیرد<sup>۱</sup> و از این رو عقد برای طرفین لازم خواهد بود. صورت دیگر زمانی است که شخص الف برای خود تعهدی معلق، در صورت دریافت «عوض» از شخص ب ایجاد می‌نماید.<sup>۲</sup> در این صورت، عقد از سوی شخص الف لازم است و نمی‌تواند تعهد معلق خود را فسخ نماید

1. Bilateral Contract.  
2. Unilateral Contract.

(Davies, 2016: 41). انجام عمل توسط طرف قرارداد، قبول محسوب می‌شود و از این رو باید معلول اراده انشایی باشد. بنابراین شخص جاهل به ایجاب، مستحق عوض نخواهد بود.<sup>۱</sup> حالت اخیر، مشابه عقد جعاله در حقوق ایران است؛ با این تفاوت که جعاله در قانون مدنی از سوی طرفین جایز شناخته شده است. بنابراین در حقوق ایران و انگلستان، عقود عهدی‌ای وجود دارند که تنها برای یکی از طرفین تعهد ایجاد کرده و طرف مقابل را ملزم به رعایت مفاد عقد نمی‌کنند. پس از بررسی آثار معاملات فضولی، چرایی بررسی احکام عقود عهدی روشن خواهد شد.

### ۳. جریان احکام فضولی در عقود عهدی

با بررسی احکام معاملات عهدی و آثار معاملات فضولی می‌توان تحلیل دقیق‌تری نسبت به امکان انعقاد معاملات عهدی به صورت فضولی ارائه داد. در حقوق انگلستان، استثنائات قاعده "Nemo dat" شامل عقود عهدی از قبیل رهن می‌شود (ماده ۲۴ قانون فروش کالا). بنابراین ممکن است فضول مال دیگری را متعلق حق ثالث با حسن نیت قرار دهد. نکته قابل توجه در استثنائات قاعده فوق آن است که موضوع معامله فضول برای خود صرفاً می‌تواند عین متعلق به دیگری باشد (Rhys Thomas, 2008: 39). پیش از این دانستیم که مصادیق قانونی معامله فضول برای خود در حقوق ایران نیز محدود به مال متعلق به دیگری است و از این نظر به حقوق انگلستان شباهت دارد. تبعیت حقوق انگلستان از نمایندگی ناشی از تنفیذ، موجب شده است در معاملاتی که توسط فضول برای دیگری انجام می‌شود، محدودیتی وجود نداشته باشد. توضیح آنکه در نظریه مذکور، اراده انشایی عطف به ماسبق شده و فضول، نه حکماً که حقیقتاً نماینده مالک تلقی می‌شود (Rochvarg, 1989: 320). در حقوق ایران و فقه امامیه، مهم‌ترین چالش در تسری احکام فضولی به عقود عهدی، معطوف بودن آثار عقد عهدی به احکام تکلیفی و عدم مطابقت ایجاب با قبول است. در ادامه با بررسی موانع احکام فضولی در عقود عهدی، سعی در ساماندهی عقود عهدی فضولی خواهیم کرد.

1. Clarke v The Crown [1927] WALawRp 12.



### ۳-۱. عدم جریان فضولی در احکام تکلیفی

دانستیم که اثر عقود عهدی، جز در مواردی که موضوع عقد عین معین بوده و متعلق حق غیر قرار می‌گیرد، تنها حکم تکلیفی است. دو چهره تکلیفی و وضعی حکم عقود عهدی، از مواد قانون مدنی قابل استنباط است. هرچند در فقه صراحتاً بین مواردی که متعلق حق متعهدله، عین متعلق به دیگری بوده و آنجا که متعلق، فعل باشد، تفاوتی قائل نشده‌اند، اما با بررسی مثال‌ها می‌توان مورد اول را موجب حکم وضعی و مورد اخیر را موجب حکم تکلیفی صرف دانست؛ برای مثال، اگر متعلق شرط فعل حقوقی منفی، عمل متعهد باشد، تخلف از آن صحیح دانسته شده است. به این ترتیب، اگر زوج ضمن عقد ازدواج، تعهد به عدم ازدواج مجدد بدهد، متعلق حق زوجه فعل زوج بوده و تخلف از این شرط تنها موجب حکم تکلیفی است (وحید خراسانی، بی‌تا: ۳/۳۱۸). همین‌طور است شرط عدم عزل وکیل، ضمن عقد وکالت (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۴/۲۰۶). در طرف مقابل، اگر شخصی تعهد به فروش خانه خود به دیگری نماید یا در برابر دیگری، متعهد به عدم فروش خانه خود شود، به علت ایجاد حکم وضعی و تعلق حق غیر به مال شخص (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵/۳۴۹)، معامله بر مال، غیر نافذ است. در تعهد نخست نیز به دلیل پیدایش این حکم وضعی، چنانچه متعهد فوت کند، متعهدله می‌تواند تملیک عین را از حاکم تقاضا نماید. نفوذ گستره این نظر در بین حقوق دانان تا آن حد بوده است که برخی از ایشان، اثر چنین شرطی را پیدایش حق عینی تبعی در موضوع شرط دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۱ ب: ۳۱).

عقد عهدی‌ای که موضوع تعهد در آن، فعل حقوقی یا مادی باشد، موجب حکم تکلیفی است و از آن رو که جریان کشف در حکم تکلیفی عقلاً ممتنع است (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲/۲۸)، می‌توان گفت که در این دسته از عقود عهدی، احکام فضولی راه ندارد. توضیح آنکه مطابق با نظریه کشف حکمی، پیش از تنفیذ، مالک منافع مال، مالک عین بوده و پس از تنفیذ، مالک همان منافع، اصیل قلمداد می‌شود. این دوگانگی مالک نسبت به مال واحد در زمان واحد، تنها در مورد احکام وضعی امکان دارد؛ چراکه احکام وضعی از امور اعتباری بوده و تابع مصلحت و مفسده شرعی نیستند. کلام یکی از فقهای معاصر در این زمینه مؤید این مطلب است:

«ولی در زمان بعد از اجازه حکم می‌شود که از اول منتقل شده است و این دو حکم وضعی به ملکیت یک مال در یک زمان، از آنجا که خود حکم‌های وضعی در دو زمان هستند، اشکال ندارد و مصلحت در خود این دو اعتبار وضعی است و می‌خواهد آثاری را بر خود این حکم وضعی - که متعدد و در دو زمان است - بار کند و در متعلق آن، که واحد است، نیست. ولیکن در احکام تکلیفی، این معقول نیست و نمی‌شود متعلق واحد در زمان واحد، هم مصلحت غالبه داشته باشد و هم مفسده غالبه [نمی‌تواند متعلق دو حکم اباحه و وجوب قرار گیرد]» (هاشمی شاهرودی، ۹۳/۱۰/۱۵).

به این ترتیب، هر چند می‌توان مالکیت منافع مالی را امروز برای الف اعتبار کرد و بعداً شخص دیگری را مالک منافع همان روز شناخت، نمی‌توان عملی را («امروز») بر شخصی مباح و بعداً آن عمل را در آن روز بر او واجب دانست.

نکته دیگر آنکه قول به کشف، در عقد عهدی موجب حکم تکلیفی، ممتنع بوده و فایده حقوقی ندارد؛ برای مثال، تنفیذ یا رد شخصی که به صورت فضولی، عمل وی به نقاشی یا تعمیر خودرویی مورد معامله قرار گرفته است، تأثیری در گذشته عقد نخواهد داشت. این ایراد را برخی از فقها به جریان فضولی در عقود اذنی وارد دانسته‌اند (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۴۴۶/۱). البته باید پذیرفت این اشکال جایی وارد است که موضوع یا عوض تعهد، عین معین نباشد. از مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت چنانچه عقدی موجب حکم تکلیفی صرف باشد، به این معنا که نه عوض تعهد، نه موضوع تعهد و نه آثار آن متعلق حکم وضعی نباشد، جریان فضولی ممتنع خواهد بود؛ چرا که برای تنفیذ، اثر کشفی متصور نخواهد بود.

### ۲-۳. عدم پابندی اصیل در عقود عهدی رایگان

پیش از این گفته شد که متعهدله در عقود عهدی رایگان، حق اسقاط حق خود و در نتیجه انحلال عقد را دارد. این گزاره بدیهی در مواد ۲۴۴ و ۴۴۸ قانون مدنی مطابق با اصل «لکل ذی حق إسقاط حقه» منعکس شده است. در نظر بگیریید الف به صورت فضولی، حق انتفاع مال متعلق به ب را به مدت یک ماه به جیم واگذار کرده و به قبض وی داده باشد. پرسش این است که آیا جیم می‌تواند بدون اثبات ورود ضرر در اثر امتناع ب از رد یا تنفیذ قرارداد را به هم بزند؟ منطقی نیست که جیم را پس از تنفیذ،

قادر بر به هم زدن عقد بدانیم؛ ولی پیش از تنفیذ این امکان را از وی سلب کنیم. در حقوق انگلستان با توجه به پایبندی شخص ثالث به عقد منعقدشده با نماینده و همچنین اثر قهقرایی تنفیذ و انتساب خود عقد به مالک، نمی‌توان برای شخص ثالث پیش از تنفیذ، حق فسخی متصور شد.<sup>۱</sup> برخی حقوق‌دانان از عدم امکان فسخ توسط شخص ثالث انتقاد کرده و آن را مخالف عدالت معاوضی دانسته‌اند (Huffcut, 1895: 38)؛ چرا که این عقد، یکی از طرفین را به عقد پایبند کرده و به طرف دیگر، فرصت سنجش و جواز رد یا تنفیذ می‌دهد. علاوه بر آنچه گفته شد، فرض فضولی در عقود عهده‌ای رایگان به ندرت صادق است؛ چرا که معمولاً اصیل در هر زمان که مالک اراده کند، مایل به پذیرش حق خواهد بود.

### ۳-۳. مطابقت ایجاب و قبول

عقود عهده‌ای و ادنی از جمله عقود‌اند که شخصیت متعهد و نایب در آنها اهمیت دارد (محسنی، ۱۳۹۰: ۳۹۹). به همین دلیل در ابتدای این نوشتار، عقد عهده‌ای فضولی را تنها در صورتی ممکن دانستیم که یا موضوع فعل مورد تعهد، مال متعلق به دیگری باشد و یا اینکه فضول، اصیل را از قصد نمایندگی خود آگاه سازد. به علاوه اگر فضولی قصد خود مبنی بر جهت انعقاد معامله بر فعل غیر را آشکار نسازد، مطابقت ایجاب و قبول بین طرفین معامله ممتنع خواهد بود. توضیح آنکه اصیل، یا ایجاب را به طرفیت فضولی گفته یا آنکه ایجاب فضولی را قبول کرده است. حال آنکه اگر پس از عقد با شخصی دیگر روبه‌رو شود، معامله به دلیل عدم انطباق ایجاب و قبول باطل خواهد بود (قنواتی، ۱۳۸۳: ۳۶۸). به همین دلیل، قسمت اول ماده ۱۹۶ قانون مدنی را باید منصرف به عقود دانست که موضوع آنها عین متعلق به دیگری است؛ چرا که وکیل سمت خود را پنهان ساخته و اشتباه طرف عقد در تخاطب، مؤثر در حکم عقد خواهد بود. اختصاص ماده ۱۹۷ به عین متعلق به دیگری، می‌تواند مؤید نظر فوق باشد. به این ترتیب، دایره عقد عهده‌ای فضولی را نمی‌توان به مواردی تعمیم داد که فضول، قصد نمایندگی خود را پنهان می‌سازد. این قاعده در مورد عقود تملیکی با موضوعیت عین

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

کلی نیز صادق است؛ چرا که شخصیت مدیون برای دائن، واجد اهمیت است (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۵۶۹/۲).

در حقوق انگلستان، تطابق ایجاب و قبول در تشکیل عقد ضروری دانسته شده است. هرچند این مطابقت، نیاز به تخاطب خاص ندارد، ولی اگر الف به زعم خود، ایجاب را به طرفیت ب صادر کند، ولی آن شخص جیم بوده و قبول نماید، به دلیل عدم مطابقت ایجاب و قبول، عقدی واقع نشده است (Davies, 2016: 61). البته این فرض در صورتی است که عقد به صورت حضوری منعقد نشده باشد. این رویکرد در سال ۲۰۰۳ در رأیی از مجلس اعیان پدیدار شد.<sup>۱</sup> در این پرونده، شخصی با نام جعلی Patel که صاحب یک شرکت بزرگ بوده، وارد مذاکره با نمایندگی یک شرکت فروش خودرو شده و نهایتاً از آن شرکت، یک دستگاه میتسویشی خریداری می‌کند. سپس میتسویشی را به شخص ثالثی که از این روند مطلع نبوده است، انتقال می‌دهد. پس از پرداخت نشدن وجه ثمن، شرکت فروش خودرو علیه شخص ثالث طرح دعوی کرده و خواننده با استناد به ماده ۲۷ قانون «خرید اقساطی» مصوب ۱۹۶۴، تصرف با حسن نیت خود را استثنایی بر قاعده «Nemo dat» عنوان کرد. قضات اما با استناد به این قاعده که «هر گاه دو طرف جاهل به وسیله عمل ثالثی متضرر شوند، بار ضرر باید بر دوش آن کسی قرار گیرد که ثالث را قادر بر وارد کردن آن ضرر کرده است» (Brady Jr., 1924: 130)، خواننده را محکوم کردند. نکته کلیدی آنکه استناد اکثریت قضات بر آن بود که در جریان فروش خودرو توسط نماینده، اصیل هیچ‌گاه با خریدار رودررو نشده و به همین دلیل، اشتباه در شخصیت در اینجا مبطل عقد قلمداد شد. همین رویکرد در رویه قضایی انگلستان موجب شده است که قضات تنها قراردادهایی را قابل تنفیذ بدانند که در آن‌ها به قصد نمایندگی اذعان شده باشد. در غیر این صورت، اصیل در برابر مالکی که نمی‌شناسد، قرار نگرفته و خود فضول در برابر اصیل، ملزم به اجرای قرارداد خواهد بود (Dalley, 2011: 506). حکم اخیر در حقوق ایران، اجرایی نیست و چنانچه فضول بتواند قصد نمایندگی خود را به اثبات برساند، نمی‌توان

1. Shogun Finance Ltd v Hudson [2003] UKHL 62.

او را ملزم به اجرای مفاد قرارداد نمود؛ هرچند در صورت اثبات ارکان مسئولیت مدنی می‌توان او را محکوم به پرداخت خسارت نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۱/۲).

### ۳-۴. تعهد به فعل یا به نفع ثالث

اصل نسبی بودن قراردادهای بدین معناست که قرارداد، تنها در مورد طرفین آن مؤثر بوده و نمی‌تواند حق یا تعهدی برای ثالث ایجاد نماید (Furmston, 2017: 556). استثنائات اصل نسبی بودن قرارداد معمولاً ذیل دو عنوان تعهد به نفع ثالث و تعهد به فعل ثالث مطرح می‌شوند که در ادامه به بررسی صدق عنوان استثنا در مورد آن‌ها خواهیم پرداخت.

#### ۳-۴-۱. تعهد به نفع ثالث

این تعهد، در مواردی از جمله قسمت دوم ماده ۱۹۶ و ماده ۷۶۸ قانون مدنی بیان شده است. چنانچه قسمت اخیر را استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادهای بدانیم، باید پذیریم که تعهد متعهد و حق شخص ثالث در اثر عقد به وجود آمده و نیازی به قبول یا تنفیذ او ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳/۳۳۳). این نظر با منطق حاکم بر حقوق سازگارتر است. البته باید گفت که شرط به نفع ثالث، ممکن است به صورت نتیجه یا فعل باشد. در همه این حالات، به محض وقوع عقد، حقی برای ثالث ایجاد می‌شود. این حق در صورت شرط نتیجه ناظر بر تملیک مال به ثالث، می‌تواند مصداق حق تملک یا «مِلْکِ أَنْ يَمْلِكِ» قلمداد شود. نکته قابل توجه آن است که این حق توسط ثالث قابل رد نبوده و تنها قابل اسقاط است؛ چرا که پذیرفتیم ثالث در ایجاد آن نقشی ندارد. با توجه به آنچه گفته شد، در صورت اسقاط حق توسط ثالث، از آن رو که متعهد تخلفی نداشته و ثالث از حق خود در برابر او گذشته است، محملی برای فسخ قرارداد توسط متعهدله وجود نخواهد داشت. در واقع، اسقاط حق توسط ثالث، فرع بر وجود حق بوده و از موارد سقوط تعهد متعهد است. بدیهی است که اسقاط حق توسط ذی‌حق نمی‌تواند برای طرف قرارداد موجب حق باشد. بنابراین آن گونه که برخی از حقوق‌دانان پنداشته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۰: ۲۲۱)، انجام شرط، ممتنع نشده و تعهد موجود به نحوی از انحاء ساقط شده است. از سوی دیگر، قول به امکان مطالبه شرط توسط طرف قرارداد،

مخالف اقتضای قرارداد و قصد طرفین است (صالحی مازندرانی و محمدی میرعزیزی، ۱۳۹۶: ۱۲۷). ممکن است اشکال شود که مطالب فوق، اصل آزادی اراده را به ایقاعات تعمیم داده و این خلاف نظر مشهور حقوق دانان است. در پاسخ می‌توان گفت بررسی ایقاعات موجود در قوانین مختلف، مؤید پذیرش اصل آزادی اراده در ایقاعات موجد (مانند بیمه، وصیت، ماده ۴۴۷ قانون مدنی یا حق مخاطب ایجاب ملزم) و مسقط حق است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۹)؛ هرچند این آزادی در تملیک با موانع جدی روبه‌روست. لازم به ذکر است که نباید وصیت را از انواع ایقاعات تملیکی دانست. حتی آنان که بر پذیرش وصیت تملیکی به عنوان ایقاع اصرار دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۵)، اثر وصیت تملیکی را پیدایش حق تملک برای موصی له می‌دانند (همو، ۱۳۹۳: ۲۳/۱) و این مطلب مؤید وجود آزادی اراده در ایقاعات موجد حق است و نه موجب تملیک. با توجه به مطالب فوق، تعهد به نفع ثالث در حقوق ایران نمی‌تواند مصداق فضولی باشد؛ بلکه مطابق با ماده ۱۹۶ صحیح و نافذ است.

در حقوق انگلستان، پذیرش تعهد به نفع ثالث، با ایراد جدی‌تری به نام «نظریه عوض» مواجه بوده است؛ زیرا منتفع در برابر حقی که نصیب او می‌شد، عوضی پرداخت نمی‌کرد (Furmston, 2017: 557). به این ترتیب در حقوق انگلستان، آنچه محل نزاع است، قابلیت مطالبه حق توسط ثالث بوده و نه پیدایش آن. رویه قضایی انگلستان<sup>۱</sup> بر آن است که عوض لزوماً بین طرفین قرارداد منتقل نمی‌شود؛ بلکه ممکن است نفعی برای ثالث ایجاد کرده و عوض ثالث از سوی یکی از اطراف قرارداد پرداخت شود. نزاع در آراء مرتبط با امکان مطالبه تعهد توسط ثالث، از سال ۱۸۳۳<sup>۲</sup> آغاز و نهایتاً در سال ۱۹۶۷<sup>۳</sup> منجر به پذیرش آن توسط مجلس اعیان شد. سرانجام در سال ۱۹۹۹ ماده ۱ قانون قراردادها<sup>۴</sup> صراحتاً حق مطالبه تعهد را به ثالث اعطا کرد؛ مشروط بر آنکه: الف- حق مطالبه صراحتاً برای ثالث در نظر گرفته شده باشد، یا ب- تعهدی به نفع وی

1. Bolton v. Madden (1873) LR 9 QB 55.
2. Price v. Easton (1833).
3. Beswick v. Beswick [1967] UKHL 2, [1968] AC 58.
4. Rights of Third Parties.

در قرارداد وجود داشته باشد. بنابراین در حقوق ایران و حقوق انگلستان، تعهد به نفع ثالث، فضولی و غیر نافذ نبوده و طرفین می‌توانند ضمن عقد برای ثالث حقی به وجود آورند.

### ۳-۴-۲. تعهد به فعل ثالث

این تعهد در بند پایانی ماده ۲۳۴ قانون مدنی عنوان شده است. متعلق این تعهد، انجام یا خودداری از انجام کاری توسط ثالث است. برخی حقوق‌دانان معتقدند: «اگر تصرف در مال بیگانه بتواند از سوی او تنفیذ شود، چرا درباره ایجاد تعهد برای او باطل باشد یا پیشنهادی ساده فرض شود؟» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب ۱۴۳/۳).

با این استدلال، تعهد به فعل ثالث را در حکم فضولی دانسته‌اند. با وجود این، به نظر می‌رسد تعهد به فعل ثالث برای طرف قرارداد الزام‌آور بوده و او باید قبول ثالث را حاصل نماید. بنابراین تعهد به فعل ثالث، برای یکی از طرفین قرارداد به وجود آمده است و این تعهد، نه در حکم ایجاب ساده و نه در حکم فضولی است. رد ثالث موجب ممتنع شدن انجام شرط بوده و مطابق با ماده ۲۴۰ قانون مدنی، برای متعهدله موجب حق فسخ خواهد بود. برخی با نظر به کلام بعضی از فقها (طباطبایی یزدی و طباطبایی قمی، به نقل از: حسن‌زاده و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱۲) پنداشته‌اند که مطابق با ماده ۲۳۷ قانون مدنی می‌توان متعهد را به انجام شرط مقرر برای ثالث یا تبدیل متعهد به خرج او الزام کرد. با این حال، فروض روشن بحث فقها مربوط به جایی است که موضوع شرط فی نفسه مالیت داشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۹۰). علاوه بر این، مفاد شرط حصول پذیرش ثالث، با مفاد فعل مقرر برای ثالث مغایر بوده و تحمیل آن بر عهده طرف قرارداد، به نوعی خروج از قصد قراردادی طرفین است. از مطالب بالا می‌توان نتیجه گرفت که تعهد به فعل ثالث، تعهدی ناشی از قرارداد و به عهده طرف عقد است. پذیرش ثالث، نقشی در وجود این حق نداشته و از این رو نمی‌تواند فضولی قلمداد شود.

در حقوق انگلستان، معامله فضولی محدود به استثنائات قاعده "Nemo dat" و نمایندگی ناشی از تنفیذ شده است. در بررسی موارد نمایندگی ناشی از تنفیذ دیدیم

تتفید تنها در مواردی امکان دارد که قصد نمایندگی فاش شده باشد. بنابراین تعهد به فعل ثالث، به هیچ وجه نمی‌تواند از موارد نمایندگی ناشی از تتفید باشد. همین‌طور اگر شخص اظهار به قصد نمایندگی کند، دیگر تعهد به فعل ثالث ممتنع خواهد بود. در حقوق انگلستان، تعهد به فعل ثالث به معنای تعهد به حصول قبول وی، یکی از شروط ممکن ضمن قراردادهاست. این شرط، طرف قرارداد را متعهد کرده و در صورت رد ثالث، می‌تواند موجب طرح دعوی مطالبه خسارت شود. نمونه بارز این نوع شرط، تعهد به اخذ قبولی از فرزند (sponsalia de futuro) پس از بلوغ در عقد ازدواج بوده است (Garner, 2011: 1551).

### نتیجه‌گیری

بررسی احکام عقود عهدی و آثار عقد فضولی نشان می‌دهد که عقد فضولی برخلاف آنچه بسیاری از حقوق‌دانان پنداشته‌اند، از جمله قواعد عمومی قراردادها نیست. ذکر احکام این نوع عقود در باب قواعد عمومی قراردادها، حاکی از عمومیت این احکام در عقود است که موضوع معامله، مال متعلق به غیر است. بنابراین تعمیم احکام فضولی به سایر انواع عقود، با استناد به جایگاه مواد مربوط به آن صحیح نخواهد بود. با وجود این، نمی‌توان قلمرو احکام فضولی را به عقود تملیکی محدود کرد.

در این نوشتار بیان شد که متعلق تعهد در عقود عهدی، فعل بوده و نمی‌تواند مستقیماً موجب انتقال مال باشد. تکلیفی بودن حکم اغلب عقود عهدی، به علاوه اهمیت شخصیت متعهد در این عقود موجب می‌شود که برخلاف نظر مشهور، جریان احکام فضولی در عقود عهدی را محدود به مواردی بدانیم که موضوع تعهد متعهد، عین متعلق به دیگری باشد یا آنکه فضول ضمن عقد، قصد نمایندگی خود را افشا سازد. تنها در این دو صورت قابلیت استناد اثر عقد به مالک وجود دارد.

در حقوق انگلستان عقود لازم‌الاجرا عقود هستند که موجب تعهد باشند. این تعهدات، یا به محض وقوع به انجام می‌رسند یا در طول زمان ایجاد می‌شوند. نوع اخیر به عقود عهدی در حقوق ما شباهت داشته و ممکن است به صورت فضولی واقع شود. این نوع معاملات می‌توانند برای فضول یا مالک منعقد شوند. در صورت نخست، اصل



اولی بطلان بوده و در موارد استثنایی صحت است. در مقابل، معاملات فضولی برای مالک در صورت افشای قصد نمایندگی علی‌القاعده قابل تنفیذ است. بررسی معاملات فضولی در این دو نظام حقوقی، موجب نظام‌مندتر شدن احکام فضولی در حقوق کشورمان و همین‌طور انطباق بیشتر این احکام با نیازهای روز تجاری و اقتضانات نظم عمومی خواهد بود؛ برای مثال، تعهد به نفع یا فعل ثالث، از شمول احکام فضولی خارج شده و همچنین متعهدله قرارداد، به یک‌باره با متعهد جدیدی روبه‌رو نخواهد شد. به علاوه نگاه تطبیقی به مبانی و احکام معاملات فضولی برای ذی‌نفع، حکایت از نظام‌مندتر بودن نظام حقوقی کشورمان دارد. حقوق انگلستان، نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ را بدون توجه به ایرادات منطقی و حقوقی پذیرفته و در احکام، معاملات فضولی را در تمامی انواع عقود، اعم از آنکه موجب تعهد آنی، مستمر یا اختیار (عقود اذنی) باشند، جاری می‌داند.

## کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریر المعاجله*، تحقیق محمد ساعدی، قم، مرکز تحقیقات و الدراسات العلمیه، بی‌تا.
۲. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ هفتم، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۸ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۵ ق.
۴. باقری اصل، حیدر، *آثار عقد بیع*، تبریز، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۴ ش.
۵. بیرعطایی، علی، *نظریه اداره قرارداد*، تهران، ققنوس، ۱۳۸۸ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۷. همو، *حقوق اموال*، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۸. همو، *حقوق تعهدات*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۹ ش.
۹. همو، *عقد کفالت*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (الف)
۱۰. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. همو، *وصیت*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (ب)
۱۲. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *منهاج الفقاهه*، چاپ چهارم، قم، علمیه، ۱۴۱۸ ق.
۱۳. حکیم، عبدالهادی، *عقد الفضولی فی الفقه الاسلامی*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۷۵ ق.
۱۴. رشتی، میرزاجیب‌الله، *کتاب الاجاره*، قم، نشر مؤلف، ۱۳۱۰ ق.
۱۵. ره‌پیک، سیامک، «اجازه وارث معامله فضولی در قانون مدنی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی*، شماره‌های ۵-۶، بهار و تابستان ۱۳۷۶ ش.
۱۶. الشریف، محمد مهدی، «از تملیک تا تعهد: تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهده‌انگاری اجاره اشیاء)»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۳ ش.
۱۷. شهبازی، محمدحسین، *مبانی جواز و لزوم اعمال حقوقی*، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۸. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش. (الف)
۱۹. همو، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۲۰. همو، *سقوط تعهدات*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۲۱. همو، *مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش. (ب)
۲۲. صالحی مازندرانی، محمد، و پیام محمدی میرعزیزی، «اثر رد تعهد به نفع ثالث بر اعتبار قرارداد»، *دوفصلنامه حقوق خصوصی*، سال چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۰)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۲۳. صدر، سیدمحمدباقر، «حواله»، *تقریر علیرضا حائری، فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، شماره ۲۱، بهار ۱۳۷۹ ش.
۲۴. همو، *دروس فی علم الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
۲۵. صفایی، سیدحسین، محمدعسی تفرشی، و جلیل قنواتی، «تحلیل نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره پنجم، شماره ۴ (پیاپی ۲۱)، زمستان ۱۳۸۰ ش.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.

۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۲۸. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *المکاسب و البیع*، تقریر محمدتقی آملی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. همو، *حاشیه کتاب المکاسب*، تحقیق عباس محمد آل سیاح قطیفی، چاپ دوم، قم، ذوی القربی، ۱۴۲۷ ق.
۳۰. همو، *فوائد الاصول*، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳۱. همو، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریر موسی نجفی خوانساری، قم، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۳۲. قاسم زاده، مرتضی، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ یازدهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸ ش.
۳۳. فنواتی، جلیل، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.
۳۴. کاتوزیان، امیرناصر، *ایقاع*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۳۵. همو، *عقود معین*، چاپ یازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش. (الف)
۳۶. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش. و ۱۳۹۱ ش. (ب)
۳۷. همو، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش. (ج)
۳۸. مجاهد طباطبایی حائری، سیدمحمد بن علی، *القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقلید (مفاتیح الاصول)*، تصحیح محمدحسن بن علی قمی، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البیت (پ) لاحیاء التراث، ۱۲۹۶ ق.
۳۹. محسنی، سعید، *اشتباه در شخص طرف قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰ ش.
۴۰. محقق داماد، سیدمصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: مکتب‌ها، حوزه‌ها و روش‌ها (۴): احکام تکلیفی و احکام وضعی از نظر محقق خراسانی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸ ش.
۴۱. همو، «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، یادنامه دکتر شهیدی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل فنواتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ پنجم، تهران، سمت، ج ۱، ۱۳۹۲ ش. و ج ۲، ۱۳۸۹ ش.
۴۳. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۴۴. منتظری، حسین علی، *نهایة الاصول*، تقریر دروس سیدحسن طباطبایی بروجردی، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۴۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *فقه مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۴۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
۴۷. همو، *کتاب البیع*، تقریر محمدحسن قدیری، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۴۸. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *کتاب الحج*، چاپ دوم، قم، لطفی، ۱۳۶۴ ش.
۵۰. همو، *مصباح الاصول*، تقریر سیدمحمدسرور واعظ‌حسینی بهسودی، چاپ پنجم، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۷ ق.
۵۱. موسوی خویی، سیدمحمدتقی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۵۲. ناصر مقدم، حسین، محمدتقی قبولی درافشان، و صالحه محمودآبادی، «جریان احکام و آثار فضولی در عقود ادنی»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.

۵۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تصحیح محمود قوچانی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۵۴. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران»، *فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و چهارم، شماره ۸۹، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۵۵. همو، *موضوع عقد و مورد معامله*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۵۶. وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، قم، مدرسه الامام باقر العلوم علیه السلام، بی تا.
۵۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «درس خارج فقه»، ۱۳۹۳/۱۰/۱۵.
58. Brady Jr., James F., "When One of Two Innocent Parties Must Suffer by the Act of a Third", *Washington University Law Review*, Vol. 9(2), 1924.
59. Dalley, Paula J., "A Theory of Agency Law", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72(3), 2011.
60. Davies, Paul S., *JC Smith's the Law of Contract*, 1<sup>st</sup> Ed., Oxford University Press, 2016.
61. Emanuel, Steven, *Contracts*, 9<sup>th</sup> Ed., Aspen, 2010.
62. Furmston, Michael P., *Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> Ed., Oxford University Press, 2017.
63. Garner, Bryan A. (Ed.), *Black's Law Dictionary*, 9<sup>th</sup> Ed., Thomson West, 2011.
64. Holdsworth, William Searle, *A History of English Law*, Methuen & Company, 1903.
65. Huffcut, Ernest W., *Elements of the Law of Agency*, Beard Books, 1895.
66. Rhys Thomas, Sean, *Comparative Analysis of the Rule of Nemo Dat Quod Non Habet and Its Exceptions in the Law of England and Wales and the Law of the United States of America*, University of Manchester, 2008.
67. Id., "The Origins of the Factors Acts 1823 and 1825", *The Journal of Legal History*, Vol. 32, 2011.
68. Rochvarg, Arnold, "Ratification and Undisclosed Principals", *McGill Law Journal*, Vol. 34, 1989.
69. Samuel, Geoffrey, *Law of Obligations & Legal Remedies*, 2<sup>nd</sup> Ed., Routledge, 2013.
70. Stasi, Alessandro, *General Principles of Thai Private Law (The Law Of Obligation)*, Springer, 2016.