

بررسی مبانی و احکام معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان*

- حامد خویاری^۱
- سیدمحمدصادق طباطبایی^۲
- علیرضا آرش‌پور^۳

چکیده

اغلب حقوق دانان و مشهور فقها، مقررات فضولی را از قواعد عمومی قراردادها دانسته و آن را به تمامی انواع عقود تسری داده‌اند. این گستردگی موجب شده است که برخی از حقوق دانان احکام فضولی را مغایر با نظم عمومی بیندارند. در مقابل در حقوق انگلستان به بهانه تأمین نظم عمومی، استثنائاتی بر قاعده «عدم امکان انتقال رابطه توسط غیر ذی حق» وارد شده و انتقال مال غیر در برخی موارد نافذ دانسته شده است. به علاوه در حقوق این کشور جهت تسهیل امور تجاری، معاملات وکیل خارج از حدود اذن یا معاملات هر شخصی که تظاهر به نمایندگی کند، قابل تنفیذ شمرده شده است. اختلاف نگرش به کارایی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

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).

تقنین پیرامون انتقال مال غیر و همین طور اختلاف احکام، ناشی از تفاوت مبانی «معامله مال غیر» در این دو نظام حقوقی است.

در این نوشتار با تفکیک معاملات فضولی مراعی از موقوف خواهیم دید که مبنای عدم نفوذ در معاملات اخیر، نظریه «استناد به مالک» بوده و در حقوق انگلستان، معامله مال غیر به فراخور حکم بر دو مبنای «نمایندگی ناشی از تنفیذ» و «اداره عقد» استوار است.

واژگان کلیدی: عقد فضولی، معامله مال غیر، نمایندگی ناشی از تنفیذ، اداره عقد، استناد به مالک.

مقدمه

در حقوق ایران، عدم نفوذ معاملات فضولی ناشی از عدم اهلیت تصرف متعامل در موضوع معامله است. این عدم اهلیت ممکن است به دلیل عدم وجود رابطه بین متعامل با موضوع معامله (فضولی موقوف) یا وجود حق غیر بر آن (فضولی مراعی) باشد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۲). البته اهلیت تصرف را نباید در عرض اهلیت تمتع یا استیفا لحاظ کرد؛ چرا که عدم وجود اهلیت تصرف به دلیل خلل در مورد تصرف بوده و عدم وجود اهلیت استیفا یا تمتع به دلیل خلل در وجود متصرف است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵/۲). مواد ۶۵، ۲۴۷ یا ۷۹۳ قانون مدنی نیز عدم نفوذ معاملات را معلول عدم وجود رابطه یا وجود رابطه ناقص متعامل با موضوع معامله می‌داند. در حقوق انگلستان، قاعده آن است که هیچ کس نمی‌تواند رابطه‌ای برتر از آنچه خود با مال دارد، به دیگری منتقل نماید (ماده ۲۱ قانون فروش کالا). این قاعده، مستنبط از قاعده لاتینی "Nemo dat quod non habet" است. گستردگی روابط تجاری و نیازهای معاملات در دنیای جدید موجب شد تا در سال ۱۸۲۳، قانون عاملین استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" را پایه‌گذاری کند (Holdsworth, 1903: 383). فشار تجار و حقوق‌دانان جهت حمایت بیشتر از خریدار با حسن نیت، منجر به بازبینی قانون تنها دو سال پس از تصویب آن و گسترش استثنائات در سال ۱۸۲۵ شد (Thomas, 2011: 44). نهایتاً این استثنائات در مواد ۲۳ تا ۲۵ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ تکمیل و احصا گردید. بنابراین در حقوق انگلستان، معامله مال غیر بر خلاف حقوق ایران، قاعده‌ای مستقل در قراردادهای 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».^۱

اشاره به مواد مربوط به فضولی در فصل پنجم باب «عقود و تعهدات به طور کلی» موجب شده است که برخی از حقوق‌دانان، مواد مذکور را از جمله قواعد عمومی قراردادهای دانسته و به تمامی انواع عقود تسری دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۲/۲). این گستره معاملات فضولی، سبب توهم تعارض احکام این معاملات با نظم عمومی در نظر برخی از حقوق‌دانان شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۲۶). به نظر می‌رسد انتخاب مبنای نامناسب با فلسفه فقهی حقوق مدنی، موجب تعمیم ناروای احکام فضولی به تمامی عقود از جمله عهدی، اذنی و تملیکی شده تا جایی که برخی، جرم‌انگاری معامله مال غیر را از پیشرفت‌های قانون‌گذار ایران می‌دانند (وروایی، ۱۳۸۳: ۳۱۳). در حقوق انگلستان اما توجه به نظم عمومی، تقنین استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" را ایجاب نمود و جهت جلوگیری از تعمیم رفتارهای مجرمانه، نظریه «نمایندگی ناشی از تنفیذ» را به موارد شبه جرم نیز تسری داد (Burdick, 2000: 145). پیش از این، مطالعات بسیاری راجع به مبانی معامله مال غیر صورت گرفته و آثار بسیاری در این رابطه منتشر شده است که از آن جمله می‌توان به جلد دوم کتاب *حقوق قراردادهای در فقه امامیه* اثر محقق داماد و همکاران ایشان اشاره کرد. علاوه بر آن، امیرناصر کاتوزیان در جلد دوم کتاب *قواعد عمومی قراردادهای به مبانی عقد فضولی* پرداخته است. با وجود این در تمامی این آثار، مبنای فقدان رضا برای معاملات فضولی در نظر گرفته شده و از این حیث و البته

1. Omnis rati habitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur.

دامنه‌ای که برای احکام فضولی گسترده‌اند، قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ برای مثال، برخی از نویسندگان با پذیرش نظریه «فقدان رضا»، تنفیذ را یک واقعه حقوقی دانسته‌اند (نقیبی و مغزی نجف‌آبادی، ۱۳۹۸: ۱۳۶).

در نوشتار حاضر اما همان طور که خواهد آمد، جانب نظریه استناد به مالک گرفته شده که در کتاب *منیة الطالب* محقق نائینی به طور مبسوط مورد بررسی قرار گرفته است.

هدف این نوشتار آن است که با انتخاب مبنای مناسب در حقوق ایران و تطبیق آن با موازین فقهی و حقوق انگلستان، نگرش رایج پیرامون کارایی مقررات فضولی را مورد بازبینی قرار دهد. در این راستا ابتدا به نقل و نقد نظرات مشهور راجع به مبنای معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان پرداخته و پس از انتخاب مبنای مناسب، آثار عملی مترتب بر مبنای منتخب را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱. مبنای معامله مال غیر

برخی از حقوق‌دانان، منکر وجود تراضی در عقد فضولی شده و گفته‌اند: «عاقده فضولی به علت فقدان مالکیت مبیع، نمی‌تواند قصد نتیجه کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۰۴/۱).

با وجود این، مشهور فقها و اغلب حقوق‌دانان، قصد انشاء را از امور نوعی می‌دانند که برای تحقق، نیازی به مباشرت مالک ندارد (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۲/۲۷۶). این امر در حقوق انگلستان نیز پذیرفته شده است (McKendrick, 2017: 17 & 58). مبنای عدم اشتراط مالکیت در تحقق قصد انشاء در حقوق ایران و انگلستان متفاوت است؛ به این ترتیب که در حقوق ایران، مراحل رضا و قصد از یکدیگر تفکیک شده، قصد انشاء را امری نوعی می‌دانند، ولی در حقوق انگلستان چنین تفکیکی دیده نمی‌شود. در انگلستان قصدی را معتبر می‌دانند که ارادی، آگاهانه و داوطلبانه باشد. فقدان یکی از این عناصر منجر به فقدان قصد، و عیب یکی از آن‌ها موجب معیوب شدن قصد می‌شود (Kim, 2017: 199 & 203). بدیهی است که معاملات وکیل خارج از اذن یا شخصی که مالی را پیدا کرده است، ارادی، آگاهانه و داوطلبانه بوده، فلذا نمی‌تواند به دلیل فقدان

قصد باطل باشد. تفکیک رضا و قصد در فقه امامیه و حقوق ایران، علاوه بر آنکه در تبیین شرط عدم مباشرت مالک راهگشاست، در بررسی نظریه‌های مربوط به مبانی معامله غیر نیز مؤثر است.

یکی از فقهای معاصر، وجود فعل اختیاری را متوقف بر وجود مراحل تصور، تصدیق، عزم و اراده دانسته (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۱۳۱/۱) و سپس به بررسی وحدت اراده با طلب یا تغایر این دو مفهوم می‌پردازد. از نگاه حقوق‌دانان و فلاسفه، تصور از اعمال ارادی نبوده و تصورات، منجر به تصدیق در ذهن شده و تصدیق به عزم می‌انجامد (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۲۹). چنانچه اراده را محصول این روند دانسته و بعد از آن قائل به مرحله‌ای به نام طلب نباشیم، ارادی بودن قصد انشاء بی‌معناست؛ چرا که اراده از کیفیات نفسانی بوده و این کیفیت به طور قهری و به تبع مقدمات خود در نفس تشکیل می‌شود (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۴۹). ممکن است ایراد شود که طلب نیز در روند علی و معلولی اراده قرار می‌گیرد و خود معلول اراده خواهد بود. در رد این ایراد می‌توان گفت که هرچند اراده از کیفیات نفسانی است، اما طلب از جمله افعال نفسانی می‌باشد که از آن به حرکت نفس نیز تعبیر می‌شود (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۱۳۱/۱). از این گزاره که «اراده از کیفیات نفسانی است و طلب از جمله افعال نفس می‌باشد»، تغایر در جنس روشن شده و می‌توانیم بگوییم که هر اراده‌ای منجر به طلب نمی‌شود و هر طلبی بر مبنای اراده نیست (منتظری، ۱۴۱۵: ۹۳). با توجه به آنچه گفته شد، اراده از صفات نفس و از امور حقیقی است؛ در حالی که طلب از امور انشایی (به معنای ایجاد ارادی) است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸: ۱۴۵/۱). همچنین باید دانست که اراده از آن رو که یک کیف نفسانی است، مفهومی مشکک بوده، اما طلب درجات نداشته، یا وجود دارد یا معدوم است. فلذا نمی‌تواند به گذشته یا آینده الحاق شود (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۱۳۶/۱). در حقوق امروز، اراده را هم‌معنای رضا و طلب را به معنای قصد انشاء می‌دانیم (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۱). از مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت که عقد فضول هرچند فاقد اراده مالک است، اما از این نظر ایرادی نداشته و به قصد انشای فضول محقق می‌شود.

۱-۱ نظریه فقدان رضا

شرط لازم جهت وقوع اعمال حقوقی قصد انشاء است. به عقیده بیشتر فقیهان امامیه، معامله فضولی عنصر اساسی و سازنده عقد (قصد) را داشته، اما فاقد عنصر رضایت است (به نقل از: صابری و همکاران، ۱۳۹۲: ۳۱). جهت توجیه چگونگی الحاق رضایت به عقد سابق، دو نظر در فقه و حقوق ایران مطرح شده است؛ یکی اجازه مالک را در تقدیر می‌گیرد، و نظر مشهور اجازه را رضای مالک و به مثابه شرط متأخر به شمار می‌آورد. دلایل و مستندات قائلان به نظریه فقدان رضا را در دو بخش مورد مطالعه و سپس نقد قرار خواهیم داد.

۱-۱-۱ اجازه به مثابه رضای تقدیری

مطابق با این نظریه، قانون‌گذار رضایت مالک حین عقد را در تقدیر می‌گیرد. بنابراین چنانچه مالک پس از عقد رضایت بدهد، کاشف از وجود رضایت وی در هنگام عقد خواهد بود (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۳۰/۲). این نظریه بر مبنای کفایت رضای باطنی در نفوذ معامله فضولی استوار است. بنابراین اگر مالک قلباً رضایت به عقد در لحظه وقوع داشته باشد، بر وی امضا کردن عقد واجب خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴۶/۳). یکی از فقهای متأخر، اجازه را در این شرایط به اذن مالک تشبیه نموده که حاکی از رضایت وی به معامله در زمان سابق است (رشتی، ۱۳۱۰: ۱۸۴). ایشان اجازه را رضای ساده مالک دانسته و از همین رو (ایقاع نبودن رد یا اجازه)، قبول بعد از رد را نیز جایز می‌داند (همان). قسمت نخست استنتاج ایشان، مورد قبول ماده ۲۴۷ قانون مدنی قرار نگرفته و با قسمت اخیر آن در ماده ۲۵۰ مخالفت شده است. برخی از فقها به این نظریه تاخته و طرح آن را تنها جهت فرار از ایرادات وارد بر شرط متأخر دانسته‌اند. ایشان از آن جهت این نظر را معلوم‌البطلان می‌دانند که وجود خارجی اجازه را شرط تأثیر نمی‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۹۶/۲). علاوه بر این ایرادات، پذیرش نظریه «اجازه به مثابه رضای تقدیری» مستلزم آن است که معاملات مسبوق به منع فضول باطل باشند و نه غیر نافذ، که این نتیجه حتی بین قائلان به این نظریه محل مناقشه است (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۲۴).

۱-۱-۲. اجازه به مثابه شرط متأخر

این نظریه را به مشهور فقهای امامیه نسبت داده‌اند (خراطها و سعادت مصطفوی، ۱۳۹۵:

۱۱). قائلان به این نظر معتقدند:

«اجازه بر عقد تعلق پیدا می‌کند و به معنای رضایت بر مضمون عقدی است که پیش از اجازه تحقق یافته است و تنها کمبود آن رضایت است که آن نیز با اجازه تکمیل می‌شود» (باقری اصل، ۱۳۹۳: ۱۲۵).

ایراد عمده‌ای که بر این نظریه وارد شده، عدم امکان تقدم مشروط بر شرط است. برخی از فقها و حقوق‌دانان برای توجیه این ایراد، دنیای واقعی را از دنیای اعتباری تفکیک کرده و از همین رو تقدم مشروط را در شروط شرعی بر خلاف شروط عقلی ممکن دانسته‌اند (منتظری، ۱۴۱۵: ۱۶۵). مخالفان از این جهت تفاوتی بین شرط عقلی و شرعی نمی‌دانند و شرط حقیقی را تنها مقارن یا مقدم بر مشروط می‌دانند (مروج جزایری، ۱۴۱۵: ۱۳۳/۲). یکی از فلاسفه معاصر، متعلق درک را دائر بین دنیای حقیقی و اعتباری می‌داند و ادراکات اعتباری را به دو مرحله پیش از تشکیل اجتماع و پس از آن تقسیم می‌کند (طباطبایی، ۱۳۶۴: ۲۲۷/۲)؛ برای مثال، ادراکاتی از قبیل «تقدم زمانی مشروط بر شرط محال است»، مربوط به مرحله بعد اجتماع می‌شود (همان). نکته آنکه اعتباریات پس از اجتماع، اعتباریات خصوصی بوده که متعلق آن‌ها آفریده‌های آدمی است و تغییر می‌کند (مصلح، ۱۳۹۲: ۳۲). از سوی دیگر، «وجود مشروط پیش از شرط» در فقه عبادی و در بحث وجوب (که امری اعتباری است) سابقه دارد؛ برای مثال، اگر شخصی مطمئن است که در آینده‌ای نزدیک مستطیع می‌شود، وجوب حج وی فعلیت دارد. همین طور است راجع به حکم غسل جنابت نسبت به قبل از فجر در ماه رمضان (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱: ۳۸۸/۴).

علی‌رغم نظر مشهور، به نظر می‌رسد قانون مدنی «فقدان رضا» را مبنای عقد فضولی ندانسته است؛ چرا که:

الف) ماده ۲۴۷ قانون مدنی رضایت باطنی مالک را جهت تفیذ عقد کافی

ندانسته است.

ب) مطابق با نظریه «رضا به مثابه شرط متأخر»، چنانچه شخصی مالی را «معامله

به عنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ملک معامله‌کننده بوده است یا ملک کسی بوده است که معامله‌کننده می‌توانسته است از قبل او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید»، عقد نافذ بوده و نیازی به تنفیذ لاحق ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۵۴۳/۱)؛ زیرا معامله‌کننده، مالک بوده و رضایت مالک حین عقد موجود است. بنابراین وجهی برای غیر نافذ دانستن عقد در فرض فوق باقی نمی‌ماند. این نتیجه مغایر منطوق ماده ۲۵۵ قانون مدنی است.

پ) 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 که اعطای نیابت به وکیل، آثار عمل حقوقی وی را منتسب به موکل خواهد کرد. از سوی دیگر می‌دانیم که اعطای نیابت، امری انشایی بوده 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.

پیش از این دانستیم که در حقوق انگلستان به دلیل عدم تفکیک مرحله قصد از رضایت، نبود رضایت منجر به فقدان قصد خواهد شد. بنابراین عقد فاقد رضایت باطل است. رضایت عاقد ممکن است ناشی از اشتباه در شخصیت طرف عقد، اکراه یا اشتباه در شرایط اساسی عقد باشد که در این صورت بر خلاف ماده ۱۹۹ قانون مدنی ایران، معدوم تلقی شده و موجب بطلان عقد خواهد بود (Chen-Wishart, 2018: 282).

۲-۱ نظریه استناد به مالک

یکی از فقهای متأخر در رد آنچه به فائلان «نظریه فقدان رضا» نسبت داده شد، گفته است که رضایت برای نفوذ عقد کافی نبوده و آنچه برای نفوذ عقد لازم است، استناد به مالک می‌باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰/۱). ایشان علت عدم نفوذ عقد اکراهی و فضولی را یکسان ندانسته و هرچند در عقد اکراهی، فقدان رضا را جهت حکم به عدم نفوذ می‌پذیرد، اما در مورد عقد فضولی معتقد است که علاوه بر رضای مالک،

استناد عقد به مالک نیز وجود ندارد (همان). توضیح آنکه در عقد اکراهی، رضایت یا به تعبیر برخی از فقها شوق طبعی وجود نداشته، اما طلب از ناحیه مکره موجود است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۳۹/۲)؛ اما در عقد فضولی، روند قهری تشکیل اراده (رضا) در مالک پدیدار نشده و علاوه بر آن، عقد از سوی شخص دیگری انشاء شده است. پرسش این است که در نظریه استناد، آنچه به مالک مستند می‌شود، عقد به عنوان سبب اثر است یا اثر به عنوان مسبب عقد؟ عدم امکان استناد انشاء عقد به مالک واضح است؛ چرا که وقوع عقد، امری حقیقی بوده و نمی‌تواند متعلق قصد انشاء لاحق قرار گیرد. منتقدان این نظریه معتقدند که منظور از استناد، استناد اثر عقد به مالک است و این، تحصیل همان نتیجه‌ای است که در نظریه فقدان رضا حاصل شد؛ چرا که در آنجا نیز با کشف رضایت مالک، اثر عقد به وی مستند می‌شد (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۲۶). این ایراد از آن جهت که اجازه را رضای ساده می‌پندارد و رضا قدرت منتسب ساختن را ندارد، وارد نیست.

نکته قابل توجه در نظریه استناد آن است که در تقابل و معاوضه، تفاوتی بین انشاء فضول، وکیل یا مالک نمی‌بیند؛ زیرا موضوع عقد، مال متعلق به غیر بوده و متعلق تنفیذ نیز مسبب عقد است، نه خود عقد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۲۱۳). به این ترتیب در نظریه استناد، قدر متیقن آن است که موضوع عقد فضولی باید عین متعلق به غیر باشد. این نتیجه در مواد ۱۹۷ قانون مدنی صراحتاً و در ماده ۲۴۷ به صورت تلویحی مورد تأیید قرار گرفته است. آنچه این نظریه را از نظرات سابق متمایز می‌سازد، این است که در نظریه فقدان رضا، فقها در پی ترمیم عقد بوده و رضایت مالک را به عنوان شرطی متأخر، وارد در عقد کرده یا آن را در تقدیر می‌گرفتند. در نتیجه عقد، کامل و نافذ می‌شد. در نظریه استناد اما عقد به وسیله فضول شکل گرفته و از نظر ساختاری، عقدی کامل به شمار می‌آید؛ البته هنوز به مالک مال مستند نشده و از همین رو در حق وی تأثیری ندارد. در واقع، تنفیذ حکمی شرعی است که باعث انتساب عقد به مالک می‌شود. از این لحاظ، نظریه حاضر به نظریه اداره قرارداد شباهت دارد.

۳-۱. نظریه نمایندگی

برخی از حقوق‌دانان راه حل تبیین حکم عدم نفوذ معاملات فضولی را در نظریه «نمایندگی ناشی از تنفیذ» دانسته‌اند. ایشان معتقدند که مالک، صلاحیت لازم را به فضول اعطا می‌کند تا بتواند از طرف مالک اقدام کند و مالک قائم‌مقام 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 حقوق‌دانان بسیاری مورد انتقاد قرار گرفته و به نظر می‌رسد که با هیچ یک از مبانی حقوقی ایران سازگار نیست (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۸). ایراد نخست آنکه حتی در صورت صحت، این نظریه نمی‌تواند مبین معاملات فضول برای خود باشد. ایراد دوم در قیاس قائلان به این نظریه بین نظریه تعلق رضا به قبل و اعطای نمایندگی به سابق است. بدیهی است که اثبات سمت نمایندگی به تاریخ مقدم، مستلزم اثبات دو جزء می‌باشد؛ یکی وجود رضای سابق و دیگری اعطای نقش سازندگی نیابت به این رضا (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۷۵/۱). این نظر در فقه نیز ریشه نداشته و برخی از فقها، باب معاملات فضولی را به طور کلی بی‌ربط با وکالت و نمایندگی دانسته‌اند (آل کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۴۸/۴). بر خلاف حقوق ایران و فقه امامیه، در حقوق انگلستان نمایندگی از طریق تنفیذ^۱ و اجازه عمل فضولی، یکی از موارد شناخته‌شده نمایندگی است.^۲ در این حالت در اثر تنفیذ متعاقب مالک، عقد فضول به وی منتسب می‌شود. یکی از قضات انگلستان در توضیح این قاعده می‌نویسد:

«اگر شخصی عملی را برای دیگری انجام دهد و آن را به نام خود واقع نسازد، بلکه برای شخص دیگر انجام دهد، اگرچه اختیار پیشین وجود نداشته است، در صورت تنفیذ، عمل انجام‌شده به عنوان عمل مالک قلمداد می‌شود».^۳

طرفداران نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ در انگلستان، تا آنجا پیش رفته‌اند که تنفیذ بعد از رد را پذیرفته و آن را به وقتی مانند می‌کنند که مالک در ابتدا از دادن نمایندگی

1. Agency resulting from ratification.

2. Omnis rati habitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur.

3. Stated by Tindal C.J. in Wilson v. Tumman [1843] 6 M&C.

امتناع کرده و سپس اعطای اختیار می‌کند (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۱). با وجود این، برخی از حقوق‌دانان انگلیسی نیز به عدم تسری تنفیذ مالک به گذشته اشاره کرده، معتقدند که نمایندگی یک توافق است و پذیرش یک طرفه عمل غیر مجاز شخصی به وسیله اصیل نمی‌تواند توافق را ایجاد نماید. مخالفان نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ، قدرت خلاقه تنفیذ را در انتساب آثار نمایندگی به شخص فاقد اختیار می‌دانند، نه ایجاد رابطه نمایندگی (همان: ۸۳).

به نظر می‌رسد حقوق‌دانان داخلی که نظریه نمایندگی را به عنوان مبنای عدم نفوذ معاملات فضولی پذیرفته‌اند، به نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلستان توجه داشته‌اند. با این حال، حتی در حقوق انگلستان نیز این نظریه مبنای معاملات است که شخص فضول برای مالک منعقد می‌سازد و نه برای خود. از این رو اغلب حقوق‌دانان انگلیسی معتقدند که چنانچه فضول، قصد خود مبنی بر معامله برای غیر را پنهان کند، معامله قابل تنفیذ توسط مالک نخواهد بود.^۱ در متون حقوقی انگلستان نیز تعیین نام مالک به عنوان موکل یا هر عنوانی که گویای نمایندگی معامله‌کننده باشد، الزامی دانسته شده است (Furmston & Others, 2012: 600). عدم امکان تنفیذ عقودی که توسط فضول با پنهان کردن قصد نمایندگی انجام می‌شود، تصمیم بلندپایه‌ترین نهاد قضایی انگلستان (مجلس اعیان) در سال ۱۹۰۱ میلادی بود که اکثریت قضات آن معتقد بودند:

«در صورتی که قصد نماینده مبنی بر انعقاد قرارداد برای غیر پنهان بماند، قرارداد توسط غیر، قابل تنفیذ نخواهد بود».^۲

بررسی منابع حقوقی انگلستان، حاکی از تلاش حقوق‌دانان برای ممکن ساختن تنفیذ از جانب فردی است که قصد نمایندگی از جانب او پنهان مانده است (Rochvarg, 1989: 291). برای رسیدن به این نتیجه، نظرات متفاوتی پیرامون چرایی مسئولیت موکل فاش‌شده در صورت تنفیذ و مطابقت آن با طرف فاش‌نشده ارائه گردیده که به بررسی مهم‌ترین آن‌ها خواهیم پرداخت:

1. Saunderson v. Griffiths (1826) 5 B. & C.

2. Keighley Maxted & Co. v. Durant [1901] AC 240, [1900] 1 Q.B. 629 at 630 (C.A.).

الف) نظریه سود - ضرر: مطابق با این نظریه، شخص باید به تعهدات ناشی از قراردادی که مورد تنفیذ وی قرار گرفته است، پایبند باشد؛ چرا که در صورت تنفیذ، از مزایای قرارداد تنفیذ شده سود خواهد برد (Huffcut, 1999: 128). نظریه سود - ضرر در حقوق انگلستان، اصلی مشابه قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» بوده و بسیار کاربردی است (Bevan, 2018: 2).

ب) نظریه شبه جرم: مطابق این نظریه، مجیز مسئول خسارات ناشی از اشتباه طرف معامله است؛ چرا که نماینده او موجب فریب شخص ثالث شده است (Lewis, 1909: 124). ایرادی که بر این نظریه وارد است آنکه فضول همواره وکیل مجیز نیست.

پ) نظریه عوض: برخی دیگر از حقوق دانان معتقدند که جواز رد یا تنفیذ مالک، مبتنی بر حق مالک نسبت به مال خویش است (Rochvarg, 1989: 310). این نظریه هرچند شباهت بسیاری با نظریه تغییر موقعیت دارد، اما دارای تفاوتی اساسی است. نظریه نخست بر تغییر جایگاه ثالث و مالک و در حقیقت بر رابطه ایشان با مال طرف مقابل تکیه دارد؛ اما نظریه عوض بر رابطه مالک با مال خود تأکید می‌کند. به نظر می‌رسد ماده ۱۹۷ قانون مدنی، این نظر را پذیرفته است. قائلان به این نظریه در حقوق انگلستان مدعی‌اند که پذیرفتن جریان تنفیذ در حقوق انگلستان تنها پس از رواج نظریه عوض ممکن شد؛ بنابراین نظریه عوض را باید مبنای امکان تنفیذ مالک بدانیم. بررسی تاریخی رویه قضایی انگلستان مؤید این نظر است (Müller-Freienfels, 1953: 308).

ت) نظریه قانونی نمایندگی مستقل: این نظریه که امروزه در حقوق انگلستان به طور گسترده پذیرفته شده است (Sargent & Rochvarg, 1982: 415)، در سال ۱۹۲۰ میلادی مطرح شد (Seavey, 1920: 880). مطابق با این نظریه، قابلیت تنفیذ عمل نماینده، مطابق با قاعده وکالت بوده و اعتبار خود را با تکیه بر ماهیت وکالت از قانون می‌گیرد. نکته قابل توجه در مورد امکان تنفیذ در حقوق انگلستان، آن است که علاوه بر امکان تنفیذ قراردادها، تنفیذ شبه جرم توسط اشخاص نیز جایز دانسته شده است؛ برای مثال الف

بدون داشتن نمایندگی از ب اقدام به بردن یک بار زغال سنگ برای ج می نماید. در راه و در اثر بی احتیاطی الف در رانندگی، یکی از چراغ های بیرونی کارخانه ج می شکند. ب می تواند این شکسته شدن شیشه ها توسط الف را که به نمایندگی از او تظاهر داشته است، تنفیذ نماید (Burdick, 2000: 145).

امروزه در حقوق انگلستان، تنها عقدی را قابل تنفیذ می دانند که در آن به نمایندگی اقرار (در موارد خارج از حدود اذن) یا تظاهر شده باشد. همچنین اگر وکیل در حدود اذن عملی انجام دهد و نام موکل را فاش نسازد، همراه با موکل مسئول اجرای قرارداد خواهد بود. در فرض دیگر اگر وکیل، خارج از حدود اذن عمل کرده و قصد نمایندگی خود را فاش نساخته باشد، در برابر شخص ثالث مسئول اجرای قرارداد است (Rasmusen, 2001: 34). در حقوق ایران نیز می توان مطابق با نظریه «استناد به مالک»، قرارداد وکیل را در شرایطی که قصد نمایندگی را فاش می کند، از سوی مالک قابل تنفیذ دانست. در صورت عدم افشاء قصد نمایندگی، عقد را تنها در حالتی قابل تنفیذ می دانیم که موضوع آن عین باشد. علی رغم حقوق انگلستان، پذیرش نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق ما با موانع و ایرادات جدی روبه روست. مهم ترین ایراد، آن است که عقلاً امکان تسری انشاء نمایندگی به قبل ممتنع است. امر انشایی، یا موجود است یا معدوم، و نمی تواند مانند رضا، قبل یا بعد از قصد وجود بیابد؛ چرا که خود قصد بوده و از اسباب ایجاد می باشد. از همین روست که فقها و حقوق دانان تعلیق در انشاء را محال دانسته اند (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۸۰).

۴-۱. نظریه اداره عقد

منظور از اداره عقد آن است که عقد در شرایطی بسته شود که با موازین مورد قبول قانون گذار وفق نمی دهد؛ اما قانون گذار به دلایل مختلف اجتماعی قصد اعلام بطلان آن را ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱/۱). در مورد عقد فضولی نیز می توان گفت که عقد فضولی هر چند فاقد تراضی معتبر در عناصر عمومی عقود است، ولی نظر به مصالح معاملات، شارع حکم عدم نفوذ را بر آن بار کرده است. در نظریه های پیشین، سعی بر آن بود تا حتی الامکان اصل مشهور «حاکمیت اراده» رعایت شود؛ اما در این

نظریه، اراده قانون‌گذار در نقش مصحح عقد قرار می‌گیرد (بیرعطایی، ۱۳۸۸: ۱۹). در حقیقت نظریه اداره عقد، دخل و تصرف در عناصر عقود نمی‌کند یا عناصر عمومی و اختصاصی هیچ عقدی را در هم نمی‌ریزد؛ بلکه برای تصحیح عقد فضولی، فقط عقد فضولی را در حکم عقد صحیح (غیر نافذ) می‌شناسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۰۳/۱). با توجه به آنچه گفته شد، قائلان به نظریه اداره عقد، بطلان انتقال مال غیر را پذیرفته‌اند؛ اما معتقدند که قانون‌گذار بنا به مصالح اجتماع، حکم به عدم نفوذ داده است.

در حقوق انگلستان نیز قاعده کلی آن است که هیچ کس نمی‌تواند رابطه‌ای برتر از آنچه خود با مال دارد، به دیگری منتقل نماید. بنابراین نه وکیل می‌تواند بیش از حدود اذن عمل نماید و نه کسی می‌تواند مال دیگری را بدون سمت منتقل نماید. هرچند در ادبیات حقوقی انگلیس، نامی از «اداره عقد» برده نشده است، اما با بررسی نظرات حقوق دانان انگلیسی (Thomas, 2011: 153) می‌توان دریافت که استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" به دلیل رعایت مصالح اجتماعی برتر توسط قانون‌گذار از جمله رعایت مصلحت خریدار با حسن نیت بوده و این خود حاکی از اعمال نظریه اداره عقد است. عدم تلاش حقوق دانان انگلیسی در تدوین یک نظریه جامع جهت در بر گرفتن مصادیق قاعده "Nemo dat" و استثنا دانستن موارد مجاز خلاف این قاعده توسط قانون‌گذار، دلیل بر این ادعاست که معامله مال غیر در حقوق انگلستان موضوعاً باطل بوده و تنها در برخی موارد معدود و بنا به صلاحدید قانون‌گذار صحیح تلقی شده است. در ادامه مختصراً به بررسی استثنائات این قاعده در قوانین و رویه قضایی انگلستان می‌پردازیم.

الف) رابطه قابل ابطال (ماده ۲۵ قانون فروش کالا): مطابق با این استثنا، خریدار با حسن نیت می‌تواند رابطه‌ای قانونی با مال داشته باشد؛ حتی اگر رابطه فرد واسطه (اعم از دلال، خریدار یا متصرف) قابل ابطال توسط مالک اصلی کالا باشد (Thomas, 2008: 60). ماده ۲۵ قانون فروش کالا، این استثنا را در مواردی جایز می‌داند که دو معامله و انتقال صورت گرفته باشد؛ رابطه نخست بین مالک و فضول و رابطه دوم بین فضول و خریدار با حسن نیت. باید توجه داشت که این استثنا تنها در موارد «قابل ابطال» جریان دارد و نه در موارد باطل. تفاوتی نمی‌کند که این بطلان، ناشی از

شرایط عقد باشد یا ابطال معامله نخست توسط مالک (Sihombing, 1997: 71).

ب) استثنای ناشی از استاپل: حقوق دانان و قضات انگلیسی، استاپل را وضعیتی می‌دانند که مالک کالا در اثر رفتاری که انجام می‌دهد، از اعمال حق نسبت به مال خود ممنوع شده می‌شود.^۱ رفتاری که منجر به استاپل می‌شود، معمولاً رفتاری از سوی مالک است که فضول را در نظر خریدار با حسن نیت، مالک یا نماینده قلمداد می‌کند (Thomas, 2008: 111)؛ مثلاً مالک با حضور در مجلس معامله، فضول را از فروش منع نمی‌کند^۲ یا جایی که فروشنده با امکان اعتراض به تصرف فضول در مال خود، واکنشی به تصرف نشان نمی‌دهد.^۳ به این استثنا در بند ۱ ماده ۲۱ قانون فروش کالا تصریح شده است.

پ) استثنائات ناشی از اعتماد: این استثنائات، ناشی از رفتار مالک در برانگیختن حس اعتماد خریدار با حسن نیت بوده و به چهار دسته تقسیم می‌شود:

۱- فروش توسط نماینده؛ این استثنا در بند ۱ ماده ۲ قانون عاملین (۱۸۸۹) آمده است. به موجب آن، چنانچه نماینده‌ای تجاری با رضایت مالک و به عنوان نماینده تجاری او (نه مستودع یا مستعیر)، کالا را تحت تصرف داشته باشد و آن را به دیگری انتقال دهد، این انتقال صحیح تلقی می‌شود. تفاوت این استثنا با موارد نمایندگی ناشی از تفیذ روشن است. در این استثنا، تصرف کالای مالک شرط بوده و حکم انتقال صحت است، نه عدم نفوذ.

۲- فروش توسط خریدار متصرف؛ ماده ۹ قانون فروش عاملین، فروش کالا را توسط خریداری که هنوز شروط معامله را کاملاً رعایت نکرده است، تحت شرایطی صحیح می‌داند؛ از جمله آنکه خریدار باید با رضایت فروشنده بر کالا تصرف داشته باشد و خریدار دوم نیز باید با حسن نیت، تعهد به تسلیم یا تسلیم را قبول نماید. در این ماده، قانون‌گذار با خریدار، مانند نماینده تجاری برخورد کرده است (Sihombing, 1997: 75). مفاد این ماده در بند ۱ ماده ۲۵ قانون فروش کالا نیز تکرار شده است.

1. Pickard v. Sears [1887] 6 Ad. & E.
2. Estoppel by negligence.
3. Estoppel by representation.

۳- فروش توسط فروشنده متصرف؛ ماده ۲۴ قانون فروش کالا، فرض فوق را در مورد فروشنده‌ای که پس از فروش همچنان متصرف کالا باقی مانده است، جاری دانسته؛ با این تفاوت که تصرف فروشنده را منوط به رضایت خریدار نمی‌داند.

۴- استثنای اجاره به شرط تملیک؛ این استثنا در مواد ۲۷ تا ۲۹ قانون اجاره به شرط تملیک (۱۹۶۴)، تنها در مورد وسایل نقلیه موتوری آمده است. این قانون مقرر داشته در صورتی که شخصی در اثر اجاره به شرط تملیک، متصرف وسیله نقلیه‌ای باشد -هرچند هنوز مالک آن کالا نشده است- چنانچه آن را به خریدار با حسن نیتی منتقل نماید، این انتقال صحیح خواهد بود. با وجود این و با توجه به گستره مضیق این ماده، برخی از حقوق دانان آن را استثنایی بر قاعده "Nemo dat" ندانسته و تنها یک حکم استثنایی می‌دانند (Thomas, 2008: 156). این اشکال به موجب رأی توسط مجلس اعیان در سال ۲۰۰۳ تقویت شده است.^۱

با بررسی استثنائات قاعده "Nemo dat" می‌توان دریافت که قانون‌گذار جهت استحکام روابط تجاری و نظم عمومی، حکم صحت را بر عقود باطل بار کرده است. در فقه و حقوق ایران، موارد بسیاری وجود دارد که قانون‌گذار بر عمل حقوقی‌ای که از نظر ساختاری صحیح نیست، احکامی را بار می‌کند که نه تنها در اراده طرفین نبوده، بلکه ممکن است در تغایر با قصد ایشان باشد. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد که هرگونه معامله دال بر شرط را معامله با حق استرداد می‌داند، بارزترین نشانه اداره قرارداد در حقوق ایران است. امتیاز اصلی پذیرش نظریه اداره عقد، فراغ بال قانون‌گذار در تغییر و ایجاد قوانین جدید است. قانون‌گذار بنا به مصالح موجود می‌تواند زمانی عقد فضولی را صحیح و زمانی باطل قلمداد کند. روند تغییر رویکرد فقها از آغاز تا به امروز، راجع به اموری از قبیل لفظی بودن صیغه بیع، عربی بودن آن یا ماضویت لفظ حاکی از آن است که در فقه نیز ممکن است بستر مناسبی برای گذار از شکل‌گرایی به نظریه‌های جدیدی مثل اداره عقد فراهم گردد (قاسمی، ۱۳۸۸: ۱۳۶). جواز اداره فضولی مال غیر، نمونه بارز اعمال نظریه اداره عقد در حقوق ایران است. اگر مبنای اداره

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

فضولی را باب حسبه بدانیم، نتیجه می‌گیریم که چنانچه مدیر فضولی، عقد ناقلی را به نمایندگی از غایب منعقد کند، عقد صحیح و نافذ خواهد بود (عامری، ۱۳۸۱: ۵۱). صحت عقد مدیر فضولی از اذن قانون‌گذار ناشی می‌شود و این، نتیجه گرایش قانون‌گذار به اداره عقود است. این رویکرد در ماده ۳۷۲ قانون تجارت و اختیار حق‌العمل‌کار در فروش کالا نیز دیده می‌شود. در حقوق انگلستان، اختیار مستودع یا مدیر فضولی را ذیل نظریه وکالت از روی ضرورت^۱ قرار داده‌اند (Munday, 2010: 91) که بررسی آن، خارج از حوصله این نوشتار است.

علی‌رغم کارایی، نظریه اداره قرارداد با ایراداتی مواجه است. از نظر فنی، این نظریه به مرور می‌تواند مخل ایجاد قواعد عمومی در قراردادها شود و اختیار قانون‌گذاران را در وارد کردن استثنائات غیر ضروری به قواعد بیشتر کند. نمونه این عوارض را در استثنای اجاره به شرط تملیک دیدیم. از منظر تحلیلی باید گفت که حقوق‌دانان نظریه اداره عقد را در مورد عقود به کار می‌برند که علی‌القاعده باطل هستند. پرسش اصلی اینجاست که اگر هیچ اثر حقوقی، زاده اراده طرفین قرارداد نبوده است، قانون‌گذار چگونه می‌تواند این موجود معدوم را صحیح در نظر بگیرد؟ پاسخ این پرسش برای آنان که معتقدند تمامی احکام و قوانین حقوقی، زاده دست قانون‌گذار است، دشوار نیست؛ اما حقیقت آن است که معاملات و احکام آن‌ها، سابق بر قانون‌گذاری و شرع بوده است. بنابراین غیر نافذ دانستن عمل حقوقی باطلی که سابقاً رخ داده، اعتبار کردن امر معدوم به موجود است که البته در صلاحیت قانون‌گذار نیست.

۵-۱. جمع‌بندی و انتخاب مبنا

با توجه به تنوع اشکال معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان، انتخاب مبنای واحد غیر ممکن و غیر ضروری است. از همین رو و با توجه به بررسی‌های فوق، دو مبنای نمایندگی ناشی از تنفیذ و اداره عقد را می‌توان برای معامله مال غیر در حقوق انگلستان برگزید. نظریه نخست در مواردی کارآمد است که فضول، تظاهر به وکالت از جانب مالک کند، و نظریه دوم در مورد استثنائات وارد بر قاعده

1. Agency by necessity.

«Nemo dat» کارگر است. در حقوق ایران و فقه امامیه نیز به نظر می‌رسد که باید بین عقود فضولی مراعی، موقوف و معاملات مال غیر که محکوم به صحت‌اند، تمایز قائل شد. در مورد نخست، نظریه «رضا به مثابه شرط متأخر» و در مورد دوم، «نظریه استناد به مالک» را باید پذیرفت. تفاوت این دو حکم، در تفاوت حکم تنفیذ در مورد عقود مراعی و موقوف است. در عقود مراعی، تنفیذ تنها جنبه ابراز رضایت داشته و امری انشایی تلقی نمی‌شود؛ اما در مورد عقود موقوف، تنفیذ امری انشایی است و این گزاره با نظریه فقدان رضا همخوانی ندارد. این تفصیل در آثار برخی از فقهای معاصر نیز دیده می‌شود (موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۱۲/۴). نظریه استناد عقد به مالک، نه تنها ایرادات مطرح پیرامون نظریه فقدان رضا در باب تقدم مشروط بر شرط را ندارد، بلکه با قانونی دانستن حکم تنفیذ و اعطای آن از سوی قانون‌گذار، دربردارنده مزایای نظریه اداره عقد نیز می‌باشد. علاوه بر این، پذیرش نظریه استناد مسبب به مالک، مستلزم آن است که موضوع عقد فضولی را مال متعلق به دیگری بدانیم؛ چرا که در غیر این صورت، مسبب قابلیت استناد به مالک را نخواهد داشت. صورت سوم معاملات نیز مشمول نظریه اداره عقد قرار می‌گیرند؛ چرا که وجود اذن قانون‌گذار برای نفوذ آن‌ها و استناد به مالک کافی دانسته شده است. البته بدیهی است که صورت اخیر، تخصصاً از موضوع معاملات فضولی خارج است و تنها مشمول عنوان معامله مال غیر قرار می‌گیرد؛ چرا که اختیار مدیر فضولی ناشی از اذن قانون‌گذار است. بنابراین در حقوق انگلستان، دو مبنای «نماینده‌گی ناشی از تنفیذ» و «اداره عقد» به فراخور موضوع کارایی بیشتری داشته و در حقوق ایران، نظرات «فقدان رضا»، «استناد به مالک» و «اداره عقد» به ترتیب جهت عقود فضولی مراعی، موقوف و معاملات مال غیر محکوم به صحت، مقبولیت بیشتری دارند.

۲. آثار عملی مبنای منتخب

انتخاب مبنای «فقدان رضا» در عقود فضولی مراعی، و «استناد به مالک» در عقود فضولی موقوف، تنها جنبه نظری نداشته و آثار عملی بسیاری بر آن مترتب است که می‌تواند راهگشای بسیاری از پیچیدگی‌های موجود در ساختار قوانین ایران باشد. در ادامه اجماًلاً به بررسی برخی از این آثار خواهیم پرداخت.

۱-۲. رد و تنفیذ، امور انشایی یا رضای ساده

در حقوق انگلستان، تنفیذ باعث استناد خود عقد به مالک شده و از این رو، انشایی بودن تنفیذ را می‌توان مانند انشایی بودن عقد وکالت، مسلم دانست. در مورد رد اما مسئله کمی پیچیده است. در حقوق انگلستان، تنفیذ بعد از رد را منشأ اثر می‌دانند (Rochvarg, 1989: 320)؛ بنابراین رد به خودی خود، معامله پیشین را از بین نمی‌برد. یکی از دلایلی که برخی قضات برای درستی تنفیذ بعد از امتناع اصیل مطرح می‌کنند، این است که امتناع از تنفیذ، دقیقاً مانند امتناع از اعطای اختیار است و همان طور که اعطای اختیار پس از امتناع از آن ممکن است، تنفیذ بعد از آن نیز صحیح و معتبر است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۱).

در فقه امامیه، برخی از فقها بر این عقیده‌اند که اجازه جنبه انشایی نداشته و تنها اعلام ساده رضایت مالک است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۵۴۵). ایشان برای تقویت نظر خویش به آیاتی از قبیل «تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» استناد کرده‌اند. برخی دیگر از فقها با تحلیل فلسفی بحث، اجازه را متمم سبب (عقد فضولی) ندانسته و تنها آن را شرط تأثیر سبب می‌دانند. وجه استدلال ایشان به این نحو است که اگر اجازه را متمم سبب بدانیم، امری انشایی خواهد بود؛ ولی اگر رضایت مالک به جریان منشأ و استناد آثار به وی باشد، تنها یک رضای ساده تلقی می‌شود (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۳۵/۲). برخی از حقوق‌دانان نیز با تکیه بر مبانی فلسفی، امکان تسری امر انشایی به گذشته را محال دانسته‌اند (صفار و فتاحی، ۱۳۹۱: ۳۲). شرح این نظریه پیش از این و در قسمت «نظریه فقدان رضا» گذشت. ایراد این استدلال در آن است که معتقدان به انشایی بودن تنفیذ، تنفیذ را ملحق به عقد سابق نمی‌کنند؛ بلکه انشاء را موجب ایجاد یک رابطه بین مالک و آثار عقد سابق می‌دانند. تنفیذ خالق این رابطه است که مربوط به زمان حال است. بنابراین اشکال فوق وارد نخواهد بود. پیش از این دیدیم که فقهای قائل به نظریه «استناد به مالک» جهت تقویت نظر خود، مراحل اراده و طلب را به دقت تفکیک کرده‌اند. برخی از حقوق‌دانان اما بدون توجه به این تلاش دقیق، انشایی دانستن تنفیذ را ناشی از بی‌اعتنائی به تفکیک قصد و رضا دانسته‌اند:

«به کمک یک تحلیل ساده از مقررات مربوط به قصد و رضا در حقوق ما و جدایی نقش و آثار وجود و فقدان هر یک از آن دو، می‌توان به این نتیجه رسید که تنفیذ عقد غیر نافذ، وجود انشایی نداشته و حقیقت آن چیزی جز یک واقعه اعلام دارای آثار حقوقی نیست» (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۳).

در مقابل نظریه رضای ساده بودن تنفیذ، برخی از فقها و حقوق‌دانان اعتقاد به انشایی بودن آن دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۰۳). در واقع، اختلاف نظر فقها و حقوق‌دانان را می‌توان در انتخاب مبنای ایشان جهت توجیه حکم عدم نفوذ معامله فضولی دید. آنان که اعتقاد به نظریه فقدان رضا دارند، آن را امری ساده انگاشته، و آنان که حکم عدم فضولی را با نظریه استناد به مالک یا نمایندگی توجیه می‌کنند، قائل به انشایی بودن تنفیذ هستند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰/۱). به نظر می‌رسد با توجه به اختلاف مبانی حکم عدم نفوذ در انتقال مال غیر و انتقال مال موضوع حق غیر که در بالا به آن پرداخته شد، بتوان تنفیذ را در صورت نخست، امری انشایی و در صورت اخیر رضایت ساده به شمار آورد. پیش از این و با بررسی مواد قانون مدنی دیدیم که قانون‌گذار مدنی، گرایش آشکاری به نظریه استناد به مالک در عقود فضولی موقوف دارد. در عقود مراعی از قبیل معامله مال مرهونه، مرتهن هرچند ذی‌حق در مال مرهونه است، اما در صورت تنفیذ، عقد به وی مستند نشده و متعاملین، همان راهن و طرف معامله خواهند بود. بنابراین رضایت ذی‌حق، موجب امر اعتباری جدیدی نشده و انشایی تلقی نمی‌شود.

در انشایی بودن ماهیت رد، تردید جدی وجود ندارد. رد عقد، سبب زوال قابلیت انضمام رضایت به مالک می‌شود و دارای جنبه تأسیسی است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۶۹/۲). بداهت انشایی بودن رد تا حدی است که برخی از فقها به جای رد از واژه فسخ استفاده کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۷/۳). به نظر می‌رسد در مورد ماهیت رد نیز بتوان بین معامله مال غیر و معامله مال متعلق حق غیر، تمایز قائل شد. در صورت نخست، رد ماهیت انشایی دارد؛ اما در مورد اخیر باید دید که آیا طلق بودن مال از شروط معامله است یا متعلق حق غیر بودن از موانع محسوب می‌شود؟ در صورت نخست، رد انشایی بوده و اجازه بعد از آن مؤثر نخواهد بود؛ اما در صورت اخیر، اجازه بعد از رد مؤثر است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۲: ۲۸۷).

۲-۲ موضوع معامله فضولی

بنا بر آنچه گفته شد، در حقوق انگلستان معامله مال غیر توسط فضول چنانچه برای خود او باشد، تنها در موارد استثنائات قاعده "Nemo dat" صحیح بوده و اگر به نمایندگی از دیگری باشد، قابل تنفیذ از سوی غیر، مطابق با نظریه «نمابندگی ناشی از تنفیذ» است. در حقوق ایران و فقه امامیه اما حکم معامله مال غیر بدون اذن، عدم نفوذ است. در این راستا تفاوتی نمی‌کند که فضول برای خود معامله می‌کند یا برای مالک، و هر دو صورت را باید ذیل نظریه «استناد به مالک» توجیه نمود. پس از شناخت مبانی معامله مال غیر و عقود فضولی باید دید که اساساً چه اموری می‌توانند موضوع معاملات مذکور قرار گیرند؟ آیا این معاملات را می‌توان به عقودی که موضوع آن‌ها تعهد یا اذن است نیز تسری داد؟

از بررسی استثنائات مصرح قاعده "Nemo dat" در قوانین فروش کالا و عاملین پیداست که این استثنائات تنها در مورد اموالی جریان می‌یابد که قابل تصرف و مشخص باشد. حقوق دانان کامن‌لا، این استثنائات را تنها در مورد اعیان معین اعمال می‌کنند (Thomas, 2008: 39). این نتیجه منطقی، با نظریه «اداره عقد» و حمایت از خریدار با حسن نیت منطبق است. ماده ۱۹۷ قانون مدنی ایران نیز معامله فضول به مال غیر را به عین اختصاص می‌دهد. بررسی مفاد ماده ۱۹۶ آن قانون، در مقام بیان بودن ماده ۱۹۷ را تقویت می‌کند. توضیح آنکه قسمت اول ماده ۱۹۶ قانون مدنی، وضعیتی را بیان می‌کند که وکیل، قصد نمایندگی خود را فاش نساخته و شخص ثالث پس از معامله با شخصیت جدیدی که واقعاً موکل بوده است، روبه‌رو می‌شود. این ماده، حکم معامله را صحت دانسته و عقد را برای موکل می‌داند. بدیهی است که چنانچه شخصیت وکیل برای طرف قرارداد اهمیت داشته باشد، موضوع ذیل ماده ۲۰۱ قرار گرفته و قرارداد باطل است. بنابراین و با توجه به اهمیت شخصیت طرف عقد در عقود اذنی و عهدی (محسنی، ۱۳۹۰: ۳۹۹)، قسمت اول ماده ۱۹۷ را باید منصرف از این عقود دانست؛ برای مثال، اعمال این ماده راجع به عقد نکاح ممکن نیست. برای توجیه کاربرد قسمت مذکور، برخی حقوق دانان این ماده را ناظر به عقود معاوضی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۵۲/۱)؛ حال آنکه مخالفان به درستی عقود معاوضی را که عوضین یا یکی از آن‌ها کلی در ذمه

باشد، از شمول این ماده خارج و محکوم به بطلان می‌دانند (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۵۶۹/۲). توضیح آنکه مال کلی، امری اعتباری بوده و توسط متعاقدین اعتبار می‌شود؛ بنابراین اگر یکی بر ذمه الف و دیگری بر ذمه ب اعتبار کند، مطابقت بین قصد طرفین موضوعاً منتفی خواهد بود. برخی از حقوق‌دانان معتقدند که اگر در این صورت، طرفین معین نباشند، ملک بدون مالک محقق می‌شود که امری محال است (قنوازی، ۱۳۸۳: ۲۳۸). از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که فضول یا وکیل اگر مال کلی بر ذمه دیگری را معامله نمایند و سمت یا عدم اهلیت تصرف خود را پنهان نمایند، معامله به جهت عدم تطابق ایجاب و قبول باطل خواهد بود. بنابراین فرض ماده ۱۹۶ قانون مدنی تنها در موردی صادق است که مال متعلق به دیگری، عین معین یا کلی در ذمه باشد. به این نتیجه در ماده ۱۹۷ قانون مدنی تصریح شده است.

فرض فوق را چنین در نظر بگیرید که فضول، قصد خود را برای نمایندگی از غیر فاش می‌سازد و فضول بودن خود را پنهان می‌کند. مطابق با نظریه استناد به مالک، عقدی در عالم خارج، متعلق به شخصی، توسط فضول و اصیل شکل گرفته و این علاقه مورد قصد اصیل نیز بوده است. در اینجا نیز باید پذیریم که امکان تنفیذ توسط مالک وجود دارد؛ اما چنانچه فضول قصد نمایندگی خود را فاش نسازد، این حالت را باید همچون مواد ۱۹۶ و ۱۹۷ در مورد عین معین یا کلی در ذمه مجری دانست. تفاوت حقوق ایران و حقوق انگلستان در این مورد آن است که در حقوق انگلستان، فضول طرف عقد تلقی شده و مسئول اجرای قرارداد است؛ اما در حقوق ایران، اثبات قصد نمایندگی، فضول را از اجرای قرارداد معاف می‌کند، هرچند ممکن است از باب ضمان قهری مسئول شناخته شود.

ماده ۲۴۷ قانون مدنی نیز معاملات فضولی را مربوط به مال غیر می‌داند و نه اذن یا تعهد دیگری. در فقه امامیه، فقها موضوع معاملات فضولی را مال دیگری دانسته و از همین رو بر امکان جریان فضولی در اعیان کلی مناقشه کرده‌اند. برخی عین کلی بدون تعلق به ذمه را مال ندانسته (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۳/۱)، فلذا آن را قابل معامله توسط فضول نمی‌دانند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۲۹/۱). در مقابل، آنان که عین کلی پیش از اضافه به ذمه را مال می‌دانند، قائل به جریان فضولی در کلیات هستند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۶۷).

حق آن است که عین کلی پیش از تعلق به ذمه را مال ندانیم؛ چرا که مفاهیم انتزاعی، فاقد منفعت عقلایی بوده و در نزد عقلا مالیت ندارند. بنابراین محل اختلاف ایشان، موضوع مواد فوق‌الذکر یعنی «مال غیر» بودن موضوع معامله فضولی است. از طرف دیگر، عین بودن موضوع معامله فضولی، در مواردی که فضول برای خود معامله می‌کند، با نظریه «استناد به مالک» همخوانی بیشتری دارد؛ چرا که موضوع عقد، عین متعلق به غیر است و از آن رو که مالک بر مال خود حق دارد، می‌تواند اثر بالقوه عقد را به خود مستند کند؛ وگرنه چه دلیلی دارد سرنوشت عقد را به دست شخصی بسپاریم که عقد برای وی واقع نشده و علاقه‌ای نیز با موضوع عقد ندارد؟ در حقوق انگلستان اما با توجه به نظریه «نمایندگی ناشی از تنفیذ» و تسری قصد انشاء به گذشته، موضوع تنفیذ همانند موضوع وکالت می‌تواند اذن، فعل یا عین متعلق به دیگری باشد.

۳-۲. تسری تنفیذ به وقایع حقوقی و اعمال حقوقی ضمن جرم

پیش از این دیدیم که در حقوق انگلستان، برخی از وقایع حقوقی از قبیل شبه جرم قابل تنفیذ است. در حقوق ایران اگر نظریه «فقدان رضا» را به عنوان مبنای عدم نفوذ اعمال فضول بپذیریم، تسری تنفیذ به وقایع حقوقی ممکن نخواهد بود؛ چرا که رضا را به عنوان مرحله پیشینی قصد انشاء معرفی می‌کنند و قصد انشاء، ملازمه با عمل حقوقی بودن فعل فضول دارد. نظریه «استناد به مالک» اما می‌تواند توجیه‌کننده تنفیذ وقایع حقوقی باشد؛ چرا که وقایع حقوقی سبب آثار حقوقی تلقی شده و طبق نظریه فوق، این آثار می‌تواند با قصد مالک به وی منتسب شود. با توجه به وجود وقایع حقوقی قابل تنفیذ در فقه امامیه و حقوق ایران، این نظر تقویت می‌شود؛ برای مثال، ماده ۲۶۰ قانون مدنی قبض فضول را قابل تنفیذ می‌داند؛ این در حالی است که حقوق دانان قبض را واقعه حقوقی می‌دانند و نه عمل حقوقی (صفا، ۱۳۹۱: ۲۶). حقوق دانان در تفسیر حکم ماده ۶۲۱ راجع به اخذ مورد ودیعه به صورت قهری از مستودع، قبول در این ماده را به منزله تنفیذ دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶۳/۴)؛ حال آنکه بدیهی است که فعل مستودع با توجه به قهری بودن واقعه، عمل حقوق تلقی نمی‌شود. تنفیذ مودع در این ماده، عملی انشایی است که آثار قبض مال مباح توسط مستودع را به وی مستند می‌کند.

قبول نتیجه فوق در حقوق ایران، می‌تواند گامی بلند در تفکیک احکام مربوط به قوانین جزایی از احکام وضعی معاملات باشد. در فقه نیز موارد بسیاری در تفکیک حکم تکلیفی حرمت از حکم وضعی معاملات وجود دارد؛ از جمله حرمت تصرف غاصب در مال دیگری که حکم وضعی معامله وی لزوماً بطلان نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۳۷۱). بنابراین آن گونه که برخی پنداشته‌اند (اصغرزاده بناب، ۱۳۹۳: ۵۶)، بیع فضول برای خود را نمی‌توان به دلیل نهی قانون‌گذار و جرم بودن باطل دانست. این نتیجه را می‌توان به جرائمی از قبیل کلاهبرداری نیز تسری داد. منطقی نیست که دادستان مطابق با ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری و رأی وحدت رویه شماره ۵۲ به معامله‌ای ورود کرده و معامله‌ای را که از نظر قانون مدنی قابل فسخ می‌باشد، باطل اعلام کند. بنابراین جرم کلاهبرداری در مواردی که عمل حقوقی منعقد شده است، ملازمه با فساد آن عمل حقوقی ندارد (زراعت، ۱۳۹۳: ۹۴).

نتیجه‌گیری

بررسی تطبیقی مبانی معامله مال غیر و معاملات فضولی نشان می‌دهد که این معاملات بر خلاف آنچه برخی پنداشته‌اند، همیشه محل نظم عمومی نبوده و حتی گاهی نظم عمومی، پذیرش چنین معاملاتی را ایجاب می‌کند. به نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی ایران در انتخاب مبانی معامله فضولی موقوف، پیرو نظر فقهای متأخر بوده و نظریه استناد به مالک را پذیرفته است. ایرادات نظریه «فقدان رضا» بر این نظریه وارد نبوده و از سوی دیگر، نظریه استناد به مالک دارای بسیاری از امتیازات نظریه «اداره عقد» می‌باشد. از آثار عملی پذیرش این نظریه، انشایی دانستن رد و تنفیذ، اختصاص معاملات فضول برای خود به عین معین، و تسری امکان تنفیذ به وقایع حقوقی قصدی است. همچنین امکان تنفیذ عقد فضول توسط فردی که عقد برای وی واقع شده است را محدود به مواردی می‌داند که فضول قصد نمایندگی خود را فاش ساخته باشد. در حقوق انگلستان اما انتقال مال غیر برای خود و برای مالک، دارای دو مبنای جداگانه است؛ مورد نخست را استثنائاً صحیح دانسته و بر اساس مبنای «اداره عقد» توجیه می‌کنند. مورد اخیر را اما بر مبنای «نمایندگی ناشی از تنفیذ» قابل تنفیذ

می‌دانند. بررسی احکام و مبانی این دو نظام حقوقی، نشان از قوت استدلال در فقه امامیه و رجحان مبانی موجود در حقوق ایران دارد. از این رو بهتر است که قانون‌گذار جزایی ایران نیز با در نظر گرفتن این منبع شریف، در برخی احکام جرائم علیه اموال، از جمله دخالت مقام قضایی در معاملات سارق و استرداد عین در موارد کلاهبرداری (ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری) و سرقت (ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی) تجدیدنظر نماید.

کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریرالمجله*، تحقیق محمد ساعدی، قم، مرکز تحقیقات و الدراسات العلمیه، بی‌تا.
۲. اصغرزاده بناب، مصطفی، *معاملات فضولی و دعاوی ناشی از آن‌ها*، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب‌المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۴. باقری اصل، حیدر، *آثار عقد بیع*، تبریز، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۴ ش.
۵. پیرعطایی، علی، *نظریه اداره قرارداد*، تهران، ققنوس، ۱۳۸۸ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۷. همو، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۸. همو، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۹. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. خراطها، محمدطه، و سیدمصطفی سعادت مصطفوی، «کاشفیت یا ناقلیت اجازه معامله فضولی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران»، *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوقی*، سال دهم، شماره ۳۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۱. رشتی، میرزا حبیب‌الله بن محمدعلی، *کتاب‌الاجاره*، قم، نشر مؤلف، ۱۳۱۰ ق.
۱۲. زراعت، عباس، «بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر»، *فقه و اصول*، سال چهل و ششم، شماره ۹۸، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۱۴. همو، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ دهم، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. صابری، حسین، محمدرسول آهنگران، و سهند صادقی بهمنی، «بازپژوهشی فقهی - حقوقی پیرامون تفکیک قصد از رضا»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دوره پنجم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۶. صفار، محمدجواد، *قبض و اثر آن در عقود*، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.
۱۷. صفار، محمدجواد، و محمد فتاحی، *تفصیح معامله - ماهیت، شرایط، آثار*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۸. صفایی، سیدحسین، محمدعسی تفرشی، و جلیل قنواتی، «تحلیل نمایندگی ناشی از تفصیح در حقوق انگلیس، اسلام و ایران»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی (پژوهش‌های حقوق تطبیقی)*، دوره پنجم، شماره ۴ (پیاپی ۲۱)، زمستان ۱۳۸۰ ش.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، حاشیه مرتضی مطهری، تهران، صدرا، ۱۳۶۴ ش.
۲۰. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *حقائق‌الاصول*، چاپ پنجم، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۲۱. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه‌المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۲۲. عامری، پرویز، «مبانی اداره مال غیر در حقوق اسلام»، *رهنمون*، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۱ ش.
۲۳. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه‌المکاسب*، تحقیق عباس محمد آل سباع قلیفی، قم، دار المصطفی ع، لاجبء التراث، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. غروی نائینی، محمدحسین، *فوائد‌الاصول*، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.

۲۵. همو، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، تقرير موسى بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.
۲۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *اصول فقه شیعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۳۸۱ ش.
۲۷. قاسمی، محسن، *شکل‌گرایی در حقوق مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۸. قناتی، جلیل، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.
۲۹. کاتوزیان، امیرناصر، *ایقاع*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۳۰. همو، *عقود معین*، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۳۱. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۳۲. کریمی، عباس، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره هفدهم، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۳۳. محسنی، سعید، *اشتباه در شخص طرف قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، تهران، دانشگاه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۳۹۰ ش.
۳۴. محقق داماد، سیدمصطفی، «وضعیت حقوقی معامله فضولی مسبق به منع»، *تحقیقات حقوقی*، دوره هجدهم، شماره ۶۹، بهار ۱۳۹۴ ش.
۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قناتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پور فرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹ ش.
۳۶. مروج جزایری، سیدمحمدجعفر، *منتهی الدرایة فی توضیح الکفایه*، تقریر دروس محمدکاظم آخوند خراسانی، قم، دار الکتب، ۱۴۱۵ ق.
۳۷. همو، *هدی الطالب فی شرح المكاسب*، قم، دار الکتب، ۱۴۱۶ ق.
۳۸. مصلح، علی اصغر، «اعتبارات علامه طباطبایی، مبنای طرحی فلسفی برای فرهنگ»، *حکمت و فلسفه*، سال نهم، شماره ۴ (پیاپی ۳۶)، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۳۹. منتظری، حسینعلی، *نهایة الاصول*، تقریر دروس سیدحسین طباطبایی بروجردی، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۴۰. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *فقه مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
۴۲. همو، *کتاب البیع*، تقریر محمدحسن قدیری، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۴۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، داوری، ۱۳۷۷ ش.
۴۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق عباس قوچانی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۴۵. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی»، *حقوق خصوصی*، دانشگاه تهران، دوره دهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۴۶. نقیبی، سیدابوالقاسم، و الهام مغزی نجف‌آبادی، «نظریه واقعه حقوقی بودن ماهیت تنفیذ در فقه و حقوق ایران»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دوره یازدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۴۷. وروایی، اکبر، «جرم انتقال مال غیر»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، دوره شصت و ششم، شماره پیاپی ۵۲۰، زمستان ۱۳۸۳ ش.

48. Bevan, Chris, "The doctrine of benefit and burden: reforming the law of covenants and the numerus clausus 'problem'", *Cambridge Law Journal*, Vol. 77(1), 2018.

49. Burdick, Francis Marion, *The Law of Torts: A Concise Treatise on the Civil Liability at Common Law and Under Modern Statutes for Actionable Wrongs to Person and Property*, Washington, D.C., Beard Books, 2000.
50. Chen-Wishart, Mindy, *Contract Law*, New York, Oxford University Press, 2018.
51. Dalley, Paula J., "A Theory of Agency Law", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72(3), 2011.
52. Furmston, Michael Philip & Geoffrey Chevalier Cheshire & Cecil Herbert Stuart Fifoot, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, New York, Oxford University Press, 2012.
53. Holdsworth, William Searle, *A History of English Law*, Methuen & Company, 1903.
54. Huffcut, Ernest Wilson, *Elements of the Law of Agency*, Washington D.C., Beard Books, 1999.
55. Kim, Nancy S., "Relative Consent and Contract Law", *Nevada Law Journal*, Vol. 18(1), 2017.
56. Lewis, William Draper, "The Liability of the Undisclosed Principal in Contract", *Columbia Law Review*, Vol. 9(2), 1909.
57. McKendrick, Ewan, *Contract Law*, Macmillan International Higher Education, 2017.
58. Müller-Freienfels, Wolfram, "The Undisclosed Principal", *Modern Law Review*, Vol. 16(3), 1953.
59. Munday, Roderick, *Agency: Law and Principles*, New York, Oxford University Press, 2010.
60. Rasmusen, Eric Bennett, "Agency Law and Contract Formation", *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, No. 323, 2001.
61. Rochvarg, Arnold, "Ratification and Undisclosed Principals", *McGill Law Journal*, Vol. 34(2), 1989.
62. Sargent, Mark A. & Arnold Rochvarg, "A Reexamination of the Agency Doctrine of Election", *University of Miami Law Review*, Vol. 36(3), 1982.
63. Seavey, Warren A., "The Rationale of Agency", *The Yale Law Journal*, Vol. 29(8), 1920.
64. Sihombing, Judith E., *Goods: Sales and Securities*, Hong Kong, Hong Kong University Press, 1997.
65. Thomas, Sean Rhys, "The Origins of the Factors Acts 1823 and 1825", *The Journal of Legal History*, Vol. 32(2), 2011.
66. Thomas, Sean Rhys, *A 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*, Manchester, University of Manchester, 2008.