

دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

قواعد فقه

سال تحصیلی 1402-1403

نیمسال اول

دکتر میرقاسم جعفرزاده

طرح کلی درس

در این ترم تحصیلی دو قاعده مهم فقهی و پر کاربرد و چالشی در حقوق موضوعه یعنی قاعده عدم نفوذ اعمال حقوقی فضول و قاعده ضمان مقبوض به عمل حقوقی فاسد از نگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه انتخاب شده است.

در خصوص قاعده نخست سه مساله بنیادین مبنای گفتگوست. نخست مفهوم شناسی فضول و اعمال حقوقی فضول و دامنه کاربرد آن در فقه و حقوق موضوعه، دوم وضعیت فقهی و حقوقی اعمال حقوقی فضول و سوم تحلیل فقهی-حقوقی آثار معاملات فضولی. در کنار این سه موضوع بنیادین جایگاه قاعده در حقوق اموال فکری به مناسبت طرح و تطبیق می‌گردد.

در خصوص این قاعده از چند متن فقهی پراکنده از فقهای متعدد استفاده خواهد شد. نخستین متن متعلق به مرحوم شیخ الفقها مرتضی انصاری به نام کتاب المکاسب است. متن دیگر متعلق به فقیه معاصر یعنی انوارالفقاهه آقای ناصر مکارم شیرازی انتخاب شده است. البته به موازات مباحث به آرای دیگر فقهای قدیم و متاخر و معاصر نیز حسب مورد استناد خواهد شد.

همانند قاعده نخست، در خصوص قاعده دوم نیز سه پرسش و موضوع اصلی مبنای گفتگوست. نخست مفهوم شناسی ضمان و عهده داری و انواع آن در فقه و حقوق موضوعه، دوم تحلیل فقهی-حقوقی حق بر عهده به سبب فساد عقد و سوم مبانی حقوقی-شرعی عهده داری به سبب فساد عقد. در کنار این سه موضوع بنیادین جایگاه عهده داری به فساد عقود اموال فکری محور نیز به مناسبت طرح می‌گردد.

برای طرح این موضوعات نیز از چند متن فقهی پراکنده از فقهای متعدد استفاده خواهد شد. نخستین متن متعلق به مرحوم شیخ مرتضی انصاری یعنی کتاب المکاسب است. دومین متن متعلق به مرحوم میر فتاح مراغه ای از فقهای قرن دوازدهم یعنی کتاب العناوین و دیگری متعلق به آقای ناصر مکارم شیرازی یعنی کتاب القواعد الفقهیه، جلد دوم و کتاب انوار الفقاهه جلد دوم است.

متد بحث

شیوه بحث طرح اجمالی پرسشهای خرد و کلان در حقوق موضوعه داخلی و خارجی و عرضه و تطبیق آن بر آرای فقیهان امامیه با هدف شناسایی نقاط قوت و ضعف و اظهارنظر جدید است. به بیان دیگر، ابتدا مفهوم، دامنه، آثار و مبنای نظری قاعده موضوع بحث در حقوق موضوعه تبیین و آنگاه همین محورها به فقه عرضه و پس از شناسایی دو رویکرد، دیدگاههای حقوق موضوعه با دیدگاههای فقهی مقایسه و سرانجام بر اساس معیارهای کارامدی، اخلاقی و اقتصادی مورد سنجش و ارزیابی قرار میگیرد. ضمناً، به هنگام تبیین رویکرد حقوقی، علاوه بر حقوق ایران حقوق دیگر کشورها مخصوصاً حقوق انگلستان و امریکا نیز به موازات طرح و مقایسه میگردد.

قاعده عدم نفوذ معامله بمال الغير

معامله با مال غیر یکی از چالشی ترین مسایل حقوق معاملات است. به لحاظ تاریخی، این مساله با تولد حقوق بیع متولد و رفته رفته در سایر معاملات کالا محور توسعه یافت. به لحاظ تاریخی این مساله در هر سه نظام حقوقی رومی_ ژرمنی، کامن لایی و اسلامی واجد سابقه ای کهن و همراه با بحثهای نظری جالب در حقوق بیع خصوصا و حقوق معاملات عموما می باشد. با این وجود، بر خلاف دو نظام حقوقی نخست، تحلیلهای نظری متفاوت و راه حل حقوقی شگفت انگیزی در حقوق اسلام خصوصا در فقه امامیه مشاهده میشود که در هر دو نظام حقوقی بزرگ مزبور فاقد سابقه است! علاوه بر این، دامنه شمول این قاعده در فقه بسیار گسترده و آثار حقوقی آن در فقه با این دو نظام حقوقی دیگر نیز کاملا متفاوت به نظر میرسد.

اضافه بر این، با ظهور تجارت خدمات و دانش دامنه این پرسش چالشی تر نیز شده است. زیرا، علاوه بر مناسبات تجاری داخلی در مناسبات تجاری بین المللی نیز مشکل آفرین شده است. همچنین، علیرغم قاعده سازیهای غنی در سطح حقوق داخلی و بین المللی، این پرسش همچنان تازه و نیازمند باز خوانی نظری و کاربردی در حقوق معاملات سنتی و مخصوصا معاملات دانش محور می باشد.

نظر به اهمیت نظری و کاربردی این قاعده در حقوق موضوعه و فقه، ابتدا مفهوم و جایگاه این قاعده و سپس دامنه و قلمرو آن در گفتار نخست و در ادامه آثار آن در در حقوق موضوعه اعم از حقوق ایران، چند نظام حقوقی متأثر از دو تفکر کامن لایی و رومی ژرمنی در گفتار دوم به اختصار طرح و سپس همین محورها براساس آرای فقیهان نیز بررسی و آنگاه هر سه سیستم به اجمال مقایسه و ارزیابی و در پایان جایگاه این قاعده در تجارت اموال فکری در همه سیستمهای حقوقی در گفتار سوم مورد بحث، تحلیل و ارزیابی قرار میگیرد.

گفتار نخست:

مفهوم و جایگاه قاعده معامله به مال غیر

همانطوریکه در ادامه نشان داده میشود، قاعده معامله با مال غیر در هر دو خانواده حقوقی مهم و الهام بخش دنیای معاصر یعنی نظام حقوق رومی ژرمنی و کامن لایی سابقه دیرینه دارد. علاوه بر این، در حقوق اسلامی نیز قدمت این قاعده به قرون اولیه تکون فقه استدلالی برمیگردد. با این وجود، تفاوتها بین دو تفکر حقوق موضوعه کلاسیک و فقه شگفت انگیز است. همانطوریکه ذیلا نشان داده خواهد شد، برخلاف فقه، در حقوق موضوعه معاملات فضولی اولاً به نحو کلی مورد توجه قرار گرفته و ثانیاً شواهد عمدتاً ناظر به فرض معامله با مال غیر برای فضول است نه مالک اصلی. و ثالثاً، ادعاهای ثالث به تفکیک مورد توجه و، همانطوریکه در بخش آثار طرح خواهد شد، ضمانت اجرای متفاوت برای هر یک از ادعاها پیش بینی شده است. ظاهراً، از منظر حقوق موضوعه اولاً فروض چهارگانه موضوع بحث در فقه فاقد اثر حقوقی در حقوق بوده و به همین جهت هرگز تفکیک مورد توجه قرار نگرفته است. و ثانیاً، به اقتضای منطق حقوقی، اخلاقی و کارامدی مواجهه فقهی با ادعاهای متفاوت از سوی ثالث نباید در حکم واحد باشد. به همین جهت، همانطوریکه در ادامه و در گفتار آثار نشان داده خواهد شد، سیاستهای حمایتی قانونگذاران در مواجهه با تعارض منافع ثالث و متعامل اصیل متفاوت و بر همین مبنا ضمانت اجرای متفاوت مقرر شده است.

به منظور امکان مقایسه و ارزیابی دو تفکر فقهی و حقوقی، ذیلاً، مفهوم و جایگاه این تاسیس حقوقی در حقوق خارجی، حقوق تجارت بین الملل و حقوق ایران، به اختصار توصیف و سپس جایگاه موضوع از نگاه فقیهان طرح و در انتها با رویکرد حقوق موضوعه مقایسه و ارزیابی میشود.

1- حقوق موضوعه

1-1- حقوق کامن لا و رومی ژرمنی

همانطوریکه ذیلا نشان داده میشود، در اغلب نظامهای حقوقی متأثر از هر دو خانواده حقوقی مزبور قاعده معامله با مال غیر، خواه صریحاً و یا به نحو ضمنی، هم در بخش قواعد عمومی قراردادها و هم در رابطه با قرارداد فروش طرح و ضمن بیان وضعیت حقوقی معاملات فضولی به آثار حقوقی این نوع معاملات در رابطه با طرفین معامله از یک سو و ثالث با طرفین از سوی دیگر به تفصیل توجه شده است.

ذیلاً مفهوم و جایگاه و شمول این قاعده و وضعیت حقوقی معاملات فضول در چند نظام حقوقی متأثر از این دو خانواده حقوقی به اختصار بیان و در ادامه با حقوق ایران و موضع فقیهان مقایسه میگردد.

1-1-1- حقوق کامن لا

با اینکه نظام حقوقی کشورهای متعددی متأثر از خانواده بزرگ نظام حقوقی کامن لا می باشد، ولی توجهها به اینکه مبدا نظام و تفکر کامن لایی از انگلستان آغاز و با کوشش آمریکاییها توسعه و تحول گسترده ای پیدا کرده است لذا ذیلاً تنها به موضع حقوقی دو کشور انگلستان و آمریکا با تفصیل بیشتر اشاره و موضع حقوقی دیگر کشورهای عضو این خانواده یعنی کانادا، استرالیا، نیوزلند، هند و مالزی نیز حسب مورد اشاره میشود!

الف- انگلستان

در کامن لا انگلیسی اصل کلی، ممنوعیت انتقال اموال دیگران است. این اصل تحت قاعده عام "هیچکس نمیتواند بیشتر از آنچه مالک است، به دیگران انتقال دهد" توصیف میشود. طبق این قاعده، شخص فاقد حق مالکیت یا فاقد اجازه از طرف مالک یا قانونگذار نمی تواند همانند یک مالک رفتار نموده و اقدام به انعقاد قرارداد و قبض و اقباض مورد معامله نماید.

از این قاعده با عبارت لاتین *nemo dat quod non habet* یا **"No one can give better title than he himself has"** توصیف میگردد. این قاعده در بند 1 ماده 21 قانون بیع سال 1979 انگلیس تحت عنوان "انتقال مالکیت" به شرح زیر منعکس شده است.

Section 21: Sale by Person not the Owner

(1)- Subject to this Act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, **the buyer acquires no better title to the goods than the seller had**, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell.

"جز در مواردی که در این قانون به صراحت مقرر گردید، چنانچه شخصی غیر مالک و یا فاقد اذن قانونی و یا رضای

مالکی مال متعلق به مالکی را بفروشد خریدار آن مال حق مالکیتی بهتر از آنچه فروشنده نسبت به آن مال دارد بدست

نمیآورد مگر آنکه مالک آن مال به نحوی رفتار نماید که مجاز به انکار اختیار فروشنده در فروش مال نباشد."

همانطوریکه تهیه کننده پیش نویس قانون بیع انگلستان در سال 1893 یعنی پورفسور چالمر ادعا نموده است، این ماده قانونی اولاً سابقه طولانی در حقوق کامن لا داشته و ثانیاً اختصاص به عقد بیع نیز ندارد لذا با عنایت به این مقرر می توان بر این باور بود که در تفکر کامن لایی انگلیسی معامله با مال غیر علی الاصول باطل است مگر حسب مورد مصداق استثنائات مورد پذیرش در این سیستم واقع گردد. بر این اساس، این دیدگاه با رویکرد فقیهان طرفدار بطلان شباهت بیشتری دارد! ثالثاً، عبارت پایانی مقرر فوق نشان میدهد در حقوق انگلیس همانند فقه در فرض رضای باطنی مالک، معامله خارج از عنوان معاملات فضول بوده و مشمول معاملات شخص مالک می باشد. همچنین، از این مقرر و دیگر مواد این قانون استفاده میشود از نظر قانونگذار انگلیسی فروض سه گانه مورد نظر فقیهان خصوصیتی نداشته و برعکس فقیهان رایجترین مصداق همان فرض سوم است نه اول!

اضافه بر اصل اولیه بطلان معامله با مال غیر، ادعاهای ثالث نسبت به مال مورد معامله نیز مورد توجه قانونگذار واقع و بسته به نوع ادعا وضعیت معامله و ضمانت اجرا متفاوت می باشد. در حقوق کامن لا این تفاوت به خوبی در قانون موضوعه و رویه قضایی و دکترین مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان نمونه یکی از حقوق دانان انگلیسی به نام آقای Noel Byrne مستنداً به ماده 76 قانون اموال سال 1925 اصلاحی سال 1994 انگلیس اشکال این ادعا در عقود ناقله را چنین توصیف می نماید.

- (i) The assignor has full power to assign, ادعای مالکیت
- (ii) The assignee will have quite enjoyment of the property assigned (this is not implied by the 1994 Act), ادعای مزاحمت
- (iii) The assignment is made free from any encumbrances, and ادعای ممانعت
- (iv) The assignor will do what is reasonably required at the assignee's cost to further assure (or perfect) the assignee's title to the property. (Ibid., p. 201).

همچنین، آثار و ضمانت اجرای این نوع ادعا در حقوق بیع انگلیسی در ماده 12 قانون بیع سال 1979 این کشور تطبیق داده شده است.

(1) In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is an implied on the part of the seller that in the case of a sale he has a right to sell the goods, and in the case of an agreement to sell he will have such a right at the time when the property is to pass.

(2) In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is also an implied that (a) the goods are free, and will remain free until the time when the property is to pass, from any charge or encumbrance not disclosed or known to the buyer before the contract is made, and (b) the buyer will enjoy quiet possession of the goods except so far as it may be disturbed by the owner or other person entitled to the benefit of any charge or encumbrance so disclosed or known. (3) This subsection applies to a contract of sale in the case of which there appears from the contract or is to be inferred from its circumstances an intention that the seller should transfer only such title as he or a third person may have. (4) In a contract to which subsection (3) above applies there is an implied that all charges or encumbrances known to the seller and not known to the buyer have been disclosed to the buyer before the contract is made. (5) In a contract to which subsection (3) above applies there is also an implied that none of the following will disturb the buyer's quiet possession of the goods, namely (a) the seller; (b) in a case where the parties to the contract intend that the seller should transfer only such title as a third person may have, that person; (c) anyone claiming through or under the seller or that third person otherwise than under a charge or encumbrance disclosed or known to the buyer before the contract is made. As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (1) above is a condition and the terms implied by subsections (2), (4) and (5) above are warranties.]. (6) Paragraph 3 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 18 May 1973. This section does not apply to a contract to which Chapter 2 of Part 1 of the Consumer Rights Act 2015 applies (but see the provision made about such contracts in section 17 of that Act).]

بر خلاف حقوق انگلیس، جایگاه این قاعده در حقوق آمریکا به ظاهر مبهم است. با اینکه موسسه حقوقی آمریکا قواعد عمومی قراردادهای¹ در حقوق قراردادهای ایالات متحده را در 385 ماده مستقل جمع آوری نموده است، ولی به این قاعده

¹ - نظر به پیچیدگی ساختار حقوق قراردادهای ایالات متحده آمریکا و نقش نهادها و موسسات آمریکایی در تدوین و جمع آوری قواعد کامن لایی و ارائه پیشنهادات حقوقی به تمام ایالات ذیلا به اختصار این سازوکار و نقش آن در حقوق قراردادهای آمریکایی به اختصار معرفی میشود:

In [American jurisprudence](#), the *Restatements of the Law* are a set of treatises on legal subjects that seek to inform judges and lawyers about general principles of [common law](#). There are now four series of *Restatements*, all published by the [American Law Institute](#), an organization of judges, legal academics, and practitioners founded in 1923. Individual Restatement volumes are essentially compilations of [case law](#), which are common law judge-made doctrines that develop gradually over time because of the principle of *stare decisis* (precedent). Although Restatements of the Law are no [binding authority](#) in and of themselves, they are highly [persuasive](#) because they are formulated over several years with extensive input from law professors, practicing attorneys, and judges. They are meant to reflect the consensus of the American legal community as to what the law is, and, in some cases, what it should become. In the period between 1923 and 1944, the American Law Institute published Restatements of Agency, Conflict of Laws, Contracts, Judgments, Property, Restitution, Security, Torts, and Trusts. This series was later expanded in 2015 and 2019 with publication of the Restatements of Employment Law and Liability Insurance respectively. Projects are currently underway to further expand the series by drafting Restatements on the Law of American Indians, Charitable and Nonprofit Organizations, Children and the Law, Consumer Contracts, Copyright, Corporate Governance, and U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration.

In 1952, the Institute started the Restatement, Second — updates of the original Restatements with new analyses and concepts with and expanded authorities. (A Restatement on Foreign Relations Law of the United States was also undertaken.) The second Restatement of the Law was undertaken to reflect changes and developments in the law, as well as to implement a new format that provided more expansive commentary and more meaningful illustrative material, affording fuller statements of the reasons for the positions taken. For example, the volumes generally included a set of Reporter's Notes that detailed the reasons on which the principles and rules stated were based and the authorities that supported them. And for the convenience of legal researchers, the second series of volumes also provided cross-references to the key numbers of the West Publishing Company's Digest System and to the *American Law Reports* annotations of the Lawyers Cooperative Publishing Company. In addition, appendix volumes included digest paragraphs of decisions of state appellate courts and federal courts citing the Restatements on each subject.

The third series of Restatements was started in 1987 with a new Restatement of the Foreign Relations Law of the United States. The Restatement, Third, now includes volumes on Agency, the Law Governing Lawyers, Property (Mortgages, Servitudes, Wills and Other Donative Transfers), Restitution and Unjust Enrichment, Suretyship and Guaranty, Torts (Products Liability, Apportionment of Liability, Economic Harm, and Physical and Emotional Harm), Trusts, and Unfair Competition. New Restatement projects are currently underway as part of the Restatement, Third, series on Conflict of Laws and Torts (Defamation and Privacy, Intentional Torts to Persons, Remedies, and Concluding Provisions).

A volume on the Foreign Relations Law of the United States, released in 2018, was the first in the Restatement, Fourth, series to be completed; however, rather than being a complete update to the previous volume from the third series on the same subject, it is instead limited to selected topics in treaties, jurisdiction, and sovereign immunity. Other new projects are currently underway as part of the Restatement, Fourth, series on Property.

Current versions

1. [Restatement of Agency, Third](#) (2006)

نه صراحتاً و نه تلویحاً اشاره ای ننموده است. همچنین، با اینکه همین موسسه قواعد عمومی قراردادهای تجاری و مخصوصاً قواعد عام حقوق بیع و اجاره را در سه مجموعه مقررات مستقل یعنی مواد 1، 2 و 2 الف² جمع اوری نموده

2. Restatement of Conflict of Laws, Second (1971; revised 1986 and 1988)

3. [Restatement of Contracts, Second](#) (1981).

The **Restatement (Second) of the Law of Contracts** is a legal treatise from the second series of the [Restatements of the Law](#), and seeks to inform judges and lawyers about general principles of [contract](#) common law. It is one of the best-recognized and frequently cited legal treatises in all of [American jurisprudence](#). Every first-year law student in the United States is exposed to it, and it is a frequently cited [non-binding authority](#) in all of U.S. [common law](#) in the areas of contracts and commercial transactions. It is a work without peer in terms of overall influence and recognition among the bar and bench, The [American Law Institute](#) began work on the second edition in 1962 and completed it in 1979; the version in use at present has a copyright year of 1981.

4. Restatement of Employment Law (2015)

5. Restatement of Foreign Relations Law of the United States, Third (1987); some topics superseded by Restatement of Torts, Foreign Relations Law of the United States, Fourth)

6. Restatement of Foreign Relations Law of the United States, Fourth (2018); limited to selected topics in treaties, jurisdiction, and sovereign immunity)

7. Restatement of Judgments, Second (1982)

8. Restatement of Law Governing Lawyers, Third (2000)

9. Restatement of Liability Insurance (2019)

10. Restatement of Property (1936–40; mostly superseded by Restatement of Property, Second and Third volumes)

11. Restatement of Property, Second, Landlord and Tenant (1977)

12. Restatement of Property, Third, Mortgages (1997)

13. Restatement of Property, Third, Servitudes (2000)

14. Restatement of Property, Third, Wills and Other Donative Transfers (1999, 2003, and 2011)

15. Restatement of Restitution and Unjust Enrichment, Third (2011)

16. Restatement of Security (Division I largely superseded by the Article 9 of the [Uniform Commercial Code](#); Division II entirely superseded by Restatement of Suretyship and Guaranty, Third)

17. Restatement of Suretyship and Guaranty, Third (1996)

18. [Restatement of Torts, Second](#) (1965, 1977, and 1979; some sections superseded by Restatement of Torts, Third)

19. Restatement of Torts, Third, Apportionment of Liability (2000)

20. Restatement of Torts, Third, Liability for Economic Harm (2020)

21. Restatement of Torts, Third, Liability for Physical and Emotional Harm (2009 and 2012)

22. Restatement of Torts, Third, Products Liability (1998)

23. Restatement of Trusts, Third (2003, 2007, and 2012)

24. Restatement of Unfair Competition, Third (1995)

² - همانند حقوق قراردادهای، حقوق معاملات تجاری یا عقود معین در آمریکا نیز پیچیدگی مختص خود دارد. نظر به سنتهای حقوقی متفاوت در هر یک از ایالات متحده آمریکا از یک سو و عدم مداخله قانونگذار فدرالی در این حوزه از سوی دیگر، اختلافات حقوقی بین ایالات قابل توجه است. به همین جهت موسسه حقوقی آمریکا از دهه 1950 میلادی به تدریج در این حوزه مداخله و با جمع اوری قواعد حقوقی حاکم بر مهمترین معاملات تجاری کالا محور، خدمات محور و فناوری محور پیش نویسهای قانونی متعددی تحت عنوان AUCC Article تهیه و به ایالات متحده جهت تأیید و تصویب در چارچوب اختیارات حقوقی ایالتی پیشنهاد داده است. یکی از مهمترین پیش نویسها ماده 2 ناظر به قرارداد بیع تحت عنوان AUCC Article 2-Sales می باشد. ذیلاً کوششهای این موسسه در این حوزه به اختصار معرفی میگردد.

The **Uniform Commercial Code (UCC)**, first published in 1952, is one of a number of [Uniform Acts](#) that have been established as law with the goal of harmonizing the laws of sales and other commercial

است، ولی همانند قانون بیع انگلیس به این قاعده صراحتاً اشاره نکرده است بلکه تنها به آثار و لوازم این قاعده در ماده 313 اشاره نموده است.

این ابهام احتمالاً ناشی از وضعیت خاص این نظام حقوقی است. زیرا، حقوق آمریکا به دو بخش حقوق فدرالی و حقوق ایالتی تقسیم میگردد. حقوق فدرالی محصول قانونگذاری توسط کنگره و سنا و رویه قضایی محاکم فدرالی است. دامنه این نظام حقوقی محدود به اختیارات مندرج در قانون اساسی است. در حالیکه حقوق ایالتی به تعداد ایالات پنجاه گانه متفاوت است. این تفاوت نیز ریشه در سنتهای حقوقی این ایالات دارد. زیرا، برخی متأثر از نظام رومی ژرمنی و اغلب هم متأثر از نظام حقوقی کامن لست. از قضا حوزه حقوق اموال و معاملات بیشتر متأثر از تفکر کامن لایی بوده و قانونگذار فدرالی در این حوزه اساساً مداخلاتی نداشته است. به همین جهت، برای اطلاع از جایگاه این قاعده باید به سنتهای حقوقی نظام کامن لایی ایالات متعدد آمریکا مراجعه گردد.

با این وجود، رد و پای این قاعده به نحو ضمنی در قوانین نمونه تهیه شده توسط موسسه حقوقی آمریکا (ALI) در حقوق معاملات تجاری قابل شناسایی است. مثلاً، با ملاحظه بند 1 از بخش 403 از ماده 2 ناظر به قرارداد بیع تحت عنوان **Power to Transfer; Good Faith Purchase of Goods; "Entrusting"** میشود تلویحاً جایگاه این قاعده را شناسایی نمود.

(1) A purchaser of goods acquires all title which his transferor had or had power to transfer except that a purchaser of a limited interest acquires rights only to the extent of the interest purchased. A person with voidable title has power to transfer a good title to a good faith purchaser for value.

transactions across the United States through [UCC adoption](#) by all 50 [states](#), the [District of Columbia](#), and the [Territories of the United States](#). While largely successful at achieving this ambitious goal, some U.S. jurisdictions (e.g., [Louisiana](#) and [Puerto Rico](#)) have not adopted all of the articles contained in the UCC, while other U.S. jurisdictions (e.g., [American Samoa](#)) have not adopted any articles in the UCC. Also, adoption of the UCC often varies from one U.S. jurisdiction to another. Sometimes this variation is due to alternative language found in the official UCC itself. At other times, adoption of revisions to the official UCC contributes to further variation. Additionally, some jurisdictions deviate from the official UCC by tailoring the language to meet their unique needs and preferences. Lastly, even identical language adopted by any two U.S. jurisdictions may nonetheless be subject to different [statutory interpretations](#) by each jurisdiction's courts.

برخلاف مجموعه قواعد عمومی کامن لایی، مجموعه قواعد عمومی حاکم بر عقود تجاری تاکنون در 9 ماده به تدریج منتشر شده است. البته در اکتبر سال 2022 پیش نویس ماده 12 نیز تحت عنوان **CONTROLLABLE ELECTRONIC RECORDS** نیز منتشر شده است.

از ظاهر این ماده استفاده میشود فروشنده فاقد حق مالکانه و یا اختیار قانونی قادر به انتقال مالکیت مبیع به خریدار نیست. به بیان دیگر، خریدار بیشتر از آنچه فروشنده دارد بدست نمی آورد مگر در فرضی که خریدار با حسن نیت باشد.

ج - حقوق استرالیا:

همین مقررہ با اندک تفاوت در ماده 26 قانون بیع استرالیا نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

Sale by person not the owner: (1) Subject to this Act, if goods are sold by a person who is not the owner of them and does not sell them under the authority or with the consent of the owner, *the buyer does not acquire a better title to the goods than the seller had* unless the owner of the goods is, by the owner's conduct, precluded from denying the seller's authority to sell.

د - حقوق کانادا (ایالت بریتیش کلمبیا):

همین مقررہ با اندک تفاوت در ماده 26 قانون بیع ایالت بریتیش کلمبیا در کانادا نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

26- Sale by person not owner:

(1) Subject to this Act, if goods are sold by a person who is not the owner of them, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, *the buyer acquires no better title to the goods than the seller had*, unless the owner's conduct precludes the owner from denying the seller's authority to sell.

ذ - حقوق نیوزیلند

همین مقررہ با اندک تفاوت در ماده 23 قانون بیع نیوزیلند نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

23 Sale by person not the owner

(1) Subject to the provisions of this Act, where goods are sold by a person who is not the owner thereof, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, *the buyer acquires no better title to the goods than the seller had*, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell.

ر - حقوق هند:

همین مقررہ با اندک تفاوت در مادہ 27 قانون بیع ہند نیز مورد پذیرش قرار گرفتہ است.

27. Sale by person not the owner:

Subject to the provisions of this Act and of any other law for the time being in force, where goods are sold by a person who is not the owner thereof and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, ***the buyer acquires no better title to the goods than the seller had***, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell: Provided that, where a mercantile agent is, with the consent of the owner, in possession of the goods or of a document of title to the goods, any sale made by him, when acting in the ordinary course of business of a mercantile agent, shall be as valid as if he were expressly authorised by the owner of the goods to make the same; provided that the buyer acts in good faith and has not at the time of the contract of sale notice that the seller has not authority to sell.

ز - حقوق مالزی

همین مقررہ با اندک تفاوت با حقوق بیع ہند در مادہ 27 قانون بیع مالزی نیز مورد پذیرش قرار گرفتہ است.

27 Sale by person not the owner.

(1) Subject to this Act and of any other law for the time being in force, where goods are sold by a person who is not the owner thereof, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, ***the buyer acquires no better title to the goods than the seller had***, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell: Provided that where a mercantile agent is, with the consent of the owner, in possession of the goods or of a document of title to the goods, any sale made by him when acting in the ordinary course of business of a mercantile agent shall be as valid as if he were expressly authorized by the owner of the goods to make the same; provided that

the buyer acts in good faith and has not at the time of the contract of sale notice that the seller has no authority to sell.

حقوق پاکستان:

Sale by person not the owner:

Subject to the provisions of this Act and of any other law for the time being in force, where goods are sold by a person who is not the owner thereof and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell: Provided that, where a mercantile agent is, with the consent of the owner, in possession of the goods or of a document of title to the goods, any sale made by him, when acting in the ordinary course of business of a mercantile agent, shall be as valid as if he were expressly authorised by the owner of the goods to make the same; provided that the buyer acts in good faith and has not at the time of the contract of sale notice that the seller has no authority to sell. (**Sale of Goods Act 1930, section 27 Transfer of Title:**)

2-1-1 - حقوق رومی-ژرمنی

در این خانواده حقوقی همانند خانواده کامن لایی این قاعده ریشه در حقوق روم داشته و معادل حقوق رومی این قاعده عبارت است از:

Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet rule, which means "one cannot transfer to another more rights than they have".

به موجب این قاعده رومی هیچ کس بیشتر از آنچه در اختیار دارد به دیگر منتقل نمیکند. به همین جهت، فصول فاقد سمت حقوقی در معاملات به دلیل عدم حق مالکانه و اجازه از مالک چون چیزی در اختیار ندارد

عمل حقوقی ایشان اساساً منجر به انتقال حقی به طرف دیگر نمیشود هر چند هر دو قصد جدی حقوقی بر انتقال داشته باشند!

جهت انعکاس جایگاه این قاعده در حقوق کشورهای متأثر از این خانواده حقوقی به موضع حقوقی چند کشور متأثر از این نظام حقوقی یعنی حقوق فرانسه، حقوق مجارستان و حقوق چین و چند کشور دیگر به اختصار میشود. همانطوریکه ذیلاً نشان داده خواهد شد، در این چند کشور قاعده فوق الذکر به صراحت در قوانین مدنی مورد اشاره قرار گرفت. البته در حقوق مدنی دیگر کشورهای اروپای قاره ای و یا نظامهای حقوقی متأثر از این تفکر حقوقی نیز این قاعده صراحتاً و یا تلویحاً مورد اشاره قرار گرفته ولی جهت پرهیز از اطاله بحث از ذکر آنها خودداری و توصیه به مراجعه شخصی میشود!

الف - حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه نیز اصل کلی غیرقابل انتقال بودن مال غیر به عنوان اصلی عام مورد پذیرش واقع شده است. این قاعده کلی در ماده 1599 قانون مدنی این کشور به شرح زیر منعکس شده است.

The sale of a thing belonging to another is null; it may give rise to damages where the buyer did not know that the thing belonged to someone other than the seller.

برخلاف رویه معمول در قوانین کشورهای تابع نظام کامن لایی، قانون مدنی فرانسه بر نظریه بطلان تصریح می

نماید. طبق این مقررہ فروش مال غیر علی الاصول باطل و فاقد آثار حقوقی است. در این سیستم حقوقی همانند

حقوق انگلیس فروض سه گانه مورد بحث در فقه فاقد آثار حقوقی بوده و به همین جهت به تفکیک مطرح نشده

است.

ب - حقوق مجارستان

همانند فرانسه، قانون مدنی سال 2013 مجارستان نیز مقتضای قاعده اولیه را بطلان معاملات فضول اعلام میدارد. به

همین جهت، بخش 5-39 این قانون تحت عنوان *Acquisition of ownership from persons other than*

the owner مقرر میدارد:

(1) Ownership can be acquired by way of transfer only from the owner of the thing. ...

ج- حقوق چین

همین قاعده در حقوق معاملات چین نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. به عنوان نمونه ماده 311 قانون مدنی چین با اصلاحات سال 2020 مقرر میدارد:

Where a person with no right to dispose of an immovable or movable property transfers it to another person, the owner has the right to recover it;

اینکه مالک اصلی به موجب این مقرر مستحق استرداد مال خود از خریدار می باشد در واقع به دلیل بطلان بیع فضول بوده و حکایت از آن دارد که خریدار به موجب چنین قرارداد فروشی حق مالکانه نسبت به مبیع به دست نمیآورد.

۲-1 حقوق اتحادیه اروپا

نظر به تفاوت حقوقی زیاد فیما بین اعضای اتحادیه اروپا، این اتحادیه نیز از زمان تاسیس از طریق سازوکارهای قانونگذاری معمول در این اتحادیه به تدریج در حوزه های مختلف اقدام به قانونگذاری متعدد نموده است. در حوزه حقوق معاملات سه سند حقوقی مهم به نظر میرسد. یکی اصول اروپایی حقوق قراردادهاست. این سند ابتدا در سال ۱۹۹۵ و سپس در سالهای ۱۹۹۸ و ۲۰۰۲ با اصلاحاتی تحت عنوان "Principles of European Contract Law" منتشر شد. در این سند به این قاعده صراحتاً به شرح زیر اشاره ای شده است:

Article 4:102 (Ex. Art. 6:102) - Initial Impossibility: A contract is not invalid merely ...

because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.

دوم پیش نویس قانون بیع مشترک اروپایی است. این سند در سال 2011 تحت عنوان "European Common Sales Law" انتشار یافت. در این سند به این قاعده به صراحت اشاره ای نشده است.

سند سوم پیش نویس حقوق خصوصی اروپایی (The Draft of European Private Law) است که در سال 2009 منتشر شد. در این سند به این قاعده به نحو صریح اشاره نشده است ولی در کتاب هشتم این مجموعه مقرراتی تحت عنوان

Good Faith Acquisition of Ownership, Good Faith Acquisition through a Person Without Right or Authority to Transfer Ownership

در مواد 101-102 پیش بینی شده است که صراحتاً به آثار این قاعده و تلویحاً به اصل قاعده اشاره دارد. مستنبط از این مقررۀ پیشنهادی بطلان معاملات فضولی در حقوق معاملات این اتحادیه است مگر مشمول استثنائات مقرر در این سند باشد. همانطوریکه این دو سند اول و سوم نشان میدهد، با وجود تفاوت‌های قابل ملاحظه در حقوق کشورهای عضو این اتحادیه، قاعده بطلان معاملات فضولی در این اتحادیه قاعده ای مسلم و فراگیر می باشد.

3-1- حقوق تجارت بین الملل

نظر به اهمیت این قاعده در مناسبات تجاری بین المللی، جایگاه این قاعده در حقوق تجارت بین الملل نیز به اختصار مورد اشاره قرار میگیرد. در حقوق معاملات تجاری بین الملل سه سند حقوقی در این خصوص بسیار مهم می باشد. نخست، کنوانسیونهای بیع بین الملل لاهه است. این دو سند در سال 1964 تصویب ولی تعداد اعضای آن هیچ وقت از چند عضو افزایش نیافت و به همین دلیل از اسناد مهجور در حقوق تجارت بین الملل محسوب میشود. دوم کنوانسیون وین 1980 در خصوص قرارداد فروش بین المللی کالای منقول است. این سند در سال 1980 تهیه و تاکنون قریب صد کشور به آن ملحق شده است و به همین جهت از اعتبار حقوقی بالایی در حقوق تجارت بین الملل برخوردار می باشد. سند سوم اصول قراردادهای تجاری بین المللی است که توسط موسسه یکنواخت سازی حقوق یا UNIDRIOT تنظیم شده است. این سند ابتدا در سال 1994 و سپس نسخ اصلاحی و تکمیلی آن در سالهای 2000، 2010 و 2016 منتشر شده است. بر خلاف دو سند فوق که در قالب معاهده به تایید دولتهای عضو رسیده است این سند تنها قانون نمونه بوده و تابع سازوکار معاهده نیست. با این وجود، یک قانون نمونه بسیار تاثیر گذار در حقوق تجارت بین الملل بوده و کاربرد گسترده ای در معاملات تجاری بین المللی داشته و مورد توجه قضات، داوران و دکترین حقوق تجارت بین الملل قرار

گرفته است. توجهها به همین اقبال گسترده، این سند با توافق طرفین معاملات به مثابه قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی انتخاب میگردد. همانطوریکه ذیلا نشان داده خواهد شد، در هر دو سند فوق به موضوع فروش مال متعلق به حق ثالث به شرح زیر اشاره ولی در سند سوم اشاره روشنی به آن نشده است.

1-3-1- کنوانسیون لاهه

Article 52: 1. Where the goods are subject to a right or claim of a third person, the buyer, unless he agreed to take the goods subject to such right or claim, shall notify the seller of such right or claim.

این سند مهم بین المللی در مواجهه با این مساله معاملاتی راهکار حقوقی روشنی در خصوص وضعیت حقوقی چنین معاملاتی ارائه نمیدهد. ضمنا، اگر چه این ماده و مواد بعدی در ادامه به آثار حقوقی این معاملات در رابطه با طرفین قاعده سازی می نماید اما در رابطه با ثالث مدعی ساکت و رژیم حقوقی حمایت از ایشان نامشخص است.

1-3-2- کنوانسیون بیع بین الملل 1980

Article 41: The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by article 42.

Article 42: (1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property: ...

اگر چه ماده 52 کنوانسیون لاهه به قاعده مزبور به صراحت تصریح ندارد، ولی از تعهد فروشنده به تسلیم مبیع عاری از حق و دعوای ثالث و حق خریدار مبنی بر رد مبیع موضوع حقوق و دعوای ثالث و درخواست مبیع فاقد چنین حق و دعوای و یا پذیرش آن به مثابه مبیع قراردادی و مطالبه خسارت پذیرش ضمنی قاعده مزبور قابل استظهار می باشد.

نوآوری این سند تصریح بیشتر به حق رد خریدار در ماده 41 و پیش بینی مقررده موضوع ماده 42 می باشد. به موجب این ماده دامنه کاربرد قاعده به ادعاهای از نوع حقوق مالکیت فکری اشخاص ثالث نیز تعمیم داده شده است. این توسعه در قلمرو در کمتر نظام حقوقی به این صراحت پیش بینی شده است. به موجب این مقررده فروشنده متعهد به تسلیم مبیع عاری از حقوق و دعاوی از نوع مالکیت فکری متعلق به اشخاص ثالث بوده و در صورت تخلف خریدار مستحق رد چنین مبیع و مطالبه خسارت قراردادی از فروشنده متعهد می باشد.

البته به نظر میرسد این دو سند از یک حیث ابهام آفرینند. زیرا، برخلاف برداشت برخی از اساتید،³ هیچیک وضعیت حقوقی این گونه فروش را مشخص نمیکنند. لذا معلوم نیست آیا چنین فروشها صحیح و نافذند و یا باطل و اگر باطلند در حکم بطلان مطلقند و یا نسبی و قابل ابطال.

3-3-1- اصول قراردادهای تجاری بین المللی یونیدوقوا⁴

قاعده معامله با مال غیر و پذیرش نظریه صحت به صراحت در اصول یونیدوقوا به شرح زیر مورد پذیرش قرار گرفته است.

Article 3.1.3. (2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.

شرح رسمی این سند که توسط دبیرخانه مرکز یونیدوقوا تهیه و جز لاینفک این سند برای شرح و تفسیر آن می باشد قاعده مزبور را چنین توضیح میدهد.

2. Lack of legal title or power

Paragraph (2) of this Article deals with cases where the party promising to transfer or deliver assets was not entitled to dispose of the assets because it lacked legal title or the right of disposition at the time of the conclusion of the contract. Some legal systems declare a contract of sale concluded in such circumstances to be void. Yet, as in the case with initial impossibility, and for even more cogent reasons, paragraph (2) of this Article

³ - مرحوم استاد کاتوزیان مستندا به ظاهر ماده 41 کنوانسیون وین قایل به صحت بیع می باشد. (قواعد عمومی قراردادهای، جلد 2، ص 150). به نظر میرسد استظهار مزبور برخلاف اصول مسلم در این سند است زیرا ماده 4 این سند صراحتا صحت و بطلان قرارداد بیع را خارج از شمول این سند قرار داده و از این حیث ساکت بوده و پرسش مزبور باید بر طبق قانون ملی حاکم بر بیع حل و فصل شود. به بیان دیگر، کنوانسیون صرف نظر از صحت و بطلان، فروشنده را متعهد به چنین تعهد دانسته و خریدار را تحت شرایطی مستحق خسارت قراردادی می داند.

⁴ - UNIDRIOT Principles of International Commercial Contracts

considers such a contract to be valid. Indeed, a contracting party may, and often does, acquire legal title to, or the power of disposition over, the assets in question after the conclusion of the contract. Should this not occur, the rules on non-performance will apply. Cases where the power of disposition is lacking must be distinguished from those of lack of capacity. The latter relate to certain disabilities of a person which may affect all or at least some types of contract concluded by it, and falls outside the scope of the Principles (see Article 3.1.1).

4-1- حقوق ایران

قاعده عدم نفوذ معاملات فضولی در فصل پنجم از قانون مدنی تحت عنوان عام "در معاملاتی که موضوع آن مال غیر است یا معاملات فضولی" در چندین ماده تشریح شده است. در این خصوص ماده 247 به مثابه یک قاعده عام مقرر میدارد "معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت، نافذ نیست ولو این که صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله، صحیح و نافذ می شود."

طبق این ماده قانونی اولاً معاملات فضولی در هر سه فرض دوم تا چهارم صحیح و بر این اساس نظریه بطلان در فقه مطلقاً مردود دانسته شد.

ثانیاً، وفق ذیل این ماده قانونی فرض اول نیز همانند دیگر فروض مشمول عنوان معاملات فضولی است. لذا قانون مدنی بر اختلافات بی حاصل فقیهان در این خصوص پایان داده است. زیرا، در معاملات و تجارت، مجرد احتمال رضایت مالک مجوز دادوستد و کسب و کار با اموال دیگران نمیشود. زیرا، برخلاف نظم تجاری و اصول تجارت نظیر اصل ثبات معاملات، اصل حتمیت، اصل سرعت و اصل قابلیت پیش بینی است.

ثالثاً، در حقوق ایران دامن و قلمرو این قاعده اختصاص به بیع نداشته و در تمام عقود و معاملات تملیکی و اذنی نیز قابل استناد است. لذا علاوه بر حکم عام مندرج در ماده قبلی در ادامه، ماده 352 قانون مدنی ضمن تطبیق قاعده بر قرارداد بیع، مقرر میدارد: بیع فضولی نافذ نیست مگر بعد از اجازه مالک بطوری که در معاملات فضولی

مذکور است.⁵ علاوه بر این، ماده 304 ضمن پیش بینی این مقرر «اگر کسی که چیزی را من غیر حق دریافت کرده است خود را محق می دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد، معامله، فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود.» اضافه بر فوق، ماده 581 با این بیان «تصرفات هر یک از شرکا در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.» و یا ماده 674 «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آن چه که در خارج از حدود وکالت انجام داده است موکل هیچ گونه تعهد نخواهد داشت مگر این که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.»

رابعاً، از مواد فوق الذکر چنین استنباط میشود که ادعاهای مورد حمایت از سوی ثالث تنها منحصر به ادعای مالکیت بر مورد معامله نبوده و همانند ماده 41 کنوانسیون وین 1980⁶ دیگر ادعاهای ثالث نیز علی الظاهر مشمول ادله معامله با مال غیر میشود!

2- فقه امامیه

برخلاف فقه اهل سنت⁷، این قاعده موضوع بحثهای تفصیلی و تحلیلی پیچیده ای در فقه امامیه است. این مکتب فقهی، همانند تفکر فقهی سنت قاعده مزبور را به مناسبت تبیین شروط صحت بیع طرح و ضمن تبیین مفهومی

⁵ - The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by article 42.

⁶ - همانند فقه امامیه در فقه اهل سنت نیز این قاعده به مناسبت تبیین شروط صحت بیع طرح شده است. در این تفکر فقهی نیز همانند فقه امامیه مستندا به منابع شرعی مخصوصا روایات منسوب به پیامبر اکرم (ص) در خصوص صحت یا بطلان معاملات فضول اختلاف نظر است. مثلاً، در فقه مالکی، بیع فضولی یک معامله صحیح است. به همین جهت، شهاب الدین بغدادی مالکی در ارشاد السالک می نویسد: «يَصِحُّ بَيْعُ الْفُضُولِيِّ وَ ابْتِغَاؤُهُ». (ابن عسکر: 139/1) و یا احمد الصاوی نیز در حاشیه خود بر الشرح الصغیر می نویسد: «(وَ صَحَّ بَيْعُ (غَيْرِ الْمَالِكِ) لِلْبَيْعَةِ وَ هُوَ الْمُسَمَّى بِالْفُضُولِيِّ» (الصاوی: 221/6) همچنین، ابن جزی غرناطی انعقاد عقد فضولی را بلا اشکال می داند. (ابن جزی: 163/1). البته حکم به صحت یک معامله لزوماً به معنای لزوم و نفوذ آن معامله نیست؛ چنان که بیع فضولی از دیدگاه فقهای مالکی اگرچه صحیح است، لکن «غیر لازم» است. قرافی در کتاب الفروق در بیان فرق میان عقدی که جایز است با معامله ای که جایز نیست می گوید: «أَنَّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ عِبَارَةٌ عَمَّا اجْتَمَعَ فِيهِ شُرُوطُ خَمْسَةٍ؛ (وَالشَّرْطُ الْخَامِسُ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ النَّمَنُ وَالْمَبِيعُ مَمْلُوكَيْنِ لِلْعَاقِدِ وَالْمَعْقُودُ لَهُ أَوْ مَنْ أَقِيمَا مَقَامَهُ شَرْطٌ فِي الْجَوَازِ وَاللَّزُومِ مَعًا دُونَ الصَّحِّهِ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ وَشِرَائَهُ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ». (قرافی: 204/6). استدلال فقهای مالکی در اثبات نظریه خود، مستند به روایت مشهور «عروه بارقی» است (ابن

فضول و معاملات فضولی، شمول قاعده، وضعیت معاملات فضولی، ادله ناظر بر وضعیت این معاملات و آثار معاملات فضولی نسبت به طرفین معامله و ثالث مدعی را به تفصیل درخور تحسینی مورد بحث و تحلیل قرار داده اند. ذیلا با تکیه بر نظرات مرحوم شیخ انصاری در مکاسب و دیگر فقیهان جایگا، مفهوم، صور و وضعیت این معامله به اختصار بیان میشود.

1-2- جایگاه قاعده:

الف- جایگاه قاعده در معاملات

مرحوم شیخ انصاری این قاعده را ذیل شروط متعاقدين در عقد بيع طرح و به تبع ایشان بقیه فقها نیز همین رویه را بعد از ایشان ادامه دادند. مرحوم شیخ انصاری این قاعده را به مناسبت تبیین یکی از شرایط صحت معاملات یعنی شروط متعاملین طرح و چنین آغاز مینماید:

"و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالکین أو مأذونین من المالك أو الشارع."

"از جمله شروط برای صحت عقد بيع این است که متعاقدين مالک ثمن و مضمن بوده و یا از ناحیه مالک اصلی و

یا قانونگذار شرعی مجاز به تملیک باشند."

رشد حفید، 1425: 172/2). ابن رشد در توضیح نحوه استدلال به روایت عروه بارقی می گوید: «وَجْهُ الإِسْتِدْلَالِ مِنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَأْمُرْهُ فِي الشَّاهِ الثَّانِيَةِ لَا بِالشِّرَاءِ وَ لَا بِالْبَيْعِ». (همان) یعنی پیغمبر اکرم تنها اذن اشتراء یک گوسفند آن هم با یک دینار خودشان را به عروه بارقی داده بودند؛ حال آنکه عروه بدون آنکه از سوی رسول خدا مأذون باشد، یک بیع و یک شراء اضافه انجام داده است و پیغمبر نیز با دُعایی که در حق او کردند، بیع و شراء فضولی او را اجازه فرمودند. ایشان در ادامه می نویسد: «فَصَارَ ذَلِكَ حُجَّةً عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ فِي صِحِّهِ الشِّرَاءِ لِلْغَيْرِ وَ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعاً». (همان) بر این اساس، هم قول ابوحنیفه که قائل به بطلان شراء فضولی است باطل است و هم قول شافعی که بیع و شراء فضولی را باطل می داند. زیرا عروه بارقی، با خرید یک گوسفند اضافه شراء فضولی را انجام داد و سپس با فروش یکی از دو گوسفند، مرتکب بیع فضولی شد. (در این خصوص رک به: سید کمیل باقرزاده، بیع فضولی در فقه مالکی با نگرشی تطبیقی در فقه و حقوق امامیه، فصلنامه علمی-تخصصی محفل، شماره اول).

در برابر، در فقه شافعی تمایل به بطلان معاملات فضول بیشتر است ولی فقه حنفی بیشتر متمایل به صحت است. در این خصوص از مرحوم شیخ طوسی در کتاب الخلاف چنین نقل میگردد "إذا باع انسان ملک غیره کان البیع باطلا. و به قال الشافعی. و قال ابو حنیفه ینعقد البیع و یقف علی اجازه صاحبه. و به قال قوم من اصحابنا. دلیلنا اجماع الفرقة. و من خالف لا یعتقد بقوله و لانه لاخلاف فی انه ممنوع التصرف فی ملک غیره و البیع تصرف" (به نقل از مکارم شیرازی، انوار الفقاهه، جلد 1، ص 275).

علیرغم تفاوت های بنیادین در حوزه های دیگر، ظاهرا در خصوص این قاعده شباهتها فیمابین فقیهان سنت و امامیه بسیار زیاد است.

همچنین آقای ناصر مکارم شیرازی نیز همانند مرحوم شیخ انصاری این قاعده را به بهانه تبیین شرط مزبور در عقد بیع طرح و به تفصیل قاعده مزبور را از جهات متعدد بحث نموده است. در همین راستا، ایشان ابتدا در خصوص جایگاه این قاعده می نویسد:

"و من شرایط المعتره فی المتعاقدين أن يكونا مالکین او ماذونین من قبل المالك او الشارع. و الاول معلوم و الثاني کالولی و الحاکم الشرعی و المقتص و غیر ذلک مع شرایطه". (انوارالفقاهه، جلد 1، ص 226).

ب- وضعیت ایقاع فضولی: همانطوریکه مرحوم شیخ انصاری تصریح می نماید در خصوص وضعیت شرعی معاملات فضولی بین فقیهان امامیه و اهل سنت اختلاف نظر جدی است. گروهی آنرا صحیح غیر نافذ و گروهی دیگر باطل میدانند. با این وجود، مرحوم شیخ انصاری بطلان ایقاع فضول را اجماعی میدانند. در این خصوص شیخ انصاری میگوید: "اختلف الأصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی، بل مطلق عقده بعد اتّفاقهم علی بطلان ایقاعه کما فی غایة المراد (غایة المراد ص. ۱۷۷) علی أقوال." (شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، جلد 3، صص 345 به بعد). "آنطور که صاحب کتاب غایه المراد نقل میکند فقهای امامیه و اهل سنت در خصوص بیع منعقدہ توسط

شخص فضول بلکه تمام عقود فضول اختلاف نظر دارند ولی بر بطلان ایقاع فضول اتفاق نظر دارند."

همچنین، به روایت آقای مکارم شیرازی مرحوم شهید ثانی نیز در کتاب غایه المراد ایقاع فضولی را باطل میدانند. با این وجود، آقای مکارم شیرازی، ضمن تشکیک در اعتبار چنین اجماعات و طرح ادله استنادی طرفداران بطلان، به صحت آن تمایل نشان میدهد. (همان، ص 267)

2-2- مفهوم فضول و معامله فضولی

در خصوص مفهوم فضولی یا فضول **مرحوم شیخ انصاری** میگوید "المراد بالفضولی کما ذکره الشهید قدس سره" (غایة المراد ص. ۱۷۷) هو الکامل الغیر المالك للتصرّف ولو کان غاصباً".

"آن گونه که شهید اول در کتاب غایه المراد در شرح کتاب إرشاد الأذهان علامه حلی نوشتند؛ مراد از فضول، فرد عاقل بالغ رشید است که به دلیل عدم مالکیت و یا به خاطر ممنوعیت از تصرف؛ حق تصرف را ندارد اگر چه غاصب باشد."

"وفی کلام بعض العامة "أنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه". و قد یوصف به نفس العقد، ولعلّه تسامح." (شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، جلد 3، ص 346).

"گاهی خود عقد موصوف این صفت (فضولی) قرار داده می شود که شاید این نوعی تسامح و مجاز گویی باشد زیرا فضولی صفت عاقد است و توصیف عقد به آن، وصف به حال متعلق خواهد بود."

آقای مکارم شیرازی نیز در همین رابطه می نویسد:

"و المراد هنا من يتعرض لعقد او ایقاع لایتسلط علیه شرعا، و هو منسوب الى الفضول و هی الزواید. فاضافه العقد الیه من قبیل الاضافه الى الفاعل لا من قبیل الوصف و الموصوف." (همان، ص 266)

با عنایت به تعاریف فوق، فضول شخصی است که با مال متعلق به غیر بی هیچ مجوز قانونی و اذن مالکی اقدام به انعقاد قرارداد و حتی تسلیم و تسلیم عوضین می نماید در حالیکه واجد تمام شروط قانونی برای انعقاد معامله می باشد. به بیان دیگر تنها کاستی حقوقی در معاملات منعقد فقدان رضای مالکی و یا اذن قانونی است و الا نفس معامله واجد همه شروط قانونی برای تحقق می باشد.

البته این فقیه در صفحه 267 همین کتاب تفسیری بسیار مضیق از این عنوان ارائه و آنرا به عقلا نیز نسبت میدهد. لذا در تعیین دامنۀ عنوان مزبور می نویسد: "ینبغی ان یكون محل الکلام ما یتعارف الفضولی عند العقلا مثل ما نراه فی الدلال او الوکیل الماذون فی شیء اذا تعداه الى غیره ثم یخبر الموکل و یسأله، او الاب یتزوج ابنته ثم یستأذنه او العکس یعنی تتزوج البنت ثم تخبر الاب و تستأذنه، بناء علی اشتراط اذنه فی الصحه. و هکذا الامر فی مثل بیع الراهن بغیر اجازۀ المرتهن و بیع العبد بدون اذن السید او الصدیق مال صدیقه ثم اخباره و استیذانۀ. اما ما لایتعارف فیہ ذلک کمن یبیع دار رجل اجنبی لایرتبط به فی شیء و لایمسہ ابدأ و ینکح صبیہ

اجنبی لاصله بینهما اصلا ثم یخبره و یستاذنه فجریان احکام الفضولی فیہ لایخلو عن اشکال. نظرا الی عدم عده عقدا عند العقلا بل یشکل صدور القصد الجدی من مثله فتامل".

در حالیکه، همانطوریکه فوقا به اختصار و در ادامه با تفصیل بیشتر نشان داده شد، چالشی ترین مباحث در حقوق کامن لا و حقوق رومی ژرمنی در همین فرض است که فضول مال غیر را اشتباها و یا آگاهانه به نام خود مورد معامله قرار میدهد! لذا ادعای بنای عقلا بر خروج این فرض از عنوان معامله با مال غیر فاقد منبع حقوقی نزد عقلاست!

3-2- قلمرو شمول قاعده نسبت به ادعاهای ثالث

اگر چه اغلب فقیهان شیعه و سنت این قاعده را به هنگام بحث از یکی از شروط صحت بیع یعنی شرط مالک بودن یا ماذون بودن فروشنده در عقد بیع طرح می نمایند ولی آنچه از عبارات و مباحثات ایشان برمیآید دامنه شمول این قاعده از سه جهت توسعه داده شده است:

یکی از جهت شمول اعمال حقوقی و دیگری از حیث جهات ادعا. از جهت نخست فقیهان ادله معاملات فضولی را نه تنها منحصر به بیع نمیدانند بلکه به انواع عقود و معاملات با نام و بی نام و ایقاعات نیز تعمیم داده اند.

از حیث دوم نیز این تعمیم شگفت انگیز است. زیرا، اگرچه به لحاظ تاریخی مساله معاملات فضولی با ادعای حق مالکیت ثالث نسبت به مبیع شکل گرفت ولی رفته رفته فقیهان با توسعه دامنه شمول ادله شرعی دیگر ادعاهای ثالث نسبت به مورد و موضوع عقود و معاملات نظیر حق بر عین، حق بر منافع، حق بر انتفاع و حق وثیقه را نیز مشمول ادله و تابع احکام معامله با مال غیر تفسیر شده است. و شگفت انگیزتر اینکه، بر خلاف حقوق موضوعه در انگلستان، فقیهان ظاهرا همه این ادعاها را در حکم واحد تلقی و بر صحت یا بطلان هر معامله با هر نوع ادعا از سوی ثالث اظهارنظر نمودند. این تعمیم آن چنان توسعه یافت که برخی از فقیهان حتی حق پدر یا جد پدری بر نکاح دختر باکره را از این جنس ادعا ی ثالث بر موضوع توافق تفسیر و عدم نفوذ نکاح دختره باکره در شرع را به استناد ادله معامله با مال غیر توجیه نمودند!

تعمیم سوم از جهت اطراف معامله می باشد. به این معنی که، معامله فضولی گاهی از هر دو طرف فضولی و یا از طرف یکی از طرفین فضولی و طرف دیگر اصیل می باشد. در این خصوص **مرحوم شیخ انصاری** می نویسد:

"إن هذه القاعده يشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولی، ومن المالك إذا لم يملك التصرف؛ لتعلق حق الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولی بما دلّ على المنع من نکاح الباكرة بغير إذن ولیّها^۷ وحينئذٍ فيشمل بيع الراهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون إذن السيد." (شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، جلد ۳، صص ۳۴۶).

آقای مکارم شیرازی نیز در همین خصوص می نویسد:

"أن محل الكلام وسیع جدا لا ينحصر بالبيع. بل یجری فی سایر العقود ایضا و کذا لا یختص بغير المالك. بل یجری فی کل من لا یملك الاذن التام من جمیع الجهات و لو كان مالكا كالراهن و شبهه. لان المالك فی الجمیع واحد. سواء شمله عناوین کلماتهم ام لا. فعقد الراهن بغير اذن المرتهن و کذا المحجور بدون اذن الغرماء داخلان فی محل النزاع و کذا عقد البنت بدون اذن الاب علی قول. (همان، ص ۲۶۷)

همانطوریکه ملاحظه میشود در فقه فقیهان دامنہ شمول قاعده را حتی به فرض نکاح دختره باکره عاقله به دون اذن ولی تعمیم داده و چنین نکاحی را فضولی تفسیر و نفوذ آنرا تنها با اجازه لاحق ولی ممکن میدانند! به عبارت دیگر، حق ثالث مانع صحت عقد فضول اختصاص به حقوق مالکانه ثالث نداشته و شامل هر نوع حق مالی بلکه حق غیر مالی از سوی ثالث نیز میشود.

توجه به این تعمیم و شناسایی ملاک شرعی چنین تعمیم به نظر مهم است. با اینکه موضوع مهمترین منبع فقهی قاعده یعنی سنت همانند روایت عروه بارقی و دیگر روایات محدود به خرید و فروش اراضی، مستحدثات، بردگان و چهارپایان می باشد، اما ظاهرا فقیهان در عمل با اتکا به وحدت ملاک احکام موضوع این روایات خاص را به موضوعات به ظاهر متفاوت یعنی نکاح دختر باکره نیز تعمیم دادند! بنابر این، همانطوریکه در ادامه به

۷- (الوسائل، ۱۴ ص ۲۰۵، الباب ۴ من أبواب عقد النکاح، الحدیث ۲ و ص ۲۱۳، الباب ۹ من نفس الأبواب و صص. ۴۵۸ ۴۵۹، الباب ۱۱ من أبواب المتعة، الحدیث ۵ و ۱۲)

تفصیل نشان داده خواهد شد، تعمیم این قاعده به تجارت و دادوستدهای مدرن یعنی تجارت خدمات و تجارت اموال فکری مخصوصا فروش و تسلیم مبیع موضوع حق و ادعای انواع مالکیت فکری مثل حق بر علامت تجاری، حق بر طرح صنعتی، حق بر اختراع، حق بر حق تالیف یا کپی‌رایت و حق بر اسرار تجاری با اتکا به چنین رویکرد قابل تأمل خواهد بود. این پرسش در تجارت به قدری رایج و تردید برانگیز است که در حقوق تجارت بین الملل به نحو شایع رایج و به همین جهت در ماده 42 کنوانسیون وین 1980 سازمان ملل تحت عنوان Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods یا CISG به تفصیل منعکس و موضوع ادبیات حقوقی و رویه قضایی حجیم و غنی شده است. جهت اطلاع از گستردگی، اهمیت و پیچیدگی موضوع در حقوق بیع بین الملل مراجعه به نظریه مشورتی شورای منتخب دبیرخانه آنسیترال (UNCITRAL) یا کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل تحت عنوان زیر مورد توصیه می باشد.⁸

4-2- اشکال و صور معاملات فضولی مشمول ادله معاملات فضولی:

در خصوص معاملات فضولی فقیهان دو فرض کلی در فقه طرح و برای هر فرض حالات متعدد فرض و از دو جهت یکی شمول ادله معاملات فضولی و دیگری وضعیت شرعی هریک بر فرض شمول به تفصیل بحث و اظهارنظر فقهی نموده اند. ذیلا ابتدا شمول ادله نسبت به هر یک از فروض طرح و در ادامه وضعیت شرعی هر یک بر فرض شمول از منظر فقهی اظهارنظر می‌گردد.

(1)-فرض اول: این فرض آنجایی است که فضول مال شخص دیگری را به نام مالک مورد نقل و انتقال و تصرفات حقوقی و فیزیکی قرار میدهد. این فرض در سه حالت موضوع بحث و تحلیل قرار گرفته است. **در حال نخست فضول** علم به رضای باطنی مالک دارد ولی مالک شخصا چنین اذنی برای فضول صادر نکرده است نه صریحا و نه به نحو ضمنی. **در حالت دوم** فضول فاقد چنین علمی است ولی منعی از سوی مالک اصلی در خصوص تصرفات ایشان اعلام نشده

⁸ CISG Advisory Council Opinion No. 22: The Seller's Liability for Goods Infringing Intellectual Property Rights under Article 42 of the CISG: Rapporteur: Dr. David Tebel, Rothorn Legal, Frankfurt am Main, Germany. Adopted unanimously by the CISG Advisory Council following its 30th meeting, in Rio de Janeiro, on 7-9 August 2022" accessible on UNCITRAL cite and Pace University School of Law.

است. **حالت سوم** نیز آنجایی است که مالک قبلاً در خصوص عدم رضایت خود اعلام نظر کرده و با این وجود فضول برخلاف عدم رضایت ایشان با این امید که متعاقباً اعلام رضایت نماید اقدام به انعقاد معامله با شخص دیگر می نماید.

(2) - **فرض دوم:** آنجایی است که فضول مال غیر را به نام خود مورد تصرف و نقل و انتقال قرار میدهد. این فرض نیز در دو حالت موضوع بحث واقع شده است. **در حال نخست** فضول از عدم مالکیت و جواز تصرف خود آگاهست. در حالی که در **حالت دوم** ایشان فاقد چنین وصفی است. ذیلاً هر یک به اختصار طرح میگردد:

الاولی: العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولی

مهمترین تردید فقیهان در این فرض این است که آیا با وجود علم و اطلاع فضول از رضایت مالک نسبت به انعقاد معامله به نفع شخص مالک اساساً چنین معامله مصداق عنوان معامله فضولی و مشمول ادله معاملات فضولی می باشد یا خیر؟

در این خصوص **مرحوم شیخ انصاری** ضمن نقل اقوال چنین اظهارنظر می نماید: "فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى (او بشاهد الحال كما اضاف اليه السيد البزدي في حاشيته على المكاسب)؛ لأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك. ويؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، وفرّعوا عليه بيع الفضولي. و يؤيده أيضاً استدلالهم على صحّة الفضولي بحديث عروة البارقي (عوالي اللآلي، ج. ۳ ص. ۲۰۵، الحديث ۳۶، ومستدرک الوسائل، ج. ۱۳، ص. ۲۴۵، الباب ۱۸ من أبواب عقد البيع وشروطه) مع أنّ الظاهر علمه برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعله. (شيخ مرتضى انصاری، مكاسب، جلد 3، صص 346 به بعد).⁹

⁹ وإن كان الذي يقوى في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً؛ فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضي به وترتيب الآثار عليه؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقود (أوفوا بالعقود، المائدة، ۱)، وقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، **سورة النساء، آية 29**﴾، و «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه» (عوالي اللآلي، ج. ۲ ص. ۱۱۳، الحديث ۳۰۹). وما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه (الوسائل، ج. ۱۴ ص. ۵۲۵، الباب ۲۶ من أبواب نكاح العبيد والإماء). ورواية عروة البارقي الآتية، حيث أقبض المبيع وقبض الدينار لعلمه برضا النبي (ص). ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض. وتقدير النبي (ص) له على ما فعل دليل على جوازه. هذا، مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحّة إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلاّ رضا المالك، وقولهم إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت؛ لأنّه أعمّ من الرضا، ونحو ذلك. ثمّ لو سلم كونه فضولياً، لكن ليس كلّ فضولي يتوقّف لزومه على الإجازة؛ لأنّه لا دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثم ملكه

"ظاهر ادله و اقوال فقیهان حکایت از این دارد که ادله معاملات فضول شامل این فرض میشود. زیرا، مجرد اطلاع فضول از رضای ضمنی مالک موجب نمیشود که فضول مالک تصرف در ملک غیر و مسلط بر آن شود. موید این استظهار این است که فقیهان صحت و لزوم عقد را مشروط به مالکیت عاقد و یا ماذون بودن ایشان از ناحیه مالک و یا شارع نموده و در ادامه بیع فضول را بر این شرط متفرع نمودند. لذا تفرع آنان بر این شرط نشان میدهد که اطلاق فضول بر چنین عاقدی به دلیل فقدان شرط مالکیت و اذن مالکی و قانونی بوده و مجرد اطلاع از رضای مالک کافی در صحت و لزوم چنین عقد برای مالک نمیشود. شاهد دیگر بر چنین استظهار استناد فقیهان به حدیث عروه بارقی است با اینکه در آن رویت عروه به رضای پیامبر علم و یقین داشت ولی با این وجود فقیهان عقد ایشان را مصداق عقد فضول دانستند."

مرحوم شیخ در ادامه با استناد به چند شاهد نشان میدهد که این فرض از شمول عنوان معاملات فضولی خارج است. آقای مکارم شیرازی نیز این فرض را با نقل اقوال از فقیهان موافق و مخالف به تفصیل مورد بحث و تحلیل و سرانجام میگوید: "النزاع لیس فی اطلاق لفظ الفضولی الذی لم یرد فی ای حدیث او آیه. انما الکلام کله فی الحاجه الی الاجازه و عدمها. فاذا لم یتوقف علی الاجازه کان خارجا عن الفضولی الذی هو محل الکلام للاعلام. (همان، ص 274).

الثانی: أن یبیع للمالک مع عدم سبق منعٍ من المالک: ظاهرا مهمترین مصداق ادله معاملات فضولی در فقه همین فرض است. زیرا، اولاً فضول مال مالک را به نفع شخص مالک مورد نقل و انتقال و تصرف قرار میدهد و ثانیاً هنگام معامله از رضایتش اطلاع ندارد و ثالثاً تا هنگام انعقاد عقد از مالک اصلی اظهارنظر مخالفی دریافت نمیشود. به همین جهت، مرحوم شیخ انصاری بدون هیچ تردید و بحث و تحلیل این فرض را مشمول این عنوان تفسیر و چنین می نویسد "وهذا هو المتیقن من عقد الفضولی".

از ظاهر کلام آقای مکارم شیرازی نیز چنین برمیآید که فرض مزبور رایجترین فرض در فقه است. به همین جهت ایشان در این خصوص می نویسد "المعروف المتداول من الفضولی هو ما اذا باع للمالک من دون سبق اجازه او منع منه" (همان، ص 274).

الثالث: أن یبیع للمالک مع سبق منعٍ من المالک

بر خلاف فرض دوم، این فرض موضوع نزاع بین فقیهان است. گروهی آنرا مشمول ادله معامله بمال غیر تفسیر و گروه دیگر آنرا اساساً خارج از این قاعده تلقی میکنند. **مرحوم شیخ انصاری** از جمله فقیهانی است که این فرض را نیز مشمول قاعده مزبور میدانند. فلذا، ضمن اظهار نظر اولیه بر صحت این فرض، در خصوص دلایل موافقان و مخالفان شمول می نویسد:

" وحكى عن فخر الدين أنّ بعض المجوّزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك. (إيضاح الفوائد ١ : ٤١٧) ويلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوى «أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر» (سنن البيهقي ٧ : ١٢٧) بعد تضعيف السند على أنّه نكح بعد منع مولاه وكراهته ؛ فإنّه يقع باطلاً (التذكرة ٢ : ٥٨٨). والظاهر أنّه لا يفرق بين النكاح وغيره (انظر مقابس الأنوار : ١٢١)، و يظهر من المحقق الثاني (جامع المقاصد ٤ : ٦٩)، حيث احتمل فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا وهي الغصب. و كيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيل أنّ المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام، وأنّ العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنّاً ما كافٍ في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة..."

آنگاه در پایان ضمن بیان تفصیلی نظر خود در خصوص شمول این فرض چنین استدلال می نماید:

"هذا، ولكنّ الأقوى عدم الفرق؛ لعدم انحصار المستند حينئذٍ في رواية عروة، وكفاية العمومات (يعني آيات اوفوا بالعقود و احل الله البيع) ... مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له من بيع مال اليتيم والمغصوب، ومخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال، الصريح في منعه عمّا عداه (این دلایل و مویدات مورد استناد شیخ در بخش دلایل تفصیلی صحت آمده است). و أمّا ما ذكر من المنع الباقي بعد العقد ولو أنّاً ما، فلم يدلّ دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الإجازة. ... وممّا ذكرنا يظهر وجه صحّة عقد المكره بعد الرضا ، وأنّ كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا تقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة." (مكاسب، جلد 3، ص 373)

آقای مکارم شیرازی نیز همانند مرحوم شیخ انصاری ضمن طرح دیدگاههای مختلف و نقل اقوال آنها معتقد است

این فرض نیز مشمول ادله معاملات فضولی می باشد. به همین جهت ایشان در این خصوص می نویسد:

"اما القاعده الاستفادة من العمومات فالظاهر انها شاملة لما نحن فيه بصده. لان العمده فيها هو لحقوق الاجازة و انتساب العقد الى المالك و المنع السابق لا اثر له في هذا الامر. بل كثيرا ما يتفق في الخارج ان المالك يمنع عن بيع و لكن

الدلال او شبهه يساوم و يعاقد البيع مع المشتري علما بانه اذا علم به المالك يرضى و يجيز. و هكذا بالنسبة الى اجازته الولي لو قلنا باشتراطه بها و كذلك العبد بالنسبة الى مولاه" (همان، ص 303)

الرابع: أن يبيع الفضولي لنفسه

شاید اختلافی ترین فرض فروش مال غیر توسط غیرمالک برای خود باشد. نظر به اختلاف نظر شدید فیما بین فقیهان در خصوص شمول این فرض مرحوم شیخ انصاری، به ناچار ابتدا ضمن طرح این فرض در عداد معاملات مشمول معاملات فضولی چنین اظهار نظر می نماید:

"وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع، كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة. سپس در ادامه دیدگاه مخالفان شمول را به اختصار چنین نقل می نماید:

"ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلاّ وجه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة."

آنگاه مرحوم شیخ انصاری ضمن ذکر ادله مخالفان شمول ادله معاملات فضولی به هر یک از این ادله پاسخ و در نهایت شمول این فرض را نیز به شرح زیر اثبات می نماید.¹⁰

10- الوجه الأول وجوبه منها إطلاق ما تقدم من النبیین^(١) «لا تبع ما ليس عندك» و «لا بيع إلاّ في ملك» [وغيرهما^(٢)]; بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه. والجواب عنها يعرف مما تقدم، من أن مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرض فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز. الوجه الثاني وجوبه: ومنها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب، وقد تقدم عن المحقق الكرّكي أن الغصب قرينة عدم الرضا^(٣). وفيه أولاً أن الكلام في الأعم من بيع الغاصب وثانياً أن الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة وتملك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء وثالثاً قد عرفت أن سبق منع المالك غير مؤثّر.

الوجه الثالث وجوبه: ومنها أن الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم^(٤) يقصد حقيقة المعاوضة؛ إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعاً.

والجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب - أن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالاً حقيقياً وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكنّ المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيّة، نظير المجاز الادّعائي في الأصول. نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية الثمن ولا اعتقاد له، كانت المعاملة باطلة غير واقعة له ولا للمالك؛ لعدم تحقق معنى المعاوضة؛ ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل، ولم يقع له ولا لغيره، والمراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه. وقد تخيل بعض المحققين^(٥) أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه؛ لأنه عكسه، وقد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد لتمام التملك؛ لأنّ المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز. الوجه الرابع وجوبه: ومنها أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد؛ لأنّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلّث بإجازته، وإن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشئاً. فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى، وتوضيحه أن البائع الفضولي إنّما قصد تملك المثلّث للمشتري بإزاء الثمن، وأمّا كون الثمن مالاً له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه (مكاسب، جلد 3، صص 376 به بعد). جواب المحقق القمي عن وجه الرابع: "وقد أجاب المحقق القمي رحمه الله عن هذا^(٦) في بعض أجوبة مسائله بأنّ الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع، لا بمعنى حقوق الإجازة

آقای مکارم شیرازی نیز در این خصوص نظر موافق دارد. لذا می نویسد: "بیع الفضولی لنفسه و قد ذكره غالباً تحت عنوان "بیع الغاصب" و لكن قد يصور فيه غير الغاصب كالمشتبه. والاكثر كما حكاه مفتاح الكرامه عن الايضاح ان بيع الغاصب من افراد الفضولی و به صرح فی التذکره و المختلف و نهایه الاحکام و الدروس و حواشی الشہید و التنقیح و جامع المقاصد و غیرها. و قال ابن قدامه فی المغنی "تصرفات الغاصب كتصرفات الفضولی علی ما ذكرنا من الروایتین احدهما بطلانها و الثانیة صحتها و وقوفها علی اجازة المالك." ما ثم حکى عن ابی الخطاب "ان فی تصرفات الغاصب الحكمیه روايه انها تقع صحیحه و سواء فی ذلك العبادات او العقود كالبيع و الاجاره و النكاح و هذا ینبغی ان یتقید فی العقود بما لم یبطله المالك و اما ما لم یدركه المالك فوجه التصحیح فيه ان الغاصب تطول مدته و تكثر تصرفاته ففی القضاء ببطلانها ضرر كثير و ربما عاد الضرر علی المالك فان الحكم بصحتها یقتضى كون الربح للمالك و العوض بنمائها و زیادته له و الحكم ببطلانها یمنع ذلك".

آنگاه در ادامه ایشان ضمن استظهار از تعبیر مرحوم فخرالمحققین در کتاب ایضاح الفوائد چنین بین اقوال جمع بندی میکند که گروهی موافق با صحت این فرض و گروهی مخالف و گروه دیگر بین دو حالت علم و عدم علم مشتری فرق و در حالت علم قایل به بطلان و در حالت جهل قیل به صحت می باشند. (همان، صص 304 و 305)

از این تفکیک استفاده میشود که جهل خریدار در وضعیت معاملات فضول موثر است. النهایه حمایت از خریدار جاهل و فاقد سوء نیت ناچیز است. برخلاف حقوق خارجی که در فرض جهل و حسن نیت خریدار معامله صحیح و نافذ است در

لنفس العقد كما في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه ^(١)، وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه ^(٢). وقد صرح في موضع آخر بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدله على كونه ^(٣) على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة ^(٤). المناقشة في جواب المحقق القمي (راجع جامع الشتات ٢ : ٢٧٦ ، وفي الصفحة ٣١٨ منه نقل هذا القول عن صاحب كشف الرموز وفقاً لشيخه المحقق، وانظر أيضاً غنائم الأيام، ٥٤١ و ٥٥٤ أيضاً). أن الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري؛ لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور؛ لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنما رضي ^(٥) بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، وبعدم الحاجة إلى قبول ^(٦) المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري، وهذا خلاف الإجماع والعقل. وأما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم، وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه ^(٧) أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم ^(٨) مقام إيجاب البائع، وينضم إليه القبول المتقدم ^(٩) من المشتري ^(١٠). وهذا لا يجري فيما نحن فيه؛ لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع وتملك المبيع منه، فإذا بني على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا بد له ^(١١) من قبول آخر، فالإكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفاية رضا البائع وإنشائه عن رضا المشتري وإنشائه، وهذا ما ذكرنا أنه خلاف الإجماع والعقل.

فقه امامیه خریدار جاهل علاوه بر حق مطالبه ثمن پرداختی مستحق مطالبه غرامت نیز می باشد. ظاهراً به استناد همین تفسیر فقهی قانون مدنی نیز در ماده 263 از خریدار جاهل تنها با پیش بینی این مقرر^{۱۱} حمایت نموده است!!!

همانطوریکه ملاحظه میشود در فقه فقیهان یک تقسیم بندی انتزاعی عجیبی پیشنهاد و آنگاه ناچار شدند به تفصیل در خصوص شمول یا عدم شمول ادله شرعی مورد استناد به بحث بپردازند. همچنین، همانطوریکه در ادامه نشان داده خواهد شد، همین تقسیم بندی موجب شده است تا آنان ناچار به اظهارنظر در خصوص وضعیت شرعی معاملات فضول در هر یک از این فرض شده به نحو مجزا اقدام و در خصوص امکان یا عدم امکان انطباق ادله شرعی ناظر به معاملات فضول بر هر یک از این فروش به تفکیک اظهار نظر نمایند. علاوه بر این، اظهارنظرهای فوق الذکر نشان میدهد رایجترین فرض در حقوق و بازار یعنی معامله با مال غیر برای معامل کمترین توجه فقیهان را به خود جلب و اکثر مناقشات ناظر به فروش سه گانه قبل مخصوصاً فرض دوم یعنی معامله با مال غیر برای غیر با فرض عدم مخالفت ایشان یعنی مالک واقعی است.

3- جمع بندی

همانطوریکه فوقاً ملاحظه شد، قاعده معامله به مال غیر در فقه سابقه بسیار کهن داشته و قدمت آن به قرون اولیه تولد فقه استدلالی بر میگردد. به همین جهت فقیهان سنت و شیعه همگی به این مساله به مثابه یک مساله جدی حقوقی- فقهی توجه و به فراخور زمان خود سعی در طرح ابعاد اولیه مساله و تبیین بسترهای مناسب برای قاعده سازی نمودند. ملاحظه این توصیفات و تحلیلها نشان میدهد از منظر فقیهان امامیه یکی از پرسشهای اصلی تعیین دامنه شمول قاعده و فروش مشمول عنوان عام معامله به مال غیر منعکس در لسان ادله شرعیه است. به همین جهت آنان به رسم معمول در تحلیلهای فقهی اولاً مفهوم فضول را طرح و آنگاه اعمال حقوقی فضولی مشمول این ادله یعنی عقود و ایقاعات را همزمان مورد توجه و سرانجام با عنایت به نحوه قصد شخصی فضول و رابطه حقوقی ایشان با مالک مال مورد معامله چهار فرض مستقل شناسایی و بر همین اساس ناچار به طرح هر یک از فروض چهارگانه به نحو مستقل و امکان یا عدم امکان شمول ادله شرعی نسبت به این فروض و تعیین وضعیت فقهی-شرعی معاملات مشمول هر یک از فروض چهارگانه شدند.

¹¹ - هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت.

همچنین، نشان داده شد که فرض نخست در واقع یا خارج از عناوین موضوعی ادله شرعی معامله با مال غیر و یا مصداقی از فرض دوم می باشد. اما در خصوص سه فرض دیگر فقیهان به دو گروه حامیان بطلان به نحو مطلق و حامیان صحت به نفع مطلق می باشند.

به نظر میرسد این شیوه مواجهه فقیهان با مساله ریشه در پیش فرض فقهی-کلامی آنان دارد. به این معنی که به لحاظ نظری فقه بر این پیش فرض قرار گرفته است که احکام شرعی به نحو کلی یا جزئی در منابع شرعی اصلی یعنی کتاب و سنت وضع و ابلاغ و این رسالت فقیهان است که با اتکا به این منابع و متد اجتهاد روشمند مستدل قصد شارع اسلامی شناسایی و تطبیق حکم گردد. بر این اساس، آنان با این فرض که در منابع شرعی عنوان "معاملات فضولی" مقرر شده است ناچار به کشف معنای مقصود شارع از عنوان فضول، مصادیق اعمال حقوقی (عقود و ایقاعات) مشمول و صور و فروض نحوه قصد فضول یعنی فروض چهارگانه شدند. غافل از اینکه اساسا چنین عناوین در هیچیک از منابع و ادله مورد استناد ذکر نشده است. بلکه عنوانی انتزاعی (اصطیادی) و مستنبط از مصادیق پراکنده موضوع روایات خاص بوده است. **به همین جهت آقای مکارم شیرازی** در اعتراض به این شیوه بحثهای بی حاصل اظهار داشته این عناوین اساسا موضوع

ادله شرعی نیست تا تبیین مفهومی آنها شرعا لازم باشد! (همان، ص. 267)

به زعم ما نکته مهمی که از نگاه فقیهان مغفول و یا کم اهمیت جلوه نمود عدم توجه به معامله با مال غیر برای خود به دلیل وضعیت خاص است. علیرغم اهمیت این فرض، کمترین توجه فقیهان به این فرض معطوف شده است!

همچنین نشان داده شد که ادعاهای مورد حمایت در فقه دامنه وسیع داشته و شامل حق مالکیت، حقوق عینی، حقوق مالی و حتی حق غیر مالی نیز میشود. این توسعه انگاری در شمول ادله اگر مبتنی بر منطق حقوقی و اخلاقی و یا تجاری روشن باشد بی تردید در مواجهه با ادعاهای تازه وارد در تجارت نظیر حق مالکیت فکری بر مورد معامله و حتی حق بر مال فکری مورد معامله راهگشا خواهد بود.

در ادامه همچنین روشن شد، حقوق موضوعه ایران در این خصوص دنبال رو فقیهان بوده و کمترین نوآوری و خلاقیت در این رابطه از خود نشان داده است. اگرچه با سکوت در برابر برخی مواضع فقهی فقیهان مثلا یکسانگاری همه ادعا از سوی

ثالث احتمالا راه برای اظهارنظرهای حقوقی سازگار با شرایط و اقتضائات جدید باز گذاشته است!

علاوه بر این، توضیحات نسبتاً مبسوط پیشین نشان داد که در هر دو نظام حقوقی شناخته شده یعنی دو خانواده کامن لایی و رومی ژرمنی از قرن‌ها قبل آشنا با این مساله و به همین جهت تقریباً تمام نظامهای حقوقی متأثر از این دو خانواده حقوقی به این مساله در بخش عقود و معاملات توجه و سعی در قاعده سازی نمودند.

ضمناً، در حقوق موضوعه تفکیک معاملات فضولی به چهار فرض و بحثهای تفصیلی در رابطه با شمول یا عدم شمول عنوان معامله با مال غیر فاقد آثار حقوقی روشن بوده و به همین جهت اساساً نه مورد توجه قانونگذاران و نه رویه قضایی و نه حتی دکتربین واقع شده است.

علاوه بر این، مقررات فوق الذکر در حقوق موضوعه و شرحهای ارائه شده از سوی دکتربین نشان میدهد که نظریه بطلان این معاملات به مثابه یک قاعده کلی مورد اتفاق می باشد. البته همانطوریکه در ادامه نشان داده خواهد شد، این قاعده اولاً به تدریج تعدیل و بطلان نسبی جایگزین بطلان مطلق شده و ثانیاً، در ادامه بطلان نسبی نیز مشمول استثنائات متعدد شده و دامنه و شرایط و آثار این استثنائات در این نظامها تفاوتها و تشابهات قابل توجهی دارد. و ثالثاً، ادعاهای ثالث بر حسب ملاکات متفاوت از هم تفکیک و بر همین اساس ضمانت اجرای حقوقی در جهت حمایت از ثالث نیز متفاوت می باشد.

در یک جمع بندی کلی به نظر میرسد علاوه بر تفاوتهای فوق، مهمترین تفاوت فیما بین دو تفکر فقهی و حقوقی طرح فروض و فروعات انتزاعی، کم توجهی به آثار و پیامدهای اجرایی نظریات و کمترین کوشش نظری در جهت برقراری موازنه عادلانه بین منافع مالک و متعامل در فقه و مواجهه واقع محور بر مبنای سیاستهای حمایتی متفاوت از ثالث و اصیل در حقوق موضوعه می باشد!