

قسمت دوم:

مبانی نظری صحت

نظریه صحت در برابر بطلان هم در حقوق موضوعه و هم در فقه امامیه مورد حمایت است. ولی، همانطوریکه در ادامه نشان داده خواهد شد، صحت مورد نظر فقیهان در فقه که مورد پذیرش قانونگذار ایرانی در قانون مدنی قرار گرفت با صحت مورد پذیرش در حقوق خارجی کاملاً متفاوت است. در تفکر حقوقی مزبور اولاً صحت معاملات به مثابه قاعده نیست بلکه استثناء بر قاعده بطلان است. ثانیاً، طبق این نظریه قرارداد نافذ و واجد آثار حقوقی همانند قرارداد منعقدۀ با مالک است. ثالثاً، در این نگاه سرنوشت معامله با مالک نیست بلکه معمولاً با متعامل می باشد. رابعاً، برخلاف دیدگاه فقیهان حامی صحت، در حقوق موضوعه حمایت حقوقی از متعامل غالباً تابع رژیم جبران خسارت قراردادی است نه قهری! ذیلاً، موضع حقوق کشورهای متأثر از دو خانواده حقوقی رومی ژرمنی و کامن لایی و ایران به اختصار بیان، در ادامه تفسیر فقیهان از این تاسیس فقهی نیز به تفصیل گزارش و در انتها هر دو دیدگاه مورد مقایسه و ارزیابی قرار می‌گردد.

1- حقوق موضوعه

1-1- حقوق خارجی

نظامهای حقوقی متأثر از دو خانواده حقوقی کامن لایی و رومی ژرمنی در کنار پذیرش نظریه بطلان به عنوان یک قاعده عام با تحمیل چندین استثناء تدریجی بر نظریه بطلان گام شایسته ای در همسویی با نیازهای جامعه برداشته و بر این اساس رژیم حمایتی مناسبتری برای متعامل با حسن نیت پیش بینی نمودند. البته این استثنائات هم به لحاظ تاریخی، هم به لحاظ مبنای نظری، هم به لحاظ مصادیق و شرایط تحقق و آثار حقوقی متفاوت بوده و لازم است به تفکیک مورد بررسی قرار گیرد. ضمناً، نظر به پیچیدگی موضوع از یک طرف و تنوع مصادیق و پیشینه تاریخی هر یک در حقوق هر یک از این کشورها تنها به اختصار به مستندات قانونی این استثنائات در حقوق این کشورها اشاره و مطالعه تفصیلی به فرصت دیگر واگذار می‌گردد.

1-1-1- کشورهای تابع نظام کامن لا

همانطوریکه قبلا اشاره شد، در حقوق کشورهای تابع نظام کامن لایی اصل بر بطلان معامله با مال غیر است. با این وجود، این اصل به تدریج مشمول چند استثنا متفاوت شده است. ذیلا به این استثنائات در حقوق چند کشور متأثر از این نظام حقوقی اشاره می‌گردد.

الف- مصادیق استثنائات وارد بر قاعده بطلان

حقوق انگلستان:

همانطوریکه از سیاق ماده 21 قانون بیع سال 1979 انگلستان قابل استنباط است، مقتضای قاعده اولیه بطلان معامله منعقدۀ توسط غیر مالک است. با این وجود، این قانون فهرستی از استثنائات را به شرح زیر جمع آوری نموده است.

نخستین استثناء مصداق مشمول عنوان خرید در بازار باز (حراجی ها) یا Marker Overt است. ماده 22 قانون بیع این استثناء را به شرح زیر معرفی می نماید.

(1) Where goods are sold in market overt, according to Market, the usage of the market, the buyer acquires a good title to the overt goods, provided he buys them in good faith and without notice of any defect or want of title on the part of the seller.

به موجب این مقررۀ، قرارداد فروش در بازار های باز قانونی صحیح هر چند کالاهای موضوع فروش مسروقه باشد مشروط

بر اینکه خریدار با حسن نیت بوده و کالاهای مسروقه را در بازارهای باز قانونی در مواعد مقرر قانونی خریده باشد. البته،

علیرغم قدمت چند صد ساله، این استثنای مهم به موجب قانون اصلاح قانون سال 1979 (The Sale of Goods

Amendment) Act 1994)) نسخ گردید.

استثنای دوم معاملات موضوع ماده 23 قانون بیع این کشور است. به موجب این مقررۀ چنانچه خریدار از فروشنده ای که مالکیت قابل ابطال دارد مالی خریداری نماید نسبت به آن مال صاحب حق مالکیت می‌گردد مشروط بر آنکه دارای حسن نیت باشد.

When the seller of goods has a voidable title to them, but his title has not been avoided at the time of the sale, the buyer acquires a good title to the goods, provided he buys them in good faith and without notice of the seller's defect of title.

این استثنا میتواند مبنای مناسبی برای حقوق ما باشد در آنجا که فروشنده دارای سند مالکیت قانونی از اداره ثبت می باشد. زیرا دستکم به هنگام معامله طرفین با فرض وجود مالکیت قانونی اقدام به نقل و انتقال بر طبق قانون موجود و با رعایت تشریفات قانونی میکنند.

استثنای سوم فروش مجدد با استمرار تصرف در مبيع resale by seller in possession

معاملات مشمول ماده 24 قانون بیع این کشور است. به موجب این مقرر قانونی فروشنده ای که پس از فروش همچنان متصرف قانونی باشد معامله دوم ایشان صحیح و واجد آثار حقوقی است.

Where a person having sold goods continues or is in possession of the goods, or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale, has the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorized by the owner of the goods to make the same.

استثنای چهارم فروش به صرف تصرف بر مبيع بدون مالکیت قطعی

این استثنای ناظر به وضعیتی است که مالک اولیه با این که دارای حقی در مال فروخته شده به خریدار با حسن نیت است اما خریدار بدون اشاره به این امر مبيع را به شخص ثالثی انتقال میدهد. این استثنا در ماده 25 قانون بیع پیش بینی شده است.

Section 25: Buyer in Possession after Sale.

(1)- Where a person having bought or agreed to buy goods obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title, under any sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods, has the same effect as if the person

making the delivery or transfer were a mercantile agent in possession of the goods or documents of title with the consent of the owner.

استثنای پنجم: قراردادهای با شرط حفظ مالکیت یا با حق فسخ

استثنای پنجم تحت عنوان قراردادهای با شرط حفظ حق مالکیت می باشد. این استثنا در فرضی است که خریدار با حسن نیت از فروشنده ای مبیع را دریافت میکند که آن فروشنده مالکیت خود را از طریق قراردادی جایز یا با حق فسخ تحصیل کرده است. به همین جهت دادگاه استیناف انگلستان در پرونده ای علیرغم تردید در مالکیت فروشنده، خریدار را قابل حمایت دانست. (امینی دکتر، بهادر، مرتضی، قلمرو حمایت از خریدار با حسن نیت در نظام حقوقی انگلیس، فرانسه و آلمان، ص. 5)

استثنای ششم: معاملات نمایندگان تجاری:

اگر نماینده تجاری با رضایت مالک کالا یا اسناد مربوط به مالکیت را در اختیار داشته باشد، هر اقدام حقوقی از قبیل فروش یا رهن یا جابجایی کالا که در ط-ول دوره عادی نمایندگی تجاری صورت پذیرد دارای چنان اعتباری است که گویا رسماً توسط مالک مجوز داده شده است.

Section 10- Effect of transfer of documents on vendor's lien or right of stoppage in transitu.

Where a document of title to goods has been lawfully transferred to a person as a buyer or owner of the goods, and that person transfers the document to a person who takes the document in good faith and for valuable consideration, the last-mentioned transfer shall have the same effect for defeating any vendor's lien or right of stoppage in transitu as the transfer of a bill of lading has for defeating the right of stoppage in transitu.

علاوه بر استثنائات مصرح در مواد فوق الذکر، دو استثنای دیگر در ادامه بند 1 و بند 2 ماده 21 همین قانون نیز مورد تصریح قرار گرفته است.

با این وجود، این استثنائات همواره بر حسب مورد تفسیر و منجر به قاعده عام حمایت از متعامل با حسن نیت نشده است. در مبنای نظری توجیه این استثنائات میتوان به بیانات لرد دنینگ استناد نمود آنجا که ایشان میگوید "قاعده اول برای حمایت از مالکیت اموال و دارایی است. هیچ کس غیر از مالک حق معامله نسبت به اموال را ندارد. قاعده دوم برای حمایت از معاملات تجاری است. کسی که حسن نیت دارد و بر این مبنا اقدام به خرید و پرداخت ثمن میکند، باید کالا را تملک کند. قاعده اول به مدت طولانی حاکمیت کامل داشته؛ اما توسط کامن لا و قانون موضوعه دچار تعدیل شده تا بتواند نیازهای زمان خود برطرف نماید"¹

حقوق استرالیا:

در حقوق استرالیا نیز قاعده بطلان با استثنائات متعددی روبروست. این استثنائات شباهت زیادی با حقوق انگلستان دارد. مواد 27 به بعد قانون بیع این کشور این استثنائات را به شرح زیر فهرست و توصیف می نماید.

27 Resale under voidable title: If the seller of goods has a voidable title to them but the seller's title has not been avoided at the time of the sale, the buyer acquires a good title to the goods provided the buyer buys them honestly and without the notice of the seller's defect of title.

28 Revesting of property in stolen goods on conviction of offender

(1) If goods have been stolen and the offender is prosecuted to conviction, the property in the goods reverts in the person who was the owner of the goods, or in the person's personal representative, notwithstanding any intermediate dealing with them.

¹ - "In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is for the protection of property: no one can give a better title than he himself possesses. The second is for the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a good title. The first principle has held sway for a long time, but it has been modified by the common law itself and by statute so as to meet the needs of our own times. See *Bishopsgate Motor Finance Corporation Ltd v Transport Brakes Ltd* [1949] 1 KB 332 at 336-337. For more detailed explanation in this regard, see Arthur F. Salomons, *Good faith acquisition of movables*, See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/228218863>

(2) Notwithstanding any other law to the contrary, if goods have been obtained by fraud or other wrongful means not amounting to larceny, the property in the goods does not revert in the person who was the owner of the goods or in the person's personal representative only because of the conviction of the offender.

29 Seller or buyer in possession after sale

(1) If a person who has sold goods continues, or is, in possession of the goods or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for the person, of the goods or documents of title under a sale, pledge or other disposition to a person receiving the goods or documents of title honestly and without notice of the previous sale has the same effect as if the person making delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the delivery or transfer.

(2) If a person who has bought, or agreed to buy, goods obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for the person, of the goods or documents of title under a sale, pledge or other disposition of the goods or documents of title to a person receiving the goods or documents honestly and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods has the same effect as if the person making the delivery or transfer were a mercantile agent in possession of the goods or documents of title with the consent of the owner.

حقوق کانادا:

استثنائات وارد بر قاعده بطلان در حقوق کانادا تقریباً همانند حقوق بیع انگلستان و استرالیاست. این استثنائات

در مواد 27 به بعد قانون بیع به شرح زیر بیان شده است:

27 Market overt: (1) If goods are sold in market overt, according to the usage of the market, the buyer acquires a good title to the goods, as long as they are bought in good faith and without notice of any defect or want of title on the part of the seller.

(2) This section does not affect the law relating to the sale of horses.

28 Sale under voidable title: When the seller of goods has a voidable title to them, but the seller's title has not been avoided at the time of the sale, the buyer acquires a good title to the goods, if they are bought in good faith and without notice of the seller's defect of title.

29 Revesting of property in stolen goods on conviction of offender

(1) If goods have been stolen and the offender is prosecuted to conviction, the property in the goods stolen reverts in the person who was the owner of the goods, or that person's personal representative, despite any intermediate dealing with them, whether by sale in market overt or otherwise.

(2) Despite any enactment to the contrary, if goods have been obtained by fraud or other wrongful means not amounting to theft, the property in the goods does not revert in the person who was the owner of the goods, or that person's personal representative, merely because of the conviction of the offender.

30 Seller or buyer in possession after sale

(1) If a person having sold goods continues or is in possession of the goods, or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for that person, of the goods or documents of title under any sale, pledge or other disposition of them, or under any agreement for the sale, pledge or other disposition of them, to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale has the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorized by the owner of the goods to make the delivery or transfer.

(2) Subsection (1) does not apply to a sale, pledge or other disposition of (a) goods, or (b) documents of title to goods, other than negotiable documents of title, that is out of the ordinary course of business of the seller, pledger or disposer if, before the sale, pledge or disposition, the owner's interest in the goods is registered in the personal property registry in accordance with the regulations made under the *Personal Property Security Act*, and Part 4 of that Act applies to the registration.

(3) If a person having bought or agreed to buy goods obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for that person, of the goods or documents of title under any sale, pledge or other disposition of them, or under any agreement for the sale, pledge or other disposition of them, to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods has the same effect as if the person making the delivery or transfer were a mercantile agent in possession of the goods or documents of title with the consent of the owner.

(4) Subsection (3) does not apply to a sale, pledge or other disposition of goods or of documents of title to goods by a person who has obtained possession of the goods under a security agreement by which the seller has a security interest as defined in the *Personal Property Security Act*.

(5) The interest of an owner under subsection (1) that, immediately before October 1, 1990, was covered by an unexpired registration under the *Chattel Mortgage Act*, R.S.B.C. 1979, c. 48, is deemed for the purposes of subsection (2) to be registered in the personal property registry and the registration continues,

(a) in the case of an interest in a motor vehicle registered under section 7 of the *Chattel Mortgage Act*, R.S.B.C. 1979, c. 48, for the unexpired portion of the registration, and

(b) in the case of an interest in goods other than a motor vehicle under section 7 of the *Chattel Mortgage Act*, R.S.B.C. 1979, c. 48, for 3 years from October 1, 1990.

(6) Before the expiry of the registration under subsection (5) (a) or (b), registration of the owner's interest may be further continued by registration in the personal property registry in accordance with regulations made under the *Personal Property Security Act*, and Part 4 of the *Personal Property Security Act* applies to the registration.

همانطوریکه ملاحظه میشود، در حقوق بیع این کشور استثناء خرید از بازار باز و عمومی در این کشور همچنان حفظ شده است گرچه در دو کشور دیگر حذف شده است.

حقوق نیوزیلند:

استثنائات وارد بر قاعده بطلان در حقوق نیوزیلند تقریباً همانند کاناداست. این استثنائات به شرح مواد 24 به بعد

قانون بیع این کشور پیش بینی شده است:

24 Market overt : The law relating to market overt shall not apply in New Zealand.

25 Sale under voidable title: Where the seller of goods has a voidable title thereto, but his title has not been avoided at the time of the sale, the buyer acquires a good title to the goods, provided he buys them in good faith and without notice of the seller's defect of title.

26 Revesting of property in stolen goods on conviction of offender: (1) Where goods have been stolen and the offender is prosecuted to conviction, the property in the goods so stolen revests in the person who was the owner of the goods, or his personal representative, notwithstanding any intermediate dealing with them, whether by sale in market overt or otherwise.

(2) Notwithstanding any enactment to the contrary, where goods have been obtained by fraud or other wrongful means not amounting to theft, the property in such goods shall not revest in the person who was the owner of the goods, or his personal representative, by reason only of the conviction of the offender.

27 Seller or buyer in possession after sale: (1) Where a person, having sold goods continues or is in possession of the goods, or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge, or other disposition thereof, or under any agreement for sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale, shall have the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same. (1A) Subsection (1) does not apply to a delivery or transfer of goods or documents of title to the goods by a person who is, with the consent of the holder of a security interest that has been perfected under the Personal Property Securities Act 1999, in possession of the goods or documents of title to the goods. (2) Where a person, having bought or agreed to buy goods, obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by

a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title, under any sale, pledge, or other disposition thereof, or under any agreement for sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods, shall have the same effect as if the person making the delivery or transfer were a mercantile agent in possession of the goods or documents of title with the consent of the owner. Reprinted as at 1 September 2017 Sale of Goods Act 1908 Part 2 s 27 13 (2A) Subsection (2) does not apply to a delivery or transfer of goods or documents of title to the goods by a person who is, with the consent of the holder of a security interest that has been perfected under the Personal Property Securities Act 1999, in possession of the goods or documents of title to the goods.

حقوق هند:

استثنائات وارد بر قاعده بطلان در حقوق هند با تفاوت‌های قابل توجهی در قانون بیع این کشور منعکس شده است.

این استثنائات به موجب مواد 28 به بعد قانون بیع این کشور چنین پیش بینی شده است:

28. Sale by one of joint owners If one of several joint owners of goods has the sole possession of them by permission of the co-owners, the property in the goods is transferred to any person who buys them of such joint owner in good faith and has not at the time of the contract of sale notice that the seller has not authority to sell.

29. Sale by person in possession under voidable contract: When the seller of goods has obtained possession thereof under a contract voidable under section 19 or section 19A of the Indian Contract Act, 1872 (9 of 1872), but the contract has not been rescinded at the time of the sale, the buyer acquires a good title to the goods, provided he buys them in good faith and without notice of the seller's defect of title.

30. Seller or buyer in possession after sale: (1) Where a person, having sold goods, continues or is in possession of the goods or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge or other disposition thereof to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale shall have the same

effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same. (2) Where a person, having bought or agreed to buy goods, obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge or other disposition thereof to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods shall have effect as if such lien or right did not exist.

حقوق پاکستان:

Sale of Goods Act 1930, 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.

28. Sale by one of joint owners.--- If one of several joint owners of goods has the sole possession of the goods by permission of the co-owners, the property in the goods is transferred to any person who buys them of such joint owner in good faith and has not at the time of the contract of sale notice that the seller has not authority to sell.

29. Sale by person in possession under voidable contract.--- When the seller of goods has obtained possession thereof under a contract voidable under section 19 or section

19-A of the Contract Act, 1872, but the contract has not been rescinded at the time of the sale, the buyer acquires a goods title to the goods, provided he buys them in goods faith and without notice of the seller's defect of title. 30. Seller or buyer in possession after sale.---(1) Where a person, having sold goods, continues or is in possession of the goods or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person or by mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge or other disposition thereof to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale shall have the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same. (2) Where a person, having bought or agreed to buy goods, obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge or other disposition thereof to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods shall have effects as if such lien or right did not exist.

حقوق مالزی:

در حقوق این کشور تقریباً همان استثنائات مقبول در حقوق هند تکرار شده است! این استثنائات به موجب مواد 28 به بعد قانون بیع این کشور مقرر شده است:

28 Sale by one of joint owners:

If one of several joint owners of goods has the sole possession of them by permission of the co-owners, the property in the goods is transferred to any person who buys them of such joint owner in good faith and has not at the time of the contract of sale notice that the seller has no authority to sell.

29 Sale by person in possession under voidable contract:

Where the seller of goods has obtained possession thereof under a contract voidable under section 19 or 20 of the Contracts Act 1950, but the contract has not been rescinded at the time of the sale, the buyer acquires a good title to the goods provided he buys them in good faith and without notice of the seller's defect of title.

30 Seller or buyer in possession after sale:

(1) Where a person, having sold goods, continues or is in possession of the goods or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, 18 Laws of Malaysia ACT 382 pledge or other disposition thereof to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale shall have the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorized by the owner of the goods to make the same. (2) Where a person, having bought or agreed to buy goods, obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person or by a mercantile agent acting for him of the goods or documents of title under any sale, pledge, or other disposition thereof to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods shall have effect as if such lien or right did not exist.

ب- توجیه نظریه بطلان و صحت در حقوق کامن لا

یکی از نویسندگان سرشناس حقوق انگلیس یعنی پورفسور روی گود (Roy Goode) این تعارض را در کتاب معروف خود یعنی حقوق تجارت به زیبایی به شرح زیر بیان و نشان میدهد به چه نحو محاکم انگلیسی در مواجهه با این دو سیاست سرانجام هر دو را مورد توجه و در نهایت فیما بین آندو سازگاری و توازن برقرار نمودند:

1. THE COMPETING CLAIMS FOR PROTECTION

16.04 In the typical case A, in possession of goods with the consent of their owner O, wrongfully sells them to an innocent third party, T, and then disappears or becomes insolvent. The question which must then be answered is which of the two innocent parties, O or T, must suffer the loss. In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is for the protection of property: no one can give a better title than he

himself possesses. The second is the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a good title. The first principle has held sway for a long time, but it has been modified by the common law itself and by statute so as to meet the needs of our own times.

16.05 The common law has always strongly favoured the preservation of proprietary rights. It is an article of faith in the common law that only in exceptional cases should the owner of goods be deprived of his title to them otherwise than by his own voluntary act. *Nemo dat quod non habet*: the transferor of goods cannot pass a better title than he himself possesses. The fact that the transferee takes possession in good faith and for value is in most cases irrelevant. It is for him to check on his seller's title, if he can, not for the owner to take steps to safeguard his own property.

16.06 This sanctification of vested property rights was not peculiar to the common law. The *nemo dat* rule was a well-established principle of Roman law and, though a different rule prevailed in Europe during the first half of the Middle Ages, the revival of the influence of Roman law in the thirteenth century led to the reinstatement of the *nemo dat* rule, which lasted well into the eighteenth century. But with the growth of commerce and the gradual development of credit came a recognition on the part of the civilians that, if goods were to move freely in the stream of trade, proper protection had to be given to the innocent purchaser. The new idea became enshrined in art 2279 of the French Civil Code: '*En fait de meubles la possession vaut titre*'. So the buyer in good faith acquires an overriding title provided that he takes possession.

16.07 In principle, the protection of the innocent buyer is a more sensible and more realistic approach. If the owner of goods voluntarily parts with possession of them, he takes upon himself certain risks. He can make his own judgment as to the creditworthiness of the party to whom he gives possession, and if his trust turns out to be ill-founded, he ought not to put the consequences of his own mistaken judgment on to the shoulders of a blameless third party. There is no effective way either of deducing or of investigating title to chattels, and if the goods are to move freely down the distributive chain, it is important that buyers should be able to purchase with confidence in the strength of the seller's title. Yet the civil

law approach goes too far, for in giving such sweeping protection to the innocent purchaser, it fails to take account of the needs of those selling on credit to take security for the price.

16.08 Over the last hundred years the civil law and the common law have moved closer together. In England the *nemo dat* rule has been steadily eroded by statutory exceptions, while in France and elsewhere certain forms of statutory purchase-money security are now protectable by registration.¹⁰ Yet a gulf remains. *Nemo dat* is still the general rule in England and the exception in France. English law in this area has recently been described as ‘an incoherent mess’¹¹ which has been resistant to any significant reform. Only the United States, in art 9 of the Uniform Commercial Code, has managed to produce a set of provisions which fairly balance the conflicting interests. (Commercial Law, 6th ed., 2020, pp. 507-508)

همین خوانش توسط پورفسور مایکل بریج از دیگر حقوقدانان معروف انگلیس نیز به شرح زیر ارائه شده است:

5.43 Protecting ownership and commerce. A legal system concerned with the protection of private property, and not open to any countervailing policies, would assert with unabated vigour the maxim *nemo dat quod non habet*,^{TM1} by which the transferee’s title could never exceed the title of the transferor and would always be vulnerable to a superior title. If, on the other hand, a legal system pursued to the same degree a policy of facilitating transactions, again without countervailing policies, it would maintain that a transferee acting in good faith²⁰³ could trust in the appearance of ownership created by possession of goods in the hands of the transferor. The common law takes an intermediate position, starting from the *nemo dat* maxim and grafting on a number of exceptions. A number of these are statutory ones enacted in response to the needs of the commercial community.²⁰⁴ This pragmatic resolution of the irreconcilable demands of private property protection and the facilitation of transactions is expressed by Denning LJ as follows:

In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is the protection of private property: no one can give a better title than he himself possesses. The second is for the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a good title. The first principle has held sway for a long time, but has been modified by the common law itself and by statute so as to meet the needs of our own times.

It would be more accurate to say that the various statutory exceptions to *nemo dat* have served to maintain a balance between these two principles rather than redress the protection of private

property in favour of the facilitation of transactions. Nevertheless, this passage reveals a conflict going far beyond the resolution of individual disputes. The clash of these opposing principles and the establishment of a balance between them should be borne in mind, even though individual cases often reveal internal inconsistency and illogicality. 206 Where private property prevails, the claimant will be able to assert his rights in the tort of conversion, damages essentially being settled at the value of the goods as of the date of conversion. (**Sale of Goods, 4th ed., 2019, p. 228**)

See also the following text:

The second half of Part III of the Act is entitled 'Transfer of Title' and deals with those cases in which a seller with no right to the goods may nonetheless pass a good title to a third party.² In most of these cases, the question that arises is which of two innocent people is to suffer for the fraud of a third. A thief steals goods and sells them to someone who buys in good faith and for value; a person hands goods to an agent to obtain offers and the agent sells them without authority and disposes of the proceeds; a swindler buys goods, induces the seller to let him have them on credit and promptly resells or pledges them for whatever he can get; a person sells goods but retains possession of them and fraudulently resells them to a third party. In all these cases, the law has to choose between rigorously upholding the rights of the owner to his property, on the one hand, and protecting the interests of the purchaser who buys in good faith and for value on the other hand. As Lord Denning once put it: In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is for the protection of property: no one can give a better title than he himself possesses. The second is for the protection of commercial transactions: the person who takes in good faith and for value without notice should get a better title. The first principle has held sway for a long time, but it has been modified by the common law itself and by statute so as to meet the needs of our times.³ The first of these principles is of course still the general rule, and is affirmed by the Act in s. 21(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. This rule is frequently dignified by the use of Latin in the tag *nemo dat quod non habet*, or more shortly *nemo dat*. Some difficulty has arisen with the words 'where goods are sold' in this section, and it has been held that this does not encompass a mere agreement to sell.⁴ But this is a somewhat confusing decision: the first part of s. 21(1) – the

negative part stating that a non-owner cannot pass title – is merely a re-enactment of the common law principle so it would seem that part of the subsection, or the common law in lieu, is applicable whether there is a sale or a mere agreement to sell. The second part of the subsection (beginning with the word ‘unless’) has the positive effect of enabling a non-owner to pass a good title, although this also appears to be merely a restatement of the common law doctrine of estoppel. The only substantive question, therefore, is whether a person who has merely agreed to buy the goods can rely upon the doctrine of estoppel. This point is discussed below..... (**Christian Twigg-Flesner, & et all, Atiyah and Adams’ Sale of Goods, 13th ed., 2016, p. 297 & seq.**)

جهت اطلاع تفصیلی از جایگاه این دو قاعده و نحوه برقراری موازنه فیما بین دو سیاست حمایتی رک به:

MICHAEL G. BRIDGE, *Benjamin’s Sale of Goods*, 10th ed., 2017, cha. 7, Professor Michael Furmston, *SALE AND SUPPLY OF GOODS*, 3rd ed., 2000, pp. 71 & seq., D. K. Srivastava, *BUSINESS LAW IN HONG KONG*, 5th ed., 2017, pp. 267 & seq., Robert Stokes, *Commercial Law*, 5th ed., 2017, chap. 5, Eric Baskind & et all, *Commercial law*, 4th ed., 2022, Chap. 12, Nicholas Ryder, Margaret Griffiths & Lachmi Singh, *Commercial Law: Principles & Policy*, 2012, pp. 127 & Seq., Roy Goode, *Fundamentals Concepts of Commercial law*, 1st ed., 2018, pp. 204 & seq., Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, Eva Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing (3rd Edition)*, 2018, Chap. 13, Thomas KADNER GRAZIANO, *Comparative Contract Law, Cases, Materials and Exercises*, 2nd ed., 2019, **Contracts and the transfer of ownership in movable property, pp. 440 & seq.**

1-1-2- کشورهای تابع نظام رومی ژرمنی

علیرغم اختلافات بنیادین فیما بین این دو خانواده حقوقی، کشورهای متأثر از این خانواده حقوقی همانند کشورهای متأثر از خانواده حقوقی نخست قاعده اولیه بطلان را مشمول رژیم استثنائات متعددی قرار داده و حسب مورد معاملات فضول را علیرغم میل مالک ثالث صحیح و نافذ پنداشتند. ذیلا به مواضع حقوقی تعدادی از این کشورها به اختصار اشاره میشود.

الف – حقوق فرانسه

برخلاف حقوق انگلیس، در حقوق فرانسه خریدار با حسن نیت از حمایت بیشتری برخوردار است. در واقع این استثنای کلی در ماده 2276 قانون مدنی این کشور به شرح زیر منعکس شده است:

Section 3. Acquisitive prescription of movables :

Article 2276 :As far as movables are concerned, possession equals title. Nevertheless, one who has lost a thing or from whom a thing has been stolen may claim back its ownership for three years following the day of its loss or theft, against the person in whose hands he finds it; that person can exercise his recourse against the person from whom he obtained it.

Article 2277

If the present possessor of a lost or stolen thing bought it at a fair or at a market, or in a public sale, or from a merchant who sells the same things, the original owner cannot get the thing back without reimbursing the possessor the price he paid to buy it. The lessor who claims, under Article 2332, the movables which have been moved without his consent and which have been bought in their same conditions, must likewise reimburse the buyer the price he paid for them.

ب- حقوق سوئیس

در حقوق سوئیس قاعده حمایت از خریدار با حسن نیت مشروط به تحقق شرایط متعدد مورد قبول قرار گرفته است. مواد 53 به بعد 2 قانون مدنی این کشور این قاعده ثانوی را به شرح زیر بیان می نماید:

Article 532 – Time limit for prescription of movables –

Movable things may be acquired by prescription by possession for a period of 3 years, the possession being continuous, peaceful, and accompanied by just title and in good faith, or by the possession for a period of 10 years, regardless of good faith and just title.

Article 533 – Prescription of lost or stolen movables –

If a movable is lost by its owner, or obtained by way of a crime or offence, and it is passed to a bona fide third party, prescription shall operate in favour of the latter, only after the passage of 6 years.

Article 534 – Return of object purchased by third party in good faith –

Whoever demands the thing, within the period within which he can put up the claim, from the one who has purchased it from the market or in public auction, or from a merchant who deals with things of the same type or similar items, is bound to pay to the bonafide third party the price which the latter had paid for it, except the right of reversion against author of the theft or of violence or against the finder.

ج- حقوق ایتالیا

همانند حقوق فرانسه، در حقوق مدنی این کشور نیز قاعده حمایت از خریدار با حسن نیت به موجب مواد 1161 به بعد قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است:

Art. 1161. – Principle (1) Whosoever in good faith enters for consideration into a contract to acquire the ownership of a corporeal chattel shall become the owner thereof by virtue of his good faith when he takes possession of such chattel.

(2) His rights shall not be affected by the fact that the person with whom he contracted had no valid title.

Art. 1165. - Possibility of reclaiming stolen property: (1) Any person from whom a corporeal chattel was stolen may reclaim it from the person who has become owner thereof in good faith.

(2) Such claim shall be barred if it is not made within three years from the time when the theft occurred.

Art. 1167. - Currency and securities to bearer: (1) Currency or securities to bearer may in no case be claimed from a person who acquired them in good faith.

(2) They may not be claimed either from a person who acquired them from a third party in good faith.

د- حقوق آلمان

در حقوق آلمان نیز حمایت از خریدار با حسن نیت به مثابه یک قاعده مورد پذیرش قرار گرفته است. مواد 932 به بعد قانون مدنی این کشور مصادیق استثنائات وارد بر این قاعده را به شرح زیر پیش بینی نموده است.

(1) As a result of a disposal carried out under section 929, the acquirer becomes the owner even if the thing does not belong to the alienor, unless the alienor is not in good faith at the time when under these provisions he would acquire ownership. In the case of section 929 sentence 2, however, this applies only if the acquirer had obtained possession from the alienor.

(2) The acquirer is not in good faith if he is aware, or as a result of gross negligence he is not aware, that the thing does not belong to the alienor.

Section 932a Good faith acquisition of unregistered ships

Where a ship disposed of under section 929a does not belong to the person disposing, the acquirer becomes the owner if the ship is delivered to him by the alienor, unless he is not in good faith at this time; where a share in a ship is the subject of the disposal, the granting of joint possession of the ship takes the place of delivery.

Section 933 Good faith acquisition on constructive delivery

Where a thing alienated under section 930 does not belong to the alienor, the acquirer becomes the owner if the thing is delivered to him by the alienor, unless he is not in good faith at this time.

Section 934 Good faith acquisition on assignment of claim for possession

Where a thing alienated under section 931 does not belong to the alienor, the acquirer becomes owner, if the alienor is the indirect possessor of the thing, on the assignment of the claim, or otherwise when the acquirer obtains the possession of the thing from the third party, unless at the time of the assignment or the acquisition of possession he is not in good faith.

Section 935 No good faith acquisition of lost property

(1) The acquisition of ownership under sections 932 to 934 does not occur if the thing was stolen from the owner, is missing or has been lost in any other way. The same applies, where the owner was only the indirect possessor, if the possessor had lost the thing.

(2) These provisions do not apply to money or bearer instruments or to things that are alienated by way of public auction or in an auction pursuant to section 979 (1a).

Section 936 Extinction of third-Party Rights

(1) If an alienated thing is encumbered with the right of a third party, the right is extinguished on the acquisition of ownership. In the case of section 929 sentence 2, however, this applies only if the acquirer had obtained possession from the alienor. If the disposal is made under section 929a or 930, or if the thing alienated under section 931 was not in the indirect possession of the alienor, the right of the third party is extinguished only when the acquirer obtains possession of the thing as a result of the disposal.

(2) The right of the third party is not extinguished if the acquirer, at the time conclusive under subsection 1 above, is not in good faith with regard to the right.

(3) If, in the case of section 931, the right belongs to the third-party possessor, it is not extinguished even with regard to a good faith acquirer.

Section 929 Agreement and Delivery For the transfer of the ownership of a movable thing, it is necessary that the owner delivers the thing to the acquirer and both agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the thing, agreement on the transfer of the ownership suffices.

ذ- حقوق چین

همچنین، در حقوق چین نیز حمایت از خریدار با حسن نیت به مثابه یک قاعده مورد پذیرش قرار گرفته است. ماده 311 قانون مدنی این کشور این استثنائات را به شرح زیر پیش بینی نموده است.

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; unless otherwise provided by law, the transferee acquires the ownership of the immovable or movable property under the following circumstances:

(1) the transferee is in good faith at the time when the immovable or movable property is transferred to him; (2) the transfer is made at a reasonable price; and (3) the transferred immovable or movable property has been registered as required by law, or has been delivered to the transferee where registration is not required.

Where a transferee acquires the ownership of the immovable or movable property in accordance with the provisions of the preceding paragraph, the original owner has the right to claim damages against the person who disposes of the property without a right.

Where a party acquires, in good faith, a real right other than ownership, the provisions of the preceding two paragraphs shall be applied mutatis mutandis.

ر - حقوق مجارستان

تقریباً همین سیاست در حقوق مجارستان نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. مواد 39-5 به بعد قانون مدنی این کشور این استثنائات را به شرح زیر پیش بینی نموده است.

Section 5:39 [Acquisition of ownership from persons other than the owner]

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

(2) A person who acquires the moveable thing in a commercial transaction in good faith and for consideration shall acquire ownership by transfer, even if the transferor was not the owner.

(3) Purchase by the buyer from a seller who concludes the sales contract in his own name in the framework of his lawful businesslike economic activity shall be considered as acquisition in a commercial transaction.

(4) Acquisition of ownership according to paragraph (2) shall result in terminating third parties' rights established before the transfer and burdening the thing, provided that the party acquiring ownership acted in good faith as far as the existence of such rights is concerned.

Section 5:40 [Acquisition of ownership of money and securities] : The party to whom money or securities have been transferred, according to the rules on transferring securities, shall acquire ownership even if the transferor was not the owner.

ز- اتحادیه اروپا

همچنین، در حقوق اتحادیه نیز حمایت از خریدار با حسن نیت به مثابه یک قاعده مورد پذیرش قرار گرفته است. در قانون نمونه حقوق خصوصی این اتحادیت این استثنائات در چندین ماده از مواد فصلهای 3 و 4 کتاب هشتم طرح شده است. ذیلا به دو ماده به شرح زیر اشاره و ملاحظه بقیه به شما توصیه میشود!

VIII. – 3:101: Good faith acquisition through a person without right or authority to transfer ownership:

(1) Where the person purporting to transfer the ownership (the transferor) has no right or authority to transfer ownership of the goods, the transferee nevertheless acquires and the former owner loses ownership provided that:

- (a) the requirements set out in VIII. – 2:101 (Requirements for the transfer of ownership in general) paragraphs (1)(a), (1)(b), (1)(d), (2) and (3) are fulfilled;
- (b) the requirement of delivery or an equivalent to delivery as set out in VIII. – 2:101 (Requirements for the transfer of ownership in general) paragraph (1)(e) is fulfilled;
- (c) the transferee acquires the goods for value; and
- (d) the transferee neither knew nor could reasonably be expected to know that the transferor had no right or authority to transfer ownership of the goods at the time ownership would pass under VIII. – 2:101 (Requirements for the transfer of ownership in general). The facts from which it follows that the transferee could not reasonably be expected to know of the transferor's lack of right or authority have to be proved by the transferee.

(2) Good faith acquisition in the sense of paragraph (1) does not take place with regard to stolen goods, unless the transferee acquired the goods from a transferor acting in the ordinary course of business. Good faith acquisition of stolen cultural objects in the sense of VIII. – 4:102 (Cultural objects) is impossible.

(3) Where the transferee is already in possession of the goods, good faith acquisition will take place only if the transferee obtained possession from the transferor.

VIII. – 3:102: Good faith acquisition of ownership free of limited proprietary rights

(1) Where the goods are encumbered with a limited proprietary right of a third person and the transferor has no right or authority to dispose of the goods free of the third person's right, the transferee nevertheless acquires ownership free of this right provided that:

(a) the requirements set out in VIII. – 2:101 (Requirements for the transfer of ownership in general) paragraphs (1)(a), (1)(b), (1)(d), (2) and (3) are fulfilled;

(b) the requirement of delivery or an equivalent to delivery as set out in VIII. – 2:101 (Requirements for the transfer of ownership in general) paragraph (1)(e) is fulfilled;

(c) the transferee acquires the goods for value; and

(d) the transferee neither knew nor could reasonably be expected to know that the transferor had no right or authority to transfer ownership of the goods at the time ownership would pass under VIII. – 2:101 (Requirements for the transfer of ownership in general). The facts from which it follows that the transferee could not reasonably be expected to know of the transferor's lack of right or authority have to be proved by the transferee.

(2) Good faith acquisition in the sense of paragraph (1) does not take place with regard to stolen goods, unless the transferee acquired the goods from a transferor acting in the ordinary course of business. Good faith acquisition of stolen cultural objects in the sense of VIII. – 4:102 (Cultural objects) is impossible.

(3) Where the transferee is already in possession of the goods, good faith acquisition will take place only if the transferee obtained possession from the transferor.

Acquisition of ownership by continuous possession Section 1: Requirements for acquisition of ownership by continuous possession

VIII. – 4:101: Basic rule

(1) An owner-possessor acquires ownership by continuous possession of goods:

(a) for a period of ten years, provided that the possessor, throughout the whole period, possesses in good faith; or (b) for a period of thirty years.

(2) For the purposes of paragraph (1)(a): (a) a person possesses in good faith if, and only if, the person possesses in the belief of being the owner and is reasonably justified in that belief; and (b) good faith of the possessor is presumed.

(3) Acquisition of ownership by continuous possession is excluded for a person who obtained possession by stealing the goods.

2-1- حقوق ایران

الف- وضعیت معاملات فضول

همانطوریکه سابقا اشاره شد، در حقوق ایران قانون مدنی از نظریه صحت در فقه حمایت نموده است. به همین جهت، ماده 247 مقرر میدارد "معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت، نافذ نیست ... 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 نظریه، سرنوشت معامله اساسا به مالک واگذار و متعامل اصیل کمترین کنترل حقوقی بر این معامله ندارد. درست به همین جهت است که ماده 254 حتی خرید متعاقب مال موضوع معامله فضولی را برای تملک کافی ندانسته و اجازه مالک جدید را لازم می داند. "هر گاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد آن مال، به نحوی از انحا به معامله کننده ی فضولی منتقل شود، صرف تملک موجب نفوذ معامله ی سابقه نخواهد بود." و یا ماده 252 تنها حق فسخ را برای متعامل در فرض تاخیر از سوی مالک در تنفیذ و یا رد معامله شناسایی و مقرر میدارد "لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می تواند معامله را به هم بزند.

ب- توجیه عدم نفوذ معامله فضول

به دلیل عدم اشاره قانونگذار به مبنای نظری پذیرش چنین نظریه، حقوقدانان و شارحان قانون مدنی هر یک سعی در توجیه این نظریه نمودند. مثلا مرحوم استاد کارتوزیان با استناد به تفاسیر فقیهان متعددی چون شیخ انصاری، شهید ثانی، صاحب مفتاح الکرامه و سید بحر العلوم مبنای نظری این تفسیر را تکمیل ساختمان حقوقی ناقص

میداند. یعنی فضول و اصیل یک موجود حقوقی ناقص ایجاد و با رضای لائق مالک این ساختمان کامل و موثر در روابط مالک و اصیل متعامل میشود.

ایشان همچنین، با استناد به تفسیری منقول از میرزای رشتی مبنای حقوقی این نظریه را رضای مقدر از سوی مالک میداند. البته این مبنا تنها در فرض اول قابل قبول خواهد بود در حالیکه در دیگر فروض مخصوصاً فرض سوم قابل استناد نیست. مضافاً بر اینکه قانون مدنی در ماده 247 اساساً این رضا را فاقد اثر اعلام کرده است. همچنین، ایشان با استناد به تفسیر محقق کرکی مبنای حقوقی صحت را نفوذ و اعتبار معامله با رضای متاخر میداند نه تکمیل ساختمان قرارداد. به بیان دیگر، رضای متاخر رکن معامله منعقد نیست بلکه شرط نفوذ آن می باشد. و یا همانطوریکه از تفسیر مرحوم میرزای قمی در جامع الشتات استفاده میشود رضای متاخر موجب تبدیل عقد فضول به عقد مالک میشود! و یا همانطوریکه از توضیحات صاحب کشف الرموز برمیآید، رضای متاخر به مثابه ایجاب جدید است! مرحوم استاد کاتوزیان ضمن نقد هر یک از توجیحات فوق سرانجام مبنای حقوقی را نهاد نمایندگی میداند. (همان، صص 105 تا 116)

همچنین، از توضیحات مرحوم دکتر امامی نیز میتوان این ادعا را نمود که ایشان به توجیه نخست یعنی تولد ناقص عقد و تکمیل آن با رضای متاخر متمایل است. (حقوق مدنی، جلد یک، ص 299، چاپ اسلامی، سال 1363)

2- فقه

تمایل به صحت معاملات فضول در آرای فقیهان هم مشهود است. با این وجود، همانطوریکه در ادامه نشان داده میشود، تفکر فقهی در مقایسه با تفکر حقوق موضوعه هم به لحاظ نکته عزیمت، هم منطق تحلیل، هم مفهوم صحت و مخصوصاً آثار حقوقی اختلاف نظر فاحش دارد. ذیلاً، این رویکرد به اختصار توصیف و با رویکرد اتخاذی در حقوق موضوعه مقایسه و ارزیابی میگردد.

الف - صحت معاملات فضول در فروض مختلف

همانطوریکه فوقا اشاره شد، فقیهان طرفدار نظریه صحت به دلیل تفکیک معاملات فضول به لحاظ قصد و نحوه ارتباط با مالک ناچار به تحلیل وضعیت این معاملات به تفکیک شدند. به همین جهت، اختلاف آنان ناچار به تبیین وضعیت فقهی معاملات فضول در هر چهار فرض شده اند! ذیلا به ادله طرفداران صحت به اختصار اشاره میشود.

1-2- فرض اول:

همانطوریکه به هنگام توصیف فروض چهارگانه به اجمال نشان داده شد، گفتگوهای فقیهان حامی صحت در خصوص فرض نخست تنها شمول یا عدم شمول عنوان معامله فضولی است. فلذا بر فرض شمول مشمول صحت و در فرض عدم شمول مشمول معاملات غیر فضولی است. به همین جهت، اغلب گفتگوهای فقهی این دسته از فقیهان بر محور دیگر فروض مخصوصا فرض دوم یعنی معامله به نام و نفع مالک با فرض عدم سبق منع از ناحیه مالک متمرکز و دو فرض دیگر تنها با تطبیق ادله صحت ادعایی همراه می باشد.

2-2- فرض دوم:

برخلاف طرفداران بطلان، حامیان صحت تنها به ادله قرآنی و روایی استناد می نمایند. مرحوم شیخ انصاری در خصوص این فرض ابتدا به نحو عام می گوید "والمشهور الصحّة" و سپس برای اثبات دیدگاه صحت این نوع معامله فضول به دو نحو استدلال می نماید:

نخست استدلال به آیات قرآنی

در استدلال به آیات قرآنی دو آیه مورد استناد فقیهان مدافع صحت قرار گرفته است. یکی عموم آیه شریفه "و افوا بالعقود" و دیگری و اطلاق "آیه احل الله البيع". به زعم حامیان صحت عموم و اطلاق این دو آیه شامل معامله فضولی نیز می باشد. زیرا اگر چه بیع فضول فاقد اذن مالک است، ولی مجرد فقدان اذن مالک همزمان به تحقق ساختمان قرارداد ایجادى توسط فضول موجب زوال وصف عقد و بیع از آن نمیشود، چون عدم صحت سلب، ملازم با صحت حمل نیست. لذا عنوان عقد و بیع بر معامله ی فضول نیز صادق است. از دیگر سوی اگر چه رضای مالک پس از تحقق معامله فضول به آن ملحق میشود ولی این فاصله بین رضای مالک و عقد مانع صدق بیع و عقد بر

این نوع قرارداد نمیشود مگر بر لزوم سبق رضای مالک اظهارشود. در حالیکه دلیلی برای اثبات این سبق رضا در دست نیست. لذا با شک در لزوم وجود این شرط به حکم اصله الإطلاق بر عدم لزوم اشتراط سبق إذن اظهارنظر و در نتیجه این نوع معامله نیز مشمول این دو ایه می شود.^۲

دوم استدلال به روایات

آنگاه شیخ در استدلال به روایات به چندین روایت به شرح زیر استناد و چنین اظهارنظر می نماید:

روایت نخست

قصه عروه بارقی یعنی خرید گوسفند برای پیامبر است. طبق این روایت با اینکه پیامبر به عروه یک دینار تسلیم و از ایشان خواست گوسفندی برای قربانی خریداری نماید، اما عروه به جای خرید دو اقدام خود سرانه انجام داده است. یعنی با یک دینار یک گوسفند خرید و سپس آنرا به دو دینار فروخت و سپس با یک دینار گوسفند دیگری خرید. در حالی که پیامبر از ایشان خواستند یک گوسفند برای ایشان بخرند و فروش گوسفند و خرید مجدد بدون اجازه از پیامبر بود. با این وجود، شاید بتوان یک اقدام خودسرانه ایشان را جایز دانست زیرا، "کلمه ی شاه" در درخواست پیامبر اسم جنس است که بر قلیل و کثیر قابل حمل است؛ لذا با تأیید نبی مکرم از عمل او، می توان جواز و صحت عقد فضولی را فهمید. ضمناً اگر سؤال شود: اگر اقدام عروه ی بارقی فضولی بود چه گونه او به تحویل کالا و دریافت بهاء مبادرت ورزید در حالی که فضول حق تحویل و دریافت عوض و معوض را نداشت لذا

۲- "لعموم أدلة البيع والعقود، لأنّ خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتّب الأثر بالرضا وتوقّفه عليه أيضاً لا مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاق عدمه، ومراجع ذلك كلّ إلى عموم «حلّ البيع» و «وجوب الوفاء بالعقد»، خرج منه العاري عن الإذن والإجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة. وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنّه عقد صدر عن أهله في محلّه^(۶). فما ذكره في غاية المراد من أنّه من باب المصادرات^(۷)، لم أتحقّق وجهه؛ لأنّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث أنّه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع. فليس محلّ الكلام إلّا خلوه العقد عن مقارنة إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل، ولعلّ مراد الشهيد أنّ الكلام في أهليّة العاقد، ويكفي^(۱) في إثباتها العموم المتقدّم. (۱) مثل المحقّق في الشرائع ۲ : ۱۴ وغيره، وابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع : ۲۴۶، والعلامة في كتبه وتقدّم أنفاً عن التذكرة والشهيد في الدروس ۳ : ۱۹۲ وغيره. (۲) الإيضاح ۱ : ۴۱۷. (۳) مجمع الفائدة ۸ : ۱۵۸، وزبدة البيان : ۴۲۸. (۴) انظر ضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين) : ۵۶. (۵) وهو المحدث البحراني في الحقائق ۱۸ : ۳۷۸. (۶) كما في المختلف ۵ : ۵۴، والرياض ۱ : ۵۱۲، وانظر المهذب البارع ۲ : ۳۵۶، والمناهل ۲۸۷. (۷) غاية المراد : ۱۷۸. (مكاسب، جلد ۳، صص ۳۴۹ به بعد).



کاری که او انجام داد از نظر شرع ممنوع بوده است؟ شیخ انصاری در پاسخ به این پرسش **چهار احتمال** را مطرح می کند:

احتمال اول: عمل عروه حرام بود ولی این احتمال با تقریر پیامبر و تأییدی که از اقدام ایشان نمود منافات داشته و قابل پذیرش نیست.

احتمال دوم: عروه علم به رضای باطنی پیامبر داشت. زیرا، هر گاه عاقد بداند که مالک متعاقبا اجازه داده و تأییدش می کند، تصرف در عوض و معوض و تحویل و دریافت آن ها بنا بر نظریه کشف برای او مجاز خواهد بود. البته این احتمال نیز ضعیف و غیر قابل اعتماد است.

احتمال سوم: هر گاه داد و ستدی که بی إذن مالک صورت گرفته باشد به همراه رضای باطنی مالک باشد اساسا مصداق عقد فضولی نیست. شیخ انصاری این احتمال را پذیرفته و به همین دلیل این روایت را اساسا دلیل برای اثبات صحت نمیداند.

احتمال چهارم: عروه به رضایت پیامبر آگاهی داشت و خریدار نیز به عقد فضولی مطلع بود. و بر هیم اساس هر دو عمل نمودند. لذا ثمن و مئمن امانتا رد و بدل و معاوضه شد.^۳

^۳ - "وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاة للأضحية» فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالشاة والدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «بارك الله لك في صفقة يمينك»^(۱)، فإن بيعه وقع فضولاً وإن وجَّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي." با این وجود، شیخ با طرفداران استدلال به این روایت معروف همدلی نداشته فلذا در ادامه به نقد این استدلال پرداخته و می نویسد: "هذا، ولكن لا يخفى^(۲) أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي. توضيح ذلك أن الظاهر^(۳) علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أن الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام؛ لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بد إما من التزام أن عروة فعل الحرام في القبض و الإقباض، وهو منافٍ لتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم. وإما من القول بأن البيع الذي يعلم بتعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة؛ بناءً على كون الإجازة كاشفة، و سيجيء ضعفه. فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد من البيع وهو المقرن برضا المالك خارجاً عن الفضولي، كما قلناه (صص. ۳۴۶ ۳۴۷). ورابع، وهو علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، و علم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلا فالفضولي ليس مالکاً ولا وکیلاً، فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأنه على الثمن حتى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلاً. ولكن الظاهر هو أول الوجهين، كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، وقد تقدم أن المناطق فيها مجرد المراضاة ووصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره ولو كان صبياً أو حيواناً (صص ۷۵ و ۱۱۲)، فإذا حصل التقابض بين فضوليتين أو فضولي وغيره مقرناً برضا المالکين، ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضا صاحبه، كفى في صحة التصرف. وليس هذا من معاملة الفضولي؛ لأن الفضولي صار آلة في الإيصال، والعبرة برضا المالك المقرن به. (۲) كما في الرياض ۱: ۵۱۲ ۵۱۳، ومقابس الأنوار: ۱۲۳، وغيرهما. (۳) الوسائل ۱۴: ۵۹۱، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد

روایت دوم: به موجب این روایت شخصی کنیز پدر خود را به هنگام مسافرت او فروخته و خریدار از او فرزند دار شد! پدر پس بازگشت از سفر ظاهراً با فروش کنیز خود ناراضی و بر علیه خریدار طرح دعوا نمود. اختلاف به محضر علی علیه السلام ارجاع شد. حضرت حکم به بازگشت کنیز و فرزند او دادند. خریدار فضولی علی ع را قسم داد که راه چاره یی برای فرزند او از کنیز پیدا کند. مولا علی ع فرمودند: تو نیز فرزند او که، این آتش را بر افروخته و کنیز پدر را بی إذن فروخته است را حبس کن!! به نظر شهید اول این روایت دو مدعاء را اثبات می کند. یکی صحت عقد فضولی که در آن إنفاذ بیع فضولی توسط مالک، مؤثر شناخته شده است. دوم کاشف بودن اجازه ی مالک، چه آن که مبنای ناقلیت اجازه، که پیدایش مالکیت از زمان اجازه است؛ انجام عمل جنسی با کنیز، تصرف در مال غیر بوده و فرزند به دنیا آمده متعلق به مالک کنیز خواهد بود. در حال آن که در روایت یاد شده کودک از آن خریدار دانسته شد و این کاشفیت را می رساند. مرحوم شیخ ضمن ایراد فراوان بر این روایت همه ی آن را نا روا دانسته اند.^۴

روایت دوم الاستدلال بفحوی صحه نکاح الفضول:

به موجب این روایات فقیهان بی شماری بر صحت عقد ازدواج شخص آزاد و یا برده به نحو فضولی با اجازه لاحق اظهارنظر نموده اند. اضافه بر این، این اظهارنظر مستظهر به اجماعات منقول و روایات بسیاری نیز می باشد. فقهای معتقد به صحت بیع فضولی همچنین میگویند "صحت نکاح فضولی به طریق اولی صحت بیع فضولی را ثابت می کند. این بدین دلیل است که، شارع با اینکه در رابطه با ازدواج با اهتمام شدید به آن نگریده و به دلیل حساسیت شرعی که به دنبال دارد، حد اکثر احتیاط را در آن ضروری می شمردند بر نکاح فضولی اظهارنظر می نمایند قاعدتا

والإمام ، الحديث الأول ، والحديث منقول في الكتب الأربعة. وما نقله المؤلف قدس سره أوفق بما في الكافي ٥ : ١١ ، الحديث ١٢ . (٤) الدروس ٣ : ٢٣٣

٤ - واستدل له (٢) أيضاً تبعاً للشهيد في الدروس بصحیحة محمد ابن قیس عن أبي جعفر الباقر علیه السلام ، قال «قضی أمير المؤمنین علیه السلام في ولیدة باعها ابن سیدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سیدها فخاصم سیدها الآخر ، فقال ولیدتي باعها ابني بغير إذني. فقال علیه السلام : الحكم أن يأخذ ولیدته وابنها. فناشده الذي اشتراها ، فقال له : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ینفذ البیع لك. فلما رآه أبوه قال له أرسل ابني. قال لا والله! لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني ؛ فلما رأى ذلك سید الوليدة أجاز بیع ابنه .. الحديث» (٣). قال في الدروس : وفيها دلالة على صحه الفضولي وأن الإجازة كاشفة (٤).

به طریق اولی بیع فضولی صحیح و با اجازه لاحق نیز نافذ و موثر می گردد. به همین جهت، مرحوم سید علی طباطبایی صاحب ریاض المسائل و بسیاری از علماء امامیه، معتقدند که بدون در نظر گرفتن این موضوع و استدلال، حکم به بیع فضولی بسیار مشکل خواهد بود. البته شیخ انصاری با ردّ این استدلال متذکر می شود که: اگر زن به کسی وکالت بدهد تا او را به عقد کسی در آورند و او وکیل را عزل ولی وکیل بی خبر بوده که عزل شده است، عقد صحیح است. البته اهل سنت چنین عقدی را پس از عزل باطل ولی در روابط تجارّتی اگر وکیل در زمان انعقاد قرارداد از عزل خود بی خبر باشد معامله ایشان را صحیح می دانند! به زعم اینان دلیل ایت تفاوت این است که اگر مالی از مالک خارج شود در نهایت با اجازه لاحق عوض به او باز می گردد؛ اما در ازدواج با اینکه بضع از اختیار زن خارج می شود ولی عوضی برای ایشان در پی ندارد! در ادامه، امام ع با اشاره به این نظر فقهی رایج فیما بین فقیهان اهل سنت می فرمایند: سبحانُ الله! ما أُجورُکم هذا الحُکم و أفسدُهُ فإنَّ النِّکاحَ اُولى و أجدر أن یحتاطَ لأئنه الفرجُ و یكونُ منه الولد... یعنی چه قدر این حکم ظالمانه و بی اساس است؛ زیرا نکاح به دلیل آن که، موجب ولادت فرزند می باشد؛ احتیاط بیش تری را می طلبد.

مرحوم شیخ با استناد به این سخن امام می نویسد "اگر بیع صحیح باشد به طریق اولی ازدواج صحیح است؛ زیرا دلیلی که صحت نکاح را ثابت می کند هرگز صحیح بودن بیع را اثبات نمی کند چون که، به واسطه ی اصل حکم فرع کشف می شود و نه بر عکس آن. به همین دلیل شیخ در انتها می نویسد "نتیجه این که مطلب فوق نا درستی استدلال معتقدین به صحت بیع فضولی در ما نحن فیه ثابت میکند که در آن صحت نکاح فضولی، دلیل صحت بیع فضولی دانسته شده است!

در ادامه مرحوم شیخ می نویسد "اینکه در این حدیث، احتیاط در آن دانسته شد که عقد ازدواج صحیح تلقی گردیده و به لوازم آن تن داده شود، از جهتی مواجه با اشکال می باشد، که با توجه به مقدمه یی که در ذیل آورده میشود روشن خواهد شد:

مقدمه ی اول : احتیاط مصطلح به معنی انجام عمل به گونه ای است که وصول به واقع و یقین به فراغ ذمه حاصل گردد. **مقدمه ی دوم:** در عقد ازدواج مورد بحث چنان که احتمال صحت وجود دارد احتمال ابطال نیز منتفی نیست. با در نظر گرفتن این مقدمات معلوم می گردد که در صحت عقد ازدواج و نیز بطلا آن، احتمال حرمت در کار است؛ زیرا اگر عقد مذکور در واقع صحیح بوده و حکم به ابطال می شود، ازدواج مجدد زن با مرد دیگر محکوم به حرمت می باشد و اگر در واقع باطل بوده و حکم به صحت آن گردد زن و شوهر بر یک دیگر حرام و انجام زناشویی بر ایشان ممنوع است. بنا بر این، امر در واقع دایر بین دو محذور است و در موارد دوران امر بین محذورین، به دلیل عدم امکان احتیاط، عقل حکم به تخییر می نماید. نتیجه ی آن چه گفته شد این است که حکم به صحت عقد ازدواج مطابقت با احتیاط ندارد.

در پاسخ به این اشکال گفته میشود: مقصود از احتیاط معنای مصطلح آن که درک واقع مفاد آن را تشکیل می دهد نیست، بلکه مقصود این است که در حکم به ابقای ازدواج و تصحیح آن محذور کم تری نسبت به ابطال وجود دارد. زیرا در صورت صحت واقعی عقد ازدواج و ابطال ظاهری آن، زن مجاز به ازدواج با مرد دیگر و انجام عمل زناشویی با او خواهد بود، که در این فرض زنا با زنی که شوهر دارد رخ داده است، اما اگر عقد ازدواج باطل بوده و ما آن را صحیح بشماریم مردی که شوهر فرض می گردد؛ با زنی بی شوهر اقدام به زنا نموده و نیاز به گفتن ندارد که مفسده زنا با زن شوهر دار به مراتب سنگین تر از زنا با زن بی شوهر می باشد. و بی تردید در دوران امر بین محذورین، عقل، انتخاب محذور اخف را توصیه می نماید.^۵

۵ - و ربما يستدل أيضاً^(۱) : بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد ، الثابتة بالنص^(۲) والإجماعات المحكية^(۳)؛ فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح؛ لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار^(۴). (۱) كما في المناهل : ۲۸۷ ، ومقابس الأنوار : ۱۲۱ ، والجواهر ۲۲ : ۲۷۶. (۲) انظر الوسائل ۱۴ : ۲۱۱ ، الباب ۷ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، الحديث ۳. والصفحة ۲۲۱ ، الباب ۱۳ من الأبواب ، الحديث ۳. والصفحة ۵۲۳ ، الباب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد والإماء ، الحديث ۱ و ۲ وغيرها. (۳) كما في الناصريات (الجوامع الفقهية) : ۲۴۷ ، المسألة ۱۵۴. والسرائر ۲ : ۵۶۵. وانظر كشف اللثام ۲ : ۲۲ ، والرياض ۲ : ۸۱. (۴) انظر الوسائل ۱۴ : ۱۹۳ ، الباب ۱۵۷ من أبواب مقدمات النكاح ، الحديث ۱ و ۳. (۵) انظر غاية المراد : ۱۷۸. (۶) انظر الرياض ۱ : ۵۱۲.

المنافشة في الاستدلال المذكور: وقد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد^(۵) ، واستدل بها في الرياض ، بل قال : إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكية على المنع^(۶). وهو حسن ، إلا أنّها ربما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه ، بالصحة في الثاني ؛ لأنّ المال له^(۷) عوض ، والبطلان في الأول؛ لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردّهم واشتباهم في وجه الفرق «سبحان الله! ما أجور

(3) ما ورد في المضاربة: هذا،

ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي ، بل يستدل عليها : بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة ، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة ، فاشترى غير الذي أمره ، قال : هو ضامن ، والريح بينهما على ما شرطه»^(٢). ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب.

(5) ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم: ومن هذا القبيل : الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال

اليتيم ، وأن الربح لليتيم^(١) ، فإنها إن حملت على صورة إجازة الولي كما هو صريح جماعة^(٢) تبعاً للشهيد^(٣) كان من أفراد المسألة ، وإن عمل بإطلاقها كما عن جماعة^(٤) ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولي ، لكن يستأنس بها لها^(٥) بالتقريب المتقدم. وربما احتتم دخولها في المسألة من حيث إن الحكم بالمضي إجازة إلهية لاحقة للمعاملة ، فتأمل.

(6) رواية ابن أشيم: وربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري

به نسمة ويعتقها ، ويحججه عن أبيه^(١) ، فاشترى أباه وأعتقه ، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثه الدافع ، وادّعى كل منهم أنه اشتراه بماله ، فقال أبو جعفر عليه السلام : «يُرد المملوك رقاً لمولاه ، وأى الفريقين أقاموا البيّنة

هذا الحكم وأفسده ؛ فإنّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه ؛ لأنّه الفرج ، ومنه يكون الولد .. الخبر»^(١). وحاصله : أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع ؛ من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره ، فدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى ، خلافاً للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح ، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام : أنّ صحة المعاملة المالية الواقعة في كلّ مقام ؛ تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى ، وحينئذ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع ؛ لأنّ الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في^(٢) باب الأولوية ، وإلا لم يتحقّق الأولوية ، كما لا يخفى. فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان ؛ من جهة أنّ البضع غير قابل للتدّارك بالعوض. بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله؛ مستنداً بأنّه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محنورين ، ولا احتياط في البين. ويمكن أن يكون الوجه في ذلك أنّ إبطال النكاح في مقام الإشكال والاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً ، فتتزوج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل ، بخلاف إبقائه ؛ فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع ، وهذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً. وكيف كان ، فمقتضى هذه الصحيحة : أنّه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي ، لم يوجب^(٣) ذلك التعدي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي. نعم ، لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح ؛ لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال ، كما هو نصّ الرواية. ثمّ إنّ الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي ، إلا أنّ المستفاد منها قاعدة كليّة ، هي : أنّ إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح ، من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي. (١) انظر الوسائل ١٣ : ٢٨٦ ٢٨٧ ، الباب ٢ من أبواب الوكالة ، الحديث ٢. (٢) شطب في «ص» على «في» وكتب فوقه «من» ، وكذا أثبتته العلامة المامقاني قدس سره في شرحه (غاية الأمال : ٣٦٠).

بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقاً له ... الخبر»^(٢)؛ بناءً على أنه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيّنة عليها كافيّة في تملك المبيع.

(7) **صحيحة الحلبي:** ومما يؤيد المطلب أيضاً : صحيحة الحلبي عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً ، فكرهه ثم ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة، قال لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ^(٣) على صاحبه الأوّل ما زاد»^(٤). فإنّ الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلّا على صحّة بيع الفضولي لنفسه.

(8) **موثقة عبد الله:** و يمكن التأييد له أيضاً بموثقة عبد الله^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام «عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع»^(٢)، فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت. قال لا بأس .. الخبر»^(٣). بناءً على أنّ الاشتراء من السمسار^(٤) يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضىه من الأمتعة، ويوقيه^(٥) دينه. و لا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممّن يشتري بالأجر؛ لأنّ توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية. و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره. و يحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويردّ ما يكره. وليس في الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضولياً ، كما لا يخفى ، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفعال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات. (9) **أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه:** وربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه ، معللاً بأنّه لم يعص الله وإتّما عصي سيّده^(١). وحاصله : أنّ المانع من صحّة العقد إذا كان لا يرجي زواله^(٢) فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً ، وهو عصيان الله تعالى ، وأمّا المانع الذي

یرجی زواله کعصیان السید فبزواله یصحّ العقد ، ورضا المالك من هذا القبیل ، فإنه لا یرضی أولاً ویرضی ثانیاً ، بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعلٍ ؛ فإنه یستحیل رضاه.

سر انجام مرحوم شیخ بر صحت معاملات فضول در این فرض اصرار و چنین میگوید:

هذا غایه ما یمکن أن یحتجّ ویستشهد به للقول بالصحة ، وبعضها وإن کان ممّا یمکن الخدشه فیہ ، إلاّ أنّ فی بعضها الآخر غنی وکفایه.

آقای مکارم نیز، ضمن نقل اقوال فقهای متقدم، متاخر و معاصر، میگوید قول به بطلان چند قرنی بین فقیهان مشهور و متعاقبا قول به صحت مشهور و قول به بطلان مهجور ماند: "و يتخلص من جميع ذلك ان القول بالصحة كان قليلا في العصر الاول و لكن اشتهر و کثر بعد ذلك و لا سيما بين المتأخرين و لكن لا یمکن دعوی الاجماع على شیئی من القولین كما هو ظاهر. اذا عرفت ذلك فاعلم أنه استدل على صحة الفضولی تاره بالقواعد و اخرى بالادلة الخاصة". آنگاه در ادامه ضمن استناد به آیه اوفوا بالعقود و کفایت آن برای اثبات صحت به روایات متعددی استناد و سرانجام چنین میگوید: "هذا غایه ما اردنا ذكره فی المقام و يتحصل من جميع ما ذكرنا أن العمده فی المقام مضافا الى كون صحة الفضولی موافقا للقواعد الثابته من اشريعه امور: 1- حديث عروه البارقي، 2- فحوى ما ورد فى النكاح، 3- صحيحه الحلبي، ما ورد فى باب تحليل الخمس، 5- ما ورد فى الوديعة و 6- ما ورد فى صدقه مجهول المالک. (همان، صص. 275 تا 295).

آنگاه در پایان با یک ادعای بی تحقیق صحت به مفهوم ابتکاری فقهی را موافق سیره و بنای عقلا توصیف و به دلیل عدم ردع از سوی شارع حجیت آنرا نیز مقبول می پندارد (همان، ص 295). بی خبر از آنکه اساسا قرنهایست نظامهای حقوقی متعدد بر بطلان معاملات فضول اصرار و پس از مواجهه با پیامدهای حقوقی زیانبار به ناچار از نظریه بطلان مطلق عدول و در ادامه تن به پذیرش استثنائات متعدد بر نظریه بطلان داده و تحت شمول نظام استثنائات معاملات فضول را صحیح تلقی نمودند ولی نه به معنای مد نظر فقیهان بلکه به معنای نفوذ و اعتبار این معاملات با وجود عدم رضایت مالک. رویه ای عقلایی و مورد تایید دهها سیستم حقوقی در دنیا که بی تردید با ذهنیت فقیهان حامیان صحت نامالوف و غیر قابل هضم می باشد!

حاميان صحت معاملات فضولي اين فرض را همانند فرض دوم صحيح دانسته و صرف منع مسبوق مالك را براى بطلان كافى نميدانند. لذا مرحوم شيخ انصارى ضمن نقل ادله مخالفان صحت به صرف منع مسبوق مالك مى نويسد

"ولكن الأقوى عدم الفرق؛ لعدم انحصار المستند حينئذٍ^(٢) فى رواية عروة، وكفاية العمومات، مضافاً إلى ترك الاستفصال فى صحيحة محمد بن قيس^(٣)، وجريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه^(٤)، مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالى والعبيد، مع أن رواية إجازته صريحة فى عدم قدح معصية السيد^(٥)، مع جريان المؤيدات المتقدمة له من بيع مال اليتيم^(٦) والمغصوب^(٧)، ومخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال^(٨)، الصريح فى منعه عما عداه. وأما ما ذكر^(٩) من المنع الباقي بعد العقد ولو آنأ ما، فلم يدل دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الإجازة. وما ذكره فى حلف الموكل غير مسلم، ولو سلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره فى رد البيع وعدم تسليمه له. ومما ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، وأن كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا تقدر فى صحته إذا لحقه الإجازة.

آقای مكارم نیز همانند شيخ اين فرض را صحيح و تقريباً با همان ادله استنادى براى فرض دوم صحت اين فرض را نیز چنين توجيه مى نمايد:

"فالعمدة فى المسألة ملاحظه الادله السابقه حتى يعلم ايها عام يشملها ايضاً و ايها مختص بالمسألة الاولى و هى ما لم ينه عنه المالك." (ص. 302. سپس ضمن تطبيق ادله شرعى مربوطه بر اين فرض سرانجام در پايان ميگويد "و الحاصل أن صحه الفضولي هنا ايضاً ظاهره". (ص. 304).

⁶ - وحكي عن فخر الدين أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك (إيضاح الفوائد ١ : ٤١٧). ويلوح إليه ما عن التذكرة فى باب النكاح من حمل النبوي «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» (سنن البيهقي ٧ : ١٢٧) بعد تضعيف السند على أنه نكح بعد منع مولاه وكراهته؛ فإنه يقع باطلاً (التذكرة ٢ : ٥٨٨). والظاهر أنه لا يفرق بين النكاح وغيره (مقاييس الأنوار : ١٢١)، ويظهر من المحقق الثاني، حيث احتمل^(٢) فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينة الدالة^(٣) على عدم الرضا وهي الغصب (جامع المقاصد ٤ : ٦٩). وكيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيل أن المستند فى عقد الفضولي هي رواية عروة تقدمت فى الصفحة (٣٥١) المختصة بغير المقام، وأن العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنأ ما كافٍ فى الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة؛ بناءً على أنه لا يعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم^(٤) بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد؛ لأن الحلف عليه أمانة عدم الرضا.

طرفداران صحت این فرض را همانند دو فرض قبل تلقی و تقریباً با همان دلایل توجیه می نمایند! به همین جهت مرحوم شیخ انصاری، ضمن موافقت با صحت این فرض، ادله مخالفین را نقل و ضمن رد همه آنها بر صحت این فرض تأکید می نماید. در این خصوص به متن زیر توجه شود "والأقوى فيه الصحة وفقاً للمشهور؛ للعمومات المتقدمة^(٢) بالتقريب المتقدم، وفحوى الصحة في النكاح^(٣)، وأكثر ما تقدم من المؤيدات^(٤)، مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة^(٥)".

آنگاه در ادامه به دلایل مخالفان صحت معامله فصول در این فرض اشاره و به تک تک آنها تفصیلاً پاسخ میدهد.^٧

7 - "ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلا وجه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختص ببيع^(٦) الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة. الوجه الأول وجوابه: منها إطلاق ما تقدم من النبيين^(٧) «لا تبع ما ليس عندك» و «لا بيع إلا في ملك» [وغيرهما^(٨)]; 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 وجوابه: ومنها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب، وقد تقدم عن المحقق الكركي أن الغصب قرينة عدم الرضا تقدم في الصفحة ٣٧٣. وفيه أولاً، أن الكلام في الأعم من بيع الغاصب. و ثانياً، 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. و ثالثاً، قد عرفت أن سبق منع المالك غير مؤثر. الوجه الثالث وجوابه: ومنها أن الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم 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، لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقة، نظير المجاز الادعائي 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^(٩) 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 لتمامك الثمن؛ لأن المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز. الوجه الرابع: ومنها أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد؛ لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته، وإن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشأ. جواب المحقق القمي عن وجه الرابع: وقد أجاب المحقق القمي رحمه الله عن هذا^(١٠) في بعض أجوبة مسائله بأن الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه^(١١)، وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه^(١٢). 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 بدّلته على كونه^(١٣) على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة^(١٤).

المناقشة في جواب المحقق القمي: وفيه أن الإجازة على هذا تصوير 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^(١٥) بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، وبعدم الحاجة إلى قبول^(١٦) 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^(١٧) أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم^(١٨) مقام إيجاب البائع، وينضم إليه القبول المتقدم^(١٩) من المشتري

برخلاف تفسیر فوق، آقای مکارم شیرازی به نقل از اغلب فقها فرض چهارم را جز در موارد خاص نظیر اشتباه فضول و خریدار و یا تخطی وکیل از دایره وکالت، معاملات فضول برای خود را مصداق غصب و باطل میدانند. "بیع الفضولی لنفسه و قد ذکره غالباً تحت عنوان بیع الغاصب و لکن قد يتصور فيه غير الغاصب كالمشتبه. (همان، ص.

(304)

ب- نقد مبانی نظری فقهی برای صحت:

(۴). 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 (۵) 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.

جواب المؤلف عن وجه الرابع: فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى ، وتوضيحه أن البائع الفضولي إنما قصد تملك الثمن للمشتري بإزاء الثمن ، وأما كون الثمن مالاً له أو لغيره ، فإيجاب البيع ساكت عنه ، فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوض ؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادلة ، وحيث إن البائع يملك الثمن بانياً على تملكه له وتسلمه عليه عدواناً أو اعتقاداً ، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلط عليه ، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه ، وحيث إن الثمن ملك للمالك واقعاً فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه ، فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد (۱) الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين ، بل مفهوم الإيجاب هو تملك الثمن بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض ، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك..... **در ادامه شیخ ضمن نقل پاسخهای متعدد به اشکال چهارم و ایرادات وارد بر همه آنها سر انجام میگوید: " وکيف كان ، فالأولى في التفصي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا (الصفحة ۳۸۳).**

الوجه الخامس وجوابه: ثم إن مما ذكرنا من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض ، لكنه بحسب بناء الطرفين على ملكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه ، مختص بصورة علم المشتري ، وهو : أن المشتري الأصل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم (۱) بأن المالك لو رد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن ، وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية ، وإلا لكان ردّها موجباً لرجوع كل عوض إلى مالكه ، وحينئذ إذا أجاز المالك لم يملك الثمن ؛ لسبق اختصاص الغاصب به ، فيكون البيع بلا ثمن (۲). ولعل هذا هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة ، حيث قال بعد الإشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري - إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل (۳)، انتهى. أقول هذا الإشكال بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك وبقائه (۴) ، وبعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليم على تقدير الرد والإجازة، لا (۵) التسليم المراعى بعدم إجازة البيع إنما يتوجه على القول بالنقل حيث إن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة. وأما على القول بالكشف، فلا يتوجه إشكال أصلاً؛ لأن الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، الإجازة كاشفة عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليم الحاصل بالإقباض؛ ولذا لو لم يقبضه الثمن حتى أجاز المالك أو رد، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، وسيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك (يأتي في الصفحة ۶۹ وما بعدها) تنمة لذلك، فانتظر. ثم اعلم أن الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصباً كان أو غيره إنما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك، لا لنفسه. وأما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالاً للمبيع وأجاز سواء باع لنفسه أو المالك (۶) فلا دخل له بما نحن فيه؛ لأن الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، وهناك في وقوعه للعائد إذا ملك. ومن هنا يعلم : أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل (۷) ونسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه (الرياض ۱ : ۵۱۲ ، وتقدمت عبارة التذكرة في الصفحة ۳۶۷) في غير محله، إلا أن يريد ما ذكرناه، وهو خلاف ظاهر كلامه. (المكاسب جلد ۳ ، صفحات 352 تا ۳۸۹)

همانطوریکه ملاحظه شد، همانند فقیهان مدافع بطلان، شیوه استدلال مخالفان بطلان نیز تمسک به ظواهر ادله شرعی ناظر به مساله است. این گروه از فقیهان نیز با کمترین توجه به منطق حکم به صحت و بررسی و تحلیل آثار و پیامدهای آن نظریه ای تمهید می نمایند که برای حقوق موضوعه غیر قابل فهم و فاقد سابقه می باشد. حقوق موضوعه با نظریه بطلان آشناست. اما نظریه صحت به معنای پیشنهادی فقیهان فاقد سابقه در حقوق موضوعه است. نویسنده شخصا تاکنون موفق به شناسایی معادل حقوق کامن لایی و یا رومی ژرمنی این معنا از صحت نشده است! زیرا در این دو خانواده حقوقی معامله یا باطل مطلق است و یا باطل نسبی و قابل ابطال و یا غیر قابل استناد در برابر ثالث. نظر به بدیع بودن این برداشت توجه به شان نزول شکل گیری چنین تفسیری فیما بین فقیهان متاخر شایسته می باشد. در این خصوص، به نظر میرسد این نظریه مبتنی بر یک تحول نسبی در نگاه فقیهان متاخر است. این تحول ریشه در نوعی نگاه جدید به منطق احکام مستفاد از این ادله دارد. در واقع فقیهان در مواجهه با پرسش و ابعاد عملی پیچیده این معاملات و میزان تاثیر پذیری اطراف این معاملات بویژه مالک و اصیل با دو منطق و سیاست حمایتی متفاوت روبرو بودند. یکی حمایت از مالک و مالکیت و دیگری حمایت از استحکام و ثبات معاملات در راستای رونق تجارت و کسب و کار. هر دو منطق مهم و مشروع و نیازمند توجه در طراحی نظام اموال و مالکیت از یک سو و نظام معاملات و تجارت می باشد. النهایه این گروه از فقیهان در برقراری موازنه توجه اصلی را به سمت سیاست نخست معطوف ولی برخلاف فقیهان مدافع بطلان نیم نگاهی هم به سیاست دوم ملحوظ و در این راستا اولاً معامله را صحیحاً محقق و ثانیاً اصیل را دستکم امیدوار به تنفیذ آن از سوی مالک اعلام نمودند! به نظر میرسد اگرچه این تحلیل در عمل تقریباً همان آثار نظریه بطلان را به دنبال داشته و اصیل را وامدار و منت کش مالک معرفی و کمترین حمایت موثر از ایشان معمول داشته است ولی دستکم در مقایسه با نظریه اول توجه بیشتری به سیاست لزوم حمایت از اصیل داشته و باید گامی هر چند ناقص و ناموفق به سمت نظریه سازی کلان توصیف گردد!!

همین ایراد بر موضع حقوق ایران نیز وارد است. زیرا، همانطوریکه توضیحات مرحوم استاد کاتوزیان و قبل از ایشان استادش مرحوم دکتر امامی نشان میدهد، توجه اصلی قانونگذار ایرانی بر نقش رضای متاخر از سوی مالک بوده و سیاست حمایت از اصیل کارآفرین کمتر مورد توجه قرار گرفته است. با این وجود، این توجیهات نشان نمیدهد چرا اساساً قانونگذار تحقق یک ساختمان حقوقی ناقص و معلق بر اعلام نظر مالک را می پذیرد! و چرا اساساً در این خصوص تمام توجه قانونگذار بر

حمایت از مالک و عدم توجه به متعامل کارافرین و تجاری ساز معطوف است! مضافا بر این، آیا اساسا چنین مفهومی از صحت به لحاظ منطق حقوقی و اقتصادی قابل دفاع می باشد؟

به همین جهت، به نظر میرسد، اولاً نظریه صحت را باید بر مبنای دیگری ابتدا و با تبیین دیگری توجیه و ثانیاً مفهومی قابل فهم از صحت ارائه داد! زیرا، توجیهات انتزاعی صرف مشکل را از بنیاد حل نمیکند بلکه بیشتر بر تردیدها دامن میزنند. زیرا، در این نحوه توجیهات هرگز به سرنوشت متعامل بی خبر و درگیر با پیامدهای حقوقی و اقتصادی غیر قابل پیش بینی توجهی نمیشود بلکه حداکثر ایشان را وامدار مالک قرار داده تا باید در انتظار اعلام نظر ایشان در خصوص قرارداد منعقد باشد. قراردادی که چه بسا با مذاکرات طولانی و تحمل هزینه زیاد و صرف وقت فراوان و اهمیت اقتصادی قابل ملاحظه منعقد و مدتها از زمان انعقاد و انتفاع گذشته باشد!

به نظر میرسد در این خصوص بتوان به دو نحو با چالش مواجه شد. نخست مواجهه اقتصادی و دوم مواجهه اخلاقی. در مواجهه اقتصادی باید به بستر اقتصادی و پیامدهای تجاری نظریه سازی توجه نمود. به نظر میرسد احتمالا تردید فقیهان در طول تاریخ به دلیل تعارض دو سیاست بنیادین یعنی ضرورت حمایت از مالکیت و لزوم حمایت از کارافرینی باشد. به بیان دیگر، تردید ناشی از تقدم و نحوه جمع بین منافع مالک بی خبر و کارآفرین یعنی متعامل بی تقصیر می باشد. به باور حامیان بطلان، حمایت از مالکیت مهم و مقدم بر سیاست حمایت از کارافرینی و تجاری سازی و استحکام معاملات می باشد. غافل از آنکه در حوزه تجارت، تجاری سازی، گردش آسان و بی تردید و اوهام و پایداری معاملات به مراتب با اهمیت تر از تولید ثروت بوده و در صورت فقدان نظام توزیع شفاف نظام تولید نیز تحت الشعاع قرار خواهد گرفت.

در برابر، در مواجهه اخلاقی، حمایت از مالک مقدم است زیرا، ایشان بی خبر از همه چیز است در حالیکه متعامل در صحنه حاضر است ولی به دلیل بی احتیاطی خود را گرفتار چنین وضعیتی نموده است. لذا، به اقتضای اخلاق و عدالت حمایت از مالک مقدم بر متعامل است. النهایه، طرفداران صحت بر خلاف حامیان بطلان نیم نگاهی به متعامل داشته و به حکم انصاف و عدالت ایشان را در فرض بی خبری تنها مستحق انتظار اعلام رضایت از سوی مالک و تنفیذ عقد و یا ابطال معامله دانسته و تنها سازوکار حقوقی پیشنهادی برای حمایت از ایشان شناسایی حق مطالبه خسارت از معامل بر اساس قاعده غرور و یا تسبیب می باشد!

با این وجود، به نظر میرسد در هر دو نگاه تقدم حمایت از مالک بر خریدار فاقد مبنای حقوقی، اقتصادی و اخلاقی روشن است. زیرا، اگر حمایت از تولید کننده و مالک به قاعده سطلنت مهم است حمایت از خریدار فعال در عرصه تجارت و کارآفرینی نیز به قاعده اوفوا بالعقود مهم است. و یا اگر حمایت از مالک بی خبر اخلاقا لازم است حمایت از خریدار با حسن نیت نیز اخلاقا موجه بوده و تقدم اول بر دوم فاقد منطق اخلاقی روشن است!

3- جمع بندی

همانطوریکه فوقا نشان داده شد، پرسش اصلی در طول تاریخ برقراری موازنه فیما بین دو سیاست حمایتی بوده است: حمایت از مالکیت و حمایت از استحکام معاملات به مثابه سازوکار مناسب برای گردش ثروت و تجاری سازی. فقیهان امامیه طی چند قرن بر سیاست نخست تاکید و از اهمیت سیاست دوم غافل ماندند. در برابر، فقیهان قرون متاخرتر ضمن تاکید بر سیاست نخست به سیاست دوم نیز توجه ولی این اهتمام بسیار ناچیز و در عمل راهکار مناسب و کارآمدی نبوده است. زیرا، تنها پیامد این رویکرد وامدار سازی خریدار با حسن نیت و تحمل انتظار از مالک است تا تصمیم مناسب در خصوص قرارداد منعقدہ اتخاذ نماید!

در برابر، حقوق کشورهای متأثر از هر دو خانواده حقوقی همانند فقیهان امامیه ضمن احترام به اصل مالکیت به تدریج به سیاست حمایت از تجاری ساز و کارآفرین نیز توجه شایسته ای نشان داده و بر این اساس استثنائات متعددی بر این اصل وارد و از این طریق از سیاست حمایت از استحکام معاملات و تجاری سازی نیز حمایت نمودند.

با عنایت به توجیهات فوق به نظر میرسد تجدید نظر در نحوه مواجهه با مساله، خوانش ادله و تطبیق آنها بر این پرسش با توجه به تحولات در روابط اقتصادی و ظهور بستر تجاری و حقوقی متفاوت با زمان صدور ادله و مخصوصا تطبیق آنها بر مصادیق تازه وارد در مناسبات تجاری برای فقیهان شایسته بلکه ضروری است. اصرار بر بطلان مطلق به بهانه حمایت از مالکیت و تولید کننده نه معقول و نه موجه می باشد. بی تردید، با چنین حمایت حداکثری کارآفرین و تجاری ساز و اصل استحکام معاملات در نظام معاملات فاقد حمایت موثر بوده و بی تردید گردش مستمر ثروت و تجارت با تردید و نااطمینانی روبرو خواهد شد.

از سوی دیگر، اصرار بر نظریه صحت با چنین معنا و آثار حقوقی-شرعی نامالوف و فاقد سابقه در حقوق و تجارت نه تنها مشکلی از تجارت را حل نمیکند بلکه منجر به توسعه مشکلات برای اطراف چنین معاملات شده و در نهایت به نظام معاملات آسیب جدی وارد نموده و منجر به تحمیل هزینه و زوال فرصتهای تجاری می گردد.

لذا باید با ارائه خوانشی نوین از این ادله و با ارائه تنقیح مناطی معقول تفسیری ارائه نمود که تامین کننده عدالت فیما بین اطراف این معاملات باشد. به گمان نویسنده، هم اصل سلطنت ناشی از حرمت مالکیت باید محترم شمرده شود و هم اصل ثبات و استحکام معاملات ناشی از لزوم وفا به عقود. ولی تقدم اصل سلطنت بر اصل وفای به عهد بی دلیل است. لذا لازمه جمع بین این دو دلیل صحت معاملات فیما بین متعاملین است. بر این اساس، دو گزینه در این خصوص قابل طرح است. هر یک در راستای حفظ این دو اصل می باشد. گزینه نخست، حمایت از مالک با شناسایی حق استرداد مثل یا قیمت مال خود از معامل است. گزینه دوم، شناسایی حق استرداد عین مال از متعامل در صورت وجود و عدم تغییر است. در هر دو فرض، اصل معامله فیما بین معامل و متعامل معتبر و نافذ بوده و متعامل مستحق استناد به آن می باشد. زیرا، دلیلی بر ابطال معامله توسط مالک به نظر نمیرسد. زیرا، اولاً ایشان اساساً در تولد این معامله و داد و ستد مشارکتی نداشته است و ثانیاً، متعامل با حسن نیت نیز مالک بوده و با اراده خویش اقدام به معامله نموده است. لذا تقدم حمایت از مالک بر حمایت از متعامل ترجیح بلا مرجع به نظر میرسد! بر این اساس، باید دستکم در مواردی که متعامل با حسن نیت و فاقد هر نوع اطلاع از فقدان سمت از سوی معامل می باشد رای بر صحت و نفوذ معامله داد. زیرا، سپردن سرنوشت معامله به مالک و نادیده گرفتن زحمات و تحمل هزینه و صرف وقت از سوی متعامل نه موجه است و نه معقول. با این تفسیر هم از مالک حمایت میشود زیرا ایشان قادر به مطالبه مثل یا قیمت مال خود از معامل فاقد سمت و یا استرداد مال خود از متعامل می باشد و هم متعامل مستحق فسخ معامله در فرض دوم و مطالبه خسارت قراردادی از معامل و یا حفظ معامله در فرض نخست می باشد.