

مطالعات فقه و حقوق اسلامی  
سال ۱۴ - شماره ۲۸ - پاییز ۱۴۰۱  
صفحات ۷ - ۲۰ (مقاله پژوهشی)

## به هم زدن عقد فضولی توسط اصیل؛ مطالعه تحلیلی و انتقادی ماده ۲۵۲ قانون مدنی

محمد ابوعطا\* / مسعود فرزاد\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۳

### چکیده

در فقه، در خصوص التزام یا عدم التزام اصیل به عقد فضولی همچنین در مورد جواز انحلال عقد فضولی توسط اصیل و مبنا و ماهیت آن، اتفاق نظر وجود ندارد. با وجود این، ماده ۲۵۲ قانون مدنی، با تأثر از نظر پاره ای از فقهای امامیه در این مورد، اشعار می دارد: «لازم نیست اجازه یا ردّ فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد، مشارئیه می تواند معامله را به هم بزند.» حسب این حکم، مقنن، ضمن پذیرش التزام اصیل به عقد فضولی، در مورد جواز انحلال عقد از سوی اصیل در فرضی که تأخیر مالک در اجازه یا ردّ معامله، سبب تضرر اصیل شود از عبارت «به هم زدن» استفاده کرده است؛ عبارتی که در ادبیات حقوقی ایران، مفهوم دقیقی ندارد اگرچه برخی حقوقدانان، آن را در معنای «فسخ» دانسته اند. در این تحقیق، حکم قانون راجع به پذیرش التزام اصیل به عقد فضولی و تبعاً آثار آن همچنین ماهیت حقوقی «بر هم زدن» معامله، به تفصیل مورد مطالعه تحلیلی و انتقادی قرار گرفته و در پایان پیشنهاد اصلاح ماده مزبور ارائه شده است.

**کلیدواژه:** عقد فضولی، به هم زدن، فسخ عقد، اصیل، مالک.

---

\* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسئول) Abouata@semnan.ac.ir

\*\* دانش آموزنده دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان، دامغان، ایران

## مقدمه

یکی از موضوعاتی که در عقد فضولی مطرح می شود، وضعیّت حقوقی عقد در حالتی است که مالک، نسبت به اجازه یا عدم اجازه عقد اقدامی به عمل نمی آورد و تأخیر مالک و یا غیر مانند زوجه در نکاح، موجب تضرر اصیل می شود. در این حالت، به تجویز قانون مدنی، اصیل می تواند معامله را «به هم بزند». ماهیّت حقوقی به هم زدن معامله توسط اصیل از منظر گروهی از نویسندگان و صاحب نظران عرصه فقه و حقوق، فسخ عقد تلقی شده است. آنان معتقدند آن چه بین فضول و اصیل منعقد شده است، عقدی الزام آور است و جهت خروج از این رابطه حقوقی، گریزی از اعمال خیار برای فسخ وجود ندارد. در مقابل گروهی معتقدند در حالتی که اجازه مالک که رکن تنفیذ کننده عقد فضولی است، هنوز از طرف وی صادر نشده است و به عبارتی عقد در عالم اعتبار، به معنی دقیق حقوقی ایجاد نشده است پس چگونه می توان از فسخ آن سخن به میان آورد؟ براساس نظر این گروه از فقها، اصیل هیچ التزامی به عقد ندارد و می تواند در آن چه که به فضول منتقل کرده است و آن را اصطلاحاً «ما انتقل عنه» می نامند به استناد حق مالکیت خود تصرف نماید. البته هر کدام از نظرات فوق متکی به ادله و استناداتی است و موضوع این مقاله نیز، بررسی آنها و در نهایت، تبیین نظریه مرجح با توجه به اصول فقهی و حقوقی مربوط است.

### ۱- ماهیّت انحلال عقد فضولی توسط اصیل در فقه

گروهی از فقها معتقدند مطابق قاعده، هنگامی که عقدی از جانب یک طرف به صورت فضولی واقع شود، تنها از طرف اصیل، قرارداد لازم فرض می شود و آثار خاصی که نشأت گرفته از عقد صحیح است بر او بار می گردد، بدون این که طرف دیگر یعنی صاحب اجازه (مالک) کوچک ترین پایبندی به عقد یا تعهد در برابر اصیل داشته باشد (فرزانگان، ۱۳۹۵: ۱۵۷) این گروه از فقها نظر خود را مبتنی بر آیه شریفه «أوفوا بالعقود» می دانند آن چنان که با تمسک به ظاهر آیه شریفه و الفاظ آن،

معتقدند عنوان عقد که در واقع موضوع حکم وجوب وفا در این آیه است، در خارج تحقق پیدا کرده و با وجود موضوع، حکم، یعنی وجوب وفا هم فعلیت پیدا می کند؛ خواه اثری بر این عقد مترتب باشد، خواه نباشد (ایروانی، ۱۳۷۹: ۱/۱۳۰). در مقابل، گروه دیگری از فقها معتقدند در معامله فضولی، اصیل هیچ گونه التزامی به معامله تا پیش از اجازه مالک ندارد؛ چرا که سبب انتقال مالکیت، هنوز در عالم اعتبار به نحو صحیح ایجاد نشده است. از جمله این فقها، صاحب عروه است که معامله فضولی را از جانب اصیل، لازم نمی داند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰: ۱/۱۶۰)؛ مرحوم خوئی نیز در همین راستا معتقد است که عدم جواز تصرف اصیل در موضوع عقد، از آثار ملکیت شرعی است نه از آثار التزام به عقد؛ یعنی اگر مالکیت محقق شده و مال اصیل داخل در ملک مالک می شد، طبعاً تصرف اصیل در آن مال جایز نبود، زیرا تصرف در مال غیر بدون رضایت او حرام است و ملکیت هم طبق مبنای کشف، پس از اجازه منکشف می شود؛ یعنی اجازه کاشف از آن است که قبلاً ملکیت حاصل شده بود ولی تا قبل از این که مالک اجازه بدهد، دلیلی بر تحقق مالکیت وجود ندارد. پس به مقتضای استصحاب، هم مال اصیل در ملکیت او است و هم مال مالک در ملک خود (خوئی، ۱۴۱۸: ۴۶۷/۳۶). مبنای این نظر نیز تفسیر آیه شریفه «أوفوا بالعقود» است؛ اما طرفداران این نظر معتقدند خطاب آیه شریفه، مقید به رضایت طرفین و در فرض مسأله ما، رضایت مالک است. به همین دلیل هم اگر مالک، عقد فضولی را رد کند اصیل می تواند در آن چه از او انتقال یافته است تصرف کند؛ بنابراین از آنجا که قبل از اجازه مالک، رضایت او نسبت به عقد معلوم نیست، می توان با تمسک به استصحاب عدم رضایت، جواز عدم تصرف فیما انتقل عنه را ثابت دانست (ایروانی، ۱۳۷۹: ۱/۱۳۰).

گروه دیگری از فقها در مسأله التزام اصیل به معامله فضولی تا پیش از اجازه مالک، قائل به تفکیک هستند. مبنای این قول، تبعیت از نظریه کاشفیت یا ناقصیت اجازه

به هم زدن عقد فضولی توسط اصیل؛ مطالعه تحلیلی و انتقادی ماده ۲۵۲ قانون مدنی — ۱۰

در عقد فضولی است؛ شیخ مرتضی انصاری از جمله این فقهاست. از نظر وی، طبق مبنای کشف، اجازه مالک، مشروط بر این است که عقد سابق، فی حدّ نفسه، نافذ و مؤثر باشد. به تعبیر دیگر، اجازه، کاشف از آن است که همان عقد ابتدایی، سبب حصول مالکیت شده و فرض هم آن است که عقد محقق شده و اصیل با فضول، معامله ای را انجام داده است؛ پس بر اصیل واجب است که به مفادّ این عقد التزام داشته و آن را نقض نکند تا این که مالک به واسطه ردّ، عقد را فسخ کند یا به واسطه اجازه، خود نیز ملتزم به مفادّ عقد شود و پر واضح است که اگر مالک در اجازه یارّد معامله ماطله نماید، اصیل متضرّر خواهد شد. اما طبق قول نقل، به دلیل آن که هنوز عقد تامّی محقق نشده است، پس نقل و انتقالی هم صورت نگرفته و لذا اصیل هیچ التزامی به عدم تصرّف فیما انتقل عنه ندارد و نتیجتاً ضرری از این ناحیه متوجّه او نخواهد شد تا این که لازم باشد به وسیله خیار جبران شود» (شیخ انصاری، ۱۴۱۱: ۲۳/۲). مبنای این نظریه نیز تفسیر دیگری از آیه شریفه «أوفوا بالعقود» است؛ چنان که طرفداران این نظر معتقدند که خطاب این آیه شریفه، مقید به عقدی است که مشتمل بر همه شرایطی باشد که در تأثیر عقد دخالت دارند. طبق قول نقل، یکی از شروط تأثیر عقد، اجازه است؛ پس قبل از اجازه، تصرّف اصیل فیما انتقل عنه جایز است. اما طبق قول کشف، تصرّف اصیل فیما انتقل عنه جایز نیست (ایروانی، ۱۳۷۹: ۱/۱۳۰). اکنون اگر قائل باشیم که اصیل، التزامی به عقد ندارد و می تواند در ما انتقل عنه تصرّف نماید در این حالت، ورود ضرر به وی، سالبه به انتفاء موضوع است. اما اگر قائل به التزام اصیل به عقد و عدم تصرّف وی در ما انتقل عنه تا زمان اجازه و یا عدم اجازه مالک باشیم، فرض ورود ضرر به اصیل در صورت تأخیر مالک متصور است و در این حالت، مسأله آن است که جهت جبران این ضرر چه باید کرد؟ در پاسخ، تمسّک به قاعده لاضرر توصیه شده است اما در باب شمول قاعده لاضرر در این خصوص، اشکالی وارد شده است بدین نحو که ضرر وارد آمده بر اصیل به واسطه

مماطله مالک، در صورتی باید تدارک شود که خود اصیل به این ضرر اقدام نکرده باشد. همانند بیع غبنی که اگر مشتری با علم به غبن، معامله را انجام دهد، دیگر خیار غبن برای او ثابت نخواهد بود. در این مسأله هم اصیل خود اقدام به التزام به عقدی نموده که باید منتظر اجازه مالک آن شود.

اشکال کننده، خود چنین پاسخ می دهد که معامله غبنی، فی نفسه عقدی ضرری است و اقدام به انجام این معامله با علم به غبن، اقدام به ضرر است ولی معامله فضولی، فی نفسه ضرری نیست و منشأ ضرر، امر دیگری است که خارج از مفاد عقد است و آن مماطله مالک در ردّ یا اجازه عقد است. پس مجرد اقدام به انجام عقد فضولی، اقدام به ضرر محسوب نمی شود؛ بنابراین ادله لاضرر، شامل این مورد نخواهد شد مگر آن که اصیل علم داشته باشد که مالک با تأخیر، موضع خود را در قبال این عقد اعلام خواهد کرد (آملی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۲). با این بیان معلوم شد که جهت جبران ضرر وارده به اصیل به سبب تأخیر مالک، می توان از قاعده لاضرر استمداد جست؛ پس مسأله دیگری مطرح می شود بدین شرح که «لا» در قاعده لاضرر، چه چیزی را در بحث ما نفی می کند؟ «در بیان مرحوم آخوند خراسانی، شیخ مرتضی انصاری معتقد است در قاعده لاضرر، باید به وسیله خیار یا به وسیله اجبار مالک به ردّ یا اجازه، ضرر بر اصیل را مرتفع کنیم؛ زیرا مفاد لاضرر، نفی تشریح حکم ضرری است و حکم به عدم جواز تصرف اصیل در ما انتقل عنه و عدم جواز اجبار مالک بر ردّ یا اجازه، یک حکم ضرری است که بر اساس این قاعده رفع خواهد شد. در نقطه مقابل، مرحوم آخوند معتقد است که مراد از ضرر، موضوع ضرری است. احکام شرعیّه نیز به طبیعت تعلق می گیرد؛ چه تکلیفی باشد مثل وجوب وضو که به طبیعت وضو تعلق می گیرد و یا وضعی مثل لزوم بیع که به طبیعت بیع تعلق می گیرد. اما گاهی که این طبیعت وضو یا بیع ضرری می شود لاضرر می گوید «لا موضوع ضرری»؛ یعنی موضوع ضرری وجود ندارد، یعنی لزوم یا وجوب بیع ضرری، به وسیله قاعده نفی می شود که نتیجه آن فسخ

است. بنابراین طبق مبنای مورد نظر شیخ انصاری، اصیل، هم می تواند اقدام به فسخ عقد نماید و هم می تواند اقدام به اجبار مالک به ردّ یا اجازه عقد بر مبنای قاعده لاضرر نماید، اما طبق مبنای مقبول مرحوم آخوند، اصیل فقط قادر به فسخ معامله در راستای قاعده لاضرر به جهت جبران ضرر وارده به خود است» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۷۰). در این خصوص مرحوم امام خمینی (ره) با این که هم نظر با فقهای است که قائل به جواز تصرف اصیل در ما انتقل عنه می باشند و لذا موضوعیت ورود ضرر به اصیل را در این مسأله معتبر نمی دانند اما بر این عقیده است که «در صورت تمایل به قول عدم جواز تصرف اصیل در ما انتقل عنه و ملاحظه مالک در ردّ یا اجازه عقد، حاکم، مالک را ملزم به اجازه یا ردّ می کند و اگر مالک از صدور اجازه یا ردّ امتناع ورزد خود حاکم، رأساً اقدام به اجازه یا ردّ معامله می کند. مبنای این نظر از آنجا نشأت می گیرد که نفی در لاضرر، به معنای نفی است اما این نفی، نفی سلطانی و حکومتی است. این نفی از پیامبر به سبب آن که رهبر و حاکم بوده است صادر شده است» (خمینی، ۱۳۹۲: ۳۳۰/۲). در نهایت می توان گفت، ماهیت انحلال عقد فضولی توسط اصیل، از منظر آن گروه از فقها که قائل به عدم جواز تصرف اصیل فیما انتقل عنه هستند، فسخ قرارداد فضولی می باشد و خاستگاه این نظر از اعتبار و وجود عقد حتی پیش از اجازه مالک حکایت می کند. هر چند که این فسخ با توجه به قیود و شروطی از جمله ملاحظه مالک در اجازه یا ردّ معامله تجویز شده است. همچنین در این میان، بعضی نیز علاوه بر امکان عقد فضولی توسط اصیل، الزام مالک به ردّ یا اجازه عقد را نیز از جمله اختیارات اصیل در جهت رفع ضرر از خود دانسته اند اما از منظر فقهای که قائل به جواز تصرف اصیل در ما انتقل عنه هستند ماهیت اقدام اصیل در به هم زدن معامله فضولی، به تعبیر مطابق ظاهر قانون مدنی، نه فسخ قرارداد بلکه اعمال حق مالکیت در مملوک خود است؛ چراکه مطابق نظر این گروه، عقدی محقق و منعقد نشده است تا مالکیتی از اصیل سلب شود. لذا بنا بر استصحاب مالکیت، اصیل می

تواند در ما انتقل عنه، تصرف مالکانه نماید و با این اقدام خود، به فضول و مالک خاطر نشان سازد که معامله فضولی به هم خورده است.

## ۲- ماهیت انحلال عقد فضولی توسط اصیل در حقوق موضوعه

در قانون مدنی، اصیل ملتزم به عقد فضولی تلقی می شود آنچنان که از ظاهر ماده ۲۵۲ قانون مدنی نیز همین معنی برمی آید. مطابق این ماده، لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد و اگر تأخیر، موجب تضرر طرف اصیل شود، مشارالیه می تواند معامله را بر هم زند؛ در حالی که اگر طرف معامله پیش از اجازه، در به هم زدن عقد، آزاد بود آوردن قید «اگر تأخیر موجب تضرر اصیل شود» معنی نداشت (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۶۳)؛ لذا به نظر می رسد از آنجا که قانون مدنی در باب معامله فضولی مطابق ماده ۲۵۸ از نظریه کشف پیروی نموده است، در مسأله التزام اصیل نیز همنظر با آن دسته از فقهاست که معتقدند در فرض تبعیت از نظریه کشف اجازه در عقد فضولی، اصیل مجاز به تصرف فیما انتقل عنه نبوده و ملتزم به عقد است. با این حال، نویسندگان در تحلیل التزام اصیل، نظرات متفاوتی ابراز کرده اند. برای مثال، دکتر امامی در توضیح این مقررّه چنین آورده است: «مادام که اجازه مالک پیوست عقد نشود، عقدی که به وسیله فضول و اصیل منعقد شد، کامل نیست و تعهد به وجود نمی آورد» (امامی، ۱۳۷۹: ۳۰۳/۱). این بیان یادآور نوعی عقد معلق است که از آن به تعلیق در انحلال تعبیر می شود و شرح آن بدین صورت است که «انحلال عقد ممکن است معلق به تحقق شرطی در آینده باشد، مانند این که تأخیر در پرداخت اقساط اجاره سبب انحلال آن باشد و توگد فرزند شرط انفساخ هبه» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱/-) در فرض معامله فضولی نیز معلق علیه، تأخیر مالک در اجازه یا رد است که موجبات تضرر اصیل را فراهم کرده است و سبب انحلال عقد می گردد و وی می تواند با توجه به این انحلال قانونی، اقدام به برهم زدن معامله و تصرف در ما انتقل عنه نماید. به علاوه، ایشان در تفسیر و شرح این مقررّه قانونی، سخنی از لزوم اعمال خیار جهت فسخ به

جهت جلوگیری از ضرر اصیل یا تمسک به قاعده لاضرر به میان نمی آورد و این قرینه، احتمال این نظر را تقویت می کند که التزام اصیل نوعی عقد معلق است. همچنین دکتر شهیدی در باب ماهیت معامله فضولی و التزام اصیل معتقد است: «معامله فضولی قبل از تنفیذ یا رد، هیچگونه اثر حقوقی ندارد و همچون موجود بی جانی است که نمی تواند منشأ اثر باشد. تنها اثری که می توان برای آن شناخت، الزام اصیل به اجرای مفاد عقد در صورت تنفیذ غیر می باشد. معامله فضولی از جانب اصیل که اراده اش کامل بوده لازم است و او را پایبند می سازد. بدین جهت او باید انتظار بکشد تا این که غیر، معامله را تنفیذ یا رد کند. وضعیت عدم نفوذ معامله مادام که اجازه یا رد صادر نشده است باقی خواهد بود و تأخیر در اجازه یا رد، آن را دگرگون نمی سازد منتها در صورتی که تأخیر سبب ضرر اصیل باشد او خواهد توانست معامله را برای دفع ضرر از خود فسخ کند» (شهیدی، ۱۳۸۳: ۹۸). این نظر به وضوح، مبین لزوم عقد فضولی از ناحیه اصیل تا پیش از اجازه مالک است تا جایی که جهت انحلال آن از ابزار حقوقی فسخ یاد شده است. در مقابل مرحوم کاتوزیان، التزام اصیل و نحوه آن را در حالات مختلفی بررسی می نماید که شرح آن بدین قسم است: «حالت اول زمانی است که اصیل از فضولی بودن معامله آگاه است. در این فرض، اصیل نفوذ اراده خود را مشروط به رضای مالک نمی کند و معامله را با فضول انجام می دهد و در این زمینه قاطع است. مبنای التزام او تراضی با فضول است؛ کسی که بعد از اجازه، نماینده مالک به شمار می رود. بدین ترتیب تردید در پایبندی اصیل در آن چه به عهده گرفته است نمی توان کرد. به بیان دیگر، آن چه اصیل در پیمان فضولی انشاء می کند به مراتب بیش از ایجاب است. التزامی است بر مبنای تراضی، مانند وعده متقابل قرارداد که در آن تحقق عقد نهایی، به اجازه بستگی دارد ولی خود نیز به تنهایی پیمانی الزام آور است. به همین جهت باید اعتراف کرد که اصیل، اختیار انجام معامله معارض با آن را ندارد هرچند که هنوز مالک عوض پیشنهادی خود در معامله فضولی هست و آن را از



دست نداده است. ایراد نشود که پیمان مقدماتی، درباره مال دیگری است و نفوذ حقوقی ندارد تا از آن التزام برخیزد، زیرا اصیل صلاحیت ایجاد التزام برای خود را در این وعده دارد هر چند که اثر معهود در پیمان نهایی، موکول به رضای مالک باشد. حال در این فرض هرگاه مالک اجازه را به تأخیر اندازد چندان که موجب ضرر اصیل شود، اجرای قاعده لاضرر حکم نخستین و طبیعی مسأله را تغییر می دهد و التزام اصیل را از بین می برد. حکم ثانوی آن است که اصیل می تواند پیمان را به هم زند و خود را از آن وضع ناروا برهاند. اما حالت دوم در فرضی است که اصیل از فضولی بودن معامله آگاه نیست که در این وضعیت نیز دو امکان باید بررسی شود: اول آن که اصیل نسبت به شخص طرف قرارداد بی تفاوت است و برای او انعقاد عقد اهمیت دارد و شخصیت طرف قرارداد کمترین تأثیری در انگیزه او جهت عقد قرارداد ندارد. در این حالت نیز باید اصیل را ملزم به پیمان در نظر گرفت مگر در وضعی که ادامه پیمان به جهت تأخیر مالک برای او ضررآور باشد. اما در فرضی که اصیل به این اعتبار وارد انعقاد پیمان با فضول می شود که او مالک است چنان که شخصیت فضول، علت عمده انعقاد عقد اصیل با وی است، در این حالت اصیلی را که از فضولی بودن معامله بی اطلاع است نمی توان ملزم به آن نمود؛ زیرا این الزام با اصل آزادی قراردادها منافات دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۵۴/۲-۱۵۵).

### ۳- ماهیت انحلال عقد فضولی توسط اصیل در رویه قضایی

تعیین ماهیت انحلال عقد فضولی توسط اصیل، هنگام بروز منازعه حقوقی و طرح دعوا در محاکم اثر واقعی خود را نشان می دهد. فرض بر این است که عقد فضولی منعقد شده و مالک مدت ها پس از اطلاع از معامله نسبت به اجازه یا ردّ عقد امتناع به عمل می آورد. در این وضع اگر موافق با نظر آن دسته از فقها و حقوقدانانی باشیم که معتقد به التزام و پابندی اصیل به معامله فضولی تا قبل از اجازه مالک هستند، برای رهنشاندن اصیل از این وضع، دو راه برای وی متصور است: اول آن که اصیل باید ورود

به هم زدن عقد فضولی توسط اصیل؛ مطالعه تحلیلی و انتقادی ماده ۲۵۲ قانون مدنی — ۱۶

ضرر به خود را بر اثر تأخیر مالک در اجازه یا رد، در یک دعوی علیحده با موضوع مسئولیت مدنی ثابت نماید و برای محکمه مدلل نماید که از جهت تأخیر مالک در اجازه یا رد معامله فضولی، متضرر شده است و بعد از آن که دادنامه صادره از این دادگاه منتج به حصول قطعیت گردید طی اظهارنامه ای که مستند به ماده ۲۵۲ قانون مدنی شده است مراتب فسخ عقد فضولی را به مالک اعلام می دارد. در صورت حدوث اختلاف در این زمینه، در اقدام نهایی دعوی تحت عنوان صدور حکم به تأیید تحقق فسخ در دادگاه مطرح و بدینوسیله انحلال این رابطه حقوقی احراز می شود. اما در مقابل، اگر همسو با نظر آن دسته از فقهای باشیم که معتقدند اصیل هیچ التزامی به معامله فضولی تا پیش از اجازه یا رد آن توسط مالک ندارد، در این وضع اصیل هیچ تکلیفی جهت اقامه دعوی به طرفیت فضول یا مالک نداشته و می تواند در فیما انتقل عنه، انواع تصرفات مالکانه حقوقی و مادی را بنماید. این موضوع، در دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۰۹۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۰۶ صادره از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران بدین شرح مورد تأیید قرار گرفته است: «در خصوص دعوی آقای الف.م. به وکالت از آقایان الف و خ به طرفیت آقای س دایر بر فسخ قرارداد عادی مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۰ با احتساب خسارت دادرسی و در خصوص دعوی تقابل آقای س به طرفیت آقایان و خانم ها ۱- الف، ۲- خ، ۳- م، ۴- ش، دایر به الزام خواندگان به اخذ پایان کار شهرداری و صورت مجلس تفکیکی و تحویل مبیع و تنظیم سند رسمی یک دستگاه آپارتمان جزو پلاک ثبتی ۴۸۱۸/۸۸ بخش ۱۱ تهران و مطالبه خسارت ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات قراردادی .... دادگاه جهت اتخاذ تصمیم قضایی موارد ذیل را مدنظر قرار می دهد: ۱- احراز و اعلام فسخ یک قرارداد، فرع بر آن است که ابتدا این قرارداد به صورت صحیح انعقاد یافته باشد و مدتی پس از حیات آن، قرارداد به یکی از علل قانونی یا قراردادی از سوی یکی از طرفین فسخ گردد؛ در حالی که در مانحن فیه اساساً قرارداد متنازع فیه باطل بوده و اصولاً

قراردادی منعقد نگردیده است تا بتوان آن را فسخ نمود؛ چه این که اولاً، به موجب پاسخ استعلام واصله از اداره ثبت اسناد و املاک تهران پارس به شماره ۳۴۸۴-۱۳۹۲/۲/۱ در زمان انعقاد قرارداد مورخ ۹۰/۲/۱۰ فی مابین آقای س و آقایان الف و خ، مالکیت رسمی متعلق به آقای م و خانم ش بوده است. ثانیاً، هر دو مالک در جلسه دادرسی مورخ ۹۲/۷/۲۹ این قرارداد فضولی را تنفیذ ننموده و صراحتاً آن را رد نموده اند.... همچنین اجابت خواسته های دعوی تقابل نیز منوط به احراز انعقاد صحیح یک عقد ناقله می باشد که بنابر توضیحات معنونه به طور کلی عقد بیع موضوع قرارداد مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۰ باطل بوده است و حکم بر بطلان دعوی صادر و اعلام می گردد» (<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6679>).

در این پرونده هرچند دعوی تأیید فسخ، از سوی فضول طرح شده است و در اثنای دادرسی نیز مالکین معامله مزبور را رد می کنند، اما فارغ از مسائل فوق، استدلال مندرج در دادنامه به نحوی است که می توان آن را در حالتی که طراح دعوا، اصیل است و معامله هم توسط مالک از حیث اجازه یا رد تعیین تکلیف نشده است نیز مورد استفاده قرارداد. به عبارت دیگر، اگر اصیل به واسطه تأخیر مالک در اجازه یا رد، دعوی فسخ معامله فضولی را به طرفیت فضول و مالک طرح کند مطابق این استدلال، چون هنوز عقد فضولی به نحو صحیح منعقد نشده است بنابراین نمی توان تأیید شرایط و تحقق فسخ را از محکمه مطالبه کرد. همچنین در یک نشست قضایی که در دادگستری بانه در مرداد ۹۰ صورت پذیرفته است راجع به موضوعی با عنوان «طرح دعوی ابطال معامله فضولی از ناحیه خریدار»، قضات دادگستری به اتفاق نظر چنین آورده اند: «... در مانحن فیه اقامه دعوا با عنوان ابطال معامله، قابلیت پذیرش ندارد چراکه باید بدواً تکلیف این امر که آیا مالک یا قائم مقام معامله را تنفیذ خواهد کرد یا خیر، مشخص شود. بنابراین دعوا به کیفیت مطروحه با توجه به مواد ۲۴۷ و ۲۴۸ قانون مدنی و ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی قابلیت استماع ندارد. بعد از آن که

به هم زدن عقد فضولی توسط اصیل؛ مطالعه تحلیلی و انتقادی ماده ۲۵۲ قانون مدنی — ۱۸

تکلیف نفوذ یا عدم نفوذ معامله روشن شد برابر مواد ۲۵۵ و ۳۲۴ قانون مدنی باید متضرر اقدام مقتضی به عمل آورد» (مرکز آموزش قوه قضائیه، ۱۳۹۷: ۱۳۲)؛ لذا به نظر می‌رسد که در رویه قضایی، حصول و وقوع عقد فضولی، تا قبل از اجازه مالک به رسمیت شناخته نشده است و بر این اساس، طرح دعاوی با عنوان ابطال یا فسخ معامله فضولی از ناحیه هر کدام از اشخاص ذیربط قرارداد یعنی اصیل، فضول و یا مالک نمی‌تواند مورد پذیرش باشد.

#### ۴- نتیجه‌گیری

با بررسی اقوال فقہی و حقوقی مختلف در باب ماهیت انحلال عقد فضولی توسط اصیل این نتیجه حاصل شد که در این زمینه، دو نظر کلی وجود دارد: عده ای معتقدند اصیل در هر حال، ملتزم به عقد فضولی است و در این میان، بعضی با تفکیک حکم عقد فضولی از حیث کاشفیت یا ناقصیت اجازه، معتقدند التزام اصیل به عقد در حالتی است که پیرو نظریه کاشفیت آن باشیم که قانون مدنی نیز به سبب تبعیت از این نظر، اصیل را ملتزم به معامله فضولی فرض کرده است و تنها راه برون رفت از این التزام را حالتی می‌داند که اصیل به واسطه تأخیر مالک در اجازه یا رد معامله فضولی، متضرر شود که در این فرض با استناد به قاعده لاضرر و اعمال خیار و فسخ معامله فضولی این التزام از بین می‌رود. اما گروه دیگری از فقها و حقوقدانان قائل به هیچگونه التزامی برای اصیل نسبت به عقد فضولی نیستند و معتقدند از آنجا که اجازه مالک هنوز به عقد ملحق نشده و این عقد در عالم اعتبار واقع نگردیده است لذا التزام به آن نیز بی‌معنی است. به نظر می‌رسد عقیده اخیر از نظر حقوقی، بیشتر قابل اعتنا و پذیرش است؛ چه اولاً، همان‌طور که ذکر شد خاستگاه این نظریه، تفسیری از آیه شریفه «أوفوا بالعقود» است که در آن، مفسرین به جای این که فقط به ظواهر الفاظ بسنده کنند، اطلاق آن را مقید به رضای طرفین می‌دانند؛ ثانیاً، یکی از ارکان هر عقد و عمل

حقوقی را قصد و اراده طرفین تشکیل می دهد. پس چگونه است که در این فرض که هنوز قصد و اراده مالک، ضمیمه و پیوست عقد نشده است از نظر قانون، این عقد برای اصیل، الزام آور تلقی شده است؛ ثالثاً، چگونه می توان در یک عقد واحد به لحاظ التزام، قائل به تفکیک شده و بگوئیم عقد فضولی نسبت به اصیل تعهد آور است و نسبت به مالک الزام آور نیست؟ مگر نه این است که عقد، یک پیکر واحد حقوقی است و الزامات و تعهدات ناشی از آن نیز تبعاً نسبت به اطراف آن به طور واحد اعمال می شود؛ رابعاً، از منظر آئین دادرسی مدنی، زمانی که هنوز عقدی به وجود نیامده است، در فرض ورود ضرر به سبب ممانعت مالک در ردّ یا اجازه عقد، اصیل چگونه می تواند نسبت به عقدی که وجود آن مردّد است، تقاضای ابطال یا تأیید عمل حقوقی فسخ یا حتی الزام مالک به اجازه یا ردّ را بر مبنای این عقد از دادگاه مطرح نماید؟ و خامساً، مشخص نیست که تأخیر مالک در اجازه یا ردّ، چگونه می تواند در همه حالات، باعث ورود ضرر به اصیل شود؛ آیا این ضرر مستقیم و مالی است و قابلیت تقویم به وجه رایج را دارد و یا این که این ضرر به واسطه از دست رفتن منافع ممکن الحصول برای اصیل ایجاد شده است؟ چه این که می دانیم در پذیرش یا ردّ مورد اخیر به عنوان خسارت، اختلافاتی جدی در نظام حقوقی وجود دارد. در واقع، اصیل با توجه به حکم ماده ۲۵۲ قانون مدنی، یعنی التزام به معامله تا اثبات ورود ضرر به واسطه تأخیر مالک، همواره باید ممتنع از تصرف در مایملک خود باشد. لذا برای جلوگیری این توالی نامطلوب، پیشنهاد می شود با اصلاح ماده ۲۵۲ قانون مدنی، التزام اصیل به معامله فضولی از جانب اصیل منتفی دانسته شود تا وی بتواند به تعبیر پاره ای از فقها، فی ما انتقل عنه، تصرف مالکانه نماید. در این صورت، طبعاً سخن گفتن از به هم زدن معامله نیز منتفی خواهد بود.

به هم زدن عقد فضولی توسط اصیل؛ مطالعه تحلیلی و انتقادی ماده ۲۵۲ قانون مدنی — ۲۰

## منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- آملی، محمدتقی (۱۴۱۳ق)، **المکاسب و البیع**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۹)، **حقوق مدنی**، ج ۱، ج ۲۱، تهران: اسلامیه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۱ق)، **المکاسب**، ج ۲، قم: دار الذخائر.
- ایروانی، علی (۱۳۷۹ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، ج ۲، قم: کتبی نجفی.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۹۲)، **کتاب البیع**، ج ۲، ج ۴، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، **موسوعه الإمام الخوئی**، ج ۳۶، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).
- سامانه ملی آرای قضایی [https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6679].
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **حقوق مدنی**، ج ۳، ج ۴، تهران: مجد.
- طباطبائی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، ج ۴، قم: اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محمدی، سام؛ فرزندگان، محمد (۱۳۹۵)، **التزام اصیل به نکاح فضولی در فقه امامیه و قانون مدنی**، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱، ۱۵۳-۱۶۹.
- مرکز آموزش قوه قضائیه (۱۳۹۷)، **مجموعه نشست های قضائی در مسائل حقوق مدنی**، ج ۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.