

# تحلیل نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران

سید حسین صفایی<sup>۱</sup>، محمد عیسی تفرشی<sup>۲</sup>، جلیل قنواتی<sup>۳</sup>

۱- استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۲- استادیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس

۳- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

## چکیده

یکی از انواع نمایندگی در حقوق انگلیس، نمایندگی از طریق تنفیذ است؛ به این معنا که اگر «الف» بدون اذن «ب»، به نمایندگی و به حساب او معامله ای منعقد کند، با تنفیذ بعدی «ب»، «الف» عنوان نماینده را پیدا می کند و در واقع معامله انجام شده از طرف وکیل منعقد شده است. این دیدگاه در حقوق اسلام و حقوق ایران پذیرفته نشده است. همه فقیهان و مواد مختلف قانون مدنی اثر اجازه مالک را تنفیذ عمل حقوقی انشا شده می دانند و اجازه را معطی سبقت نمایندگی به فضول نمی دانند. در این مقاله با توجه به اینکه دیدگاه فقها و مواد قانون مدنی ایران بر مبنای محکمی استوار است، نظریه برخی از حقوق دانان ایرانی که نمایندگی ناشی از تنفیذ را پذیرفته اند مورد نقد قرار می گیرد [۱].

کلیدواژه ها: تنفیذ، نظریه نمایندگی، اصل، نماینده.



## ۱- مقدمه

در نظام‌های مختلف حقوقی، «انجام عمل از طرف دیگری» معمولاً در قالب قرارداد وکالت به عنوان عقدی معین و با نام توجیه می‌شود. حقوق رم در دوره ظهور کد ژوستینین در قرن ششم میلادی تأسیس وکالت را به عنوان عقدی معین برای انجام عمل از طرف دیگری مطرح کرده است. در نظام‌های حقوقی موجود نیز عقد وکالت به همین منظور، مورد توجه قانونگذاران قرار گرفته است. با وجود این، برخی از سیستم‌های حقوقی، نظریه کلی نمایندگی را مطرح و قوانینی در این خصوص وضع کرده‌اند (قانون مدنی آلمان، مواد ۱۶۴ تا ۱۸۰، قانون تعهدات سوئیس، مواد ۳۲ تا ۴۰ و قانون مدنی ایتالیا، ماده ۱۳۷۸).

در حقوق فرانسه اگرچه قانون مدنی از نظریه کلی نمایندگی سخن نگفته است، با این وجود، برخی از حقوقدانان نظریه کلی نمایندگی را مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند [۲، ۳]. در حقوق انگلیس با توجه به نظام حاکم بر آن (کامن‌لو) که ویژگی اصلی آن، استخراج قواعد حقوقی از آرای قضایی است و طبعاً نظریه پردازی و کلی‌نگری در آن از اهمیت زیادی برخوردار نیست، در قلمرو حقوق نمایندگی تحت عنوان «Law of Agency» تمام مصادیق، احکام و آثار نمایندگی مورد بحث قرار گرفته و قواعد کلی از میان پرونده‌های قضایی استخراج می‌شود. در یک تقسیم‌بندی اساسی در نمایندگی، حقوقدانان انگلیسی شیوه‌های ایجاد نمایندگی و به تعبیری انواع نمایندگی را به چهار دسته تقسیم می‌کنند و مورد بررسی قرار می‌دهند:

۱. نمایندگی قراردادی؛<sup>۱</sup>
۲. نمایندگی ناشی از استاپل؛<sup>۲</sup>
۳. نمایندگی ناشی از تنفیذ؛<sup>۳</sup>
۴. نمایندگی ناشی از اعمال قانون؛<sup>۴</sup>

در این مقاله به دلیل اهمیت نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس و لزوم بررسی آن در حقوق ایران، به مطالعه تطبیقی این نوع نمایندگی در حقوق انگلیس، ایران و اسلام می‌پردازیم و عمدتاً به دنبال آن هستیم که امکان ایجاد نمایندگی از طریق تنفیذ را در نظام‌های حقوقی مزبور مطالعه نماییم. به این منظور دیدگاه حقوق انگلیس را در این زمینه به تفصیل مطالعه کرده و



1. Agency created by Contract  
2. Agency by stoppel  
3. Agency resulting from ratification  
4. Agency by operation of Law

جنبه‌های مختلف آن را بررسی می‌کنیم. سپس امکان ایجاد نمایندگی از طریق تنفیذ را در حقوق اسلام و ایران به گونه تطبیقی، مطالعه خواهیم کرد.

توجه به این نکته مفید است که بررسی این موضوع علاوه بر نتایج نظری، دارای آثار عملی نیز می‌باشد. نتیجه این مقاله از بُعد عملی در تبیین چندین مسأله مؤثر است. آیا اجازه‌کننده در زمان تنفیذ معامله فصولی باید از شرایط قرارداد آگاه باشد یا خیر؟ از جهت اجرت عمل شخص منعقد کننده قرارداد نیز این موضوع قابل بررسی است. اگر شخص عاقد، وکیل تلقی شود مقررات مربوط به حق الوکاله وکیل در مورد وی اجرا می‌شود؛ در حالی که اگر وکیل تلقی نشود، مقررات فصولی از این جهت در مورد وی اعمال می‌شود. از جهت سایر حقوق و تکالیف وکیل نیز مسأله متفاوت خواهد بود.

## ۲- نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس

در این بخش به منظور تبیین نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس مفهوم و ماهیت تنفیذ، شرایط تنفیذ، تأثیر تنفیذ، اعلام تنفیذ و تنفیذ بعد از رد را مورد مطالعه قرار می‌دهیم. این بررسی تفصیلی به منظور آگاهی از دیدگاه حقوق انگلیس در خصوص نمایندگی ناشی از تنفیذ صورت می‌گیرد، بدون اینکه این موارد را با مقررات معامله فصولی در حقوق اسلام و ایران مقایسه نماییم. پس از مطالعه تفصیلی حقوق انگلیس، دیدگاه حقوق اسلام و ایران را در مورد امکان یا عدم امکان پذیرش نمایندگی ناشی از تنفیذ بررسی خواهیم نمود.

### الف) مفهوم تنفیذ

یکی از موارد نمایندگی در حقوق انگلیس، نمایندگی از طریق تنفیذ و اجازه عمل فصولی است. در جایی که شخص فاقد سیمت نمایندگی، ادعا می‌کند نماینده دیگری است و به نام و به حساب او معامله می‌کند، پس از تنفیذ این قرارداد، اصیل به مفاد عمل مورد تنفیذ، متعهد و ملتزم می‌گردد و فصول، واجد سیمت نمایندگی می‌شود. به بیان دیگر، رابطه نمایندگی به اعتبار زمان اعطای اختیار به دو گونه ایجاد می‌شود: گاهی رابطه نمایندگی قبل از هرگونه اقدامی توسط نماینده، از طرف مالک ایجاد می‌شود و از پیش، اختیار لازم به وی اعطا می‌گردد. زمانی هم، نماینده قبل از اعطای اختیار و ایجاد رابطه نمایندگی، عمل حقوقی را انجام می‌دهد و با تنفیذ بعدی مالک چنان وضعیتی



ایجاد می‌شود، گویی که اختیار از پیش به وسیله مالک برای انجام عمل به نماینده داده شده است [۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۴]. این تنفیذ، فقط به عمل نماینده (فضول) از زمان تنفیذ، اعتبار نمی‌بخشد، بلکه به زمان قبل برمی‌گردد تا اقدام نماینده را از همان زمان انجام عمل مؤثر گرداند. در واقع نماینده به عنوان فردی تلقی می‌شود که از آغاز، اختیار انجام عمل را داشته است و به تعبیری تنفیذ معادل و همسنگ اختیار پیشین می‌شود.<sup>۱</sup> حقوق‌دانان انگلیسی این دیدگاه را معمولاً در این عبارت لاتینی ابراز می‌کنند:

«*omnis rati habitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur*»

قاضی «تیندال» در این زمینه می‌گوید: «اگر شخصی عملی را برای دیگری انجام دهد و آن را به نام خود واقع‌ن سازد، بلکه برای آن شخص دیگر انجام دهد، اگر چه اختیار پیشین وجود نداشته است، در صورت تنفیذ، عمل انجام شده عملی است که توسط وکیل انجام شده و در نتیجه عمل مزبور، عمل اصیل (مالک) می‌گردد و این یک اصل مسلم و شناخته شده کاملاً است» [۸].

البته باید توجه داشت تنفیذ عمل نماینده، فقط در جایی نیست که نماینده هیچ رابطه قبلی با اصیل (مالک) نداشته است؛ بلکه در صورتی که نماینده از قبل و به طور صحیح به عنوان نماینده برگزیده شده باشد و با این وجود، خارج از حدود اذن و اختیار عمل نماید نیز مطرح می‌شود [۸، ۱۰].

## ب) ماهیت تنفیذ

حقوق‌دانان انگلیسی در تبیین ماهیت حقوقی تنفیذ، دو دیدگاه را مطرح کرده‌اند: گروهی تنفیذ را دقیقاً مانند اختیار از پیش دانسته و آن را به عنوان موجد رابطه بین اصیل و نماینده می‌دانند؛ رابطه‌ای که با تحقق تنفیذ عطف به ماسبق می‌شود [۸، ۱۰]. در مقابل برخی بر این امر تأکید می‌کنند که تنفیذ عنصری از فرض «Fiction» را در بردارد [۸، ۱۰]؛ یعنی روابط بین تمام اطراف قرارداد، چنان تلقی می‌شود که نمایندگی قبل از انجام عمل نماینده وجود داشته است و در استدلال بر این دیدگاه می‌گویند نظریه تنفیذ ارتباطی با ایجاد نمایندگی ندارد؛ بلکه کاملاً متمایز از آن است. ایشان بر این باورند که تنفیذ، ایجاد اختیار در نماینده نیست، بلکه اعمال اختیاری است که در شخصی (مالک) وجود داشته و به وسیله شخصی (فضول) اعمال می‌شود (این دیدگاه شبیه نظریه فقیهان اسلامی در تحلیل معاملات فضولی است که تنفیذ مالک بدون اعطای سمت نمایندگی، تنها معامله فضول را مؤثر می‌سازد). تنفیذ عمل این شخص را اثر بخش می‌سازد و آن را به گونه‌ای



1. Equivalent to an antecedent authority

در می آورد که گویی نماینده ای آن عمل حقوقی را واقع ساخته است. با این توضیح روشن می شود طرفداران این نظریه در مورد جایگاه منطقی تنفیذ در طرح کلی نمایندگی تردید جدی دارند. همچنین در تحلیل دیگری می گویند: «رابطه اصیل و نماینده با تنفیذ، ایجاد نمی شود؛ زیرا تحقق این رابطه، مبتنی بر توافق است و پذیرش یک طرفی عمل غیر مجاز شخصی به وسیله اصیل، نمی تواند توافق را ایجاد کند. تمام آنچه تنفیذ انجام می دهد این است که آثار اعطای اختیار را به عمل شخص فاقد اختیار می دهد» [۸، ۱۰].

اما این دیدگاه مورد انتقاد برخی حقوقدانان انگلیسی واقع شده است. به اعتقاد آنها مسلماً اراده اصیل نقش اساسی در تحقق قرارداد ایفا می کند، به گونه ای که در صورت رد قرارداد نماینده توسط اصیل، هیچ گونه رابطه ای بین اصیل و نماینده و شخص ثالث ایجاد نمی شود. اما عمل نماینده نیز در این بین بی تأثیر نیست. باید توجه داشت که نماینده در زمان انعقاد قرارداد تصریح می کند که به عنوان نماینده اصیل عمل می کند و تنفیذ اصیل در واقع قبول ایجاب نماینده برای عمل به عنوان نماینده و تحقق رابطه نمایندگی است. پس تنفیذ یک عمل ارادی یک طرفی نیست، بلکه یک عمل رضایی دو طرفه و همسنگ با اعطای اختیار از پیش تلقی می شود. یکی از این منتقدان در ادامه می گوید: «درست است که نظریه تنفیذ محدودیتهایی دارد که در نمایندگی و اعطای اختیار از قبل، وجود ندارد، اما این به آن معنا نیست که این نظریه یک فرض و خلاف قاعده باشد که از نظر منطقی ارتباطی با بحث ایجاد رابطه نمایندگی نداشته باشد. آنان که اثر تنفیذ را به اعطای اختیار به اعمال فاقد اختیار محدود می کنند، به یک جنبه و تنها به یک جنبه تنفیذ نظر می کنند؛ در حالی که تنفیذ چیزی غیر از صرف اعطای اختیار به اعمال شخص فاقد اختیار است» [۸].

### ج) شرایط تنفیذ

یکی از قضایات انگلیسی در پرونده Firth v. Staines (1897) سه شرط را برای تحقق تنفیذ مطرح کرده است [۶، ۷، ۹]:

۱. نماینده قصد انجام عمل برای اصیل (مالک) را داشته باشد.
  ۲. در زمان انجام عمل توسط نماینده، اصیل خود، صلاحیت انجام آن را داشته باشد.
  ۳. در زمان تنفیذ، مالک توانایی انجام آن عمل را داشته باشد.
- با تحلیل سه شرط مزبور، می توان شرایط چهارگانه زیر را برای تحقق تنفیذ لازم شمرد.



## ۱- موقعیت اصیل

۱-۱- اصیل باید در زمان انجام عمل به وسیله نماینده موجود باشد، نمی‌توان به عنوان نماینده از جانب کسی عمل کرد که در زمان آینده به وجود می‌آید؛ بنابراین اصیل یا باید در قید حیات باشد یا اگر شخص حقوقی است موجود باشد؛ در مورد اخیر شرکت منحلّه و شرکت در شرف تکوین، صلاحیت تنفیذ عمل فضولی را ندارند [۷، ۱۵، ۱۶]. در مورد شرکتهای ثبت شده، قراردادهایی که قبل از ثبت شرکت انجام شده است، به وسیله شرکت قابل تنفیذ نمی‌باشد، اگر چه در این مورد انتقاداتی مطرح گردیده تا صلاحیت این شرکتها را برای تنفیذ قراردادهای قبل از ثبت توسعه دهد، اما موفقیتی حاصل نشده است [۹].

۱-۲- اصیل در زمان انجام عمل توسط نماینده (فضول) مشخص باشد یا قابلیت شناسایی داشته باشد [۸، ۹]. ذکر نام اصیل ضرورت ندارد، بلکه باید به گونه‌ای توصیف شود که شخص ثالث او را بشناسد؛ زیرا اشخاص ثالث باید کسانی را که با آنها معامله می‌کنند، بشناسند [۷]. به همین دلیل در دعوی Watson v. Swann (1862) اصیل نتوانست بر اساس بیمه‌نامه‌ای که نماینده به نام خود صادر کرده بود اقامه دعوی کند [۷، ۹، ۱۶، ۱۷]. بنابراین تنها کسی می‌تواند عمل نماینده را تنفیذ کند، که نماینده تصریح کرده عمل از طرف او انجام می‌شود. نماینده باید از طرف فردی مشخص یا قابل تشخیص و به ادعای اختیار اعطایی او عمل نماید. به همین دلیل در دعوی Wilson v. Tumman (1843) طلبکار در مقابل شخص ثالث متعهد و ملزم به جبران خسارت نگردید [۷، ۹، ۱۶، ۱۷].

در دعوی Keighley max sted & co. v. Durant (1901) «الف» اختیار داشت از حساب مشترک خود با «ب»، با محدودیتی در خصوص قیمت خرید، مقداری گندم خریداری نماید. نامبرده به قیمتی بیش از محدودیت تعیین شده، از طرف خودش و «ب» قراردادی برای خرید گندم منعقد ساخت [۷، ۹، ۱۶، ۱۷]؛ اما به فروشنده اطلاع نداد که گندم را مشترکاً برای خود و «ب» می‌خرد. «ب» پس از انجام قرارداد، معامله مزبور را تنفیذ کرد. پس از آن فروشنده به دلیل نقض قرارداد، اقامه دعوی نمود. قاضی «لرد دیوی» در این خصوص می‌گوید: «پرسش حقوقی این است که آیا قراردادی که توسط خریدار منعقد می‌شود به گونه‌ای که وانمود می‌کند به تنهایی از طرف خودش و نه از طرف اصیل است در حالی که قصد مخفی او انعقاد قرارداد برای شخص ثالث است، به وسیله این ثالث، قابلیت تنفیذ را دارد یا خیر؟ در صورت قابلیت تنفیذ، او خواهد توانست بر اساس قرارداد اقامه دعوی کند و یا مسئول تلقی شود» مجلس اعیان در این پرونده متفقاً تنفیذ

«ب» را پذیرفت و بنابراین «ب» را مسئول ندانست.

قاضی «لرد مک ناتن» در تبیین عقلانیت این دیدگاه می‌گوید: «تعهدات مدنی با قصد افشا نشده ایجاد نمی‌شوند و یا بر این قصدها مبتنی نمی‌شوند» [۷]. اگر قرار است رابطه اصیل و نمایندگی به وجود آید و اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار دهد، باید تمام اطراف قرارداد از آن آگاه باشند و قصد مشترک آنها در ایجاد چنین رابطه‌ای برای آنان آشکار شود [۷]. همچنین از این پرونده به روشنی استنباط می‌شود که بدون افشای قصد انجام عمل به عنوان نماینده، تنفیذ شخص دیگر (اصیل) ممکن نیست.

در دعوی *Spiro v. Lintern* (1973) نیز استناد به نظریه تنفیذ به وسیله دادگاه پذیرفته نشده است [۷، ۸، ۹، ۱۷]؛ اما به دلیل وجود شرایط استایل، نمایندگی را پذیرفت، بنابراین، در جایی که فضول، نام اصیل را افشا نمی‌کند و معامله را برای خود واقع می‌سازد، نظریه تنفیذ، کارایی ندارد و در واقع، قلمرو نظریه اصیل افشا نشده محدود به مواردی می‌شود که نماینده از قبل اختیار انجام عمل حقوقی را داشته است.

۱-۳- پیش از تنفیذ، اصیل از تمام واقعیات اساسی و مهم آگاهی داشته است [۷، ۹، ۱۵]. منظور از واقعیات اساسی و مهم، اموری است که به طور متعارف، اصیل باید از آنها آگاه باشد. به عنوان مثال زمان و مکان انجام قرارداد و اوضاع و احوال و به ویژه وضعیت طرفین، موضوعات مهمی است که آگاهی از آنها لازم است. در صورتی می‌توان اصیل را پس از تنفیذ عمل حقوقی، ملتزم و متعهد دانست که او از این واقعیات و امور آگاهی داشته باشد.

۸۵

بر همین اساس در دعوی *King v. Savery* استناد به تنفیذ قرارداد پذیرفته نشد [۷، ۹]. در این پرونده شخص «الف» از طرف دیگری «ب» قرارداد رهنی منعقد ساخته بود که، این قرارداد در واقع، صحیح نبود. پس از قرارداد، «ب» به گونه‌ای عمل کرد که نشان می‌داد معامله را پذیرفته و تنفیذ کرده است، اما «ب» از بی‌اعتباری رهن آگاه نبود، به همین دلیل دادگاه رأی داد که تنفیذ «ب» هیچ‌گونه اثری ندارد [۶، ۷].

با وجود این، در موردی که اصیل از آثار حقوقی یا امور جانبی عمل نماینده آگاهی کامل نداشته و آن را تنفیذ کند، مسئولیت اصیل پذیرفته می‌شود [۶، ۷]. همچنین در مواردی که اصیل تسامح و بی‌احتیاطی می‌کند و در خصوص وضعیت واقعی امور و ایجاد مسئولیتهای بعدی استفسار نمی‌کند، مسئولیت او با فقدان آگاهی کامل، پذیرفته شده است. در دعوی *Marsh v. Joseph* (1897) شخص «الف» از نام دیگری «ب» در اقداماتی متقلبانه استفاده کرده



و مبالغی را به دست آورد. «الف» به «ب» اطلاع داد که با استفاده از نام وی مبالغی به دست آورده و مقداری نیز به او اعطا کرد. زمانی که تقلب «الف» آشکار گردید، علیه «ب» برای استرداد تمام وجوه مزبور اقامه دعوی شد. دادگاه پذیرفت که اقدامات تنفیذی «ب» به دلیل فقدان آگاهی از تقلب، مؤثر نمی باشد و او در قبال تمام وجوه، مسؤولیتی ندارد و تنها در مقابل پولی که واقعاً دریافت کرده، مسؤول است [۹، ۷]. منشأ این امر، تفاوتی است که نظریه تنفیذ در مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت ناشی از شبه جرم دارد [۶].

۴-۱- اصل در زمان انجام عمل توسط نماینده اهلیت داشته باشد. اصل باید از نظر حقوقی صلاحیت داشته باشد به شیوه ای که نماینده عمل کرده است، عمل نماید. بنابراین صغار، افراد مختل المشاعر و مانند آنها شایستگی تنفیذ اعمال نماینده را ندارند. همان گونه که این افراد نمی توانند از قبل نیز چنین اختیاری را به نماینده اعطا کنند [۱۸، ۱۷، ۱۶، ۹]. یکی از دعاوی مهم در این زمینه دعوی: «Boston Deep Sea Fishing and Ice co. v. Farnhann» است [۸، ۶]. در سال ۱۹۴۰ که فرانسه اشغال شد، یک قایق ماهیگیری متعلق به شرکت فرانسوی «الف» در یکی از بندرهای انگلستان قرار داشت. یک شرکت انگلیسی «ب» که قبلاً به عنوان نماینده شرکت «الف» تجارت می کرد با استفاده از قایق مزبور به تجارت ادامه داد. این شرکت اختیار چنین کاری را نداشت، اما وانمود می کرد این اختیار را دارد. دادگاه رأی داد تنهاراهی که «ب» می تواند از مالیات خاص معاف شود، تنفیذ بعد از جنگ توسط «الف» بوده است، اما چنین تنفیذی غیر ممکن است؛ زیرا در زمان نمایندگی ادعایی «ب»، «الف» از دشمنان بیگانه بوده که صلاحیت نداشته، اصل باشد، و در آن زمان نمی توانست برای خود عمل کند. بنابراین تنفیذ اعمالی که از قلمرو اختیار اصل نیز خارج بوده است ممکن نمی باشد [۱۸، ۶].

همچنین، در کامن لو یک شرکت، نمی تواند عمل غیر مجاز نماینده اش را که خارج از حدود اختیار شرکت عمل می کند، تنفیذ نماید [۱۶، ۷]. اما حقوقدانان انگلیسی امروزه به دلایلی اعتقاد دارند این قاعده در مورد شرکتهای ثبت شده ای که تابع قانون شرکتهای هستند، اعمال نمی شود [۱۶]. برخی از این دلایل عبارتند از: ۱. اعتبار عملی که به وسیله چنین شرکتی انجام می شود، دیگر به دلیل عدم اهلیت مورد تردید واقع نمی شود. ۲. به صراحت مقرر شده است هر عملی قابل تنفیذ است، حتی اگر به وسیله مدیران عامل در نقض وظیفه خویش در خروج از اختیار مقرر در اساسنامه باشد.



## ۲- قصد نمایندگی

در زمان انعقاد قرارداد، نماینده باید به عنوان نماینده اصیل معین، مشخص و یا قابل تشخیص به انجام عمل حقوقی مبادرت کند؛ در غیر این صورت تنفیذ اصیل تأثیری نخواهد داشت. قاضی «هال روید» در دعوی (Sounderson v. Griffiths (1827)) می‌نویسد [۷]: اگر نماینده در زمان انعقاد قرارداد، اظهار کند اختیار انجام معامله برای «الف» را دارد، تنفیذ بعدی اصیل، تنفیذ اختیاری است که نماینده قبلاً وجود آن را فرض می‌کرد. اما در این پرونده که «الف» قبلاً به نماینده اختیار نداده و در قرارداد هم نام «الف» ذکر نشده است، تنفیذ «الف» اعتباری ندارد؛ زیرا قرارداد به نام و از طرف همسر «الف» و شخص «ج» منعقد شده است.

همچنین امکان تنفیذ اصیل مبتنی بر قصد واقعی و درونی نماینده نیست؛ بلکه مبتنی بر درک متعارف عبارات و افعال نماینده به وسیله طرف قرارداد است. بنابراین آنچه اهمیت دارد، استنباط شخص ثالث (طرف قرارداد) است. (دعوی (Keighley Maxted & co. v. Durant (1901)) [۸]. شاید به همین دلیل است که برخی حقوق‌دانان انگلیسی در این خصوص بین دو واژه *purport* (و انمود کردن) و *intend* (قصد کردن) تفاوت گذاشته‌اند. به نظر اینان منظور از شرط دوم (قصد نمایندگی) این است که نماینده چنین وانمود کند که از طرف اصیل عمل حقوقی را واقع می‌سازد؛ اگر چه قصد او معامله از طرف اصیل نباشد [۳، ۴، ۶، ۱۶، ۱۹].

۸۷

در پرونده Tiedemann and Iedermann Freres, Re (1899) نماینده‌ای «الف» با نام «ب» به عنوان اصیل عمل کرده است. قصد نماینده انجام بیع به نفع و از طرف خود بوده است. زمانی که شخص ثالث از حقیقت امر آگاه شد، درخواست فسخ قرارداد مزبور را نمود. «ب» نیز تمایل داشت بیع را تنفیذ کند. دادگاه رأی داد تنفیذ «ب» از اعتبار حقوقی برخوردار است و شخص ثالث نمی‌تواند قرارداد را به هم بزند؛ زیرا استنباط شخص ثالث این بود که «الف» به نام «ب» و از طرف او عمل می‌کند.

بنابراین یک قاعده اساسی در تنفیذ این است که اصیل نمی‌تواند عمل نماینده‌ای را که از طرف خود و بدون قصد نمایندگی و ابراز آن انجام می‌شود، تنفیذ کند و به تعبیر دیگر اصیل افشانشده نمی‌تواند عمل فصول را تنفیذ نماید ((Wilson v. Tumman (1843)) [۹، ۱۶، ۱۷].



### ۳- ویژگی حقوقی عمل نماینده

ویژگی عمل مورد تنفیذ نیز در امکان تنفیذ تأثیر دارد. حقوقدانان و محاکم انگلیسی در این زمینه یک قاعده کلی و چند استثنا را مطرح می‌کنند. به عنوان یک قاعده کلی، با فرض آگاهی اصیل از واقعیات، هر عملی را می‌توان تنفیذ کرد [۷]. اما استثنائاتی بر این اصل کلی وجود دارد. یک مورد بطلان حقوقی یعنی مواردی که عمل حقوقی فی نفسه اعتبار ندارد و فاقد یکی از شرایط اساسی معاملات است.

دو معاملات ممنوعه قانونی یعنی معاملاتی که فی نفسه باطل نیست و حاوی همه شرایط اساسی قرارداد است ولی به دلیل قانون خاص ممنوع شده است. در دعوی *La Banque Jacques Cartier v. La Banque d'Epargne de Montreal* قاضی «فیتز جرالده» می‌گوید: «سکوت و تنفیذ باید در مورد معامله ای باشد که فی نفسه صحیح و مؤثر است و نه غیر قانونی» [۷]. در دعوی *Brook v. Hook* (1871) نیز این نظریه تأیید شده است [۹، ۷، ۶]. در این پرونده، نماینده امضای اصیلش را به عنوان صادر کننده سفته جعل کرد. قبل از سر رسید سند، متعهدله از حقیقت امر آگاه شد و نماینده را تهدید به شکایت نمود. اصیل و انمود کرد عمل نماینده را تنفیذ می‌کند، اما از پرداخت مبلغ سفته امتناع ورزید. پرونده در دادگاه مطرح و اکثریت اعضای دادگاه بر این عقیده بودند که تنفیذ اصیل فاقد اعتبار است؛ زیرا عمل نماینده غیر قانونی بوده است [۹، ۷، ۶].

در دعوی *Bedford Insurance Co. Ltd v. Instituto de Resseguros de Brasil* (1985) نیز محکمه این نظر را پذیرفت که قراردادهای بیمه باطل و غیر قانونی قابل تنفیذ نمی‌باشند [۱۶، ۹، ۵]. با توجه به این مطالب است که حقوقدانان و قضات انگلیس در مورد امکان تنفیذ بین اعمال باطل و قابل ابطال تفاوت گذاشته و بر این باورند که اعمال قابل ابطال برخلاف اعمال باطل قابلیت تنفیذ را دارند [۲۰، ۱۱]. در دعوی *Danish mercantile Co. v. Beaumont* (1951) سه (اعمالی که منجر به تحقق جرم می‌شود، قاضی «رولت» در دعوی *Harrisons and crossfield Ltd v. London and North Western Rly co.* (1917) این زمینه می‌گوید: «ممکن است عملی را که دارای عنصر کیفری است نتوان تنفیذ کرد» [۷، ۶، ۵].

چهار استثنای چهارم بر اصل کلی تنفیذ، در صورتی است که تنفیذ «اصیل» وظیفه ای بر شخص ثالث تحمیل کند که قبل از تنفیذ وجود نداشته است. به همین دلیل در دعوی *Solomans v. Dawes* (1794) نماینده بدون اختیاری از شخص ثالث (خوانده) تقاضا



نمود که کالای اصیل را برگرداند و تنفیذ اقدام نماینده مزبور توسط اصیل موجب تحمیل این وظیفه اضافی (برگرداندن کالا) بر خواننده می‌شد [۷]. به همین دلیل دادگاه تنفیذ وی را مؤثر ندانست.

#### ۴- زمان مناسب برای تنفیذ

اصیل باید در زمان تنفیذ از صلاحیت لازم برای تنفیذ برخوردار باشد. در دعوی *Dibbin v. Dibbins* (1896) به اصیل اختیار خرید سهم شریک دیگر در شرکتی داده شد [۱۶، ۹، ۶]. او باید ظرف سه ماه از زمان مرگ شریک، این خرید را انجام می‌داد. نماینده وی ظرف سه ماه این اختیار را عملی نمود؛ اما در زمانی که این خرید را انجام می‌داد، اصیل دیوانه گردید و بنابراین نماینده، اختیار چنین عملی را نداشت. نماینده پس از کسب مجوز بر اساس قوانین مربوط به جنون، اختیار انجام معامله را از طرف اصیل پیدا کرد. اما سه ماه مقرر منقضی شده بود. دادگاه رأی داد که بسیار دیر شده است؛ زیرا در تاریخ اختیار حق خرید از اصیل سلب شده است [۷]. اما در پرونده *Bolton Partners v. Lambert* (1889) دادگاه تنفیذ را به این دلیل که محدودۀ زمانی معین نداشت پذیرفت [۱۷، ۱۶، ۹، ۷]. در این پرونده، شخص ثالث پیشنهادی به نماینده بدون اختیار آقای «الف» ارائه داد. نماینده مزبور آن ایجاب را از طرف «الف» قبول کرد. پس از آن، شخص ثالث از ایجاب خود عدول نمود. با وجود این آقای «الف» قبول نماینده را تنفیذ کرد و دادگاه رأی داد با وجود عدول شخص ثالث، او ملزم به مفاد قرارداد با «الف» می‌باشد. در واقع، قبول نماینده، عمل باطلی نیست تا تنفیذ اصیل مؤثر نباشد؛ بلکه عمل قابل ابطالی است که با تنفیذ بعدی اصیل مؤثر واقع می‌شود. همچنین برای تنفیذ زمان معینی مقرر نشده است. بنابراین تنفیذ اصیل دارای اعتبار حقوقی است [۱۷، ۱۵، ۹، ۷]. البته در صورتی که حقوق مالکانه‌ای در نتیجه تنفیذ تحت تأثیر واقع شوند یا تنفیذ حقوق مکتسب اشخاص ثالث را متأثر سازد و نیز در مواردی که ایجاب شخص ثالث، مشروط به تنفیذ باشد قضیه متفاوت خواهد بود (دعوی *Watson V. Davis* (1931) [۱۷، ۸، ۷، ۶].

به نظر می‌رسد در مورد زمان مناسب برای تنفیذ، دو حالت را باید از هم تفکیک نمود؛ در حالت اول طرفین زمانی را برای تنفیذ معین می‌کنند. در این صورت تنفیذ باید در زمان مقرر انجام شود. در حالت دوم، طرفین زمان معینی را برای تنفیذ در نظر نمی‌گیرند. در این صورت تنفیذ باید در زمان متعارفی انجام شود. حقوقدانان در تعیین زمان متعارف، این



ملاک را مطرح می‌کنند که هرگز نباید به بعد از زمانی که قرار است قرارداد شروع شود توسعه یابد [۷]. اما برخی قضات با این ملاک مخالفت کرده و نظر مخالف آنان در پرونده Alexander Ward & Co. Ltd v. Samyang Navigation Co. Ltd (1975) مورد تأیید مجلس اعیان قرار گرفته است.

## د) اعلام تنفیذ

تنفیذ عمل نماینده ممکن است به طور صریح یا ضمنی باشد [۴، ۵]. در تنفیذ صریح، اصیل باید به روشنی قصد خود بر تنفیذ را ابراز کند. این ابراز ممکن است به طور شفاهی یا کتبی انجام گیرد. با وجود این، در صورتی که قرارداد منعقد بین نماینده و شخص ثالث در شکل یک سند رسمی باشد، تنفیذ اصیل نیز باید در سند رسمی انشا شود [۲، ۳، ۵، ۷، ۱۸]. اگر قرارداد نماینده کتبی باشد، تنفیذ شفاهی برای اعلام اراده بر تنفیذ کافی است. در پرونده Soames v. Spencer (1822) این دیدگاه پذیرفته شد [۶، ۹]. در تنفیذ ضمنی، اصیل به گونه ای عمل می‌کند که عمل او به روشنی دلالت بر تأیید و پذیرش عمل نماینده می‌نماید. این عمل باید مثبت و غیر مبهم باشد. سکوت مالک در مجلس عقد و صرف حضور و مشاهده او کافی نیست؛ جز در مواردی که با توجه به قرائن و دلایل، رضایت اصیل از سکوت وی استنباط شود. خودداری از برگرداندن کالایی که نماینده به دست آورده، تنفیذ ضمنی مناسبی تلقی می‌شود، مگر این که تقاضای استرداد آنها از طرف شخص ثالث غیر منصفانه باشد. اما پذیرش اجباری اقدامات غیر مجاز نماینده، تنفیذ ضمنی تلقی نمی‌شود. به همین دلیل در پرونده Forman & Co. Pty Ltd v. The Liddesdale (1900) که نماینده بدون داشتن اختیار، تعمیرات زیادی در کشتی اصیل انجام داد، پس از تحویل گرفتن کشتی توسط اصیل و فروش آن، تعمیر کننده علیه وی اقامه دعوی نمود [۵، ۶، ۷، ۱۶]. دادگاه رأی داد که عمل اصیل در تحویل کشتی و فروش آن تنفیذ اقدامات نماینده نیست؛ زیرا او گزینه دیگری نداشت و تنها راه ممکن تحویل گرفتن کشتی بوده است [۴، ۶، ۷، ۱۶].

همچنین حقوقدانان در این مورد که آیا پذیرش بخشی از اقدامات نماینده، تنفیذ ضمنی تمام اقدامات او است، آرای متفاوتی ابراز کرده اند. برخی این نحوه پذیرش را تنفیذ ضمنی تمام اقدامات نماینده دانسته اند [۸، ۱۵] و گروهی با این نظر مخالفت کرده اند [۷]. نظریه اخیر در پرونده Harrison and Crossfields Ltd v. London and North Western RLY Co. (1917) تأیید شده است [۶، ۷].

به نظر می‌رسد دو دیدگاه مزبور با یکدیگر تعارضی ندارند؛ زیرا منظور طرفداران نظریه اول

این است که اصیل نمی تواند برخی اقدامات نمایندده را که در جهت منافع اوست بپذیرد و آنچه را به زیان اوست رد کند و این مطلب را طرفداران نظریه دوم نیز می پذیرند [۷]. برخی حقوقدانان کامن لو عدم تبعیض در تنفیذ را ویژگی مسلم نظریه تنفیذ تلقی کرده و مبنای آن را این اصل دانسته اند که هر کس از عملی نفع می برد، زیان آن نیز بر اوست [۱۵]. همچنین در توجیه این ویژگی گفته شده است: «از آنجایی که تنفیذ منجر به اعطای اختیار از اول می شود، شخصی که عملی را تنفیذ می کند در واقع تمام اعمالی را تنفیذ می کند که اگر از ابتدا اختیار وجود می داشت آن اعمال انجام می شد. همان گونه که در صورت وجود اختیار پیشین، تمام اقدامات مجاز نمایندده درست و معتبر است، در صورت تنفیذ نیز تمام آن اعمال معتبر خواهد بود» [۹، ۱۵، ۱۶].

### هـ) تنفیذ بعد از امتناع

حقوقدانان کامن لو، تنفیذ اصیل را حتی بعد از امتناع وی مؤثر می دانند [۹، ۱۶]. برخی از حقوقدانان چنین تنفیذی را در صورتی معتبر می دانند که سبب ضرر و زیان به شخص ثالث نگردد [۹، ۱۶]. بعضی نیز درستی چنین تنفیذی را محدود به مواردی می کنند که امتناع از تنفیذ اعلام نشده باشد [۹، ۱۶]. یکی از دلایلی که برخی قضات برای درستی تنفیذ بعد از امتناع اصیل مطرح می کنند این است که امتناع از تنفیذ، دقیقاً مانند امتناع از اعطای اختیار است؛ همان طور که اعطای اختیار پس از امتناع از آن ممکن است، تنفیذ بعد از آن نیز صحیح و معتبر است [۹، ۱۸].

### و) تأثیر تنفیذ

همانگونه که گفته شد تنفیذ صحیح همان اثری را دارد که گویی نمایندده بر اساس اختیار از پیش داده شده اقدام کرده است. قاضی «هارمن» در دعوائی (Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. Ltd v. Farnham (1957)) در این باره می گوید [۹، ۱۸]: «تنفیذ اثر قهرایی دارد». در تعبیر دیگری نیز گفته شده است: «تنفیذ معادل و همسنگ اختیار پیشین است»<sup>۱</sup> یا «تنفیذ سبب ایجاد اختیار از ابتدا می شود» [۱۵]. بنابراین می توان آثار تنفیذ را به شرح زیر بیان نمود:

1. "It Proceeds upon the theory that one who wishes to avail himself of the benefits of a given transaction must also accept its burdens".
2. Equivalent to an antecedent authority



۱. رابطه اصیل و نماینده پس از تنفیذ دقیقاً مانند رابطه بین آن دو در صورت نمایندگی از قبل است. در دعوی (1858) *Risbourg v. Bruckner* در تأیید این مطلب گفته شده است (۷، ۹): «پس از تنفیذ قرارداد نماینده با شخص ثالث و ایجاد رابطه بین اصیل و نماینده تنها از شخص ثالث می توان به دلیل نقض قرارداد شکایت نمود و به دلیل تحقق رابطه مزبور، نمی توان علیه نماینده اقامه دعوی کرد»؛ زیرا به دلیل ایجاد رابطه نمایندگی، همانند نمایندگی از قبل، نماینده طرف قرارداد بین اصیل و شخص ثالث نمی باشد.

۲. تنفیذ تنها در مورد اقدامات گذشته باینده اثر دارد و به نماینده اختیار نمی دهد اقدامات دیگری در آینده انجام دهد [۷]؛ مگر این که قراین و دلایلی بر این امر موجود باشد [۹].

۳. نماینده ای که در مقابل شخص ثالث به دلیل نقض شرط ضمنی داشتن اختیار مسئول است، با تنفیذ اصیل از این مسئولیت معاف می شود؛ زیرا با تنفیذ، نماینده از رابطه قراردادی خارج می شود، مگر این که نماینده به صراحت در کنار اصیل یک طرف قرارداد باشد.

۴. تنفیذ می تواند عمل غیر قانونی نماینده را که موجب مسئولیت او در مقابل شخص ثالث می شود به عملی قانونی تبدیل کند و مسئولیت او را منتفی سازد [۷].

۵. پس از تنفیذ صحیح اصیل، رابطه قراردادی مستقیمی بین اصیل و شخص ثالث ایجاد می شود [۷].

۶. پس از تحقق تنفیذ مؤثر، بدون رضایت شخص ثالث، تنفیذ مزبور قابل عدول نمی باشد. اکنون، پس از بیان دیدگاه حقوق انگلیس در ماهیت، شرایط و آثار تنفیذ به روشنی معلوم می شود که حقوق انگلیس تنفیذ معاملات فضولی را، در صورت وجود شرایط تنفیذ، بر مبنای نظریه نمایندگی توجیه می کند؛ به این معنا که با تنفیذ بعدی، معامله به وسیله مالک، شخص فصول واجد سبقت نمایندگی می شود و عمل حقیقی انجام شده توسط او، عمل نماینده تلقی می شود.

### ۳- نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق اسلام

یکی از مباحثی که در زمینه حقوق قراردادها در فقه اسلام مطرح می شود، مبحث «شرایط متعاقدين» است. مهمترین این شرایط عبارتند از: اهلیت، قصد و رضا، مالک بودن طرفین یا مأذون بودن آنها از جانب مالک. بر اساس شرط اخیر طرفین قرارداد باید یا مالک یا مأذون از جانب او باشند. بنابراین، معامله فضولی به دلیل فقدان اذن، غیر نافذ تلقی می شود که با اجازه بعدی مالک تنفیذ می یابد.

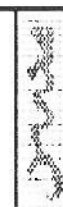


فقیهان امامیه به اتفاق آرا بر این اعتقادند که اصیل با اجازه عقد فضولی، مفاد عقد مزبور را تنفیذ می‌کند، بدون اینکه در این تنفیذ قصد اعطای سیمت نمایندگی و نیابت به فضول را داشته باشند. تاکنون هیچ یک از فقیهان، مبنای معامله فضولی را نظریه نمایندگی ندانسته و بیشتر آنان معامله مزبور را بر اساس تجزیه اراده به دو عنصر قصد و رضا تحلیل می‌کنند. به اعتقاد آنان، معامله فضولی تمام شرایط اعتبار قرارداد، جز رضای مالک را دارا است. با تنفیذ بعدی اصیل، چنین رضایتی نیز حاصل می‌شود و عقد کامل می‌گردد.

گروه اندکی نیز به تحلیل معامله فضولی بر اساس رضای تقدیری [۲۱] یا اجازه به عنوان شرط نفوذ [۲۲، ۲۳، ۲۴] یا اجازه به عنوان ایجاب جدید [۲۵] پرداخته‌اند. بیشتر معاصران نیز عیب معامله فضولی را در عدم انتساب عقد به مالک یا مأذون از طرف وی دانسته‌اند که با اجازه اصیل، این انتساب برقرار می‌شود و عقد دارای تمام شرایط درستی می‌گردد. بنابراین، در هیچ یک از متون فقهی معامله فضولی بر اساس نظریه نمایندگی توجیه نشده است و فقیهان چنین تحلیلی را ارائه نداده‌اند.

به نظر می‌رسد، بدیهی بودن بطلان چنین دیدگاهی سبب شده است که برخی فقیهان به شدت آن را نادرست اعلام کنند [۲۶]. اندک آشنایی با مفهوم انشا و امور انشایی روشن می‌سازد که تحلیل معامله فضولی بر اساس نظریه نمایندگی پایه و اساس محکمی ندارد که در مبحث آینده در بررسی آرای برخی از حقوقدانان به تحلیل بیشتر این دیدگاه خواهیم پرداخت.

باید به این نکته نیز توجه داشت که اصولاً منظور از «معامله فضولی» معامله‌ای است که شخصی از جانب مالک و بدون اذن او، یک عمل حقوقی را منعقد می‌کند؛ به عنوان مثال شخصی ملک متعلق به دیگری را بدون اذن او برای وی می‌فروشد یا در عقد اجاره، شخصی ملک دیگری را بدون اذن وی برای او اجاره می‌دهد یا در عقد وکالت شخصی، دیگری را بدون اذن موکل به عنوان وکیل وی بر می‌گزیند ... در همه این موارد با تنفیذ بعدی اصیل، اعمال حقوقی انجام شده نافذ می‌گردد و آنچه اصیل در صدد تنفیذ آن است مفاد عمل حقوقی انجام شده توسط فضول است و قصد اجازه دهنده چیزی جز این نیست. قصد او تنفیذ نمایندگی فضول نمی‌باشد. تنها در مورد اخیر که شخصی دیگری را به عنوان وکیل ثالثی بر می‌گزیند مفاد عقد مزبور اعطای نمایندگی به دیگری به طور فضولی است و با تنفیذ موکل، وکالت فضولی اعتبار می‌یابد. اما در سایر موارد و عقود دیگر، نمایندگی یا وکالت به طور فضولی منعقد نمی‌شود تا نوعی معامله فضولی محقق شده باشد و با اجازه بعدی تنفیذ گردد؛ بلکه آنچه در قلمرو قصد مالک قرار می‌گیرد مفاد عمل حقوقی انجام شده





از قبیل تملیک (در بیع)، تسالم (در صلح)، تملیک منفعت (در اجاره) است و نه نمایندگی و وکالت فصولی.

به دیگر بیان، وکالت عقدی است که ممکن است به درستی و به طور کامل منعقد شده یا به طور فضولی و ناقص انشا شود. وکالت فضولی این است که شخصی، دیگری را به عنوان وکیل فرد ثالثی بدون اذن وی انتخاب کند، اما در سایر معاملات فضولی مانند بیع فضولی چنین فرضی مطرح نمی شود تا نظریه نمایندگی از طریق تنفیذ، عنوان را محل ارائه شود. شاید یکی از عللی که فقیهان به تحلیل معاملات فضولی بر مبنای نظریه نمایندگی همت نگمارده اند، همین امر روشن و واضح باشد.

با وجود این برخی از حقوق دانان، تحلیل معامله فضولی بر مبنای نمایندگی را در فقه اسلامی بی سابقه نمی دانند و به تعبیری از فقیهان اشاره می کنند، به نظر آنان: «تحلیل معامله فضولی به وسیله نظریه نمایندگی در فقه هم نشانه هایی دارد. میرزای نایینی، معامله فضولی را ناظر به موردی می داند که موضوع قابل نیابت باشد. صاحب جواهر [نیز] از استاد خود نقل می کند که گفته است در هر جا وکالت امکان دارد، معامله فضولی نیز ممکن است و خود نیز فضول را مانند وکیل می داند و می نویسد [۲۷]:

«... وَبَدَلِيلِ مَشْرُوعِيَّةِ الْفُضُولِيِّ الَّذِي قَدْ عُرِفَتْ سَابِقًا، صَارَ لَفْظُ الْفُضُولِيِّ الذَّالِ عَلَى رِضَاكَ بِذَلِكَ، كَلْفُهُ نَفْسَهُ الدَّالَّ عَلَى ذَلِكَ، فَهُوَ حِينَئِذٍ كَالْوَكِيلِ وَإِنْ اقْتَرَقَ فِي خُصُوصِ هَذَا الْفَرْدِ مِنَ الْفُضُولِيِّ بِالسَّبْقِ وَالْحَقِّ، كَاقْتِرَاقِهِمَا فِيمَا كَانَ رِضَا الْمَالِكِ مَقَارِنًا لِلْفُضُولِيِّ وَ سَابِقًا عَلَيْهِ مُسْتَمِرًّا إِلَى حُصُولِهِ بِاخْتِصَاصِ ذَلِكَ بِاسْمِ الْوَكِيلِ دُونَهُ وَإِنْ اتَّحَدَ بِالْأَثَرِ» [۲۷].

ترجمه «... و به دلیل مشروعیت فضولی (پس از تنفیذ) که پیش از این مطرح شده الفاظ شخص فضول که دلالت بر رضای وی به معامله دارد، مانند الفاظ خود مالک است که دال بر رضای وی به معامله است. بنابر این در این صورت، فضولی مانند وکیل خواهد بود، اگر چه در مورد معامله فضولی رضایت، بعدی است و در معامله وکیل، رضایت از قبل وجود دارد. این فرق مانند تفاوت بین معامله فضولی در جایی که رضایت مالک مقارن با انشای فضولی است و در جایی که رضایت مالک قبل از انشای فضولی است می باشد، که این مورد اخیر [در واقع] معامله وکیل و مورد اول معامله فضول نام می گیرد، اگر چه در آثار یکی هستند».

به نظر می رسد هیچ یک از تعبیر فقیهان مزبور، سابقه و پیشینه تحلیل معامله فضولی بر مبنای نظریه نمایندگی را توجیه نمی کند و حتی نشانه پذیرش چنین دیدگاهی نیز نمی باشد و استنباط حقوق دان مزبور، مورد تردید جدی است. به دلیل اهمیت موضوع، برخی از تعبیر فقیهان را مورد

بررسی قرار می‌دهیم.

صاحب جواهر در عبارت مذکور در صدد تبیین معامله فضولی بر اساس نظریه نمایندگی و کالت نیست. در تعبیر مزبور تنها این حقیقت را بیان می‌کند که با پذیرش مشروعیت معامله فضولی، پس از تنفیذ مالک، عبارات انشایی فضول، مانند عبارات خود مالک است و بنابراین می‌توان گفت الفاظ و عبارات انشایی فضول مانند وکیل است و همان گونه که عبارات وکیل به منزله عبارات موکل تلقی می‌شود عبارات فضول نیز پس از تنفیذ مالک به منزله عبارات مالک است. با این توضیح روشن می‌شود که هیچ گونه دلالت و نشانه‌ای در این تعبیر بر تحلیل معامله فضولی بر اساس نظریه نمایندگی وجود ندارد و واژه «کال وکیل» نباید موجب فریب خواننده گردد. چنین تعبیری نه تنها در کلمات صاحب جواهر، بلکه در آثار سایر فقیهان امامیه به طور روشنتری مشاهده می‌شود [۲۸].

به علاوه صاحب جواهر خود قبل از طرح مطلب مذکور به صراحت می‌گوید: «... وَ قَدْ يُمْنَعُ فَبِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ مَقَارَنَةِ رِضَا الْمَالِكِ أَوْ سَبْقِهِ لَوُقُوعِ الْعَقْدِ مِنَ الْفُضُولِيِّ الَّذِي لَا يَكُونُ بِالْمَقَارَنَةِ الْمَرْبُورَةِ وَكَيْلًا عَنِ الْمَالِكِ، إِذْ قَدْ يُوقَعُ الْعَقْدُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْمَالِكِ فَضْلًا عَنْ رِضَا وَغْنِ وَقُوعِ الْعَقْدِ عَلَى أَنَّهُ عَنْهُ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ» [۲۹].

ترجمه: «... زیرا مانعی از تقارن رضای مالک یا تقدم رضای مالک بر وقوع عقد فضولی نیست. عقد فضولی با تقارن رضای مالک به آن معامله، وکیل نمی‌شود؛ زیرا چه بسا عقدی واقع می‌شود و عاقد مالک را نمی‌شناسد، چه رسد به رضای او و وقوع معامله از جانب او».

صاحب جواهر در این تعبیر به صراحت، فضول را حتی در جایی که اجازه مالک مقارن عقد است وکیل نمی‌داند. همچنین در جای دیگر می‌گوید: «الثَّالِثُ وَهُوَ التَّحْقِيقُ أَنْ يَكُونَ الشَّرْطُ حُصُولَ الرِّضَا وَتَوْفِي الْمُسْتَقْبَلِ الَّذِي يَعْلَمُ بِوُقُوعِهِ مِنَ الْمَالِكِ مَثَلًا أَوْ بِإِخْبَارِ الْمُعْصُومِ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ...» [۲۹].

ترجمه: «سوم: که قول حق نیز همین است آن است که شرط [تأثیر قرار داد] حصول رضای مالک است، هر چند در زمان آینده‌ای که فضول هم اکنون به گونه‌ای علم به رضایت مالک دارد؛ مثلاً از طریق ائمه (ع) یا مانند آن».

بنابر این صاحب جواهر معامله فضولی را بر مبنای تجزیه اراده به دو عامل قصد و رضا، و فقدان رضا در این معامله توجیه می‌کند؛ به گونه‌ای که با حصول رضایت بعدی مالک، عقد مزبور تنفیذ می‌شود [۲۴، ۲۹]. پس دیدگاه صاحب جواهر در مقابل مبانی دیگر از جمله رضای تقدیری،



ایجاب جدید و نظریه نمایندگی است.

از تعبیرات میرزای نایینی نیز نشانه‌هایی بر نظریه نمایندگی مشاهده نمی‌شود. برخی از تعبیرات این فقیه که به نظر حقوقدان مزبور نشانه‌ای بر پذیرش نظریه نمایندگی در معامله فضولی است به شرح زیر است:

... أَمَّا الْخَارِجِيَّاتُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَقْبَلَ النِّيَابَةُ كَالضَّرْبِ وَخَوْهٌ أَوْ لَا تَقْبَلَ النِّيَابَةُ وَعَلَى كِلَا التَّقْدِيرَيْنِ فَشَيْءٌ مِنْهَا لَا يَقْبَلُ الْفُضُولِيُّ إِمَّا مَا لَيْسَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ فَوَاضِحٌ إِذْ كُلَّمَا تَحَقَّقَ يَكُونُ مُسْتَنَدًا إِلَى مَبَاشِرِهِ مَخْضًا وَإِمَّا مَا يَقْبَلُ النِّيَابَةُ فَإِنْ كَانَ بِإِذْنٍ مِنَ الْغَيْرِ سَابِقًا عَلَى وَقْعِهِ يَكُونُ مُسْتَنَدًا إِلَى الْإِذْنِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ سَبْقِ الْإِذْنِ فَلَا يَصِيرُ بِالْإِذْنِ اللَّاحِقِ مُسْتَنَدًا إِلَى الْإِذْنِ ... وَإِمَّا الْإِعْتِبَارِيَّاتُ فَمَا لَا يَقْبَلُ النِّيَابَةُ أَيْضًا لَا يَقْبَلُ الْفُضُولِيُّ وَالْقَابِلُ مِنْهَا لِلنِّيَابَةِ ... بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمَعْنَى الْإِسْمِ الْمَصْدَرِيِّ تَكُونُ هِيَ قَابِلَةً لِلْإِجَازَةِ ... [۳۰].

ترجمه: «اما امور مادی یا قابلیت نمایندگی دارند، مانند ضرب و مثل آن یا قابلیت نمایندگی ندارند و در هر دو صورت معامله فضولی ممکن نمی‌باشد؛ زیرا در آنچه که قابلیت نمایندگی ندارد، مسأله روشن است؛ زیرا تحقق آن تنها به مباشرت میسر می‌شود و آنچه که قابلیت نمایندگی دارد، اگر با اذن غیر قبل از انجام معامله بوده، مستند به اذن دهنده خواهد بود و اگر اذن سابق نباشد با اذن بعدی مستند به اذن دهنده نمی‌شود ... اما در امور اعتباری آنچه که قابل نمایندگی نیست، قابل فضولی هم نیست و آنچه که قابل نمایندگی است ... به معنای اسم مصدری، قابل اجازه نیز می‌باشد».

با توجه به عبارت بالا آشکار می‌شود این گفته محقق نایینی که معامله فضولی ناظر به موردی است که موضوع قابل نیابت باشد، هیچ‌گونه دلالت و نشانه‌ای بر پذیرش نظریه نمایندگی در معاملات فضولی نمی‌باشد. محقق نایینی به دلایل متعدد نظریه نمایندگی را نمی‌پذیرد، اما از آنجایی که معامله فضولی، توسط شخص فضول (غیر مالک) انجام می‌شود، اگر عمل مورد نظر از اعمالی باشد که مباشرت در انجام آن شرط بوده و به تعبیری قابل نیابت نباشد انجام آن توسط فضول نادرست و غیر قابل تنفیذ است. به این دلیل است که محقق نایینی قابلیت نیابت را مطرح کرده است. برخی فقیهان نیز در بررسی شرط معلوم بودن متعلق اجازه، بین وکالت و اجازه تفاوت گذاشته و ماهیت اجازه و تنفیذ را بر مبنای نمایندگی توجیه نمی‌کنند؛ آنان می‌گویند اقدام بر معامله باید عقلایی و غیر سفیهانه باشد و از آنجایی که موکل اقدام به انجام معامله نمی‌کند، بلکه وکیل چنین اقدامی را انجام می‌دهد، علم تفصیلی وکیل به مورد وکالت کافی است و علم موکل ضرورتی ندارد؛ اما در اجازه با توجه به این که فضول شخصی اجنبی است، غرر در مورد او مفهومی ندارد و

اجازه دهنده چون اقدام بر معامله می‌کند و با اجازه خویش معامله را تنفیذ می‌کند، باید علم تفصیلی به مورد اجازه داشته باشد؛ زیرا در غیر این صورت اقدام معاملی او سبب عانه و غرری و غیر عقلایی خواهد بود [۳۰، ۳۱]. با توجه به تفاوت مزبور به نظر می‌رسد این فقیهان به مسئله فضولی را بی‌ارتباط با نظریه نمایندگی می‌دانند.

با توجه به همین تفاوتها بین اجازه و وکالت است که برخی فقیهان به صراحت تحلیل معامله فضولی بر مبنای نمایندگی را نادرست می‌دانند. یکی از فقیهان در این خصوص می‌گویند: *كَذَا الْكَلَامِ فِي الْإِجَازَةِ النَّاحِجَةِ فَإِنَّهَا لَا عِلَاقَةَ لَهَا بِالْوِكَالَةِ أَصْلًا وَإِنَّ بَابَ الْفُضُولِيِّ مِنْ بَابِ الْوِكَالَةِ وَاتِّخَاذِ السَّبَبَاتِ لَا يَفْتَضِي وَحَدَّ الْأَسْبَابِ*.

ترجمه: «هیچ‌گونه ارتباطی بین اجازه بعدی و وکالت وجود ندارد و باب وکالت از باب فضولی کاملاً جداست و یکسانی در آثار و نتایج سبب یکسانی در اسباب نمی‌گردد» [۲۶].

با وجود این گروهی از فقیهان حنفی اجازه بعدی را مانند وکالت قبلی دانسته و فضولی را وکیل اجازه دهنده تلقی کرده‌اند [۳۲، ۳۳]. «مجلة الأحكام الإسلامية» نیز که بر مبنای فقه حنفی تنظیم شده است در ماده ۱۴۵۳ مقرر می‌دارد: «الْإِجَازَةُ النَّاحِجَةُ فِي حُكْمِ الْوِكَالَةِ السَّابِقَةِ مُتَّحِلَةٌ لِبَاعِ أَخْذِ مَالِ الْآخِرِ فَضُولًا ثُمَّ أَخْبَرَ صَاحِبَهُ فَأَجَازَهُ، يَكُونُ كَمَالَوْ وَكَلَهُ أَوَّلًا».

ترجمه: «اجازه بعدی در حکم وکالت قبلی است؛ به عنوان مثال اگر کسی مال دیگری را به طور فضولی بفروشد و سپس به مالک آن اطلاع دهد و او معامله را اجازه کند، مانند این است که از ابتدا وکیل بوده است» [۳۴].

همچنین برخی از حقوق‌دانان اسلامی در آثار خود به صراحت فضولی را پس از تنفیذ قرارداد توسط اصیل، وکیل اجازه دهنده دانسته‌اند. در یکی از تعابیر آمده است: «هَذَا وَإِنْ الْإِجَازَةُ الْأَحْجَةُ الَّتِي تَجْعَلُ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ نَافِذًا تَجْعَلُ أَيْضًا الْفُضُولِيَّ نَفْسَهُ وَكَيْلًا عَنِ الْمَجِيرِ لِمِنْ وَقَّتِ الْإِجَازَةُ وَإِنَّمَا مِنْ قَبْلِ إِنْشَاءِ الْعَقْدِ الَّذِي قَامَ بِهِ. وَهَذَا يَقُولُ الْفُقَهَاءُ: الْإِجَازَةُ النَّاحِجَةُ كَالْوِكَالَةِ السَّابِقَةِ» [۳۵، ۳۶، ۳۷، ۳۸].

ترجمه: «اجازه بعدی که معامله فضولی را تنفیذ می‌کند، شخص فضولی را از زمان انشای عقد فضولی نمایندگی وکیل مالک قرار می‌دهد و به همین دلیل فقیهان می‌گویند: اجازه بعدی مانند وکالت قبلی است».

به نظر می‌رسد از تعابیر فقیهان حنفی استنباط نمی‌شود که آنان اثر تنفیذ را ایجاد نمایندگی می‌دانند؛ بلکه تنها اجازه بعدی را در حکم وکالت سابقه و مانند آن تلقی کرده‌اند و استنباط برخی از



حقوقدانان از دیدگاه حنفیها درست به نظر نمی‌رسد.

#### ۴- نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق ایران

قانون مدنی ایران و بیشتر حقوقدانان ایرانی همانند فقیهان امامیه مبنای معاملات فضولی را بر اساس تجزیه اراده به دو عنصر قصد و رضا تحلیل می‌کنند [۳۹]. به اعتقاد ایشان با اجازه اصیل، رضایت وی در کنار انشای فضول عقد را مؤثر می‌گرداند. در این میان پاره‌ای از حقوقدانان معامله فضولی را بر مبنای نظریه نمایندگی تحلیل کرده و مانند آنچه در برخی نظامهای حقوقی مانند حقوق انگلیس مطرح است یکی از شیوه‌های ایجاد نمایندگی را تنفیذ عمل حقوقی فضولی توسط اصیل دانسته‌اند. اینان بر این باورند که «آسان‌ترین و شاید تنها راه معقول در توجیه اجازه معامله فضولی این است که گفته شود مالک، صلاحیت لازم را به فضول اعطای کند تا بتواند به نیابت از طرف مالک اقدام نماید و مالک، قائم مقام او به شمار آید. نظریه نمایندگی، وسیله اعطای این اختیار و صلاحیت را به دست داده است. اگر فضول، نماینده مالک باشد همه چیز به جای خود قرار می‌گیرد... تنها امر نامتعارفی که در این زمینه به چشم می‌خورد اعطای صلاحیت برای گذشته است... بر مبنای همین امر نامتعارف و در عین حال ممکن و مشروع است که گفته می‌شود معامله فضولی یکی از موارد انحراف اصل نسبی بودن اثر قراردادها است» [۱].

«... در موردی هم که فضول برای خود معامله می‌کند، در سازگار کردن اجازه مالک با مفاد معامله می‌توان گفت: غاصب درباره مبادله دو مال و انتقال ملک از مالکان آنها با اصیل تراضی می‌کند، مالک نیز اذن به مفاد همین مبادله می‌دهد و فضول را نماینده خود می‌سازد. بنابراین، اگر اجازه بیع غاصب را قانون مباح شمارد، تحلیل آن بر مبنای نظریه نمایندگی آسان است... اجازه مالک به منزله اعطای نیابت برای انجام معامله‌ای است که برای او صورت گرفته. و انگهی چون نیابت درباره اصل مبادله داده می‌شود نه انگیزه تملک مال از سوی غاصب، با اجرای موضوع نمایندگی، قبول و کیل ضرورتی ندارد...» [۱].

برخی دیگر از حقوقدانان در تقسیم نمایندگی به نمایندگی قبلی و بعدی، معامله فضولی را از مصایق نمایندگی بعدی دانسته‌اند [۲۷].

به نظر می‌رسد این دیدگاه که ریشه‌های آن را در حقوق انگلیس و فرانسه می‌توان دید با مبانی حقوقی ایران منافات دارد. همچنان که با مبانی فقهی و آرای فقیهان امامیه که منبع اساسی قانون مدنی ایران است، مغایرت دارد. ذیلاً به پاره‌ای از انتقادات این نظریه اشاره می‌کنیم:

۱. مهم‌ترین اشکالی که پایه و اساس این نظریه را فرو می‌ریزد، توجه به مفهوم انشاء و امور انشایی است. در تبیین مفهوم انشاء آرای مختلفی از سوی محققان اصولی مطرح شده است. مشهور فقیهان و اصولیان انشاء را «ایجاد معنا به سبب لفظ» می‌دانند. فروشنده و خریدار با اظهار دیو و ارثه «فروختن و خریدن» همراه با قصد انشاء، تملیک را محقق می‌سازند. برخی نیز انشاء را ابراز اعتبار نفسانی یا اراده اظهار شده معنا کرده‌اند. تعاریف دیگری نیز از سوی اصولیان مطرح شده است. بر اساس تمام نظریات ارائه شده در مفهوم انشاء، اثر انشاء در حال و آینده خواهد بود؛ زیرا انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد امر در گذشته محال و غیر معقول است. انشاء کننده با انشای خود ماهیت اعتباری را در عالم اعتبار ایجاد می‌کند؛ یعنی ماهیتی را که تاکنون موجود نبوده است، ایجاد می‌نماید و فرق اخبار و انشاء در همین نکته نهفته است. چگونه می‌توان تصور نمود، شخصی ماهیتی را امروز انشاء کند ولی این ماهیت در زمان گذشته ایجاد شود. به همین جهت بسیاری فقیهان نظریه کشف حقیقی و انقلابی را در مبحث اجازه فضولی مردود می‌دانند. کشف حقیقی آن است که در معامله فضولی نقل و انتقال مورد معامله از روز عقد واقع می‌شود و بعد از اجازه و تنفیذ، به وقوع نقل و انتقال از روز عقد آگاه می‌شویم، بدون اینکه هیچ‌گونه تغییری در عقد مزبور بعد از اجازه واقع شود. بر اساس آنچه که فقیهان امامیه می‌گویند: توجیهاتی که برای نظریه کشف حقیقی مطرح شده یا غیر معقول است یا با ادله شرعی هماهنگ و سازگار نیست [۴۰، ۳۱]. کشف انقلابی آن است که عقد فضولی بدون هیچ‌گونه اثری به وجود می‌آید و اجازه بعدی، آن عقد بدون تأثیر را از زمان عقد مؤثر می‌گرداند؛ یعنی اجازه در گذشته اثر می‌کند و موجب انقلاب می‌گردد و شیء بدون اثر را از همان زمان گذشته مؤثر می‌گرداند. همان‌طور که برخی فقیهان گفته‌اند، لازمه کشف انقلابی اجتماع متناقضین است [۴۰]. به دیگر بیان، اگر چه انشاء کننده با انشای خود مخلوق اعتباری را وجود می‌بخشد. اما خود انشاء امری تکوینی است که قاعده حاکم بر سایر امور تکوینی بر آن حاکم است. همان‌طور که ممکن نیست از سنگی که امروز به شیشه‌ای اصابت می‌کند این شیشه در روز قبل شکسته شود، به همین گونه معقول نیست که منشأ و نتیجه مستقیم انشاء در زمان قبل از تحقق انشاء ایجاد گردد. این قاعده مبتنی بر اصل بدیهی و ضروری استحالة تناقض استوار است [۴۱].

فقیهان امامیه در اجازه عقد فضولی، منشأ را از زمان اجازه موجود می‌دانند و نظریه ناقلیت را مطابق قاعده، تلقی می‌کنند [۴۲]. اگر چه به حکم قانون‌گذار و شارع و برخلاف قاعده برخی از آثار، از زمان انعقاد عقد مترتب می‌شود و بنابر این نظریه کشف حکمی پذیرفته شده است.



کسانی که معامله فضولی را بر مبنای نظریه نمایندگی تحلیل می‌کنند بر این باورند که با انشای بعدی اصیل، نمایندگی و نیابت از زمان گذشته ایجاد می‌شود و در نتیجه معامله واقع شده، معامله ای است که نماینده به نیابت از اصیل واقع ساخته است. طرفداران این نظریه، این اصل اساسی را در امور انشایی نادیده گرفته‌اند که انشاء اثر قهقرایی ندارد، بلکه در حال و آینده اثر می‌گذارد. اینان بدون توجه به این اشکال زیر بنایی و اساسی، دیدگاه مورد نظر خود را تنها راه معقول نیز تلقی کرده‌اند، در حالی که با توجه به مطالب گفته شده، این دیدگاه نامعقول است.

۲. اشکال دیگر این است که قصد اصیل (مالک) اجازه و تنفیذ معامله ای است که در ظاهر بین فضول و طرف قرارداد واقع شده است (مثل بیع یا اجاره فضولی) و بنابراین مفاد انشای اصیل تنفیذ عمل حقوقی واقع شده، است. در واقع مالک با اجازه خود عمل حقوقی انجام شده (بیع یا اجاره) را تنفیذ می‌کند. قصد او اعطای نیابت نیست و مفاد اجازه انشایی وی اعطای نمایندگی نمی‌باشد و با فقدان چنین قصدی بر ایجاد نمایندگی و نیابت، طرح نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ، مبنایی نخواهد داشت.

به بیان دیگر، تنفیذ امری انشایی است و هر انشایی تنها یک منشأ دارد و از انشای واحد، منشأ متعدد ناشی نمی‌شود و در واقع، قاعده حاکم بر امور تکرینی در این زمینه نیز حاکم است که «الواجد لا یصدر عنه إلا الواحد»؛ از یک علت و سبب جز یک معلول و مسبب واقع نمی‌شود. منشأ و مخلوق اراده انشایی مالک، تنفیذ «نتیجه حاصل از عمل حقوقی بیع و اجاره» است و چنین انشایی نمی‌تواند در عین حال منشأ دیگری به نام نیابت و نمایندگی داشته باشد.

۳. فرض این است که در معاملات فضولی، قبل از تنفیذ اصیل (مالک)، قرارداد غیر نافذی بین فضول و شخص دیگری منعقد می‌گردد و اصیل چنین قراردادی را تنفیذ می‌کند. بنابراین قبل از تنفیذ مالک باید عمل حقوقی دو طرفه ای به طور فضولی ایجاد شده باشد تا مورد اجازه قرار گیرد؛ در حالی که بر اساس نظریه نمایندگی از طریق تنفیذ، قبل از تنفیذ قرارداد فضولی، نمایندگی به وجود نیامده است تا مورد تنفیذ اصیل قرار گیرد و تنها مالک با تنفیذ، سمت نمایندگی را به طور یک طرفه اعطا می‌کند؛ نیابتی که قبل از تنفیذ در نتیجه هیچ عقدی ایجاد نشده است. بنابراین تصویر نمایندگی بر اساس نظریه تنفیذ محل اشکال و تردید جدی است. به تعبیر دیگر اجازه مالک در صدد تنفیذ عقدی است که قبلاً به طور غیر نافذ منعقد شده است، در حالی که بر اساس نظریه نمایندگی، مالک با اجازه خود منشأ تازه ای (به نام نمایندگی) را ایجاد می‌کند، زیرا قبل از اجازه، عقد نمایندگی فضولی وجود نداشته است تا مورد اجازه و تنفیذ قرار گیرد.

۴. تحلیل نظریه تنفیذ بر اساس نمایندگی با برخی مصادیق فضولی ناسازگار است؛ زیرا حتی



اگر بپذیریم فصول با اجرای مفاد نیابت رضای خود را از پیش بیان داشته [۱] و عمل فصول و تنفیذ مالک دو اراده لازم برای تحقق نمایندگی می‌باشند، در مورد معامله غاصب و سارق نسبت به مال مغصوبه و مسروقه که بر اساس مواد ۱۹۷ و ۲۴۷ قانون مدنی و آرای فقیهان از مصادیق معامله فضولی است، این تحلیل ناکافی به نظر می‌رسد، زیرا نمایندگی ناشی از تنفیذ در جایی قابل تصور است که فصول قصد انشای عمل حقوقی برای مالک داشته باشد در حالی که در معامله غاصب و سارق قصد انجام معامله برای خود آنهاست و بنابراین عمل انشایی آنان به منزله رضای پیشین تلقی نمی‌شود. غاصب و سارق که برای خود معامله می‌کنند به هیچ وجه به عنوان نمایندگی قرارداد نمی‌بندند [۴۱، ۴۲]. به همین دلیل برخی از حقوق‌دانان نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ را تنها در قلمرو معاملات فضولی که فصول قرارداد را برای مالک منعقد می‌نماید تحلیل کرده‌اند [۳۲]. به نظر می‌رسد این اشکال در جایی نیز وارد است که فصول مال دیگری را به گمان این که مال خود اوست منتقل می‌کند؛ زیرا در این حالت نیز قصد نیابت و وکالتی از جانب فصول در میان نبوده است تا با تنفیذ مالک، نافذ و مؤثر گردد.

## ۵- نتیجه‌گیری

همان گونه که بیان شد، در حقوق انگلیس نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ مورد پذیرش عمومی حقوق‌دانان قرار گرفته است. اینان بر این اعتقادند که با اجازه بعدی مالک، شخص فصول واجد سمت نمایندگی می‌شود. در واقع با اجازه بعدی، نمایندگی قبلی وی انشاء می‌شود. البته برخی حقوق‌دانان انگلیسی اجازه بعدی را حاوی عنصری از فرض دانسته و آن را از قلمرو نمایندگی خارج ساخته‌اند.

در فقه امامیه فقیهان به طور کلی قلمرو معاملات فضولی را از نمایندگی جدا کرده و نه تنها مبنای درستی معاملات فضولی پس از اجازه را نظریه نمایندگی ندانسته‌اند، برخی فقیهان به شدت به مخالفت با آن برخاسته‌اند. دلیل اساسی آنها قاعده کلی حاکم بر امور انشایی است که مقرر می‌دارد انشاء در زمان حال اثر می‌کند و در گذشته، اثری ندارد.

از میان مذاهب فقهی عامه، فقیهان حنفی اجازه معامله فضولی را در قالب نظریه نمایندگی تحلیل کرده و اجازه بعدی را در حکم وکالت سابق توجیه نموده‌اند. نکته قابل توجه این است که در تعبیر فقیهان عامه چنین بیان می‌شود که: «إِلْجَازَةُ الْأَجْزَةِ كَالْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ». این تعبیر به صراحت اجازه بعدی را وکالت و نمایندگی نمی‌داند، لکن آن را در حکم نمایندگی تلقی می‌کند به این



معنا که آثار مترتب بر معامله فضولی پس از اجازه مالک مانند آثار مترتب بر معامله وکیل می‌شود و از این تعبیر نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که فقیهان حنفی مبنای درستی معامله فضولی پس از اجازه بعدی را نظریه نمایندگی می‌دانند. با این توجیه می‌توان گفت که فقیهان حنفی نیز مانند سایر فقیهان اسلامی معامله فضولی را در قلمرو نظریه نمایندگی تحلیل نمی‌کنند؛ اگر چه برخی حقوق‌دانان عرب از تعبیر فقیهان حنفی نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ را استنباط کرده‌اند. برخی از حقوق‌دانان ایرانی درستی معامله فضولی پس از اجازه مالک را بر مبنای نظریه نمایندگی توجیه نموده و تحلیل خود را با پیشینه‌ای در فقه امامیه هماهنگ ساخته‌اند. در بررسی این نظریه که ریشه آن در حقوق انگلیس و فرانسه و نشانه‌هایی از آن در فقه حنفی و دیدگاه حقوق‌دانان عرب زبان دیده می‌شود، بیان شد که این نظریه از اساس و بنیان محکمی برخوردار نیست و صرفاً مبتنی بر ملاحظات ساده عرفی تنظیم شده است و با مبانی حقوقی و فقهی سازگار نمی‌باشد.

بنابر این در مقام ارزیابی نظریات و میزان هماهنگی یا عدم هماهنگی آنها با اصول و قواعد مسلم حقوقی باید این نظریه را ترجیح داد که در معامله فضولی با اجازه بعدی مالک، عقد غیر منتسب به مالک که از لحاظ عنصر قصد و رضا کامل بوده، به وی انتساب پیدا می‌کند و با این اجازه هیچ‌گونه وکالت یا نمایندگی انشاء نمی‌گردد. شاید یکی از دلایل روشن بر پذیرش این دیدگاه از سوی فقیهان امامیه آگاهی عمیق آنان از مفهوم انشاء و قواعد حاکم بر امور انشایی باشد. امری که کمتر مدنظر حقوق‌دانان غربی واقع شده است. تردیدی نیست که بحث از مفهوم انشاء و بررسی همه جانبه قواعد و احکام آن از ویژگی‌های فقه اسلامی است.

## ۶- منابع

- [۱] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بهنشر، ۱۳۶۹، ج. ۲، ص. ۱۱۲.
- [2] Philippe, Simler, "précis de Droit Civil", Les Obligation, 6<sup>th</sup> ed., Yves, Lequette, Dalloz, 1997, pp. 136-44.
- [3] Bradgate, Robert and Savage, Nigel, "Commercial Law", London, Butterworths, 1999, pp. 73, 102.
- [4] Redmond, "General principles of English Law", 4<sup>th</sup> ed., Mac Donald and Evans Limited, 1976.
- [5] Roberson. Gale, "Roberson's Business Law, Uniform Commercial Code", 3<sup>rd</sup> ed., West Publishing Company, 1971, p. 297.
- [6] Borrie, Gordon, "Commercial Law", 6<sup>th</sup> ed., London, Butterworths, 1988, p. 35.

- [7] Fridman, G. H. L, "The Law of Agency", 6<sup>th</sup> ed., London, Butterworths, 1990, pp.74, 95, 97, 75, 76-77, 78, 79, 80, 81, 70, 74-84, 91-96, 70, 84, 87, 86, 91, 92, 93-85, 96.
- [8] Hardy Ivamy, E. R., "Case Book on Agency", 3<sup>rd</sup> ed., London Lloyd's of London Press Ltd., 1987, p. 35.
- [9] Bowstead and Reynolds, "the Law of Agency", 16<sup>th</sup> ed., London, Sweet and Maxwell, 1996, pp. 60, 64, No.2-046, 2-053, 2-058, No. 2-043, p.77, No. 2-066, 6-066, No.2-052, p.73, No.2-050, 2-055, 2-061, 2-068, p.80, No.2-096, 6-023, p.473-475.
- [10] Campbell Black, Henry, "Black's law Dictionary", New York Company, West Publishing, 1979, p.1261.
- [11] Barta and Karla, "Mercantile Law, Including Company and Industrial Law", New Delhi, 1988, p.160.
- [12] Guest, A.G., "Anson's Law of Contract", 26<sup>th</sup> ed., Clarendon Press Oxford, 1984, p.530.
- [13] "A Concise Dictionary of Law". Oxford University Press, 1996, p.337.
- [14] Arnold and Gordon, Corpus Juris, Secundum, Vol. 3, West Publishing Co., p.23.
- [15] chitty, Joseph, "Chitty on Contract", 20<sup>th</sup> ed., London, Sweet and Maxwell, 1989, p.15, No.2519, p.17, No.2522, 2559, 2598, 2521, No.2526, 2524, 2520.
- [16] Jacques, Ghestin, "Traité de Droit Civil", 2<sup>nd</sup> ed., Paris, L. G. D. J, 1994, No.566.
- [17] Cheshire, Fifoot and Furmston, "Law of Contract", 12<sup>th</sup> ed., London, Butterworths, 1991.
- [18] Marksini and Munday, "An Outline of the Law of Agency", 2<sup>nd</sup> ed., London, Butterworths, 1990, pp. 9.57.
- [19] Trietel, G. H., "The Law of Contract", 9<sup>th</sup> ed., London, Sweet and Maxwell, 1995, pp.639-645.
- [20] Teller, Ludwig, "Agency", New York, Harmon Publications, 1948, pp.81, 91, 93, 96.

[۲۱] رشتی، حبیب‌الله، کتاب الاجارة، چاپ سنگی، بی‌تا، صص. ۱۸۴-۱۸۵.

[۲۲] جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، مسالك الأفهام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ج. ۱.

۱۴۱۳ هـ. ص. ۲۷۲.

[۲۳] کرکی، علی‌بن‌الحسین، جامع المقاصد، قم، مؤسسة آل البيت لأحیاء التراث، ج. ۱، ۱۴۰۸ هـ.

ص. ۲۱۲.

[۲۴] نائینی، محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، (به تقریر موسی نجفی خوانساری).

چاپ سنگی، ص. ۲۲۶.

[۲۵] جیلانی، ابوالقاسم (میرزای قمی)، جامع الشتات، چاپ سنگی، ۱۳۲۴، ص. ۱۷۳.

[۲۶] آل کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجلة، تهران، مکتبة النجاش، ۱۳۶۱، ص. ۷.



- [۲۷] قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸، ج. ۲، ص. ۱۰۹.
- [۲۸] خمینی، روح الله، البیع، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۵ هـ.، ص. ۳۰۸.
- [۲۹] نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، بیروت، دار الإحياء التراث العربی، بی تا، صص. ۲۷۴ و ۲۸۹.
- [۳۰] نائینی، محمد حسین، مکاسب و البیع، (به تقریر محمد تقی آملی)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا، ج. ۱ و ۲، صص. ۱۰ و ۲۱۴.
- [۳۱] اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ هـ.، ج. ۲، صص. ۱۴۷، ۲۶۲.
- [۳۲] ابن نجیم مصری (شیخ زین الدین)، البحر الرائق، بیروت، دار الکتب العلمیه، چ. ۱، ۱۹۹۷ م.، ص. ۲۴۵.
- [۳۳] الحصفکی، الدر المختار، بیروت، دار الفکر، بی تا، ص. ۲۲۸.
- [۳۴] منیر القاضی، شرح المجله، بغداد، مطبعة العانی، ۱۹۴۹، ص. ۲۶۷.
- [۳۵] زیدان، عبد الکریم، المدخل لدراسه الشریعه الاسلامیه، مصر، اسکندریه، دار عمر بن الخطاب، بی تا، ص. ۳۵۱.
- [۳۶] سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق، بیروت، دار الفکر، بی تا، ص. ۱۸۴.
- [۳۷] \_\_\_\_\_: الوسیط فی شرح القانون المدنی، قاهره، ۱۹۵۲، ص. ۹۹.
- [۳۸] شلبی، مصطفی، المدخل فی التعریف بالفقه الإسلامی وقواعد المملکیه والعقود فیہ، مصر، دار التألیف، ۱۹۶۰ م.، ص. ۵۲۷.
- [۳۹] شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، اصول قرار دادها و تعهدات، تهران، عصر حقوق، ۱۳۷۹، ج. ۲، ص. ۳۵.
- [۴۰] مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، قم، مدرسه الإمام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۳، صص. ۲۲۵ و ۳۲۶.
- [۴۱] امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸، ص. ۲۹۹.
- [۴۲] انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی، تبریز، مطبعة اطلاعات، بی تا، ص. ۱۳۳.
- [۴۳] رهپیک، سیامک، نقد نظریه نمایندگی در معامله به مال غیر در حقوق مدنی ایران، فصلنامه دیدگاههای حقوقی، نشریه دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ش. ۹، ۱۳۷۶.
- [44] Dobson, Paul, "Business Law", 15<sup>th</sup> ed., London, Sweet and Maxwell, 1991, pp.262,263,270.

