

## The legal nature of the transaction of voyeurism by the original

Nader Pourarshad\*<sup>1</sup>, Behrouz Norouzi<sup>2</sup>

1 Assistant Professor, Department of Law, Shahrekord Branch, Islamic Azad University, Shahrekord, Iran

2. Faculty member of Department of Law, Shahrekord Branch, Islamic Azad University, Shahrekord, Iran

### Abstract

Article 252 of the Civil Code states: “It is not necessary to authorize or deny immediately if the delay is caused by the original party, the transaction can disrupt the transaction.” Now the question is, what is the meaning of the word “can” and the phrase “disrupt the deal”? In other words, what does “can” mean and what is the nature of “disrupting the transaction” and with which well-known legal format can be justified? Can Asil ask the court to break up the deal? Or will the voyeurism deal be disrupted by noble will? In this case, which of the transactions is the application of genuine will in the form of one of the disruptors of the transactions? The answers to these questions, in addition to the theoretical importance, have practical effects such as determining the type of demand during the litigation, declaring or establishing the sentence and determining the time limit of the possibility of allowing the yard to pry. However, only some jurists and jurists have dealt with this issue in a transient and different interpretation regarding the above questions. The present paper discovers all the available and possible opinions and then rehabilitates them with descriptive-analytical method under the title of judicial annulment theories, cucumber legal termination, abstinence from necessity, option of termination of permissible transaction, rejection of non-penetrating voyeurism transaction, referral and independent necessity, and among them has strengthened and introduced the independent theory as al-Mukhtar’s theory.

**Keywords:** Voyeurism, original, non, disrupting the deal

\* Corresponding Author: [naderpourarshad@gmail.com](mailto:naderpourarshad@gmail.com)



#### Article Type:

Original Research

Pages: 95-119

Received: 2022 June 18

Revised: 2022 August 18

Accepted: 2022 October 29



 This is an open access article under the CC BY licens.

## ماهیت حقوقی بهم زدن معامله فضولی توسط اصیل

نادر پورارشاد<sup>۱\*</sup>، بهروز نوروزی<sup>۲</sup>

۱. استادیار گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران.

۲. عضو هیأت علمی، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران.

### چکیده

در ماده ۲۵۲ قانون مدنی چنین آمده که: «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد اگر تاخیر موجب ضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می تواند معامله را به هم بزند». حال سوال این است که منظور از کلمه «می تواند» و عبارت «معامله را به هم بزند» چیست؟ به عبارت دیگر «می تواند» به چه معناست و «به هم زدن معامله» چه ماهیتی داشته و با کدام قالب شناخته شده حقوقی قابل توجیه است؟ آیا اصیل می تواند از دادگاه بخواهد تا معامله را به هم بزند؟ یا اینکه معامله فضولی با اراده اصیل به هم می خورد؟ در این صورت اعمال اراده اصیل در قالب کدامیک از ایقاعات برهم زنده معاملات می گنجد؟ پاسخ به این سوالات علاوه بر اهمیت نظری واجد آثار عملی از جمله تعیین نوع خواسته به هنگام طرح دعوا، اعلامی یا تاسیسی بودن حکم صادره و تعیین محدوده زمانی امکان اجازه یا رد معامله فضولی می باشد. این ها در حالی است که پیرامون سوالات فوق مطالعه مستقل و مستوفایی نشده فقط برخی از حقوقدانان و فقها آن هم در حد تعبیری گذرا و متفاوت به این موضوع پرداخته اند. مقاله حاضر اکثر نظرات موجود و ممکن را کشف سپس آنها را با روش توصیفی تحلیلی تحت عنوان نظریه های ابطال قضائی، خیار فسخ قانونی، عدول از ایجاب، اختیار فسخ معامله جایز، رد معامله فضولی غیر نافذ، رجوع و ایقاع ویژه طرح نموده و از میان آنها نظریه ایقاع ویژه را به عنوان نظریه مختار تقویت و معرفی کرده است.

واژگان کلیدی: معامله فضولی، اصیل، غیر، بهم زدن معامله



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۹۵-۱۱۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۵/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۰۷



تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

## درآمد

کلمه «می‌تواند» و عبارت «معامله را به هم بزند» در ماده ۲۵۲ قانون مدنی مجمل و سوال برانگیز می‌باشد. از کلمه «می‌تواند» دو برداشت می‌شود یکی اینکه اصیل از دادگاه بخواهد تا معامله را به هم بزند و دوم آنکه اصیل با اراده خود معامله را برهم زند و در صورت اختلاف نسبت به «برهم خوردن معامله» و یا زمان آن از دادگاه خواسته شود تا در این مورد قضاوت نماید. در این صورت باید دید که اعمال اراده اصیل در برهم زدن معامله با کدامیک از نهادهای حقوقی برهم زن قابل توجه بوده و مقنن به کدامیک از این نهادها نظر داشته است؟

انتظار می‌رفت مقنن در این موارد منظور خود را روشن تر بیان می‌کرد و خواننده را در چند راهی برداشت‌های متفاوت تنها و رها نمی‌گذاشت. این در حالی است که هر برداشت علاوه بر اهمیت نظری، در عمل آثار خاص و متفاوت خود را در پی داشته و ممکن است موجب تشتت در رویه‌ها و اختلال در نظم روابط حقوقی و قضائی شود.

از جمله آثار عملی هر یک از این برداشت‌ها نحوه تعیین نوع خواسته به هنگام تنظیم دادخواست، اعلامی یا تاسیسی بودن حکم صادره و تعیین محدوده زمانی امکان اجازه یا رد معامله فضولی است با این توضیح که اگر حکم دادگاه تاسیسی و موجد وضعیت جدید (ابطال معامله) باشد غیر تا قبل از قطعیت حکم صادره می‌تواند معامله فضولی را اجازه یا رد نماید اما چنانچه حکم دادگاه اعلامی و ناظر بر احراز اراده اصیل در «به هم زدن معامله» فضولی و اعلام آن باشد معامله فضولی در زمان ابراز اراده از اساس به هم خورده یا منحل می‌گردد و از این زمان به بعد اجازه یا رد معنایی ندارد. این‌ها همه در حالی است که فقط برخی حقوقدانان و فقها - به شرحی که در ادامه آمده - نسبت به این موضوع آن هم به نحو گذرا، مجمل و گاه مبهم اشاراتی داشته‌اند. تعبیری که حقوقدانان در مورد «به هم زدن معامله» به کار برده‌اند متفاوت است. اکثر آن‌ها «به هم زدن معامله» را با واژه فسخ روایت نموده و بعضی دیگر از تعبیر رد استفاده کرده‌اند. در حالی که معلوم نساخته‌اند آیا منظورشان از فسخ و یا رد نهادهای حقوقی فسخ و یا رد است یا اینکه نظری به ماهیت عبارت مورد بحث و لزوم تطبیق آن با شرایط و احکام نهادهایی چون فسخ، رد و ... نداشته و منظورشان فقط ناظر بر

بر معنای لغوی فسخ، رد و ... یا نتیجه آنها بوده است. اما پیش از پرداختن به مسائل فوق باید به سه سوال مقدماتی و بنیادین پاسخ داد:

سوال اول در مورد خاستگاه موضع اتخاذی و نحوه تعبیر عبارت مورد بحث است. آیا ماده ۲۵۲ قانون مدنی و به ویژه عبارت «به هم زدن معامله» ریشه در فقه اسلامی داشته و مقنن عیناً آن را استفاده کرده است؟ در غیر این صورت آیا مفهوم و عبارت مذکور از حقوق خارجی اقتباس شده یا اینکه مقنن راساً چنین عبارتی را وضع نموده است؟ در فرض اخیر چرا مقنن با وجود نهادهای حقوقی مشهوری چون فسخ، رد، ابطال و ... از آنها استفاده ننموده است؟

سوال دوم در مورد تفسیر ماده ۲۵۲ قانون مدنی و تحلیل از چگونگی و چرایی ارتباطات حقوقی غیر، فصول و اصیل می باشد.

سوال سوم در مورد مهمترین احکام، شرایط و آثار معامله فضولی است. وقتی از ماهیت حقوقی «به هم زدن معامله فضولی» سخن می رود قبل از آن باید نکات مهم معامله فضولی که بر تعیین این ماهیت موثر هستند بازشناسی شوند.

به این ترتیب مقاله حاضر ابتدا به این سوالات مقدماتی پاسخ داده سپس مساله اصلی مقاله را در قالب نظریه های محتمل و انتخاب نظریه مختار به بحث و بررسی می گذارد. در پایان هم به منظور تکمیل مباحث و مشاهده آثار عملی تر بحث به طرح حقوق شکلی عبارت «به هم زدن معامله» می پردازد.

### ۱. خاستگاه موضع و عبارت «به هم زدن معامله»

پیش از پرداختن به خاستگاه موضع و عبارت «به هم زدن معامله» خوب است بدانیم که این عبارت علاوه بر ماده ۲۵۲ قانون مدنی در مواد دیگر این قانون از جمله مواد ۷۸۷ و ۸۷۱ نیز به کار رفته است. موضع و منظور مقنن از به کار بردن عبارت «به هم زدن معامله» در مواد مزبور روشن بوده لیکن در ماده ۲۵۲ با پیچیدگی و ابهام رو به رو می باشد. به همین علت باید با تامل و توقف از کنار آن گذشت تا بتوان به حل درست و دقیق مساله مقاله نائل شد.

موضع ابهام آمیز قانون گذار و عبارت مجملی که او برای تعبیر موضع خود در

ماده ۲۵۲ قانون مدنی اختیار کرده ملهم از نظرات مختصر و مبهم برخی از فقها است (انصاری، ۳/۱۴۱۵: ۴۲۷) که بعداً با اختصار و ابهام مورد تایید فقهای متاخر نیز قرار گرفته است (امام خمینی، ۱۴۱۸: ۵۲۸). مقنن در این مورد بر خلاف انتظار معمول، نظری به حقوق خارجی به ویژه حقوق فرانسه نداشته است (ره پیک، ۱۳۸۴: ۸۴). در حقوق فرانسه اساساً وضعیت مذکور در ماده ۲۵۲ قانون مدنی پیش نمی آید. در حقوق فرانسه برخلاف حقوق ایران حکم معامله‌ی فضولی اصولاً نسبت به غیر و اصیل صحیح و نافذ و در مواردی بطلان نسبی است<sup>۱</sup> (غنی، ۱۳۹۷: ۱۱).

## ۲. تفسیر و تحلیل ماده ۲۵۲ قانون مدنی

پاسخ به سوال اصلی مقاله مستلزم بررسی، تفسیر و تحلیل دقیق وضعیت حقوقی مندرج در ماده ۲۵۲ قانون مدنی است. در نگاه اول ممکن است چنین برداشت شود که اجازه و رد حق غیر بوده<sup>۲</sup> و او نباید از حق قانونی خود به ضرر اصیل سو استفاده کند. غیر تا زمانی می‌تواند اجازه یا رد را به تاخیر اندازد که موجب ضرر اصیل نشود مگر این که تاخیر در حد متعارف و برای دفع ضرر یا رفع نیاز باشد. در غیر این صورت طبق قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ قانون مدنی از باب تسبیب مسئولیت مدنی خواهد یافت.

در چنین وضعی اصول جبران‌ها ایجاب می‌کند که منشأ ایجاد و استمرار ضرر اعم از آنکه مادی یا اعتباری- حقوقی- باشد از بین برود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ۵۳۹). در چارچوب نگاه و برداشت مورد بحث این امر مستلزم اقدام قضایی است. به همین علت اصیل باید از دادگاه بخواهد تا معامله را به هم بزند. این به هم زدن ناظر بر ابطال وضع موجود است لیکن اثر ابطال بنا به طبیعت حقوقی معامله فضولی به گذشته سرایت

۱. در مواد ۱۱۷۹ تا ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۶ تاکید شده که معامله فضولی صحیح و نافذ است مگر در مواردی که سوءنیت وجود داشته و به ضرر اشخاص دیگر باشد در این صورت شخص یا اشخاص ذی نفع از جمله غیر می‌توانند ابطال معامله را از دادگاه بخواهند. در مواد یاد شده برای تقاضای ابطال مهلت ۶ ماهه تعیین گردیده است. بنابراین اگر شخص یا اشخاص ذی نفع در مهلت مقرر تقاضای ابطال را مطرح نکنند معامله همچنان از زمان انعقاد صحیح نافذ می‌باشد.

۲. ظاهر ماده ۲۵۳ قانون مدنی این نظر را تقویت می‌کند: «در معامله فضولی اگر غیر قبل از اجازه یا رد فوت نماید اجازه یا رد با وارث است».

می‌کند. به همین علت ابطال در واقع به معنای بطلان خواهد بود. با این حال چنین برداشتی از ماده ۲۵۲ قانون مدنی درست نیست زیرا اراده «غیر» در ایجاد معامله فضولی نقشی ندارد (خویباری و طباطبائی، ۱۳۹۸: ۴۳) و اراده فضول نمی‌تواند وضعیت حقوقی جدیدی برای «غیر» ایجاد کند. بر این اساس «غیر» در یک وضعیتی مانند قبل از معامله فضولی قرار دارد. به عبارت دیگر فضول برای «غیر» ایجاد حق و تعهد نمی‌کند و این که «غیر» می‌تواند اجازه و رد کند یک امکان قانونی است که برای هر «غیری» متصور است (قاسم زاده، ۱۳۸۵: ۱۱۶). در نتیجه «غیر» حق و تعهدی نسبت به اجازه و رد و فوریت و تراخی آن ندارد هم‌چنان که قبل از معامله فضولی چنین حق یا تعهدی را نداشت. به همین دلیل تضرر مورد اشاره در ماده ۲۵۲ قانون مدنی ارتباطی با فعل یا ترک فعل غیر ندارد. بعضی به تبعیت از نظر فقها ضرر مورد بحث را ناشی از لزوم معامله فضولی می‌دانند (ره پیک ۱۳۸۵، ۱۸۰)

### ۳. ویژگی‌های مهم معامله فضولی

یکی دیگر از مقدمات و لوازم پاسخ دادن به سوال از معنای «می‌تواند» و ماهیت حقوقی عبارت «به هم زدن معامله فضولی»، پرداختن به خود معامله فضولی است. فرض بر این است که بین این دو رابطه و تناسب وجود داشته باشد. این رابطه و تناسب به هنگام طرح و بحث نظریه‌های پیرامون ماهیت حقوقی عبارت «به هم زدن معامله فضولی» خود را نشان می‌دهند. بنابراین در ادامه به برخی از مهمترین ویژگی‌های معامله فضولی می‌پردازیم.

معامله فضولی نسبت به غیر صحیح و غیر نافذ اما نسبت به اصیل صحیح و نافذ و به عبارت دیگر کامل است (نجفی، ۲۲/۱۹۸۱: ۲۷۶ و کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۲-۱۴۲ و ۱۸۹۵: ۳۷). (Huffcut)

معامله فضولی ممکن است لازم یا جایز و یا از سوی یک طرف (اصیل) قابل فسخ باشد. منظور ماده ۲۵۲ قانون مدنی و مقاله حاضر از معامله فضولی صورت‌های اخیر آن نیست و فقط ناظر بر عقد لازم و یا عقدی می‌باشد که نسبت به اصیل، غیر قابل فسخ است. زیرا معلوم است که در صورت‌های اخیر اصیل با حق ناشی از جواز و قابل فسخ بودن عقد مبادرت به فسخ آن می‌نماید هر چند که فسخ در این موارد بنا به

وضع و طبع موضوع، اثر قهقراایی دارد. بر این اساس منظور از لازم بودن معامله فضولی در ماده ۲۵۲ قانون مدنی و مقاله حاضر لازم در مقابل جایز است نه اینکه صرفاً غیر قابل فسخ بودن مورد نظر باشد. نتیجه این بحث آن است که معامله فضولی با فوت اصیل از بین نمی‌رود و قائم مقام اصیل پایبند آن است. اما از آن جا که «به هم زدن معامله فضولی» حق محسوب می‌شود این حق بنا به خاصیت انتقال پذیری حقوق به قائم مقام منتقل می‌شود کاتوزیان، ۲/۱۳۸۵، ش ۳۷۶

با توجه به ماده ۲۵۲ قانون مدنی معامله فضولی نسبت به اصیل صحیح، نافذ و لازم بوده (محقق کرکی، ۱۴۱۴ / ۱۲، ۱۵۹) لیکن اثر آن طبق ماده ۲۴۷ همین قانون متوقف به اجازه غیر است.

#### ۴. نظریه های قابل طرح پیرامون ماهیت حقوقی «به هم زدن معامله»

در مورد ماهیت حقوقی «به هم زدن معامله» فضولی توسط اصیل دو احتمال را می‌توان مطرح نمود احتمال اول آن است که کلمه «می‌تواند» را به معنای قضایی آن در نظر بگیریم. یعنی این که اصیل می‌تواند از دادگاه بخواهد معامله فضولی را که نسبت به او صحیح، نافذ و لازم است با وجود تحقق شروط تأخیر و تضرر، باطل نماید. احتمال دوم این است که کلمه «می‌تواند» در ماده ۲۵۶ را به معنای حقوقی آن در نظر گرفته و اراده اصیل را عامل به هم زدن چنین معامله‌ای بدانیم. در این صورت چنانچه اختلافی ایجاد شود اصیل می‌تواند از دادگاه بخواهد تا به هم خوردن معامله را احراز و اعلام نماید.

#### ۴-۱. نظریه مبتنی بر تصمیم دادگاه یا نظریه ابطال

از کلمه «می‌تواند» و عبارت «به هم زدن معامله» در ماده ۲۵۶ قانون مدنی ممکن است چنین برداشت شود که اصیل حق دارد ابطال معامله فضولی را که نسبت به او صحیح و نافذ است از دادگاه تقاضا نماید. طبق این نظریه اراده اصیل بر خلاف فسخ، تاثیر مستقیم در به هم زدن معامله فضولی ندارد و این دادگاه است که معامله فضولی را باطل می‌نماید. دادگاه با ابطال معامله فضولی در واقع بطلان آن را اعلام می‌کند زیرا معامله فضولی باطل شده از زمان انعقاد فاقد اثر می‌باشد حکم دادگاه در چنین وضعی

یک رای -حکم- تاسیسی است و از تاریخ قطعیت بر معامله فضولی اثر انحلالی و قهقرائی می‌گذارد.

بر این اساس اراده اصیل در به هم زدن معامله فضولی اثری ندارد و غیر می‌تواند معامله فضولی را تا زمانی که حکم قطعی ابطال آن صادر نشده اجازه یا رد نماید. ظاهر و سیاق قسمت دوم ماده ۲۵۲ قانون مدنی این برداشت را تایید می‌کند. علاوه بر این نمونه‌های دیگری از این نوع تعبیر در مواد ۱۳۱، ۱۱۱۷ و ۱۱۳۳ قانون مدنی دیده می‌شود. در این موارد حقوقدانان معتقدند که واژه می‌تواند به معنای آن است که حق دارد از دادگاه تقاضا نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۹۲ و ۶۸۲ و ۶۹۹).

با این مقدمه به نظر می‌رسد نظریه ابطال را باید بر اساس قواعد مسئولیت مدنی توجیه نمود. طبق قواعد مسئولیت مدنی چنانچه شخصی متحمل ضرر شود می‌تواند از دادگاه بخواهد بر اساس اصول جبران‌ها از جمله اصل جبران عینی منشاء ایجاد و استمرار ضرر را از بین ببرد (عباسلو، ۱۳۹۰، ۲۳۱ و Martin, ۱۹۹۷, ۲۳۳). منشاء ضرر ممکن است مادی یا اعتباری - حقوقی - باشد مانند معامله فضولی که تاخیر غیر در اجازه یا رد آن موجب تحمیل ضرر به اصیل می‌گردد. در این صورت اصیل ابطال یا در واقع بطلان معامله فضولی را از دادگاه درخواست می‌کند. معلوم است که اصیل راساً نمی‌تواند معامله فضولی را به هم بزند زیرا این امر، جبران خسارت است و جبران خسارت باید به رای دادگاه انجام گیرد.

می‌دانیم که تعهد منشأ مسئولیت است. به بیان دیگر باید تعهدی - در اینجا تعهد قانونی - وجود داشته و از نقض آن ضرری ایجاد شود تا مسئولیت مدنی تحقق یابد. تضرر اصیل در نتیجه نقض تعهد غیر نیست چرا که غیر از اساس تعهدی به قبول یا رد معامله فضولی ندارد چه رسد به اینکه بخواهیم او را در تاخیر نینداختن اجازه یا رد متعهد بدانیم. ممکن است تضرر اصیل را به فعل زیان بار نامشروع فضول در ایجاد معامله فضولی نسبت بدهیم. این مطلب تا موقعی صحیح به نظر می‌رسد که خود اصیل نقشی در ایجاد معامله فضولی نداشته باشد. این در حالی است که نقش اصیل را در ایجاد معامله فضولی به ویژه موقعی که عالم به فضولی بودن معامله است نمی‌توان انکار نمود. از این رو نظریه مورد بحث از جهت ضرر مورد نظر در مسئولیت مدنی دست کم و ظاهراً با چالش روبرو می‌شود. به ویژه اینکه ماده ۲۵۲ قانون مدنی نسبت به علم و جهل اصیل مطلق می‌باشد.



وانگهی به فرض این که ضرر مزبور از مقوله ضرر مورد نظر در مسئولیت مدنی باشد دادگاه با توجه به مواد ۳، ۸ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و تبصره ۱ ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در تعیین نحوه جبران ضرر مختار بوده و خواهان نمی‌تواند در این مورد برای دادگاه تعیین تکلیف نماید. این در حالی است که در ماده ۲۵۲ قانون مدنی «به هم زدن معامله» به عنوان راه حل تعیین پیدا کرده است. علاوه بر این، پذیرش نظریه ابطال با ظهور عرفی عبارت «مشارالیه می‌تواند معامله را به هم بزند» نیز سازگار نمی‌باشد.

#### ۲-۴. نظریه مبتنی بر اراده اصیل

همچنان که بیان شد یک احتمال آن است که کلمه «می‌تواند» به اراده کارساز اصیل در به هم زدن معامله برگردد. این احتمال که در متن خود احتمالات دیگری را می‌پرورد از نظر نگارندگان مقاله حاضر اقوی و ارجح است. به همین علت ابتدا از مناظر مختلف به طرح نظریه های مبتنی بر این احتمال و استدلال در قبول یا رد آنها می‌پردازیم.

#### ۱-۲-۴. نظریه خیار فسخ قانونی

از تعبیر برخی از نویسندگان چنین برداشت می‌شود که گوئی ماهیت و قالب حقوقی «به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل» را «فسخ» می‌دانند (خویباری و طباطبائی، ۱۳۹۸، ۱۹ و قاسم زاده، ۱۳۸۵، ۱۱۶ و ره پیک، ۱۳۸۵، ۱۸۰ و بهرامی احمدی، ۱۳۸۱، ۲۱۲ و علی آبادی، ۱۳۸۱، ۱۴۷). اما این برداشت و احتمال تا چه اندازه می‌تواند صحیح و موجه باشد؟ نویسندگانی که به مناسبت طرح این موضوع از واژه فسخ استفاده کرده اند توضیح چندانی پیرامون چرایی و چگونگی استعمال این واژه ارائه نداده‌اند. یک نظر می‌تواند این باشد که آنها تحت تأثیر برداشت رایج و عرفی از واژه فسخ آن را به کار برده‌اند و منظورشان اثر و نتیجه فسخ یعنی انحلال بوده است زیرا همگان فسخ را معادل به هم زدن معامله می‌دانند. اما آیا این نظر درست است؟ اگر پاسخ مثبت باشد پس بنیاد نظریه فسخ بر باد خواهد بود زیرا منظور این نویسندگان از واژه فسخ، نهاد حقوقی فسخ نبوده است. با این حال بد نیست که احتمال داد منظور ایشان نهاد حقوقی فسخ بوده باشد. در این صورت آیا نهاد حقوقی فسخ را یارای توجیه

ماهیت حقوقی «به هم زدن معامله» هست؟ و آیا می‌تواند قالبی موجه برای تبیین چیستی، چرایی و چگونگی آن باشد؟

فسخ به عنوان یک نهاد حقوقی شناخته شده ویژگیهای خاص خود را دارد. ما به برخی از این ویژگی‌ها اشاره کرده و تطبیق‌پذیری آنها را با موقعیت «به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل» بررسی می‌کنیم.

فسخ یک ایقاع است و با اراده یک طرفی و ابراز آن تحقق می‌یابد. از این جهت اصیل اراده بر فسخ نموده و آن را ابراز می‌کند و در صورت اختلاف با غیر مبادرت به طرح دعوا با خواسته احراز فسخ می‌نماید. اصیل دو نکته را باید ثابت کند اول، تاخیر غیر در اجازه یا رد معامله فضولی و دوم تضرر خود را. دادگاه با احراز تحقق این دو شرط حکم اعلامی صادر می‌نماید.

در رد این نظریه ممکن است گفته شود که فسخ مربوط به عقد صحیح و نافذ است ولی معامله فضولی یک معامله صحیح اما غیر نافذ می‌باشد. به این اشکال چنین پاسخ داده می‌شود که گرچه معامله فضولی نسبت به غیر صحیح و غیر نافذ است اما نسبت به اصیل صحیح و نافذ می‌باشد. این مطلب دارای توجیه حقوقی بوده و مغایرتی با موازین ندارد زیرا اراده که سازنده عقد است شامل قصد و رضا می‌شود. قصد از سوی غیر هم اثر دارد از سوی دیگر عقد از برخورد قصدها بوجود می‌آید بنابراین اگر یک طرف عقد مجنون باشد ولی طرف دیگر عاقل و رشید باشد عقد نسبت به هر دو طرف باطل است هر چند که در قصد یک طرف عقد هیچ اشکالی وجود نداشته است. این مطلب اما در مورد رضا صدق نمی‌کند اگر یک طرف رضا داشته باشد صرف نظر از بود و نبود رضای طرف مقابل، معامله نسبت به او صحیح و نافذ است مشروط بر اینکه معامله از حیث قصد مشکلی نداشته باشد.

این استدلال اما همه جا صادق نیست دست کم در معاملات رشید با سفیه صدق نمی‌کند زیرا چنین معامله‌ای گرچه از سوی رشید به جهت وجود قصد و رضا کامل است لیکن نسبت به هر دو غیر نافذ می‌باشد. به عبارت دیگر معامله نسبت به طرفین از یک حکم برخوردار است. بر این اساس چالش یک معامله و دو حکم در مورد معامله فضولی به قوت خود برخوردار بوده و وضعیت صحیح و نافذ بودن معامله فضولی نسبت به اصیل را به چالش می‌کشد.

اشکال دیگری که ممکن است به نظریه فسخ وارد شود این است که فسخ اثر فوری داشته و به گذشته بر نمی‌گردد بنابراین معامله فضولی در صورت فسخ توسط اصیل از زمان فسخ منحل می‌شود حال آن که طبیعت حقوقی وضع مورد بحث اقتضاء می‌کند که اثر به گذشته برگردد. در دفع اشکال مزبور چنین استدلال می‌شود که گرچه اثر فسخ فوری است اما با توجه به اینکه هیچ اثری بر معامله فضولی فسخ شده از زمان انعقاد تا انحلال بار نمی‌شود اثر فسخ خواه ناخواه به گذشته بر خواهد گشت زیرا گرچه معامله فضولی نسبت به اصیل صحیح و نافذ است اما اثر آن موقوف به تنفیذ غیر می‌باشد. تا این جا ملاحظه می‌شود که نظریه فسخ تا اندازه‌ای قابلیت توجیه ماهیت «به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل» را دارد. با این تفصیل نظریه فسخ با اشکالات اساسی زیر مواجه است.

مقنن در قسمت دوم ماده ۲۵۲ قانون مدنی در مقام بیان بوده و عمداً به جای فسخ از عبارت به هم زدن معامله استفاده کرده است. بنابراین نباید ماهیت «به هم زدن معامله» را فسخ دانست (خویشاری و طباطبائی، ۱۳۹۸، ۴۶). علت این موضع مقنن به مجرا، احکام، آثار و ... فسخ در معاملات بر می‌گردد که در مورد معامله فضولی اصیل صدق نمی‌کند.

اصولاً فسخ در معاملاتی که نسبت به طرفین دارای یک حکم - یعنی صحیح و نافذ هستند - مطرح می‌شود (نهرینی، ۱۳۹۴، ۱۲) بنابراین اعمال حق فسخ در معامله فضولی هر چند که نسبت به یک طرف (اصیل) صحیح و نافذ باشد بر خلاف اصل است و حال که خود مقنن از واژه فسخ آن هم در حالی که در مقام بیان بوده استفاده نکرده است فسخ دانستن عبارت مورد بحث محل تردید می‌باشد بر این اساس باید به اصل، که قدر متیقن است عمل نمود و از فسخ دانستن عبارت مورد بحث پرهیز کرد.

نکته دیگر این که مقنن از طریق اختیارات اعم از قانونی و قراردادی حق فسخ را برای ذینفع فراهم می‌سازد. در اختیارات فرض ضرر شده است. بر این اساس لازم و کافی است که شرایط خیار فراهم باشد تا ذوالخیار حق فسخ پیدا کند. در این صورت لزومی ندارد که ضرری واقع شده و ذوالخیار آن را ثابت نماید حال آنکه مقنن در ماده ۲۵۲ قانون مدنی فارغ از این قاعده عمومی اختیارات و فسخ قائل به لزوم تضرر و اثبات آن از سوی اصیل شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۶۲).

## ۴-۲-۲. نظریه عدول از ایجاب

در معامله فضولی مانند سایر معاملات، یک ایجاب و در مقابل آن یک قبولی وجود دارد. در فرضی که اصیل در معامله فضولی، ایجاب نماید ایجاب او کامل است یعنی اراده اصیل در بردارنده قصد و رضا می‌باشد اما قبولی فضول فقط شامل قصد است. بر این اساس هنوز ایجاب با قبول برخورد نکرده است. با همین تحلیل است که برخی از حقوقدانان منظور از «بهم زدن معامله فضولی توسط اصیل» را در واقع عدول اصیل از ایجابی دانسته‌اند که مقابل قبول ناقص فضول قرار گرفته است. به این ترتیب اصیل با عدول از ایجاب خود معامله فضولی را به هم می‌زند زیرا ایجاب تا زمانی که با قبول برخورد نکرده از سوی موجب قابل عدول است (حائری شاه باغ، ۱/۱۳۸۲، ۳۲۵ و انصاری، ۱۴۱۵/۳، ۴۱۲ و فخارطوسی، ۱۳۸۰، ۶۲).

در نگاه اول ممکن است تصور شود نظریه عدول بیشتر در هنگامی قابل طرح است که تنفیذ غیر را موجب نقل بدانیم نه کشف زیرا مالکیت از زمان تنفیذ غیر انتقال می‌یابد پس تا قبل از تنفیذ این امکان وجود دارد که اصیل از ایجاب خود عدول نماید بر همین اساس اصیل با عدول خود از ایجاب معامله فضولی را به هم می‌زند. (روحانی، ۱۴۲۹، ۹۰ و Wambaugh، ۱۸۹۵، ۶۷) حال با توجه به اینکه در حقوق ایران نظریه نقل پذیرفته نشده بنابراین امکان توجیه «بهم زدن معامله فضولی توسط اصیل» در قالب عدول از ایجاب امکان پذیر نیست (Huffcut، ۱۸۹۵، ۳۷). این نظر اما با کمی دقت در نظریه کشف خواه حکمی باشد خواه حقیقی رد می‌شود (امام خمینی، ۱/۱۴۱۸، ۵۲۸) زیرا تا زمانی که غیر معامله فضولی را تنفیذ ننموده اصیل به عنوان موجب می‌تواند از ایجاب خود عدول کند. عدول از ایجاب سبب بطلان معامله فضولی می‌شود یعنی کانه معامله‌ای از همان ابتدا وجود نداشته است.

اصولاً عدول از ایجاب مطلق بوده و مشروط به تضرر موجب نیست ولی می‌تواند مشروط هم بشود. بر این اساس شرط تضرر که در ماده ۲۵۲ قانون مدنی آمده اشکالی به نظریه عدول وارد نمی‌کند. ضمن اینکه موضوع بحث در اینجا توجیه خود به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل است خواه این به هم زدن مشروط باشد خواه نباشد. نظریه عدول با شرحی که ذکر شد تا اندازه‌هایی می‌تواند ماهیت «بهم زدن معامله» را توجیه کند به گونه‌ای که در بادی امر شاید چنین تلقی گردد که منظور

مقنن نیز همین بوده است.

با این حال چند نکته صحت توجیه و تصور مزبور را به چالش می کشد. به راستی اگر بتوان با قائل شدن ماهیت و مراد مستقل برای عبارت «به هم زدن معامله» آن را توجیه نمود چه نیازی به نظریه عدول و توصیف و تفسیرهای احتمالاً قابل مناقشه آن هست؟

از جمله این مناقشات آن است که مقنن در ماده ۲۵۲ قانون مدنی صراحتاً از کلمه معامله استفاده کرده است بنابراین وضعیت حقوقی آن چه که اتفاق افتاده فراتر از مرحله پیش از برخورد ایجاب و قبول می باشد. به همین علت نمی توان با قاطعیت اصیل را در جایگاه موجب باقی دانست.

#### ۴-۲-۳. نظریه اختیار فسخ معامله جایز

بعضی از نویسندگان از جواز به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل سخن به میان آورده اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۱۴۵). به نظر می رسد منظور آنها از واژه جواز، امکان به هم زدن معامله باشد. در این صورت همچنان ماهیت «به هم زدن معامله فضولی» از نظر آنها مسکوت می ماند. اما آیا می توان به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل را در قالب «فسخ عقد جایز» توجیه نمود؟ در این صورت آیا معامله فضولی از ابتدا نسبت به اصیل جایز است یا اینکه در صورت تاخیر غیر در اجازه یا رد و ایجاد ضرر برای اصیل جایز می شود؟

این که معامله لازم فضولی نسبت به اصیل از ابتدا جایز باشد امر متناقضی است ضمن اینکه معامله لازم فضولی از جهت اصیل که دارای قصد و رضا بوده معامله کاملی است بنابراین نمی توان یک چنین معامله لازمی را به صرف فقدان رضای طرف دیگر جایز خواند. از سوی دیگر تاخیر غیر در اجازه یا رد و تضرر اصیل نیز نمی تواند موجب انقلاب در احکام معامله لازم فضولی شود زیرا جواز و لزوم از امور مربوط به طبیعت عقد بوده و تغییر شرایط و وضعیت متعاقدين نمی تواند بر طبیعت حقوقی عقد تاثیر بگذارد. در اینجا می توان احتمال دیگری داد به این نحو که منظور از جایز شدن معامله را قابلیت فسخ آن بدانیم. مانند مورد ماده ۷۸۷ قانون مدنی که عقد لازم رهن را نسبت به مرتهن جایز دانسته است. در اینجا منظور از جایز بودن، قابلیت فسخ است که از آن

با عبارت «بر هم زدن» یاد شده است. گرچه این نکته احتمال مورد بحث را تقویت می‌کند لیکن نمی‌تواند آن را به طور کامل توجیه نماید زیرا در ماده ۷۸۷ قانون مدنی ابتدا به جواز عقد (قابلیت فسخ) نسبت به مرتهن تصریح سپس از عبارت «بر هم زدن» استفاده شده است. بنابراین نمی‌توان وضعیت و موضع ماده ۲۵۲ قانون مدنی را با آن یکسان دانست.

برخی از حقوقدانان از عدم امکان فسخ توسط شخص ثالث - اصیل - انتقاد کرده و آن را مخالف عدالت معاوضی دانسته‌اند چرا که این امر یکی از طرفین را پایبند کرده و به طرف دیگر فرصت اجازه یا رد می‌دهد. (Huffcut, 1895, 38) در این مورد بعضی گفته‌اند که عقد فضولی پیش از اجازه ناتمام است و مشمول اوفوا بالعقود نیست بنابراین اصیل می‌تواند آن را بدون هیچ شرطی بر هم زند (طباطبایی یزدی، بی تا، ۲۳۲ و ۲۳۵). این در حالی است که ماده ۲۵۲ قانون مدنی برهم زدن معامله فضولی توسط اصیل را مستلزم دو شرط تاخیر و ضرر دانسته است (احمدی بهرامی، ۱۳۸۱، ۲۱۲ و نائینی، ۲۵۸)

بعضی دیگر نیز معامله‌ی فضولی را مبتنی بر نظریه‌ی نقل یا کشف حکمی قابل فسخ دانسته‌اند (انصاری، ۳/۱۴۱۵، ۴۲۹) حال آن که ماده‌ی ۲۵۲ قانون مدنی با نظریه کشف حقیقی سنخیت دارد (امامی، ۱/۱۳۷۳، ۳۰۵).

#### ۴-۲-۴. نظریه رد معامله فضولی غیر نافذ

معامله فضولی واجد قصد اما فاقد رضا می‌باشد. معامله اثربخش در نتیجه برخورد اراده‌ها بوجود می‌آید. اراده هم شامل قصد و رضا می‌باشد. در معامله فضولی قصد طرفین به عنوان بخشی از اراده طرفین با هم برخورد کرده و بنیان عقد را بوجود می‌آورند اما به علت عدم رضا یک یا دو طرف معامله یا معیوب بودن رضا بین این قسمت از اجزا اراده‌ها برخوردی صورت نمی‌گیرد بر این اساس معامله کاملی ایجاد نمی‌شود. کامل شدن معامله مستلزم الحاق جز مکمل یعنی رضای سالم است. به بیان دیگر رضای یک طرف هیچ اثری ندارد و تاثیر آن موقوف به برخورد با رضای طرف مقابل می‌باشد. در این صورت بر رضایت اصیل در معامله فضولی اثری مترتب نیست و معامله فضولی نسبت به طرفین غیر نافذ است. با چنین تحلیلی می‌توان به هم زدن

معامله فضولی توسط اصیل را در قالب رد یا عدم تنقیذ معامله توجیه نمود. نکته جالب توجه و تقویت کننده این نظریه آن است که مقنن در هیچ کجا به اینکه معامله فضولی نسبت به اصیل نافذ است اشاره‌ای ننموده و آن چه بیشتر بر آن تاکید شده غیر نافذ بودن معامله فضولی نسبت به غیر است به گونه‌ای که این تاکید باعث شده که ذهن متوجه تلقی نفوذ معامله نسبت به اصیل شود. به این ترتیب اگر معامله فضولی را نسبت به اصیل، صحیح و غیر نافذ بدانیم در این صورت او هم مانند غیر می‌تواند معامله فضولی را رد یا تنفیذ کند زیرا رضایت قبلی اصیل مهبیای برخورد با رضای غیر بوده و هم اینک به جهت عدم اصابت با رضایت غیر به هدر رفته و مانند آن است که فقط قصد معامله شده و معامله بدون رضا بنیان گذاشته شده است.

عدم نفوذ معامله فضولی ممکن است از جهت دیگری نیز قابل توجیه باشد. البته این توجیه فقط در مورد وضعیتی است که اصیل از فضولی بودن معامله آگاه نباشد. در چنین فرضی اصیل بر اساس اینکه معامل (فضول) غیر بوده یا دست کم از سوی غیر دارای اختیار است اعلام رضایت می‌نماید. پس رضای او باید در حکم رضای معیوب تلقی شود.

با همه این‌ها ظاهر ماده ۲۵۲ قانون مدنی و نیز مشهور بلکه اتفاق فقها و حقوقدانان معامله فضولی را به هیچ وجه نسبت به اصیل که به معامله رضایت داشته غیر نافذ تلقی نمی‌کنند. با این حال همچنان که بیان شد چون مقنن در بیان این معنا سکوت نموده ممکن است غیر نافذ بودن معامله فضولی نسبت به اصیل نیز به ذهن خطور نماید. برخی از نویسندگان در تعابیر خود برای به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل از واژه رد استفاده نموده‌اند. معلوم است که منظور ایشان رد به معنای خاص و اصطلاحی آن نیست.

#### ۴-۲-۵. نظریه رجوع

رجوع یکی دیگر از نهادهای حقوقی است که احتمال داده می‌شود بتوان «به هم زدن معامله» را با آن توجیه نمود. رجوع ایقاع است و با اراده انشایی ابراز شده تحقق می‌یابد. نهاد حقوقی رجوع در عقود، ایقاعات و وقایع حقوقی به طور استثنایی و با حکم خاص مقنن پذیرفته شده است (انصاری و طاهری، ۲/۱۳۸۸، ۱۰۱۷ و خسروی

و همکاران، ۱۳۹۵، ۱۵۰). رجوع از جهت ایقاع بودن و اثر برهم زندگی شبیه نهادهایی چون حق فسخ ناشی از اختیار، اختیار فسخ در عقود جایز و رد معامله فضولی است. با این حال رجوع یک تفاوت مهم با همه این ها دارد. رجوع حکم است (امامی، ۲/۱۳۹۶، ۴۰۲) در حالی که سایر نهادهای برهم زنده معامله از مقوله حق می باشند. حکم بودن رجوع موجب می شود که قابل اسقاط یا نقل و انتقال نباشد (امامی، ۲/۱۳۹۶، ۴۰۲). با این مقدمه نمی توان به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل را در قالب نهاد رجوع توجیه نمود زیرا به هم زدن معامله فضولی، حق اصیل بوده و قابل اسقاط، نقل و انتقال است. علاوه بر این به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل اثر قهقرایی دارد لیکن اثر رجوع فوری و از زمان رجوع بوده و به گذشته سرایت نمی کند. نکته مهم دیگر اینکه به هم زدن معامله مستلزم دو شرط تاخیر و تضرر است حال آنکه رجوع وابسته به شروط مزبور نیست.

#### ۴-۲-۶. نظریه ایقاع ویژه (نظریه مختار)

مطابق این نظر قانون گذار عبارت به هم زدن معامله را تعمداً به کار برده و قائل به یک عمل حقوقی خاص و مستقل از نهادهای مشابهی چون فسخ، رد و امثال این ها بوده است زیرا تردیدی نیست که اولاً مقنن از این نهادها آگاهی داشته ثانیاً در مقام بیان بوده و امکان به کارگیری اصطلاحاتی چون فسخ، رد یا عدول و رجوع را داشته است اما با این حال عبارت «به هم زدن معامله» را با وضعیت و موازین مناسب تر دیده و از آن استفاده نموده است. بر این اساس «به هم زدن معامله» به معنای انحلال آن از زمان انعقاد بوده که با اراده انشائی یک طرفه اصیل و ابراز آن تحقق می یابد. به عبارت دیگر اصیل نتیجه نهادهای حقوقی هم چون فسخ، رد و از این قبیل را اراده می کند بدون آنکه ضرورتی به گذر از مسیر آنها داشته باشد. مانند موقعی که اشخاص به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی پیرامون نتیجه عقدی از عقود معین توافق می کنند بدون آن که لزومی به تحقق شرایط و ترتب احکام این عقود بر توافق به عمل آمده وجود داشته باشد. معامله فضولی وضعیت خاصی دارد به این معنا که نسبت به غیر صحیح غیر نافذ و نسبت به اصیل صحیح نافذ است. در این جا ملاحظه می شود که بر خلاف معمول یک عقد مشمول دو حکم گردیده است. این وضعیت خاص، حکم خاصی نیز می طلبد.



معلوم است که در این جا قانون گذار نمی توانسته از نهاد فسخ استفاده کند زیرا مجرای فسخ، عقدی است که معمولاً نسبت به طرفین صحیح، نافذ و لازم باشد. مضافاً اینکه فسخ دارای اثر قهقرایی نیست حال آنکه مقنن با توجه به طبیعت موضوع در پی آن است که به این حکم خود اثر قهقرایی بدهد. همچنین مقنن نمی توانسته از نهاد رد بهره برد زیرا رد در مورد عقد صحیح غیر نافذ است حال آنکه عقد فضولی نسبت به اصیل صحیح نافذ و لازم می باشد.

در این جا نسبت دادن تسامح به قانونگذار نیز بر خلاف اصل حکیم بودن مقنن است بنابراین باید معتقد بود که مقنن از روی عمد و تدبیر عبارت مورد بحث را به کار برده است. در این مورد باید توجه داشت که مقنن در مقام بیان بوده و بر نهادهای حقوقی که احتمال کاربرد آنها مطرح می باشد اشراف داشته است. بنابراین نسبت دادن تسامح به مقنن در تعبیر عبارت مورد بحث چندان موجه نمی نماید.

درست است که هیچ یک از نویسندگان چه به طور صریح و یا ضمنی متعرض این احتمال و نظریه نشده اند اما این سکوت را اولاً نمی توان حمل بر رد این نظریه از سوی آنها دانست. ثانیاً ممکن است به جهت بداهتی که برای این موضوع قائل بوده اند نسبت به آن سکوت کرده باشند.

با این تفاسیل نباید در تأسیس نهاد ویژه «به هم زدن معامله» شک نمود. چنانچه شکی هم ایجاد شود باید آن را با توجه به اصولی که از رویه مقنن استخراج می گردند کنار گذاشت. این که مقنن در موارد خاص قائل به حکم خاص شده باشد امر عجیب و غریبی نیست. بنابراین ضرورتی ندارد عبارت به هم زدن معامله را الزاماً با نهادهای حقوقی مصطلح و شبیه به مراد مقنن تاویل کرد بلکه باید مراد مقنن را با استناد به اصل اصالت ظاهر در ظهور عرفی عبارت «به هم زدن معامله» جستجو نمود.

##### ۵. آثار نظریه مختار در دعوا و صدور رای «به هم زدن معامله فضولی»

###### توسط اصیل

«به هم زدن معامله» فضولی بنا بر ماهیت حقوقی ویژه آن آثاری را در هنگام طرح دعوا و صدور رای در پی دارد. این آثار را در ذیل چند عنوان بررسی می کنیم.

### ۵-۱. خواهان دعوی «به هم زدن معامله» فضولی

خواهان هر دعوا باید ذی نفع و ذی سمت در آن دعوا باشد. حال با توجه به این نکته اصیل که از تاخیر در اجازه یا رد معامله فضولی متضرر می باشد خواهان دعوا است. به عبارت دیگر اصیل در این دعوا ذی نفع می باشد زیرا نفع او در از بین رفتن منشا ایجاد و استمرار ضرر است. اما آیا اشخاص دیگری مانند فضول هم می توانند ذی نفع این دعوا باشند؟

بر مبنای نظریه ماهیت ایقاع ویژه (نظریه مختار) فقط اصیل می تواند خواهان دعوی «به هم زدن معامله فضولی» باشد هر چند که بتوان فضول را در مواردی ذی نفع در به هم زدن معامله دانست. اما به نظر می رسد اگر ماهیت «به هم زدن معامله» بر اساس نظریه ابطال توجیه شود فضول یا هر شخص دیگری که از معامله فضولی متضرر گردد می تواند از باب مسئولیت مدنی از دادگاه بخواهد تا منشاء ضرر یعنی معامله فضولی را باطل نماید.

نکته قابل توجه دیگر این است که به هم زدن معامله فضولی حق اصیل است بنابراین این حق حتی در صورتی که شکل دعوا به خود گرفته باشد در چارچوب مقررات ناظر قابل نقل و انتقال است. بنابراین قائم مقام اصیل نیز می تواند خواهان دعوا باشد.

### ۵-۲. خواننده دعوا «به هم زدن معامله» فضولی

خواننده دعوا «به هم زدن معامله» فضولی ممکن است غیر، فضول و یا هر دو باشد. اما در این میان انتخاب کدامیک از این موارد با موازین و رویه سازگارتر است؟ در پاسخ به این سوال لازم است به ذکر چند ویژگی حقوقی خواننده بپردازیم سپس بر اساس آن به سوال مزبور پاسخ دهیم.

می دانیم که خواهان دعوا باید ذی نفع دعوا باشد اما در مورد خواننده دعوا چنین ضرورتی وجود ندارد. به بیان دیگر ممکن است رای صادره ضرر یا نفعی برای خواننده نداشته باشد. با این حال خواننده دعوا شخصی است که بیشترین و نزدیک ترین ارتباط را با دعوا دارد. ذی نفع بودن خواننده در دعوا هر چند احتمالی باشد یکی از شاخص های ارتباط و نزدیکی خواننده با دعوا است. برخی معامله فضولی را منتسب و مرتبط با غیر (مالک) می دانند (خمینی، ۱/۱۴۱۸، ۴۲۶، و نائینی، ۱۳۷۳، ۲۱۰)

همچنین در تعیین خواننده، اصلی به نام خواننده حداکثری وجود دارد که طبق آن به هنگام تردید در انتخاب شخص یا اشخاصی به عنوان خواننده باید اصل را بر انتخاب حداکثر خوانندگان گذاشت.

با این مقدمه گرچه در بادی امر به نظر می‌رسد غیر، خواننده دعوا است اما درست تر آن است که غیر و فضول به عنوان خواننده تعیین شوند زیرا این انتخاب با هر دو ویژگی فوق که برای خواننده دعوا برشمردیم سازگارتر است.

### ۳-۵. خواسته دعوا «به هم زدن معامله» فضولی

نحوه تعیین و تعبیر خواسته این دعوا به ماهیت حقوقی آن بستگی دارد. «به هم زدن معامله» فضولی بر اساس نظریه ماهیت حقوقی ویژه یک عمل حقوقی یک طرفی یا ایقاع بوده که با اراده اصیل و ابراز آن تحقق می‌یابد. این ایقاع اگر شرایط لازم را داشته باشد اثر خود را که انحلال معامله فضولی است از زمان ابراز اراده بر جای می‌گذارد. به این معنا که اگر غیر بعد از این زمان معامله فضولی را اجازه نماید اثری بر اجازه مترتب نخواهد شد زیرا اجازه باید به معامله فضولی ملحق شود در حالی که چنین معامله‌ای دیگر وجود نداشته است. اما توجه داریم که اثر «به هم زدن معامله» قهقراپی است و در واقع بطلان صورت می‌گیرد. حال اگر در مورد اصل «به هم زدن معامله» یا زمان آن اختلافی رخ دهد خواهان باید دادخواستی به خواسته احراز و اعلام به هم زدن معامله را تنظیم و تقدیم دادگاه نماید. این خواسته جنبه مالی دارد زیرا اصیل از این طریق آنچه را که به عنوان عوض داده غیر می‌شود و یا از تعهد به دادن معاف می‌گردد.

### ۴-۵. دادگاه صالح به رسیدگی به دعوی «به هم زدن معامله» فضولی

تعیین دادگاه صالح به رسیدگی به این دعوا تابع مقررات عمومی است فقط یک سوال در این زمینه وجود دارد و آن امکان سنجی طرح دعوا بر اساس قاعده صلاحیت اضافی مذکور در ماده ۱۳ آیین دادرسی مدنی است. طبق قاعده و ماده مذکور در قراردادها خواهان مختار است در دادگاه اقامتگاه خواننده یا دادگاه محل انعقاد قرارداد و یا اجرای آن اقامه دعوی نماید. حال سوال این است که معامله فضولی هم مصداق قراردادهای مشمول قاعده و ماده یاد شده می‌باشد؟ ابهام از آن جا ناشی می‌شود که

آیا قرارداد مورد نظر قاعده و ماده مورد استناد قرارداد به معنی صحیح یا اعم از آن است؟ اگر منظور قرارداد صحیح باشد معامله فضولی مشمول آن‌ها نمی‌شود مگر اینکه بگوییم معامله فضولی نسبت به اصیل صحیح و نافذ و لازم است از این جهت اشکالی ندارد که مشمول شود. بر این اساس خواهان می‌تواند در محل انعقاد یا اجرای معامله هم طرح دعوا نماید. این مطلب زمانی که اقامتگاه غیر و فضول متفاوت از محل انعقاد معامله یا اجرای آن است حائز اهمیت می‌باشد.

### ۵-۵. نوع رای دادگاه

پذیرش نظریه ماهیت حقوقی ویژه برای «بهم زدن معامله» فضولی ایجاب می‌کند که رای دادگاه در احراز و اعلام اصل و زمان «بهم زدن معامله» جنبه اعلامی داشته باشد. اعلامی و تأسیسی بودن رای از دو منظر قابل توجه است. اول از جهت اینکه اجرای رای اعلامی نیاز به صدور اجرائیه ندارد حال آنکه رای تأسیسی در صورت امتناع محکوم علیه از اجرای رای، با صدور اجرائیه اجرا می‌شود. دوم از آن جهت است که در رای اعلامی بر خلاف رای تأسیسی، وضعیتی جدید ایجاد نمی‌شود بلکه وضعیتی که سابقاً به وجود آمده احراز و اعلام می‌گردد.

## برآمد

مقنن در بیان وضعیت و حکم ماده ۲۵۲ قانون مدنی از فقه اسلامی الهام گرفته و نظری به حقوق خارجی - فرانسه - نداشته است.

اجازه و رد معامله فضولی توسط غیر بر خلاف آنچه که از ظاهر قسمت اول ماده ۲۵۲ قانون مدنی بر می آید از مقوله حق و تعهد نمی باشد به عبارت دیگر فضول نمی تواند غیر را در موقعیتی قرار دهد که در نتیجه آن غیر، حق یا تعهد به اجازه یا رد معامله فضولی داشته باشد. از همین رو ضرری که ممکن است در نتیجه تاخیر غیر در اجازه و یا رد معامله فضولی برای اصیل ایجاد شود به غیر استناد پیدا نمی کند.

اثر معامله فضولی موقوف به اجازه غیر است به همین علت به هم زدن یا انحلال آن در هر قالبی که صورت بگیرد اثر قهقراپی دارد.

ماهیت حقوقی به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل در قالب نظریه های متفاوتی قابل بررسی است. هر یک از این نظریه ها جدای از اهمیت نظری و گسترش ادبیات حقوقی در عمل آثار متفاوتی دارند. این در حالی است که نویسندگان و رویه قضایی چندان که باید به این موضوع نپرداخته اند.

از کلمه «می تواند» و عبارت «معامله را به هم بزند» در ماده ۲۵۲ دست کم دو مفهوم برداشت می شود.

برداشت یا نظریه اول این است که برای کلمه «می تواند» معنای قضایی قائل شویم یعنی این که اصیل حق دارد از دادگاه بخواهد تا معامله فضولی را به هم زند. بر این اساس «به هم زدن معامله فضولی» با تصمیم دادگاه صورت گرفته و از باب مسئولیت مدنی و جبران عینی ضرر توجیه می شود. رای دادگاه در این زمینه جنبه تاسیسی داشته و وضعیت جدیدی را ایجاد می کند. معامله فضولی با رای دادگاه از زمان انعقاد باطل می شود. این امر وضعیتی مشابه بطلان می یابد. زیرا آثار معامله فضولی متوقف به اجازه غیر است و چون اجازه ای وجود نداشته اثری هم از ابتدا بر معامله فضولی مترتب نمی گردد.

بر اساس این نظریه تا زمانی که رای دادگاه دال بر به هم زدن معامله فضولی قطعی نشده باشد غیر می تواند آن را اجازه یا رد نماید. همچنین ممکن است علاوه بر اصیل هر متضرر دیگری از جمله فضول از دادگاه بخواهد تا معامله فضولی را به هم زند.

این نظریه اما با اشکالاتی روبرو است از جمله اینکه کاملاً در قالب مسئولیت مدنی نمی‌گنجد. مضافاً اینکه با اصالت ظهور عبارت «به هم زدن معامله» سازگار نیست. برداشت یا نظریه دوم در مورد کلمه «می‌تواند» و عبارت «معامله را به هم بزند» آن است که اصیل معامله فضولی را با اراده خود به هم زند.

طبق این نظریه معامله فضولی از زمان ابراز اراده اصیل به هم می‌خورد و از این زمان امکان اجازه یا رد آن منتفی می‌شود.

ممکن است در اصل به هم زدن معامله فضولی توسط اصیل و یا زمان آن اختلاف شود در این صورت اصیل طی دعوی با خواسته «به هم زدن معامله فضولی» و به طرفیت فضول و غیر از دادگاه می‌خواهد تا اصل به هم زدن معامله فضولی و یا زمان آن را احراز و اعلام نماید. بنابراین رای دادگاه هم از جهت اینکه وضعیت جدیدی را ایجاد نکرده و هم اجرای آن مستلزم اقدامی از سوی اجرای احکام مدنی دادگستری نیست جنبه اعلامی دارد.

نظریه «به هم زدن معامله» با اراده اصیل در قالب نظریه‌های مختلفی قابل توصیف و تحلیل است از جمله خیار قانونی موجد حق فسخ، عدول از ایجاب، رد معامله غیر نافذ فضولی، فسخ معامله جایز و رجوع.

هر یک از این نظریه‌ها تا اندازه‌ای ماهیت حقوقی عبارت «به هم زدن معامله» فضولی توسط اصیل را توجیه می‌کنند لیکن طبیعت موضوع، موضع مقنن و تعدمی که ایشان در به کارگیری عبارت «به هم زدن معامله» داشته هر یک از این نظریه‌ها را به نقد و چالش می‌کشد. به گونه‌ای که ناگزیر می‌شویم برای عبارت «بر هم زدن معامله» ماهیت مستقل و خاصی در نظر بگیریم.

به این ترتیب به هم زدن معامله فضولی با اراده اصیل در قالب یک ایقاع ویژه صورت می‌گیرد. این ایقاع همان اراده انشایی باطنی اصیل ناظر بر به هم زدن معامله فضولی است که با ظاهر شدن موجب انحلال معامله فضولی می‌گردد این انحلال از زمان ظهور اراده اصیل است لیکن به جهت ترتب و توقف آثار معامله فضولی بر اجازه غیر و عدم این اجازه اثر به هم زدن به گذشته یعنی از زمان انعقاد معامله فضولی بر می‌گردد.

## منابع الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۹۶ ق)، **حقوق مدنی**، ج ۲، انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، چاپ پنجم.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۳)، **حقوق مدنی**، ج ۱، انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، چاپ چهاردهم.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق)، **المکاسب**، ج ۳، قم، انتشارات تراث شیخ الاعظم.
۴. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۸)، **دانشنامه ی حقوق خصوصی**، جلد ۲، تهران، انتشارات جنگل جاودانه.
۵. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۱)، **کلیات عقود و قراردادها**، حقوق مدنی ۳، تهران، نشر میزان.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، **مجموعه ی محشای قانون مدنی**، تهران، انتشارات گنج دانش.
۷. حائری شاه باغ، سیدعلی (۱۳۸۶)، **شرح قانون مدنی**، انتشارات گنج دانش.
۸. خسروی، حامد و همکاران (۱۳۹۵)، **ماهیت رجوع و تمایز آن از مفاهیم مشابه**، مجله ی مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۸، شماره ۱۵.
۹. خمینی (ره)، روح الله، **کتاب البیع**، تقریر محمد حسین قدیری (۱۴۱۸)، ج ۱، تهران، انتشارات موسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. خویباری، حامد و طباطبایی، سید محمد صادق (۱۳۹۸)، **بررسی آثار معامله ی فضولی در فقه امامیه**، حقوق ایران و انگلستان، فصلنامه ی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال ۶، شماره ۳.
۱۱. روحانی، محمدصادق (۱۴۲۹)، **منهاج الفقاهه**، ج ۴، قم، انتشارات انوار الهدی.
۱۲. ره پیک، حسن (۱۳۸۵)، **حقوق قراردادها**، تهران، انتشارات خرسندی.
۱۳. ره پیک، سیامک (۱۳۸۴)، **مروری بر منابع و مستندات قانون مدنی ایران در قواعد عمومی قراردادها**، مجله مدرس علوم انسانی پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره ۴۱.
۱۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶)، **عروه الوثقی**، ترجمه و تعلیق سید مصطفی محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.

۱۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه بر مکاسب*، ج ۱، چاپ سنگی.
۱۶. عباسلو، بختیار (۱۳۹۰)، *مسئولیت مدنی با نگرش تطبیقی*، انتشارات میزان.
۱۷. علی آبادی، علی (۱۳۸۱)، *ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳)، *منیه الطالب*، تقریر موسی نجفی خوانساری، ج ۱، تهران، مکتب المحمدیه.
۱۹. غنی، محسن (۱۳۹۷)، *مطالعه تطبیقی بین حقوق اصیل در معامله غیر نافذ در حقوق ایران و معامله ی باطل نسبی در حقوق فرانسه*، فصلنامه تحقیقات حقوقی معاهده، شماره ۳.
۲۰. فخاری طوسی، جواد (۱۳۸۰)، *در محضر شیخ انصاری: شرح بیع*، قم، انتشارات لقمان.
۲۱. قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۵)، *اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران، انتشارات دادگستر.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *الزام های خارج از قرارداد*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، انتشارات دادگستر.
- محقق کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۱۲، قم، انتشارات موسسه ی آل البيت.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۶)، *سوال و جواب آراء و استفتائات فقیه کبیر سید محمد کاظم طباطبایی یزدی*، چاپ اول، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. نجفی خوانساری، موسی (۱۳۵۷ق)، *تقریر منیه الطالب*، ج ۱، قم، المطبه المرتضویه.
۲۷. نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام*، ج ۲۲، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۲۸. نهرینی، فریدون (۱۳۹۴)، *ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران*، تهران، انتشارات گنج دانش.



(ب) انگلیسی

1. Huffcut , Ernest w.(1895). Elements of the law of Agency, Beard Books
2. Martin , Elizabeth A(1997), Oxford Dictionary of Law, Oxford University press
3. Wambaugh, Eugene(1895), Problem as to Ratification, The Harvard Law Review Association

