

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۷۳-۹۵

بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر*

دکتر عباس زراعت

استاد دانشگاه کاشان

Email: zeraat@kashanu.ac.ir

چکیده

رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر، یکی از مسائل ظریف و در عین حال مهم حقوق مدنی و حقوق جزا است که سکوت قانون‌گذار و تعارض‌های فراوان در متون فقهی، حیرت عقول و سرگردانی افهام را دو چندان ساخته است. در مورد رابطه این دو نهاد، احتمال‌های گوناگونی هم‌چون تباین، تساوی، عمومی و خصوص من وجه و عموم و خصوص مطلق قابل طرح است. از آنجا که تشخیص و تفکیک این دو عنوان، آثار عملی مهمی دارد از جمله این که در صورت صدق عنوان «انتقال مال غیر» مجازات کلاهبرداری بر آن مترتب می‌شود و از طرفی در مقررات موضوعه و نوشته‌های حقوقی، ملاک روشنی برای تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر ارائه نشده است؛ در این مقاله سعی شده است وجوه تشابه و افتراق آن‌ها روشن گردد تا شاید الهام‌بخش قانون‌گذار برای پیش‌بینی ملاک شخصی در قانون باشد.

کلیدواژه‌ها: انتقال مال غیر، عقد فضولی، اجازه، ناقل بودن، کاشف بودن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۷/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۷/۲۳.

مقدمه

عقد فضولی یکی از مباحث بسیار دقیق فقه است و عدم مطابقت آن با قواعد مسلم دیگر سبب شده است توجه‌هایی غیر منطقی و گاه عجیب برای مشروعیت آن، صورت گیرد به‌ویژه در مورد تأثیر شرط متأخر و غیر معقول بودن کاشفیت اجازه و احکام دیگری که صرف نظر از مباحث کاربردی، به محکی برای آزمودن قدرت استنباط و اجتهاد فقهای جوان و هنرنمایی مجتهدان کار آزموده تبدیل شده است. یکی از این عجایب، برخورد به ظاهر دوگانه قانون مدنی و قانون کیفری در این زمینه است زیرا اولی، حکم وضعی «صحت» را برای تمامی مصادیق عقد فضولی برقرار نموده است اما دومی، حکم تکلیفی «مجازات» را بر آن بار می‌کند در حالی که حکم وضعی، زاییده حکم تکلیفی است و میان آن‌ها، ملازمه وجود دارد. بطلان از «حرمت و نهی» ناشی می‌شود اما صحت از «اباحه و جواز» به دست می‌آید پس چگونه ممکن است عملی «مشروع و صحیح» و در عین حال «حرام و قابل مجازات» باشد. بر همین اساس تلاش‌هایی سطحی برای توجیه این دو رویکرد متعارض صورت گرفته است اما جای تحقیقی ژرف که به «بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر» پردازد و به این سوال اساسی که آیا این دو عنوان، ارکان و شرایط یکسانی دارند یا متفاوت هستند، پاسخ دهد، خالی است تا رابطه دقیق عقد فضولی و انتقال مال غیر را مشخص نماید و در عمل نیز راه‌کاری ارائه گردد تا هر دو نهاد به شکل مناسبی مورد استفاده قرار گیرد و هدف واقعی آن‌ها تأمین شود.

تفاوت احکام وضعی و تکلیفی این دو عنوان، اقتضا می‌کند ارکان و شرایط آن‌ها کاملاً یکسان و مساوی نباشد اما از طرفی هم توصیف آن‌ها در دو قانون، مدنی و جزایی به‌گونه‌ای است که نمی‌توان آن‌ها را کاملاً متفاوت دانست، پس باید عناصر تمایز این دو عنوان را بررسی کرد. انتقال مال غیر در قوانین کیفری به این صورت توصیف شده است: «کسی که مال غیر را با علم به این که مال غیر است به نحوی از انحاء، عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند...» (ماده ۱ قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸). قانون مدنی، تعریفی از عقد فضولی ارائه نمی‌دهد اما با توجه به سابقه‌ای که در فقه برای آن وجود دارد و مقرراتی که قانون‌گذار بیان کرده است عقد فضولی را می‌توان عقدی دانست که تمامی شرایط صحت عقد را دارد و فقط رضایت مالک در این عقد وجود ندارد که مانعی برای صحت عقد است. (امامی، ۲۹۸) بنابراین هر گاه مالک یا نماینده او اجازه بدهد، مانع برطرف شده و انتقال صورت می‌گیرد. البته برخی از فقها، عدم اجازه را مانع محض برای صحت قرارداد نمی‌دانند

بلکه آن را شرط صحت یا جزء عقد یا قائم مقام ایجاب و قبول به حساب آورده‌اند که کار را دشوارتر می‌سازد. این عمل در حقوق جزا به عنوان «انتقال مال غیر» توصیف شده و قانون‌گذار، آن را در حکم کلاهبرداری دانسته است و رویه قضایی، علاوه بر مجازات کلاهبرداری، احکام اختصاصی این جرم را نیز بر آن مترتب می‌سازد در حالی که احکام سخت‌گیرانه‌ای برای کلاهبرداری پیش‌بینی شده است. عقد فضولی و انتقال مال غیر، یک مصداق خارجی بیش‌تر ندارد که عنوان اول در حقوق مدنی و عنوان دوم در حقوق جزا به کار می‌رود اما تفاوت احکام آن‌ها در مقررات مدنی و کیفری موجب شگفتی ارباب فن شده است، تعجب بیش‌تر از آنجا ناشی می‌شود که جرم انتقال مال غیر در گروه جرایم غیر قابل‌گذشت می‌باشد یعنی اجازه و رضایت مالک یا متضرر از جرم تأثیری در زوال وصف کیفری ندارد در حالی که قانون مدنی، عقد فضولی را صحیح می‌داند و اجازه مالک موجب نفوذ عقد می‌شود. البته برخی از فقها عقد فضولی را باطل می‌دانند. (فخر المحققین، ۴۲۰) که در این صورت اشکالی مطرح نمی‌شود زیرا عمل مجرمانه از نظر وضعی نیز باطل بوده و با حکم تکلیفی و جرم بودن آن، تعارضی ندارد. در میان فقها نسبت به رابطه حکم وضعی و حکم تکلیفی، دو دیدگاه وجود دارد و مشهور عقیده دارند حکم وضعی زاییده حکم تکلیفی است پس میان آن‌ها ملازمه برقرار است. (صدر، ۵۳)

بر این اساس چگونه ممکن است حکم تکلیفی عقد فضولی، حرمت بوده اما حکم وضعی آن، صحت باشد. کسانی که میان حکم وضعی و حکم تکلیفی، ملازمه‌ای برقرار نمی‌بینند با مشکل جدی روبرو نیستند زیرا ممکن است عملی از نظر حکم تکلیفی، حرام و جرم باشد اما از نظر حکم وضعی، صحیح محسوب شود همان‌گونه که در دلالت نهی بر فساد معامله، این اعتقاد غالب وجود دارد که میان نهی از معامله و حرمت آن در تمامی موارد، ملازمه وجود ندارد. (زراعت، ۵۵)

قبل از پرداختن به ملاک‌های احتمالی برای تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر لازم است چند مطلب به‌عنوان مقدمه بیان شود تا علاوه بر تبیین کامل‌تر موضوع، زمینه طرح ملاک‌ها نیز فراهم گردد:

نقش رضایت و اجازه در تحقق جرم

ابتدا باید دید اذن چه تأثیری در وقوع جرم انتقال مال غیر دارد؟ جرایم به صورت کلی از

این جهت به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ برخی از جرائم به‌خاطر آن‌که به اراده دیگری تعرض می‌کنند، جرم هستند و در برخی دیگر، تعرض به اراده، نقشی ندارد و در جرایم دسته نخست تحقق جرم در صورتی است که قربانی جرم، رضایت نداشته باشد. این قاعده در بسیاری قوانین به صورت حکم قانونی در آمده است مانند ماده ۱۸۷ قانون جزای لبنان که مقرر می‌دارد: «فعلی که برای تعرض به اراده دیگری، مجازات می‌شود هر گاه با رضایت قبلی یا هم‌زمان وی باشد جرم محسوب نمی‌شود.» (زراعت، ۹۸) جرم انتقال مال غیر از جمله جرایم گروه اول است. پس اگر مالک نسبت به انتقال مال خود رضایت داشته باشد عملیات انتقال مال وی، جرم نیست که البته از نظر اثباتی، بار اثبات وجود رضایت بر عهده مرتکب است زیرا اصل بر عدم رضایت می‌باشد. پس جرم انتقال مال غیر به محض انتقال مال دیگری بدون رضایت وی محقق می‌شود بدون این‌که معلق به عدم اجازه مالک باشد.

تأثیر مالکیت بعدی انتقال دهنده، مطالب بعدی در مورد تأثیر مالکیت بعدی در عقد فضولی است و این‌که اگر عاقد فضولی، عقد فضولی را اجازه بدهد آیا موجب صحت عقد می‌شود یا تأثیری ندارد یا حتی نیاز به اجازه بعدی نیست و صرف مالکیت بعدی موجب صحت عقد فضولی می‌شود؟ از نظر حقوقی دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد؛ برخی از فقها عقیده دارند مالکیت بعدی عاقد فضولی تأثیری ندارد و عقد فضولی باطل است. (شوشتری، ۴۳۷) گروهی دیگر گفته‌اند صرف مالکیت بعدی عاقد فضولی موجب صحت عقد فضولی می‌شود و نیازی به اجازه بعدی نیست. (طوسی، ۲۰۸) اما مشهور فقها عقیده دارند چنانچه عاقد فضولی، مبیع را خریداری کرده و عقد فضولی خود را اجازه بدهد، عقد فضولی صحیح خواهد بود. (شهید اول، ۱۹۳)

اما در مورد ارتباط این بحث با موضوع مقاله می‌توان گفت که اگر مالکیت بعدی مالک، موجب صحت عقد فضولی شود زمینه تحقق جرم انتقال مال غیر نیز از بین می‌رود و اگر عقد فضولی باطل باشد و عقد فضولی باطل را مصداق انتقال مال غیر بدانیم، چنین عملی کلاهبرداری است. اشکالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که اگر فروش مال غیر، جرم باشد عملیات بعدی مرتکب برای خریدن مبیع و اجازه عقد فضولی تأثیری ندارد زیرا در این صورت انقلاب ماهیت بوجود می‌آید که امری محال است و نمی‌توان عملی مجرمانه را تبدیل به عملی مباح نمود مگر در مواردی هم‌چون جرایم قابل گذشت که صراحت قانونی وجود دارد. با این وجود ممکن است گفته شد جرم انتقال مال غیر، جرمی معلق است یعنی تحقق آن،

معلق به عدم اجازه مالک می‌باشد پس اگر مالک، آن را اجازه بدهد جرمی محقق نمی‌شود و اگر اجازه ندهد، جرم انتقال مال غیر رخ می‌دهد اما چنین وضعیتی از ظواهر قانونی استنباط نمی‌شود.

انگیزه انتقال دهنده

آنچه میان حقوق‌دانان شهرت یافته و به‌عنوان نکته فارق عقد فضولی و انتقال مال غیر، بیان می‌شود وجود یا فقدان سوء نیت مرتکب است؛ اگر انتقال دهنده، حسن نیت داشته باشد عمل وی مشمول احکام عقد فضولی بوده و وصف کیفری ندارد اما اگر سوء نیت داشته باشد مرتکب «انتقال مال غیر» شده و عمل وی دارای وصف کیفری است. فقها هنگام بحث در باره اقسام عقد فضولی، تقسیماتی را منعقد ساخته‌اند و یکی از ملاک‌های تقسیم‌بندی، نیت مرتکب می‌باشد که آیا عقد فضولی را برای خودش انجام دهد یا به نمایندگی از مالک، آن را منعقد نماید. گزینه‌هایی نیز برای این تفاوت در قانون دیده می‌شود زیرا قانون مدنی، این عمل را نوعی اقدام از سوی دیگران بدون اذن وی می‌داند اما قانون جزا، تعبیر «معاملات تقلبی» را برای آن به‌کار برده است (ماده ۸ قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر). با این وجود، مشهور فقها عقد فضولی را در تمامی حالت‌ها صحیح می‌دانند حتی اگر عاقد فضولی، غاصب باشد و مال را برای خود و به‌عنوان مال خودش بفروشد. بنابراین اطلاق سخن فقها در مورد صحت عقد فضولی، چنین تفصیلی را بر نمی‌تابد.

انتقال مال غیر معمولاً در دسته جرایم علیه اموال قرار می‌گیرد و در این جرایم علم به تعلق مال به دیگری شرط تحقق جرم می‌باشد. پس ممکن است گفته شود هر علتی که این علم را منتفی سازد مانع تحقق جرم انتقال مال غیر می‌شود. مانند این‌که فروشنده اعتقاد به مالکیت خود داشته باشد یا گمان کند فروش قبلی مال به دیگری، غیر قانونی بوده است یا حق فسخ آن قرارداد را داشته است. (رویه قضایی، ۱۳۹)

در این تحقیق که به روش توصیفی - تحلیلی انجام می‌شود ابتدا فرضیه‌های احتمالی مورد بررسی قرار گرفته و آنگاه دلایل ردّ یا قبول هر کدام، تجزیه و تحلیل می‌شود تا سرانجام، فرضیه مناسب‌تر به اثبات برسد. گرچه در نوشته‌های فقهی و حقوقی، اشاراتی به این مسأله صورت گرفته است اما جای پژوهشی عمیق برای تمایز این دو عنوان، کاملاً نمایان است. احتمال‌های گوناگونی که ممکن است مطرح شود بر مبنای ملاک‌های متفاوت است بنابراین هر

احتمال بر مبنای ملاک خاص، بررسی خواهد شد.

ملاک‌های احتمالی

۱- ملاک بطلان معامله فضولی (تساوی انتقال مال غیر و معامله فضولی باطل)

فقها در مورد صحت یا بطلان عقد فضولی، دیدگاه یکسانی ندارند و برخی از آنان میان عقد فضولی در حالت‌های مختلف، تفکیک نموده‌اند مثلاً عقد فضولی را در حالتی که مالک، نهی کرده باشد صحیح نمی‌دانند یا در حالتی که عاقد فضولی، قصد انجام معامله برای خودش را دارد و چنین وانمود می‌کند که موضوع معامله، متعلق به خودش می‌باشد. ممکن است گفته شود ملاک تشخیص عقد فضولی و انتقال مال غیر، صحت و بطلان آن در حقوق مدنی باشد یعنی اگر عقد فضولی از دیدگاه فقها و با توجه به منابع شرعی صحیح باشد انتقال مال غیر محسوب نمی‌شود مانند این که فروشنده فضولی علم داشته باشد که نه تنها مالک مال، ناراضی نیست بلکه رغبت به انجام چنین معامله‌ای دارد. به عنوان مثال، برق سردخانه‌ای که میوه‌های دیگری در آن نگهداری می‌شود قطع گردیده و مالک نیز در خارج کشور حضور دارد و به او دسترسی نیست و متصدی سردخانه برای رعایت مصلحت مالک اقدام به فروش میوه‌های موجود در سردخانه می‌کند. چنین معامله‌ای مشمول مقررات قانون مدنی است و وصف کیفری ندارد.

در مورد بطلان عقد فضولی باید توجه داشت که برخی از فقها، عقد فضولی را در تمامی حالت‌ها باطل می‌دانند. (طوسی، ۱۴۵؛ ابن ادریس، ۲۷۵؛ بحرانی، ۴۰۰۹) اگر دیدگاه این گروه پذیرفته شود احتمال یکسان بودن عقد فضولی و انتقال مال غیر، تقویت خواهد شد زیرا مانعی که برای یکسان‌انگاری آن‌ها وجود دارد، تضاد حکم وضعی صحت برای عقد فضولی و حکم تکلیفی حرمت برای انتقال مال غیر می‌باشد حال آن‌که در اینجا فقها قائل به حکم وضعی صحت نیستند و حکم بطلان را قبول دارند و میان بطلان و حرمت، تعارضی وجود ندارد. در این صورت، تفاوت عقد فضولی و انتقال مال غیر فقط در عبارت‌ها و الفاظ می‌باشد یعنی قانون‌گذار مدنی، آن را با عنوان اول و قانون‌گذار کیفری، آن را با عنوان دوم می‌شناسد. این احتمال در مرحله تئوری و از نظر علمی قابل دفاع است و می‌تواند الگویی برای قانون‌گذار باشد تا هنگام وضع قانون به آن توجه کند اما از منظر عملی قابل دفاع نیست زیرا قانون‌گذار به پیروی از مشهور فقها، عقد فضولی را صحیح می‌داند؛ پس بهتر است چنین گفته شود که

انتقال مال غیر در حقوق جزا، همان عقد فضولی باطل در حقوق مدنی است.

۲ - ملاک انجام معامله برای خود یا دیگری

مهم‌ترین دلایلی که برای بطلان عقد فضولی مورد استناد قرار گرفته، روایاتی است که مردم را از فروش مالی که مالک آن نیستند نهی می‌کند: «لا تبع ما لیس عندک» یا «لا بیع الا فی ملک»؛ (حر عاملی، ۳۷۸) اما کسانی که عقد فضولی را صحیح می‌دانند این روایات را ناظر به موردی می‌دانند که عاقد فضولی، معامله را برای خودش انجام می‌دهد، پس اگر آن را برای مالک انجام دهد عقد وی صحیح است. (طباطبایی، ۱۶۶) حال در اینجا نیز برای تفاوت «عقد فضولی» مصطلح در حقوق مدنی که عملی صحیح می‌باشد و «انتقال مال غیر» مصطلح در حقوق جزا که عملی مجرمانه می‌باشد، می‌توان چنین گفت که عقد فضولی، عقدی است که عاقد فضولی، آن را برای مالک انجام می‌دهد. اما انتقال مال غیر، انتقالی است که مرتکب برای خودش ترتیب می‌دهد. پس ملاک تمایز این دو عمل، انگیزه مرتکب می‌باشد و جرم انتقال مال غیر در جمله جرائمی قرار می‌گیرد که نیاز به سوء نیت خاص دارد و سوء نیت خاص، انگیزه حصول آثار عقد برای مرتکب می‌باشد و اگر این انگیزه وجود نداشته باشد وصف کیفری نیز زایل گردیده و عقد فضولی، مشمول احکام خاص مذکور در قانون مدنی خواهد بود. البته اگر ملاک قبلی که صحت و بطلان عقد فضولی را عامل تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر می‌دانست پذیرفته شود این ملاک نیز ممکن است یکی از مصادیق همان ملاک عمومی باشد اما این احتمال نیز وجود دارد که برخی مصادیق عقد باطل چنین صلاحیتی نداشته باشد و از همین روی می‌توان بر ملاک «انگیزه مرتکب» تأکید نمود. این ملاک با سوابق تأسیس و مشروعیت عقد فضولی نیز سازگاری دارد زیرا آنچه در مشروعیت عقد فضولی، تأثیر زیادی داشته است رعایت مصلحت مالک می‌باشد، پس کسی که مال دیگری را برای خودش می‌فروشد و خواهان تحقق آثار عقد برای خود می‌باشد هرگز مصلحت مالک را در نظر ندارد تا مشمول قواعدی هم‌چون «احسان» قرار گیرد. عقد فضولی غالباً در مواردی مطرح شده که رابطه‌ای قراردادی یا شرعی و قانونی میان مالک اصلی و عاقد وجود داشته و عاقد به گمان خودش برای مصلحت مالک اقدامی را انجام می‌دهد پس تنفیذ این اقدام، موکول به اجازه مالک شده است. از همین روی، اطلاق حکم صحت برای عقد فضولی در قانون مدنی بدون ایراد نیست به‌ویژه این که در قالب قاعده و اصل درآمده است. اما رویه قضایی باید به سابقه آن توجه نموده و راه را بر سوء استفاده‌کنندگان از قانون مسدود کند. ایرادی که ممکن است بر

این ملاک وارد شود آن است که قانون مدنی، عقد فضولی را حتی در حالتی که عاقد فضولی معامله را برای خودش انجام می‌دهد، صحیح می‌داند پس تعارض حکم وضعی و حکم تکلیفی در اینجا نیز وجود دارد یعنی قانون جزا، عملی را حرام و قابل مجازات می‌داند که حقوق مدنی، آن را صحیح دانسته است. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه در پاسخ به استعلامی اعلام نموده است که اگر خریدار علم به عدم مالکیت فروشنده داشته و با امید به اجازه مالک، عقد را منعقد نمایند عمل آن‌ها عقد فضولی است اما اگر فروشنده وانمود کند که مال خودش را می‌فروشد و معامله آن‌ها به صورت قطعی و منجز انجام شود، انتقال مال غیر محسوب می‌شود. (مرکز تحقیقات فقهی، ۲۴۱)

۳- ملاک پیش‌بینی قانون‌گذار

عقد فضولی، یک استثناست بنابراین باید به صورت محدود، تفسیر شود و دامنه آن محدود به مواردی شود که هدف مشروعیت آن را تأمین می‌نماید. درست است که عقد فضولی به صورت مطلق و به عنوان قاعده عمومی در قانون مدنی آمده و فصل پنجم از باب اول مربوط به عقود و معاملات با عنوان کلی «معاملاتی که موضوع آن مال غیر است یا معاملات فضولی» آراسته شده است (جعفری لنگرودی، ۷۵) اما بسیاری از مصادیق آن به عنوان وکالت فضولی، نکاح فضولی، بیع فضولی، ایفای فضولی، اداره فضولی مال غیر و ... در قانون پیش‌بینی شده و وجه مشترک آن‌ها، وجود نوعی نمایندگی واقعی یا ظاهری می‌باشد. پس ممکن است ادعا شود تفاوت عقد فضولی و انتقال مال غیر، پیش‌بینی قانون‌گذار است یعنی آن‌چه در قانون به عنوان عقد فضولی پیش‌بینی شده است چنان‌چه با شرایط قانونی صورت گیرد، «عقد فضولی» است و غیر این موارد، «انتقال مال غیر» محسوب می‌شود. این ملاک اگر مورد توجه قانون‌گذار قرار می‌گرفت، ملاک مناسبی بود و در حال حاضر نیز باید قانون‌گذار چاره‌ای اندیشیده و دادگاه‌ها را از بلامتکلیفی در آورد به‌ویژه این که تلاقی یا تمایز آن‌ها در سرنوشت مردم تأثیر مهمی دارد. اما ظاهر قانون، بیان‌گر آن است که عقد فضولی به عنوان قاعده کلی در قانون آمده و مصادیق آن منحصر در مواردی نیست که به صراحت در قانون پیش‌بینی شده است. با این وجود، امکان تعدیل این قاعده وجود دارد زیرا قاعده حقوقی را باید در بستری که به وجود آمده است مورد مطالعه قرار داد و از این نظر همواره باید عقد فضولی را یک استثنا به حساب آورد که برای رعایت مصلحت مالک، صورت می‌گیرد. (عدل، ۱۵۶) عقد فضولی چنان‌چه در محدوده‌ای که قانون مدنی پیش‌بینی کرده است به اجرا درآید، انتقال مال غیر نیست

و وصف کیفری ندارد و اگر از این ابزار قانونی سوء استفاده شده و بر خلاف هدف آن، مورد بهره‌برداری قرار گیرد، جرم محسوب می‌شود. ممکن است گفته شود قانون‌گذار کیفری هنگام جرم‌انگاری «انتقال مال غیر» توجهی به عقد فضولی نداشته است و تطبیق این دو عنوان در برخی مصادیق، از باب تراحم است و از نوع تعارض نیست؛ پس نباید اصرار شود که «انتقال مال غیر» در صورتی تحقق می‌یابد که مشمول عنوان «عقد فضولی» نباشد. این گفته با ظاهر قانون، سازگار است و ایده «عدم ملازمه میان حکم تکلیفی و حکم وضعی» نیز این ادعا را تأیید می‌کند اما به هر حال فرض بر آن است که حقوق مدنی و کیفری ایران در نظام واحدی قرار دارند و باید به صورت منظم و همراستا باشند. چگونه می‌توان گفت عمل واحدی از دیدگاه قانون مدنی، صحیح است اما از دیدگاه قانون جزا، غیر مجاز و مستوجب نکوهش و مجازات؟!^۱ در مورد جرم انتقال مال غیر، چهار قانون خاص وجود دارد و انتقال مال غیر در دو قانون، شرایط خاصی دارد و عقد فضولی ساده که موضوع بحث ما می‌باشد از شمول این دو قانون، خروج موضوعی دارد؛ یکی از این دو قانون که در سوم مرداد ۱۳۰۷ به تصویب رسیده دارای این عنوان است: «قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌نمایند.» شرط تحقق این جرم، تبانی اشخاص و اقامه دعوا علیه یکدیگر یا ورود ثالث به دعوا یا اعتراض به حکم می‌باشد. قانون دوم، قانون مجازات اشخاصی که مال غیر را به عوض مال خود معرفی می‌کنند مصوب ۳۱ اردیبهشت ۱۳۰۸ می‌باشد که مرتکبان جرم، محکوم علیه یا مدیون یا کفیل مال دیگری هستند. قانون دیگری نیز وجود دارد که در سال ۱۳۰۲ با این عنوان به تصویب رسیده است: «قانون راجع به اشخاصی که مال غیر را انتقال می‌دهند و یا تملک می‌کنند و مجازات آن‌ها» این قانون ظاهراً با قوانین بعدی منسوخ گردیده است و مربوط به توقیف مجرمان تا زمان رد مال و خسارت‌ها می‌باشد. اما نکته قابل توجه در این قانون، آن است که در ماده سوم، واژه «مزور» برای مرتکب به کار رفته است و حکایت از آن دارد که انتقال مال غیر در صورتی وصف کیفری پیدا می‌کند که همراه با تزویر و کلاهبرداری باشد. پس مهم‌ترین قانونی که موضوع بحث ما می‌باشد قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب فروردین ۱۳۰۸ می‌باشد. به موجب این قانون، کسانی که مال غیر را انتقال دهند «کلاهبردار» محسوب شده و هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۵۹۴-۱۳۷۳/۹/۱ این

۱. این وضعیت در قوانین خارجی نیز وجود دارد؛ به عنوان نمونه مواد ۴۶۶ تا ۴۶۸ قانون مدنی مصر، عقد فضولی را عقدی صحیح و غیر نافذ می‌داند که نفوذ آن به اراده مالک بستگی دارد اما مشخص نشده است که عقد فضولی چه تفاوتی با انتقال مال غیر دارد.

عمل را مشمول ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ دانسته است. ماده اول این قانون، انتقال دهنده و انتقال گیرنده و مالک را با حصول شرایطی، مجرم دانسته است؛ وصف انتقال دهنده به این صورت است: «با علم به این که مال غیر است به نحوی از انحاء بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند». این عبارت شامل عاقد فضولی نیز می شود و تنها ابهامی که ممکن است مطرح شود آن است که عبارت «بدون مجوز قانونی» منصرف از عقد فضولی است زیرا عقد فضولی با مجوز قانونی صورت می گیرد یعنی قانون مدنی اجازه داده است که شخصی، مال دیگری را به امید اجازه مالک بفروشد. پس انتقال مال غیر در صورتی رخ می دهد که مال دیگری به عنوان مال خود و بدون تصمیم به اخذ اجازه مالک صورت گیرد. وصف انتقال گیرنده، آن است که: «در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال دهنده باشد» و این عبارت شامل طرف اصیل در عقد فضولی می شود. وصف مالک نیز عبارت است از: «از وقوع معامله، مطلع شده و تا یک ماه پس از حصول اطلاع، اظهاریه برای ابلاغ به انتقال گیرنده و مطلع کردن او از مالکیت خود تسلیم ننماید».

هم چنین ماده ۸ قانون مزبور، نوع خاصی از انتقال مال غیر را به این صورت پیش بینی کرده است: «کسانی که معاملات تقلبی مذکوره در مواد فوق را به وسیله اسناد رسمی نموده یا بنمایند جاعل در اسناد رسمی محسوب و مطابق قوانین مربوط به این موضوع، مجازات خواهند شد». رابطه معامله فضولی و جرم موضوع این ماده، رابطه عموم و خصوص من وجه می باشد و این حالت نیز مشمول بحث ماست که آیا انتقال مال غیر همراه با جعل سند علاوه بر احکام معامله فضولی، مجازات جعل نیز دارد؟ در این ماده نیز عبارت «معاملات تقلبی» ممکن است وجه تمایز معامله فضولی و انتقال مال غیر باشد به این صورت که اگر معامله برای مالک صورت گیرد تقلبی نیست مگر این که منظور این عبارت، همان عملیات جعل باشد.

۴ - ملاک اثر عمل

اثر عقد فضولی و انتقال مال غیر نیز ممکن است ملاک تمایز این دو عمل قرار گیرد؛ در عقد فضولی گرچه ظاهراً عاقدان و انشا کنندگان ایجاب و قبول طرف اصلی عقد هستند اما در واقع عوض به ملکیت کسی در می آید که معوض از ملک او خارج شده است. اما در انتقال مال غیر، طرفین عقد خودشان را مالک وانمود می کنند و مالک عوض و معوض می شوند. پس اگر اثر عقد، انتقال عوض و معوض به مالکان اصلی باشد، عقد فضولی محسوب می شود اما اگر عوض و معوض به ملکیت عاقدان فضولی در آید هر چند این انتقاله صوری و ظاهری باشد،

انتقال مال غیر است. به عبارت دیگر در عقد فضولی، نوعی وکالت و نمایندگی از سوی مالک وجود دارد و حتی برخی از حقوق دانان، عقد فضولی را بر مبنای تئوری نمایندگی توجیه می کنند (کاتوزیان، ۳۶۵) اما در انتقال مال غیر، چنین وکالتی وجود ندارد. البته در اینجا باید توجه داشت که در هیچ کدام از این دو مورد، انتقال واقعی مال به طرفین عقد صورت نمی گیرد پس وقتی سخن از انتقال مال به میان می آید، انتقال ظاهری مورد نظر است یعنی در عقد فضولی، طرفین قرارداد قصد انتقال ظاهری مال به خودشان را نیز ندارند اما در انتقال مال غیر، طرفین چنین قصدی را دارند.

این صورت را به شکل دیگری نیز می توان بیان کرد؛ در عقد فضولی تعهدات ناشی از قرارداد متوجه مالکان اصلی است اما در انتقال مال غیر، این عاقدان هستند که تعهدات را می پذیرند هر چند در واقع بر عهده مالکان اصلی بوده و پذیرش تعهد از سوی طرفین عقد، صوری و ظاهری باشد.

این ملاک را از عبارت های فقهی نیز می توان به دست آورد زیرا گاهی این نهاد با عنوان «معامله برای غیر» معرفی می شود و گاهی عبارت «معامله به مال غیر» در توصیف آن به کار می رود. (حائری شاه باغ، ۲۲۹) عبارت اول منصرف به عقد فضولی می باشد اما عبارت دوم شایسته عمل انتقال مال غیر است.

این ملاک از منظر علمی، ملاک مناسبی است و قانون گذار می توانست از آن بهره بگیرد اما از ظاهر مقررات قانون مدنی در باره عقد فضولی و احکام قانون جزا پیرامون انتقال مال غیر چنین ملاکی به دست نمی آید. عقد فضولی در قانون مدنی به گونه ای است که اگر مالک اجازه بدهد اثر بر عقد مترتب می شود اما در قانون کیفری، اجازه بعدی مالک تأثیری در زوال وصف مجرمانه ندارد هر چند اگر مالک شکایت نکند معمولاً دعوای عمومی به جریان نمی افتد. البته این تفاوت را نباید نادیده گرفت که عقد فضولی باید در قالب عمل حقوقی صورت گیرد تا موجب اثر باشد اما در انتقال مال غیر نیاز به انجام عمل حقوقی خاصی نیست و انتقال مادی را نیز در بر می گیرد. این تفاوت بدان معنا نیست که عقد فضولی فقط در قالب عمل حقوقی انجام می شود و انتقال مال غیر، چنین قالبی ندارد.

۵- ملاک نحوه ارتکاب عمل

ممکن است نحوه ارتکاب عمل نیز به عنوان ملاک تفکیک میان عقد فضولی و انتقال مال غیر، معرفی شود که البته در این خصوص، حالت های گوناگونی را می توان مطرح کرد. یک

حالت آن است که اگر مرتکب، عمل خود را به صورت کامل انجام داده و آثار عقد کاملی را بر آن مترتب سازد «انتقال مال غیر» محسوب می‌شود اما اگر بخش عمده عمل را انجام داده و برای تکمیل آن به انتظار تصمیم مالک بنشیند، عمل وی عقد فضولی به معنای خاص آن باشد. حالت دیگری که به نظر می‌رسد، آن است که عقد فضولی فقط به شکل ایجاب و قبول انجام شود بدون این که آثار عقد نیز بر آن بار شود یعنی فروشنده فضولی، مال دیگری را می‌فروشد اما انتقال مال و تصرفات را منوط به اجازه مالک می‌کند. اما انتقال مال غیر به صورت انتقال مادی و فیزیکی می‌باشد هر چند مسبوق به انجام عمل حقوقی و انعقاد عقد نباشد. به عبارت دیگر، عقد فضولی یک عمل حقوقی محض است که در قالب لفظ یا نوشته و نظایر آن صورت می‌گیرد اما انتقال مال غیر، عمل مادی و فیزیکی می‌باشد و آنچه اهمیت دارد، قطع رابطه مالکیت میان مالک و مال او می‌باشد و شیوه انتقال مال اهمیت ندارد.

حالت دیگر، آن است که عقد فضولی، عملی حقوقی است که تمامی شرایط صحت یک عقد را دارد یعنی مقتضی وجود دارد، شرایط فراهم است و مانعی هم وجود ندارد و فقط یک قسمت را کم دارد که اجازه مالک می‌باشد و وقتی اجازه مالک به عنوان شرط یا جزء الحاق گردید عقد کامل می‌شود. اما در انتقال مال غیر علاوه بر اجازه مالک، ممکن است شرایط دیگری نیز مفقود باشد یا موانعی برای عقد وجود داشته باشد مانند این که فروشنده، تدلیس کند یا تصرفات نامشروعی انجام دهد.

عقد فضولی با کمتر از سه نفر محقق نمی‌شود و اگر دو طرف قرارداد، فضولی باشند با کمتر از چهار نفر تحقق نمی‌یابد اما انتقال مال غیر نیازی به این تعداد ندارد بلکه دو نفر بیش‌تر دخالت ندارند. البته در عقد فضولی ممکن است انتقال دهنده و انتقال گیرنده، ظاهراً یک نفر باشند اما در انتقال مال غیر چنین حالتی امکان ندارد که انتقال دهنده، مال را به خودش انتقال دهد.

یکی از حالت‌های عقد فضولی که مورد اختلاف جدی فقها می‌باشد، آن است که عاقد فضولی، مال دیگری را بفروشد و پس آن مال را خریداری کرده و عقد فضولی را اجازه بدهد. محقق شوشتری، هفت ایراد نسبت به صحت این معامله، مطرح کرده است که شیخ انصاری به شش ایراد پاسخ می‌دهد اما سرانجام ایراد هفتم را پذیرفته و با محقق شوشتری هم‌صدا می‌شود. دلیل هفتم، روایت‌هایی است که دلالت بر بطلان چنین معامله‌ای دارند (حر عاملی، ۳۷۶) و فقهای شیعه در مورد مفاد این روایت‌ها و نحوه دلالت آن‌ها بحث‌های مفصلی

کرده‌اند. اما یکی از این مباحث که با موضوع بحث ما ارتباط پیدا می‌کند، آن است که اگر عاقد فضولی، عقد فضولی را به عنوان یک عقد منجز و قطعی منعقد نماید با این امید که مالک ثمن شود و مبیع نیز به ملکیت خریدار درآید، چنین معامله‌ای باطل است هر چند به صورت اتفاقی، مالک اجازه بدهد یا فروشنده، مالک مبیع شود. اما اگر عاقد فضولی با امید به اجازه مالک، عقد فضولی را منعقد کند و ملکیت خریدار را منوط به اجازه مالک نماید، چنین معامله‌ای صحیح است. (ابن ادریس، ۴۶۳)

حال در اینجا نیز می‌توان چنین تفصیل داد که اگر عاقد فضولی، عقد فضولی را به صورت منجز و قطعی منعقد کرده باشد عمل وی، انتقال مال غیر بوده و وصف جزایی دارد اما اگر به شکل معلق و منوط به اجازه مالک باشد، وصف کیفری نداشته و تابع مقررات قانون مدنی است. این حالت را می‌توان با برخی حالت‌های دیگر مانند سوء نیت مرتکب یا بطلان معامله نیز پیوند زد اما آن را به صورت خاص بیان کردیم تا اگر صحیح نیز تلقی شود وصف کیفری خود را حفظ کند.

کسانی که عقد فضولی را باطل می‌دانند عقیده دارند آنچه عاقد فضولی قصد می‌کند انتقال مال برای خودش می‌باشد در حالی که معاوضی بودن عقود، اقتضا می‌کند که معامله برای مالک اصلی باشد یعنی مبیع به ملک کسی داخل می‌شود که ثمن از ملک وی خارج شده است و ثمن نیز به ملک کسی داخل می‌شود که مبیع از ملک وی خارج شده است. پس در عقد فضولی، آنچه قصد می‌شود با آنچه رخ می‌دهد مطابقت ندارد (ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع) (شهید ثانی، ۱۵۶)

اما کسانی که عقد فضولی را صحیح می‌دانند برای عاقد فضولی، حیثیت مالکانه برقرار می‌کنند یعنی همین که عاقد فضولی خودش را مالک فرض می‌کند کافی است متنها باید عقد فضولی به گونه‌ای انعقاد یابد که قابلیت اجازه را داشته باشد. نتیجه‌ای که از این اختلاف به دست می‌آید و مربوط به بحث ما می‌شود آن است که بر این اساس می‌توان عقد فضولی را عقدی دانست که صلاحیت انتقال را داشته باشد یعنی اجازه بعدی بتواند آن را تکمیل نماید اما انتقال مال غیر، عقدی است که چنین صلاحیتی ندارد. به عبارت دیگر انتقال مال غیر، ظاهراً انتقال مال غیر است و انتقال واقعی صورت نمی‌گیرد اما در عقد فضولی، انتقال واقعی صورت می‌گیرد و یا حداقل قابلیت انتقال وجود دارد.

۶- ملاک وجود یا فقدان سوء نیت

ملاک دیگری که ممکن است برای تفکیک عقد فضولی و انتقال مال غیر، ارائه گردد وجود یا فقدان سوء نیت است با این توضیح که اگر عاقد فضولی قصد احسان داشته و برای مصلحت مالک، مال وی را انتقال دهد، عمل وی عقد فضولی است و قابل تنفیذ می‌باشد. اما اگر عاقد فضولی با سوء نیت و قصد اضرار، چنین کاری انجام دهد مرتکب انتقال مال غیر شده است. مواد قانون مدنی که احکام عقد فضولی را بیان می‌کنند به‌ویژه ماده ۲۴۷ قانون مدنی که مبتنی بر منابع فقهی است اطلاق دارند اما در سابقه این نهاد و فلسفه تشریع آن و نیز موادی از قانون مدنی می‌توان قرینه‌هایی برای این تفکیک پیدا کرد. معامله فضولی بر مبنای احسان و نیکوکاری استوار گردیده است یعنی اگر شخصی، مال دیگری را در معرض تلف یا تضییع بیابد یا آن را در وضعیتی ببیند که فروش آن مال به مصلحت مالک می‌باشد اجازه دارد مال را بفروشد تا بعداً اگر مالک خواست، آن را اجازه بدهد یا رد کند و این امر شاخه‌ای از ولایت مومنان عادل بر اموال دیگران است (شهید اول، ۴۰۶)

موادی از قانون مدنی که به مصادیق عقد فضولی اشاره دارند به‌عنوان قرینه و مؤید این ملاک، قابل استناد هستند مانند ماده ۳۰۴ که می‌گوید: «اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محق می‌دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد، معامله فضولی و تابع احکام مربوط به آن خواهد بود.» اگر این معامله خود بخود تابع عقد فضولی بود چه نیازی به تصریح داشت و احتمالاً هدف قانون‌گذار پیش‌گیری از تسری احکام کیفری بوده و ما را به این سو ارشاد می‌کند که باید فقط به احکام وضعی عقد فضولی بسنده کنیم. ماده ۶۷۴ نیز اماره دیگری است که مقرر می‌دارد: «در مورد آنچه که خارج از حدود وکالت انجام داده شده است، موکل هیچ‌گونه تعهدی نخواهد داشت مگر این‌که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.» در این مورد نیز وکیل برای حفظ حقوق موکل اقداماتی خارج از چارچوب وکالت انجام می‌دهد و عمل او همراه با سوء نیت نیست. حکم ماده ۳۰۶ نیز در همین راستا بوده و سابقه مشروعیت عقد فضولی نشان می‌دهد که عقد فضولی در حقیقت برای مصلحت مالک برقرار شده است زیرا گاهی اعمالی برای رعایت مصلحت مالک صورت می‌گیرد پس اگر مالک نتواند این اعمال را تنفیذ کند از احسان دیگران بی‌بهره می‌ماند. (کاتوزیان، ۱۰۲) اگر این مبنا برای عقد فضولی پذیرفته شود می‌توان اعمالی را که به ضرر مالک می‌باشد از دایره عقد فضولی خارج نمود و آن‌ها را مشمول وصف کیفری

«انتقال مال غیر»، قرارداد. پس جرم انتقال مال غیر در جمله جرایم با سوء نیت خاص قرار می‌گیرد که انگیزه مرتکب در آن تأثیر دارد. در داستان عروه بارقی آمده است که عروه برای شاد کردن پیامبر (ص)، چنین معامله‌ای انجام داد و سپس پیامبر به وی تبریک گفت در حالی که اگر عمل عروه، حرام و جنبه مجرمانه می‌داشت با تشویق و تبریک پیامبر روبرو نمی‌شد.

۷- ملاک اجازه و عدم اجازه مالک

عقد فضولی دارای تمامی شرایط عقد غیر فضولی می‌باشد و تنها شرطی که در این عقد وجود ندارد، شرط مالک بودن عاقد است. بر همین اساس عقد فضولی در کتاب‌های فقهی ذیل عنوان «شروط متعاقدين»، مورد بحث قرار می‌گیرد. در مورد ماهیت اجازه نیز بحث‌های فراوانی وجود دارد و مشهور فقها، اجازه را کاشف می‌دانند یعنی اجازه مالک، کاشف از آن است که خریدار از زمان انعقاد عقد، مالک مبیع شده است و عقد فضولی از زمان انعقاد آن، به‌صورت صحیح و کامل می‌باشد. اثری که از منظر موضوع بحث ما بر کاشف بودن اجازه بار می‌شود، آن است که اگر عقد فضولی از زمانی که محقق می‌شود صحیح و کامل باشد چگونه می‌توان عاقد را به‌عنوان مجرم، تحت تعقیب قرار داد؟ این مسأله، از جنبه احکام وضعی و حقوقی نیز، ایرادهای فراوانی را در پی دارد و فقها برای حل این ایرادها و منطبق ساختن عقد فضولی و کاشف بودن اجازه با قواعد حقوقی، تلاش‌های زیادی کرده‌اند. (انصاری، ۲۸۹) اما در مورد بحث حاضر شاید بتوان مسأله اجازه و کاشف بودن آن را ملاکی برای تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر، مورد استفاده قرار داد با این توضیح که اگر مالک، عقد فضولی را اجازه ندهد به‌گونه‌ای که عقد فضولی، باطل و فسخ گردد، عمل عاقد فضولی، وصف کیفری نیز پیدا کرده و به‌عنوان انتقال مال غیر قابل تعقیب است. اما اگر مالک، عقد فضولی را اجازه بدهد وصف کیفری «انتقال مال غیر» بر آن صدق نمی‌کند هر چند عاقد فضولی، معامله را ابتدا برای خودش انجام داده و چنین وانمود کرده باشد که مال خودش را انتقال می‌دهد. پس تحقق یا عدم تحقق جرم انتقال مال غیر، منوط به اجازه مالک است و اجازه مالک اگر جزء عقد باشد، شرط تحقق جرم انتقال مال غیر خواهد بود اما اگر شرط عقد باشد، مانع تحقق جرم انتقال مال غیر به حساب می‌آید و در این صورت جرم انتقال مال غیر، جرم معلق می‌باشد. معلق بودن این جرم با ظاهر قانون، سازگاری ندارد زیرا جرم مزبور، یک جرم عمومی است که تعقیب آن نیازی به شکایت مالک ندارد همان‌گونه که گذشت وی تأثیری در مسئولیت کیفری ندارد. البته

در عمل به ندرت اتفاق می‌افتد که مالک پس از عقد فضولی، آن را اجازه بدهد و عوض مال خود را از عاقد فضولی دریافت نماید و با این وجود، شکایت انتقال مال غیر نیز مطرح کند یا دادستان، این جرم را بدون شکایت شاکی خصوصی به عنوان جرم عمومی، مورد تعقیب قرار دهد.

شایان توجه است که منظور از رضایت و اجازه مالک در اینجا، گذشت از جرم نیست به این صورت که مالک پس از وقوع عقد فضولی، شکایت کند و سپس اجازه بدهد بلکه منظور، اجازه عقد فضولی است. پس ممکن است مالک، عقد فضولی را اجازه بدهد و انتقال مال غیر را نیز تعقیب کند که البته صدور حکم به رد یا جزای نقدی معادل مال برده شده، وضعیت دیگری پیدا می‌کند.

همچنین منظور از رضایت، اجازه بعد از زمان عقد است زیرا اگر مالک، هنگام عقد فضولی، رضایت به انتقال مال خود داشته باشد جرمی محقق نمی‌شود و حتی ممکن است عمل عاقد فضولی در این حالت، وکالت یا نمایندگی از سوی مالک تلقی شود مگر این که معامله را برای خودش انجام دهد. آنچه گفته شد مربوط به مرحله ثبوت است یعنی رضایت مالک از نظر ثبوتی مانع تحقق جرم می‌شود اما از نظر اثباتی، فرض بر عدم رضایت است زیرا رضایت، امری حدوثری است که اصل بر عدم آن می‌باشد پس انتقال‌دهنده مال باید رضایت مالک را اثبات کند. سکوت مالک نیز نفعی برای متهم ندارد همان گونه که ماده ۲۴۹ قانون مدنی آورده است: «سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود».

۸- ملاک غاصب بودن یا نبودن عاقد فضولی

مشهور فقها که عقد فضولی را صحیح دانسته‌اند، حکم صحت را به صورت مطلق بیان کرده‌اند بدون این که تفکیکی میان غاصب بودن یا غاصب نبودن عاقد فضولی به عمل آورده باشند و حتی برخی از فقها به صراحت، این تفکیک را نفی کرده و می‌گویند آنچه ماهیت عقد فضولی را تشکیل می‌دهد، آن است که عقد بدون اذن مالک مال موضوع قرارداد، منعقد گردد هر چند عاقد، غاصب باشد. (شهید اول، ۱۷۷).

اما برخی از فقها میان حالت‌های مختلف، تفکیک کرده‌اند مانند حالتی که عاقد فضولی، غاصب است و معامله را برای خودش انجام می‌دهد و حالتی که عاقد فضولی گمان می‌کند که مالک است اما در واقع، مالک نیست و حالتی که عاقد فضولی، غاصب نیست. حال ممکن است گفته شود اگر عاقد فضولی، غاصب باشد عمل وی انتقال مال غیر به حساب می‌آید مانند

این که سارق، اموالی را که از راه سرقت به دست آورده است بفروشد. اما اگر عاقد فضولی، غاصب نباشد عمل وی فقط عقد فضولی بوده و فاقد وصف کیفری است. البته اگر عاقد فضولی، همان شخصی باشد که سرقت را انجام داده است مسأله تعدد جرم و تعدد مجازات مطرح می شود که بحث های مفصلی دارد.

برخی از فقها، عقد فضولی از سوی غاصب را باطل می دانند (کرکی، ۳۱۱) که اگر چنین باشد می توان این مسأله را یکی مصادیق حالتی به حساب آورد که عقد فضولی باطل، انتقال مال غیر محسوب می شود و معامله فضولی غاصب، عنوان جدیدی نخواهد داشت. اما به هر حال می توان غاصب بودن عاقد فضولی را ملاکی احتمالی برای تمایز میان عقد فضولی و انتقال مال غیر به حساب آورد اعم از این که چنین عقدی را همان گونه که مشهور فقها گفته اند، عقد صحیحی دانسته یا آن را عقد باطل بدانیم. البته اگر بر اساس ملاکی که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت، انتقال مال غیر منحصر در عقد فضولی باطل باشد، عقد فضولی غاصب بر مبنای دیدگاه مشهور فقها، انتقال مال غیر محسوب نخواهد شد زیرا چنین عقدی را صحیح می دانند. منظور از غصب مال در اینجا تصرف عدوانی و همراه با قهر و تشدد نیست بلکه هر گونه استیلا نامشروع را نیز شامل می شود یعنی تصرفات نامشروعی که عاری از اذن قانونی یا مالکانه باشد.

۹- ملاک نهی مالک و عدم رضایت وی

یکی از تقسیم بندی هایی که فقها برای عقد فضولی انجام داده اند، آن است که گاهی انتقال دهنده مال دیگری، معامله را برای مالک انجام می دهد و مالک در این خصوص، مخالفتی نکرده و رضایت یا عدم رضایت وی معلوم نیست و گاهی با چنین معامله ای، مخالفت کرده و فروشنده را از این کار نهی می نماید. در مورد عقد اول که شایع ترین مصداق عقد فضولی است، مشهور فقها عقیده دارند چنین معامله ای صحیح است و اجازه مالک، آن را کامل می کند. اما در مورد صحت عقد دوم، مخالفان زیادی وجود دارد (ابن ادریس، ۴۱۷) و دلایل چندی برای تأیید این نظریه ابراز گردیده است از جمله این که مهم ترین دلیل برای صحت عقد فضولی، روایت عروه بارقی می باشد (حر عاملی، ۲۴۵) و در این روایت آمده است که پیامبر (ص) عروه را از انجام چنین معامله ای نهی نکرده بود و از آنجا که صحت عقد فضولی، یک استثناء است باید به مورد خودش اکتفا شود. دلیل مهم دیگری که برای بطلان این معامله وجود دارد، آن است که اگر مالک، عقد فضولی را نهی کرده باشد این نهی پس از عقد فضولی

- حتی برای یک لحظه- نیز وجود دارد پس معنای نهی مالک، آن است که عقد فضولی را رد کرده است و وقتی مالک، عقد فضولی را رد کند عقد، فسخ و باطل می شود و نمی توان دوباره آن را احیا کرد زیرا اجازه پس از رد، تأثیری ندارد. (حسین عاملی، ۶۳۲) حتی فقها اجماع دارند بر این که شرط تأثیر اجازه، مسبوق نبودن آن به رد است زیرا اجازه مانند قبول است پس اگر قابل، قبل از قبول ایجاب، آن را رد کرده باشد حق پذیرش ایجاب را ندارد. (نجفی، ۲۷۸) پس یکی از تفاوت هایی که ممکن است برای عقد فضولی و انتقال مال غیر، مطرح شود آن است که عقد فضولی، ناظر به عقدی است که مالک مال عاقد را از انجام چنین معامله ای نهی نکرده باشد پس اگر مالک، عاقد را نهی کرده باشد عمل وی، انتقال مال غیر بوده و وصف کیفری نیز پیدا می کند. مشهور فقها، عقد فضولی با نهی مالک را نیز صحیح می دانند. (نجفی، ۲۳۳) و استنادشان بر آن است که ادله صحت عقد فضولی از جمله روایات خاصی که در این زمینه وارد شده است (حر عاملی، ۵۲۳ و ۵۲۵) تفکیکی میان نهی و عدم نهی مالک نکرده اند. اگر عقد فضولی را باطل بدانیم این حالت نیز مصداق حالتی خواهد بود که عقد فضولی صحیح را مصداق عمل حقوقی و عقد فضولی باطل را مصداق انتقال مال غیر می داند.

۱۰ - ملاک ماهیت اجازه

یکی از بحث های جدی در مورد عقد فضولی، آن است که آیا اجازه نیاز به لفظ یا فعل دارد یا صرف رضایت مالک کفایت می کند؟ در این زمینه دیدگاه های گوناگونی مطرح شده است که اینک قصد ورود به آنها را نداریم. (خراسانی، ۶۵)

اما نکته ای که با موضوع بحث ما ارتباط پیدا می کند آن است که پاسخ به این سوال بستگی به ماهیت اجازه دارد زیرا اگر اجازه، صرف رضایت باشد نه تنها نیازی به لفظ ندارد بلکه رضایت مالک در زمان عقد کفایت می کند اما اگر اجازه، عقد جدیدی باشد یا جزء عقد فضولی باشد یا جایگزین ایجاب یا قبول در عقد فضولی شود باید هم چون ایجاب و قبول بیان شود. یکی از دیدگاه هایی که در این زمینه مطرح می باشد، آن است که اجازه، عقد جدیدی است و جدا از عقد فضولی می باشد (قمی، ۱۷۳) استدلال این گروه، آن است که ادله شرعی در مورد وجوب وفای به عقد، کسانی را مورد خطاب قرار می دهد که در زمان عقد، مالک باشند در حالی که عاقد فضولی، مالک نیست بلکه اجازه دهنده، مالک است پس عقد واقعی از سوی اجازه دهنده صورت می گیرد و آثار عقد نیز متوجه اوست و اجازه به منزله عقد می باشد. (شهیدی، ۱۲۲)

اما مشهور فقها این دیدگاه را قبول ندارند زیرا اولاً اجازه به منزله عقد نیست بلکه رضایت به عقد است و ثانیاً به فرض آن که مانند عقد باشد نیز ممکن است به صورت معاطاتی انجام شود و نیازی به لفظ ندارد. البته در مورد این که اجازه نیاز به انشاء دارد و صرف رضایت درونی کفایت نمی‌کند، تردید جدی وجود ندارد. (انصاری، ۴۲۲)

حال نتیجه‌ای که در مورد تفاوت عقد فضولی و انتقال مال غیر از مباحث فوق می‌توان به دست آورد، آن است که اگر اجازه مالک، عقد جدیدی باشد ارتباط مستحکمی میان عقد فضولی و اجازه وجود ندارد بلکه عقد فضولی، عقد باطل و بی‌اثری است و آنچه موجب انتقال مالکیت می‌باشد، اجازه مالک است. در این صورت اشکال تعارض حکم وضعی و حکم تکلیفی، مطرح نمی‌شود زیرا عقد فضولی، عقدی باطل می‌شود و انتقال مال غیر است و اجازه بعدی، آن عقد را تصحیح نمی‌کند بلکه عمل حقوقی جداگانه‌ای است. پس هر عقد فضولی، انتقال مال غیر می‌باشد و رابطه این دو عمل، رابطه تساوی است و اجازه بعدی نیز تأثیری در تبدیل بطلان به صحت ندارد. البته همان گونه که اشاره شد، این دیدگاه که از سوی برخی فقها مطرح شده است (فاضل مقداد، ۲۷) طرفدار زیادی ندارد و در نتیجه نمی‌توان از منظر حقوق جزا چنین نتیجه‌گیری کرد که انتقال مال غیر، همان عقد فضولی است و هر عقد فضولی، قابل تعقیب کیفری است.

اگر اجازه مالک، ملاک تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر باشد باید برای تشخیص این دو عنوان صبر کرد تا مالک تصمیم خویش برای رد یا اجازه را اتخاذ نماید و در صورت اجازه نیز باید دید اجازه، ناقل است یا کاشف می‌باشد.

یکی از مباحث مهم عقد فضولی که با مباحث فلسفی ارتباط نزدیکی داشته و فقها را در خصوص مشروعیت دادن به این عقد، دچار ابهام جدی ساخته است، نحوه تأثیر اجازه مالک می‌باشد زیرا اگر اجازه را ناقل بدانیم موجب تحقق شرط بعد از مشروط یا علت پس از معلول می‌شود و اگر اجازه را کاشف بدانیم به معنای عدم مالکیت مالک در زمان اجازه خواهد بود و از همین روی، نظریه‌های دیگری هم‌چون کشف حکمی و کشف انقلابی و کشف مقداری، مطرح شده است. این دیدگاه‌ها ممکن است تأثیر عقد در انتقال مالکیت را حل کند اما آیا در توجیه جرم‌انگاری این عمل نیز تأثیری دارد؟ برای پاسخ به این سوال دیدگاه‌های فقها در مورد کاشف یا ناقل بودن اجازه و ارتباط آن با وصف کیفری عقد فضولی را بررسی می‌کنیم. نظریه ناقل بودن اجازه؛ گروهی از فقها، اجازه را ناقل می‌دانند یعنی مالکیت از زمان اجازه،

انتقال می‌یابد پس در زمان عقد، مالکیت مبیع به مالک اصلی تعلق دارد. (اردبیلی، ۱۵۹) بر اساس این نظریه، فروشنده فضولی در زمان انتقال مال غیر، هیچ مالکیتی ندارد و حتی اجازه بعدی مالک نیز سبب مالکیت وی در زمان عقد نمی‌شود تا راهی برای توجیه عمل وی وجود داشته باشد. پس جرم بودن عقد فضولی با قواعد حقوق جزا، تعارضی ندارد زیرا ارکان جرم در زمان وقوع عقد فضولی، فراهم بوده و اجازه بعدی نیز تأثیری ندارد. البته فقها در مورد امکان یا عدم امکان ناقل بودن اجازه، بحث‌های مبسوطی را مطرح کرده‌اند که از حوصله این مقاله خارج است و فقط در حد اشاره متذکر می‌شویم که مخالفان ناقل بودن اجازه چنین گفته‌اند که اجازه زمانی محقق می‌شود که عقدی وجود ندارد یعنی موجب تأثیر امر معدوم می‌شود حال آن‌که تأثیر معدوم در موجود، امر محالی است. (نراقی، ۲۸۴)

نظریه کاشف بودن اجازه؛ مشهور فقها عقیده دارند که اجازه، کاشف است یعنی کاشف از انتقال مالکیت از زمان عقد می‌باشد به گونه‌ای که گویی اجازه، هم‌زمان با عقد وجود داشته است. این نظریه از دیدگاه فلسفی و حتی عرفی، نتایج نامعقولی را در پی دارد و بر همین اساس طرفداران آن، در چند دسته مقابل یکدیگر صف آرایی کرده‌اند. برخی از آن‌ها، کاشف بودن اجازه را به معنای حقیقی آن نمی‌دانند زیرا امکان ندارد اجازه موجب انتقال مالکیت از زمان عقد باشد. به عنوان مثال چنان‌چه «الف» اتومبیل متعلق به «ب» را روز شنبه به «ج» بفروشد و «ب» روز پنج‌شنبه این عقد را اجازه بدهد نوعی تناقض‌گویی به وجود می‌آید زیرا اگر اجازه، کاشف از انتقال اتومبیل در روز شنبه به «ج» باشد پس «ب» در روز پنج‌شنبه مالکیتی ندارد تا عقد روز شنبه را اجازه بدهد. بر همین اساس عده‌ای کشف استحصال و گروهی کشف مقداری را مطرح نموده‌اند و گروهی دیگر که دیدگاهشان مورد پیروی قانون مدنی نیز قرار گرفته است، کشف حکمی را پذیرفته‌اند. بر اساس این نظریه، اجازه ناقل مالکیت عین است اما در برخی آثار مانند انتقال منافع، اجازه از زمان عقد تأثیر می‌کند و در حکم کشف است (ماده ۱۵۷ قانون مدنی).

حال ممکن است گفته شود اگر اجازه، ناقل باشد عقد فضولی همان انتقال مال غیر است اما اگر اجازه، کاشف حقیقی باشد و مالک، عقد را اجازه بدهد عقد فضولی محسوب می‌شود. اگر اجازه، کاشف حکمی باشد تردید وجود دارد و بر اساس ظاهر قانون مدنی، عقد فضولی همان انتقال مال غیر خواهد بود زیرا قانون‌گذار فقط اجازه را در برخی آثار، کاشف دانسته است پس در بقیه آثار، اصل بر ناقل بودن اجازه است یعنی عاقد فضولی، مال غیر را انتقال داده است.

نتیجه گیری

قانون مدنی و قانون مجازات، انتقال مال غیر در دو زمان نزدیک به یکدیگر به تصویب رسیده و دو عنوان مشابه مورد قانون گذاری قرار گرفته است که احکام آن‌ها در ظاهر، همسو با یکدیگر نیستند. عنوان «عقد فضولی» در قانون نخست مصوب ۱۳۰۷ به عنوان یک عمل حقوقی صحیح و مطابق با قاعده پیش‌بینی شده و عنوان «انتقال مال غیر» در قانون دوم مصوب ۱۳۰۸ به عنوان عملی ممنوع، مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. قانون جزا معمولاً ضمانت اجرای کیفری اعمال ممنوع در قوانین مدنی است یعنی در پاره‌ای موارد ضمانت اجرای بطلان یا پرداخت خسارت برای جلوگیری از عملی کفایت نمی‌کند پس مجازات هم در نظر گرفته می‌شود. اما عقد فضولی چنین نیست و قانون‌گذار بر خلاف هدف مزبور، ضمانت اجرای کیفری برای عملی در نظر گرفته است که از دیدگاه قانون مدنی، صحیح و معتبر می‌باشد. البته در قانون کیفری عبارتهایی هم چون «بدون مجوز قانونی» و «علم به اینکه مال غیر است» و «معاملات تقلبی» به کار رفته است در حالی که قانون مدنی فقط عبارت «معامله فضولی» و «معامله به مال غیر» را به کار برده است اما این عبارات، دلالتی بر تمایز اساسی عقد فضولی و انتقال مال غیر ندارد. پس باید این عمل را توجیه نمود و مهم‌ترین اقدامی که در این زمینه به نظر می‌آید، بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر است و مقاله حاضر به بررسی همین موضوع پرداخته است. این کار دشواری‌های زیادی دارد زیرا فقها در مورد اساس مشروعیت عقد فضولی یا احکام آن، اختلاف نظرهای زیادی دارند و در نتیجه نمی‌توان ملاک واحد و ثابتی ارائه نمود که با تمامی دیدگاه‌ها سازگار باشد و قانون‌گذار نیز هیچ حکمی در خصوص تمایز این دو عنوان، بیان نکرده است. آنچه به عنوان ملاک تمایز بیان گردید بر مبنای دیدگاه‌های متفاوت فقهی است و اگر سخن فقیهانی پذیرفته شود که عقد فضولی را باطل می‌دانند مشکل پیش نمی‌آید زیرا انتقال مال غیر، چهره کیفری نهی قانون‌گذار است. اما مشکل از آنجا ناشی می‌شود که فقها و به تبع آن‌ها، قانون مدنی عقد فضولی را صحیح می‌دانند. نکته‌ای که ما را در نتیجه‌گیری یاری می‌دهد آن است که اکثر فقها، عقد فضولی را به صورت مطلق، صحیح نمی‌دانند بلکه شرایطی را پیش‌بینی کرده‌اند که فقدان آن‌ها موجب بطلان عقد فضولی می‌شود و در نتیجه می‌توان قاعده‌ای کلی بنا کرد و چنین گفت که به جز در موارد استثنایی هر گاه عقد فضولی فاقد شرایط صحت بوده و باطل شود از شمول عنوان «عقد فضولی» خارج شده و مشمول عنوان «انتقال مال غیر» قرار می‌گیرد. فرضیه‌هایی که برای تمایز

عقد فضولی و انتقال مال غیر وجود دارد مبتنی بر دیدگاه‌های متفاوت فقها در مورد عقد فضولی است و در نتیجه نمی‌توان فرضیه خاصی را انتخاب کرد. اما از منظر قانونی می‌توان گفت قانون‌گذار، این عمل را از نظر وضعی، صحیح دانسته و از نظر تکلیفی، جرم‌انگاری کرده است. شبیه این موضوع در مسأله «دلالت نهی بر فساد» نیز وجود دارد زیرا عملی که حرام است، صحیح دانسته می‌شود. با این وجود سایه تردیدها بر این موضوع هم‌چنان محسوس است و نیاز به اقدامات قانونی دارد.

با عنایت به آنچه گفته شد پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار بر اساس منابع شرعی و فتاوی معتبر، شرایط صحت و موارد بطلان عقد فضولی را در قانون مشخص نماید و آنگاه قاعده‌ای کلی در حقوق جزا تأسیس شود که عقد فضولی باطل به‌عنوان انتقال مال غیر، قابل تعقیب کیفری باشد.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن حمزه، *الوسيلة*، در سلسلة الینابیع الفقهیة، مروارید، ج ۱۳، مؤسسة فقه الشیعة، ۱۴۱۰ق.
- اردبیلی، مولی احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حائری شاه باغ، *شرح قانون مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسایل الشیعة الی تحصیل احکام الشریعة*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۳م.
- خراسانی، محمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- زراعت، عباس، *بطلان در آئین دادرسی کیفری*، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- _____، *حقوق جزای عمومی تطبیقی*، انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۴.
- شهید اول، محمد بن مکی، *غایة المراد*، به نقل از حاشیه مکاسب، کمیته تحقیق آثار شیخ انصاری، مجمع الفکر الاسلامی، ج ۳، ۱۴۲۹ق.
- _____، *الدروس الشرعیة*، موسسه النشر اسلامی، بی تا.

_____، **القواعد والفوائد**، ترجمه دکتر صانعی، دانشگاه مشهد، ۱۳۷۲.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، قم، دارالهدی، بی تا.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایة الطالب الی اسرار المكاسب**، قم، دارالفقه للطباعة و النشر، ۱۳۸۶.

شوشتری، **مقابس الانوار**، کتاب البیع به نقل از کمیتة تحقیق آثار شیخ انصاری، مجمع الفکر اسلامی، ج ۳، ۱۴۲۹ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.

صدر، محمد باقر، **دروس فی علم الاصول**، الحلقة الاولى، مجمع الشهدید الصدر، ۱۴۰۸ق.

طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط**، مکتبة المرتضویه، ۱۳۸۷.

_____، **النهاية**، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.

عاملی غروی، جواد بن محمد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.

عدل مصطفی، **حقوق مدنی**، انتشارات امیر کبیر، چاپ هفتم، ۱۳۴۲.

علامه حلی، حسن بن یوسف، **تذکرة الفقهاء**، مکتبة المرتضویه، بی تا.

فاضل مقداد، جمال الدین، **التنقیح الرائع لمختصر الشرایع**، ۱۴۰۴ق.

فخر المحققین، محمد بن حسن، **ایضاح الفوائد فی شرح القواعد**، قم، ۱۳۸۹ق.

قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات**، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.

کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۰.

_____، **قواعد عمومی قراردادها**، به نشر، ۱۳۶۶.

محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱.

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، **مجموعه نظریات فقهی در امور کیفری**، نشر قضا، ۱۳۸۲.

معاونت آموزش قوه قضائیه، **رویه قضایی ایران**، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.

نجفی، موسی، **منیة الطالب فی حاشیة المكاسب**، تهران، مطبعة حیدریه، ۱۳۷۳ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، **مستند الشیعة**، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۵ق.

یزدی، محمد کاظم، **حاشیة علی المكاسب**، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.