

وضعیت حقوقی معاملات معارض با قرارداد تعهد به فروش عین معین

دکتر منصور امینی*

حسین اعظمی چهاربرج**

چکیده

تعهد به انتقال مالکیت، که امروزه بیشتر در قالب قولنامه مشاهده می‌شود، یکی از قراردادهایی است، که علی‌رغم اختلاف نظر راجع به نفوذ و لزوم آن در فقه، در حقوق موضوعه به عنوان یک قرارداد نامعین پذیرفته شده است، لذا باید ابعاد مختلف آن مورد بررسی قرار گیرد. از جمله مواردی که از لحاظ آماری نیز پرونده‌های زیادی را در محاکم کشور به خود اختصاص داده، بحث معاملات معارض با این قرارداد و وضعیت حقوقی آنهاست. در خصوص صحت یا بطلان یا عدم نفوذ و... این معاملات اختلاف نظرهای قابل توجهی وجود دارد. بررسی نظرهای مختلف در نظام‌های حقوقی دیگر کشورها و آرا حقوق دانان و فقهای امامیه، مجموعاً پنج نظریه را نمایان می‌سازد که در این نوشتار بر آنیم تا با بررسی تحلیلی نظرات مذکور به ارزیابی آن‌ها بپردازیم نتیجه این بحث ارائه راه حلی است که هم جانب رعایت نظم و ثبات معاملاتی را در نظر گرفته و هم با مبانی پذیرفته شده در سیستم حقوقی ایران می‌تواند در راستای اعمال ماده ۳ ق آ.د.م و اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در پرونده‌های مربوط مورد استفاده قرار گیرد.

کلید واژگان

تعهد به فروش عین معین - قولنامه - تعهد به بیع - معاملات معارض - قاعده لزوم - حق عینی - تحلیل اراده طرفین.

*- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران.

مقدمه

در روابط اجتماعی و اقتصادی، انجام معاملات یکی از ضروریات زندگی محسوب می‌شود و از آغاز زندگی مدنی بشر، داد و ستد یکی از طرق عمده رفع نیازهای بشری بوده است. در این اثنا خرید و فروش علاوه بر رفع نیازهای شخصی، جنبه تجاری به خود گرفت و یکی از روش‌های عمده تحصیل سود گردید.

از نقطه نظر تجاری، آنچه اهمیت اصلی و اساسی دارد، به دست آوردن سود است و موضوع معامله فی نفسه دارای مطلوبیت نیست با این حال ممکن است متعاملین قصد معامله عین معینی را داشته باشند و در واقع موضوع معین معامله برای آنها مطلوبیت داشته باشد، در چنین وضعی ممکن است طرفین مستقیماً عقد ناقل ملکیت را منعقد کنند تا خریدار مالک عین و فروشنده مالک ثمن گردد. ولی اگر طرفین به هر دلیلی نخواهند یا نتوانند مستقیماً عقد مذکور را منعقد کنند، مثلاً مالکی می‌خواهد آپارتمانش را بفروشد ولی به جهت اینکه کارهای مقدماتی انتقال از جمله عوارض شهرداری و مفاسد حساب دارایی را پرداخته و مشتری نیز ثمن معامله را تهیه نکرده است در این صورت قبل از انجام معامله نهایی، با خریدار قراردادی را منعقد می‌کند که براساس آن مالک متعهد می‌شود ظرف مدت معینی آن آپارتمان را به شخص طرف قرارداد بفروشد و خریدار نیز ملزم به خرید آن می‌گردد. به طور کلی چنین تعهدی ممکن است به یکی از صور ذیل محقق گردد:

الف) تعهد متقابل بیع: که در این تعهد فروشنده متعهد می‌گردد، مال خود را در مدت معینی به طرف قرارداد بفروشد و طرف دیگر نیز متعهد به خرید آن می‌شود که در لسان عرف این حالت به «قول‌نامه» شهرت یافته است.

ب) وعده بیع (تعهد یک طرفه بیع): که در این قرارداد فقط برای یکی از طرفین که معمولاً فروشنده است ایجاد تعهد می‌شود که مفاد آن به یکی از صور ذیل است:

۱) فروشنده شرایط معامله و قیمت را تعیین و اراده خود را بر انتقال مبیع اعلام سپس انعقاد آن را موکول به قبول خریدار می‌نماید، به طوری که اگر او پیشنهاد را بپذیرد عقد واقع گردد.

۲) فروشنده صرفاً تعهد می‌کند که ظرف مدت معینی مورد معامله را به خریدار

منتقل نماید ولی در مورد شرایط و قیمت مورد معامله بحثی نمی‌شود و توافق راجع به این امور به زمان انعقاد عقد اصلی واگذار می‌گردد.

ج) فروشنده تعهد می‌کند که اگر بخواهد مالش را بفروشد، طرف معامله را برتری دهد و به او بفروشد (الوعد بالتفضیل)

ممکن است هر یک از طرفین قراردادی به تعهد خود عمل نکند و از اجرای تعهدات خویش سرباز زنند، در این مقاله در صدد تعیین ضمانت اجرای تمام تعهدات ممکنه در چنین قراردادهایی نیستیم بلکه صرفاً به بررسی ضمانت اجرای تخلف بایع می‌پردازیم. عدم اجرای تعهد توسط بایع ممکن است به یکی از دلایل ذیل باشد:

اول) ممکن است با وجود اینکه مورد معامله هنوز در ملکیت متعهد است ولی از انجام تعهد خود مبنی بر انتقال آن به طرف معامله (متعهدله) سرباز زند که در این صورت طبق عموماً متعهدله می‌تواند اجبار و الزام متعهد را به انجام تعهد از دادگاه صالح تقاضا نماید.

دوم) ممکن است مورد معامله به واسطه یک عمل مادی از ملکیت متعهد خارج گردد و مثلاً در اثر حادثه‌ای تلف گردد یا فردی موجبات اتلاف آن را فراهم آورد. در این حالت، انجام تعهد موضوعاً منتفی است هر چند در حالت اتلاف می‌تواند بحث جبران خسارت مطرح گردد.

سوم) ممکن است مورد معامله به واسطه یک عمل حقوقی از ملکیت متعهد خارج گردد، یعنی متعهد در مال مورد معامله، تصرفات اعتباری (حقوقی) نماید که معارض و منافی با تعهد قبلی او باشد، خواه این تصرف عقد باشد یا ایقاع و خواه لازم باشد یا جایز، مثلاً مالی که تعهد به فروش آن به حسن را نموده بود به حسین بفروشد یا آن را وقف نماید یا به رهن و شرکت بگذارد. آنچه در این نوشتار بحث شده است بررسی وضعیت حقوقی (صحت بطلان و...) تصرفات اعتباری متعهد در مورد معامله است نگارنده در این مقاله می‌کوشد تا با توجه به منابع حقوقی و بررسی اندیشه حقوق دانان و فقها و نیز مطالعه موضع سایر نظام‌های حقوقی، محورهای استدلالی را که در موضوع مطروحه مورد بحث و اظهار نظر قرار گرفته‌اند گردآورده و مورد بررسی قرار دهد، این مختصر شامل پنج مبحث است که در هر کدام به بررسی یکی از نظریات مطرح در این زمینه

می‌پردازیم که اجمالاً به شرح ذیل است:

مبحث اول: نظریه مبتنی بر تحلیل اصل لزوم و بقای حق فروش

مبحث دوم: نظریه مبتنی بر بررسی قاعده لاضرر و ممنوعیت سوء استفاده از حق

مبحث سوم: نظریه مبتنی بر تحلیل اراده و قصد مشترک طرفین

مبحث چهارم: نظریه مبتنی بر توصیف حق ناشی از قرارداد تعهد به فروش عین معین

مبحث پنجم: نظریه مبتنی بر تحلیل قاعده لزوم (حکم وضعی لزوم)

مبحث اول: نظریه مبتنی بر تحلیل اصل لزوم و بقای حق فروش

در مورد تخلف از اجرا و ایفاء تعهد، راجع به قرارداد تعهد به فروش عین معین، برخی از حقوق دانان^(۱) و نیز فقها^(۲) عقیده دارند: اگر متعهد از انجام تعهد خود مبنی بر انتقال ملکیت مورد معامله به متعهدله سرباز زند و ملک مذکور را به شخص دیگری منتقل نماید، معامله ثانوی صحیح خواهد بود، چرا که معامله دوم، از طرف مالک عین و در زمان ملکیت او نسبت به آن واقع شده لذا هیچ مبنایی برای ابطال آن وجود ندارد و به خاطر خروج عین از ملکیت متعهد، انجام تعهد متعذر شده پس متعهدله صرفاً می‌تواند به بدل رجوع نماید و در صورتی که خسارتی وارد شده باشد طبق قواعد مسئولیت مدنی می‌تواند آن را مطالبه نماید. هر چند استاد گرانقدر جناب آقای دکتر کاتوزیان در تالیفات بعدی خود از این نظر عدول کرده‌اند^(۳) ولی به نظر می‌رسد این نظر در فقه امامیه و حقوق خارجی و نیز رویه قضایی ایران هم طرفدارانی دارد.

امام خمینی (ره) در کتاب البیع^(۴) در خصوص شرطی که به واسطه خروج عین از ملکیت مشروط علیه به وسیله یکی از عقود ناقله متعذر شده است بیان می‌دارند: (دلیل

۱- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۲۵۳۶ شاهنشاهی، ص ۵۸.

۲- اصفهانی، شیخ محمدحسین، حاشیه المکاسب، چاپ اول، قم، انتشارات المحقق، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۲۰۰.

۳- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)، دو جلدی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، جلد ۱، ص ۲۶ به بعد و قواعد عمومی قراردادها، پنج جلدی، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰ جلد ۱، ص ۳۸۹ و ۳۹۰.

۴- موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، پنج جلدی، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ.ق، جلد ۵، ص ۲۳۳.

لزوم وفای به شرط، صرفاً به خود شرط بر می‌گردد و عقلایی نیست که این امر به مصداق دیگری از جمله بیع و وقف و... تسری یابد؛ صرف عدم انجام شرط تخلف از وجوب تکلیفی است لذا نمی‌تواند ضمانت اجرای وضعی داشته باشد).

پس طبق نظر ایشان اگر مشروط علیه از انجام شرط خودداری کند، صرف نظر از انجام فعل حرام، فقط به پرداخت بدل تعهد ملزم خواهد بود.

صاحب مصباح الفقاهه^(۵) نیز در این خصوص قائل به صحت عقد دوم شده‌اند و مشروطه را فقط مستحق دریافت بدل دانسته‌اند. برخی دیگر از فقها نیز همین نظر را در تالیفات خودشان اتخاذ کرده‌اند.^(۶)

در حقوق خارجی نیز این نظر طرفداران زیادی دارد، در حقوق فرانسه نویسندگان بزرگی قائل بر جبران خسارت صرف هستند و ابطال معامله دوم را موجه نمی‌دانند.^(۷)

در حقوق مصر، دکتر سنهوری به این نظر متمایل شده‌اند که اگر متعهد در مورد تعهد دخل و تصرفی کند این تصرف در حق متعهده تسری نمی‌کند و وی فقط می‌تواند به بدل رجوع کند.^(۸) البته حقوق دانان مصری در فرضی که انتقال‌گیرنده دوم از حق متعهده اطلاع و آگاهی داشته و با سوء نیت اقدام به تصرف در مال مذکور نموده و یا در حالتی که متعهده له بتواند تبانی مالک و انتقال‌گیرنده را در خصوص اضرار به حق خود اثبات نماید متعهده را مستحق اقامه دعوی بطلان معامله دوم می‌دانند.^(۹) البته این نظر بین حقوق دانان مصری مورد اتفاق نیست و برخی فقط حق متعهده را در رجوع به بدل و جبران خسارت عدم انجام تعهد، محدود می‌کنند و حکم به عدم نفوذ معامله دوم را ناشی از اختلاط بین نظام مسئولیت مدنی و مسئولیت قراردادی می‌دانند.^(۱۰)

۵- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تحقیق محمد علی توحیدی، هفت جلدی، چاپ اول، قم، مدرسه دارالعلم، ۱۳۶۵، جلد ۷، ص ۱۶۷.

۶- نجفی، محمد حسین، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ چهارم، تهران، دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۸، جلد ۲۲، ص ۲۵۶.

۷- مازو، جلد ۳، ش ۷۹۶، پلاتیول و ریبر، جلد ۱، ش ۱۱۹ به نقل از کاتوزیان، پیشین، ص ۵۷.

۸- سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت، احیاء التراث العربی، جلد ۴، ص ۶۳.

۹- السنهوری، پیشین، جلد ۲، ص ۵۸۸۵.

۱۰- جمیل الشرقاوی، به نقل از همان، جلد ۴، ص ۶۴.

در حقوق انگلستان،^(۱۱) انتقال مال معینی که تعهد به فروش آن شده است به شخص دیگری به غیر از متعهدله، یکی از موارد نقض قرارداد قلمداد شده است^(۱۲) و حتی امکان برگشت دو باره مالکیت به مالک اولیه به نحوی که امکان اجرای تعهد فراهم گردد، نیز مانع از تحقق نقض قرارداد و لزوم جبران خسارت دانسته نشده است.

در پرونده *Dmniumentreprises V sutherland* دادگاه این ادعا را که مالک ممکن است با فسخ قرارداد و برگشت مورد تعهد به مالکیتش بتواند قرارداد را اجرا کند نپذیرفت و حق خواهان به دریافت خسارت را به رسمیت شناخت.

البته شایان ذکر است که در حقوق کامن لا جبران خسارت باید به گونه‌ای صورت گیرد تا زیان دیده در همان وضعیتی قرار گیرد که اجرای قرارداد وی را در آن وضعیت قرار می‌داد و لذا مفهوم خسارت حتی شامل منافع مورد انتظار^(۱۳) نیز می‌گردد، این موضوع در پرونده *Robinsin V har man* ۱۸۴۸ مورد لحوق حکم قرار گرفته است.^(۱۴) لذا قاعده اصلی در حقوق انگلستان، جبران خسارت است و ایفای عین تعهد فقط در موارد خاصی و بنا به صلاح دید دادگاه تجویز شده است و چون ایفای عین تعهد به عنوان یک راه حل مبتنی بر انصاف می‌باشد.^(۱۵) که در موارد خاصی اجرا می‌گردد لذا به زحمت می‌توان در خصوص موضوع بحث حاضر در حقوق انگلیس به غیر از راه حل جبران خسارت، راه کار دیگری پیدا کرد.

در رویه قضایی ایران هم در پاره‌ای از آراء از این دیدگاه طرفداری شده است.^(۱۶)

11- Treitel, G.H, The Law of contract, 17th ed , London, sterens do sons, 1997, p 639

12- incapacitating oneself.

13- expectation interest.

14- Ruff, Anne, Nutcases, 4th ed, London, sweet & Maxwell, 2005, p 167.

15- Koffman, Laurence, The Law of contract, 2004, p. 623.

۱۶- البته رویه قضایی بیشتر نسبت به موضوعات و فروعی دیده می‌شود که در عرف معاملاتی متداول و مرسوم است. در عرف معمولاً برای عدم انجام معامله در موعد معین مبلغی به عنوان وجه التزام معین می‌گردد تا طرف متخلف آن را بپردازد، وجه التزام مذکور بنابه تصریح ماده ۲۳۰ قانون مدنی (... مبلغی است که به عنوان خسارت عدم انجام تعهد...) پرداخت می‌گردد.

در تحلیل و بررسی رابطه بین شرط وجه التزام و اجرای اصل تعهد، رویه قضایی دارای تشتت است:

ارزشیابی نظریه:

به نظر می‌رسد این دیدگاه علی‌رغم نقاط قوت و پذیرشی که در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی دارد بدون عیب و مصون از انتقاد نیست، زیرا؛ نخست آنکه: طرفداران این نظریه وجود قرارداد بین متعهد و متعهدله (قرارداد تعهد به فروش عین معین) و لزوم اجرای آن و نیز قصد و هدف طرفین را نادیده گرفته‌اند و برای تخلف متعهد ضمانت اجرایی مبتنی بر قواعد مسئولیت مدنی قرارداده‌اند که با قاعده لزوم قراردادهای در تبیین است. زیرا تا زمانی که امکان اجرای قراردادی وجود داشته باشد و یا بتوان به نوعی موجبات اجرای آن را فراهم نمود، نباید آن را خاتمه یافته تلقی کرد و به ضمانت اجرای غیر قراردادی متوسل شد. دوم، طرفین در حین انعقاد قرارداد تعهد به فروش، علی‌الاصول به طرح دعوای

برخی از محاکم عقیده دارند: با درج مبلغی به عنوان وجه التزام در قرارداد؛ ضمانت اجرای عدم انجام تعهد، مطالبه وجه مذکور است نه درخواست الزام طرف به انجام مورد تعهد (پرونده شماره ۹۳۷/۳۶ شعبه ۴ دادگاه بخش تهران - به نقل از کاتوزیان، همان، ص ۶۸)، (نظریه دادیار دادرسی دیوان عالی در دادنامه شماره ۳۶۲۰۳ مورخ ۸۱/۳/۲۵ شعبه ۳۶ دیوان عالی کشور).

در مقابل شماری دیگر از دادگاه‌ها، در صورتی که متعهد از اجرای تعهدات خود سرباز زند متعهدله را فقط مستحق مطالبه وجه التزام نمی‌دانند بلکه اعتقاد دارند متعهدله مخیر است که اجرای اصل تعهد را مطالبه نماید یا وجه التزام مضبوط در قرارداد را، در این خصوص هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رای اصراری خود چنین اظهار عقیده کرده است (... بنابراین، نظر دادگاه به اینکه، ضمانت اجرای تعهد مذکور صرفاً پرداخت وجه التزام است و موردی برای الزام وی به انجام انتقال رسمی نمی‌باشد برخلاف قصد و نیت طرفین قرارداد و مندرجات پرونده بوده و مخدوش است...) (کاتوزیان، همان، ص ۷۵) به نظر می‌رسد اختلاف نظر دادگاه‌های مذکور به اختلاف در تحلیل ماهیت حقوقی شرط التزام بر می‌گردد؛ چرا که آنچه مسلم است شرط کیفری یک قرارداد خصوصی است که پیشاپیش خسارت متعهدله را در صورت تخلف معین کرده است (عابدیان، میر حسین؛ مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادهای، مجله تخصصی الهیات و حقوق، بهار ۱۳۸۵، شماره ۱۹ ص ۱۰) ولی آیا این شرط به‌طور ضمنی حق فسخی را برای یکی از طرفین یا شرط فاسخی را به همراه دارد؟ هر چند به نظر می‌رسد ماهیت حقوقی شرط کیفری (وجه التزام) صرفاً تعیین خسارت قبل از تخلف متعهد نیست، بلکه متضمن شیوه‌ای برای پایان دادن به قرارداد نیز می‌باشد (اعم از نوعی اقاله - حق فسخ برای متعهد - حق فسخ برای متعهدله - شرط فاسخ و...) که بررسی آن‌ها در حوصله این مختصر نمی‌گنجد - ولی نمی‌توان نظری را پذیرفت که بر اساس آن، با تخلف متعهد از انجام تعهد قراردادی، متعهدله فقط مستحق گرفتن وجه التزام است، چرا که در این حالت سرنوشت عقد فقط به دست متعهد خواهد بود و در واقع اختیاری به متعهد داده می‌شود تا به موجب آن؛ یا قرارداد را اجرا نماید و یا خسارت مذکور در عقد را بپردازد، بدون اینکه متعهدله قادر به اجبار او باشد. پس باید قائل به نظری شد که امکان الزام و اجبار را نیز به متعهدله می‌دهد.

مسئولیت مدنی توجه نداشته‌اند، پس چگونه می‌توان برای تخلف از اجرای چنین قراردادی ضمانت اجرایی در نظر گرفت که اساساً انتساب آن به اراده طرفین مشکل و اثبات ارکان آن در برخی موارد با صعوبت همراه است.

سوم، چه بسا مالی موضوع قرارداد تعهد به فروش باشد که از لحاظ اقتصادی دارای ارزش بالایی نبوده و صرفاً یک علاقه شخصی باعث انعقاد قرارداد مذکور شده باشد و قصد متعهدله فقط ناظر به اجرای مفاد قرارداد و رسیدن به مورد معامله بوده و هیچ توجهی به خسارت تخلف از انجام آن و اخذ بدل آن نداشته باشد. و یا ممکن است اصولاً در نتیجه عدم اجرای تعهد هیچ خسارتی به متعهدله وارد نشده باشد.^(۱۷) آیا در این حالت باید متعهد را بدون مجازات رها کرد و معامله دوم را نیز صحیح دانست؟ در این صورت تکلیف متعهد، به اجرای تعهد و قاعده لزوم و مواد ۲۱۹ و ۱۰ ق.م. و نیز قصد مشترک طرفین برای ایجاد عقدی که دارای اثر حقوقی باشد را چگونه می‌توان تعبیر و تفسیر کرد؟

این ابهامات و ابهامات دیگری که ممکن است مطرح گردد ما را ناگزیر می‌سازد تا این نظر را به عنوان راه حل جامع و مانع مورد پذیرش قرار ندهیم و در حد امکان دنبال راه حلی باشیم که هم از نظر مبانی و هم از نظر عملی با مشکلات کم‌تری مواجه شویم.

مبحث دوم: نظریه مبتنی بر بررسی قاعده لاضرر و ممنوعیت سوء استفاده از حق؛
برخی از بزرگان^(۱۸) با توسل به قواعد خارج از قرارداد، از جمله قاعده لاضرر و ممنوعیت سوء استفاده از حق، قائل به عدم نفوذ معامله دوم در فرض مسئله ماحده‌اند. براساس این دیدگاه، هر شخصی در مقام اجرای حق خود داری محدودیت‌هایی است و اعمال این محدودیت‌ها مانع از آن می‌گردد که ذی‌حق بتواند بدون حد و مرز به اعمال

۱۷- البته در حقوق برخی کشورها مثل انگلستان در جایی که متعهدله خود متحمل ضرر نشده است، میزان خسارت را با توجه به نفعی که متعهد از نقض قرارداد برده است محاسبه می‌کنند. ولی پذیرش این نحوه تقویم خسارت در حقوق ایران دشوار است. (Ruff.OP. CIT)

۱۸- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پنج جلدی، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، جلد ۱، ص ۳۸۹-۳۹۰.

حقوق خویش بپردازد. از جمله این محدودیت‌ها ضرری است که در نتیجه اعمال حق توسط صاحب حق به دیگران وارد می‌آید؛ لذا اگر اعمال حق وسیله اضرار به غیر گردد، قاعده لاضرر جاری شده و منبع ضرر را از بین می‌برد.^(۱۹)

ماده ۱۳۲ ق. م ایران با تبیین رابطه بین اصل تسلیط و قاعده لاضرر به انعکاس این محدودیت پرداخته است به موجب ماده مذکور (کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد). پس همان‌طوری که اضرار به غیر مانع از تصرفات مادی مالک در مایملک خود می‌شود، تصرفات حقوقی نیز می‌تواند مشمول این حکم گردد و به جهت ضرری که انتقال بعدی موضوع تعهد به حق دینی متعهدله و همچنین حق قابل احترام وی نسبت به تملک موضوع تعهد در آینده می‌رساند و هر دو این حقوق را از بین می‌برد پس از این منظر ضرری به متعهدله وارد می‌گردد، که در دید عرف و بر مبنای اصول و از نظر حفظ نظم معاملات نابهنجار جلوه می‌کند. لذا باید با اجرای قاعده لاضرر حکم ضرری که همان نفوذ معامله دوم است برداشته شود و از سوء استفاده از حق متعهد جلوگیری گردد، خصوصاً زمانی که خریدار با فروشنده (متعهد) تبانی کرده باشند.

در حقوق مصر^(۲۰) و حقوق فرانسه^(۲۱) بطلان معامله را صرفاً محدود به زمانی می‌دانند که خریدار مال با فروشنده برای اضرار به حق متعهدله تبانی کرده باشند. والا اگر خریدار با حسن نیت باشد حکم به جبران خسارت و اخذ بدل داده می‌شود.

در رویه قضایی ایران به این نظر توجه چندانی نشده است و علی‌الاصول دادگاه‌های داخلی در خصوص امکان ابطال قرارداد به قاعده لاضرر به عنوان یک مبنای حقوقی اتکا نمی‌کنند.

۱۹- ر. ک: انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، سه جلدی، قم، چاپ دوم، ناشر مطبوعات دینی، ۱۳۸۲ ه. ش، جلد ۳، ص ۲۷۵.

۲۰- السنهوری، پیشین، جلد ۴، ص ۶۳.

۲۱- کاتوزیان، پیشین، ص ۵۸.

ارزشیابی نظریه

الف) هر چند که استناد به قاعده لاضرر برای تنظیم روابط اجتماعی و ایجاد نظم معاملاتی بسیار مورد توجه واقع شده ولی اعمال این قاعده همیشه با ابهاماتی مواجه بوده است که ذیلاً در خصوص موضوع مورد بحث این اشکالات در سه قسمت بیان می‌گردد:

الف) همان‌طوری که از منطوق ماده ۱۳۲ قانون مدنی استنباط می‌شود برای حکومت قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط وجود شرایط ذیل لازم و ضروری است:

۱) مالک باید حقی را به طور مشروع داشته باشد.

۲) اعمال این حق موجب تضرر دیگری گردد.

۳) مالک در اعمال خویش خارج از متعارف عمل نماید.

۴) ضرر مالک با ضرر دیگری معارضه نکند.

لذا در مانحن‌فیه (بافرض اینکه متعهد همچنان مالک موضوع تعهد است و هیچ‌گونه حقی عینی برای متعهدله به صورت منجز ایجاد نشده است) اگر مالک برای دفع ضرر از خود مال موضوع تعهد را به میزانی بالاتر از قیمت مورد تعهد بفروشد آیا قاعده لاضرر این معامله را غیر نافذ می‌داند؟ به نظر می‌رسد در این حالت علی‌الظاهر، ضرر مالک با ضرر متعهدله تعارض داشته و هر دو ساقط شوند و اصل تسلیط بلامعارض ماند، در نتیجه مقتضای این اصل نیز حکم به نفوذ وصحت معامله دوم خواهد بود.

دوم، برای اعمال قاعده لاضرر باید ضرری حادث گردد و در واقع این قاعده برای جلوگیری از ورود ضرر وضع شده است؛ پس اگر در دادگاه اثبات شود، با عدم اجرای تعهد هیچ‌گونه ضرری به متعهدله وارد نشده است و چه بسا مانع از ورود ضرر به متعهدله شده است (مثلاً زمینی که مورد تعهد بوده بعد از فروش در طرح شهرداری قرار گرفته یا ملی اعلام شده است) باز باید با استناد به قاعده لاضرر حکم به عدم نفوذ معامله دوم داد؟

سوم، در اجرای قاعده لاضرر، علی‌الاصول باید ضرر تمام افراد دخیل در قضیه مورد توجه قرار گیرد یعنی (متعهد - متعهدله - خریدار) لذا اگر حکم به ابطال معامله دوم به

ضرر خریدار باشد آیا ضرر وی نمی‌تواند با ضرر متعهد له معارضه نماید^(۲۲) چهارم، زمانی می‌توان مالک را به استناد قاعده لاضرر از تصرف در اموال خود نهی کرد، که تصرفات وی نامتعارف باشد، به این معنا که در خصوص مورد، عرفی وجود داشته باشد و مالک از حدود این عرف شکل گرفته عدول نماید. در حالی که در مانحن فیه وجود عرفی که مانع از چنین دخالتی گردد محل تردید است (رجوع کنید به مبحث سوم همین نوشتار) و بر فرض که چنین عملی از لحاظ اخلاقی مذموم باشد ولی صرف عدم مقبولیت اخلاقی یک عمل نمی‌تواند ضمانت اجرای حقوقی در پی داشته باشد.

همان‌طوری که ملاحظه می‌گردد استناد به قاعده لاضرر با کاستی‌هایی مواجه است، بخصوص اگر اثبات ورود ضرر را طبق قواعد عام مسئولیت مدنی به عهده متعهد له قرار دهیم، زیرا امکان اثبات ضرر وارده در بسیاری موارد تکلیف مالا بطلاق خواهد بود که این امر دایره اعمال قاعده لاضرر برای ابطال معاملات معارض را به حداقل کاهش می‌دهد.

ب) در این دیدگاه همچنین به قاعده ممنوعیت سوء استفاده از حق نیز استناد شده است، به نظر می‌رسد استناد به قواعدی همچون قاعده سوء استفاده از حق^(۲۳) که ریشه روشن و صریح فقهی ندارند^(۲۴) و در قوانین موضوعه ما نیز صریحاً مورد اشاره قرار نگرفته‌اند، به عنوان مبنای حکم دادگاه‌ها کم‌تر مورد رغبت دادرسان قرار گرفته است و خصوصاً ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز محدودیت‌هایی را در این زمینه ایجاد کرده است. صرف نظر از این ایراد عملی، به نظر می‌رسد در استناد به این قاعده باید ارکان و عناصر آن را اثبات کرد. از جمله این عناصر، بهره‌ور شدن به ضرر غیر و سوء نیت و

۲۲- هر چند برخی (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۸) عقیده دارند حق طرف وعده از لحاظ زمانی مقدم بر حق خریدار است لذا ضرر خریدار نمی‌تواند با ضرر او معارضه نماید ولی باید توجه داشت که حق خریدار یک حق عینی است و اصولاً با حق متعهد له وحدت موضوع ندارد تا بگوییم که حق متعهد له مرجح بر حق خریدار است. ۲۳- یا قواعد دیگری مثل دارا شدن غیر عادلانه یا قاعده انصاف و...

۲۴- هر چند برخی با توجه به اخذ کلمه «لاضرار» در حدیث نبوی (لاضرار فی الاسلام) بحث سوء استفاده از حق را نیز مطرح کرده‌اند (ر.ک: تقریرات درس قواعد فقه، دکتر سید مصطفی محقق داماد، کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴).

عمد است.^(۲۵) لذا اگر متعهدله نتواند استفاده و بهره‌ور شدن متعهد را از معامله دوم اثبات نماید و یا اساساً چنین نفعی برای متعهد حاصل نشده باشد و یا متعهد بتواند حسن نیت خود را اثبات نماید امکان توسل به این قاعده منتفی است.

از طرفی آنچه استدلال به این قواعد را بیشتر مخدوش می‌کند این است که این دو قاعده رابطه حقوقی بین طرفین را که به موجب قرارداد ایجاد شده و همچنین قصد مشترک آن‌ها مبنی بر ایجاد یک اثر حقوقی را نادیده می‌گیرد و سعی در حل مشکل با توجه به قواعد فراقراردادی دارد، در حالی که باید تا حد امکان به قصد طرفین و انتظارات آن‌ها از انعقاد قرارداد احترام گذاشت و راه حلی را ارائه داد که منطبق با اراده آن‌ها باشد.

ج) استناد به وجود جهت نامشروع برای اعلام عدم نفوذ معامله دوم، در کنار استناد به قاعده لاضرر و ممنوعیت سوءاستفاده از حق نیز قانع کننده به نظر نمی‌رسد چرا که در حقوق ایران جهت نامشروع زمانی می‌تواند موجب بطلان معامله شود که به طور صریح در ضمن عقد تصریح گردد (ماده ۲۱۷ ق.م)، این حکم مختص به قرارداد بیع نیست بلکه قاعده عامی است که در صورت تحقق موجب بطلان عقد می‌شود.

مبحث سوم: نظریه مبتنی بر تحلیل اراده و قصد مشترک طرفین

با توجه به پذیرش اصل حاکمیت اراده در قانون مدنی ایران (ماده ۱۰ ق.م.)^(۲۶) و همچنین اصالت داشتن اراده در ایجاد موجودات اعتباری در فقه امامیه که به عنوان عمده‌ترین منبع قانون مدنی است^(۲۷) افراد می‌توانند هر عقدی که مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی و خلاف صریح قانون یا شرع نباشد را منعقد کنند (ماده ۱۰ و ۹۷۵ ق.م و ماده ۶ قانون. آ.د.م).

اصل حاکمیت اراده علاوه بر موضوع قرارداد، بر شروط مندرج در آن نیز حکومت دارد و طرفین می‌توانند با رعایت قیود بالا هر شرطی را در ضمن عقد خود قرار دهند.

۲۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۳۷۸.

۲۶- هر چند در حدود و ثغور آن اختلاف نظر وجود دارد.

۲۷- العقود تابعه للقصد.

برخی از حقوق دانان برای یافتن حکم معاملات معارض با قرارداد تعهد به بیع، تحلیل اراده طرفین را به عنوان یک راه حل حقوقی ارائه داده اند.^(۲۸) طبق نظر این گروه: «.. قول نامه نه تنها برای اجرای مفاد آن ایجاد التزام می کند بلکه به طور ضمنی حاوی شرط اسقاط حق تصرف مخالف با مفاد تعهد نیز هست». پس اگر مالکی در ضمن یا به موجب قول نامه ای متعهد به فروش مال خود شده باشد و متعاقب آن، مال مذکور را بدون اجازه متعهدله به دیگری انتقال دهد، بر مبنای همین شرط ضمنی، می توان ابطال آن را از دادگاه خواست.

ارزشیابی نظریه

کشف اراده طرفین عقد به یکی از طرق ذیل صورت می گیرد:

الف) اعلام صریح اراده در ضمن عقد

ب) کشف اراده ضمنی طرفین

ج) عرف

که سه مورد فوق را در مسئله حاضر مورد بررسی قرار می دهیم:

الف) زمانی که طرفین صریحاً شرطی را در ضمن عقد خود ذکر می کنند،

علی الاصول این شرط منتسب به طرفین می گردد و به مفاد آن عمل می شود، ولی در مانحن فیه فرض براین است که چنین شرط صریحی مبنی بر اسقاط حق فروش مالک وجود ندارد.

ب) با توجه به اوضاع و احوال مسلم قضیه و امارات و قرائن موجود کشف می کنیم، طرفین به طور ضمنی شرطی را در عقد خود قصد کرده اند؛ ولی اگر چنین امارات و قرائنی یافت نشود و دادرس نتواند با توجه به اوضاع و احوال قضیه، شرط ضمنی اسقاط حق فروش مالک را کشف نماید چه باید کرد؟ در این حالت ناچاریم به اصل رجوع کنیم که همان بقای حق فروش مالک نسبت به ملک خود است.

ج) طریق سوم در تحلیل اراده طرفین استناد به عرف است. یعنی عرف حکم بر

۲۸- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس هایی از عقود معین)، دو جلدی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، جلد ۱، ص ۲۶.

انتساب شرطی به عقد کند که این راه حل نیز با ابهاماتی مواجه است چون اعمال آن را در موضوع مورد بحث با مشکل مواجه می گردد، زیرا:

نخست، برای اینکه بتوانیم به عرف استناد کنیم باید آن عرف مسلم باشد به این معنی که:

- عمومی باشد: یعنی تمام افراد جامعه به آن خو گرفته باشند و جنبه عمومی پیدا کرده باشد به نحوی که بتوان گفت مردم آن را محترم می شمارند (البته در عرف خاص، عمومیت بین قشر خاص ملاک است).

- پایدار باشد: یعنی بر اثر تکرار، احساس نیاز مردم به آن در وجدان آن ها رسوخ کند (رکن مادی عرف) همچنین عاداتی به عنوان عرف مورد استفاده قرار می گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می کنند الزام آور باشد (عنصر روانی عرف).

در حالی که در مانحن فیه هیچ کدام از دو رکن فوق وجود ندارد و مردم به اسقاط حق فروش متعهد، به عنوان یک قاعده الزام آور نمی نگرند و حتی چنین عرفی در بین حقوق دانان و خواص جامعه نیز مورد پذیرش نیست و نظریات مختلفی که در این خصوص وجود دارد، خود دلیل این مدعاست.

دوم، بر فرض که وجود عرف مسلمی را در این مسئله بپذیریم، در این صورت عرفی که در این زمینه باید مورد استناد قرار گیرد عرف تفسیری است و در واقع این عرف مفسر اراده طرفین است، اصلی ترین شرطی که در استناد به این نوع عرف ملاک عمل قرار می گیرد، اینست که احتمال داده شود طرفین از آن متأثر بوده اند لذا عرفی که احتمال تأثیر آن در طرفین وجود ندارد موثر در مقام نیست.^(۲۹)

پس ملاحظه می شود باز به این مشکل بر می خوریم که اگر اثبات گردد که طرفین از چنین عرفی (بر فرض وجود) اطلاع نداشته اند و به این دلیل قصد آن ها متوجه آن نشده است چه باید کرد؟

آیا باز باید حکم به اسقاط حق داده شود و نسبت به حصول شرایط فوق به تسامح بنگریم؟ یا اینکه به اصل رجوع کنیم که براساس آن حق متعهد همچنان باقی خواهد

۲۹- قشقای، حسین، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸، ص ۱۱۷.

ماند (اصل عدم سقوط حق)؟ البته شاید بتوان نقش دیگری را برای عرف قائل شد و عرف را حاوی یک شرط فرضی (تقدیری) مبنی بر اسقاط حق متعهد دانست. در شروط فرضی، عرف با توجه به اوضاع و احوال و غرض طرفین و طبیعت معامله به وجود شرطی حکم می‌کند که اگر طرفین به آن توجه می‌کردند به‌طور مسلم آن را قصد می‌کردند. در واقع این عرف شروطی که در تقدیر عقد هستند و به‌طور بالقوه و فرضی وجود دارند را کشف می‌کند و حکم می‌نماید که طرفین در موقعیتی قرار داشته‌اند که اگر به این شروط توجه می‌کردند قطعاً در ضمن عقد خود درج می‌کردند و از آن جایی که آنچه جزء مفاد قرارداد قرار می‌گیرند لازم الاتباع می‌باشد (ماده ۲۱۹ ق.م) (هر چند طرفین به آن توجهی نکرده‌اند). این عرف نیز لازم الاتباع خواهد بود.

در جمع‌بندی می‌توان گفت با توجه به اینکه عرفی با تمام ارکان خود در قضیه مطروحه موجود نیست لذا نمی‌توان از این منظر راه کار عملی ارائه داد. هر چند در برخی موارد می‌توان شرط اسقاط فروش مالک را به طرفین نسبت داد. که فقط در آن حالات خاص می‌توان به این نظر عمل کرد.

مبحث چهارم: نظریه مبتنی بر توصیف حق ناشی از قرارداد تعهد به فروش عین معین
اصولاً هر قراردادی که منعقد می‌شود، حقی را برای یکی از طرفین یا هر دو طرف ایجاد می‌کند که این حق ممکن است حق عینی یا دینی باشد. برخی از حقوق‌دانان^(۳۰) عقیده دارند:

«... با توجه به حقوق مثبت ایران و بررسی مقررات و در نظر گرفتن قواعد حقوقی، پیدایش حق عینی برای شخصی که فروش مال معینی به سود او در قرارداد تعهد شده است از پشتوانه استدلالی و تحلیلی قوی‌تری برخوردار است».

ایشان در تبیین این نظر اذعان می‌دارند که بعد از انعقاد قرارداد تشکیل بیع، حقی به سود متعهد له اثبات می‌گردد ولی این حق یک حق دینی خالص و صرف نیست و با توجه به اینکه ایفای این تعهد باید از محل عین معینی اجرا شود. لذا این حق مرتبط با

۳۰- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات، چاپ اول، تهران، نشر حقوق‌دان، ۱۳۷۵، ص ۳۲.

عین معین، در واقع نوعی حق عینی برای متعهدله به وجود می آورد که طبق آن متعهدله می تواند متعهد را به فروش آن مال الزام نماید.

یکی دیگر از حقوق دانان^(۳۱) همین امر را به نحو دیگری بیان داشته اند، ایشان بعد از قبول این مطلب که حق ایجاد شده توسط تملیک عین معین، نوعی حق مالی است، ابراز عقیده می کنند که هر حق مالی دارای سه رکن است که شامل طرفین حق و موضوع آن می گردد. موضوع حق؛ عملی است که باید توسط متعهد انجام شود و تازمانی که وی به این تعهد عمل نکرده رابطه حق عینی اصلی بین متعهدله و مال به وجود نمی آید ولی به نظر ایشان، تا زمان ایفاء تعهد توسط متعهد و انجام عمل رابطه حق عین تبعی^(۳۲) بین متعهدله و مال بوجود می آید.

این نظر در بین فقهای امامیه نیز طرفدارانی دارد:

شیخ انصاری در مبحث «شرایط عوضین» چنین مطرح می کنند^(۳۳): «... از شرایط عوضین این است که طلق باشند... و مراد از طلق بودن، سلطه تام و کامل برای مالک است به نحوی که بتواند هر تصرفی که خواست در آن انجام دهد»^(۳۴) با اشتراط این شرط، مالکیت مالک محدود به حالتی شده است که مال مورد معامله متعلق حق غیر نباشد، پس در واقع به نظر ایشان یکی از شرایط عوضین این است که؛ هیچ شخصی حق عینی بر مبیع (یا ثمن عین معین) نداشته باشد و اگر حق عینی هم وجود دارد، انتقال به وسیله بیع منافاتی با آن حق ایجاد نکند.

شیخ انصاری بعد از بیان این مطلب متذکر شده اند: اکثر فقهای که متعرض (طلق بودن) به عنوان شرطی از شروط عوضین شده اند، فقط سه عنوان (بیع مال موقوفه - بیع

۳۱- محقق داماد، سید مصطفی، مقاله «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، یادنامه مرحوم دکتر مهدی شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۹۴.

۳۲- ایشان در تعریف حق عینی تبعی بیان می دارند: حقی است که به تبعیت یک حق برعهده دیگری نسبت به چیزی تحقق می یابد که آن چیز متعلق ایفاء تعهد است.

۳۳- انصاری، پیشین، جلد ۴، ص ۳۰.

۳۴- ان المراد بالطلق تمام سلطه علی الملک به حیث یکون للمالک، ان یفعل به مملکه ماشاء ویكون مطلق العنان فی ذلک ولكن هذا المعنی فی الحقیقه راجع الی کون الملک، مما یستقل المالک ویکو نقله ماضیاً فیه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدن اذن ذی الحق (انصاری، همان، ج ۴، ص ۳۰).

مال مرهونه و بیع ام ولد) را عنوان نموده‌اند ولی به نظر ایشان، حقوقی که مانع از سلطه کامل مالک نسبت به عوضین می‌شود (حقوق عینی) بیش از این سه عنوان است و اضافه می‌کنند برخی از معاصرین ایشان^(۳۵) بیش از بیست عنوان حق را بر شمرده‌اند که عوضین را از طلق بودن خارج می‌کنند.

هر چند هیچ‌کدام از حقوقی که شیخ انصاری بر شمرده‌اند به‌طور کامل منطبق با موضوع نوشتار حاضر نیست، لکن در بحث اشتراط عتق عبد موردی را بیان کرده‌اند^(۳۶) که می‌توان از ملاک آن استفاده کرد؛

ایشان، شرط آزاد کردن عبد در ضمن عقد لازم را از مواردی می‌دانند که مبیع را از حالت طلق بودن خارج می‌کند، پر واضح است، اشتراط عتق عبد، شرط فعل حقوقی است و درواقع به موجب آن خریدار متعهد می‌شود تا برده مورد بیع را آزاد نماید. در چنین حالتی شیخ انصاری قائل به تشکیل و ایجاد یک حق عینی به نفع متعهدله شده‌اند که مبیع را از حالت طلق بودن خارج می‌کند^(۳۷) با این تحلیل باید نظر ایشان را موافق با حقوق دانانی دانست که به واسطه قرارداد تعهد به فروش عین معین، قائل به تشکیل نوعی حق عینی شده‌اند.^(۳۸)

البته مشهور فقهای امامیه با این نظر مخالفند و برخی اصلاً طلق بودن را از شروط عوضین نمی‌دانند^(۳۹) و برخی این شرط را فقط در سه مورد (وقف - رهن - ام ولد)

۳۵- شیخ اسدا... تستری، مقایس الانوار، ص ۱۳۹ و ۲۱۲.

۳۶- البته در زمان معاصر این فرض موضوعاً منتفی شده است.

۳۷- هر چند ظاهر کلام ایشان در مبحث «حکم شرط صحیح» خلاف این نظر را متبادر به ذهن می‌کند؛ زیرا، ایشان در صورت وقوع عقدی منافق با مقتضای شرط، قائل به وجود حق فسخ شده‌اند در حالی که اگر قائل به حق عینی می‌بودند باید حکم به عدم نفوذ عقد دوم می‌دادند که این بحث در آخر این نوشتار (مبحث پنجم) بحث خواهد شد.

۳۸- چرا که اشتراط چنین شرطی در نظر شیخ انصاری، حقی را به وجود می‌آورد که مستقیماً بر روی عین مال مستقر می‌شود و مبیع را از حالت طلق بودن خارج می‌نماید؛ نه اینکه خریدار حق تصرف خود را از دست بدهد (اسقاط حق فروش).

۳۹- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تحقیق محمد علی توحیدی، هفت جلدی، چاپ اول، قم، مدرسه دارالعلم، ۱۳۶۵، جلد ۳، ص ۴۳۳ و موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، پنج جلدی، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰، جلد ۵، ص ۳۳۲.

محدود می‌دانند. (۴۰)

آیت الله خوئی در مصباح الفقاهه، طلق بودن را از شرایط عوضین نمی‌داند و معتقدند که اگر از بیع سه مورد فوق نهی شده است به خاطر وجود دلیل خاص بوده است و عنوان طلقیت مبیع که برخی از فقها بحث کردند منتزع از سه عنوان فوق است والا عنوان مذکور جزء شروط عوضین محسوب نمی‌شود. (۴۱)

ارزشیابی نظریه

هر چند تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی، تعهداتی که در مقام معامله و داد و ستد به وجود می‌آیند ایجاد حقی، بر عهده متعهد و به نفع متعهدله می‌نماید و یا احیاناً شخص حق عینی بر مورد معامله پیدا می‌کند ولی در تفکیک حق عینی از دینی ملاک وضابطه این است که؛ اگر مستقیماً رابطه‌ای بین مال و شخص برقرار شود؛ این رابطه ایجاد حق عینی می‌کند و اگر متعهدله برای وصول حق خویش ناچار باشد به شخص دیگری متوسل گردد؛ حق را دینی می‌نامیم. در مانحن فیه هم فرض بر این است که:

نخست، مالک متعهد شده در مدت معینی مالش را به دیگری منتقل نماید، لذا اثر اولیه وبالذات قرارداد مذکور ایجاد تعهد بر عهده متعهد است و طبق مطالب فوق باید ایجاد حق دینی نماید و صرف این موضوع که این تعهد باید از محل عین مشخص و معین استیفاء گردد ماهیت حق را عوض نمی‌کند. همچنین عرف نیز برای شخصی که قرار است در آینده مالکیت مالی را به دست آورد، از هم اکنون، حق عینی قائل نمی‌شود؛ بلکه در نظر عرف، متعهدله بعد از خرید عین مذکور نسبت به آن حق عینی

۴۰- نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ چهارم، تهران، دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۸، جلد ۲۲، ص ۳۵۶ و محقق نراقی، مستند الشیعه، چاپ اول، مشهد، موسسه ال بیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴، جلد ۱۴، ص ۳۵۸.

۴۱- وبأجلمله ان الشرط فی البیع، مادل الدلیل علی عدم جواز بیعه کالوقف و نحوه و علی ما ذکره الفقهاء بل انهاء بعض الی عشرين فهو بذاته : لا يجوز بیعه لمنع الدلیل عنه بالخصوص و عنوان الطقیه، عنوان منتزع من تلك الموارد التي ورد الدلیل بالخصوص علی عدم جواز بیعه و مشیر إليها والا فعنوان الطلقیه لیس من الشروط، لیكون الموارد مذکوره بعدها - متفرعاً علیه وانما الشرط نفس انتفاء تلك الامور التي ذكرت فی المقام و غد من شرایط العوضین فعدم وقوع التجاره علیها لاجل الادله الخاصه و عدم جواز بیعها بذاتها، فلا وجه لارجائها الی عنوان اشتراط طلقیه والقول بانتفاء فی تلك الموارد كما هو واضح (خوئی، پیشین، ج ۳، ص ۴۲۳).

پیدامی کند و مالک می‌شود نه قبل از آن.

دوم، بر خلاف حق دینی که صورت‌های ایجاد آن نامحدود است و اشخاص می‌توانند در رابطه خود تعهدهای گوناگون به وجود آورند، اقسام حقوق عینی را قانون‌گذار محدود کرده است.^(۴۲) در حالی که هیچ مقرر قانونی، قرارداد تعهد به فروش مورد بحث را جزو مواردی که ایجاد حق عینی می‌نماید احصاء نکرده است. پس ناچار در توصیف حق ایجادی باید به اصل رجوع کنیم که همان حق دینی است. سوم، قیاس حق ایجاد شده در قرارداد تعهد به فروش عین معین با حق رهن که بعضی از اساتید متعرض آن شده‌اند^(۴۳) قیاس مع الفارق است چرا که در عقد رهن، آنچه از مواد قانونی استنباط می‌شود؛ ایجاد حق عینی است، یعنی حق مرتهن مستقیماً بر عین تعلق می‌گیرد، هر چند امری که برای آن رهن داده شده است حق دینی و ذمی باشد (ماده ۷۷۱ ق.م). مثلاً طبق ماده ۷۸۸ ق.م در صورت فوت مرتهن و عدم رضایت راهن مبنی بر تصرف ورثه در مورد رهن، شخص ثالثی به تراضی راهن و ورثه مرتهن معین می‌شود. در صورتی که اگر حق ورثه که قائم مقام مرتهن هستند بر عین تعلق نمی‌گرفت، لزومی بر تراضی آن‌ها در تعیین شخص ثالث نبود و مالک (راهن) می‌توانست هر کسی را که می‌خواهد برای حفاظت و نگهداری مال خود تعیین نماید. در حالی که در قرارداد تعهد به فروش عین معین چنین رابطه‌ای نه از نظر مبانی تفکیک حق، به حق عینی و دینی و نه در حقوق مثبت و موضوعه ایران و جود ندارد و با توجه به اینکه ایجاد حق عینی مورد ادعا مورد قبول حقوق دانان^(۴۴) و مشهور فقها^(۴۵) قرار نگرفته و همچنین در رویه قضایی نیز چنین تحلیلی مورد استقبال قرار نگرفته است لذا نمی‌توان آن را به عنوان یک راه حل برای مسئله پذیرفت؛ مگر اینکه در تعریف و حدود و ثغور حق عینی و دینی

۴۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پنج جلدی، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵، جلد ۱، ص ۵۱۵۰.

۴۳- شهیدی، پیشین، ص ۳۳ - محقق داماد، پیشین، ص ۹۴.

۴۴- کاتوزیان، پیشین، جلد ۱، ص ۳۰.

۴۵- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، تحقیق سید صادق شیرازی، چهار جلدی، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹، جلد ۲، ص ۲۷۰ و خمینی، پیشین، جلد ۵، ص ۲۳۲ - خویی، پیشین، جلد ۳، ص ۴۲۳ و محقق نراقی، پیشین، جلد ۱۴، ص ۳۰۸ و نجفی، پیشین، جلد ۲۲، ص ۳۵۶.

تصرف کنیم و هر قراردادی که به نوعی با عین در ارتباط باشد را موجد حق عینی بدانیم که در این حالت محل بحث تغییر پیدا میکند. چرا که ما در صدد ارائه راه حلی با توجه به مبانی پذیرفته شده در حقوق مثبت ایران هستیم لذا چنین تحلیلی نمی تواند این انتظار را برآورده سازد.

مبحث پنجم: نظریه مبتنی بر تحلیل قاعده لزوم (حکم وضعی لزوم)

قاعده لزوم اجرای مفاد عقد و لازم الاتباع بودن آن است. در تبیین این قاعده ماده ۲۱۹ ق. م مقرر می دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده، بین متعاملین و قائم مقام قانونی آن ها لازم الاتباع است...». از لحاظ بررسی وظیفه رابطه این قاعده با عقد، می توان آن را از آثار عقد به شمار آورد. برخی مبنای اصلی آن را بنای عقلا و خردمندان می دانند و اعتقاد دارند بنای خردمندان بر این است که هنگام معامله به حفظ آن ملتزم شوند و به پای بندی طرف خود نی اعتماد نمایند و براین پایه نظم اجتماعی و اقتصادی خود را منظم سازند.^(۴۶)

برخی موارد در استعمال اصل لزوم و قاعده لزوم دقت کافی صورت نمی گیرد و این دو بجای همدیگر استعمال می گردند^(۴۷) در حالی که اصل لزوم بیانگر لزوم عقد پس از انعقاد آن است و هیچ یک از طرفین نمی توانند آن را بدون تراضی یا مجوز قانونی منحل کنند^(۴۸) و هرگاه در لزوم یا جواز عقدی تردید شود، اصل لزوم آن است مگر خلاف آن بادللی ثابت گردد در حالی که قاعده لزوم به معنی لازم الاتباع بودن عقد است، از طرفی اصل لزوم از اوصاف عرضی عقد است نه از آثار آن، همان طور که ملاحظه می شود این دو عبارت با هم تفاوت بین دارند لذا آنچه در این بحث مورد توجه قرار می گیرد قاعده لزوم است نه اصل لزوم.

مفاد قاعده لزوم به دو معنا مورد توجه قرار گرفته است:

۴۶- شهبازی، محمد حسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، چاپ اول، تهران، مؤلف، ۱۳۸۵، ص ۴۷.
۴۷- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (۳) تعهدات، چاپ نهم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ص ۶۱ و روحانی، سید محمد، منهاج الفقاهه، شش جلدی، چاپ چهارم، قم، چاپخانه علمیه، ۱۴۱۸، جلد ۳، ص ۱۰۳.
۴۸- شهیدی، پیشین، ص ۶۱.

الف) در برخی از نظام‌های حقوقی قاعده لزوم به معنی الزام به ایفای عین تعهد نیست بلکه به این معنی است که متعهد یا باید قرارداد اصلی را اجرا کند، یا خسارت متعهدله را پرداخت نماید و او را در وضعیت اقتصادی قرار دهد که اگر قرارداد انجام می‌شد، وی در آن وضعیت قرار می‌گرفت و این تحلیل از قاعده لزوم را موافق تبع اقتصادی قراردادها می‌دانند.^(۴۹) هر چند این تحلیل از قاعده لزوم در حقوق ایران قابل دفاع نیست، چرا که طبق نصوص قانون مدانی (مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹) در صورت عدم انجام تعهد، متعهد اجبار و الزام به ایفای عین تعهد می‌شود ولی نتیجه قبول تحلیل فوق در این نوشتار پذیرش راه حل جبران خسارت خواهد بود، چرا که، این نظر صرفاً دایر مدار سود و نفع اقتصادی است، لذا متعهد ملزم می‌شود تا متعهدله را در وضعیت اقتصادی پس از اجرای عقد قرار دهد.

در حقوق انگلستان این نظر مورد عمل قرار گرفته است و بنا به تصریح برخی از علما حقوق آن کشور^(۵۰) «... در حقوق انگلستان معمولاً اجرای قرارداد، به معنای اینکه، طرفین اجبار به اجرا و انجام عین تعهد اولیه خود گردند وجود ندارد». البته در حقوق این کشور مفهوم گسترده‌ای از خسارت مد نظر قرار می‌گیرد که علاوه بر جبران ضرر وارده به متعهدله شامل عدم النفع، همچنین در زمانی که متعهدله هیچ ضرری را متحمل نشده، شامل سودی نیز می‌شود که متعهد از عدم اجرای تعهد خود برده است.^(۵۱)

ب) در نظام حقوقی ما، خصوصاً لسان فقهای شیعی، که مقررات بخش معاملات قانون مدنی و قواعد آن بیشتر منبعت از این منشأ است، قاعده لزوم را به معنی الزام به ایفای عین تعهد می‌دانند و معتقدند که قواعدی همچون (او فوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم) ناظر به ایفای تعهدی است که شخص بر عهده گرفته است و رجوع به بدل امری استثنایی شمرده می‌شود^(۵۲) ولی همین علماء در تعیین اینکه وجوب عمل به تعهد،

۴۹- داراب پور، مهرباب، قاعده مقابله با خسارت، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵، ص ۴.
50- Cheshire, Fifoot and Furmston, Law of contract, 20th ed, London, Butterworth, 1991, p 534

51- Ruff, op. cit, p 167

۵۲- بجنوردی، پیشین، جلد ۳، ص ۲۵۳.

حکمی تکلیفی است یا وضعی، اختلاف نظر دارند:

گروهی از فقها معتقدند حکم لزوم وفای به شرط، حکمی تکلیفی است و از آن افاده حکم وضعی نمی‌گردد لذا اگر در ضمن عقدی، شرط شود که مالک مال معینی را به شخص خاص بفروشد ولی متعاقباً معامله ناقله‌ای روی همان عین انجام دهد به‌طوری که عمل به شرط متعذر گردد و عین از ملکیت مشروط علیه خارج شود. معامله دوم صحیح خواهد بود، چرا که انعقاد معامله ثانی، جز مخالفت با حکم تکلیفی وجوب وفا به شرط نیست، پس عقد دوم صحیح خواهد بود.^(۵۳) لذا اگر قائل براین باشیم که وجوب وفای به عهد صرفاً یک وجوب تکلیفی است در این صورت معامله ثانی، هر چند به دلالت مطابقی یا التزام مورد نهی واقع شده باشد ولی نهی در معاملات موجب فساد نمی‌شود پس مانعی برای صحت عقد دوم باقی نمی‌ماند^(۵۴)

برخی دیگر از فقها لزوم وفای به عهد را به عنوان حکم وضعی مورد تحلیل قراردادده‌اند و معتقدند (المومنون عند شروطهم) حکمی وضعی است و شرط فی نفسه موجب ثبوت حق برای مشروطه له می‌گردد^(۵۵) لذا مفاد آن وجوب تکلیفی صرف نیست^(۵۶).

در بین حقوق دانان نیز عقیده غالب براین است که قاعده لزوم، حکمی وضعی است، چرا که اصولاً قواعدی که در عالم حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرند فارغ از بحث احکام تکلیفی پنج‌گانه می‌باشد و توجه به آن‌ها صرفاً از حیث اثر وضعی‌شان است، لذا نمی‌توان وجوب عمل به شرط یا وفای به عهد را بر وجوب تکلیف بارکرد^(۵۷) دکتر شهیدی (ره) در این باره بیان می‌دارند:

«با تحلیل مفهوم حکم وضعی لازم‌الاجرا بودن عقد، به این نتیجه می‌رسیم که متعهد نمی‌تواند با انجام لازم‌الاجرا بودن و تعهد مربوط به مال معین، مجاز نبودن اعمال مادی

۵۳- خویی، پیشین، جلد ۳، ص ۳۷۷ و شهید اول، پیشین، ص ۲۱۴ و شیخ طوسی، پیشین، جلد ۲، ص ۱۵۱.

۵۴- بجنوردی، پیشین، جلد ۳، ص ۳۰۸.

۵۵- نائینی، پیشین، جلد ۳، ص ۴۱۲.

۵۶- بجنوردی، پیشین، جلد ۳، ص ۲۵۵.

۵۷- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات، چاپ اول، تهران، نشر حقوق دان، ۱۳۷۵، ص ۳۳.

موجب زوال موضوع تعهد و نیز بی اعتباری اعمال حقوقی است که با انجام تعهد مذکور منافات داشته باشد».

البته این نحوه استدلال در تالیفات فقهی^(۵۸) نیز مورد توجه قرار گرفته ولی مورد تایید واقع نشده، امام خمینی (ره) در رد این نظر بیان می دارند:

«... (در خصوص موضوع انتقال عین معین) هر چند تصرف اعتباری ثانوی متعلق نهی واقع گردیده و امر به وفای شرط مقتضی نهی از سایر تصرفات مخالف آن است؛ ولی این نهی مستلزم فساد ضدش نیست یعنی: علی الاصول نهی در معاملات مستلزم فساد آن معامله نیست مگر در خصوص ارکان اساسی معامله، لذا در مانحن فیه، نهی مستقیماً به معامله دوم تعلق نمی گیرد بلکه به دلالت اقتضا از امر به وفا به شرط، نهی از ضد آن را استفاده می کنیم، نتیجتاً نمی توان این نهی را موجبی برای بطلان معامله ثانی دانست». از طرفی فقهایی که قاعده لزوم (اوفوا بالعقود) را حکمی وضعی می دانند، موضوع را در دو قالب بررسی می نمایند و لزوم را به لزوم حقی و لزوم حکمی تقسیم می نمایند.^(۵۹)

اول) لزوم حکمی: یعنی لزومی که شارع مقدس در موارد مصلحت قراردادده است؛ مثل هبه به ذی رحم و اثر این لزوم آن است که نمی توان جعل خیار کرد و اقاله آن هم صحیح نخواهد بود.^(۶۰) به بیان دیگر لزوم برخی عقود از جانب شارع برای رعایت حال شخص خاص وضع نشده بلکه مبتنی بر مصالح و مفاسدی هستند که با توجه به آنها جعل گردیده اند که در این حالت لزوم آنها را لزوم حکمی گویند.^(۶۱)

دوم) لزوم حقی: عبارت است از مالکیت و تسلط هر طرف عقد نسبت به التزامی که طرف دیگر دارد.^(۶۲) یعنی، عقد به این جهت لازم الوفا شده است که رعایت حق متعهدله یا طرفین عقد شود.

۵۸- خمینی، پیشین، جلد ۵، ص ۲۲۳.

۵۹- بجنوردی، پیشین، جلد ۵، ص ۱۹۶ و روحانی، پیشین، جلد ۳، ص ۱۰۳ و محقق خویی، پیشین، جلد ۷، ص ۳۶۷.

۶۰- روحانی، پیشین، جلد ۳، ص ۱۰۳.

۶۱- بجنوردی، پیشین، جلد ۵، ص ۱۹۶.

۶۲- پیشین، ص ۱۹۶.

در مورد عقد بیع یا شرط فعل راجع به انتقال عین معین تاجایی که بررسی شد کسی قائل به لزوم حکمی نشده است هر چند از ظاهر کلام برخی^(۶۳) از بزرگان چنین برداشتی می شود، ولی فقهایی با این مبنا فتوا نداده است.

فقهایی که قائل به لزوم حقی هستند، در مورد وضعیت معامله معارض با عقود که مشمول ادله لزوم می شوند، سه نظر ارائه داده اند:

الف) برخی معتقدند تصرفات ناقل باطل خواهد بود و مشروطه می تواند عین را از منتقل الیه برگرداند و مشروط علیه را به ایفاء تعهد الزام کند.^(۶۴)

ب) گروه دیگر از فقها با اینکه قائل به بطلان تصرفات ناقل نیستند با این حال عقد مذکور را نیز صحیح نمی دانند، بلکه با توجه به نظر مشهور فقهای متأخر که در تخلف از انجام تعهد قائل به اجبار شده اند معتقدند، متعهده می تواند الزام متعهد را به اجرای تعهد خواستار شود لذا معامله دوم غیر نافذ خواهد بود.^(۶۵) البته با توجه به اینکه وجوب وفاء وجوب حقی است و جعل آن از طرف شارع برای رعایت حال متعهده بوده است لذا عقلایی است که وی این حق را ساقط نماید و در صورت اسقاط، معامله دوم صحیح خواهد بود.^(۶۶) اما اگر آن را رد نماید در این خصوص که این رد و فسخ از زمان انعقاد عقد اثر می گذارد یا از حین رد؟ بین فقها اختلاف نظر است:

برخی معتقدند این رد و فسخ از زمان انعقاد عقد اثر می گذارد و عقد را از اول باطل نمی سازد چرا که مقتضای قاعده همین است.^(۶۷) به عبارت دیگر، دلیلی بر عدم انعقاد عقد از اول وجود ندارد چرا که مورد معامله در ملکیت متصرف بوده و مانع، همان فسخ متعهده است که آن هم از زمان اعلام محقق شده است.

گروه دوم بر این باورند که تصرفات ناقل ملکیت به طور مطلق صحیح است، سید یزدی در حاشیه مکاسب بعد از بیان هفت حالت در مسئله نهایتاً بیان می دارند:

۶۳- پیشین، ص ۱۹۶.

۶۴- شهید اول، دروس، به نقل از سید یزدی، حاشیه المكاسب، دوجلدی، چاپ اول، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸، جلد ۲، ص ۱۳۲ و بجنوردی، همان، جلد ۳، ص ۳۰۸.

۶۵- سید یزدی، پیشین، جلد ۲، ص ۱۳۷.

۶۶- محقق خویی، پیشین، جلد ۷، ص ۳۶۷.

۶۷- به نقل از سید یزدی، پیشین، جلد ۲، ص ۱۳۱.

«نظر قوی تر این است که انتقال ثانی صحیح باشد و تعهد متعهدله به بدل منتقل می‌گردد، خواه این تصرف ناقل لازم باشد یا جایز و... بله، اگر قبل از آنکه متعهدله بدل را بگیرد، عقد ثانی، فسخ یا اقاله گردد، متعهد باید عین مذکور را به متعهدله بدهد چرا که بعد از فسخ یا اقاله مانعی باقی نمی‌ماند».^(۶۸)

ارزشیابی نظریه

این تحلیل با تمام قوتی که دارد و علی‌رغم اینکه اکثر فقها (خصوصاً فقهای متأخر) برای بررسی وضعیت تصرفات اعتباری مشروط علیه در موضوع شرط، به نحوی که منافی با انجام آن باشد از تحلیل قاعده لزوم استفاده کرده‌اند، مصون از انتقاد نمانده است؛

به طور خلاصه در این تحلیل سعی می‌شود لازم‌الوفا بودن عقد اولی به عقد دوم سرایت کند و مانع از صحت آن گردد. ولی همان‌گونه که برخی از فقها بیان داشته‌اند^(۶۹) معقول نیست که ادله لازم‌الوفا بودن عمل به شرط، موجب ثبوت حکم به عنوانی دیگر غیر از آن شرط شود. زیرا، موضوع حکم وضعی لزوم، لازم‌الوفا بودن شرط و عمل بر طبق تعهد است و لذا چه دلیلی وجود دارد که این حکم به عناوین دیگری از جمله بیعی که متعاقباً بر روی متعلق شرط واقع گردیده تسری یابد و موجب عدم صحت آن‌ها شود؟

قدر متیقن این است که آنچه لازم‌الوفا شده، عمل بر طبق مفاد تعهد است و این حکم آثاری نسبت به تعهد، متعهد و متعهدله دارد ولی گسترش آثار آن به اعمال حقوقی دیگر نیاز به دلیل دارد که در مانحن‌فیه چنین دلیلی وجود ندارد، مگر اینکه گفته شود: تصرفات بعدی منافی با تعهد اولیه است لذا امر به شی مستلزم نهی از ضد آن است؛ پس زمانی که حکمی لزوم عمل بر طبق تعهد را مقرر می‌دارد به دلالت التزام، همان حکم شامل نهی از انجام عمل منافی آن نیز می‌گردد. بر فرض قبول این استدلال،

۶۸- پیشین، جلد ۲، ص ۱۳۷.

۶۹- خمینی، پیشین، جلد ۵، ص ۲۳۳.

همان‌گونه که در بین فقها مشهور است^(۷۰) نهی در معاملات مستلزم فساد نیست لذا از این حیث دلیلی بر فساد معامله دوم وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که در این نوشتار ذکر شد، می‌توان در خصوص وضعیت معاملات معارض با قرارداد تعهد به فروش عین معین نتایج ذیل را گرفت:
الف) اگر در مقررات خاص، ضمانت اجرای مشخصی پیش‌بینی شده باشد همان اعمال خواهد شد، مثلاً:

۱) براساس مقررات ثبتی، برای ثبت ملک در دفتر املاک مراحل در نظر گرفته شده است: از جمله انتشار آگهی‌های نوبتی موضوع ماده ۱۱ ق.ت و آگهی تحدید حدود موضوع ماده ۱۴ قانون مذکور، در خصوص هریک از آگهی‌های مذکور قانون‌گذار مهلت‌هایی را برای اعتراض قرار داده است (۹۰ روز از تاریخ انتشار آگهی نوبتی، نسبت به اصل ملک و ۳۰ روز از تاریخ انجام عمل تحدید حدود، نسبت به حدود و حقوق ارتفاقی) لذا اگر شخصی برای خود حقی نسبت به ملک قائل است باید با رعایت این مواعد اعتراض نماید و اگر به این تکلیف عمل ننماید، دعوای اینکه در ضمن جریان ثبتی تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد؛ نه به عنوان عین نه به عنوان قیمت و نه به هیچ عنوان دیگر خواه حقوقی باشد، خواه جزایی (ماده ۲۴ قانون ثبت). پس اگر معامله ناقله در اثنای ثبت ملک انجام پذیرد، متعهدله باید با رعایت مهلت‌های فوق اقامه دعوا نماید در غیر این صورت هیچ حقی نسبت به ملک برای وی متصور نخواهد بود هر چند با وحدت ملاک مواد ۴۵ و بند الف ماده ۱۰۸ ق.ت.مستحق دریافت خسارت خواهد بود.

۲) اگر معامله معارض به صورت صوری انجام شده باشد، علی‌الاصول باطل خواهد بود (ماده ۲۱۸ ق.م) لذا متعهدله می‌تواند دعوای اعلام بطلان آن را اقامه نماید.

۳) اگر شرط صریح یا ضمنی مبنی بر اسقاط حق فروش متعهد یا عدم وجود این

۷۰- محقق خویی، پیشین، جلد ۷، ص ۳۷۷ و خمینی، پیشین، جلد ۵، ص ۲۳۳.

حق، توسط وی وجود داشته باشد، در مورد شرط صریح به مقتضای آن عمل می‌شود و در مورد شرط ضمنی، می‌توان با وحدت ملاک مادتين ۴۵۴ و ۴۶۵ ق.م.حکم به عدم نفوذ معامله دوم داد.

۴) اگر معامله معارض دارای جهت نا مشروع باشد که به آن تصریح شده باطل خواهد بود (ماده ۲۱۷ ق.م.و) ولی در مورد اینکه اگر مالک قصد اضرار به غیر را داشته باشد و یا با منتقل الیه در این خصوص تبانی کرده و اقدام به انعقاد معامله معارض نمایند جهت معامله را نا مشروع می‌نماید یا خیر؟ و آیا چنین قراردادی خلاف اخلاق حسنه محسوب می‌شود یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد ولی به نظر می‌رسد هر چند موارد فوق می‌تواند از عیوب اراده یا تراضی محسوب گردد. ولی علی‌الظاهر در سیستم حقوقی ایران چنین عیوبی فاقد ضمانت اجرای وضعی است. این نظر را حذف ماده ۲۱۸ قانون مدنی تقویت می‌نماید لذا صرف قصد اضرار، بر فرض احراز نمی‌تواند مبنایی بر بی اعتباری معامله باشد.

ب) در پاسخ نهایی به این مسئله به عنوان راه حلی جامع و کلی، ابتدا به بررسی شیوه کار حقوق دانان و فقهای که قبلاً راجع به این موضوع بحث کرده‌اند می‌پردازیم تا نارسایی‌های شیوه کار و طریقه بحث آن‌ها را بیاییم و در طرح جواب از آن‌ها اجتناب نماییم:

همان‌طور که بیان شد فقها و حقوق دانان در طرح موضوع ابتدا بنا را بر صحت عقد عهدی (قرارداد تعهد به فروش) قرارداد داده‌اند، سپس هر کدام سعی نموده‌اند یکی از آثار، ارکان یا عوارضی که از این عقد ناشی می‌گردد را برگزینند و با توجه به آن پاسخی برای مسئله بیابند؛ مثلاً برخی حق ناشی از عقد عهدی را به حق عینی تحلیل کرده‌اند تا از طریق اتخاذ ملاک از نهاد رهن، حکم به عدم نفوذ عقد تملیکی دهند. برخی دیگر با بررسی آنچه متعلق قصد مشترک طرفین بوده تلاش کرده‌اند تا بحث را با نهاد شروط ضمن عقد تطبیق دهند و گروهی نیز بهترین راه را اعمال قاعده لاضرر از جانب متعهدله دانسته‌اند و نهایتاً بعضی مصلحت را در این دیده‌اند که حکم به صحت عقد تملیکی داده شود تا متعهدله فقط به گرفتن بدل راضی گردد.

این شیوه کار با چند ایراد عمده مواجه است:

نخست آنکه فقهای عظام و حقوق دانان بحث را فقط بر روی عقد عهدی متمرکز کرده‌اند و تنها قصد و اراده طرفین این عقد، حقی که از این عقد به وجود می‌آید و یا قاعده لزوم ناشی از این عقد را مدنظر قرار داده قلداً اصلاً به عقد تملیکی به عنوان عقدی که در عالم اعتبار وجود پیدا کرده توجهی ننموده‌اند. در حالی که به نظر می‌رسد این امر نقص در کار پیشینیان است؛ زیرا همان‌طور که از عنوان بحث آشکار است، موضوع، تعارض دو عقد است، پس منطقی است هر دو عقد مورد تحلیل و بررسی قرار گیرند و نادیده گرفتن یکی از این دو در واقع نادیده گرفتن قسمتی از واقعیت است که قاعدتاً نتیجه حاصل نیز ناقص و نارسا خواهد بود.

دوم، اگر سعی شود برای پاسخ به مسئله، یکی از اوصاف و عوارض یا ارکان قرارداد تعهد به فروش در قالب نهادی از قبیل شروط ضمن عقد یا رهن تحلیل گردد با ایرادهای خاص آن نهاد مواجه خواهیم شد که می‌بایستی پاسخ داده شود چه در غالب موارد این اشکال‌ها و ایرادات ذاتی آن نهاد خاص شده‌اند که به راحتی نمی‌توان پاسخی برای آن‌ها پیدا کرد خصوصاً این مشکل زمانی که بخواهیم از این قالب در عقد یا قرارداد دیگری غیر از ما وضع‌له آن‌ها استفاده کنیم مضاعف خواهد شد. زیرا، در این حالت استفاده از نهادهای فوق به دلالت «اقتضا» پاسخ مسئله را مشخص می‌نماید، به این معنا که مثلاً؛ در تحلیل اراده طرفین، چون مسئله در قالب شروط ضمن عقد مطرح می‌گردد ابتدا باید وجود شرط را اثبات کنیم (شرط اسقاط حق فروش) سپس نتیجه بگیریم که وجود چنین شرطی اقتضای عدم نفوذ عقود معارض را دارد. یا در مورد حق عینی، ابتدا باید تحقق حق مذکور را اثبات نماییم سپس نتیجه بگیریم اقتضای وجود حق عینی غیر نافذ بودن عقد معارض است. مشاهده می‌گردد در این روش، راه حل مستقیمی ارائه نمی‌گردد و همین عدم ارائه راه حل بلاوسطه است که موجب ورود ایرادهای متعدد به این نظریات شده است.

پس در این نوشتار سعی می‌کنیم اولاً، به هر دو عقد به عنوان عقودی که منعقد شده و وجود دارند توجه گردد. ثانیاً، تا حد امکان پاسخ مسئله را مستقیماً از طریق تحلیل دو عقد معارض ارائه دهیم. به این منظور ضروری است به عنوان مقدمه چند مطلب ذکر گردد:

نخست، قرارداد تعهد به فروش عقدی است که صحیحاً واقع شده و با توجه به ماده ۱۰ ق.م. در نفوذ و لزوم آن در نظام حقوقی ایران نباید تردید کرد لذا ادله لزوم وفای به عهد شامل آن می‌گردد پس باید در حد امکان دارای اثر باشد.

دوم، با توجه به قصد مشترک طرفین این قرارداد، باید پذیرفت که آن‌ها از انعقاد عقد به اجرای آن عنایت و توجه داشته‌اند و قصد آن‌ها بر این تعلق گرفته که قرارداد به هدف غایی و نهایی خود که همانا انعقاد عقد بیع و انتقال مالکیت به متعهدله است برسد و به سختی می‌توان قصد اجرای قرارداد و یا پرداخت خسارت را در عرض همدیگر به آن‌ها نسبت داد.

سوم، همان‌طور که نظر اکثر حقوق دانان و مشهور فقها و نیز قواعد تفکیک حق به حق عینی و دینی نشان می‌دهد، حقی که به موجب قرارداد تعهد به فروش برای متعهدله به وجود می‌آید حق دینی است. لذا فقط آثار حق دینی را دارا خواهد بود و توصیف حق مذکور به حق عینی نوعی تغییر محل بحث است و نیاز به اثبات دارد.

چهارم، عقد تملیکی (معامله تعارض) نیز علی‌الظاهر، دارای تمام شرایط صحت معاملات است چرا که مالک در زمان انعقاد آن دارای مالکیت مطلق نسبت به عین موضوع معامله بوده و هیچ دلیلی بر عدم امکان انعقاد آن وجود ندارد لذا ادله لزوم این معامله را نیز در بر می‌گیرد و علی‌الاصول باید تمام آثار یک عقد کامل را دارا باشد. پنجم، در فرض بحث حاضر قرارداد تعهد به فروش از لحاظ زمانی مقدم بر عقد تملیکی واقع شده لذا در مقام تعارض این دو، تقدم زمانی عقد عهدی، نوعی ترجیح ایجاد می‌کند که براساس آن می‌توان این عقد را مرجح دانست.

حال که با ذکر مقدمات فوق روشن گردید که هر دو عقد در عالم اعتبار وجود پیدا کرده‌اند، باید دید آیا عقد از حیث مراحل تشکیل و تاثیر امری بسیط است، به‌طوری‌که نتوان مراحل مختلف وجودی آن را تفکیک کرد و یا امری مرکب است که در هر مرحله می‌تواند به نوع خاصی وجود پیدا کند؟ ثمره بحث در این است که اگر عقد بسیط باشد نتیجه تعارض دو عقد، حذف یکی از آن دو و حکم به بطلان آن خواهد بود چرا که در این صورت هر جزیی از این دو عقد با هم متعارض باشد به دلیل اینکه امکان تجزیه آن وجود ندارد تا جزء معارض برطرف گردد ناچار باید یکی از دو عقد را باطل و بی

اثر بدانیم، ولی اگر عقد امری مرکب باشد، باید بررسی کنیم که این دو عقد در کدام مرحله با هم تعارض دارند تا بحث را در آن قسمت متمرکز کرده و تعارض را همان جا رفع نمایم.

با استقراء در مواد قانون مدنی (مواد ۱۹۱ و ۱۹۶ و ۱۹۹ و ۲۰۹ و ۲۱۹ و ۲۴۸ و ۲۵۲ ق.م) و آراء حقوق دانان و فقها^(۷۱) به این نتیجه می‌رسیم که هر عقدی برای اینکه تمام شود و به‌طور کامل آثار خود را داشته باشد، مراحل را طی می‌کند که این مراحل را در خصوص این دو عقد بررسی می‌کنیم:

الف) مرحله تشکیل عقد

یعنی تلاقی دو قصد انشاء با حصول شرایط بندهای دوم تا چهارم ماده ۱۹۰ قانون مدنی، به نظر می‌رسد به صرف انعقاد معامله دوم بر روی عین موضوع تعهد، فی‌نفسه، مشکل حقوقی با عقد عهدی پیدا نمی‌کند زیرا مانعی وجود ندارد که بر روی یک عین معین دو عقد یکی عقد عهدی و دیگری عقد تملیکی واقع گردد لذا در این مرحله تعارض وجود ندارد و مقتضای اصول حقوقی این است که هر دو عقد را در این مرحله صحیح تلقی کنیم.

ب) مرحله نفوذ عقد

هر چند برخی از فقها و حقوق دانان عقد دوم را غیر نافذ دانسته‌اند ولی به نظر می‌رسد عقد تملیکی در مرحله نفوذ نیز با عقد عهدی تعارض ندارد و در واقع نفوذ آن به تنهایی موجب بروز مشکل نیست زیرا تا زمانی که عقد صحیح اثر حقوقی برجای نگذارد تعارض وجود نخواهد داشت بلکه آنچه موجب حدوث اختلاف می‌شود، این امر است که هر دو عقد می‌خواهند اثر حقوقی خود را حسب مورد (لزوم اجرای تعهد و انتقال ملکیت) برجای گذارند و این امر موجب تعارض می‌شود.

۷۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، ش ۲۶۰ و ۳۷۵ و هم او قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، ش ۲۲۰ و انصاری شیخ مرتضی، المکاسب، شش جلدی، جلد ۳، ص ۱۷۸، ۳۰۷ و ۴۰۸.

ج) مرحله تاثیر عقد

در مرحله تاثیر نیز دو قسمت وجود دارد:

اول: در قسمت اول عقد اثر ذاتی خود را می‌گذارد مثلاً؛ عقد عهدهی اثر ذاتی خود که ایجاد تعهد است را برجای می‌گذارد و عقد تملیکی ایجاد ملکیت می‌کند با توجه به اینکه همانند حالت فوق مالک شدن منتقل‌الیه به ماهو خللی به حقوق متعهدله یا در امکان اجرای عقد عهدهی ایجاد نمی‌کند لذا به بررسی قسمت دوم تاثیر عقد که همان تاثیر نسبت به اشخاص است می‌پردازیم.

دوم: مرحله تاثیر عقد به اشخاص:

عقد در این مرحله به‌طور کلی ۲ نوع اثر دارد:

۱) اثر عقد نسبت به طرفین عقد: یعنی اینکه هریک از طرفین ملزم به ایفای تعهدات خود هستند و نمی‌توانند از زیر بار تعهداتی که به موجب قرارداد برعهده گرفته‌اند شانه خالی کنند (قاعده لزوم) هر چند اکثر فقها تعارض را در این مرحله می‌دانند و لذا مقتضای قاعده لزوم عقد عهدهی را حکم بر عدم صحت معامله دوم می‌دانند ولی به نظر می‌رسد صرف اینکه طرفین یک عقد ملتزم به اجرای مفاد آن باشند، فی حد نفسه، خللی به حق متعهدله وارد نمی‌کند خصوصاً اینکه در حقوق ایران، از عقد تملیکی مستقیماً تعهدی بر ذمه طرفین ثابت نمی‌شود، لذا قاعده لزوم با تمام اوصاف خود در مورد معامله دوم مصداق ندارد تا بتوان بحث تعارض دو قاعده لزوم را مطرح کرد.

۲) اثر عقد نسبت به اشخاص ثالث (قابلیت استناد): هر چند تعهدات ناشی از عقد فقط بین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها واجد اثر است (اصل نسبی بودن قراردادها) ولی وضعیتی که از این قرارداد به وجود می‌آید، در برابر همه افراد جامعه قابلیت استناد دارد؛ مثلاً در فرض مسئله حاضر از یک طرف قرارداد ناقل ملکیتی که بین مالک و منتقل‌الیه منعقد شده و به موجب آن منتقل‌الیه مالک مبیع شده، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است و از طرف دیگر قرارداد تعهد به فروش که بین مالک و متعهدله منعقد شده نسبت به تعهد متعهد، این قابلیت استناد را دارا می‌باشد، که این اشخاص ثالث

می تواند، شخص متعهدله (نسبت به عقد تملیکی) یا منتقل الیه (نسبت به عقد عهده) و یا هر شخص دیگری باشد که ذیلاً بررسی می گردد؛

اول) در خصوص اشخاص ثالث به غیر از متعهدله یا منتقل الیه (حسب مورد)؛ واضح است که هر دو عقد قابلیت استناد دارند و به همین دلیل اشخاص ثالث مذکور نمی توانند تقاضای بطلان یا بی اعتباری آن را از دادگاه خواستار شوند.

دوم) از طرفی عقد عهده در مقابل منتقل الیه قابل استناد است به این معنی که متعهدله می تواند در مقابل وی به وجود تعهد متعهد (مالک) که براساس آن باید تعهد خود را از محل عین معینی ایفا نماید استناد نماید، از طرفی منتقل الیه نیز می تواند در مقابل متعهدله به مالکیت خود که ناشی از عقد تملیکی است استناد کند، حال اگر عقد ناقل مالکیت را در مقابل متعهدله قابل استناد بدانیم با حقی که از اعمال قاعده لزوم نسبت به قرارداد عهده برای وی ایجاد شده و در مقابل ثالث قابل استناد است تعارض به وجود می آید، لذا باید اذعان داشت که محل و مرحله تعارض این دو عقد قابلیت استناد آن ها است لذا باید این تعارض برطرف گردد.

همانطوری که بیان شد عقد عهده از لحاظ زمانی مقدم بر عقد تملیکی واقع شده، لذا از این حیث بر عقد ناقل مالکیت ترجیح دارد پس عقد تملیکی نمی تواند یکی از آثار خود که همان قابلیت استناد در برابر متعهدله است را برجای بگذارد لکن در سایر مراحل (از جمله تشکیل و نفوذ و لزوم عقد) هر دو صحیح و دارای اثر حقوقی خواهند بود. به دلیل این که عقد تملیکی در مقابل متعهدله قابل استناد نیست لذا از روزی که وی تقاضای استرداد و الزام متعهد به ایفاء تعهد خود را خواستار شد، عقد تملیکی منحل می گردد ولی تا آن تاریخ اثر حقوقی خود را برجای گذاشت.

در واقع در تعارض بین امور مرکب (مثل دو عقد) جزیی را که باعث بروز تعارض شده فاقد اثر می دانیم همان گونه که در استناد به قاعده لاضرر در صورتی که موضوع دارای احکام متعدد باشد فقط حکمی را با توسل به این قاعده رفع می کنند که موجب بروز ضرر گردیده است. (۷۲)

۷۲- در خصوص شخصی که نمی توانست بر روی پایش به واسطه وجود زخم مسح کند وارد شده که امام (ع) فقط با استناد به قاعده لاضرر تکلیف مسح بر روی پوست را که حکم ضرری بود بر طرف دانست و سایر

در واقع بنای عقلاء براین تعلق می‌گیرد تا زمانی که امکان ترتب اثر برای هرامری از جمله عقد وجود دارد حکم بر بطلان یا بی اثر بودن آن ندهیم لذا در ما نحن فیه نیز چون امکان تفکیک عقد به مراحل مختلف (از حیث تشکیل و تاثیر) وجود دارد و هر مرحله نیز از لحاظ حقوقی احکام خاص خود را دارد و تعارض فقط در یک مرحله خاص مشاهده می‌شود بر طبق مبنای فوق فقط اثر عقد تملیکی در آن قسمت خاص نادیده گرفته می‌شود نه در سایر مراحل.

از طریق حکم به غیر قابل استناد بودن عقد تملیکی در برابر متعهدله با اصول حقوقی نیز سازگار است چرا که اصل صحت اقتضا دارد هر عقد تا جایی که امکان دارد محمول بر صحت تلقی شود و اصل استصحاب مقتضی آن است که هر عقد صحیح تا حد امکان قائل بر صحت و ترتب اثر بر آن خواهیم شد و فقط یکی از آثار آنکه موجب بروز تعارض شده است نادیده گرفته می‌شود.

در صدور آراء قضایی نیز می‌توان از این نتیجه استفاده کرد چرا که به موجب ماده ۳ ق.آ.د.م که اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ و نیز ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک آن را تأیید می‌کند: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده و حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصولاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نماید و...». هر چند قانون صریحی در خصوص مورد وجود ندارد ولی با استناد به دو اصل فوق و نیز منابع فقهی می‌توان مطابق این نظر حکم صادر کرد، برای نمونه یک مورد از نظرات فقهی که نتیجتاً یافته تحقیق حاضر را تأیید می‌کند ذکر می‌گردد:

شیخ انصاری در مورد عقدی که منافی با مقتضای شرط منعقد شده، بعد از بیان شقوق مختلف بیان می‌دارند: «... فلو باع بدون اذنه کان للمشرط له فسخه و الزامه بالوفاء

تکالیف از جمله (وضو گرفتن - وضو با آب - مسح تمام اجزاء - مسح قسمت زخمی (مسح برجیره) را باقی دانستند، چرا که وضو، امری مرکب از مراحل مختلف بود و امام (ع) فقط تکلیف به انجام مرحله‌ای را ساقط دانستند که با قاعده لاضرر در تعارض بوده و سایر مراحل وضو را مشمول حکم اولیه وجوب قرار دادند.

بشرط...^(۷۳) ملاحظه می‌گردد، شیخ اعظم عقیده دارند مشروطه می‌تواند عقد منافی را فسخ نماید، همان‌طوری که معلوم است فسخ نسبت به عقد صحیح صورت می‌گیرد و از زمان اعمال اثر می‌گذارد لذا ظاهراً در نظر ایشان عقد دوم صحیح بوده و اثر حقوقی نیز دارد و فقط در مقابل متعهد له (مشروطه‌له) لزوم ندارد لذا وی می‌تواند آن را فسخ نماید که این نظر نتیجتاً قابل انطباق با غیر قابل استناد بودن عقد دوم در مقابل متعهدله می‌باشد.

۷۳- شیخ انصاری، پیشین، جلد ۶، ص ۷۵.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه‌المکاسب، چاپ اول، قم، انتشارات المحقق، ۱۴۱۹ ه.ق.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، المكاسب، شش جلدی، قم، چاپ اول، موسسه الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق.
۳. _____، المكاسب، سه جلدی، قم، چاپ دوم، ناشر مطبوعات دینی، ۱۳۸۲ ه.ش.
۴. بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهیه، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین الدارینی، هفت جلدی، چاپ اول، قم، چاپخانه الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ه.ش.
۶. حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، تحقیق سید صادق شیرازی، چهار جلدی، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ه.ق.
۷. داراب پور، مهاب، قاعده مقابله با خسارت، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵ ه.ق.
۸. روحانی، سید محمد، منهاج الفقاهه، شش جلدی، چاپ چهارم، قم، چاپخانه علمیه، ۱۴۱۸ ه.ق.
۹. سنه‌وری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت، احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۰. شهبازی، محمد حسین، مبانی لزوم وجواز اعمال حقوقی، چاپ اول، تهران، مولف، ۱۳۸۵ ه.ش.
۱۱. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات چاپ اول، تهران، نشر حقوق دان، ۱۳۷۵ ه.ق.
۱۲. _____، حقوق مدنی (۳) تعهدات، چاپ نهم، تهران، انتشارات مجد،

- ۱۳۸۵ ه. ش.
۱۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، دو جلدی، چاپ اول، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ه. ق.
۱۴. طوسی، امام ابی جعفر محمد بن الحسین، المسبوط فی فقه الامامیه، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۲ ه. ق.
۱۵. عابدیان، میرحسین، «مطالعه تطبیقی قابلیت ماجرایی شرط کیفری در قراردادها»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۵، ص ۳-۴۴.
۱۶. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، شرح لمعه، تحقیق سید محمد کلانتر، ده جلدی، چاپ اول، قم، انتشارات دآوری، ۱۴۱۰ ه. ق.
۱۷. قانون مدنی.
۱۸. قانون آیین دادرسی مدنی.
۱۹. قانون آیین دادرسی کیفری.
۲۰. قانون اساسی
۲۱. قانون ثبت.
۲۲. قشقای، حسین، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸ ه. ق.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پنج جلدی، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰ ه. ق.
۲۴. ———، مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)، دو جلدی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ه. ش.
۲۵. ———، عقود معین، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۲۵۳۶ شاهنشاهی.
۲۶. محقق داماد احمد آبادی، سید مصطفی، مقاله «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، یادنامه دکتر شهیدی، ۱۳۸۵ ه. ش.
۲۷. ———، تقریرات درس قواعد فقه، دوره کارشناسی ارشد حقوق

- خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.
۲۸. محقق نراقی، مستند الشیعه، چاپ اول، مشهد، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ه. ق.
۲۹. مکی عاملی، شیخ شمس الدین محمد (شهید اول) الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، چاپ اول، مشهد، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۴ ه. ق.
۳۰. موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، پنج جلدی، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ه. ق.
۳۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تحقیق محمد علی توحیدی، هفت جلدی، چاپ اول، قم، مدرسه دارالعلم، ۱۳۶۵.
۳۲. میرزای نائینی، محمد حسین، منه الطالب فی شرح المکاسب، سه جلدی، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه. ق.
۳۳. نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ چهارم، تهران، دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۸.

۲. لاتین

34. Cheshire, fifoot and furmston, Law of contract, 20th ed, London, Butter worth, 1991.
35. Koffiman, Laurence, The Law of contract, , , 20054.
36. Ruff, Anne, Nutcases, 4th ed London, sweet & Maxwell, 2005.
37. Treitel, G.H, The Law of contract, 17th ed, London, sterens do sons, 1997.