

An Analytical Study of the Retroactive Effect of Ending the Suspension in the Imamiyah Jurisprudence, Law of Iran and French Law

Received: 17/09/2018; Accepted: 08/05/2019

Elham Sharaei¹

Alireza Yazdaniyan²

Seyyed Mohammad Hadi Mahdavi³

Abstract

One of the significant discussions in law of contracts is the issue of time of effectiveness of the suspended thing in the period of ending the suspension. In Iranian Civil Code, following the Islamic jurisprudence's example, the effect of confirmation in the unauthorized transactions is from the time of permission. However, unlike the suspension-related provisions in some countries in which the order of the issue is given explicitly, there is no regulation expressing the determination of the time of the effect of suspended thing in the aforementioned Code. In 2016 reforms, the French legislator made some changes in the terms stipulated in the former French Civil Code by presenting the issue through separating suspension in conclusion and suspension in dissolution of obligations. Considering the lack of an explicit stipulation in Iran's Civil Code and owing to the non-statement of this issue in Islamic jurisprudence, it seems necessary to study such a subject in Iranian law. Accordingly, the most important result of this article, which is conducted through a descriptive-analytic method, demonstrates that ending the suspension would have no retroactive effect.

Key Words: Suspension, Retroactive Effect, Abolishing Condition, Suspending Condition.



1. PhD Candidate in Private Law, Islamic Azad University, Branch of Najafabad.

2. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan (Corresponding Author); Email: dr.alirezayazdaniyan@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Branch of Najafabad.

مطالعه تحلیلی اثر مقرراتی پایان تعلیق در فقه امامیه و حقوق ایران و فرانسه

الهام شرعی^۱

علیرضا یزدانیان^۲

محمدهادی مهدوی^۳

تاریخ دریافت ۹۷/۰۶/۲۶ - تاریخ پذیرش ۹۸/۰۲/۱۸

چکیده

یکی از مباحث مهم حقوق قراردادهای مسأله‌ی زمان تأثیرگذاری معلق علیه در دوره‌ی زمانی پایان تعلیق است. در قانون مدنی ایران به تبع از فقه، اثر تنفیذ در معاملات فضولی از زمان اجازه است. اما مقرره‌ای که مبین تعیین حکم زمان تأثیر معلق علیه باشد به چشم نمی‌خورد، بر خلاف مقررات مربوط به تعلیق در برخی از کشورها که صراحتاً حکم مسأله مطرح شده است. در اصلاحات سال ۲۰۱۶ قانونگذار فرانسوی ضمن طرح مسأله با تفکیک بین تعلیق در انعقاد و تعلیق در انحلال تعهدات، در حکم مندرج در قانون مدنی سابق تغییراتی اعمال نمود. با توجه به عدم تصریح در قانون مدنی ایران و با توجه به عدم طرح مسأله در فقه، به نظر می‌رسد مطالعه چنین موضوعی در حقوق ایران ضروری است. لذا مهم‌ترین دستاورد این نوشتار که به روش توصیفی-تحلیلی می‌باشد، بیانگر آن است که پایان تعلیق اثر قهقرایی نخواهد داشت.

واژگان کلیدی: تعلیق، اثر رجعی، شرط فاسخ، شرط تعلیقی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد.

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: dr.alirezayazdaniyan@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد.





مقدمه

از جمله عقود مورد تصریح قانونگذار ایران، عقد معلق است که قانون مدنی ایران در ماده (۱۸۹) به ذکر تعریفی از آن در تقابل با عقد منجز پرداخته است. این ماده که تنها به ذکر یک نوع از انواع تعلیق در عقود پرداخته و نه تنها در خصوص سایر انواع تعلیق، بلکه در کلیه احکام و آثار عقود معلق نیز سکوت نموده است. این همه در حالی است که در قانون مدنی فرانسه قانونگذار این کشور پس از اختصاص یک مبحث مستقل از قانون مدنی به تعهدات معلق، در ماده (۱۳۰۴) قانون جدید (۲۰۱۶) و بندهای هفت گانه آن، شرایط و احکام این نهاد حقوقی را مورد بررسی قرار داده است. یکی از مهم ترین مباحثی که در قانون مدنی ایران مغفول مانده، بحث در این امر است که آثار پایان دوره تعلیق از چه زمانی خواهد بود؟ آیا تحقق این آثار تنها از زمان پایان دوره تعلیق می باشد و یا به زمان انعقاد عقد نیز سرایت می نماید؟ به عبارت دیگر آیا پایان تعلیق اثر قهقرایی دارد یا خیر؟ بی شک پاسخ به این قبیل پرسش ها در تعیین تکلیف نهایی آثار عقد در دوره عدم قطعیت تحقق یا عدم تحقق معلق علیه موثر خواهد بود. لیکن در نگاهی به حقوق فرانسه ماده (۱۱۷۹) قانون مدنی قدیم و بند ۶ و ۷ ماده (۱۳۰۴) قانون مدنی پس از اصلاحات ۲۰۱۶، به تعیین تکلیف در خصوص وجود یا عدم وجود اثر قهقرایی اختصاص یافته است. به همین دلیل این مبحث از جمله مباحث مورد تحلیل حقوقدانان کشور فرانسه می باشد، T2: 39, Barde, 1902. Buady Lacantinerie. Larombiéré, 1885 455, Weill, 1975 : 957

در مراجعه به فقه امامیه معتقدین به صحت تعلیق در منشأ تنها به استدلال در صحت این قبیل تعلیق پرداخته اند و از این حد فراتر نرفته اند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹۰؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۴۵؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۲۹۲؛ خوانساری، بی تا: ۴۸۵) با این وجود بحث در تاثیر امور جدیدی که به عنوان جزء تکمیل کننده در عقد، حادث می شوند، بی سابقه نیست. چنانکه در عقد





فضولی، تحقق اجازه امری است که متعاقب وقوع عقد بر آن حادث می‌گردد. (عاملی، ۱۴۱۹، ۱۲؛ ۶۰۵؛ حائری، بی تا: ۲۸۹؛ نجفی، کاشف الغطاء، ۱۴۲۴: ۶۹؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۲۳۳) و در مباحث فقهی منجر به پیدایش دو مکتب فکری عمده کشف و نقل است که البته کشف نیز خود شامل کشف حقیقی و حکمی می‌باشد. لذا اگرچه قانون مدنی ایران در تعیین اثر رجعی یا عدم اثر رجعی پایان تعلیق ساکت است، اما به نظر می‌رسد با توجه با مبانی فکری فقها در بحث از اثر اجازه در معاملات فضولی و مطالعه‌ای در نظام حقوقی فرانسه، در نهایت بتوان راه حلی ارائه نمود که موجب رفع سرگردانی موجود در این خصوص باشد. از این رو در پژوهش حاضر پس از معرفی راه حل‌های حقوقی در قانون مدنی فرانسه، رویکرد فکری فقها مورد تحلیل قرار گرفته و در نهایت راه حل برگزیده براساس مبانی حقوقی ایران ارائه می‌گردد. همچنین تحلیل تفاوت پذیرش اثر رجعی یا عدم اثر رجعی پایان تعلیق و استثنائات راه حل برگزیده در حقوق ایران نیز از دیگر مباحث این نوشتار خواهد بود.

۱. اثر رجعی زوال تعلیق در نظام حقوقی فرانسه

امروزه با اصلاحات سال ۲۰۱۶ در قانون مدنی جدید در فرانسه دو مکتب فکری در خصوص اثر رجعی تعلیق ملاحظه می‌گردد. مکتب فکری اول که در ماده (۱۱۷۹) قانون مدنی سابق فرانسه و مکتب فکری دوم که در بند ۶ و ۷ ماده (۱۳۰۴) قانون جدید این کشور انعکاس یافته است.

ماده (۱۱۷۹) قانون مدنی سابق فرانسه چنین مقرر می‌داشت که؛ شرط واقع شده دارای اثر قهقرایی از روز تشکیل تعهد است. بنابراین به موجب این بیان قانونی اصل بر آن بود که اثر پایان تعلیق به زمان عقد نیز سرایت نماید. اما در اصلاحات سال ۲۰۱۶، نظر قانون‌گذار دستخوش تغییر گردید. به گونه‌ای که در مورد شرط تعلیقی و شرط فاسخ دو راه حل مجزا برگزیده شد. در خصوص اثر قهقرایی پایان تعلیق در بند ۶ ماده (۱۳۰۴)





قانون مدنی جدید فرانسه چنین آمده؛ «تعهد ساده و بسیط می‌شود از زمان تحقق شرط تعلیقی. اما طرفین می‌توانند پیش بینی کنند که ارتکاب تعلیق اثر قهقرایی از زمان انعقاد عقد داشته باشد. با این همه ضمان شیء موضوع تعهد بر عهده متعهد باقی می‌ماند که متعهد به اداره آن و البته منتفع از منافع آن تا روز تحقق معلق علیه خواهد بود.»^۱ در بند ۷ ماده فوق الذکر و در خصوص شرط فاسخ قانونگذار این کشور راه حل متفاوتی برگزیده و بیان می‌دارد: «تحقق شرط فاسخ تعهد را به صورت قهقرایی ساقط می‌کند، بدون این که به اعمال حمایتی و اداری خدشه ای وارد نماید. اما اگر طرفین قرارداد توافق کنند یا اگر مزایای مبادله شده به عنوان اجرای متقابل قرارداد سودمند دانسته شود، جایی برای استناد به اثر قهقرایی نیست.»^۲ لیکن این دو نوع نگرش خود محتاج شناخت بیشتری خواهد بود.

۱-۱. مکتب فکری قانون مدنی قدیم فرانسه

ماده (۱۱۷۹) قانون مدنی قدیم فرانسه اثر رجعی تعلیق را پذیرفته، این مفهوم که به معنای تاثیر پایان تعلیق به دوره قبل از خروج از تعلیق (Weill, 1975 : 957, N900) و از زمان تعاقد طرفین می‌باشد. ماده (۱۱۸۳) قانون مدنی قدیم فرانسه نیز با همین رویکرد در مورد شرط فاسخ بیان نموده است که «شرط فاسخ شرطی است که هرگاه واقع شود موجب فسخ تعهد می‌گردد و امور را به همان روزی برمی‌گرداند که گویی تعهد هرگز ایجاد نشده است.»^۳ در اینکه تعلیق واقع شده مربوط به ایجاد یا انحلال عقد بوده، تفاوتی در اثر رجعی متصور نیست. (انور السلطان، ۱۹۸۳: ۲۲۶) اما در مبنای چنین حکم قانونی که بر جا مانده از حقوق رم می‌باشد، (Larombiéré, 1885 : 462, N9) حقوقدانان فرانسوی

پایان پژوهش حقوق اسلام و غرب - سال ششم - شماره اول - بهار ۱۳۸۸

1. Article 1304-6: l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour de contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.

En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.
2. Article 1304-7: l'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration. L'rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestation échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat.

3. la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.





تشکیک کرده و نظرات متعددی ابراز نموده‌اند. برخی از حقوقدانان این کشور چنین تعبیری از اثر زوال تعلیق را به عنوان فرض قانونی شناخته و هدف از آن را تفسیر نتایج تحقق تعلیق می‌دانند. (Buady, 106 : 302 T4, Aubry.Rua 1856, Lacantinerie.Barde, 1902. T2 n809 :39) برخی دیگر از حقوقدانان این کشور معتقدند اثر قهقرایی پایان تعلیق تنها تثبیت حق موجودی است که از قبل بوده، به عبارت دیگر تحقق تعلیق موجد حق نیست، بلکه تثبیت کننده حق موجود است. (سنهوری، ۱۹۹۸: ۶۳) پر واضح است که چنین تعبیری از اثر قهقرایی شاید موید شرط تعلیقی باشد اما در مورد شرط فاسخ توجیه پذیر نیست. اما عده‌ی دیگری از معتقدین به اثر رجعی این گونه بیان نموده‌اند که اثر قهقرایی تعلیق، ترجمان حقیقی و مورد اطمینان قصد متعاقدین است، بدین بیان که اگر آن دو هنگام عقد می‌دانستند که شرط محقق شده یا از وقوع آن تخلف حاصل می‌شود، از ابتدا بیان توافق خود را براساس آن مبتنی می‌ساختند. حال اگر در زمان عقد از غیب بی‌اطلاع بوده و از سرنوشت وقوع یا عدم وقوع شرط آگاهی نداشته‌اند، این جهل اجباری مانع نمی‌شود که اثر شرط را به زمان انعقاد قرارداد سرایت ندهند، زیرا اگر آینده شرط را می‌دانستند، از ابتدا این کار را انجام می‌دادند. در واقع این توجیه، ارائه تفسیری از قصد طرفین است. (انور السلطان، ۱۹۸۳: ۲۲۶) بنابراین بر مبنای این نظریه ماده (۱۱۷۹) به نوعی احترام به اراده طرفین قرارداد خواهد بود. (Weill, 1975 :957 N,900) البته در مواردی که اعمال اصل اثر رجعی تعلیق، محل به حقوق مکتسبه افراد ثالث باشد، در عقود تدریجی، به موجب توافق طرفین قرارداد (نبیل ابراهیم سعد، ۱۹۹۸: ۲۳۰) و در مواردی که اعمال اداره در مدت تعلیق با حسن نیت صورت گرفته است (Aubry.Rua, 1856 , T4 n 302 : 102, 112, 113) زوال تعلیق نسبت به آینده اثر دارد و نه گذشته.

۲-۱. مکتب فکری قانون مدنی جدید فرانسه

با تغییرات جدید قانون مدنی فرانسه، رویکرد قانونی به اثر رجعی ضمن تفکیک بین شرط تعلیقی و شرط فاسخ تغییر یافته است. در بند ۶ ماده (۱۳۰۴) قانون مدنی جدید این کشور چنین مقرر گردیده است: «تعهد ساده و بسیط می‌شود از زمان تحقق شرط تعلیقی.





اما طرفین می‌توانند پیش‌بینی کنند که ارتکاب تعلیق اثر قهقرایی از زمان انعقاد عقد داشته باشد. با این همه ضمان شیء موضوع تعهد بر عهده متعهد باقی می‌ماند که متعهد به اداره آن و البته منتفع از منافع آن تا روز تحقق معلق علیه خواهد بود.^۱ در این ماده تحقق معلق علیه نسبت به دوره زمانی انتظار بی‌تأثیر است اما در صورت عدم تحقق معلق علیه، اثر عدم تحقق به گذشته سرایت خواهد نمود. اما در هر حال در دوره زمانی انتظار که قبل از پایان تعلیق است، متعهد موظف به حفظ حقوق متعهدله آتی خواهد بود.

اما قانونگذار این کشور در بند ۷ ماده (۱۳۰۴) همچنان به اثر قهقرایی تحقق تعلیق در شرط فاسخ اصرار ورزیده و بیان می‌دارد: «تحقق شرط فاسخ تعهد را به صورت قهقرایی ساقط می‌کند، بدون این که به اعمال حمایتی و اداری خدشه ای وارد نماید. اما اگر طرفین قرارداد توافق کنند یا اگر مزایای مبادله شده به عنوان اجرای متقابل قرارداد سودمند دانسته شود، جایی برای استناد به اثر قهقرایی نیست.»^۲

لذا در مواد فوق ملاحظه می‌گردد که قانونگذار فرانسه در بحث اثر قهقرایی تعلیق قائل به تفکیک گردیده و این اثر را در بحث شرط تعلیقی منتفی می‌داند در حالیکه در شرط فاسخ اثر قهقرایی زوال تعلیق را پذیرفته است. به نظر می‌رسد چنین رویکرد دوگانه قانونگذار فرانسوی را می‌بایست در پرهیز از ایرادات وارده به اثر قهقرایی تعلیق در شرط تعلیقی دانست. هرچند که در پذیرش اثر قهقرایی تعلیق در شرط فاسخ نیز مواردی را به صورت استثنایی از بحث مجزا نموده است. از جمله استثنائات ذکر شده در متن ماده اراده طرفین قرارداد است که در قالب توافق ظهور یافته و همچنین اگر قرارداد اجرا شده و بابت اجرای آن عوض مناسبی دریافت شده باشد و آنگاه شرط فاسخ محقق شود، زوال تعلیق



1. Article 1304-6: l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour de contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition

En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.
2. Article 1304-7: l'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration. L'rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestation échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat.



اثر قهقرایی نخواهد داشت. چراکه نتیجه اثر قهقرایی بطلان قرارداد و پرداخت اجرت اجرای قرارداد است و حال آنکه عوض پرداخت شده قبل از تحقق شرط فاسخ، خود عوض متناسبی بوده است. از این رو در این حالت تحقق شرط فاسخ اثر قهقرایی ندارد.

۲. تحلیل اثر رجعی در فقه

اگرچه در فقه اسلامی، تصریحی در موضوع وجود یا عدم وجود اثر رجعی تعلیق ملاحظه نمی‌شود، لیکن با توجه به بحث مربوط به اثر رجعی در معاملات فضولی و مشابهت‌های موجود می‌توان سه نوع نگرش براساس مبانی فقهی ارائه نمود.

۱-۲. نظریه تأثیر زوال تعلیق در گذشته

مقصود از این فرضیه آن است که اثر زوال تعلیق به زمان انعقاد عقد و قبل از تحقق معلق علیه سرایت می‌کند. این نظریه شبیه، نظریه کشف در نتیجه‌ی تحقق اجازه در عقد فضولی است. طرفداران نظریه کشف در عقد فضولی سعی نموده‌اند بعد از حصول اجازه مالک نسبت به وقوع عقد فضولی، با توجیهات مختلف اثر اجازه را به زمان انعقاد عقد سرایت دهند. با توجه به شباهت بحث می‌توان فرضیه تأثیر زوال تعلیق در گذشته را براساس منابع فقهی به این نحو توجیه نمود که:

اولاً: در عالم اعتبار می‌توان مسبب را مقدم بر زمان سبب دانست. چنانکه شارع نیز در مواردی مسبب را بر سبب مقدم داشته، مانند آنکه غسل روز جمعه در روز پنج شنبه امکان پذیر است. (نجفی، بی‌تا، ج ۲۲: ۲۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۰۱؛ موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۷۹۸؛ مامقانی، ۱۴۱۶: ۳۷۶؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا، ۲۳۰؛ حسینی شیرازی، بی‌تا: ۱۶۶) از آنجایی که عقود در عالم اعتبار هستند، لذا می‌توان در عقد معلق، پایان تعلیق را سببی پنداشت برای مسبب‌هایی که سابقاً به وجود آمده‌اند. به عبارت دیگر تحقق معلق علیه، علتی برای معلولی که قبل از تحقق علت به وجود آمده، باشد و از تحقق علت وجود سابق معلول تنها کشف می‌گردد. صرف نظر از دلیل رد این توجیه در نظریه آتی، به نظر می‌رسد این توجیه عقلاً صحیح نیست و نمی‌توان حتی در امور شرعی بدون دلیل خاص از عقل دست کشید.



ثانیا: از آنجایی که طرفین هنگام انعقاد عقد، به عقد همراه تعلیق رضایت داده‌اند به صورت ضمنی بر این امر نیز رضایت داشته‌اند که اثر زوال تعلیق بر روابط آنان قبل از این زوال نیز حاکم باشد. همان‌طور که در شرط تعلیقی طرفین قرارداد آگاهند که در فرض عدم حصول معلق علیه در دوره زمانی تعیین شده، عقد از اساس از بین می‌رود یعنی اثر عدم تحقق معلق علیه به گذشته سرایت نموده است. چنین توجیهی نیز خالی از ایراد نیست، زیرا توافق ایشان نسبت به عقدی است که در آینده کامل می‌شود. طرفین قرارداد به صورت ضمنی پذیرفته‌اند که اثر در همان زمان آینده ظاهر گردد.

ثالثا: اگر نذر معلق بر امری شود و ناذر قبل از تحقق معلق علیه بمیرد، اما معلق علیه حاصل شود، برخی از فقها بر این نظرند که به جا آوردن قضای نذر از جانب وی واجب است. (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴: ۶۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۷؛ بحرانی، ۱۴۱۰: ج ۲، ۲۷۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ۲۹۱؛ حلی، ۱۴۱۰: ج ۲، ۹۴؛ حلی، ۱۴۲۰: ۳۵۵؛ حلی، ۱۴۲۴: ۲۶۸؛ نجفی، بی تا، ج ۳۵: ۳۸۸) از این حکم می‌توان برداشت نمود که اثر تحقق معلق علیه یعنی زوال تعلیق به گذشته هم سرایت می‌کند، چرا که اگر اثر معلق علیه فقط به بعد از حصولش باشد، در این زمان که ناذر فوت نموده است نمی‌توان وجوب را متوجه او دانست. لذا تنها دلیل این حکم، پذیرش اثر زوال تعلیق به گذشته است. فقها در رد این نظر دلیلی ارائه نمودند که در محل خود اشاره خواهد شد.

رابعا: خلاف کشف (یعنی نقل) محال است. زیرا عقد معلق که حصول ماهیت آن وابسته به امری شده، پس از انشا و در زمان تحقق تعلیق، موجود نیست بلکه معدوم است و لیکن همین عقد سببی خواهد بود برای تحقق ماهیت و آثار عقد. از این رو اگر اثر رجعی تحقق تعلیق در شرط تعلیقی مورد پذیرش قرار نگیرد، از این امر تاثیر معدوم در موجود لازم می‌آید. چنانکه در معامله فضولی نیز این اشکال طرح گردیده است (عاملی، محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۷۵؛ حلی، ۱۳۸۷: ۴۱۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۲، ۶۰۷؛ حائری، بی تا، ۲۹۰؛ کتاب المکاسب المحشی، ۸: ۲۷۶؛ نجفی، ۱۴۲۴: ۶۹؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۲۳۵) و برخی نیز این اشکال را در کلیه عقود که جزیی از آن متعاقبا رخ می‌دهد ممکن دانسته‌اند. (انصاری، ۱۴۱۰: ۲۷۶؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۲۶) یعنی ظاهر شدن آثار عقد به عنوان امور وجودی بعد از





تحقق تعلیق، نیازمند آن است که عقدی که سابقا انشا شده در آن تاثیر داشته باشد و لیکن این عقد در آن زمان معدوم است. در حالیکه تاثیر معدوم در موجود محال عقلی خواهد بود. (حلی، ۱۳۸۷: ۴۲۰) پس به موجب فرضیه نقل، جزیی از سبب تاثیرگذاری عقد مفقود می‌باشد. (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۷۹۶) و از عدم صحت فرضیه نقل، می‌توان به صحت نظریه کشف رسید. مهم‌ترین ایراد قابل طرح به این نظر، متوجه مقدمات آن است، به این ترتیب که عقد معلق یا هر عقدی که متعاقبا جزیی از آن تکمیل می‌گردد، به معنای معدوم نیست بلکه همین وجود ناقص هم دارای آثار قابل توجهی خواهد بود.

خامسا: همانند کسانی که در عقود فضولی قائل به کشف انقلابی هستند (حسینی روحانی، بی‌تا: ۱۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۵۴؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۳۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۲۹۹) می‌توان در عقد معلق نیز حصول معلق علیه را به معنای عامل تمام کننده عقد دانست و چنین نتیجه گرفت که عقد تا قبل از حاصل شدن معلق علیه موجب تحقق آثار نیست بلکه با تحقق معلق علیه عقد بدون اثر منقلب شده و سبب تامی در تحقق آثار می‌شود. اما به نظر می‌رسد دلیلی بر پذیرش این انقلاب و تغییر خواص موجودی اعتباری چون عقد بعد از پیدایش وجود ندارد.

۲-۲. فرضیه تاثیر زوال تعلیق در آینده

به موجب این فرضیه پس از زوال تعلیق آثار زوال، از همان زمان اجرا می‌گردد و نه سابق بر آن. از این رو در شرط تعلیقی بعد از حصول معلق علیه، اثر اصلی عقد ظاهر می‌شود. مثلا اگر عقد تملیکی باشد، با حصول معلق علیه، تملیک اتفاق می‌افتد. این نوع نگرش، شبیه نظریه نقل در اثر اجازه مالک در عقد فضولی است. بر صحت این فرضیه علاوه بر دلایلی بر رد نظر سابق، توجه به نکات دیگری حائز اهمیت است:

اولا: در خصوص تقدیم مسبب بر سبب یا مشروط بر شرط، مثال‌های مطرح شده ناظر به موارد خاصی است که ادله خاص بر آن‌ها دلالت دارد، اما نمی‌توان حکم آن موارد را به کلیه موارد و امثله منتسب دانست. (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۷۹۹) از سوی دیگر وجود معلول قبل از علت یا مسبب قبل از سبب از نظر عقلی محال است. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳:





۴۰۱) و هیچ فرقی بین امور شرعی و امور عقلی از این حیث نخواهد بود. لذا توجیه نظریه کشف به این دلیل موجه نیست.

ثانیا: مقتضای نظر سابق آن است که تاثیر از اثر و ایجاد از وجود منفک باشد. در حالیکه اثر و تاثیر، ایجاد و وجود یک چیز است و امکان انفکاک آن‌ها از هم نیست. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۳۰۳) چنانکه در معاملات فضولی نیز همین بحث مطرح است. (کوه کمری، ۱۴۰۹: ۳۶۶) در نتیجه این تصور که تاثیر از زمان زوال تعلیق بوده و لیکن اثر از زمان انعقاد عقد، تصوری نادرست است.

ثالثا: در مورد مسئله نذر برخی از فقها در پذیرش حکم ذکر شده قائل به تفکیک شده‌اند به این ترتیب که اگر نذر معلق را از نوع واجب مشروط بدانیم، باید قائل به وجوب قضا بعد از مرگ و بعد از تحقق معلق علیه باشیم. اما اگر نذر معلق از نوع واجب معلق دانسته شود- که چنین است- التزام فعلی اما ملتزم موکول به آینده است، در این صورت به جا آوردن قضا لازم نیست. (آملی، ۱۳۸۰، ج ۱۲: ۱۴۶؛ محقق داماد، ۱۴۰۱: ۷۴؛ یزدی، ۱۴۰۹: ۴۸۹) به عبارت دیگر در صورت عدم وجوب قضا بعد از حصول معلق علیه معلوم می‌گردد که اثر خروج از تعلیق به گذشته یعنی زمان حیات ناذر سرایت نمی‌کند و لذا بعد از فوت او حتی اگر معلق علیه حاصل شود، تکلیفی متوجه وی نخواهد شد.

رابعا: عدم پذیرش اثر رجعی زوال تعلیق موجب تاثیر معدوم در موجود نمی‌شود. زیرا همانند عقد فضولی، اثر اجازه در مدلول عقد و نه در خود عقد است که این مدلول نیز بعد از تمامیت سبب، موجود می‌گردد. (عاملی، محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۷۵، حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲: ۶۰۷؛ یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۱۴۹) حتی برخی دقیق‌تر، خود عقد را علت ناقصه دانسته‌اند و نه علت کامله. (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۷۹۷) که امکان دارد در آینده کامل شود. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که در تعلیق نیز عقد معلق انشا شده خود علت ناقصه‌ای است که کامل شدن آن علت متوقف بر تحقق معلق علیه می‌باشد. از این رو اثر عقد معلق بعد از تحقق معلق علیه ظاهر می‌شود. چراکه در این زمان علت تحقق اثر تمام می‌گردد و نه قبل از آن زمان.





خامسا: پذیرش فرضیه تاثیر زوال تعلیق در فاصله زمانی انعقاد عقد تا زمان زوال، موجب انقلاب در ماهیت خواهد بود که چنین امری نادرست است. به این معنا که با توجه به نظریه سابق، به عنوان مثال فردی که در یک مکان و زمان مالک نبوده با تحقق معلق علیه در همان مکان و زمان دوباره مالک شود. (موسوی خمینی، سید روح اله، بی تا: ۲۲۵-۲۲۴) یا در یک زمان مالی دو مالک داشته باشد (حسینی روحانی، بی تا: ۱۵؛ قمی، ۱۴۲۶، ج ۷: ۴۴۰؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۱۲۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۲۸؛ نجفی، بی تا، ج ۲۲: ۲۸۹؛ تبریزی، ۱۳۷۵: ۲۹۹) این نتیجه معقول نیست چراکه هرگز چیزی بعد از پیدایش تغییر نیافته و ذاتی خود را از دست نداده و منقلب نمی‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۷۳، کتاب البیع قدیری: ۵۰۵؛ حسینی روحانی، بی تا: ۱۲) بنابراین عقد معلق بعد از پیدایش و قبل از تحقق معلق علیه، ذات مخصوصی دارد که بعد از تحقق معلق علیه ذات عقد و آثار آن در دوره قبل از تحقق معلق علیه تغییر نمی‌کند.

سادسا: به تعبیر بسیاری از فقهای که قائل به صحت تعلیق می‌باشند، تعلیق در منشاء ماهیتی مشابه واجب معلق داشته (خوانساری، بی تا: ۱۱۱؛ خوبی، بی تا، ج ۳: ۶۵؛ موحدی لنگرانی، ۱۴۲۴: ۴۶؛ کوه کمری، ۱۴۰۹: ۱۳۵) که وجوب فعلی اما واجب استقبالی است. (عراقی، ۱۴۲۱: ۵۵۱؛ آملی، ۱۳۸۰، ج ۹: ۲۹۵) به عبارت دیگر التزام به صورت فعلی حاصل می‌باشد اما زمان اتیان و عمل بدان متاخر و موکول به آینده است. (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۱۵۵) لذا نمی‌توان تعهدی برای زمان قبل از معلق علیه محقق دانست. (نجم آبادی، ۱۴۲۱: ۳۴۹) بلکه بعد از حصول معلق علیه این تعهد به وجود می‌آید. بنابراین پذیرش اثر رجعی تعلیق بعد از حصول معلق علیه مقبول نخواهد بود.

۲-۳. فرضیه اثر زوال تعلیق در گذشته در مورد خاص

به موجب این فرضیه، زوال تعلیق در گذشته اثرگذار نیست و فقط در مورد منافع زوال تعلیق به گذشته سرایت می‌کند. این فرضیه همانند کشف حکمی در بحث از معاملات فضولی است. به این ترتیب که در این معاملات اثر اجازه نسبت به آینده بوده و استثنائا در مورد منافع اجازه موجب انتقال منافع از حین عقد می‌گردد (جزائری ۱۴۱۶: ۹۶؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۱۶؛ مصطفوی، ۱۴۲۳: ۳۹) مبانی این نظریه وجود روایاتی در بحث بیع





فضولی است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۰۹) هر چند که در مواردی دیگر همانند بحث خمس و زکات و غیره نیز نظریه کشف حکمی پذیرفته و به آن استناد شده است. (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۷۳) لذا همانند معاملات فضولی، در مورد عقود معلق نیز اثر زوال تعلیق نسبت به آینده بوده و تنها در مورد منافع، زوال تعلیق به گذشته و زمان عقد سرایت می کند. اگرچه در بین حقوقدانان این نظریه طرفدارانی دارد (یزدانیان، ۱۳۹۲: ۲۰۵؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۷۸) اما به نظر می رسد تسری حکم خاص به موارد دیگر بدون دلیل ممکن نیست. به عبارت دیگر قیاس نمودن یک موضوع با موضوع دیگر و تسری حکم موضوع اول به موضوع دوم فقط در صورتی ممکن است که علت حکم اول منصوص باشد که در غیر این صورت قیاس مستنبط العله مقبول نیست. (حکیم، ۱۴۱۸: ۲۹۱) درحالیکه دلیل حکم منافع در بیع فضولی ذکر نشده از این رو قیاس منافع متخلل بین انعقاد عقد تا حصول تعلیق با بیع فضولی صحیح نیست.

پایان پذیرش تعلیق حقوق اسلام و غرب سال ششم - شماره اول - بهار ۱۳۸۸

۳. تاثیر پذیرش اثر رجعی یا عدم اثر رجعی

بی تردید پذیرش نظریه نقل یا کشف در تعیین آثار عقد معلق در دوره عدم قطعیت و پس از زوال تعلیق نتیجه‌ی متفاوتی ایجاد خواهد نمود که در ادامه به برخی از این نتایج اشاره خواهد شد.

۳-۱. زمان ایجاد خیراتی با مبنای دلیل خاص

از جمله مهم ترین آثار پذیرش یا عدم پذیرش نظریه کشف و نقل، تعیین مبدأ زمانی ایجاد خیرات خواهد بود. مقدمتا اینکه؛ در نوعی تقسیم بندی می توان خیرات را در دو دسته کلی قرار داد. دسته اول از خیرات که ثبوت آنها با دلیل خاص است و دسته دوم خیراتی که بر مبنای شرط ضمنی ثابت گردیده است. در دسته اول از خیرات جهت تعیین مبدا ثبوت خیار، ناگزیر از مراجعه به دلیل خاص آن خواهیم بود. (روحانی قمی، ۱۴۲۹: ۱۰۱) بنابراین اگر ملاک ایجاد خیار تحقق نقل و انتقال باشد، به موجب پذیرش تاثیر زوال تعلیق در دوره عدم قطعیت، خیار از زمان عقد ثابت می گردد. اما در صورت عدم پذیرش چنین تاثیری، خیار از زمان تحقق معلق علیه به وجود می آید. (روحانی قمی، بی تا: ۳۴) به





عنوان نمونه هر گاه مال موضوع عقد در دوره زمانی انعقاد عقد تا زوال تعلیق معیوب گردد، در صورت استیلاء منتقل‌الیه بر مال، خیاری برای او ثابت نخواهد شد. لیکن اگر قائل به عدم تاثیر حصول معلق‌علیه در زمان انعقاد عقد تا زمان زوال تعلیق گردیم، خیار عیب برای منتقل‌الیه ثابت می‌گردد (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۰۴؛ جزائری، ۱۴۱۶: ۱۴۶؛ مکارم، ۱۴۲۵، ۳۰۸؛ انصاری، ۱۴۱۰: ۳۳۳) همچنین براساس نظریه کشف مبدا ایام ثلاثه در خیار حیوان از روز عقد است. اما براساس پذیرش نظریه نقل از زمان حصول معلق‌علیه خواهد بود. (روحانی قمی، بی تا: ۳۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۷۴؛ مامقانی، ۱۴۱۶: ۳۸۹) در خیار تاخیر ثمن نیز در صورت پذیرش نظریه کشف، مبدا خیار تاخیر ثمن از زمان انعقاد عقد خواهد بود. زیرا کشف می‌گردد که انتقال مالکیت ثمن و مثنی از لحظه انعقاد عقد بوده است. اما طبق نظریه نقل مبدا خیار تاخیر ثمن گذشت مدت سه روز، از زمان حصول معلق‌علیه خواهد بود. اما در دسته دوم از خيارات، که ثبوت آن به دلیل تحقق تخلف از شرط ضمنی است، خواه قائل به پذیرش اثر رجعی باشیم و یا خیر در هر حال از حین انعقاد عقد به وجود خواهد آمد که در قسمت استثنائات عدم اثر رجعی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۲. حق شفعه

در اینکه قبل از تحقق معلق‌علیه، حق شفعه برای احد از شرکاء به وجود نخواهد آمد، تردیدی وجود ندارد چرا که از جمله شرایط تحقق حق شفعه استقرار مالکیت مبیع برای خریدار است (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۳۸۵، حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸: ۴۴۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۵۹) و ایجاد این اثر قبل از تحقق معلق‌علیه و خروج از تعلیق رخ نداده است. اما پس از زوال تعلیق پیروی از هر یک از نظرات کشف یا نقل در پذیرش یا عدم پذیرش تحقق حق شفعه موثر خواهد بود. به عنوان مثال اگر عینی بین زید و عمر مشترک بوده و سهم زید تحت بیع معلقی که حاوی شرط تعلیقی است، به مشتری منتقل شود، آنگاه عمر سهمش را بفروشد و سپس معلق‌علیه حاصل گردد. مساله قابل طرح آن است حق شفعه برای چه کسی به وجود می‌آید؟ چنانکه اگر قائل به اثر قهقرایی تحقق تعلیق در زمان انعقاد عقد باشیم، حق شفعه برای عمر حاصل می‌شود چرا که طبق نظریه کشف انتقال مالکیت در زمان عقد برای خریدار در بیع معلق اتفاق افتاده و لذا عمر حق شفعه دارد. اما براساس





نظریه نقل برای زید حق شفعه ایجاد می‌گردد چراکه در زمان بیع دوم که منجز بوده مالکیت زید هنوز به مشتری معلق منتقل نشده است.

۳-۳. تصرفات حقوقی

در صورت پذیرش اثر قهقرایی زوال تعلیق، بعد از تحقق معلق‌علیه، تصرفات صورت گرفته‌ی سابق خود به خود نافذ می‌گردد. (نبیل ابراهیم سعد، ۱۹۹۸: ۲۲۶) اما اگر قائل به عدم تاثیر قهقرایی زوال تعلیق گردیم، از آنجایی که قبل از حصول معلق‌علیه، تصرفات خریدار در موضوع عقد غیرنافذ بوده، همین وضعیت استصحاب می‌گردد. یعنی تحقق معلق‌علیه موجب نفوذ تصرفات سابق نخواهد بود. ملاک ماده (۲۵۴) قانون مدنی در بحث معاملات فضولی که بیان می‌دارد: «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی از انحاء به معامله کننده فضولی منتقل شود صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود.» نیز به خوبی مویذ عدم تاثیر خروج از تعلیق در معاملات سابق خواهد بود. از سوی دیگر در صورتی که عقد معلق حاوی شرط فاسخ منعقد گردد و در فاصله انعقاد عقد تا زمان تحقق معلق‌علیه تصرفات حقوقی صورت گیرد، هرگاه با تحقق شرط فاسخ عقد از بین برود، با توجه به اثر قهقرایی گویا عقد از ابتدا تشکیل نشده است. (Mazeaud, 1978, T2: 1056 n1038) بنابراین تمام تصرفاتی که منتقل‌الیه در موضوع عقد انجام داده باطل می‌گردد. زیرا فرض بر این است که منتقل‌الیه هیچ زمانی مالک نبوده است. (یزدانیان، ۱۳۹۲: ۲۰۶) در حالیکه با توجه به عدم تاثیر تحقق شرط فاسخ در وضعیت تصرفات حقوقی انجام شده در زمان انعقاد عقد تا تحقق شرط، اصل بر صحت این گونه تصرفات خواهد بود مگر اینکه مانع دیگری وجود داشته باشد. چراکه با انعقاد صحیح عقد معلق حاوی تعلیق در انحلال، منتقل‌الیه اصولاً مجاز در کلیه تصرفات خواهد بود و انحلال آتی عقد طبق نظریه نقل ناظر به آینده بوده تاثیری در گذشته نخواهد داشت.

۳-۴. از بین رفتن شرایط عقد

از دیگر مباحث قابل تامل در تفاوت پذیرش نظریه نقل و کشف وقوع تغییراتی در شرایط عقد است. چنین تغییراتی را می‌توان در سه دسته مطرح نمود. دسته اول تغییراتی است که در قابلیت تملک یکی از متعاملین ایجاد شود. مانند اینکه یکی از طرفین عقد





فوت کند. دسته دوم تغییراتی است که در موضوع معامله ایجاد شود. مانند اینکه قابلیت تملک به دلیل تلف و امثال آن از بین برود. دسته سوم تغییراتی است که در شرایط صحت عقد به وقوع بپیوندد. (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۹۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۵؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۳۱) مانند اینکه نسبت به موضوع معامله مجهول، علم حاصل گردد. در هر دسته نیز دو فرض قابل تصور است:

الف- هر کدام از شرایط هنگام انعقاد عقد فراهم بوده و قبل از زوال تعلیق از بین می‌رود.

ب- ممکن است در هنگام انعقاد عقد موجود نبوده و قبل از خروج از تعلیق، فراهم گشته است.

به این ترتیب، اگر تغییرات در هر سه دسته به صورت فرض اول باشد، چنانچه قائل به اثرگذاری زوال تعلیق در گذشته باشیم، عقد به صحت خود باقی است و در غیر این صورت اصولاً، براساس نظریه نقل، عقد صحیح نیست. در وضعیت بطلان و انفساخ عقد در فقه و در بحث مشابه معاملات فضولی اختلاف وجود دارد. به نحوی که برخی از فقها، قائل به بطلان عقد می‌باشند (فقه الجعفری: ۲۶۸، نجفی، بی تا، ج ۲۲: ۲۹۰؛ موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۷۹۵)) اما برخی از بین رفتن چنین شرایطی را مشابه وضعیتی دانسته‌اند که موضوع معامله بعد از عقد تلف گردد. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۱۹) صحیح تر آن است که براساس نظر نقل عقد را منفسخ شده بدانیم چرا که عقد بعد از وقوع آن به نحو صحیح، از بین رفته است. هر چند که تردیدی وجود ندارد که با ایجاد عقد معلق، رابطه‌ای هر چند ناقص بین طرفین قرارداد ایجاد می‌شود که این رابطه حقوق ناقص «حق» قلمداد شده (Mazeaud 1978 T2:1052 و منشا تحقق بسیاری آثار خواهد بود. لذا تصور بطلان، به معنای عدم انعقاد عقد بعید به نظر می‌رسد.

نکته قابل تامل آن است که اگر تغییر وضعیت متعاملین در فاصله انعقاد عقد معلق تا زوال، از قبیل مرگ یا امثال آن باشد که بتوان فردی را به عنوان قائم مقام قهری متعاملین شناخت، در این صورت خواه قائل به پذیرش یا عدم پذیرش تعلیق گردیم، نتیجه یکسان خواهد بود. به این ترتیب که عقد بعد از تحقق معلق علیه به اعتبار خود باقی خواهد ماند.





زیرا از آنجایی که حق حاصل از عقد معلق، همانند حق خیار متعلق امر اعتباری یعنی عقد بوده (رشتی، ۱۴۰۷: ۲۱۵؛ نجفی، کاشف الغطاء، بی تا: ۹۴) و حقی متعلق به صاحب آن است و نه حکم شرعی (حسینی سیستانی، بی تا، ۲: ۶۲؛ قمی، ۱۴۱۳، ۴: ۵۸؛ سبحانی، ۱۴۲۳: ۱۸۵؛ قمی، ۱۴۲۶، ج ۸: ۱۳۶) به ورثه منتقل می شود. چنانکه ماده (۱۱۷۹) قانون مدنی قدیم فرانسه نیز بر این امر تاکید نموده بود. لذا حق حاصل از عقد معلق به محض فوت یا در حکم آن به ورثه منتقل شده و با وقوع معلق علیه نیز حق منتقل شده به صورت کامل در می آید. از این رو در چنین فرضی دلیلی بر انحلال عقد موجود نخواهد بود. اما در فرضی که این شرایط در حین عقد موجود نباشد، عقد باطل است که در بحث از استثنائات عدم اثر رجعی بررسی می گردد.

۳-۵. اجرای عقد

اگر مدیون در دوران تعلیق و قبل از تحقق معلق علیه اقدام به اجرای عقد نماید و تا زمان حصول معلق علیه و خروج از تعلیق نسبت به استرداد آنچه اشتباها ایفاء نموده اقدام نکند، در این صورت براساس نظریه کشف بعد از حصول معلق علیه امکان استرداد نمی باشد چراکه با تحقق معلق علیه چنین کشف می گردد که حق دائن در زمان انشاء عقد موجود و کامل بوده است. (Mazeaud 1978, T2: 1054 N1035) لذا از همان زمان عقد مدیون مکلف به وفای به تعهد می باشد. این مطلب در حالی است که در صورت قبول نظریه نقل مساله چهره‌ی متفاوتی خواهد داشت. به این ترتیب که براساس این دیدگاه، با تحقق معلق علیه دین در همین زمان بر ذمه مدیون استقرار پیدا می کند و نه سابق بر آن. از این رو پرداخت صورت گرفته در دوره عدم قطعیت حصول معلق علیه، همچنان ایفاء ناروا خواهد بود و از سوی مدیونی که اشتباها آن را پرداخت نموده قابل مطالبه است. (Starck, 1972: 374 N1072) از سوی دیگر مدیون در همین زمان - یعنی بعد از پایان تعلیق - نسبت به ادای دین خویش نیز مکلف می باشد، (Larombiéré, 1885: 548, N5) بنابراین وی در یک زمان هم طلبکار و هم بدهکار خواهد بود. در این حالت در صورت وجود شرایط تهاتر بین دو دین تهاتر حاصل خواهد شد.



۴. اثر فقه‌رایی تعلیق در حقوق ایران

با توجه به مباحث مطرح شده در فقه امامیه و همچنین در حقوق فرانسه و کشورهای پیرو آن، به نظر می‌رسد بهترین راه حل در سیستم حقوقی ایران پذیرش اصل عدم تاثیر زوال تعلیق در زمان سابق بر آن (نظریه نقل) باشد. بنابراین با پایان دوره تعلیق، آثار این زوال خواه به دلیل تحقق معلق‌علیه و خواه به دلیل عدم تحقق معلق‌علیه از همان زمان جاری می‌شود و نه از زمان انعقاد عقد و تراضی طرفین.

۴-۱. ادله و مبانی

مهم‌ترین ادله این شیوه موارد ذیل خلاصه خواهد شد:

اولاً: به نظر می‌رسد هنگامی که طرفین قرارداد با اراده خویش به انعقاد عقدی معلق - خواه تعلیق در ایجاد و خواه تعلیق در انحلال - مبادرت می‌کنند، با نگرشی رو به آینده وجود تعلیق در توافق خود را پذیرفته‌اند. چراکه خواست و اراده ایشان بدین ترتیب بوده که در شرط تعلیقی، عقد به وجود آمده تا زمانی معین اثرگذار نباشد و بعد از تحقق معلق‌علیه اثر عقد ظاهر شود. بنابراین اراده ایشان را می‌توان با نظر بر آینده تفسیر نمود و نه بر گذشته. همچنین است در خصوص تعلیق در انحلال، بدین ترتیب که طرفین عقد انحلال رابطه خود را موقوف به امری احتمالی در آینده نموده‌اند که با واقع شدن آن امر رابطه ایشان در آینده - پس از وقوع آن امر احتمالی - از بین برود و نه در گذشته. لذا درک و تفسیر اراده طرفین قرارداد غیر از این، محتاج دلیل دیگری همانند تصریح ایشان، خواهد بود.

ثانیاً: رابطه علت و معلول و سبب و مسبب رابطه‌ای است عقلی که پذیرش تخلف از آن مشکل خواهد بود. چراکه عقلاً هر معلولی زائیده‌ی علتی است. حال عقلاً پذیرش تقدم معلول بر علت محال است مگر دلیلی خاص بر موردی به صورت استثنایی حکم کند. و از آنجایی که هر حکم عقلی، شرعاً نیز مقبول است، لذا عدم امکان تقدم معلول بر علت یا مسبب بر سبب، شرعاً نیز پسندیده خواهد بود. از این رو، پایان دوره تعلیق علتی است برای تحقق آثار جدید که آن آثار معلول علت سابق هستند. یعنی تحقق علت بروز معلول را در



مطالعه علمی پژوهشی در زمینه حقوق ایران و فرانسه





پی داشته است. پس آثار پایان تعلیق از زمان پایان یافتن تعلیق جلوه گر می شود. زیرا تصور اثر رجعی پایان تعلیق، مانند آن است که معلول را در زمانی که علت نبوده موجود بدانیم و حال آنکه عقلا و شرعا چنین حکمی مقبول نیست.

ثالثا: مراجعه به نصوص قانون مدنی نیز گواهی بر آن است که در موارد مشابه قانونگذار دیدگاه نقل را جز در موارد استثنایی در همه موارد قابل اعمال می داند. چنانکه در بیع فضولی قانون گذار تنها نسبت به منافع عین، قائل به تاثیر اجازه از روز عقد بوده و ماده (۲۵۸) ق.م مقرر می دارد: «نسبت به منافع مالی که موضوع معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد موثر خواهد بود.» همچنین در بیع خیار نیز که رد ثمن وضعیتی مشابه معلق علیه در تعلیق در انحلال دارد، ماده (۴۵۹) قانون مدنی مقرر می دارد: «... و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.» هر چند که سابقا ذکر گردید که همین اندازه از تاثیر در گذشته را نیز نمی توان پس از پایان تعلیق در مورد معاملات معلق پذیرفت.

رابعا: بر فرض پذیرش اثر قهقرایی تعلیق در هر دو نوع آن، اگر عقد از جمله عقود تملیکی باشد در یک زمان برای موضوع عقد دو مالک تعریف می گردد. از سویی دیگر اگر عقد عهدی باشد در یک زمان تعهد هست و در همان زمان نیز تعهد نیست. پر واضح است که چنین چیزی محال خواهد بود.

لذا به دلایل ذکر شده، پایان تعلیق خواه به دلیل تحقق یا عدم تحقق معلق علیه در شرط تعلیقی یا فاسخ، اصولا اثر قهقرایی نسبت به گذشته نخواهد داشت. با این همه نمی توان موارد استثنایی را نادیده گرفت که در آن موارد اثر پایان تعلیق از زمان عقد خواهد بود و نه از زمان پایان دوره تعلیق. در ادامه بحث مواردی که استثناا خروج از تعلیق اثر قهقرایی نسبت به دوره قبل خواهد داشت مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد.

فصلنامه پژوهش حقوق اسلام و غرب - سال ششم - شماره اول - بهار ۱۳۸۸



۲-۴. استثنائات

علازغم پذیرش این اصل که پایان تعلیق به گذشته سرایت نمی‌کند، اما در موارد خاصی بر این اصل می‌توان استثنائاتی تصور نمود که در ادامه به ذکر آن موارد پرداخته خواهد شد.

۴-۲-۱. توافق طرفین قرارداد

اصل آزادی ارادی حکم می‌نماید که توافقات طرفین قرارداد مادام که مخالف صراحت قوانین امری یا اخلاق حسنه نبوده و نظم عمومی را بر هم نزنند، نافذ باشد. بر این اساس طرفین قرارداد هنگام توافق بر مفاد قرارداد و متفرعات آن همانگونه که می‌توانند در قالب رعایت عقد معلق، تحقق ماهیت عقد را موکول به آینده کنند، می‌توانند در مورد اثر پایان دوره تعلیق نیز برخلاف نظر سابق توافق نمایند. به گونه‌ای که اثر خروج از تعلیق را در گذشته یعنی از زمان انعقاد عقد جاری بدانند. در واقع پذیرش عدم تاثیر قهقرایی تعلیق در زمانی است که به دلیل سکوت طرفین قرارداد محتاج به تفسیر اراده آنها بر مبنای اصول حقوقی باشیم و گرنه در فرض کشف اراده آنها چه به تصریح و چه به صورت ضمنی نوبت به تفسیر اراده نخواهد رسید. اگرچه برخی از حقوقدانان بر این نظرند که اراده طرفین قرارداد تنها در خلق ماهیت‌های حقوقی تاثیر دارد و نه در آثار بر ماهیت، که این آثار در صلاحیت قانون می‌باشد. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۷۸) اما اراده طرفین همراه با خلق ماهیت حقوقی می‌تواند در اینکه آثار حقوقی حاصل از ماهیت چه زمانی به وجود آید نیز دخالت داشته باشد که در غیر این صورت می‌بایست در امکان تحقق عقود معلق و امکان تعیین زمان تسلیم مبیع و ثمن و.... تردید نمود.

۴-۲-۲. رد عوضین در تحقق شرط فاسخ

اگر عقدی تملیکی معاوضی به صورت معلق منعقد شده که تعلیق در مرحله انحلال عقد باشد، با وقوع معلق علیه عقد منفسخ شده و از بین می‌رود. به موجب نظریه عدم اثر قهقرایی تعلیق، اصل بر آن است که اثر چنین انحلالی مربوط به آینده باشد. از جمله موارد محل تامل عوضینی است که با انعقاد چنین عقدی از ملکیت مالک خود خارج شده و به





ملکیت طرف دیگر قرارداد در آمده‌اند. چراکه طبق نظریه نقل، عوضین در صورتی که وجود داشته باشند نیز مالکیتشان منتقل شده است لذا فقط طرفین ملزم به رد بدل هستند نه عینی که سابقا تحت مالکیت آنها قرار گرفته است. اما با انفساخ عقد در نتیجه تحقق تعلیق، عوضین در صورت وجود به مالکین زمان انعقاد عقد بر می‌گردند. (نجفی، بی‌تا، ج ۳۴: ۳۲۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۴۰) چنانکه از جمله آثار فسخ در عقد خیاری نیز این گونه می‌باشد. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۴)

۴-۲-۳. زمان ایجاد خیارات با مبنای تخلف از شرط ضمنی

همان گونه که سابقا نیز بیان گردید، علاوه بر خیاراتی که مبنای آنها حکم شرعی است و زمان ایجاد خیاری تابع پذیرش یا عدم پذیرش اثرگذاری زوال تعلیق در زمان قبل از این زوال خواهد بود، در دسته دوم از خیارات از آنجایی که تخلف از شرط ضمنی به محض توافق طرفین حاصل می‌شود، خواه براساس نظریه کشف و خواه نقل، خیاری از زمان انعقاد عقد به وجود می‌آید. همانند خیاری غبن (حاشیه المظفر علی المکاسب، بی‌تا: ۱۴۵؛ یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۳۴؛ روحانی قمی، ۱۴۲۹: ۱۰۲؛ خلخالی، ۱۴۲۷: ۲۰۳) که در آن تخلف از وصف و ایجاد غبن در زمان انعقاد عقد رخ داده است. (یزدانیان، ۱۳۹۲: ۲۰۵) لذا به عنوان استثناء اصل عدم تاثیر زوال تعلیق در گذشته، در این دسته از خیارات، زمان ایجاد خیاری، هنگام انعقاد عقد خواهد بود.

۴-۲-۴. ایجاد شرایط مربوط به صحت قرارداد

از دیگر استثنائات پذیرش عدم اثر رجعی آن است که هرگاه شرایطی که در صحیح شمردن عقد موثرند در هنگام عقد موجود نباشد، خواه مربوط به متعاملین یا خود موضوع معامله و خواه از جمله شرایط صحت عقد، در هر حال و لو اینکه متعاقب انعقاد عقد چنین شرایطی موجود گردد، عقد باطل است و در این مورد فرقی بین پذیرش نظریه نقل و کشف نیست. همانگونه که در بحث از معاملات فضولی فقها به این مطلب اشاره نموده‌اند. (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۷۹۵؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۱۹؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۲: ۲۹۰-۲۹۱؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۳۱؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۳۸۰) اگرچه مخالفینی نیز وجود





دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۰۷) مهم‌ترین دلیل این امر را می‌توان چنین توجیه نمود که بعد از تحقق معلق‌علیه در شرط تعلیقی قرار است عقدی که موجب پیدایش حق ابتدایی شده، تبدیل به عقدی کامل با کلیه آثار گردد و حال اگر شرایطی که در صحت عقد دخالت دارند موجود نباشد، اصلاً از ابتدا ماهیتی حقوقی به وجود نیامده است. در شرط فاسخ نیز در صورت عدم وجود شرایط عقد، عقد باطل بوده و فرض انفساخ عقد باطل بعد از تحقق معلق‌علیه محال خواهد بود.

۴-۲-۵. عدم تحقق معلق‌علیه در شرط تعلیقی

در انتهای بند ۶ ماده (۱۳۰۴) قانون مدنی جدید فرانسه، قانونگذار به صراحت بیان نموده: «... در موردی که شرط تعلیقی محقق نشده، تعهد هرگز واقع نمی‌شود.» لذا با عدم تحقق معلق‌علیه عقد معلق‌ی که صحیحاً تشکیل شده کان لم یکن خواهد شد (Starck, 1972: 548) یعنی معلوم می‌شود که هیچ زمانی تملیک و تعهدی به وجود نیامده است. (Toulet, 2005: 288) با این وجود این تردید باقی است که در نظام حقوقی ایران، محقق نشدن معلق‌علیه در شرط تعلیقی، نسبت به گذشته نیز سرایت می‌کند یا فقط عقد نسبت به آینده از بین می‌رود؟ فقهای که قائل به صحت تعلیق در منشا می‌باشند نیز در این فرض قائل به بطلان عقد هستند، به این استدلال که اگر معلوم شود که هیچ‌گاه معلق‌علیه واقع نمی‌شود عقد بدون قصد یا بدون نتیجه می‌شود که این امر خود موجب بطلان است. (خویی، ۱۴۱۸: ۶۵؛ خویی، بی‌تا، ج ۷: ۳۹۵) به نظر می‌رسد که می‌بایست با پذیرش بطلان عقد با فقها همراه گردید. زیرا قصد طرفین از انشاء عقد، پیدایش نتیجه یا اثر حقوقی عقد است. در عقد معلق که تحقق ماهیت عقد وابسته به تحقق معلق‌علیه احتمالی گردیده، نتیجه نیز موقوف به تحقق ماهیت است. اما با قطعیت عدم حصول معلق‌علیه معلوم می‌شود که هیچ زمانی - چه در دوره عدم قطعیت معلق‌علیه و چه در زمان قطعیت عدم حصول معلق‌علیه - اثر اصلی عقد ظاهر نشده است و مسلماً عقد بدون اثر و نتیجه یعنی اختلال در قصد انشایی که سازنده عقد می‌باشد، لذا عقد باطل خواهد بود. چنانکه در شرط خلاف



مقتضای ذات عقد، بین مقتضای ذات عقد که از عقد جدانشدنی است و شرط تنافی وجود دارد لذا هم شرط باطل و هم مبطل عقد است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۴۴) لذا به عنوان یکی دیگر از استثنائات اصل عدم تاثیر زوال تعلیق در گذشته، عدم تحقق تعلیق در گذشته اثر کرده و موجب بطلان عقد خواهد شد.

نتیجه گیری

از جمله اموری که در بحث تعلیق مورد اغفال قانونگذار ایران قرار گرفته، مساله زمان تاثیر پایان تعلیق است. در حالیکه در قانون مدنی قدیم و اصلاحات جدید در ۲۰۱۶، چنین مساله‌ای مورد تصریح قانون‌گذار این کشور بوده است. چنانکه در ماده (۱۱۷۹) قانون مدنی قدیم فرانسه اصل بر اثر قهقرایی تعلیق بوده است. لیکن در بند ۷۰۶ قانون جدید آن، در شرط تعلیقی اصل بر عدم قهقرایی بودن و در شرط فاسخ برعکس اصل را بر قهقرایی بودن تعلیق قرار داده است. در مراجعه به فقه امامیه نیز تصریحی در این خصوص ملاحظه نمی‌شود. اما از مبانی فکری ایشان در فقه می‌توان دو رویکرد مختلف را برداشت نمود. البته پذیرش هر یک از نظریات راجع به زمان تاثیرگذاری پایان تعلیق، در امور مختلفی که مربوط به عقد است، ثمرات متفاوتی خواهد داشت. چنانکه این تفاوت‌ها در امور مختلفی چون زمان تحقق دسته‌ای از اختیارات، حق شفعه، تصرفات حقوقی، تغییر شرایط و اجرای عقد قابل ملاحظه می‌باشد. با این همه به نظر می‌رسد بهترین راه کار در نظام حقوقی ایران که می‌توان آن را منطبق با اصول و مبانی حقوقی این نظام دانست، پذیرش عدم اثر رجعی پایان تعلیق است. هر چند که پذیرش استثنائات وارد بر این نظر نیز قابل چشم پوشی نخواهد بود. از جمله‌ی این استثنائات مواردی است که طرفین قرارداد در خصوص زمان تاثیر پایان تعلیق توافق نموده‌اند. همچنین زمان بررسی شرایط تحقق اختیاراتی که مبناي آنها تخلف از شرط ضمنی است، زمان عقد خواهد بود. همچنین زمان بررسی شرایط صحت





عقد نیز موكول به هنگام وقوع عقد می باشد. از سوی دیگر عدم تحقق تعلیق در شرط تعلیقی موجب بطلان عقد خواهد بود.

منابع

- ۱) اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه کتاب مکاسب للاصفهانی، قم، انوار الهدی، چ ۱، ج ۲ و ۵.
- ۲) انصاری، سید مرتضی، ۱۴۱۰ق، مکاسب (محصی)، قم، موسسه دارالکتب، چ ۳، ج ۸.
- ۳) ----، ۱۴۱۵ق، کتاب المكاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چ ۱، ج ۳ و ۶.
- ۴) انور السلطان، ۱۹۸۳، احکام الالتزام (الموجز فی النظریه العامه للالتزام)، بیروت، دار النهضه العربیه.
- ۵) ایروانی، باقر، ۱۴۲۷ق، دروس التمهیدیه فی فقه الاستدلالی، قم، چ ۲، ج ۲.
- ۶) ایروانی، علی بن عبدالحسین، حاشیه المكاسب، ۱۴۰۶ق، تهران، وزارت فرهنگ اسلامی، چ ۱، ج ۱.
- ۷) آملی، میرزا محمد تقی، ۱۳۸۰ق، مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی، تهران، چ ۱، ج ۹ و ۱۲.
- ۸) بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۹ق، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهدی، چ ۱، ج ۳.
- ۹) بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، ۱۴۰۳ق، بلغه الفقهیه، تهران، منشورات مکتبه الصادق، چ ۴، ج ۳.
- ۱۰) بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد، ۱۴۱۰ق، عیون الحقائق الناظره فی تمیم الحدائق، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۲.



- (۱۱) تبریزی، جواد، ۱۴۱۶ق، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۳، ج ۲.
- (۱۲) تبریزی، میرزا فتاح شهیدی، ۱۳۷۵ ق، هدایه الطالب الی الاسرار المکاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، چ ۱، ج ۲.
- (۱۳) جزائری، سید محمد جعفر، ۱۴۱۶ق، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، موسسه دار الکتب، چ ۱، ج ۵.
- (۱۴) حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی، بی تا، کتاب المناهل، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام، چ ۱.
- (۱۵) حسینی روحانی قمی، سید صادق، ۱۴۲۹ق، منهاج الفقاهه للروحانی، قم، چ ۵، ج ۴.
- (۱۶) حسینی روحانی قمی، سید محمد، بی تا، فقه الصادق (علیه السلام) للروحانی، بی جا، ج ۱۶.
- (۱۷) حسینی شیرازی، سید محمد، بی تا، ایصال الطالب الی المکاسب، تهران، منشورات اعلمی، چ ۱، ج ۷.
- (۱۸) حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد للعلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۱۲ و ۱۸.
- (۱۹) حکیم، سید محسن طباطبایی، بی تا، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، چ ۱.
- (۲۰) حکیم، سید محمد تقی، ۱۴۱۸ق، اصول العامه، نجف الاشرف، المجمع العالمی لاهل البيت «ع»، چ ۱.
- (۲۱) حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۷ق، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۱، ج ۱.





- (۲۲) حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۲۰ق، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، موسسه امام صادق، چ ۱، ج ۴.
- (۲۳) ----، ۱۴۱۰ ق، ارشاد الازهان الی احکام الايمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۲ و ۱.
- (۲۴) ----، ۱۴۱۳ق، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۳.
- (۲۵) حلی، شمس الدین، ۱۴۲۴ق، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ج ۲.
- (۲۶) حلی، محقق، نجم الدین، ۱۴۰۸ق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۲، ج ۳.
- (۲۷) خلخالی، سید محمد مهدی موسوی، ۱۴۲۷ ق، فقه الشیعه - الاجاره، تهران، مرکز فرهنگی انتشارات منیر، چ ۱
- (۲۸) خوانساری. محمد، بی تا، حاشیه الثانیه علی المكاسب للخوانساری، بی جا، چ ۱.
- (۲۹) خویی، سید ابوالقاسم موسوی، بی تا، مصباح الفقاهه، بی جا، ج ۳ و ۷.
- (۳۰) سبحانی تبریزی، جعفر، ۱۴۲۴ق، الحج فی شریعه الاسلامیه الغراء، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ج ۱.
- (۳۱) سبزواری، سید عبدالعلی، ۱۴۱۳ق، مهذب الاحکام للسبزواری، قم، موسسه المنار، چ ۴، ج ۱۷.
- (۳۲) سعد، نبیل ابراهیم، ۱۹۹۸م، نظریه العامه لالتزام (احکام الالتزام فی القانون المصری و القانون اللبناني)، بیروت، دار النهضه العربیه، چ ۱،
- (۳۳) سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸م، الوسیط، فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، چ ۳، ج ۳.



- ۳۴) شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷ش، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات حقوقدان، چ ۱،
- ۳۵) عاملی، زین الدین، شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، المسالك الافهام الى تنقيح الشرايع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلاميه، چ ۱، ج ۱۲.
- ۳۶) عاملی، محقق ثانی، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چ ۲، ج ۴.
- ۳۷) عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی، ۱۴۲۱ق، حاشیه مکاسب للنجم آبادی، قم، انتشارات غفور، چ ۱.
- ۳۸) -----، ۱۴۲۱ق، کتاب القضا للنجم آبادی، قم، انتشارات موسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چ ۱.
- ۳۹) قمی، سید محمد تقی طباطبایی، ۱۴۲۶ق، قم، مبانی منهاج الصالحین، منشورات قلم الشرق، چ ۱، ج ۷ و ۸.
- ۴۰) کوه کمری، سید محمد علی، ۱۴۰۹ق، کتاب البيع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲.
- ۴۱) مامقانی، محمد حسن، ۱۴۱۶ ق، غایه الامال فی شرح الکتاب المکاسب، قم، مجمع الذخایر الاسلامیه، چ ۱، ج ۳.
- ۴۲) محقق داماد، سید محمد، ۱۴۰۱ق، کتاب الحج محقق داماد، قم، چاپخانه مهر، چ ۱، ج ۱.
- ۴۳) مراغی، سید میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ق، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۱.
- ۴۴) مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۳ق، فقه المعاملات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱.





- (۴۵) مظفر، محمد رضا، بی تا، حاشیه المظفر علی المکاسب، ج ۲.
- (۴۶) مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ق، فقه الامام الصادق علیه السلام، قم، موسسه انصاریان، ج ۲، ج ۳.
- (۴۷) مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۵ق، انوار الفقاهه کتاب البیع لمکارم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ج ۱
- (۴۸) موحدی لنکرانی، محمد فاضل، ۱۴۲۴ق، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الاجاره، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ج ۱
- (۴۹) موسوی خمینی، سید روح اله، بی تا، کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۱، ج ۲.
- (۵۰) ---، بی تا، کتاب البیع (تقریرات)، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۱.
- (۵۱) موسوی قزوینی، سید علی، ۱۴۲۴ق، ینایع الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱، ج ۵.
- (۵۲) نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۳۷۳ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران، المکتبه المحمدیه، ج ۱، ج ۱.
- (۵۳) ---، ۱۴۱۳ق، المکاسب و البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱، ج ۱.
- (۵۴) نجفی، کاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر، ۱۴۲۴ق، منهل الغمام فی شرح شرایع الاسلام، نجف اشرف، موسسه کاشف الغطاء، ج ۱، ج ۱.
- (۵۵) نجفی، محمد حسن، بی تا. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ج ۷، ج ۳۴، ۲۲ و ۳۵.



۵۶) یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۲ش، درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی، تهران، نشر میزان،
چ ۱، ج ۱.

۵۷) یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، ۱۴۱۰ق، حاشیه مکاسب للیزدی، قم، موسسه
اسماعیلیان، چ ۱، ج ۱ و ۲.

۵۸) ----، ۱۴۰۹ ق، العروه الوثقی للیزدی، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات،
چ ۲، ج ۲.

- 59) Starck. Boris, (1972). Droit Civil, Obligation, Paris Librairies Techniques.
- 60) Weill.(Alex) Terré. (François), (1975). Droit Civil Les obligation, 2é. éd. Dalloz
- 61) Toulet.(Valerie) (2005). Droit Civil Les obligation, 1é. Éd, Paradigme.
- 62) Mazeaud.(Henri, Leon, Jean)(1978), Leçons de Droit Civil. Volume premier. Obligation. 6é. éd. Motchrestien. Paris.
- 63) Larombière. M.L. (1885). Théorie et partique des obligation, 1éd, éd A.Durand et Pedone-Lariel éditeures. Libraires de la cour de appel et de l'ordre des avocats. Paris.
- 64) Aubry.(c)Rau.(c) (1856) Cours de Droit Civil français, 3éd. éd. Imprimerie de Librairie générale de jurisprudence, Cosse. Imprimeur-éditeur, Paris.
- 65) Buady-Lacantinerie.G. Barde.L. (1902). Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations, 12éd. éd. Librairie de la société de recueil G des lois et des arréte, Paric.

