

در جهان امروز هم چنان موضوع بسیاری از تعهدات، خودداری از انجام قراردادی مانند بیع، اجاره و غیره می‌باشد، لذا جهت تنظیم هرچه بهتر روابط قراردادی اشخاص جامعه، علاوه بر تبیین، تعیین وضعیت حقوقی قراردادهایی که اشخاص خودداری از انعقاد آن‌ها را تعهد می‌نمایند، ضروری می‌باشد. همان طور که می‌دانیم تمامی تعهدات دارای آثاری می‌باشند و تعهد به خودداری از انشای قرارداد نیز از این امر مستثنی نمی‌باشد. اما سوالی که در این مورد مطرح می‌شود این است که آیا در صورت تخلف متعهد و اقدام به انشای قرارداد، اثر چنین تعهدی صرفاً حق مطالبه خسارت برای متعهدله آن بوده و تاثیری در صحت و نفوذ قرارداد معارض با آن ندارد؟ و یا این که تعهد مذکور موجب تغییر وضعیت قرارداد معارض می‌گردد و اگر این طور است وضعیت قرارداد به چه صورت خواهد بود؟ به حکم وضعی یک قرارداد مانند بطلان و صحت وضعیت حقوقی قرارداد گویند، که در خصوص وضعیت قرارداد مورد بحث سه نظریه بطلان مطلق، صحت و عدم نفوذ ارایه شده است. هدف این نوشتار علاوه بر تحلیل و نقد سه نظریه مذکور، تحلیل و نقد نظریات قابل ارایه دیگر و در نهایت برگزیدن نظریه صحیح و ارجح می‌باشد. لذا طی پنج گفتار به تحلیل و نقد پنج نظریه بطلان مطلق، بطلان نسبی، عدم قابلیت استناد، صحت و عدم نفوذ پرداخته می‌شود.

### گفتار اول- نظریه بطلان مطلق

یکی از نظریه‌های قابل ارایه برای وضعیت قراردادی که تعهد به خودداری از انعقاد آن شده است، نظریه بطلان مطلق می‌باشد. طبق این نظریه، قرارداد معارض متعهد باطل و کان لم یکن بوده و فاقد اثر می‌باشد. عمده دلایلی که در دفاع از این نظریه می‌توان ارایه نمود، به شرح ذیل می‌باشد.

#### بند اول- اقتضای ادله لزوم انجام تعهد.

همان طور که مطابق ادله فقهی که در باب حجیت قاعده شروط اقامه شده، عمل به مفاد تعهد بر متعهد واجب و الزام‌آور و متضمن التزام و تکلیف شرعی می‌باشد و لزوم وفای به شرط، مستلزم آن است که متعهد مجبور به انجام دادن آن باشد و امکان تخلف برای وی وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر، متعهد با التزام به خودداری از قرارداد، ممتنع شرعی شده است و ممتنع شرعی همانند ممتنع عقلی است.

#### بند دوم- اقتضای نهی در معاملات.

در علم اصول در بحث اقتضای نهی در معاملات، از نظر برخی نهی شارع موجب بی اعتباری عملی می‌شود که بدون رعایت دستور نهی واقع گردیده است. به این صورت که طبق ادله شروط، عمل به تعهد واجب و انشای قرارداد معارض با تعهد حرام و منهی می‌گردد و نهی نیز مقتضی فساد و بطلان می‌باشد.

#### بند سوم- سقوط حق انشای قرارداد.

زمانی که شخص خودداری از انعقاد قراردادی را به عهده می‌گیرد، مقتضای چنین تعهدی آن است که متعهد در عالم اعتبار و انشای بیات فاقد اختیار و توان انجام آن عمل حقوقی گردد. در واقع از آن جا که به موجب این تعهد فرد مانند کسی می‌شود که اساساً فاقد حق انشای قرارداد است، می‌توان گفت، امکان تخلف و انعقاد قرارداد معارض منتفی می‌باشد. به عبارتی دیگر تعهد به خودداری از انعقاد قرارداد مشمول سلب حق به طور جزئی و ماده ۹۵۹ ق.م. می‌گردد. این ماده مقرر می‌دارد: "هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند". بنابراین شخص به طور جزئی می‌تواند قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند و زمانی که فردی خود را متعهد به ترک عمل حقوقی خاصی می‌گرداند، در واقع قسمتی از حقوق مدنی خود را ساقط می‌نماید و اگر متعاقب تعهد بخواهد اقدام به انجام عمل حقوقی معارض با تعهد خویش نماید، عمل وی فاقد اثر و کان لم یکن است.

#### بند چهارم- مستندات قانونی.

از موادی که به نظر می‌رسد جهت اثبات بطلان قرارداد معارض می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، ماده ۴۶۰ و ۵۰۰ ق.م. در خصوص بیع شرط می‌باشد. در ماده ۴۶۰ قانون‌گذار مقرر کرده: "در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید". در ماده ۵۰۰ ق.م. نیز مقرر شده: "در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای

مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد، و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد، باید به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد، و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود". این مواد را به این صورت می‌توان تفسیر نمود که از نظر قانون-گذار زمانی که افراد در قالب بیع شرط اقدام به انعقاد عقد می‌نمایند این قرارداد حاوی این تعهد است که خریدار در حق فروشنده، متعهد به عدم انتقال مال مورد معامله می‌گردد، بنابراین قانون-گذار تعهد به عدم انتقال را موجب عدم امکان انعقاد قرارداد موجد انتقال دانسته و منظور وی از به کار بردن واژه نمی‌تواند در ماده ۴۶۰ نیز همین بوده است، که نتیجه آن، بطلان عمل حقوقی متعهد خواهد بود که در ماده ۵۰۰ تصریح گردیده است.

ماده دیگری که جهت اثبات بطلان عمل حقوقی معارض مورد استناد واقع شده، مواد ۴۵۴ ق.م. می‌باشد. قانون-گذار در این ماده مقرر می‌دارد: "هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود، مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحا یا ضمنا شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است".

نحوه استناد به این ماده به این صورت است که، اگر طبق توافق طرفین عقد بیع، خریدار متعهد شود که مثلاً در مدت دو ماه مبیع را اجاره ندهد، در صورتی که برخلاف تعهد خود اقدام به انشای آن قرارداد نماید، عمل وی باطل و بلا اثر می‌باشد. و از آنجا که عقد اجاره هیچ خصوصیتی ندارد که حکم ماده مختص آن باشد و آنچه قانون-گذار ذکر کرده جنبه تمثیلی داشته، از ملاک این ماده می‌توان در سایر قراردادها نیز استفاده نمود و قابل به بطلان قراردادی شد که متعهد برخلاف تعهد خویش اقدام به انشای آن نموده است.

در مقام نقد نظریه بطلان و استدلال‌ها و مستندات مذکور، می‌توان گفت:

اولاً- به نظر می‌رسد استناد بند اول فاقد وجاهت است، زیرا اگرچه مقتضای ادله‌ای که در باب حجیت قاعده شروط اقامه شده، وجوب ایفای تعهد می‌باشد، ولی این امر نمی‌تواند با بطلان عمل حقوقی مستقل دیگری که طبق فرض دارای تمامی شرایط قانونی است، ملازمه داشته باشد. بنابراین با چنین استنادی نمی‌توان بطلان قرارداد معارض متعهد را پذیرفت.

ثانیاً- اساساً نهی صریح، آن گونه که در استدلال بند دوم ادعا شده وجود ندارد، بلکه نهی مورد ادعا صرفاً مدلول التزامی شارع است (امر به ایفای تعهد)، نه این که حکم خاص نهی، صراحتاً بیان شده باشد. از طرفی هم این حکم که نهی در معاملات (عکس عبادات) موجب فساد عمل باشد، حکم مسلم و عاری از اختلاف نظر فقهی و اصولی نمی‌باشد و در این مورد اختلافاتی میان اهل فن وجود دارد که استدلال مذکور را تضعیف می‌نماید. هم چنین برای چشمپوشی از دو اصل مسلم فقهی و قانونی (صحت و تسلیط) نیاز به ادله یقینی می‌باشد که در استدلال فوق چنین ادله‌ای موجود نیست.

ثالثاً- خلط و عدم تفکیک میان تعهد به خودداری از انعقاد قرارداد و اسقاط و سلب حق انعقاد قرارداد، ایراد اساسی است که مانع پذیرش استدلال مذکور در بند سوم می‌گردد. زیرا در حالت اول شخص صرفاً خود را ملتزم به عدم انعقاد قرارداد می‌نماید و این التزام موجب زایل شدن حق وی در انعقاد قرارداد نمی‌گردد. در حالی که در حالت دوم شخص قسمتی از حقوق قانونی خویش را در چهار چوب قانون از خود سلب و اسقاط می‌نماید. بنابراین به تبعیت از حقوق-دانان برجسته می‌باید این تفاوت را مد نظر قرار داد.

رابعاً- استناد به مواد مندرج در بند چهارم نیز بدین شرح مردود است: ۱- از آنجا که قانون-گذار در ماده ۴۶۰ ق.م. صریحا وضعیت قرارداد معارض متعهد را تعیین ننموده است، به نظر می‌رسد جهت اثبات بطلان عمل معارض نمی‌توان به این ماده استناد نمود. ۲- مطابق نص صریح ماده ۵۰۰ ق.م. مشتری حق دارد مبیع را برای مدت زمانی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد، بنابراین اگر بیش از این مدت اجاره دهد اجاره برای مدتی که حق فسخ وجود ندارد صحیح خواهد بود و عقد صحیحا منعقد شده را نمی‌توان محکوم به بطلان نمود. از نظر اساتید برجسته نیز طبق این ماده اجاره معارض تا زمان اعمال خیار از سوی فروشنده نافذ می‌باشد و پس از آن، اجاره غیر نافذ و منوط به رضای مالک جدید است. به عبارت دیگر، عقد اجاره‌ای که منافی با خیار بایع و برخلاف تعهد ضمنی به ترک آن می‌باشد، مطلقاً باطل نیست؛ بلکه در آن قسمت که منافی حق فروشنده است، به صورت غیرنافذ و سرنوشت نهایی آن به دست بایع (متعهدله) می‌باشد. ۳- در خصوص ماده ۴۵۴ نیز می‌توان گفت، منظور قانون-گذار از واژه (بطلان) در این ماده معنای اصطلاحی این واژه یعنی کان لم یکن بودن نیست، بلکه مقصود قانون-گذار این است که فسخ عقد از جانب متعهدله موجب انفساخ و زوال بعدی عقد اجاره است؛ نه این که صرف تعهد موجب بطلان و بی اثر بودن قرارداد معارض متعهد گردد. هم چنین تحمیل یک قاعده کلی که خلاف اصل صحت و اصل تسلیط (الناس مسلمون علی اموالهم) باشد، از طریق استخراج یک حکم استثنایی برای تمامی موارد مشابه، امری است که پذیرش آن با دشواری‌های جدی مواجه است.

در خاتمه با توجه به نقد استدلال‌ها و مستندات نظریه می‌توان گفت، پذیرش نظریه بطلان، در حقوق ایران به دلیل ضعف مستندات و ادله، غیر قابل قبول و مردود می‌باشد.

#### گفتار دوم- نظریه بطلان نسبی

طبق این نظریه قرارداد معارض متعهد، مطلقاً باطل نیست، بلکه جهت رعایت حقوق متعهدله بطلان آن نسبی می‌باشد. به این صورت که فقط از جانب متعهدله قابل ابطال بوده و او می‌تواند حکم به ابطال آن را از دادگاه مطالبه نماید. البته لازم به ذکر است این وضعیت با آن چه در حقوق فرانسه با عنوان مشابه یاد می‌شود متفاوت است. زیرا در آن جا بطلان نسبی، وضعیت عمل حقوقی است که با داشتن شرایط اساسی صحت قرارداد، دارای شرایط حافظ منافع (طرفین یا یکی از آنها) نبوده و حق ابطال نیز محدود به طرفین یا یکی از آنها است. موارد ایجاد آن نیز عبارت از: ۱- اشتباه نسبت به مورد معامله و شخص طرف معامله (در صورتی که شخص علت عمده عقد باشد). ۲- تدلیس. ۳- اکراه. ۴- عدم اهلیت. ۵- فروش مال غیر بدون اذن مالک. ۶- ضرر بیش از ۱۲/۷ قیمت در معامله مال غیرمنقول نسبت به فروشنده می‌باشد، و مصادیق بارز آن در حقوق ما، ماده ۱۳۱ ل.ا.ق.ت. (در خصوص قابل ابطال بودن برخی معاملات شرکت) و ماده ۱۷۹ قانون دریایی (در خصوص قابل ابطال بودن قرارداد ناعادلانه کمک و نجات) می‌باشد. در حالی که در وضعیت مد نظر ما متعهدله از طرفین قرارداد نبوده و ثالث محسوب می‌شود. وضعیت مورد نظر در تبصره ماده ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم (اصلاحی ۱۳۸۰) با این عبارت پیش بینی شده است: "در صورتی که مودیان مالیاتی به قصد فرار از پرداخت مالیات اقدام به نقل و انتقال اموال خود به همسر یا فرزندان نمایند، سازمان مالیاتی کشور می‌تواند نسبت به ابطال اسناد مذکور از طریق مراجع قضایی اقدام نماید". مطابق این ماده قرارداد انتقال صورت گرفته صرفاً نسبت به سازمان مالیاتی کشور (در عین حال که از طرفین قرارداد نمی‌باشد) باطل بوده و این سازمان می‌تواند ابطال آن را از دادگاه مطالبه نماید.

دلایلی که در دفاع از این نظریه که ظاهراً با منطق حقوقی نیز سازگار است، به شرح ذیل بیان می‌گردد:

بند اول- پذیرش صحت و عدم امکان ابطال قرارداد معارض صرفاً موجب نادیده گرفتن و تضییع حق

متعهدله می‌گردد، لذا اگر با تعیین وضعیتی برای قرارداد بتوان حق متعهدله را حفظ نمود، دلیلی باقیمانی ماند تا قراردادی را که حسب فرض تمام ارکان و شرایط آن صحیح و قانونی می‌باشد، نسبت به همگان و به طور مطلق باطل یا غیرنافذ دانست. در واقع با پذیرش نظریه بطلان نسبی و محدود نمودن بطلان نسبت به متعهدله، با حفظ حقوق وی، از بطلان یا عدم نفوذ قراردادی که تمامی ارکان و شرایط اساسی را دارا می‌باشد، جلوگیری نموده‌ایم.

بند دوم- در معاملاتی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص

حکم به عدم نفوذ آن شده، مانند معاملاتی که نسبت به مال غیر (مواد ۲۴۷ به بعد ق.م.) یا عین مرهونه (ماده ۷۹۳ ق.م.) منعقد می‌گردد، مالک و مرتهن نسبت به مال و عین مرهونه دارای حق عینی می‌باشند که در مقایسه با حقی که به موجب تعهد به خودداری از قرارداد برای متعهدله ایجاد می‌شود، دارای برتری می‌باشد. هم چنین حقی که دیان نسبت به اموال مدیون دارند و به دلیل جلوگیری از تضییع حقوق آنان حکم به عدم نفوذ برخی از معاملات مدیون (ماده ۶۵ ق.م.) و ورثه وی شده است (مواد ۸۷۱ ق.م. و ۲۲۹ ق.ا.ح.) حقی است که نادیده گرفتن آن موجب از دسترس خارج شدن عین اموالی می‌گردد که وثیقه عمومی طلبکاران بوده و آن‌ها بر مبنای همین وثیقه عمومی (عین اموال) اقدام به ایجاد رابطه حقوقی با مدیون نموده‌اند. در حالی که به موجب تعهد به خودداری از قرارداد، هیچ گونه حق عینی نسبت به متعلق تعهد برای متعهدله ایجاد نمی‌گردد و چه بسا خود متعهد نیز نسبت به آن‌ها فاقد حق عینی باشد. مانند تعهدی که شخص خودداری از خرید ملک در منطقه‌ای از شهر را به عهده می‌گیرد.

بند سوم- پذیرش بطلان مطلق یا عدم نفوذ قرارداد با اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی

در تعارض بوده و موجب تضعیف ثبات قراردادها می‌گردد، که با توجه به مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۲، ۲۲۳، ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۳۷۶، ۴۰۶، ۴۷۶، ۴۸۲، ۴۹۲ و ۵۳۴ قانون مدنی برخلاف هدف قانون‌گذار می‌باشد. در واقع قانون‌گذار با تصویب این مواد اراده خود مبنی بر حفظ ثبات و لازم الاجرا بودن قرارداد و جلوگیری از فسخ آن را تا زمان انتهای اجرای اجباری قرارداد نمایانده است.

در مقام نقد این نظریه می‌توان گفت: اولاً- ایراد اساسی نظریه مذکور که خاستگاه اصلی آن حقوق اروپایی از جمله فرانسه می‌باشد این است که اساساً در قانون مدنی و فقه ما چنین وضعیتی حقوقی وجود ندارد. و به استناد موادی خارج از قانون مدنی

که به طور استثنایی و بنا به مصالحی حق ابطال قرارداد به شخصی داده شده، نمی‌توان وجود و حکم به چنین وضعیتی برای قرارداد معارض را پذیرفت.

ثانیاً- این استدلال که فقط، تعرض به حق عینی اشخاص می‌تواند موجب بطلان یا عدم نفوذ باشد و تجاوز به حق دینی (اقدام به انعقاد قرارداد معارض) موجب عدم نفوذ معامله نمی‌باشد، صحیح نیست. زیرا، در برخی از مواد قانونی بدون این که به حق عینی کسی تجاوز شده باشد، قراردادی صحیح و نافذ دانسته نشده است. به عنوان مثال در ماده ۶۵ ق.م. می‌خوانیم: "صحت وقفی به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است". حال باید پرسیم که آیا طلبکاران (دیان) نسبت به اموال واقف حق عینی دارند که قانون‌گذار عمل حقوقی واقف را غیرنافذ اعلام نموده است، یا صرف تجاوز ناروا به حقوق دینی مکتسب و محترم آن‌ها، مجوز ایجاد حق رد معامله قرار گرفته است. هم چنین بنا به مدلول انتهایی مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. با این که فروشنده پس از انعقاد عقد بیع، حق عینی بر مبیع ندارد، ولی چنان چه مشتری تعهد نموده باشد که مبیع را به دیگری اجاره یا رهن ندهد، قرارداد منعقد نافذ نخواهد بود.

ثالثاً- استناد به اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی و موادی از قانون مدنی که از آن‌ها لزوم حفظ ثبات قراردادها به دست می‌آید با این اشکال روبروست که، تعهد به خودداری از انشای قرارداد نیز، خود موضوع قراردادی مستقل و مقدم است که می‌باید ثبات آن حفظ و از عدم اجرا و بی اثر شدن آن جلوگیری نمود.

بنا بر آن چه بیان شد به نظر می‌رسد پذیرش این نظریه و حکم به وضعیت بطلان نسبی برای قرارداد معارض منتهی می‌باشد.

گفتار سوم- نظریه عدم قابلیت استناد

طبق این نظریه وضعیت قراردادی که متعهد با نقض عهد اقدام به انشای آن می‌کند، غیر قابل استناد است. به این صورت که متعهد و طرف قرارداد وی و قایم مقامان ایشان هیچ‌گاه در مقابل متعهدله نمی‌توانند به قرارداد مذکور استناد نمایند. طبق نظر حقوق‌دانان عدم قابلیت استناد، وضعیت قراردادی است که در رابطه طرفین منعقد کننده آن معتبر بوده ولی ایشان نمی‌توانند از آن در مقابل اشخاص ثالث بهره ببرند. مثلاً اگر به موجب قرارداد اجاره‌ای که شخص خودداری از انعقاد آن را به عهده گرفته، مالک منفعت عین مستاجر گردد، وی نمی‌تواند به عقد اجاره و به تبع آن به مالکیت خود نسبت منافع عین مستاجر در مقابل متعهدله استناد نمایند. به عنوان مستندات قانونی پذیرش این وضعیت در حقوق ایران می‌توان به مواد ذیل اشاره نمود.

۱- ماده ۲۹۹ ق.م. : اگرچه ظاهر این ماده غیر قابل استناد بودن تهاثر را بیان می‌کند، ولی با نگاهی تحلیلی مشخص می‌شود که اولاً- مستند به قسمت اول ماده که در آن مقرر شده: "در مقابل حقوق ثابت اشخاص ثالث، تهاثر موثر نخواهد بود..."، می‌توان گفت، اساساً توقیف مال از سوی ثالث مانع ایجاد تهاثر می‌گردد. ثانیاً- همان طور که می‌دانیم، تهاثر به سه نوع قهری، قراردادی و قضایی تقسیم می‌گردد. و یکی از مواردی که می‌تواند موجب تهاثر گردد، قرارداد موجد دین می‌باشد. بنابراین، از این ماده می‌توان این گونه استفاده نمود: اگر مدیونی پس از این که طلبکار داین او، دین وی را به نفع خود توقیف نمود، اقدام به انعقاد قراردادی با داین خود نماید که موجب طلب او از داینش گردد، قرارداد مذکور در مقابل شخص توقیف کننده قابل استناد نمی‌باشد و او نمی‌تواند به استناد قرارداد مذکور و این که قرارداد، موجب طلب و به تبع آن تهاثر گردیده، از نادیه دین توقیف شده نزد خود امتناع ورزد.

۲- ماده ۸۱۶ ق.م. : طبق این ماده اگر مشتری که مال مشاع را به موجب بیع مالک گردیده، چنان چه نسبت به ملک خود اقدام به معامله‌ای نماید، این معامله نمی‌تواند در اعمال حق شفعه از سوی شفیع ایجاد مانع نماید. در واقع قراردادی که مشتری نسبت به مورد شفعه با ثالث منعقد می‌نماید، میان طرفین و نسبت به دیگران صحیح و نافذ بوده ولی در مقابل شفیع قابل استناد نبوده و شفیع با استفاده از این امتیاز می‌تواند به اعمال حق خود بپردازد.

۳- جمع میان مواد ۲۱۸ ق.م. و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سابق مصوب ۱۳۷۷؛ اگرچه ظاهراً قانون‌گذار به موجب ماده ۲۱۸ ق.م. قراردادهایی را که مدیون به قصد فرار از دین و به صورت غیر صوری منعقد می‌نماید، صحیح می‌داند، ولی مستنداً به ماده ۴ ق.ن.ا.م. می‌توان گفت، قانون‌گذار قراردادهای مذکور را در مقابل داین غیر قابل استناد دانسته است. به این صورت که زمانی که داین قصد استیفای حق از اموال مدیون را دارد، وی نمی‌تواند مدعی خروج آن اموال از داری خود به استناد قرارداد انتقال گردد. هم چنین منتقل‌الیه نیز نمی‌تواند به استناد قرارداد مذکور مدعی عدم مالکیت مدیون و مالکیت خود نسبت به مال منتقل شده گردد، بنابراین داین می‌تواند از عین اموال موضوع قرارداد استیفای حق نماید. البته ماده مذکور به موجب ماده ۲۹ ق.ن.ا.م. مصوب ۱۳۹۴/۳/۲۳ نسخ و ماده ۲۱ جایگزین آن گردیده است. براساس این ماده دیگر نمی‌توان حکم به غیر قابل استناد بودن قراردادی که مدیون با منتقل‌الیه عالم به قصد فرار وی منعقد نموده، کرد.

زیرا طبق قسمت آخر ماده، عین مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده (به عنوان جریمه) اخذ و محکوم به از آن استیفاء خواهد شد. این در حالی است که طبق ماده ۴ قانون سابق، از عین مال منتقل شده یا مثل یا قیمت آن بدون آن که ابتدا یا لازم باشد مال به عنوان جریمه اخذ گردد، استیفاءی حق صورت می‌گرفت.

۴- از مواد قانون تجارت نیز می‌توان به ماده ۴۰ لایحه اصلاحی، در خصوص غیر قابل استناد بودن قرارداد انتقال سهام با نام، در صورت عدم رعایت شرایطی نسبت به شرکت و اشخاص ثالث، ماده ۱۰۵ ق.ت. در مورد غیر قابل استناد بودن محدود کردن اختیارات مدیران در صورت عدم قید در اساسنامه، نسبت به شرکت و اشخاص ثالث و ماده ۱۱۶ ق.ت. در محدود کردن مسوولیت شرکای شرکت تضامنی در مقابل اشخاص ثالث اشاره نمود.

دلایلی که در دفاع از این نظریه قابل ارایه می‌باشد همان دلایل سه گانه ای است که در دفاع از نظریه بطلان نسبی بیان شد. با این تفاوت که در وضعیت عدم قابلیت استناد، شخص یا اشخاص مورد حمایت، حق مطالبه ابطال قرارداد را ندارند، ولی می‌توانند قرارداد منشا ضرر را باطل و کان‌لم‌یکن دانسته و از خسارات ناشی از آن مصون بوده و به استیفاءی حق خود بپردازند.

در مقام نقد این نظریه باید گفت، آن ایراد اساسی که در گفتار قبل در خصوص عدم وجود وضعیت مورد نظر در قانون مدنی بیان شد، به این نظریه وارد نمی‌باشد. زیرا مستندا به موادی که طی سه شماره ابتدایی که فوقاً ذکر گردید، می‌توان گفت، این وضعیت در قانون مدنی ما مورد پذیرش واقع شده است. اما اشکال دومی که به نظریه بطلان نسبی در خصوص استناد به اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی بیان شد در اینجا نیز وارد می‌باشد. ایراد دیگر این که، با پذیرش وضعیت عدم قابلیت استناد برای قرارداد، این طور نیست که در همه موارد حقوق متعهدله مصون از تضییع باقی بماند. به طور مثال اگر شخصی در مقابل دیگری تعهد نماید که خانه خود را به مدت سه ماه جز به متعهدله به کسی نفروشد، تا متعهدله در این مدت بتواند آن را بخرد، در این صورت با غیر قابل استناد دانستن قرارداد بیع متعهد در مقابل متعهدله، حق وی حفظ خواهد شد، اما در مواردی که غرض و بنای طرفین صرفاً بر این باشد که به موجب تعهد، شخصی خاص و یا متعهدتواند مالک عین یا منافع ملکی گردد، با غیر قابل استناد دانستن قرارداد حق متعهدله حفظ نمی‌گردد. چون حسب فرض قرار نیست که متعهدله از عین آن ملک استیفاءی حق نماید. نتیجتاً به طور مطلق نمی‌توان گفت، با غیر قابل استناد دانستن قرارداد، در تمامی موارد، حق متعهدله مصون از تعرض و تضییع باقی می‌ماند.

بنابر آن چه بیان شد به نظر می‌رسد، این نظریه فاقد مستنداتی استوار است که بتوان بر اساس آن‌ها قابل به پذیرش آن شد.

گفتار چهارم- صحت عمل حقوقی معارض با حق مطالبه جبران خسارت

مطابق این نظریه اگر فردی متعاقب تعهد خویش بر ترک عملی حقوقی، اقدام به انشای آن عمل نماید، عمل معارض وی باطل نبوده و به دلایلی که در ادامه ذکر می‌گردد عمل حقوقی وی که حسب فرض واجد همه شرایط صحت می‌باشد، صحیح و نافذ است و متعهدله صرفاً به استناد تعهد و مسوولیت قراردادی ناشی از تخلف، می‌تواند مطالبه خسارت نماید. دلایل قابل ارایه در دفاع از این نظریه که حقوق‌دانان برجسته کشور طرفدار آن می‌باشند، به شرح ذیل است.

بند اول- اصل صحت.

طبق این اصل در صورتی که وقوع عرفی یک عمل حقوقی محرز بوده و در وجود قصد انشاء و تمیز طرفین قرارداد تردید نباشد، در صورت تردید در صحت و اعتبار آن عمل، اصل بر آن است که عمل مزبور به طور صحیح واقع گردیده، مگر آن که خلاف آن ثابت شود. ماده ۲۲۳ ق.م.نیز در این خصوص مقرر می‌دارد: "هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود". در موضوع بحث نیز زمانی که فردی تعهد به خودداری از انشای قراردادی می‌نماید، ولی متعاقباً برخلاف تعهد خویش اقدام به انشای آن نماید، بر اساس مسوولیت قراردادی (ماده ۲۲۱ ق.م.) و با وجود شرایطی می‌توان وی را ملزم به جبران زیان‌های ناشی از تخلف خویش نمود، ولی با تردید در معتبر بودن یا نبودن، آن قرارداد حمل بر صحت می‌شود، چرا که طبق فرض ما صورت عرفی عمل حقوقی واقع شده و در قصد انشا و تمییز طرفین قرارداد نیز، تردید وجود ندارد. هم چنین با توجه به این که دلیل صریح بر بطلان یا عدم نفوذ چنین قراردادی در قانون مدنی موجود نیست و طبقاً مورد از مصادیق تردید میان صحت و عدم صحت به شمار می‌رود و طبق قواعد، در صورت مردد بودن ضمانت اجرای خفیف و شدید، باید ضمانت اجرای خفیفتر (صحت قرارداد معارض و حق مطالبه خسارت) را برگزید، می‌تواند قابل به صحت قرارداد بود.

بند دوم- مالکانه بودن عمل حقوقی معارض و اصل استصحاب.

بر اساس قاعده تسلیط، هر مالک حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی در مایملک خود دارد و هیچ کس نمی‌تواند او را بدون مجوز شرعی از تصرفات منع کند و اصل بر آن است که هرگونه تصرفات برای مالک مجاز است مگر آن چه (صریحاً و یقیناً) مشمول نهی واقع شود. این اصل در ماده ۳۰ ق.م. به صراحت مورد تأیید قرار گرفته است. در این ماده می‌خوانیم: "هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر مواردی که قانون استثنا کرده باشد". طبق اصل استصحاب نیز، در صورتی که سابقاً نسبت به وجود چیزی یقین وجود داشته و سپس در بقاء آن تزلزل ایجاد گردد، حکم به ابقای آن و بر اساس یقین سابق عمل می‌شود.

بنابراین مستند به قاعده و اصل مذکور می‌توان گفت، از آن جا که متعهد سلطه و اختیار انشای هرگونه قرارداد در مایملک خود را داشته و سپس به موجب تعهد به ترک قراردادی خاص، در بقا یا زوال این اختیار تردید می‌شود، به دلیل فقد دلیلی یقینی جهت زوال این حق، بقای سلطه و اختیار متعهد، استصحاب و حکم به صحت عمل حقوقی معارض با تعهد می‌شود.

بند سوم- امکان جمع بین حقوق.

در صورت پذیرش نظریه صحت به نوعی میان حق متعهد، متعهدله و ثالث طرف قرارداد معارض می‌توان جمع نمود. به این صورت که از یکسو، متعهدله به استناد قرارداد موجد تعهد و مسوولیت قراردادی متعهد می‌تواند خسارات ناشی از نقض عهد متعهد را مطالبه نماید، و از سوی دیگر نیز تصرف مالکانه متعهد در اموال خویش صحیح دانسته شده و آزادی و اختیار وی محدود نگردیده است. هم چنین از سوی دیگر، با پذیرش صحت قرارداد از تضییع حقوق اشخاص ثالثی که طرف قرارداد معارض قرار گرفته و چه بسا از تعهد طرف قرارداد خود نیز آگاه نمی‌باشند، جلوگیری و موجب حفظ حقوق آنان نیز خواهد شد.

بند چهارم- حق عینی متعهد و تقدم آن بر حق دینی متعهدله.

یکی از رایج‌ترین دلایلی که از طرف اساتید جهت تأیید صحت قرارداد معارض بیان شده، حق عینی متعهد و تقدم آن بر حق دینی متعهدله نسبت به متعلق تعهد، در مواردی است که متعهد مالک آن می‌باشد. به این صورت که به موجب تعهد، متعهدله صرفاً از یک نوع حق دینی برخوردار می‌شود و نسبت به مال موضوع تعهد، حقی عینی برای وی ایجاد نمی‌شود، بنابراین نقض تعهد از سوی متعهد، مستلزم تجاوز به حق عینی وی نیست و در حقوق ما هم تنها تعرض به حقوق عینی اشخاص است که موجب بطلان یا عدم نفوذ معامله معارض با آن می‌گردد؛ همان طور که در مواد ۲۴۷ به بعد ق.م. در باب معاملات فضولی و ماده ۷۹۳ آن قانون در باب تصرفات منافی حق مرتهن بدان تصریح شده است. بنابراین قرارداد معارض منعقد از سوی متعهد، صحیح و متعهدله صرفاً حق مطالبه خسارت ناشی از تخلف متعهد را دارا می‌باشد. لازم به ذکر است علاوه بر حقوق دانان ما، حقوق دانان فرانسه نیز از این نظر حمایت کرده و آن را نظر صحیح می‌دانند.

هم چنین از منظری دیگر می‌توان گفت، از آن جا که به موجب تعهد، برای متعهدله صرفاً حقی دینی ایجاد شده ولی به موجب قرارداد معارض (بیع، معاوضه، اجاره و...) برای ثالث حقی عینی ایجاد شده

است، به دلیل برتری حق عینی، حکم به صحت قرارداد معارض داده می‌شود.

بند پنجم- حفظ حق ثالث با حسن نیت.

دلیل دیگری که در دفاع از نظریه صحت قابل ارایه می‌باشد، جلوگیری از تضییع حق ثالث با حسن نیت است. به این صورت که چون شخص ثالث با حسن نیت، از تعهد طرف قرارداد خود با دیگری مبنی بر عدم انعقاد عمل حقوقی، مطلع نیست، نباید برای متعهدله قرارداد نخست این امکان وجود داشته باشد که رابطه حقوقی خود را دست‌آویزی برای بی‌اعتبار نمودن قرارداد منعقد میان متعهد و ثالث با حسن نیت قرار دهد.

برخی در مقام تحلیل راه‌های جبران خسارتی که از قرارداد معارض متعهد (متعاقب تعهد انتقال مال به دیگری) ناشی می‌شود، نوشته‌اند: "یکی از راه‌های جبران خسارت این است که دادگاه منبع و سبب ضرر را از بین ببرد و قرارداد را ابطال نماید. منتها، اشکال در این است که به استناد تفسیر فروشنده، نمی‌توان معامله ثالث خریدار را نیز باطل کرد و مالی را که او با حسن نیت از مالک خریده است، به طلبکار داد."

بند ششم- رای اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در رای اصراری مورخ ۱۳۴۸/۱۱/۱ به شماره ۱۹۱ در خصوص پرونده‌ای با این موضوع که جد مادری طفلی، یک باب مغازه را به نوه صغیر خود جهت کمک به هزینه تحصیلی او انتقال می‌دهد و در ضمن قرارداد، شرط می‌نماید که ولی قهری (پدر انتقال گیرنده) مادام که مولی علیه او به سن ۱۸ سال تمام نرسیده، از هرگونه اقدامی که نتیجه آن، فروش، صلح، هبه، معاوضه، بیع شرط، رهن و اجاره زاید بر سه سال باشد خودداری ورزد، اما، پدر انتقال گیرنده برخلاف تعهد خود ملک مولی علیه را به صورت معامله با حق استرداد، به شخص دیگری انتقال می‌دهد، این چنین اظهار نظر می‌نماید: تعهد مذکور صحیح و بلاشکال است ولی تخلف از آن موجب بطلان معامله با حق استرداد نمی‌باشد بلکه طرق جبران آن به نحوی است که در قانون مدنی مقرر گردیده است. بنابراین به طور خلاصه، از نظر اکثریت اعضای دیوان عالی قرارداد معارض، صحیح و نافذ می‌باشد و صرفاً متخلف مسوول خسارات ناشی از نقض تعهد خویش می‌باشد.

در مقام نقد و تحلیل این نظریه و دلایل و مستندات آن می‌توان گفت:

اولاً- این که برای صحیح و نافذ شمردن عمل حقوقی معارض به اصل صحت و ماده ۲۲۳ ق.م. استناد نمود، صحیح نمی‌باشد، زیرا طبق مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۳۷ ق.م. کلیه عقود و شروط ضمن آن‌ها که بر اساس شرایط قانونی واقع شده باشند، بین طرفین قرارداد لازم‌الاتباع بوده و ایشان ملزم به پایبندی و اجرای صحیح آن‌ها می‌باشند. به حکم عقل، لازم‌الاجرا بودن قرارداد مستلزم این است که متعهد نتواند با انجام عملی معارض با تعهد، حقوق طرف دیگر یا متعهد له را تضییع نماید. درحقیقت منطقی و عاقلانه نیست که قانون‌گذار از یک طرف با تصویب موادی طرفین قرارداد را الزام به اجرای تعهد نماید و از طرف دیگر با صحیح و نافذ محسوب نمودن عمل حقوقی معارض، امکان اجرای تعهد را از بین ببرد. بنابراین به طور خلاصه باید گفت، با وجود موادی که طرفین قرارداد را ملزم به اجرای تعهد نموده است، نمی‌توان به استناد اصل صحت و ماده ۲۲۳ ق.م. صحت و نفوذ عمل حقوقی معارض متعهد را توجیه، و به قانون‌گذار منتسب نماییم.

ثانیاً- استناد به اصل تسلیط (الناس مُسلطونَ علی اموالهم) و ماده ۳۰ ق.م. نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا، در موادی از قانون مدنی این حکم که مالک حق انعقاد هر قراردادی در مال خود را دارد، نقض شده است و این امر نماینده این است که مالکیت شخص متعهد در این گونه موارد، نمی‌تواند مستند و مستمسکی برای اثبات صحت عمل حقوقی متعهد و نادیده گرفتن حقوق متعهدله باشد. به عنوان مثال ماده ۶۵ ق.م. را می‌توان مورد استناد قرارداد، که یکی از مصادیق نقض اصل فوق به شمار می‌رود. به این صورت که آیا واقفی که به قصد اضرار به دیان خود اقدام به وقف می‌نماید، مالک اموال خود نبوده است؟ پس چرا حکم به عدم نفوذ، عمل حقوقی وی (وقف) شده است؟ هم چنین طبق مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ نیز، اگرچه مشتری به موجب بیع مالک مبیع شده و باید بتواند در مال خود هر تصرف حقوقی که می‌خواهد نماید ولی قانون‌گذار به واسطه تعهدی که نموده، اختیار وی را محدود دانسته است. از این مواد به خوبی می‌توان دریافت که از نظر قانون‌گذار، به رغم این که تصرفات مزبور از سوی مالک در اموال خود انجام می‌شود، به این دلیل که با تعهد متعهد یا حقوق دیگران در تعارض است، نافذ نمی‌باشد.

هم چنین در تقویت استدلال فوق می‌توان به اصل چهارم ق.ا. با عبارت: "هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد"، استناد نمود. به موجب این اصل، قانون‌گذار صریحاً حق تصرفات مالکانه‌ای را که منجر به ورود زیان به دیگران می‌شود، از مالکین سلب نموده است. در واقع به موجب این اصل، حدود اختیارات اشخاص در اجرای حقوق خویش مشخص، و اضرار به دیگران در پناه استیفای حق، غیرقانونی اعلام شده است. بنابراین وجود حق مالکانه نسبت به موضوع تعهد نمی‌تواند نقض تعهد و صحت قرارداد معارض را توجیه نماید.

لازم به ذکر است مبنای شرعی اصل چهارم ق.ا. قاعده لاضرر می‌باشد. این قاعده نیز خود بر مبنای عقل، آیاتی از قرآن کریم و روایاتی از معصومین علیهم‌السلام استوار است که معروف‌ترین آن‌ها روایتی است که حاوی سخن پیامبر اکرم (ص) ((إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ لِضَارِّرٍ وَ لِضَارِّرٍ عَلَى الْمُؤْمِنِ)) در قضیه‌ای است که در آن مالک درختی به حق مالکانه خود نسبت به درخت و حق شرعی خود در عبور از منزل دیگری برای دسترسی به درخت استناد می‌نمود. ولی چون تصرفات وی موجبات ضرر را برای مالک خانه ایجاد می‌نمود، جلوی تصرفات وی گرفته شد و استناد به سلطه مالکانه و حقوق شرعی، از وی پذیرفته نشد.

بنابراین، در خصوص مسأله مورد بحث می‌توان این گونه استدلال کرد که اگرچه به موجب حکمی متعهد، می‌تواند در مایملک خود هرگونه تصرفی نماید ولی زمانی که این تصرف موجب اضرار و تضییع حقوق متعهدله باشد، آن حکم برداشته می‌شود و نتیجتاً حکم به صحت قرارداد معارض متعهد داده نمی‌شود.

استناد به اصل استصحاب نیز با این ایراد مواجه است که یکی از ارکانی که اصولیین برای اعتبار جریان استصحاب ذکر کرده‌اند، وحدت متعلق یقین و شک است. یعنی علاوه بر این که وجود یقین سابق و شک لاحق برای حکم به بقا، ضروری است، ماهیت آن چه وجودش مسلم بوده باید عین ماهیت آن چیزی باشد که بقایش مورد تردید است و وجود هرگونه تغایر میان این دو می‌تواند حکم ناشی از جریان اصل را با تردید مواجه کند. بنابراین می‌توان گفت: سلطه و اختیار متعهد در انشای

هرگونه عمل حقوقی در مایملک و حقوق خود، قبل از تعلق نهی به موجب تعهد، دقیقاً و عیناً همان سلطه و اختیاری نیست که پس از تعهد مذکور وجود دارد، و تردیدهایی که در آثار چنین تعهدی وجود دارد نیز، نشان دهنده وجود اختلاف و تغایر است و این امر جریان اصل استصحاب را به لحاظ عدم وحدت متیقن و مشکوک منتفی می‌نماید.

ثالثاً- در خصوص استناد به امکان جمع بین حقوق طرفین و ثالث باید گفت، این که در تمامی حالات حقوق افراد مذکور حفظ می‌گردد صحیح نمی‌باشد، زیرا در بسیاری از موارد به صرف شناخت حق مطالبه خسارت، حقوق متعهدله مصون از تضییع باقی نمی‌ماند و برخی خسارات (مخصوصاً خسارات معنوی) وارده به وی همچنان جبران نشده باقی می‌ماند. در واقع پذیرش صحت قرارداد معارض، بیشتر ناظر به حفظ سلطه و اختیار متعهد در انشای قرارداد و رعایت حقوق شخص ثالث می‌باشد.

رابعاً- همان طور که در نقد نظریه بطلان نسبی بیان شد، فقط تعرض به حقوق عینی اشخاص نیست که موجب بطلان یا عدم نفوذ قراردادی می‌گردد، و حکم مندرج در برخی مواد از جمله ۶۵، ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. موید این امر است. ضمناً، یکی از حقوق دانان برجسته کشور، در بحث قول‌نامه که متضمن ترک قرارداد معارض با آن، از جانب متعهد می‌باشد، در عین حال که، قول‌نامه را صرفاً موجب حق دینی می‌داند، حق ابطال قرارداد معارض با آن را، برای متعهدله به رسمیت می‌شناسد.

خامساً- رعایت حقوق اشخاص ثالث طرف معامله معارض و استناد به حسنیت آن‌ها نمی‌تواند دست‌آویزی جهت صحیح دانستن عمل معارض و تضییع حق متعهدله قرارداد تعهد به ترک عمل حقوقی قرار گیرد. زیرا در مساله مورد بحث، فرض بر این است که متعهدله نیز، با حسن نیت می‌باشد و دلیلی وجود ندارد که حسن نیت شخص ثالث که متعاقباً قراردادی با متعهد منعقد نموده بر حسن نیت متعهدله ترجیح داده شود. هم چنین در حقوق ایران به دلیل فقدان نص قانونی، حسن نیت نمی‌تواند مبنای تعیین وضعیت قرارداد معارض قرار گیرد و دادرسان نیز نمی‌توانند در تفسیر و تکمیل قراردادها به طور مستقیم به حسن نیت استناد کنند. در واقع استناد به حسن نیت و پذیرش صحت قرارداد، نظری است که بیشتر با حقوق کشورهای مثل فرانسه که با مفهوم نهاد حسن نیت آشنا هستند، هماهنگ می‌باشد. مثلاً قانون‌گذار فرانسه به موجب مواد ۵۵۰ و ۲۲۷۹ قانون مدنی حتی معامله منعقد نسبت به مال منقول متعلق به دیگری را نیز در صورت با حسن نیت بودن خریدار صحیح می‌داند و حق ابطال معامله را به مالک نمی‌دهد و در وعده یک طرفی بیع نیز بطلان معامله معارض را محدود به موردی می‌کند که خریدار ثالث از وجود وعده آگاه باشد یا در خدعه مالک شرکت داشته باشد.

نتیجتاً، بنابر آن چه بیان شد ضعف مستندات این نظریه نیز نمایان گردید و می‌توان گفت، نظریه صحت نیز نمی‌تواند مورد پذیرش واقع گردد.

گفتار پنجم- نظریه عدم نفوذ

طبق این نظریه وضعیت قراردادی که متعهد با نقض تعهد خویش منعقد می‌نماید به صورت غیرنافذ است و با تنفیذ متعهدله موثر و با رد وی باطل می‌گردد. مستندات و دلایلی که جهت اثبات این نظریه قابل بیان می‌باشد به شرح ذیل ارایه می‌گردد.

بند اول- مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی.

مطابق قسمت اول ماده ۴۵۴ زمانی که عقد بیع منعقد می‌گردد، مشتری حق هرگونه تصرفی از جمله اجاره مبیع را دارد، هر چند که برای بایع حق فسخی وجود داشته باشد. این حکم صریحاً در مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ ق.م. مورد اشاره واقع شده است. اما قسمت دوم ماده بیان می‌کند که اگر عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری شرط شده باشد اجاره در صورتی باطل می‌شود که بیع فسخ شود. مفهوم مخالف آن این است که اگر بیع فسخ نشود، اجاره به حال خود باقی بوده و باطل نمی‌شود. به عبارتی در صورتی که مشتری ترک انشای قراردادی را به عهده گیرد، اثر این تعهد در وضعیت قرارداد معارض وی ظاهر شده و موجب عدم نفوذ آن می‌گردد، که با فسخ بیع که حمل بر رد آن می‌شود، باطل می‌گردد. در واقع می‌توان گفت، فسخ بیع در اینجا همان فعلی است که دلالت بر رد معامله فضولی می‌کند (ماده ۲۵۱ ق.م.). پس نتیجه این می‌شود که طبق ماده ۴۵۴ اگر فردی تعهد به ترک فعل حقوقی مثل اجاره نماید ولی از تعهد خود تخلف نماید این اجاره غیر نافذ خواهد بود و با فسخ بیع که دال بر رد معامله است اجاره باطل و بی اثر می‌گردد.

طبق ماده ۴۵۵ نیز، اولاً- از آن جا که مشتری به موجب عقد مالک مبیع شده و حق هرگونه تصرف قانونی را دارد، می‌تواند تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، حتی فسخ معامله موجب بطلان تصرفات حقوقی وی و زوال حق شخص ثالث نخواهد شد. ثانیاً- اگر مشتری تعهد نماید که مبیع را متعلق حق غیر قرار ندهد تا زمان فسخ معامله، عمل حقوقی معارض



مشتری (متعهد) به صورت غیر نافذ پابرجا می‌باشد. ثالثاً- در صورت فسخ معامله است که حق شخصی که طرف معامله با متعهد گردیده از بین می‌رود. رابعاً- فسخ معامله توسط بایع، حمل بر رد عمل حقوقی است که در اثر تعهد منفی حقوقی متعهد، به طور غیر نافذ منعقد گردیده است.

حال جهت تسری این حکم به سایر موارد مشابه، مستنداً به عبارت "عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت" در ماده ۴۵۴ و عبارت "تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل این که نزد کسی رهن گذارد" در ماده ۴۵۵، باید گفت، قراردادهای معارض رهن و اجاره از باب تمثیل ذکر شده و علت حکم همان تعهد به خودداری از انشای قرارداد بوده است. بنابراین به استناد مواد مذکور در تمام مواردی که شخص خودداری از انعقاد قراردادی را به عهده می‌گیرد در صورت تخلف، عمل وی غیرنافذ می‌باشد.

بند دوم- ماده ۷۹۳ قانون مدنی.

به موجب این ماده "راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن". نحوه ارتباط این ماده با مسأله مورد بحث به این صورت است که در عقد رهن نیز ولو طرفین در ضمن عقد و یا به موجب قراردادی مستقل، در خصوص تعهد به ترک قرارداد معارض با حق مرتهن، سکوت نمایند، همواره این تعهد ضمنی بر عهده راهن وجود دارد و بر اساس همین تعهد، در صورتی که متعهد اقدام به انعقاد قرارداد معارض نماید، از نظر قانونگذار عمل وی غیر نافذ خواهد بود. این ضمانت اجرا در رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز تصریح گردیده است. در این رای آمده است: "... معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود، اعم از این که، معامله راهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه...". هم چنین از نظر اساتید برجسته نیز معاملات معارض راهن در حکم فضولی و غیرنافذ می‌باشد.

بند سوم- ماده ۲۷۵ قانون مدنی.

در این ماده می‌خوانیم: "متعهدله را نمی‌توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر از آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید، اگرچه آن شیء قیمتا معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد". طبق این ماده الزام متعهد به پذیرش چیز دیگری غیر از موضوع مورد تعهد، حتی اگر آن چیز از لحاظ قیمت ارزش بیشتری داشته باشد، ممنوع است. در واقع این ماده نماینده اراده قانونگذار بر این امر است که متعهدله تا حد امکان به مطلوب خود که همان موضوع تعهد است دست یابد و متعهد نتواند به استناد این که عمل دیگری انجام یا مال دیگری تسلیم می‌نماید که ارزش آن مساوی یا بیشتر از موضوع تعهد است، از اجرای تعهد مورد توافق شانه خالی نماید. در موضوع مورد بحث نیز، این که قرارداد معارض متعهد را صحیح بدانیم و متعهدله را تنها مستحق مطالبه خسارت بدانیم در واقع به نوعی وی را الزام به پذیرش چیز دیگری (خسارت ناشی از نقض تعهد) غیر از موضوع تعهد نموده‌ایم، که این امر توسط قانونگذار ممنوع اعلام شده است، و در بسیاری از موارد مطلوب متعهدله نمی‌باشد و با اصل اجرای اجباری تعهدات نیز تعارض دارد.

بند چهارم- حفظ حقوق مشروع و محترم متعهدله.

از آن جا که متعهدله، ذی‌نفع در تعهد به ترک انشای قرارداد می‌باشد و این نفع نیز به طور قطع مشروع و محترم است و با انشای قرارداد معارض مورد تجاوز قرار می‌گیرد، لذا هرگونه اقدام معارض در جهت تضییع آن منوط به اذن قبلی یا اجازه بعدی متعهدله است. هم چنین می‌توان گفت، در مواردی که متعهد مالک متعلق تعهد (اعم از عین یا منفعت) است، در اثر تعهد نوعی حق نسبت به متعلق تعهد برای متعهدله ایجاد می‌شود که هر چند، اوصاف مالکیت را دارا نمی‌باشد لکن، تجاوز و تعدی به آن بدون رضایت قبلی صاحب حق می‌باید غیرنافذ و منوط به تنفیذ و اجازه از سوی صاحب حق باشد. در نتیجه هم حق متعهدله محترم و مصون از تعرض می‌ماند و هم معامله واقع شده دستخوش بطلان نمی‌گردد.

لازم به ذکر است قانونگذار، حتی در برخی موارد که افراد، تعهدی را به اراده خود به نفع نگرفته‌اند، عمل حقوقی را که موجب تضییع حقوق برخی می‌گردد، غیرنافذ دانسته است، پس به طریق اولی در مواردی که خود شخص ترک قراردادی را به نفع می‌گیرد، باید عمل وی غیر نافذ باشد تا حقوق ذی‌نفع مصون از تعرض بماند. از جمله این مواد ماده ۸۷۱ ق.م.است که در راستای حفظ حقوق دیان متوفی چنین مقرر نموده است: "هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معامله نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبور نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را برهم زنند". ماده ۲۹۹ قانون امور حسبی همان حکم ماده فوق را تکرار و به این صورت بیان نموده است: "تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران یا ادای دیون". ماده ۶۵ ق.م. با هدف حفظ حقوق دیان مقرر داشته: "صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد، منوط به اجازه دیان است". در ماده ۲۱۸ ق.م. مصوب ۱۳۰۷ نیز، اگرچه در سال ۱۳۶۱ از

سوی کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی حذف شده، ولی گذشته از انتقاداتی که به این حذف صورت گرفته، هدف از تصویب آن همان حفظ حقوق دیان بوده است. در این ماده مقرر شده بود: "هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست". ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی نیز با این عبارت که "هرگونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده به ضرر محکوم له منعقد شود نافذ نخواهد بود، مگر این که محکوم له کتباً رضایت دهد"، همان هدف و رویه مذکور را دنبال نموده است.

بنابراین حفظ و مصون داشتن حقوق مشروع ذی-نفع امری است که چشمپوشی از آن ناعادلانه و قبیح بوده و قانونگذار نیز آن را پذیرفته است و از آن جا که عمل حقوقی معارض به نوعی، تصرف در حق دیگری می‌باشد، باید غیرنافذ و سرنوشت نهایی آن به دست مالک آن باشد.

بند پنجم- تقدم زمانی حق متعهدله بر حق ثالث.

دلیل دیگری که می‌توان در دفاع از نظریه عدم نفوذ ارایه داد، تقدم زمانی حق متعهدله بر حق شخص ثالث طرف قرارداد معامله معارض می‌باشد، که علی‌القاعده باید بر آن الویت داشته باشد. همان طور که در فقه نیز قاعده-ای با نام ((سبق)) و با عبارت ((من سبق الی ما لم یسبقه احد، فهو احق به)) وجود دارد که مضمون آن شناخت حق اولویت برای فردی می‌باشد که قبل از دیگران به عملی اقدام نموده است.

البته ممکن است ایراد شود چون حق ثالث عینی و حق متعهدله نخست دینی است، بنابراین طبیعی است که حق عینی مقدم بر حق دینی (ولو با تقدم زمانی) باشد. در پاسخ علاوه بر آن چه پیش تر ذکر شد، می‌توان گفت، عادلانه نیست که برای رعایت حق عینی، به حق دینی که بر آن تقدم زمانی دارد تعرض شود، ضمن این که همه حقوق اعم از عینی و دینی مورد احترام قانون-گذاران می‌باشند و در صورت ایجاد تعارض میان آن‌ها اصولاً حقی که زودتر ایجاد شده است باید بر حق موخر ارجحیت داشته باشد.

احتمالاً این برتری دادن حق عینی برحق دینی متأثر از حقوق فرانسه باشد. زیرا در آنجا گفته می‌شود، حقی که در اثر قولنامه به وجود آمده است حق دینی و حق ایجاد شده برای ثالث خریدار، حق عینی است و بنابراین باید بر آن ترجیح داده شود.

بند ششم- عدم امکان مطالبه خسارت در برخی موارد.

پذیرش صحت قرارداد معارض با حق مطالبه خسارت، با این ایراد مواجه است که صرف نظر از مشکلاتی که برای اثبات ورود خسارت وجود دارد، در برخی موارد ممکن است نقض تعهد اساساً خسارت قابل مطالبه‌ای در پی نداشته باشد. پس آیا در این موارد باید بگوییم نقض تعهد، هیچ ضمانت اجرایی ندارد. فرض کنیم پدری برای کمک به بهبود زندگی پسر و نوه‌هایش ملکی را به پسر هبه می‌کند ولی به دلیل اعتیاد فرزند و ترس از فروش خانه و بی سرپناه ماندن، از وی تعهد می‌گیرد که به مدت ۱۰ سال خانه را به کسی منتقل ننماید تا حداقل نوه‌هایش به سن رشد برسند. در این مورد اگر پسر تعهد خود را نقض نماید، اساساً خسارت قابل مطالبه‌ای ایجاد نمی‌گردد. حال اگر اعتقاد به نفوذ معامله داشته باشیم، پدر از تعهد ایجاد شده هیچ نفعی نمی‌برد، چرا که نه می‌تواند خسارتی مطالبه نماید و نه قرارداد معارض را بی‌اثر نماید و نتیجه این می‌شود که گویا هیچ تعهد و حقی ایجاد نشده است، که این نتیجه بدون شک نامعقول، ناعادلانه و غیر قابل پذیرش است. بنابراین برای این که از این نتیجه نامطلوب و زننده در امان باشیم باید قایل به عدم نفوذ قرارداد معارض و شناخت حق رد آن برای متعهدله باشیم.

بند هفتم- آراء فقهی.

شیخ انصاری، آیت‌الله خویی و آیت‌الله خوانساری این مساله را طرح کرده‌اند که هرگاه مشتری ضمن عقد تعهد نماید که مبیع را به شخص خاصی بفروشد و یا مبیع را وقف کند (تعهد به خودداری از فروش به غیر آن شخص یا تصرفی غیر از وقف)، ولی برخلاف تعهدش مبیع را به دیگری انتقال دهد یا از انجام وقف خودداری کرده و آن را بفروشد وضعیت معامله منافی و معارض با تعهد چگونه خواهد بود؟ سپس در پاسخ به این پرسش سه نظر ارایه کرده‌اند: نخست این که معامله معارض صحیح است و مشروط له حق فسخ قرارداد اصلی را دارد. دوم این که عمل حقوقی متعهد باطل است. و سوم این که باید بین موردی که اذن قبلی یا اجازه بعدی وجود دارد و فرضی که چنین اذن یا اجازه‌ای موجود نیست قایل به تفصیل شد.

از نظر شیخ انصاری نظر سوم صحیح‌تر می‌باشد. ایشان می‌نویسند: مشروط له حق دارد با تنفیذ قرارداد معارض، قرارداد اصلی را به استناد تعدر شرط فسخ کند، یا با رد این معامله، الزام متعهد به وفای تعهد را بخواهد. آیت‌الله خویی هم پس از ذکر و تحلیل سه نظریه، نظریه شیخ انصاری یعنی قابل رد و بی اثر نمودن قرارداد را ارجح دانسته است. آیت‌الله خوانساری نیز در

شرح مکاسب، به این سه نظریه به تفصیل پرداخته و ضمن طرح برخی مبانی و دلایل هر یک، در نهایت خود با پذیرش امکان تعمیم احکام معاملات فضولی به قراردادهای معارض این چینی نظریه عدم نفوذ را می‌پذیرد.

البته ممکن است این سوال ایجاد شود که پس چرا قریب به اتفاق فقهای که شرط عدم ازدواج را صحیح می‌دانند، ازدواج معارض با تعهد را نیز صحیح و نافذ می‌دانند. همان طور که آیت‌الله خویی در این زمینه نوشته‌اند: ((و يجوز ان تشتترط الزوجه على الزوج في عقد النكاح او غير ان لا يتزوج عليها و يلزم الزوج العمل به و لكن لو تزوج، صح تزويجه.))

در مقابل می‌توان گفت، حکم مزبور متناسب با وضعیت خاص عقد نکاح است، که برخلاف بسیاری از دیگر قراردادها امکان رد و اعلام بی‌اعتباری آن به خسارات مالی ختم نمی‌گردد، بلکه آثار بسیار ناخوشایند اجتماعی و فردی را ایجاد می‌نماید. ظاهراً به همین دلایل است که ضمانت اجرای تخلف از تعهد به عدم ازدواج فقط حق مطالبه خسارت دانسته شده است. بنابراین به طور خلاصه، به استناد این حکم که بر مبنای وضعیت خاص عقد نکاح و جلوگیری از پیدایش آثار ناخوشایند اجتماعی و فردی صادر شده، نمی‌توان صحت و نفوذ قراردادهای معارض مورد نظر را پذیرفت.

در مقام نقد این نظریه که به نظر نسبت به نظریه‌های دیگر مستدل‌تر می‌باشد امکان طرح برخی ایرادات به شرح ذیل وجود دارد:

۱- به نظر می‌رسد، ماده ۲۷۵ ق.م. ناظر به مواردی است که موضوع تعهد انجام عملی باشد، و در خصوص تعهدات منفی حقوقی و ضمانت اجرای آن‌ها ساکت بوده و نمی‌توان حکمی از آن استنباط نمود. ۲- عدم امکان مطالبه خسارت در برخی موارد نیز، در عین حال که ممکن است از نظر برخی توجیهی قانع کننده برای عدم نفوذ قرارداد باشد، به نظر نمی‌تواند مستندی حقوقی برای غیرنافذ اعلام نمودن قرارداد متعهد باشد. به عبارت دیگر به استناد این که، در مواردی ممکن است خسارت قابل مطالبه‌ای برای متعهدله ایجاد نشود، نمی‌توان حکم به عدم نفوذ همه قراردادهای معارض داد.

#### نتیجه‌گیری

بر اساس تحلیل‌های انجام شده طی پنج گفتار، نظریه عدم نفوذ از قوت بیشتری برخوردار است. به این شرح که، در نظریه بطلان مطلق، استناد به ادله لزوم انجام تعهد، به دلیل عدم وجود ملازمه میان وجوب ایفای تعهد با بطلان عمل حقوقی و استناد به اقتضای نهی در معاملات، به علت فقدان نص صریح بر بطلان عمل حقوقی مخالف با نهی و صرف مدلول التزامی امر شارع بودن و وجود اختلاف بین علما، فاقد وجاهت است. این که تعهد به خودداری از انعقاد قرارداد موجب سقوط حق انشای آن می‌گردد نیز، ناشی از عدم تفکیک میان تعهد به خودداری و اسقاط حق انشای قرارداد بوده و صحیح نمی‌باشد. نظر به این که قانون‌گذار در ماده ۴۶۰ ق.م. صریحاً وضعیت قرارداد معارض را تعیین ننموده، اثبات بطلان قرارداد از این طریق منتفی می‌باشد. هم چنین از آنجا که مطابق ماده ۵۰۰ ق.م. مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و امکان حکم به بطلان عقدی که صحیحاً منعقد شده وجود ندارد، استناد به ماده مذکور نادرست است. نظر به این که در ماده ۴۵۴ ق.م. مقصود قانون‌گذار این بوده که، فسخ عقد از جانب متعهدله موجب انفساخ و زوال بعدی عقد می‌شود و صرف تعهد موجب بطلان قرارداد معارض نخواهد بود، استناد به این ماده اشتباه می‌باشد. در مجموع با توجه به ایرادات مذکور این نظریه محکوم به رد می‌باشد.

در خصوص نظریه بطلان نسبی، اساساً در قانون مدنی و فقه ما چنین وضعیتی وجود ندارد و به صرف استناد به موادی استثنایی و خارج از قانون مدنی، وجود و حکم به چنین وضعیتی قابل پذیرش نیست. از سوی دیگر، این استدلال که فقط تعرض به حق عینی می‌تواند موجب بطلان یا عدم نفوذ قراردادی گردد، به استناد موادی که قانون‌گذار بدون تعرض به حق عینی، قراردادی را نافذ ندانسته، نقض می‌گردد. از آنجا که تعهد به ترک قرارداد، خود موضوع قراردادی مستقل و مقدم است که باید حفظ و اجرا گردد، استناد به اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی و مستندات قانونی آن صحیح نمی‌باشد. نتیجتاً مردود بودن این نظریه نیز مشخص می‌گردد.

در بحث نظریه عدم قابلیت استناد که دلایل دفاع از آن همان دلایل سه‌گانه نظریه بطلان نسبی است،

اگرچه این وضعیت بر خلاف وضعیت بطلان نسبی در قانون مدنی پذیرفته شده لیکن، استناد به اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی، طبق استدلال مذکور در نظریه قبل صحیح نمی‌باشد. هم چنین پذیرش این نظریه موجب حفظ حقوق متعهدله در تمامی موارد نیز نمی‌گردد. مانند مواردی که قرار نیست متعهدله از عین ملکی استیفای حق نماید. بنابراین نمی‌توان این نظریه را به عنوان نظریه برتر برگزید.

به مستندات نظریه صحت که منتخب حقوق‌دانان برجسته می‌باشد نیز ایراداتی وارد است. به این صورت که، با وجود مواد قانونی که طرفین را ملزم به اجرای تعهدات می‌داند، استناد به اصل صحت و ماده ۲۲۳ ق.م. قابل قبول نبوده و مستندا به موادی چون ۶۵، ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. و اصل چهلم ق.ا. و قاعده لاضرر که محدود کننده برخی تصرفات مالک می‌باشند، نادرستی استناد به اصل تسلیط نیز مشخص می‌گردد. استناد به اصل استصحاب نیز به دلیل تغییر ماهیت متعلق یقین و شک (سلطه و اختیار متعهد) امکان پذیر نیست. از آنجا که در بسیاری از موارد صرف شناخت حق مطالبه خسارت مانع تضییع حقوق متعهد نبوده و بیشتر حافظ منافع متعهد و شخص ثالث طرف قرارداد معارض است، استناد به امکان جمع بین حقوق منتفی می‌باشد. مردود بودن این استدلال که صرف تعرض به حقوق عینی مانع صحت و نفوذ قراردادی می‌گردد نیز، در قسمت نظریه بطلان نسبی بیان شد. در مورد حسن نیت شخص طرف قرارداد معارض نیز، علاوه بر این که به دلیل فقدان نص قانونی حسن نیت نمی‌تواند مبنای تعیین وضعیت قرارداد باشد، طبق فرض متعهدله نیز دارای حسن نیت بوده و اساسا دلیلی جهت ترجیح حسن نیت ثالث بر حسن نیت متعهدله وجود ندارد. طبق ایرادات مذکور ضعف اساسی این نظریه نیز نمایان می‌گردد.

در خصوص نظریه عدم نفوذ، به دلیل سکوت ماده ۲۷۵ ق.م. در مورد تعهدات منفی و ضمانت اجرای آن‌ها، استناد به آن صحیح نبوده و عدم امکان مطالبه خسارت در برخی موارد نیز نمی‌تواند مستندی حقوقی برای غیرنافذ بودن قرارداد معارض باشد. لکن مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. که بر اساس آن‌ها تعهد منفی حقوقی، موجب غیرنافذ شدن قرارداد معارض گذشته و عمل فسخ حمل بر رد آن قرارداد می‌گردد و هم چنین ماده ۷۹۳ ق.م. که طبق آن تعهد ضمنی راهن موجب عدم نفوذ معامله وی نسبت به عین مرهونه می‌گردد، قابل استناد و فاقد اشکال است. استدلال مربوط به لزوم حفظ حقوق مشروع و محترم متعهدله و تقدم زمانی حق متعهدله بر حق ثالث نیز مصون از ایراد بوده و آرای فقهی نیز بر تقویت این نظریه افزوده است. بنابراین نهایتا می‌توان عدم نفوذ را به عنوان وضعیت منتخب برای قرارداد معارض پذیرفت.