

## مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان

ابوالفضل آقاخانی\*

### چکیده

هر طرف قرارداد انتظار دارد تا در صورت فسخ، انفساخ یا اقاله قرارداد به عین عوض یا معوضی که در قرارداد به طرف دیگر منتقل کرده است، برسد تا به زعم خود هدف از انحلال قرارداد فراهم آید. اما در بسیاری از موارد پیش می‌آید که به‌رغم وجود و بقای اصل مال امکان استرداد آن وجود نخواهد داشت. در صورت تحقق انفساخ یا اقاله عقد قبل از اینکه مال موضوع قرارداد توسط خریدار (واگذارشونده) به ثالث منتقل شود، بی‌تردید مالکیت به فروشنده (واگذارکننده) اعاده شده و حقی برای انتقال مال به ثالث وجود ندارد. اگر حق فسخی از آغاز انعقاد عقد برای فروشنده و به‌موجب شرط قراردادی، وجود داشته باشد، خریدار حق انتقال مال را تا انقضای مدت خیار فروشنده ندارد. ولیکن اگر حق فسخ بالقوه برای فروشنده در قرارداد محتمل باشد و قبل از ایجاد حق فسخ، مال توسط خریدار به ثالث منتقل شود و همچنین اگر انفساخ یا اقاله عقد بعد از انتقال مال به شخص ثالث واقع شود، عین مال قابل استرداد نبوده و در حکم تلف است. سؤال اساسی آن است که وجود حق فسخ برای فروشنده تا چه حد می‌تواند مالکیت خریدار را تحدید کند؟ اگر مال به ثالث منتقل و قرارداد فسخ شود، مبیع در حکم تلف محسوب است، مگر اینکه شرط خلاف (صریح یا ضمنی) شده باشد و خریدار حق تصرف منافی با خیار را نداشته باشد. ولی، در مورد بیع شرط مقنن این موضوع را مفروض می‌داند که حق فسخ درج شده حاوی این تعهد ضمنی است که مورد معامله می‌بایست آماده‌اعاده به مالک اولیه باشد و به همین جهت تصرف منافی با خیار را ممنوع اعلام کرده است.

واژگان کلیدی: تلف حکمی، استرداد مبیع، فسخ، انفساخ، اقاله

\* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران (پردیس کیش)، تهران، ایران

## مقدمه

اتلاف و تسبیب و مبحث مربوط به تلف و ضمان ناشی از آن از مفاهیم سنتی حقوق است و تلف حکمی نیز از موضوعاتی به شمار می‌آیند که بحث پیرامون آن شده است. لیکن در حقوق به‌طور سنتی و نیز دیدگاه‌های فقها تا جایی که استرداد عین ممکن باشد نظر به تلف حکمی وجود ندارد. تلف حکمی را برخی از حقوق‌دانان این‌گونه تعریف کرده‌اند که اگر مالی حقیقتاً هلاک نشود لکن از نظر قانون‌گذار همان حکم را داشته باشد که تلف حقیقی آن حکم را دارد در این صورت این تلف را تلف حکمی نامند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ [ج: ۸۸۵] به عبارت دیگر گاهی اصل و عین مال موجود است اما کسی که حق استرداد عین را دارد بنا به حکم مقنن (شارع) صرفاً می‌تواند به مثل یا قیمت آن مراجعه کند یعنی حق مطالبه عین مال را نخواهد داشت. در جامعه امروزی و با ایجاد ثبت عمومی برای اموال خصوصاً اموال غیر منقول و پیچیده‌تر شدن روابط اقتصادی و حقوقی در جوامع گرچه حکم کلی تغییری نداشته است، اما مصادیق و قلمرو آنچه در حکم تلف قرار می‌گیرد با آنچه به‌طور معمول در نظر تنورسین‌های فقهی و حقوقی بوده تمایز آشکار دارد. با توجه به استقرا در آرا و اقوال حقوق‌دانان و فقها می‌توان دو دسته کلی را برای تلف حکمی در نظر گرفت. دسته اول مربوط به وضعیتی است که مالی به‌موجب یکی از عقود ناقله به‌طور صحیح به دیگری منتقل می‌شود و پس از تحقق عقد، به‌جهت فسخ، انفساخ یا اقاله منحل می‌گردد. دسته دوم مبتنی بر باطل بودن یا فقدان رابطه قراردادی است که خود منقسم بر دو صورت می‌شود. صورت اول آن است که مالی در تصرف غاصب یا آنچه در حکم غصب است، قرار بگیرد و تغییراتی در آن ایجاد نگردد و یا حتی محتمل است دچار تغییر و دگرگونی نیز (نظیر غصب زمین خالی و احداث آپارتمان در آن) شده باشد و صورت دوم وضعیتی است که قراردادی بین دو طرف واقع شده و متعاقباً بطلان آن عقد معلوم و مبرهن گردد.

حال به دسته‌بندی‌های پیش‌گفته شده باز گردیم. در دسته اول رابطه حقوقی به شکل صحیح و کامل محقق شده و عقد آثار خود را ایجاد کرده است (نظیر انتقال مالکیت در عقد بیع) ولی پس از تشکیل عقد، رابطه حقوقی بین طرفین از بین می‌رود ولی در دسته دوم صحبت از بطلان عقد یا فقدان هر گونه قرارداد بین طرفین است به این معنا که کشف می‌شود که از اساس هیچ رابطه حقوقی صحیح و کامل بین طرفین شکل نگرفته است. نگارنده با توجه به تمایز بنیادین بین دو دسته موصوف تصمیم

بر تفکیک آن‌ها اتخاذ نموده و صرفاً به بررسی دسته اول خواهد پرداخت.<sup>۱</sup> در این مقاله تلاش داریم تا در یک موضوع و عنوان کلی بحث کنیم که اگر در عقود و قراردادها مالی به دیگری واگذار شده و سپس به جهت فسخ یا انفساخ یا اقاله رابطه حقوقی پیشین منحل شد در هر صورت عین مال می‌بایست به مالک پیشین اعاده شود؟ و یا اینکه فرضی متصور است که با وجود بقای فیزیکی مال در عالم خارج، مالک پیشین حق مطالبه عین را نخواهد داشت. در این راستا ابتدا به بررسی تأثیر وجود حق فسخ بر انتقال مال به شخص ثالث از دیدگاه فقها و حقوق داخلی پرداخته و با توجه به نزدیکی اثر حقوقی انفساخ و اقاله، با فسخ قرارداد، این دو نهاد حقوقی نیز مورد توجه قرار گرفته و سپس موضوع را از منظر رویه قضایی و حقوق انگلیس مورد مذاقه قرار خواهیم قرار داد.

### ۱. فسخ رابطه قراردادی

اگر مالی به دیگری فروخته شود و در قرارداد حق فسخ برای یکی از طرفین وجود داشته باشد و

۱. با توضیح داده شده، مواردی که در اجرای رأی دادگاه و برای وصول محکوم‌به، با رعایت قانون اجرای احکام مدنی مالی به محکوم‌له یا ثالث فروخته می‌شود و بعد از این اقدامات اجرایی، حکمی که به موقع اجرا گذارده شده بر اثر فسخ یا نقض یا اعاده دادرسی بلااثر شود و نوبت به اعمال ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی برسد چون مزایده صورت گرفته و انتقال انجام شده و یا حتی انتقالات بعدی باطل بوده و ملحق به احکام معامله فضولی است. (شمس: ۵۸۵ تا ۵۸۹) از موضوع مقاله خارج است. در این خصوص گروهی از حقوق‌دانان معتقد هستند با انتقال اجرایی مال به برنده مزایده، عملیات اجرایی خاتمه می‌یابد و اگر برنده مزایده مال را به اشخاص دیگر انتقال دهد، در مقام اعمال ماده ۳۹ نمی‌توان بدون اقامه دعوی مستقل آن اسناد را ابطال کرد، زیرا که «اعاده عملیات اجرایی» صرفاً تا امضای سند انتقال اجرایی معنا دارد و انتقالات بعدی از قلمرو «عملیات اجرایی» خارج است و حتماً باید دعوی مستقل طرح گردد (شمس، پیشین). البته مصادیق دیگری نیز برای تلف حکمی در غیر موارد قراردادی وجود دارد نظیر مالی که توسط اداره منابع طبیعی ملی اعلام شده است، یا توسط اداره راه و شهرسازی موات اعلام گردیده و یا مالی که به سود ستاد اجرایی فرمان حضرت امام (ره) مصادره شده و توسط آن مراجع به فروش می‌رسد و لیکن ذی‌نفع با طرح دعوی و ادعای حق در دادگاه صالح، حقانیت خود مبنی بر غیرملی یا غیرموات بودن ملک و یا خارج از شمول مصادره بودن مال خود را ثابت می‌کند و لیکن زمانی که قصد استرداد مال را دارد با این مانع مواجه می‌شود که مال پیشتر منتقل شده است. در این خصوص تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی و قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادها و تبصره ۲ ماده ۲۶ اصلاحیه آیین‌نامه نحوه رسیدگی به پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۷۹/۳/۱۰ رئیس قوه قضاییه که در اجرای بند ۵ حکم مورخ ۷۹/۲/۳ مقام معظم رهبری به ایشان به تصویب رسیده (البته مصادیق بیش از این موارد است) احکامی را مقرر کرده‌اند که تخصصاً از عنوان مقاله خارج است و نگارنده امید دارد تا مقاله دیگر در مورد مطالب ذکر شده به مرحله انتشار برساند.

ذوالخيار با شرایط قانونی و یا قراردادی نسبت به اعمال حق خود اقدام کند، آیا عوضین می‌بایست به مالک پیشین برگردد؟ مانند آنکه در قراردادی شرط کنند که بخشی از ثمن معامله در فاصله زمانی معین و در تاریخ مشخصی پرداخت نشود؛ فروشنده حق فسخ معامله را داشته باشد. فرض شود الف خودروی خود را به ب واگذار کرده است و شرط شده است که تا یک ماه برای فروشنده حق فسخ وجود داشته باشد و یا اینکه این‌گونه شرط کنند که بخشی از ثمن که مؤجل است به وسیله یک فقره چک پرداخت شود و اگر چک موصوف منتهی به وصول نشد، فروشنده حق فسخ قرارداد را داشته باشد. البته امکان دارد که تراضی کنند در صورت عدم وصول چک، قرارداد منفسخ گردد. یعنی اینکه به نوعی شرط فاسخ درج می‌کنند و بدون اینکه احتیاج به اعلام اراده فسخ باشد قرارداد خاتمه یابد. حال با حصول شرط و عدم وصول وجه چک و اعمال حق فسخ، یا احراز انفساخ که قهراً حادث می‌شود توسط فروشنده، مبیع نیز می‌بایست تحت هر شرایطی به فروشنده مسترد گردد؟

#### ۱-۱. انواع حق فسخ

همان‌طور که در مثال‌ها قابل مشاهده است حق فسخ یا هر نوع شرطی دال بر انفساخ قهری ممکن است در دو دسته کلی جای گیرد. گاهی بالفعل در قرارداد چنین حقی وجود دارد به این معنی که از ابتدای عقد با درج حق فسخ مثل وجود خيار شرط از ابتدای انعقاد عقد برای مدت یک ماه این حق محفوظ می‌شود و یا اینکه یکی از اختیارات قانونی از ابتدای عقد موجود است مانند خيار حیوان یا خيار مجلس که از زمان به وجود آمدن عقد و تشکیل آن وجود دارد. نوع دوم آن است که خيار شرط بالقوه است، به این توضیح که ممکن است حق فسخ برای فروشنده در آینده به وجود آید و یا اینکه هرگز چنین حق فسخی برای وی ایجاد نشود یعنی یک امر احتمالی است و بستگی به شروط بین طرفین یا اوضاع و احوال قرارداد دارد (شیخ انصاری، ۶/۱۴۲۲: ۱۵۹).

همین موضوع در خصوص انفساخ نیز وجود دارد، یعنی ممکن است به جای ایجاد حق فسخ در قرارداد شرط فاسخ درج گردد. نهاد حقوقی فسخ، انفساخ و تفاسخ (اقاله) در یک نقطه مشترک هستند و آن هم، لحظه از هم گسیخته شدن یک قرارداد است. در فسخ از لحظه اعمال حق فسخ و در انفساخ از لحظه تحقق شرط فاسخ و در اقاله از لحظه تراضی دو اراده در انحلال یک رابطه حقوقی، قرارداد، از بین رفته تلقی می‌گردد. ولی آنچه مهم و حائز اهمیت است آن می‌باشد که تا قبل از آنکه قرارداد منحل شود یک رابطه حقوقی صحیح و معتبر بین طرفین وجود داشته و این است که بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید. باید دید که آیا در آن زمان که رابطه حقوقی صحیح وجود داشته حق تصرف در مبیع برای مالک آن وجود دارد یا خیر؟ مانند آنچه ذکر شد و گفته شد که ایجاد حق فسخ منوط و مشروط به عدم پرداخت وجه چک موضوع قرارداد است که اگر این چک

برگشت شود، حق فسخ برای فروشنده حاصل است وگرنه با وصول وجه چک، هیچ‌گاه حق فسخی برای فروشنده ایجاد نمی‌گردد. فقط چالش بحث آنجاست که اگر مال توسط الف به ب فروخته شود و در آن قرارداد حق فسخ بالفعل یا بالقوه برای فروشنده درج شده باشد و قبل از اعمال خیار توسط ذوالخیار، ب اقدام به تصرف ناقل در مبیع نماید (مانند آنکه مبیع را به ج بفروشد یا هبه کند یا صلح کند) و سپس الف به اعمال حق خود، نسبت به فسخ قرارداد اقدام کند، تکلیف مال موضوع قرارداد چیست؟ آیا الف حق دارد تا اصل مال خود را مطالبه نماید یا خیر؟ تکلیف ج چه می‌شود؟ مال می‌بایست از ج گرفته و به الف داده شود؟

#### ۱-۱-۱. موضع فقها

در اینکه اصل بر استرداد اصل مال است هیچ تردیدی نیست. نه در بین حقوق‌دانان و نه در میان فقها، مخالف وجود ندارد که نفی‌کننده این اصل باشد. فلذا با این مقدمه می‌خواهیم به بررسی اقوال و آراء فقها و استثنائات احتمالی وارد بر قاعده بپردازیم.

#### ۱-۱-۱-۱. منع مطلق از تصرف در مال

غیر ذوالخیار حق هیچ‌گونه تصرف در مبیع را ندارد چراکه مانع از استرداد عین مال در صورت فسخ از سوی فروشنده است. در واقع این دیدگاه به‌طور مطلق و بدون هیچ تفکیکی بین نوع خیار، خریدار را ممنوع از تصرف در مبیع از حیث نقل و انتقالات می‌نماید (شیخ طوسی، ۱۳۸۷/۲: ۸۳ و ۸۴).<sup>۱</sup> در واقع نظر مستتر در عقیده آن‌ها، آن است که چون فروشنده برای خود خیار فسخ معامله را شرط کرده، پس هرگونه نقل و انتقال بعدی نسبت به مال با رعایت یا ملحوظ کردن این شرط قراردادی است و حتی اگر مبیع منتقل شده باشد و خریدار آن را واگذار کرده باشد، در صورتی که فروشنده اول نسبت به اعلام اراده خود مبنی بر فسخ بیع اقدام کند، می‌تواند عین مال را برگرداند. این نظر به‌طور مطلق بیان شده و رعایت وضعیت فروشنده بیش از هر چیز دیگری در آن هویداست. شاید از دیدگاه عرفی مردم نیز همین‌طور باشد، وقتی طرفین نسبت به انجام معامله‌ای با یکدیگر اقدام می‌کنند و سپس یکی از آن‌ها اقدام به فسخ معامله بر طبق یکی از شروط قراردادی می‌نماید، انتظار اولیه آن است که عین مال به فروشنده مسترد شود و اصولاً داعی و انگیزه جعل حق فسخ آن است که فروشنده بتواند عنداللزوم اصل مال خود را پس بگیرد. فلذا به‌طور خلاصه، دیدگاه اول بیشتر مبتنی بر حقوق فروشنده است. در واقع هیچ اعتقادی به تلف حکمی با

۱. عقیده شیخ طوسی بر آن است که در بیع خیاری مالکیت پس از انقضای مدت خیار به خریدار منتقل می‌شود فلذا این نظر ایشان با این پیش فرض ابراز می‌شود.

وجود اصل مال در این دیدگاه نیست.

### ۲-۱-۱-۱. جواز مطلق تصرف در مال

این گروه در مقابل گروه اول قرار دارند و هر تصرفی را در زمان خیار جایز و صحیح می‌دانند. علامه حلی در خصوص رهن می‌فرماید: که رهن در زمان خیار جایز و صحیح است چه خیار برای بایع باشد و چه مشتری و یا اینکه برای هر دو آنها باشد، زیرا که با وقوع عقد بیع مالکیت مبیع به خریدار انتقال یافته است (محقق حلی، ۲/۱۴۰۸: ۶۸ و شهید اول، ۳/۱۴۱۷: ۲۷۱). در واقع استدلال صورت گرفته برای صحت معاملات بعدی، ماهیت عقد بیع است. گرچه در فقه در خصوص زمان مالکیت مبیع در بیع خیار اختلاف نظر است که البته فی الحال مجال طرح آنها نیست و همان طور که قانون مدنی در مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ زمان انتقال مالکیت را حین العقد دانسته و صرف ایجاب و قبول را کافی می‌داند، این گروه از فقها نیز چنین عقیده‌ای داشته و چون به صرف ایجاب و قبول مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌گردد، هیچ منعی را برای تصرف در مبیع نمی‌دانند. در واقع نظر گروه اول با تکیه بر عرف حاکم بر معاملات در بستر تئوری خود تکوین یافته است، اما نظر دوم بیشتر از عرف حاکم بر معاملات، بر مبانی‌های پذیرفته شده در عقد بیع و زمان ایجاد مالکیت استوار شده است و دقیقاً در مقابل نظر اول قرار می‌گیرد که شاید به نوعی پذیرش تلف حکمی مال باشد.

### ۳-۱-۱-۱. جواز تصرف ناقله در مال و عدم امکان تلف عمدی

تلف عمدی مال (اتلاف) در زمان خیار جایز نیست، اما تصرف ناقله مجاز می‌باشد. اگر فروشنده نسبت به فسخ معامله اول اقدام کرده، معامله دوم هم منفسخ می‌شود، لیکن اثر این انفساخ در خصوص معامله دوم از زمان انعقاد عقد دوم است. به عبارت دیگر، اگر الف مال را به ب بفروشد و برای خود برای مدتی خیار فسخ در نظر بگیرد و در زمان خیار فسخ، ب، مال موصوف را به ج بفروشد و سپس الف اخذ به خیار کرده و معامله خود با ب را فسخ کند، این نظریه قائل به این است که اولاً ب حق واگذاری به ج را داشته و ثانیاً با اخذ به خیار توسط الف، معامله بین ب و ج هم منفسخ شده و این انفساخ اثری قهقرایی داشته و به قبل سرایت کرده و از زمان معامله بین ب و ج، اثر حقوقی را زایل می‌کند تا الف بتواند نسبت به استرداد اصل مال خود اقدام کند (تستری، بی تا: ۲۰۰). در این نظریه، جمع بین دو تئوری قبل انجام شده است. در واقع از یک طرف با توجه به اثر تملیکی آتی عقد بیع، مشتری را جایزالتصرف دانسته‌اند و از طرف دیگر خیار فروشنده را نیز مؤثر دانسته‌اند. اما جمع این دو مورد شاید از نظر اثر حقوقی آنکه پیشنهاد شده، با تعاریف آثار عقد بیع که به‌طور کلاسیک در فقه بحث شده است، دشوار باشد و نتیجه‌ای که

حاصل شده را با سختی بتوان توجیه کرد. اما از این ظاهر باید دست شست. شاید فقهای قائل به این نظر، قصد داشته‌اند تا این نظر را تعمیم دهند که در معامله دوم نوعی شرط ضمنی وجود دارد که با فسخ معامله اول، معامله دوم خود به خود منفسخ می‌گردد و این انفساخ از حین عقد دوم مؤثر باشد و اگر بیع اول فسخ شود با وجود شرط بنایی و ضمنی مفروض، بیع دوم آن نیز منفسخ شده و مبیع بر مالکیت فروشنده اول اعاده می‌شود. در اصل این شرط بنایی نیز شاید قابل احراز باشد زیرا که مبنای مالکیت فروشنده دوم بیعی است که با الف انجام داده است. این امر مبنای تراضی طرفین معامله دوم است و از دیگر سو، ب نیز در معامله اول ملتزم شده تا رعایت حقوق الف از حیث حق فسخ وی را بنماید. با این توضیح بدیهی است که اتلاف عمدی مال در این نظریه به طریق اولی از سوی ب غیر مجاز است. با توجه به آنچه گفته شد قائلین این دسته، اعتقادی به تلف حکمی در حالتی که عین مبیع موجود است، ندارند.

#### ۴-۱-۱-۱. تفکیک بین خیار بالفعل و بالقوه

با توجه به نظرات ابراز شده قبل و از طرفی جمع بین حق فسخ فروشنده و مالکیت خریدار و به منظور در نظر داشتن تعریف پذیرفته شده مشهور در باب اثر بیع (ایجاد مالکیت به محض ایجاب و قبول) و همچنین بی توجه نبودن به عرف معاملات، برخی فقهای متأخر، بین اختیارات قائل به تفکیک شده و دسته‌بندی‌هایی را انجام داده که از آن جمله می‌توان به نظرات ذیل اشاره کرد:

ابتدا نظر شیخ انصاری بیان می‌گردد. ایشان اختیارات را به دو نوع بالفعل و بالقوه تقسیم می‌کنند. برخی اختیارات حین العقد موجود است مانند اینکه الف مال را به ب می‌فروشد و به مدت سه ماه برای خود حق فسخ در نظر می‌گیرد. به عبارت دیگر شرط خیار متصل به زمان عقد است و از زمان تشکیل عقد تا سه ماه می‌تواند معامله را فسخ کند و هم‌اکنون و بالفعل برای فروشنده خیار فسخ وجود دارد. نوع دوم خیار بالقوه است. یعنی اینکه ممکن است برای فروشنده در آینده حق فسخ به وجود آید و یا اینکه هرگز چنین حقی ایجاد نشود. مثلاً الف به ب مال را می‌فروشد و بخشی از ثمن نقد و بخش دیگر طی چند فقره چک پرداخت می‌گردد و طرفین توافق می‌کنند که اگر هر کدام از چک‌ها منتهی به گواهی عدم پرداخت شد، فروشنده حق فسخ معامله را داشته باشد. بدیهی است اگر تمام چک‌ها منتهی به پرداخت شود، هیچ‌گاه فروشنده حق برهم زدن معامله را پیدا نخواهد کرد. اما تمام اختلاف و بحث سر آن است که اگر در زمان خیار بالفعل یا خیار بالقوه (قبل از اینکه حق فسخ ایجاد شود) خریدار اقدام به انتقال مبیع به شخص ثالث نماید، اعمال حق فسخ از سوی الف چه تأثیری بر معامله صورت گرفته با شخص ثالث دارد. شیخ انصاری اظهار عقیده می‌کنند که در زمان خیار بالفعل، مشتری حق ندارد مبیع را منتقل نماید. ولی

در زمان خیار بالقوه مشتری حق دارد مبیع را به دیگری منتقل نماید و اگر فروشنده اول نسبت به اعمال حق فسخ اقدام کرد تأثیری در معامله دوم نداشته و عین مبیع به فروشنده اول اعاده نمی‌گردد بلکه تلف حکمی مال صورت گرفته و فروشنده می‌بایست مطالبه مثل یا قیمت مال خود را بنماید (شیخ انصاری، ۶/۱۴۲۲: ۱۵۲). ایشان در تعلیل نظر خود اشاره به اثر عقد بیع دارند که همانا مالکیت حین العقد است و از طرفی هیچ مانعی نیز برای انتقال وجود ندارد و به صرف احتمال انحلال معامله، نمی‌توان در خیار بالقوه نظر به عدم حق تصرف داشت، از سوی دیگر، شخص ثالث که مبیع را با حسن نیت خریداری کرده نباید تحت تأثیر معامله قبل باشد، در نتیجه مال متعلق به خریدار جدید (شخص ثالث) بوده و انحلال معامله پیشین با این پیش فرض که مبیع تلف حکمی شده اثری در قرارداد ندارد (شیخ انصاری، ۶/۱۴۲۲: ۱۵۹)

پس از بررسی نظر شیخ انصاری به نظر آیت‌الله موسوی خویی اشاره می‌گردد که عقیده ایشان نیز شباهت زیادی به نظر شیخ انصاری دارد. ایشان سه دسته برای اختیارات قائل هستند:

دسته اول اختیاراتی که بالفعل از زمان تشکیل عقد موجود هستند مانند خیار مجلس و خیار حیوان. دسته دوم اختیاراتی هستند که بالفعل موجود هستند اما سبب ایجاد آن‌ها در زمان متأخر از زمان ایجاد عقد است. مانند خیار تفلیس، یعنی اگر الف مالی را به ب بفروشد که حین العقد هیچ کدام مفلس نیستند و برای پرداخت عین نیز اجلی معین گردد اما پیش از رسیدن موعد پرداخت آن، ب اقدام به انتقال مال نماید و سپس ب دچار افلاس گردد، اینجا گرچه الف خیار تفلیس دارد، می‌تواند نسبت به فسخ معامله اقدام کند ولی اولاً خیار او خیار بالفعل است که سبب ایجاد آن متأخر زمان عقد است و ثانیاً چالش اصلی صحت یا عدم صحت معامله دوم و یا به عبارتی اثرگذاری اعمال خیار الف بر معامله دوم است که آیا حق استرداد عین مبیع به الف وجود دارد؟ دسته سوم اختیاراتی هستند که منشأ خیار در زمان عقد است اما نفس خیار در زمان متأخر بر زمان عقد ایجاد می‌شود. مانند خیار تخلف از شروط صریح یا ضمنی مذکور در عقد. در واقع اگر تخلف از شرط واقع شود خیار ثابت است و گرنه خیار ثابت نخواهد بود (خویی، بی تا/ ۷ [الف]: ۴۷۷ تا ۴۷۹).

ایشان در دسته اول قائل به این هستند که من علیه الخیار حق انتقال مبیع را به جهت رعایت خیار

۱. خیار تفلیس به عنوان یکی از اختیارات در ماده ۳۹۶ به بعد قانون مدنی ذکر نشده است. اینکه آیا امکان استناد به این خیار در حقوق ایران وجود دارد یا خیر اختلاف عقیده وجود دارد که مجال بررسی آن از موضوع مقاله خارج است.



فعلی فروشنده ندارد، اما در دسته دوم و سوم چنین منعی وجود ندارد و در صورت انتقال مبیع از سوی ب به ج و سپس اخذ به خیار الف، مبیع در حکم تلف تلقی می‌گردد و به مثل یا قیمت آن مراجعه می‌گردد (پیشین). ایشان در جای دیگر با صراحت بیشتری ابراز نظر کرده و خروج مبیع از مالکیت به بیع یا هبه یا امثال آن را به منزله تلف (در حکم تلف) می‌دانند (خویی، ۲/۱۴۱۰: ۷۱). اگرچه برخی از محققین (نک: رضا سکوتی نسیمی، ۱۳۹۳: ۱۶۴-۱۳۳) آنچه به مرحوم آیت‌الله خویی نسبت داده‌اند، چیزی است که به گروه اول نزدیک است، یعنی با فسخ معامله اول، معامله دوم نیز باطل می‌گردد و درخصوص اجاره نقل قول کرده‌اند. ولی نگارش متن به کیفیتی است که استنباط اولیه خواننده مقاله<sup>۱</sup> همین بوده است ولی همچنان که ملاحظه شد آقای خویی در دو کتاب خود تحت شرایطی به تلف حکمی اعتقاد دارند.

#### ۵-۱-۱. عدم اظهار نظر در خصوص جواز یا عدم جواز انتقال مال

برخی از فقها نیز در موضوع تأمل کرده و برخی از فروض را چنان مغلق دانسته که در لحظه‌ای اظهار کرده‌اند فعلاً نظری ندارند. به‌عنوان مثال از مرحوم محقق قمی سؤال شده که منافع بیع شرطی را در ایام خیار، بالاجاره یا بالمصالحه منتقل می‌توان ساخت (بدون آنکه شرط اسقاط خیار بشود در تمام مدت الی روز آخر مثلاً) آیا این شرط انتقال بالاجاره یا بالمصالحه صحیح است و بدون این شرط نه؟ این شرط با اصل بیع، منافی و مخل و مفسد هست یا خیر؟ ایشان پاسخ داده‌اند که اگر در بیع شرط، زمان خیار منفصل باشد مانند آنکه بگوید این مال را به تو فروختم و بعد از یک سال به مدت ۵ روز حق فسخ معامله و رد آن ثمن را دارم، اجاره دادن و مصالحه در این مدت یک سال اشکال ندارد و مخل مفسد عقد نیست.

اما اگر زمان خیار متصل به زمان عقد باشد مثل اینکه بگوید فروختم این زمین را به یک تومان و شرط کردم با تو از حال الی انقضای یک سال تمام خیار از برای من باشد که هرگاه ثمن را رد کنم مسلط باشم بر فسخ بیع. پس در اینجا در صحت اجاره بلکه مصالحه اشکال است و چنان‌که صحت آن بر حقیر ظاهر نیست، بطلان آن نیز معلوم نیست، بلکه صحت آن خالی از قوت نیست اما تفصیل می‌خواهد که وقت، اقتضای بیان آن را نمی‌کند. لهذا در این صورت الحال توقف دارم (میرزای قمی، ۲/۱۴۱۳: ۸). گرچه موضوع سؤال درخصوص اجاره است لیکن مطلق تصرفات درخصوص خیار در نظر پاسخ‌دهنده اهمیت دارد که در فرض خیار متصل به عقد، صریحاً ابراز

۱. مقصود مقاله اخیرالذکر است که به آن ارجاع شده است.

نظر نکرده‌اند.

به‌طور خلاصه دیدگاه اول و سوم هیچ اعتقادی به تلف حکمی نداشته و در صورت فسخ معامله اول، در هر صورت، عقیده به استرداد عین مال به فروشنده اول دارند. در دیدگاه دوم که به‌طور مطلق تصرفات ناقله را جایز دانسته، نه صریحاً و بلکه ضمناً به تلف حکمی مبیع اعتقاد دارند. دیدگاه چهارم قائل به تفکیک بین اختیارات هستند که البته به نظر می‌رسد دیدگاه شیخ انصاری و آیت‌الله خویی در واقع گویای یک امر باشد و در عمل و در نتیجه موضوع، هیچ تفاوتی بین هر دو عقیده وجود نخواهد داشت. برخی از فقها نیز توقف کرده و در موضوع اظهار نظر نکرده‌اند.

### ۱-۱-۲. نظرات حقوق دانان

آنچه در بین فقها بیان شد به معنای تکمیل جریان فکری و تطبیق نظرات تئوری محض با عرف حاکم به معاملات بین مردم از سویی و توجه به اثر بیع که همانا تملیک به محض ایجاب و قبول است، می‌باشد. قانون مدنی نیز متأثر از نظر مشهور فقهای امامیه و محمول بر آن است. در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی سخن از موضوع ما نحن فیه شده است.

در دو ماده اول که ذیل احکام اختیارات به‌طور کلی آمده است و ناظر به کلیه اختیارات است مقرر می‌کند: اگر مشتری مبیع را اجاره دهد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است و همچنین اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. این متون نزدیک با نظر چهارم فقهاست که بیان شد. اما در ماده ۴۶۰ در خصوص بیع شرط، اندکی مقنن تغییر لحن داده و مشتری را از هر نوع تصرف منافی با اختیار از قبیل نقل و انتقال منع می‌کند که با این موضع خود را به نظر چهارم متمایل می‌نماید و تصرف مطلق در مبیع را در زمان اختیار قابل پذیرش نمی‌داند.

در تحلیل و بررسی مواد موصوف برخی از حقوق دانان قائل به این هستند که مشتری در مدت اختیار (به جز اختیار شرط) حق دارد همه گونه تصرفات متلف یا ناقل در مبیع نماید، زیرا در اختیار شرط و بیع اختیاری ملکیت مزبور به انقضای اختیار مستقر می‌شود و مشتری می‌تواند هرگونه تصرفی در مبیع بنماید. و تفصیلاً بیان می‌کنند که عقد بیع سبب قانونی برای پیدایش ملکیت مشتری می‌باشد ولی رابطه مالکیت مشتری نسبت به مبیع در تمامی اقسام بیع یکسان نیست، چنان‌که در بیع مطلق، خواه یکی از اختیارات (غیر از اختیار شرط) موجود باشد و خواه نباشد، ملکیت مشتری نسبت به مبیع مستقر است و مشتری می‌تواند با علم به وجود اختیار بایع، هرگونه تصرف متلف یا

ناقل در مبیع بنماید. مثلاً در مورد خیار مجلس و یا پس از عقد در مورد خیار تأخیر ثمن و همچنین در مواردی که برای بایع خیار غبن موجود است، مشتری می‌تواند مبیع را به شخص ثالث انتقال دهد و یا آن را تلف بنماید. در بیع خیاری ملکیت مشتری نسبت به مبیع در دوران خیار متزلزل است، بدین جهت به دستور ماده ۴۶۰ قانون مدنی در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید (امامی، ۱/۱۳۸۷: ۵۱۱ و ۵۱۲). ایشان تفاوتی بین انواع خیار شرط نگذارده‌اند. البته ماده ۴۶۰ نیز اجازه چنین تفسیری را نمی‌دهد و هم‌سویی با نظر چهارم فقها که پیش‌تر گفته شد، قابل مشاهده است. باز هم تأکید می‌گردد که خیار شرط با خیار تخلف از شرط نباید اشتباه گرفته شود. اینکه فروشنده شرط کند در صورت عدم وصول چک، حق فسخ برای وی ایجاد گردد یا به‌نحو این چنین شرط واقع شود، در مانحن فیه، خیار تخلف از شرط است.

برخی دیگر از اساتید در جمع بین مواد ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی اظهار کرده‌اند: «در خیار شرط دو طرف تراضی می‌کنند که خریدار ملک را آماده بازگرداندن به فروشنده نگاه دارد» و لازمه مفاد تراضی این است که از تصرف منافی با اعمال خیار بپرهیزد. پس خیار شرط را باید در زمره مواردی آورد که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری به‌طور ضمنی شرط شده است (کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷: ۷۷ و ۱۵۴). نظر ایشان نیز با مرحوم دکتر امامی در یک سمت و سو قرار دارد و ایشان به تفصیل اقدام به تفکیک اقسام خیار پرداخته و در نهایت به نظر چهارم فقها هم نزدیک می‌گردند. اما تفاوت دیدگاه غالب حقوق‌دانان با نظر چهارم فقهی آن است که از قانون مدنی استنباط می‌شود که صرفاً در مورد خیار شرط، وجود خیار مانع از تصرف مالک است و قانون‌گذار چنین فرض می‌کند شرط همراه با این تعهد ضمنی است که موضوع معامله تا پایان مدت خیار آماده بازگرداندن به مالک اصلی باشد و همین قید مالکیت را محدود می‌کند ولی، در خیارهای قانونی، چون وجود خیار مانع از انتقال نیست، مالک جدید حق تصرف در ملک خود را دارد، مگر اینکه در قرارداد شرط خلاف شده باشد (کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷، ۹۱). از کلام بسیاری از نویسندگان و صاحب نظران نیز، همین عقیده برداشت می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۲۵۲ و نهرینی، ۱۳۹۵: ۳۰۲ به بعد).

گروه دیگر از حقوق‌دانان صریحاً اعلام کرده‌اند که اگر کسی خانه‌ای را با حق خیار برای خود بفروشد و مشتری در ایام خیار بایع، آن را به ثالث انتقال دهد و بعد از آن بایع اخذ به خیار کند با تلف حکمی مبیع روبه‌رو می‌شود معامله مشتری با ثالث درست است و باید بدل مبیع را به بایع بدهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ [ب]: ۱۴۰۸). این اظهار عقیده به گروه دوم فقها نزدیک است و هیچ تفکیکی بین خیارات نکرده و هنگامی که ایشان در خیار بالفعل به‌صراحت عقیده به تلف

حکمی مبیع دارند به طریق اولی در اختیارات بالقوه مبیع را به منزله تلف می دانند. در جمع بندی مطالب گفته شده به نظر می رسد از مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۰ قانون مدنی استنباط می گردد که خریدار به موجب عقد بیع مالک مبیع شده و ماده ۳۶۴ قانون مدنی نیز مالکیت خریدار را از حین عقد ملحوظ می داند نه انقضای مدت اختیار، و تنها استثناً صرفاً در اختیار شرط است چرا که در غیر از آن، مقنن تصرفات قبل از فسخ را درست و صحیح دانسته اما در بیع شرط، رعایت حق ذوالخيار را ضروری دانسته است.

## ۲. شرط فاسخ

گاهی اوقات طرفین قصد دیگری می کنند و این گونه تراضی را بنا می نهند که اگر امری حادث گردید عقد خودبه خود منحل گردد، این شرط را شرط فاسخ نامند. تفاوت عمده با مطالب پیشین ذکر شده این است در جایی که حق فسخ برای ذوالخيار ایجاد می شود، عقد کماکان پابرجاست و صاحب حق فسخ، می بایست حق خود را اعمال کند اما در شرط فاسخ به محض تحقق شرط، عقد منفسخ می شود مانند آنکه شرط شود اگر چک موضوع قرارداد که به عنوان بخشی از ثمن معامله تبادل شده منتهی به گواهی عدم پرداخت شود، عقد منفسخ گردد.

در خصوص نفوذ شرط فاسخ در فقه تردیدهایی شده است و عده ای آن را باطل و مبطل عقد و گروهی با تطبیق موضوع با شرط نتیجه آن را صحیح دانسته و دسته ای نیز به عدم مشروعیت و عدم صحت آن اظهار نظر کرده اند<sup>۱</sup> (برای مطالعه بیشتر نک: جباری گلباغی ماسوله، ۱۳۹۱؛ ابهری و افچنگی ۱۳۹۴؛ صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴). اما در بین حقوق دانان و رویه قضایی کمتر تردیدی در نفوذ شرط فاسخ با توجه به عموماً اصل آزادی اراده و اصل صحت قراردادها شده است. در واقع دیدگاه غالب مبتنی بر تلقی کردن شرط فاسخ به عنوان شرط نتیجه است و در نهایت عقیده به صحیح بودن این شرط شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷/۵: ۳۴۸).

۱. برخی از فقها شرط فاسخ را باطل و مبطل عقد دانسته اند و اشکالی که بر آن وارد کرده اند انفساخ عقد بدون انشا و یا سببیت وجود عقد برای عدم آن، ایراد مقدری است که باطل و مبطل عقد بودن را در پی دارد. در شرح آن گفته اند که چون انحلال عقد و منتقل شدن مالکیت مبیع از خریدار به فروشنده بدون هیچ قصد انشا و بدون سبب شرعی قابل تصور نیست پس شرط فاسخ مخالف با کتاب خدا و باطل است. و از سوی دیگر اگر منظور از شرط فاسخ، انشای فسخ معلق باشد، پس در نتیجه دیگر عقدی وجود ندارد تا منفسخ شود (نائینی، ۱۳۷۷/۲: ۴۴). عده ای دیگر اعتقاد دارند که شرط فاسخ صحیح است زیرا که سبب انفساخ عقد، اراده طرفین هنگام ایجاب و قبول است و دلیلی برای اعلام اراده در خصوص فسخ مجدد وجود ندارد. به عبارت دیگر با یک انشا دو منشأ در دو زمان مختلف به وجود می آید (اصفهان، ۱۴۱۸/۴: ۱۹۰).

مجال بحث در خصوص صحت شرط فاسخ در این پژوهش نیست ولی با این پیش فرض که این شرط یک شرط صحیح می باشد، باید گفت که شرایط ایجاد آن متفاوت از شرط فسخ است اما نتیجه آن با نتیجه فسخ قرارداد یکسان است. یعنی در هر دو، عقد نسبت به آتیه منحل می شود و تا زمان تحقق معلق علیه، عقد تمام ارکان خود را به نحو صحیح دارا می باشد. تمام بحث در خصوص تعارض انفساخ با حق شخص ثالث ثمره خود را نشان می دهد. همان طور که گفته شد اثر انفساخ به آینده است اما اگر طرفین شرط کنند که در صورت تحقق معلق علیه عقد از ابتدا منفسخ گردد آیا این شرط صحیح است؟

برخی نویسندگان در این خصوص ابراز عقیده کرده اند. انحلال قرارداد در گذشته امری است خلاف ظاهر و استثنائی. شرط انحلال قرارداد اگر منوط به وقوع حادثه ای باشد به آینده توجه دارد و از زمان تحقق آن رویداد مؤثر است. اثر قهقرایی لازمه طبیعت تعلیق است ناشی از اراده مفروض دو طرف و فقط زمان اعتبار آن مطرح می شود که درباره آن به طور قاطع تصمیم گرفته شده باشد. همچنین واژه انفساخ اصطلاحی است پا گرفته و روشن به معنای انحلال عقد نافذ نسبت به آینده به کار می رود. بنابراین شرطی که انحلال عقد را از آغاز وجود مقرر دارد نباید شرط فاسخ نامید، چراکه عقد را ابطال می کند. پس مفاد شرط به معنایی که ما در نظر داریم ابطال معلق عقد است و باید شرط مبطل نامیده شود نه فاسخ (کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷: ۳۴۹).

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۹۹۱ مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۰ اظهار نظر نموده: «۱- بین شرط فاسخ و شرط فسخ، در صورت اعمال حق فسخ توسط ذی حق، از حیث آثار تفاوتی وجود ندارد و هر دو موجب انحلال عقد از زمان تحقق شرط فاسخ یا اعمال حق فسخ است و متعاقباً استرداد عین عوضین در صورت وجود و مثل یا قیمت آن ها در صورت تلف در هر دو مورد ضروری است. ۲ و ۳- با توجه به ماده ۴۵۴ قانون مدنی مبنی بر این که «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود...» و ماده ۴۵۵ همان قانون که مقرر می دارد: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از بیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد...» و دیگر مواد قانون مدنی مانند مواد ۲۸۷، ۳۶۳ و ۳۶۴ این قانون، تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده است، در موضوع تملیک نافذ بوده و انفساخ بعدی به آن صدمه نمی زند؛ مگر اینکه برخلاف آن به طور ضمنی یا صریح تراضی شده باشد. توضیح آنکه، بیع شرط موضوع ماده ۴۶۰ قانون مدنی با توجه به وضع خاص آن، استثنا بر این قاعده تلقی می شود؛ زیرا دو طرف تراضی می کنند که خریدار مبیع را آماده بازگرداندن به فروشنده نگاه دارد یا به عبارت دیگر، بیع شرط در زمره مواردی است که

عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت به طور ضمنی بر مشتری شرط شده است. بنابراین در فرض پرسش که پس از انتقال بعدی مورد معامله توسط خریدار، معامله اول منفسخ شده است، از آنجایی که این امر موجب فسخ معامله دوم نمی‌شود، در خصوص استرداد مورد معامله، مانند تلف مورد معامله است (تلف حکمی) و خریدار مکلف است حسب مورد مثل یا قیمت مورد معامله را به فروشنده مسترد کند. ۴- در فرض سؤال که مورد معامله ملکی بوده که متعاقباً خریدار در آن تغییراتی ایجاد و احداث بنا کرده است، صرف احداث بنا تلف حکمی مال محسوب نمی‌شود؛ مگر آنکه تغییرات و مستحدثات ملک به گونه‌ای باشد که حکم بر استرداد آن موجب ضرر جبران ناپذیر بر خریداری شود که به اعتبار مالکیت در ملک، تصرفات مالکانه داشته است.<sup>۱</sup>

همان طور که مشاهده می‌شود اصل بر آن است که انفساخ نسبت به آینده اثرگذار است و استثنائاً ممکن است بنا بر قولی به گذشته نیز سرایت داشته باشد. حال اگر اثر انفساخ قهقرایی باشد بی‌گمان معاملات دوران انعقاد عقد تا تحقق شرط فاسخ باطل است. اما اگر از قرارداد اثر قهقرایی استنباط نگردد اثر انفساخ مانند اعمال فسخ است و همان طور که در فسخ عقیده به تلف حکمی مبیع داده شد در تمام فروض در انفساخ این امر قابل تصور است و موضوع حاوی مطلب نوین دیگری نخواهد بود.

### ۳. اقاله

در اقاله نیز ماده ۲۸۶ قانون مدنی صراحتاً تلف یکی از عوضین را مانع اقاله ندانسته و در فرضی که یکی از دو عوض یا هر دو از بین رفته باشند (خواه تلف واقعی باشد یا در نتیجه انتقال به دیگری، امکان بازگشت مال به مالک نخستین از بین برود) ممکن است دو راه حل مورد توجه قرار گیرد:

۱. اقاله ممکن نیست، زیرا موضوعی باقی نمانده که به جای خود بازگردد.
۲. به جای آنچه تلف شده است بدل آن (مثل یا قیمت) پرداخته شود و بدین گونه مفاد تراضی تحقق یابد.

قانون مدنی در ماده ۲۸۶ راه حل دوم را انتخاب کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷/۵: ۳۷). در این فرض اختلافی در بین حقوق‌دانان دیده نمی‌شود (امامی، ۱۳۸۷/۱: ۳۲۷ و ۳۲۸). اگر پس از عقد لازم مورد انتقال حقیقتاً یا حکماً تلف شود (مقصود از تلف حکمی انتقال مال مورد عقد لازم، به ثالث است) این وضع مانع اقاله نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ [ج: ۲۰۶]). یعنی باید اعتقاد

۱. بدیهی است خسارت قراردادی و معیار ارزیابی آن موضوع مستقلی از فرض این مقاله بوده که خارج از حیطه بررسی فعلی است. البته پژوهش‌هایی در این زمینه انجام گردیده است (نک: امینی و پیری، ۱۳۹۹: ۱۳۵ تا ۱۵۸).

داشت که اگر بعد از انتقال مبیع توسط خریدار به ثالث، معامله بین طرفین اقاله گردد هیچ تأثیری در حقوق شخص ثالث ندارد و مبیع تلف شده محسوب می‌گردد که می‌بایست مثل یا قیمت آن مراجعه کرد.<sup>۱</sup>

#### ۴. بررسی رویه قضایی ایران

متأسفانه دسته‌بندی‌های منظمی در آراء قضایی و انتشار منظم تمام آراء از محاکم کشور وجود ندارد و لذا نمی‌توان به ضرس قاطع گفت که دیدگاه قضایی در کشور ما به کدام سمت و سواست. اما آنچه مهم است، تأثیر نظر مشهور فقهای امامیه و ظاهر مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۰ قانون مدنی و نیز نظریه غالب دکترین در آراء قضایی است که سمت و سویی را مشخص کرده است.

به‌عنوان مثال در پرونده کلاسه ۹۵۰۱۳۷ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی کرج این موضوع مطرح شده بود. الف یک واحد آپارتمان را به ب می‌فروشد و در آن قرارداد، شرط می‌کند که بخشی از ثمن به‌صورت مؤجل پرداخت شود و اگر ثمن موضوع قرارداد پرداخت نشود، فروشنده حق فسخ قرارداد را داشته باشد. قبل از موعد موصوف، خریدار آپارتمان، اقدام به انتقال آپارتمان به ج می‌نماید و از طرفی در موعد مقرر الباقی ثمن پرداخت نمی‌شود.

الف علیه ب طرح دعوی تأیید فسخ می‌کند و دادگاه با احراز شرایط قراردادی، حکم به تنفیذ و تأیید فسخ قرارداد بین الف و ب صادر می‌کند. از طرفی ج هم به‌جهت اینکه سند رسمی به وی انتقال نیافته، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال علیه الف و ب طرح می‌کند.

الف در دادگاه به فسخ قرارداد خود استناد می‌کند، لیکن دادگاه از توجه به دو مطلب این دفاع وی را وارد نمی‌داند. اول اینکه ذیل قرارداد بین ب و ج توسط الف به‌عنوان شاهد امضاء شده است و دوم اینکه فسخ معامله بین الف و ب بعد از معامله بین ب و ج بوده و مبیع قابل استرداد به الف

۱. در موردی که تلف حکمی باشد، مثل یا قیمت آن به‌عنوان بدل داده می‌شود. در این صورت اگر انتقال بدل مورد تراضی قرار گیرد (مانند اینکه توافق شود به جای گوسفند گم شده، گوسفند دیگری با همان وزن داده شود) قرارداد قطعی است و اگر گوسفند پیدا شود نمی‌توان درخواست بازگرداندن آن در برابر پس دادن بدل را بکنند. این فرض با بدل حیلوله قابل قیاس نیست، زیرا مبادله به تراضی صورت گرفته و مشمول نیروی الزام آور عقد است. همچنین در صورتی که مورد معامله ناقص یا معیوب شده باشد، با همان وضع موجود بازگردانده می‌شود، ولی تفاوت بین بهای صحیح و معیوب نیز به‌عنوان مکمل (ارش) داده می‌شود. اگر بهای موضوع تلف شده تا زمان اقاله تغییر کرده باشد، بهای زمان اقاله باید معیار تعیین بدل باشد، زیرا در آن تاریخ است که دو طرف به بازگرداندن آثار عقد تراضی می‌کنند و ظاهر این است که به وضع همان لحظه نظر دارند (کاتوزیان، پیشین: ۳۷ تا ۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ [الف]: ۲۳۴).

نبوده و تلف حکمی است و با این استدلال حکم به الزام الف به تنظیم سند رسمی انتقال به نام ج صادر و اعلام می‌نماید.<sup>۱</sup>

در پرونده دیگری آقای ق دعوایی علیه آقای م به خواسته تأیید انفساخ قرارداد صلح دعوایی مطرح می‌نماید و در مقابل شرکت خ دعوای ورود ثالث علیه اصحاب دعوی اصلی را در پرونده اقامه نمود. ماحصل اختلاف طرفین آن است که آقای ق به موجب تاریخ چهارم دی ماه سال ۹۶ شش دانگ عرصه و اعیان یک قطعه زمین تحت پلاک ثبتی معلوم را که تعداد ۲۵ واحد آپارتمان در آن احداث شده بود به آقای م صلح می‌کند و مال‌الصلح نیز مبلغ ۶۰ میلیارد ریال تعیین می‌شود. در قرارداد ۱۰ فقره چک مشخص و معلوم و مورد توافق قرار می‌گیرد که در موارد معین می‌بایست پرداخت می‌گردید و در یکی از بندهای قرارداد این چنین نوشته شده بود که متصالح یک فقره چک به میزان ۴۰ میلیارد ریال به‌عنوان امانت نزد متصالح می‌سپارد که چنانچه چک‌های متصالح منتهی به وصول نگردید، بتواند که خسارات وارده را از محل چک تضمینی فوق‌الذکر برداشت نماید و در صورت عدم وصول چک‌ها معامله منفسخ می‌باشد.

تعدادی از چک‌ها منتهی به پرداخت نمی‌شود و خواهان دعوی اصلی ادعای انفساخ قرارداد را می‌نماید و در مقابل وکیل وارد ثالث اظهار و ادعا می‌کند که قبل از صدور گواهی عدم پرداخت و قبل از تحقق شرط انفساخ مال به موکل او منتقل شده است و تقاضای رد ادعای خواهان دعوی اصلی پیرامون انفساخ قرارداد را می‌نماید.

دادگاه پس از رسیدگی در نهایت به موجب دادنامه صادر شده اولاً انفساخ را با توجه به عدم وصول تعدادی از چک‌ها قابل تحقق دانسته و ثانیاً با توجه به اینکه هیچ دلیلی مبنی بر اثر قهقرایی انفساخ در قرارداد قابل احراز نبوده و اثر شرط فاسخ را ناظر به آینده تلقی نموده و مال موضوع معامله را در بین خریدار و فروشنده اول در حکم تلف دانسته؛ از دیگر سو وارد ثالث را ذی‌نفع درخصوص ادعای اختلاف طرفین درخصوص انفساخ نمی‌داند زیرا که قرارداد اول با توجه به اصل

۱. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۶۱۰۳۰۱۳۳۴ مورخ ۲۶ بهمن ۹۶، شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی کرج که عیناً در شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان البرز و به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۶۲۵۷۰۰۵۷۵ مورخ ۹۷/۵/۳ تأیید شده است. نسبت به این رأی درخواست اعمال ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری انجام شد و به‌رغم پذیرش این درخواست و تجویز اعاده دادرسی توسط رئیس قوه قضائیه، نهایتاً شعبه دوم دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۰۰۲۷۵ مورخ ۶ اردیبهشت ماه سال ۹۹ اعاده دادرسی را مردود و آراء بدوی و تجدیدنظر را منطبق با قانون تشخیص داد.



نسی بودن توافقات صرفاً بین آنها نافذ و معتبر بوده و شخص دیگری نمی‌تواند ادعا نماید که معامله بین آنها منفسخ نشده و خصوصاً که مبیع با توجه به تلف حکمی در مالکیت وارد ثالث قرار دارد؛ لذا قرار رد دعوی ورود ثالث ضمن تأیید انفساخ قرارداد صادر کرده است.<sup>۱</sup>

### ۵. موضع حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس الغاء قرارداد یا فسخ آن به تعبیری که در حقوق ایران است، وجود ندارد.<sup>۲</sup> از نقطه نظر کامن‌لو<sup>۳</sup> و انصاف<sup>۴</sup> دو جایگاه برای فسخ قرارداد قائل هستند. در کامن‌لو معتقد هستند که یک قرارداد می‌تواند صرفاً بر مبنای اظهار خلاف واقع<sup>۵</sup> متقلبانه<sup>۶</sup> فسخ شود. ولی انصاف توسعه بیشتری دارد و قلب و واقعیت غیر عمدی<sup>۷</sup> را نیز از اسباب فسخ می‌داند (treitel, 2018: 450). اما در هر حال عنصر اظهار خلاف واقع مهم‌ترین رکن فسخ است. باید گفت که عنصر تقلب هم در شبه‌جرم<sup>۸</sup> (مسئولیت مدنی) و هم در بخش قراردادها مورد بحث قرار می‌گیرد.<sup>۹</sup> اصل مهم و اساسی در باب اثر اظهار خلاف واقع آن است که قرارداد را قابل ابطال<sup>۱۰</sup> می‌کند و نه اینکه آن را باطل<sup>۱۱</sup> کند. به این معنا که قرارداد تا زمانی دارای اعتبار است که به وسیله کسی که متضرر شده فسخ نشود و البته ممکن است که قرارداد مورد تنفیذ وی قرار بگیرد و هیچ‌گاه نوبت به فسخ آن نرسد (Cheshire, 2012: 359; treitel, 2018: 450) و اگر قرارداد فسخ شود مانند آن است که از ابتدا چنین چیزی وجود نداشته است (Cheshire, 2012: 359). بنابراین ملاحظه می‌گردد که اثر فسخ در حقوق انگلیس با اثر فسخ طبق نظر مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی تفاوت دارد. به سؤال اساسی این پژوهش برمی‌گردیم که اگر الف مالی را به ب منتقل کند و سپس ب نیز

۱. دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۶۱۰۳۰۱۶۹۰ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی کرج

۲. اصطلاح Rescission ناظر به الغاء قرارداد است که به فسخ نیز ترجمه شده است.

3. Common law

4. equity

5. misrepresentation

6. fraud

7. Innocent misrepresentation

8. tort

۹. در حقوق انگلیس اظهار خلاف واقع misrepresentation و اظهار خلاف واقع صرف mere misrepresentation دو مفهوم است که پیرامون آن و آثار و تبعات آن و اینکه کدام اظهار خلاف واقع اعطای حق فسخ می‌کند، بحث شده است. لکن چون از موضوع بحث مقاله خارج است به آن نپرداخته‌ایم. (Cheshire, 2012: 339).

10. voidable

11. void

اقدام به انتقال مبیع به ج بنماید و بعد از این عمل حقوقی، الف معامله خود را با ب فسخ کند، این اتفاق چه تأثیری بر حقوق ج خواهد گذاشت؟ آیا مال در هر حال به الف مسترد خواهد شد یا خیر؟ در آن نظام حقوقی گفته شد که حق فسخ قرارداد ممکن است به جهت مداخله شخص ثالث با محدودیت مواجه شود که به عنوان مثال اگر شخصی به وسیله عمل متقلبانه ترغیب به فروش کالا شده است و آن مال به شخص ثالث با حسن نیت<sup>۱</sup> فروخته شده باشد، نمی تواند معامله خود را فسخ کند (treitel, 2018: 459).

به عنوان مثال در یکی از دعاوی اقامه شده در انگلستان<sup>۲</sup>، بخش مدنی دادگاه استیناف در خصوص اختلاف حاصله در تاریخ ۱۱ آگوست ۱۹۹۷ چنین تصمیم گرفته است که ذکر خواهد شد. در آن پرونده برای پرداخت حق بیمه اتکایی کمتر، چندین شرکت تشکیل یک Equitas را دادند که یکی از این شرکتها تحت عنوان Names بود. بعد از مدتی شرکت دیگری به نام Society مدعی شده که تمام مسئولیت های بالقوه و بالفعل پس از سال ۱۹۹۲ را به دست آورده است. بر این مبنا Equitas اقدام به تخصیص حق بیمه به شرکت Society نمود اما مدتی بعد Names ادعای فسخ در خصوص عضویت در Equitas را نمود. بر این مبنا که به جهت یک اظهار خلاف واقع متقلبانه وارد این توافق شده است.<sup>۳</sup> لیکن اگرچه اثر فسخ اعاده وضعیت طرفین عقد به پیش از آن است، اما دادگاه در مقام بررسی این ادعا به حقوق اشخاص ثالث صدمه نخواهد زد. زیرا که اگر این قرارداد فسخ شود، عضویت شرکت Society از ابتدا ملغی خواهد شد و این اقدام که برخلاف حقوق شخص ثالث است نمی تواند صورت بگیرد. در پرونده دیگری<sup>۴</sup> Mr.Dowie به عنوان مدیر برای تیم فوتبال کریستال پالاس انتخاب گردید و در شرایط قرارداد استخدام وی قید شد که اگر پیش از موعد قصد ترک تیم را داشته باشد می بایست یک میلیون پوند به تیم کریستال پالاس پرداخت کند. زمانی که تیم نتوانست به موفقیتی دست پیدا کند، آقای Dowie با تیم صحبت کرد و گفت برای اینکه قصد دارد به خانواده اش نزدیک تر باشد، قصد ترک تیم را دارد. به همین جهت طرفین طی تراضی و با توافق یکدیگر به قرارداد خاتمه دادند و او هم هیچ غرامتی

1. Innocent third party

2. Society of Lloyds v Lyon; Same v Leighs; Same v Wilkinson,  
www.uniset.ca/lloyddata/wilkinson\_CA\_lex.htm.

۳. البته ادعاهای متعدد و مختلفی در آن موضوع مطرح شد که یکی از مباحث مطروحه فسخ است که صرفاً به بحث

ما مربوط است

4. Crystal Palace Football Club (2000) Ltd v Dowie [2007]

پرداخت نکرد. اما پس از مدتی معلوم شد که ایشان اظهار خلاف واقع داشته و به تیم دیگری پیوسته است و مشخص شد که دلیل ایشان برای اینکه قصدش از جدایی نزدیک تر شدن به خانواده است، دلیل واقعی نبوده است. به همین جهت تیم فوتبال کریستال پالاس تقاضای فسخ توافقی را کرد که بر مبنای آن راضی به جدایی Dowie از تیم خودشان شده بود. اما دادگاه این ادعای فسخ را نپذیرفت. دادگاه نظر داد گرچه اظهار خلاف واقع متقلبانه قابل احراز است، اما فسخ قرارداد به آن معنی است که دو قرارداد استخدام وجود داشته باشد و باید قرارداد اول (قرارداد کریستال پالاس) معتبر باشد اما نسبت به باشگاه جدید این موضوع غیر عادلانه<sup>۱</sup> است. فلذا دادگاه عقیده دارد که آقای Dowie می بایست غرامت به باشگاه کریستال پالاس بپردازد و نه اینکه توافق وی فسخ شود.<sup>۲</sup> ملاحظه می شود که در این مورد دادگاه توجه کرد که چون با فسخ توافق خواننده با باشگاه کریستال پالاس، ممکن است حق شخص ثالث با حسن نیت لطمه ببیند، رأی به عدم امکان فسخ داد و اظهار عقیده کرد که خواننده می بایست غرامت پرداخت کند. بدیهی است این موضوع بسیار گسترده تر از موضوع تلف حکمی مبیع مادی است و در واقع هر نوع حق مالی یا موضوع قراردادی که متعلق حق شخص ثالث با حسن نیت قرار بگیرد، مانع از اعمال فسخ قرارداد قبل است.

مثال ملموس تر به بحث ما مربوط به دعوی White v. Garden است که در آن Parker اقدام به خرید ۵۰ تن آهن از Garden می نماید و پارکر این گونه گاردن را ترغیب به انجام معامله می کند که براتی بابت ثمن معامله به او بدهد که توسط شخصی به نام Tomas of Rochester قبول شده باشد و سپس پارکر اقدام به فروش آهن به وایت (White) می کند. در حالی که وایت فردی با حسن نیت بود. گاردن نیز اقدام به تحویل کالا به وایت می نماید. اما بعداً مشخص شد که برات، مشخصات وعده داده شده را ندارد و شخصی به نام Tomas of Rochester آن را امضا نکرده است. با آشکار شدن این مطلب، گاردن که آهن آلات را در کشتی وایت بار زده بود اقدام به تخلیه محموله کرد، اما دادگاه حکم علیه گاردن صادر کرد و او را مسئول شناخت تا نسبت به استرداد آهن آلات به وایت اقدام کند و این گونه استدلال کرد که مالکیت آهن آلات به موجب قرارداد به پارکر منتقل شد و در زمانی که قرارداد معتبر بود، پارکر نیز آهن آلات را به شخص ثالث با

1. unfair

2. <https://www.lawteacher.net/cases/crystal-palace-v-dowie.php>

این پرونده نشان از آن دارد که حتی در خصوص تعهدات نیز گستردگی و نفوذ اندیشه تلف حکمی سرایت کرده است. گرچه موضوع اختلاف طرفین مال مادی نبوده اما دادگاه متأثر از موضوع تلف حکمی مال مادی اظهار نظر کرده است.

حسن نیت منتقل کرد و این قرارداد، یک قرارداد صحیح است (Cheshire, 2012: 396). همان طور که ملاحظه شد در واقع در حقوق انگلیس نیز تلف حکمی در قراردادها پذیرفته شده و مفهوم آن به نظرات فقهای که مطلق تصرفات در مبیع در زمان خیار فسخ را پذیرفته اند نزدیک تر بوده و حتی گامی فراتر نهاده و جایی که موضوع قرارداد خارجی نیست نیز عقیده به تلف حکمی دارند. امری که نشانگر آن است که با توجه به تفاوت بنیادین بین نظام حقوقی آن کشور با کشور ما، شاید بیشتر به جهت منطق معاملی و عقلی چنین رویه ای در کامن لا شکل گرفته است. در واقع یک تفاوت بنیادین بین کامن لا و حقوق ایران وجود دارد که در حقوق ایران انتقال مبیع به شخص ثالث حتی اگر آن شخص با حسن نیت باشد نافی حق فسخ ذوالخیار نمی باشد؛ اما در کامن لو اگر چنین اتفاقی افتاده باشد و مبیع به شخص ثالث با حسن نیت منتقل شده باشد، هیچ حق فسخی برای ذوالخیار قائل نبوده و صرفاً به مطالبه خسارت بسنده می کنند که البته این اختلاف به تمایزات ریشه ای و بنیادین بین دو نظام حقوقی برمی گردد که مجال بررسی آن در این مقاله نیست.

#### ۶. دیدگاه مختار

با توجه به آنچه گفته شد و نظر به اینکه دادگاه هنگام اخذ تصمیم می بایست عرف حاکم بر معاملات را با مواد قانون مدنی یکی در نظر گرفته و اقدام به تفسیر مواد قانونی کند؛ به نظر می رسد آنچه شیخ انصاری و آیت الله خویی ابراز کرده اند از جهت تفسیری، نه به طور کامل، اما در بین نظرات فقهی با قانون مدنی دارای قرابت بیشتری است. در مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ قانون مدنی بیع را تملیکی دانسته که به محض ایجاب و قبول باعث انتقال مالکیت می گردد و مواد ۳۶۴ و ۴۵۴ و ۴۵۵ نیز مانعی برای انتقال مبیع در دوران خیار قائل نشده است. تنها استثنائی که قانون قائل است بیع شرط، در جایی که شرط عدم انتقال یا سلب حق انتقال به طور صریح یا ضمنی<sup>۱</sup> بر خریدار

۱. در خصوص شرط عدم انتقال یا سلب حق انتقال در بین فقهای امامیه اتفاق نظر وجود ندارد. عده ای از فقها شرط عدم فروش مبیع را به علت خلاف مقتضای ذات عقد بودن، باطل و مبطل عقد می دانند (حلی، ۱۰/۱۴۱۴: ۲۴۷). عده ای دیگر شرط را باطل اما عقد را صحیح می دانند (طوسی، ۳/۱۴۰۷: ۱۵۷) و دسته سوم عقد و شرط را صحیح می دانند (نجفی، ۲۳/۱۴۰۴: ۲۰۱). اما در بین حقوق دانان تردیدها کمتر است و بسیاری از بزرگان حقوق مدنی عقد و شرط را صحیح می دانند (صفایی، ۱۳۸۹: ۳۱۰ و کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷: ۷۷ و ۹۰). در بین حقوق دانان عده ای معتقد هستند که باید بین شرط فعل و شرط نتیجه قائل به تفکیک شد و با در نظر گرفتن ماده ۹۵۹ قانون مدنی ابراز کرد اگر سلب حق فروش برای مدت نامحدود باشد، سلب حق به طور کلی است و شرط باطل است. ولی اگر سلب حق برای مدت محدود و معین باشد، شرط صحیح و دارای اثر حقوقی است. از دیگر سو اگر شرط درج شده در قرارداد از نوع شرط فعل باشد، ضمانت اجرای عدم رعایت شرط فعل، بطلان معامله انجام شده با ثالث نیست و معامله

شرط شده باشد، است.

اگر در غیر از این موارد استثنا و در دورانی که به تفصیل بیان کردیم که مشتری حق انتقال مبیع را دارد؛ مبیع به ثالث منتقل شد و سپس فروشنده اقدام به فسخ معامله کرد تکلیف استرداد عوضین چه می‌شود؟ فروشنده که معامله را فسخ کرده است به چه مالی می‌رسد. پاسخ با وحدت ملاک از ماده ۲۶۸ قابل دریافت است. اقاله در صورتی که عوضین یا یکی از آن‌ها تلف شده باشد، صحیح است و در این صورت مثل مال در صورت مثلی بودن و یا قیمت مال در صورت قیمی بودن رد می‌شود. اقاله خصوصیتی در این مورد ندارد و در صورت فسخ معامله و احراز تلف حکمی مبیع، به مثل یا قیمت مبیع مراجعه می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۲۴ و کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۸-۷۷). نکته مهم در تفاوت بین نظام حقوق ایران و انگلیس در اصل اعمال حق فسخ است. در حقوق داخلی در هر صورت می‌توان گفت فروشنده حق دارد نسبت به فسخ معامله اقدام کند و در این صورت یا عین مال را مسترد می‌کند و یا اینکه با موضوع تلف حکمی مواجه شده و مثل یا قیمت را مطالبه می‌کند. اما در حقوق انگلیس اصل حق فسخ را معتبر نمی‌دانند. به عبارتی اگر مبیع به طریق شناخته شده در کامن‌لو به ثالث منتقل شده باشد، فروشنده حق فسخ نخواهد داشت. گرچه از حیث آثار (وجود حق فسخ یا عدم وجود آن) تفاوت‌هایی در رابطه بین اشخاص درگیر در مسئله وجود دارد؛ اما از یک منظر وحدت نظر در دو نظام حقوقی وجود دارد که مبیع منتقل شده به ثالث قابل استرداد به مالک اولیه (فروشنده اول) نیست. به طور خلاصه کامن‌لو از نظر اینکه تلف حکمی را صرفاً ناظر به مبیع خارجی نمی‌داند و به هر موضوع قراردادی تسری می‌دهد، تفسیری وسیع‌تر از حقوق داخلی دارد و از منظر دیگر که حق فسخ را زایل شده تلقی می‌کند تفسیری مضیق‌تر از حقوق ایران دارد ولی با یک نقطه مشترک که همان عدم استرداد مبیع است.

#### نتیجه

اگر مالی بین طرفین به موجب عقدی از عقود مورد تبادل قرار گیرد سپس عقد، فسخ، انفساخ یا

انجام شده با ثالث که برخلاف شرط فعل است، صحیح تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۰۰-۹۲). از دیدگاه برخی دیگر از حقوق‌دانان دیدگاهی نزدیک به عدم نفوذ استنباط می‌شود (صفایی، پیشین) بحث در خصوص شرط عدم انتقال، تخصصاً از موضوع مقاله حاضر خارج است و طرداً للباب و به صورت مختصر، ضرورت داشت تا دیدگاه‌های موجود در خصوص این شرط مختصراً ابراز گردد و البته پوشیده نیست که تعلیق در التزام بحثی متفاوت از مطالب مذکور است که می‌بایست در جای خود مورد بررسی قرار گیرد (نک: کوچکی پهنه‌کلایی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۵۶).

اقاله گردد می‌بایست مال به مالک قبلی اعاده شود. اما هنگامی که قبل از این اعمال یا وقایع حقوقی مال توسط خریدار به شخص سومی انتقال یافته باشد موضوع دشوارتر است. از یک طرف فروشنده اول انتظار دریافت عین مال خود را دارد و از دیگر سو شخص ثالث با حسن نیت مالی را خریداری کرده که در لحظه فروش، فروشنده مالک آن بوده است. در دیدگاه فقها پنج عقیده وجود دارد. عده‌ای به عدم امکان استرداد مطلق و گروهی به استرداد مطلق مال نظر داشتند و دسته‌ای به سکوت و عدم اتخاذ موضع صریح تمایل نشان دادند. تعدادی دیگر از فقیهان نظر بر آن داشتند که تلف عمدی مال جایز نبوده اما تصرفات ناقله مجاز است و گروه دیگر تفکیک بین خیارات بالفعل و بالقوه نهاده بودند و هرگونه تصرف در دوران خیار بالفعل را بی اعتبار و بالعکس تصرف در دوران خیار بالقوه را صحیح اعلام کرده بودند که در صورت فسخ، انفساخ یا اقاله قرارداد پس از انتقال در دوران خیار بالقوه تلف حکمی حاصل شده و این مال قابل استرداد نمی‌باشد.

در خصوص موضع حقوق مدنی باید گفت از جمع بین مواد ۳۶۴ و ۴۵۴ و ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی، قانون‌گذار در نظر دارد تا در خصوص بیع شرط، خریدار تا انقضای مدت خیار حق تصرف مادی یا حقوقی در مبیع نداشته باشد. همچنین در جایی که شرط صریح یا ضمنی بر خریدار شود که حق نقل و انتقال نداشته باشد و یا اینکه حق انتقال از خریدار به‌طور صریح یا ضمنی سلب شود (چه صریح باشد و چه ضمنی)، مفاد شرط واجب‌الوفا است و در این حالت هم خریدار نمی‌تواند مبیع را به دیگری منتقل نماید. ولی، در سایر موارد که ممکن است برای فروشنده خیارات قانونی وجود داشته باشد، انتقال مبیع از سوی خریدار با هیچ مانعی مواجه نبوده و در صورت فسخ معامله، مبیع در حکم تلف محسوب است.

گاهی اوقات نیز خیار تخلف از شرط برای یکی از طرفین در قرارداد درج می‌شود. در واقع در این حالت اگر آنچه در قرارداد برای طرفین حائز اهمیت بوده که به‌عنوان شرط در قرارداد گنجانده شده و ضمانت‌اجرای آن را حق فسخ برای فروشنده قرار داده باشند، از سوی مشروط‌علیه انجام نگیرد، حق فسخ برای فروشنده ایجاد می‌شود ولی چنانچه شرط از سوی مشروط‌علیه، اجرا گردد هیچ‌گاه حق فسخ برای فروشنده محقق نخواهد شد. (مانند اینکه مالی فروخته شود و برای پرداخت ثمن چندین فقره چک صادر و شرط شود که اگر هر یک از چک‌ها منتهی به وصول نگردد فروشنده حق فسخ پیدا خواهد کرد)، حال اگر قبل از اینکه موعد اجرای شرط برسد، تا مشخص گردد که مشروط‌علیه به تعهد خود عمل می‌کند یا خیر، مبیع به ثالث منتقل گردد، با توجه به مواد ۳۶۴، ۴۵۴، ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی، این انتقال صحیح است و در صورت ایجاد و اعمال حق فسخ از سوی فروشنده، مبیع در حکم تلف محسوب و متعلق به ثالث است. ذوالخیاری هم که

قرارداد را فسخ نموده است صرفاً حق رجوع به مثل یا قیمت مبیع را خواهد داشت. بر تمام مطالب باید افزود و تأکید کرد که در تمام فروض، مالک جدید (خریدار) حق همه گونه تصرف در ملک خود را دارد مگر اینکه به طور صریح یا ضمنی شرط خلاف شده باشد و این شرط می‌بایست از سوی متعاقدین محترم شمرده شده و عمل به آن، ضرورت قانونی است.

## منابع

## فارسی

- ابهری، حمید و زینب افچنگی (۱۳۹۴)، «مفهوم، ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.
- امامی، سیدحسین (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۲۸، تهران: انتشارات اسلامیه.
- امینی، منصور و جواد پیری (۱۳۹۹)، «ضابطه ارزیابی خسارات ناشی از نقض تعهد در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- جباری گل‌باغی ماسوله (۱۳۹۱)، «مبانی مشروعیت شرط فاسخ در فقه شیعه»، مجله فقه و اصول، شماره ۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۳)، «شرط عدم تصرفات ناقل در مبیع و ثمن (تحلیل ماده ۴۵۴ ق.م.ا)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۷.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۷)، اجرای احکام مدنی، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات دراک.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، سقوط تعهدات، چاپ نهم (پنجم مجدد)، تهران: انتشارات مجد.
- صدیقیان، عبدالله و جعفر جعفری ندوشن (۱۳۹۴)، «قلمرو نفوذ شرط فاسخ»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۹.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ۱۱، تهران: نشر میزان.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۶)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ هفتم، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، اموال و مالکیت، چاپ ۵۲، تهران: نشر میزان.
- کوچکی پهنه کلایی، عظیم، حکمت‌اله عسکری و محمدحسین انصاری حقیقی (۱۳۹۹)، «تأملی نوین بر ماهیت تعلیق اراده با رویکرد به چالش‌های عملی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۵)، فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.

## عربی

- اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب المکاسب، جلد ۴، چاپ اول، انوار الهدی.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۲ق)، المکاسب، جلد ۶، چاپ دوم، مجمع الفکر الاسلامی.
- تستری، اسدالله کاظمی (بی‌تا)، مقابسات الانوار و و نفاثات الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام.



- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، جلد ۱۰، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- طوسی، محمد بن حسن، ابوجعفر (۱۴۰۷ق)، الخلاف، جلد ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه حوزه علمیه مدرسین قم.
- طوسی، محمد بن حسن، ابو جعفر (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی الفقه الامامیه، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویه الاحیاء الآثار الجعفریه.
- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیة فی الفقه الامامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- گیلانی، میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، جلد ۲، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهه-المکاسب، جلد ۷، مقرر محمد علی توحیدی.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، جلد ۲، چاپ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمديه.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۳، چاپ ۷، بیروت: نشر داراحیاء التراث العربی.

### انگیسی

- Cheshire, Fifot & furmston's (2012), *Law of Contract*, Oxford, 16th Edition.
- Treitel by Edwin Peel (2018), *The Law of Contract*, Seewt & Maxwell, 14th Edition.
- <https://www.lawteacher.net/cases/crystal-palace-v-dowie.php>
- [www.uniset.ca/lloydata/wilkinson\\_CA\\_lex.htm](http://www.uniset.ca/lloydata/wilkinson_CA_lex.htm).