

دکتر مهدی شهیدی



ژرفشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

قرارداد تشکیل بیع



پښتونستان کالج علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## ● مقدمه

الف. تحدید موضوع: در روابط بین اشخاص مواردی پیش می آید که نیاز به تشکیل بیع برای دوطرف احساس می شود ولی زمینه انشای فعلی آن یا تنظیم سند رسمی انشاء به علت فقدان شرایط قانونی تشکیل عقد یا تنظیم سند رسمی تشکیل عقد و یا به دلیل ناتوان بودن یکی از دوطرف یا هر دو طرف برای اجرای مفاد عقد و تسلیم آنچه به وسیله عقد بر عهده او مستقر می شود، فراهم نیست. مثلاً برای تنظیم سند رسمی انتقال مال غیر منقول انجام استعلاماتی از سازمانهای دولتی به منظور روشن شدن وضعیت ملک مورد معامله از حیث مقررات ارضی و کشاورزی و شهرداری و غیره و جلب موافقتهای سازمانهای مربوطه لازم است، و در نتیجه، شرایط موجود اجازه انشای عقد یا تنظیم سند رسمی انتقال را در زمان دلخواه به طرفین نمی دهد. از این رو به منظور اطمینان یافتن طرفین از انجام معامله پس از فراهم شدن شرایط یا رفع موانع موجود، مبادرت به تشکیل قراردادی عادی یا رسمی می کنند که موضوع آن، تعهد هریک از دو طرف در برابر طرف دیگر

به تشکیل بیع مال مزبور، پس از فراهم آمدن زمینه تشکیل یا تنظیم سند تشکیل آن است.

در این مقاله منظور، ارزیابی وضعیت این گونه قراردادها و تعهدات از نظر قانون و اثر آنها و طرح و بررسی مسائل مربوط به آن است، اعم از قراردادها و تعهدات مربوط به اموال منقول یا غیرمنقول. بنابراین، موضوع این مقاله قرارداد تشکیل بیع می باشد که اثر آن پیدایش تعهد بر انشای بیع است و در نتیجه موضوع مزبور با بیع مال منقول یا غیر منقول تفاوت دارد.

این مسأله که آیا بیع مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی اعتبار و اثر حقوقی دارد یا خیر، از آن جهت که موضوع آن را خود عقد بیع تشکیل می دهد داخل در عنوان بحث این مقاله، که به قرارداد بر انشای بیع و تشکیل آن در آینده می پردازد، نیست و بررسی آن به فرصتی دیگر موکول می شود، اگر چه بیع بدون تنظیم سند رسمی نسبت به مال غیر منقول با تعهد بر بیع مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی از جهت تحلیلی، خالی از مشابهت نیست.

در اینجا لازم است این نکته روشن شود که انتخاب عنوان «قولنامه» برای موضوع بحثهای حقوقی مربوط به وضعیت و آثار تعهدات و قراردادهای مربوط به فروش مال غیر منقول، از جهت تحلیلی، گزینشی صحیح به نظر نمی رسد زیرا، از یک طرف، قولنامه در قانون موضوع تعریف شده ای نیست و منظور از آن در معنای متعارف، نوشته ای عادی است که پیش از تشکیل بیع بین طرفین و معمولاً نسبت به مال غیر منقول با عبارات و مفاهیم گوناگون و متفاوت به وسیله ایشان تنظیم و امضاء می شود و قراردادی را در بر می گیرد که منعکس کننده نظریات و اهداف خاص طرفین است، و از طرف دیگر، به علت عدم آشنایی تنظیم کنندگان آن با موازین قانونی، مفاد و مندرجات آن غالباً مبهم و با ضوابط حقوقی غیر منطبق و مفاهیم آن گاهی با هم متناقض است.

بنابر آنچه ذکر شد، اگر موضوع بحث قولنامه باشد، باید مانند عنوان اجاره نامه و وکالت نامه و نظایر آن، مسائلی که پیرامون دلالت و شرایط

سندیت آن دور می زند، مورد بررسی قرار گیرد. ولی هرگاه موضوع بحث پاره‌ای از مندرجات آن مانند تعهدات و قراردادهای منعکس در قولنامه و وضعیت حقوقی این قراردادها نظیر تعهدات و قراردادهای مربوط به بیع مال غیر منقول و خود بیع مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی باشد (که همین موضوعات نیز تحت عنوان قولنامه معمولاً مورد بحث قرار می‌گیرد)، دیگر عنوان «قولنامه» نمی‌تواند داشته باشد بلکه موضوع بحث باید ماهیتهای حقوقی مطلق یا مقید ثبت نشده یا مندرج در سند عادی مانند قرارداد تشکیل بیع یا بیع مال غیر منقول ثبت نشده یا منعکس در سند عادی باشد. بنابراین، آنچه در عرف عام به نام «قولنامه» نامیده می‌شود و برحسب موارد دارای مندرجات و مفاهیم گوناگون و مبهم است، عنوان مشخص حقوقی نیست و محتوای مشخص حقوقی ندارد و نباید به طور کلی محور مباحث حقوقی قرار گیرد، هر چند که محتوای هر یک از قولنامه‌های تنظیم شده با لحاظ عبارات و مفاهیم خاص خود، می‌تواند از حیث وضعیت و آثار حقوقی و روابط طرفین، موضوع بحث و بررسی واقع شود. در حقیقت، آنچه معمولاً مورد بحث قرار می‌گیرد، وضعیت و آثار قراردادهای و تعهدات منعکس در سند عادی به نام «قولنامه» است، ولی آنچه موضوع این مباحث معرفی می‌گردد «قولنامه» است که مفهوم یک سند عادی را دارد.

به این ترتیب، انتخاب «قولنامه» به عنوان موضوع بحثهای مربوط به وضعیت و آثار قراردادهای مربوط به اموال غیر منقول یا مربوط به معاملات این اموال منعکس در قولنامه از دو جهت ناصحیح به نظر می‌رسد: یکی از این حیث که قولنامه سند است نه مسند، و بحث در مورد مسند به جای سند گونه‌ای خلط مبحث است هر چند که بحث از جنبه ارتباط قراردادهای مذکور به نوشته عادی قولنامه دنبال می‌شود، و دیگر از این جهت که محتوای یک قولنامه متداول بین مردم، انحصاراً یک بیع یا قرارداد تشکیل بیع یا تعهد بر خرید و فروش نیست بلکه ممکن است یک قول و وعده ساده بر تشکیل معامله در آینده یا یک انشای معلق و یا مفاهیم دیگری که در اصل فاقد ارزش حقوقی است باشد، که در نتیجه تخصیص بحث به بیع یا تعهد بر

بیع مال غیر منقول، زیر موضوع «قولنامه»، حتی با حقیقت محتوای همه قولنامه‌ها سازگار نیست.

بنا به جهات ذکر شده بالا، موضوع بحث این مقاله، قرارداد تشکیل بیع (قرارداد انشای بیع) معرفی گردید.

ب. تقسیم موضوع: موضوع این مقاله از جهات متعدد قابل بررسی است و بدین جهت به شرح زیر تقسیم و مطالعه می شود:

مبحث نخست - وضعیت حقوقی قرارداد تشکیل بیع

مبحث دوم - اثر حقوقی قرارداد تشکیل بیع

مبحث سوم - مسائل

مبحث

## وضعیت حقوقی قرارداد تشکیل بیع

آنچه در این گفتار اصولاً مورد بحث قرار می‌گیرد این است که آیا قرارداد انشای بیع از نظر حقوقی معتبر است یا خیر؟ هر چند محور بحث، اساساً حقوق مدنی و مقررات موضوعه قانون مدنی است ولی تحلیل این قسمت از مقاله، بدون بررسی هر چند اجمالی مبانی فقهی مسأله، تحلیلی خالی از ضعف نخواهد بود. بدین جهت مناسب است، به اختصار، آن را از جهت فقهی مطالعه کنیم.

گفتار نخست

## وضعیت قرارداد تشکیل بیع از جهت فقهی

وضعیت حقوقی قرارداد تشکیل بیع را باید از دو حیث در فقه بررسی کرد: یکی از حیث حدود و مصادیق عقود معتبر، و دیگری از جهت موضوع قرارداد مزبور. پس، مطالب این گفتار را در دو بحث و یک نتیجه می آوریم.

بحث یکم:

### حدود و مصادیق عقود معتبر

آیا انشاءات حقوقی دو طرفه منحصرأ در صورتی اثر حقوقی دارد که در قالب یکی از عقود مشخص مذکور در فقه باشد، یا اینکه هر انشای حقوقی دو طرفه در هر قالب و چارچوب معتبر است و حد و حصری برای آن نمی توان شناخت؟

نظریه حصری بودن الگوهای معاملاتی اگر چه در زمانهای گذشته طرفداران زیادی داشت ولی امروزه چندان مورد توجه نیست. با این حال، بعضی از فقیهان معاصر، اعتبار و لزوم رعایت قراردادها و تعهداتی را که در قالب عقود معین انشاء نشده باشد، تحت عنوان شروط ابتدایی انکار کرده و این عدم اعتبار را به اجماع نسبت داده اند.<sup>۱</sup> در حالی که، برعکس، بعضی دیگر هر نوع قرارداد عقلایی را که به اراده طرفین انشاء شود و دلیلی بر فساد آن نباشد، معتبر و لازم الوفاء دانسته اند.<sup>۲</sup>

آن عده که عقود معتبر را منحصر به عقود معین توصیف شده در زمان

۱. سید میرزا حسن بجنوردی: القواعد الفقهیه، ج ۳/ صص ۲۲۴ و ۲۲۵، ج ۵/ صص ۱۹۰ و ۱۹۱.

۲. سید محمد صادق روحانی: المسائل المستحدثه، ص ۵۷.

شارع دین (ص) دانسته اند، استدلال خود را عمدتاً بر مبانی اصل عدم و حمل عمومات عقود بر معاملات معهود و شناخته شده و نیز اجماع منقول استوار کرده اند.

از یک طرف، اصل این است که هیچ مال یا حقی از شخصی به دیگری انتقال نمی یابد و هیچ شخصی متعهد و مکلف نمی شود مگر به وسیله منشاتی که در زمان شارع متداول و اعتبار آن قولاً یا فعلاً یا تقریراً مورد تأیید او بوده است. بنابراین، اعتبار حقوقی منشآت دیگر و جریان آثار حقوقی آنها مورد تردید و به حکم اصل عدم، محکوم به بی اعتباری است. از طرف دیگر، عمومات عقود — نظیر «اوفوا بالعقود»<sup>۳</sup> — عمومات مطلق نیست بلکه مقید و محدود است و مثلاً «الف» و «لام» واقع در کلمه «عقود»، «الف» و «لام» عهدی است که جمع عقود را محدود به عقود معهود و شناخته شده در زمان شارع می سازد.

اما بررسی ادله و قواعد فقهی مربوطه این تضييق و محدودیت را در روابط معاملات نفی می کند، زیرا عمومات و اطلاقات فقهی نظیر آیه های «اوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض»<sup>۴</sup> و احادیث حاوی عبارت «المؤمنون عند شروطهم» یا «المسلمون عند شروطهم»، همچنانکه مورد استدلال قرار گرفته است، دلالت بر اعتبار هر عمل حقوقی دارد که عرفاً عنوان عقد بر آن اطلاق می شود و مورد تراضی طرفهای مربوط قرار می گیرد؛ زیرا مسلماً اصطلاح عقد یا تجارت و نظایر آن، حقیقت شرعی ندارد و عناوین مزبور در همان معانی متداول عرفی به کار رفته که در صورت تردید، اصل، عدم حقیقت شرعی است:

۱. واژه «العقود» در جمله «اوفوا بالعقود» جمع با «الف» و «لام» است و چنین جمعی در زبان عرب افاده عموم می کند که، با در نظر گرفتن این امر، آیه مذکور چنین معنی می دهد: «ای کسانی که

۳. مانده / ۱: «با آیهها الذين آمنوا أوفوا بالعقود...».

۴. نساء / ۲۹: «با آیهها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم يتتكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...».



گرویده اید! به همه قراردادها پای بند باشید».

از طرف دیگر، دلیلی بر اینکه «الف» و «لام» در «العقود» عهدی باشد وجود ندارد و «الف» و «لام» جنس نیز امکان دارد در جمع به کار رود، که در این صورت، منظور از جنس عقود در صیغه «العقود» هریک از انواع عقد نظیر بیع و اجاره و انواع عقود غیر معین است و از جهت اصولی در صورت تردید در تقييد مفهوم عام مربوط به جمع مصدر به «الف» و «لام»، اصل، عدم تقييد است.

۲. با ملاحظه صدر آیه ۲۹ سوره نساء (یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل...) معلوم می شود که جمله «تجاره عن تراض»، از حیث نوع و ماهیت معامله، شامل عقود معین و غیر معین که موضوع آن به طور مستقیم، مال یا تعهد بر انجام عملی که منتهی به انتقال مال شود، می باشد و اعتبار و مشروعیت هر عقد ناشی از تراضی طرفهای مربوط به آن را تأیید می کند. زیرا واژه «تجارت» نیز حقیقت شرعیه ندارد و منظور از آن مطلق عملی است که عرفاً به آن تجارت گفته شود و دلیلی بر تقييد آن به عقود معین وجود ندارد. و ظاهر آیه این است که تجارت ناشی از تراضی، اکل مال دیگری را مباح می کند، نه اینکه جواز اکل مال مزبور، موارد تجارت معتبر ناشی از تراضی را محدود به معاملاتی کند که موضوع آن مستقیماً مال و نتیجه بی واسطه آن اکل مال باشد. بنابراین، معنی آیه مزبور چنین می شود: «ای کسانی که گرویده اید! اموال یکدیگر را به ناروا مخورید مگر اینکه از راه تجارت حاصل از تراضی شما باشد».

۳. جمله «المؤمنون عند شروطهم» یا «المسلمون عند شروطهم» که در احادیث معتبر و متعدد در جهت اعتبار شرط و لزوم رعایت آن مورد استناد قرار گرفته است نیز می تواند تأییدی بر اعتبار همه قراردادها باشد. زیرا صرف نظر از اینکه در بعضی از کتب لغت واژه «شرط» به طور مطلق به معنی پیمان آمده<sup>۵</sup> و این اطلاق شامل تعهد مستقل و تعهد مندرج ضمن عقد

می شود، حتی اگر معنی حقیقی و اصلی آن را پیمان مندرج ضمن عقد بدانیم و به کار رفتن آن را در معنی مطلق نسبت به معنی اصلی مجاز تلقی کنیم، با لحاظ اینکه در اصطلاح فقهی و در احادیث به فراوانی در معنی مطلق به کار رفته است، استنباط این معنی از آن در اصطلاح فقهی بعید به نظر نمی رسد. براین مبنا و با لحاظ مفهوم عام که از کلمه جمع مضاف «شروطهم» استفاده می شود، اعتبار عقود غیر معین را می توان از آن استنباط کرد.

۴. آیات فراوانی از قرآن به روشنی بر اعتبار مطلق معاهدات و پیمانها و لزوم اجرای تعهدات مربوط به آنها و زشتی پشت پا زدن به آنها دلالت دارد، که با لحاظ اینکه قراردادهای مزبور مقید به نوع خاصی نشده است و در نظر گرفتن تنوع این معاهدات از حیث اسکلت و شرایط، در شمول آیات مزبور نسبت به پیمانهای غیر معین تردیدی باقی نمی ماند.<sup>۶</sup>

۵. افراد جامعه در روابط خود برای قراردادهایی که انشاء می کنند ارزش و اعتبار قائلند و خود را به تعهدات آن ملزم می دانند و اشخاصی را که آن را محترم نمی شمارند، سرزنش و محکوم می کنند، بی آنکه در این وضعیت بین عقود معین و غیر معین تفاوتی بگذارند و این روش به زمان حاضر اختصاص ندارد و در عصر پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله نیز جریان داشته است، در حالی که از شارع و امامان علیهم السلام، رد یا تحدیدی نسبت به آنها

۶. از جمله آیات مزبور می توان آیات زیر را مورد توجه قرار داد:

- الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ (انفال/۵۶).
- أَوْ كَلَّمَا عَاهَدُوا عَهْدًا نَبَذَهُ فَرِيقٌ مِنْهُمْ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ (بقره/۱۰۰).
- ... وَالْمُؤْمِنُونَ بَعْدَهُمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ... (بقره/۱۷۷).
- إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ... فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مَدِينِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ (توبه/۴).
- وَمَا وَجَدْنَا لِأَكْثَرِهِمْ مِنْ عَهْدٍ... (اعراف/۱۰۲).
- وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا (اسراء/۳۴).
- وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ (مؤمنون/۸ و معارج/۳۲).

به ما نرسیده است. این وضعیت نیز صحت و نفوذ عقود غیرمعیّن را از جهت فقهی ثابت می‌کند.

با لحاظ آنچه در بالا ذکر شد، باید معتقد به اعتبار مطلق قراردادهای، مگر آن دسته که با موازین شرعی مغایرت دارد، گردید.

بحث دوم:

### موضوع قرارداد تشکیل بیع

موضوع قرارداد تشکیل بیع، یک عمل حقوقی یعنی انشای عقد بیع یا در حقیقت تعهد بر انشای آن است. هرگاه قرارداد مزبور برحسب اراده طرفین معوض باشد - یعنی هریک از ایشان براساس قرارداد در برابر دیگری متعهد به انشای بیع شده باشد - موضوع قرارداد، هرچند به ظاهر، موضوعی واحد به نظر می‌رسد اما در حقیقت متعدد است و تعهد هریک به انشای عقد به عنوان بایع یا خریدار، در برابر تعهد دیگری به انشای آن، به عنوانی دیگر قرار دارد؛ یعنی یکی از دو طرف تعهد بر فروش مال و طرف دیگر متقابلاً تعهد بر خرید آن می‌کند، که در این مورد، نتیجه انجام تعهد طرفین پیدایش ماهیت حقوقی واحد یعنی عقد بیع است. اما اگر این قرارداد در اراده دو طرف غیر معوض باشد - یعنی یکی از دو طرف در برابر دیگری تعهد بر انشای بیع کرده و طرف دیگر صرفاً این تعهد را پذیرفته باشد بدون اینکه متقابلاً او هم به انشای عقد متعهد شده باشد - مورد این قرارداد در حقیقت واحد است، اگرچه اجرای آن و تأثیر انجام تعهد متعهد، در تشکیل عقد، مستلزم همکاری اراده طرف دیگر در ایجاد این ماهیت است؛ زیرا تعهدی بر عهده طرف دیگر بر انشای متقابل عقد قرار نگرفته بلکه این طرف صرفاً متعهدله در قرارداد تشکیل بیع است. در نتیجه، او خواهد توانست از این همکاری اراده در جهت ایجاد عقد خودداری و تعهد مزبور را از ذمه متعهد، مانند هر طلب دیگر، اسقاط کند.

عمل حقوقی مانند عمل مادی می‌تواند مورد تعهد قرار گیرد که، در

صورت امتناع، متعهد به انجام آن ملزم می شود.  
فقها تعهد بر انجام عمل حقوقی را صحیح دانسته اند، منتها آن را به صورت شرط ضمن عقد، مورد بررسی قرار داده و بنابر نظر اقوی اجبار مشروط علیه را به انجام عمل حقوقی، در صورت خودداری او از انجام شرط، ممکن تلقی کرده اند.<sup>۷</sup>

به کمک تحلیل مسأله و در نظر گرفتن ضوابط فقهی، مانعی برای اعتبار قراردادی که موضوع خود قرارداد عمل حقوقی باشد، در فقه به نظر نمی رسد زیرا، از حیث عمل مورد تعهد در قرارداد، تفاوتی بین عمل مادی و عمل حقوقی وجود ندارد.

### ● نتیجه گفتاریکم:

با در نظر گرفتن مطالب بالا، باید گفت قرارداد تشکیل بیع از جهت فقهی قراردادی معتبر و لازم الاجراء است و در صورت امتناع متعهد، طرف دیگر قرارداد می تواند الزام او را به اجرای مفاد قرارداد مزبور درخواست کند.

### گفتار دوم

## وضعیت قرارداد تشکیل بیع در حقوق مدنی

هر چند انطباق مقررات قانون مدنی با موازین فقهی و عدم مغایرت آنها باهم مورد تأیید مراجع رسمی قرار گرفته است و حکم فقهی مسأله موضوع این مقاله اصولاً باید در حقوق مدنی نیز ثابت باشد، با این وصف، به نظر می رسد که بررسی مسأله، با تکیه بر نصوص خاص قانون مدنی و با در نظر گرفتن رویه قضایی، چهره دیگری را از استدلال و تحلیل حقوقی

۷. شیخ مرتضی انصاری: مکاسب، چاپ سنگی، ص ۲۸۱ به بعد؛ سید میرزا حسن بجنوردی: القواعد الفقهیه، ج ۳/ ص ۲۷۴.

برای اثبات حکم مسأله ارائه می دهد. لذا مطالب این گفتار را در چهار بحث زیر مطالعه می کنیم:

بحث یکم:

وضعیت قرارداد تشکیل بیع در قانون مدنی، از حیث حدود مصادیق عقود معتبر

با وضع ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»، مجالسی برای تردید در اعتبار حقوقی قراردادهایی که دارای الگوی عقود معین نیستند و نیز مخالفتی با موازین قانونی ندارند، باقی نمی ماند.

قراردادی که مورد آن تشکیل عقد بیع مالی - اعم از معین یا غیر معین - است، از یک طرف یکی از اقسام عقود است که قالب هیچ یک از عقود معین را ندارد و از مصادیق عقود است که در ماده ۱۰ ق.م.، به نام قراردادهای خصوصی معرفی شده است، و از طرف دیگر، هیچ مانع قانونی و دلیل حقوقی اعتبار آن را نفی نمی کند. بنابراین، قرارداد مزبور را در صورتی که مخالف مقررات نباشد، باید از حیث شمول قراردادهای معتبر، صحیح و لازم الاتباع دانست.

بحث دوم:

موضوع قرارداد تشکیل بیع

همان طور که سابقاً بیان شد، موضوع قرارداد مورد بحث، یک فعل مثبت حقوقی است که انجام آن مورد تعهد قرار می گیرد.

در ماده ۲۱۴ ق.م. که مقرر می دارد «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می کنند»، نسبت به عمل مورد قرارداد، تفاوتی بین عمل حقوقی مانند انشای عقد یا

ایقاع و عمل مادی مانند احداث ساختمان و حفر چاه وجود ندارد. بنابراین، در صورتی که متعهد از انجام تعهد ناشی از قرارداد مزبور یعنی انشای عقد بیع خودداری کند، متعهدله می تواند الزام او را به انجام تعهد مزبور درخواست نماید.

این توجیه که عمل حقوقی مورد تعهد مخلوق اراده شخص متعهد است و الزام متعهد به خلق ارادی ماهیت حقوقی، معقول نیست، نمی تواند درخور پذیرش باشد؛ زیرا طبق قاعده کلی مستخرج از مواد مربوطه (مواد ۲۲۰ و ۲۲۲ و ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م.) در موارد امتناع متعهد از انجام تعهد — مانند مورد تعهد مادی — نیازی به اراده آزاد او برای انجام عمل مورد تعهد نیست و اراده حاکم در این موارد به جانشینی اراده آزاد متعهد، موجد عمل مورد تعهد خواهد بود.

بحث سوم:

### مطالعه تطبیقی

در حقوق فرانسه، ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی این کشور، برای تعهد مشترک طرفین بر ایجاد بیع، ارزش بیع را می شناسد و مقرر می دارد: «وعدۀ بیع، در صورتی که دو طرف نسبت به شیئی و قیمت آن رضایت مشترک داشته باشند، ارزش بیع دارد...». شناسایی ارزش بیع برای تعهد مشترک طرفین به انشای عقد عجیب می نماید، زیرا در تعهد بر بیع ایجاد بالفعل بیع مورد اراده طرفین نیست بلکه پیدایش تعهد مشترک بر ایجاد آن در آینده مورد نظر ایشان است. تعهد بر بیع را نمی توان یک بیع معلق تلقی کرد، زیرا در تعهد بر بیع اصولاً انشای بیع مورد اراده طرفین نیست تا ماهیت مورد اراده منجز یا معلق باشد بلکه منظور طرفین ایجاد تعهد بر انشای آن در آینده است.

بدیهی است همان طور که نویسندگان حقوق مدنی فرانسه<sup>۸</sup> متذکر

8. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: T.3, N. 17, et s.

شده اند، تعهد یکطرفه بر فروش یا خرید مال با تعهد مشترک طرفین بر بیع متفاوت است. در تعهد یکطرفه یکی از دو طرف تعهد بر فروش یا خرید می کند و طرف دیگر صرفاً این تعهد را می پذیرد بدون اینکه متقابلاً او هم تعهد بر خرید یا فروش بکند.

با مطالعه پاره ای آراء قضایی و بعضی از تألیفات حقوقی، به نظر می رسد که به پیروی از ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی فرانسه که اراده تشکیل قرارداد بر بیع با اراده تشکیل خود بیع در آن مخلوط گردیده، قبول یک طرف نسبت به تعهد فروش یا خرید طرف دیگر با قبول تشکیل عقد بیع یا حتی قبول ایجاب بیع اشتباه شده است، زیرا در بعضی از آراء و نوشته ها تصریح گردیده که تعهد یکطرفه بر فروش، ارزش بیع را به دست نمی آورد مگر اینکه به وسیله خریدار قبول شود.<sup>۹</sup>

قبول خریدار نسبت به تعهد بر فروش طرف دیگر نباید با قبولی که در برابر ایجاب بیع صادر می گردد اشتباه شود. قبول تعهد بر فروش، صرفاً موافقت با تحقق یافتن تعهد یکطرفه فروشنده به سود قبول کننده است، در صورتی که قبولی<sup>۱۰</sup> که در برابر ایجاب فروشنده ابراز می شود، مشارکت در تشکیل بیع است که التزام خریدار را نسبت به اجرای آثار بیع در بر دارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

بحث چهارم:

بررسی مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در مورد تعهد به بیع مال غیر منقول

در این بحث این مسأله بررسی می شود که صرف نظر از اعتبار یا عدم اعتبار عقود ثبت نشده راجع به اموال غیر منقول، آیا مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت شامل قرارداد تشکیل بیع مال غیر منقول نیز می شود یا خیر؟ آیا ثبت قرارداد مزبور نیز مانند ثبت بیع مال غیر منقول، الزامی است یا خیر؟

9. Req. 21 févr. 1910, D.P. 1911, I. 389-civ. 14 nov. 1916, D.P. 1921, I. 30; JULIOT DE LA MORANDIÈRE: T. 2, N. 18.

10. acceptation

با در نظر گرفتن ماهیت قرارداد تشکیل بیع، به نظر می‌رسد که این قرارداد اصولاً خارج از شمول مقررات مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت است<sup>۱۱</sup>، زیرا:

ظاهر این است که منظور قانونگذار از عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک، معاملاتی است که مستقیماً مربوط به عین یا منافع اموال غیرمنقول می‌شود، یعنی موضوع مستقیم آنها اموال مذکور باشد؛ در صورتی که موضوع مستقیم قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول، یک عمل حقوقی است که عبارت از انشای بیع باشد، و مال غیرمنقول، موضوع بیعی است که طرفین متعهد به انشای آن می‌شوند. افزون بر این، از آنجا که مقررات مواد ۴۶ تا ۴۸ ق.ت. و الزامی بودن ثبت اسناد مورد این مواد از مقررات استثنایی است هرگاه در شمول مقررات آنها نسبت به قرارداد تشکیل بیع تردید شود، مقتضای اصل، عدم شمول است.

ممکن است ایراد شود که فلسفه الزامی شدن ثبت اسناد مذکور، یعنی جلوگیری از انجام معاملات معارض، نسبت به اموال غیرمنقول، در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول نیز موجود است و این امر شمول مقررات مواد مذکور را نسبت به این قرارداد نیز ایجاب می‌کند. زیرا ممکن است شخصی بدون تنظیم سند رسمی، قراردادهای متعددی در برابر اشخاص مختلف، نسبت به تشکیل بیع یک مال غیرمنقول منعقد کند و در هر یک از آنها متعهد به انتقال و بیع آن مال به طرفهای متفاوت قراردادها شود. اما این ایراد با توضیح زیر برطرف می‌شود:

علاوه بر اینکه فلسفه وضع مقررات در صورتی که به عنوان علت وضع مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته باشد، نمی‌تواند وجوداً و عدماً ملاک اثبات و نفی این مقررات قرار گیرد تا بتوان مقررات مذکور را به قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول نیز تسری داد، اصولاً فلسفه مزبور را

۱۱. در این خصوص آراء شعبه ۴ دیوان کشور به شماره ۷۶۷-۲۰/۴/۲۹ و شعبه ۸ دیوان کشور به شماره ۷۷۹-۱۲/۵/۲۷ صادر گردیده است.



نمی‌توان در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول، همانند بیع مال غیرمنقول محقق دانست؛ چه اینکه در بیع مال غیرمنقول معمولاً تمام ثمن هنگام بیع به بایع تسلیم می‌شود و انگیزهٔ تحصیل غیرقانونی مال از راه انجام معاملات مکرر نسبت به یک مال، بایع را وسوسه می‌کند، اما در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول، چون هنوز مبیع به خریدار انتقال نمی‌یابد و طرفین صرفاً در برابر یکدیگر تعهد بر انشای بیع می‌کنند، به این جهت در وضع طبیعی و عادی، متعهد به فروش، مالی به دست نمی‌آورد تا این موضوع انگیزهٔ او در عقد قراردادهای متعارض متعدد شود و اگر هم در مواردی مبلغی به عنوان پیش‌پرداخت به بایع تسلیم می‌شود میزان آن محدود و جزئی خواهد بود. به این ترتیب، فلسفهٔ جلوگیری از انجام معاملات متعارض در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول یا اصلاً تحقق ندارد و یا از آنچنان توانی که آزادی اراده در قراردادها را محدود کند برخوردار نیست.



## مبحث اثر حقوقی قرارداد تشکیل بیع

اثر حقوقی این قرارداد را می‌توان از دو جهت بررسی کرد که این امر در دو گفتار زیر انجام می‌شود:

### گفتار نخست

## تأثیر قرارداد تشکیل بیع در ایجاد تعهد

تردید نمی‌توان داشت که قرارداد تشکیل بیع، هریک از طرفین را در برابر طرف دیگر، متعهد به تشکیل بیع می‌کند. در این مورد تفاوتی بین

مبیع معین و غیرمعین، منقول و غیرمنقول وجود ندارد. مثلاً هرگاه شخصی تعهد کند که تا یک سال ماهیانه ده تن پنبه از نوع مشخص به شرکت تولید پارچه بفروشد و شرکت تولید پارچه خرید آن را تعهد کند، طرفین در برابر یکدیگر ملزم به تشکیل بیعهای مزبور در هرماه خواهند بود. زیرا:

بی تردید، قرارداد مزبور یکی از قراردادهای مشمول ماده ۱۰ ق.م. و معتبر است. همچنین مطابق ماده ۲۱۹ ق.م. «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». و نیز طبق مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م. عقد طرفین معامله را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌کند و هرکس تعهد به انجام یا ترک عملی کند، ملزم به انجام آن خواهد بود.

با در نظر گرفتن اطلاق مقررات مزبور، از حیث عملی که انجام یا ترک آن مورد تعهد قرار می‌گیرد، تفاوتی بین عمل مادی مانند طرح آبرسانی یا احداث ساختمان و بین عمل حقوقی مثل انشای بیع یا ایقاع ابراء وجود ندارد و مقررات مزبور موارد اعمال حقوقی را نیز دربر می‌گیرد.

در نتیجه، هرکس تعهد به انجام یک عمل حقوقی و از جمله خرید و فروش مالی کند، ملزم به اجرای تعهد خود و تشکیل بیع خواهد بود. افزون بر اطلاق نصوص بالا، کلمه «عملی» که در ماده ۲۱۴ ق.م. («مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند») به عنوان مورد معامله معرفی گردیده است، با اطلاق خود شامل عمل حقوقی می‌شود.

### گفتار دوم

## تأثیر قرارداد در پیدایش حق عینی

در صورتی که مبیع بیع موضوع قرارداد، عین معین یا کلی در معین باشد، مسأله‌ای که قابل طرح به نظر می‌رسد این است که آیا پس از انشای

قرارداد تشکیل بیع و تعهد با بیع بر فروش مال مذکور، با بیع می تواند این مالکیت عین معین یا مجموعه معین را به طور نافذ به شخص ثالث منتقل کند - مثلاً بفروشد - یا خیر؟

پاسخ این مسأله اساساً بستگی به این دارد که آیا قرارداد تشکیل بیع نوعی حق عینی نسبت به عین معین یا مجموعه معین مذکور، برای طرفی که طبق قرارداد به سود او تعهد بر فروش شده است ایجاد خواهد کرد، یا اینکه اثر قرارداد مذکور مانند قرارداد بر فروش مال کلی صرفاً در عهده شخصی که تعهد بر فروش کرده است منعکس می شود و نتیجه آن فقط پیدایش یک تعهد و حق دینی خالص، بر عهده متعهد، به سود متعهدله است؟ مثلاً هرگاه در قراردادی فروش خانه ای به وسیله مالک آن تعهد شده باشد، آیا برای متعهدله نسبت به این خانه حق عینی به وجود خواهد آمد یا خیر؟ اگر پیدایش نوعی حق عینی برای متعهدله را نسبت به این خانه در اثر قرارداد بپذیریم، هر نوع عقد ناقل عین خانه مذکور یا ناقل حقی از آن را که پس از قرارداد مذکور به وسیله مالک بسته شود و با قرارداد تشکیل بیع به گونه ای تعارض داشته باشد باید غیر نافذ و فاقد اعتبار تلقی کنیم.

گرایش بعضی از آراء قضایی که در مورد معاملات اموال غیر منقول صادر شده بر این است که در موارد مذکور در بالا نتیجه قرارداد مزبور صرفاً پیدایش تعهد به سود متعهدله است و حق عینی برای متعهدله نسبت به مال معین یا مجموعه معین که فروش قسمتی از آن تعهد گردیده است، ایجاد نخواهد شد. بر این نظر، رأی اصراری صادر شده است.<sup>۱۲</sup>

تا آنجا که بررسی شد در کتب فقهی سابقه ای از بحث در موارد قرارداد و تعهد بر انشای بیع یا عقد دیگر به نظر نرسید، اما مسأله تشکیل عقد به وسیله خریدار نسبت به میبعی که وقف آن ضمن بیع بر خریدار شرط شده، در برخی از تألیفات فقهی مطرح و مورد اظهار نظرهای متفاوت واقع شده است. به نظر عده ای از فقها در صورتی که عقد تشکیل شده به وسیله

۱۲. رأی اصراری شماره ۲۸۷-۸/۳/۴۵ ص ۲۰۱، مجموعه رویه قضایی کیهان، سال ۴۵.

خریدار با انجام شرط ضمن بیع سازش نداشته باشد، با بیع مشروط له می تواند عقد انشاء شده بین خریدار و ثالث را فسخ، و خریدار مشروط علیه را به انجام شرط ملزم کند.<sup>۱۳</sup> منظور از فسخ مذکور، منحل ساختن عقد نافذ یا غیرنافذ اعم از رد و فسخ به معنی اخص است؛ زیرا پس از ذکر امکان فسخ عقد به وسیله مشروط له این مسأله مطرح شده که در اینجا آیا عقد از زمان فسخ منحل می شود یا از ابتدا؟ که معلوم است انحلال عقد از ابتدا اثر رد عقد غیر نافذ است نه فسخ آن در معنی اخص. اما برخی دیگر چنین عقده را به دلیل ثبوت حقی برای مشروط له نسبت به مبیع، باطل دانسته اند.<sup>۱۴</sup>

در حقوق فرانسه، ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی این کشور، وعده بیع را در صورتی که طرفین نسبت به مبیع و ثمن توافق کرده باشند، نوعی بیع تلقی کرده است. در عین حال، مطابق رویه قضایی، در صورتی که طرفین بر عدم تحقق بیع در زمان وعده مزبور توافق کرده باشند یا تشکیل بیع را معلق بر امری کرده باشند، بیع با وعده مزبور بر تشکیل آن تحقق نخواهد یافت، مانند اینکه قراردادی بر تشکیل بیع مقدار معینی زغال سنگ در هر ماه ظرف مدت پنج سال بین تولید کننده و خریدار منعقد شود، که در این صورت عقد بیع فقط در هر ماه هنگام تسلیم زغال منعقد خواهد شد نه زمان قرارداد یا وعده تشکیل بیع.<sup>۱۵</sup>

ماده ۱۵۸۹ در حقوق فرانسه، ناظر به تعهد یکطرفه بیع نیست؛ یعنی تعهدی که به موجب آن یک طرف مانند با بیع تعهد بر فروش مالی می کند و طرف دیگر، این تعهد را می پذیرد بدون اینکه متقابلاً تعهد بر خرید مال بکند. چنین تعهدی بیع نیست ولی معتبر و لازم الوفاء است و متعهد له می تواند متعهد را به انجام تعهد یکطرفه اش ملزم کند.<sup>۱۶</sup> طبق رویه قضایی هرگاه پس از این تعهد، متعهد مالی را که بیع آن را تعهد کرده است بفروشد

۱۳. شیخ مرتضی انصاری: مکاسب، چاپ سنگی، ص ۲۸۴.

۱۴. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی: القواعد الفقهیه، ج ۳/ ص ۲۷۵.

15. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: T.3. N. 21

۱۶. همان، شماره ۱۷.

و ثالث نیز آن را به شخص دیگری که دارای حسن نیت بوده است بفروشد، متعهدله نمی تواند ابطال بیع ثالث را به شخص اخیر درخواست کند.<sup>۱۷</sup> به نظر می رسد که بیع تلقی کردن قرارداد تشکیل بیع، یعنی تعهد متقابل طرفین به تشکیل آن که در ماده ۱۵۸۹ ق.م. فرانسه انعکاس یافته است، با اراده طرفین منطبق نباشد. زیرا فرض این است که طرفین تشکیل بیع را در آینده مورد قرارداد و تعهد متقابل قرار داده اند، نه در زمان قرارداد مزبور.

مناسب است خاطر نشان شود که در حقوق فرانسه برای تشکیل بیع مال غیر منقول تنظیم سند رسمی ضروری نیست و بیع بدون تنظیم سند یا با تنظیم سند عادی نیز بین طرفین دارای اعتبار است و انتقال مالکیت مورد معامله عین معین، بلافاصله با ابراز اراده طرفین بین ایشان محقق می گردد، مگر اینکه طرفین برخلاف این وضعیت توافق کنند. ولی بیع مزبور در صورتی که ثبت و سپس منتشر نشود، قابل استناد در برابر اشخاص ثالث نخواهد بود.<sup>۱۸</sup>

در حقوق مثبت ایران، با بررسی مقررات و در نظر گرفتن قواعد حقوقی، به نظر می رسد که پیدایش حق عینی برای شخصی که فروش مال معینی به سود او در قرارداد تعهد شده از پشته استدلالی و تحلیلی قوی تری برخوردار است. در نتیجه، متعهد نمی تواند بدون اذن متعهدله، نسبت به مال معین مزبور، عملی حقوقی انجام دهد که با انجام تعهد او ناسازگار باشد، و در صورت انجام چنین عملی، این عمل حقوقی را باید به دلیل نادیده گرفتن حق متعهدله، غیرنافذ دانست. زیرا:

۱. همان طور که قبلاً بیان شد، طبق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ ق.م. اجرای عقود که طبق قانون واقع شده باشد لازم است، و قرارداد تشکیل بیع نیز یکی از این عقود محسوب می شود و معنی لازم الاجراء بودن عقد، ثبوت تعهد و تکلیف قانونی نسبت به اجرای عقد بر ذمه متعهد است که چون

17. Civ. 13 nov. 1929, D.P. 1929, I. 131

18. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: T.2, N. 241 à 247 et T.3, N.2, 28, 30 et 897.

موضوع تعهد و تکلیف مزبور، مال معین و یا در حقیقت تملیک آن مال معین به طرف دیگر است، پس آنچه به طور متقابل به سود متعهدله ثابت می شود، یک حق دینی خالص نیست بلکه حقی است که ارتباط به مال معین مزبور دارد و این حق مرتبط به مال معین، نوعی حق عینی است که طبق آن متعهدله می تواند متعهد را به فروش آن مال به خود ملزم کند.

۲. با در نظر گرفتن اینکه، هر چند مقررات قانون مدنی از فقه امامیه اقتباس شده است اما از آنجا که منحصرأ برای تنظیم روابط مالی و معاملاتی افراد جامعه وضع گردیده، بی تردید این مقررات صرفاً متضمن بیان آثار وضعی قراردادهای نظیر صحت، بطلان، اعتبار، ثبوت تعهد و ثبوت حق است و هرگز بیان آثار تکلیفی را برای قراردادهای مثل وجوب و حرمت در بر ندارد؛ بدین جهت هنگامی که قانون اجرای قرارداد را لازم اعلام می کند این لزوم فقط یک لزوم وضعی است نه لزوم تکلیفی و نه لزوم وضعی و تکلیفی باهم، و معنای لزوم وضعی نیز در درجه اول و پیش از اینکه ثبوت مسؤلیت به جبران خسارت تخلف از انجام تعهد بر عهده متعهد متخلف باشد، ضرورت اجرای آن به صورت مستقیم به وسیله متعهد یا به وسیله متعهدله یا شخصی دیگر (طبق ماده ۲۲۲ ق.م. یا بالحاظ وحدت ملاک، مطابق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م.) خواهد بود. بنابراین، در مفهوم لزوم مزبور، حکم تکلیفی وجوب مستتر نیست تا فراهم شدن سبب کیفر اخروی در صورت عدم انجام تکلیف مذکور را بتوان به عنوان ضمانت اجرای حکم لزوم اجرای عقد معرفی کرد و بدین وسیله حکم لزوم اجرا را برای تعهد و عقد توجیه نمود.

به این ترتیب، با تحلیل مفهوم حکم وضعی لازم الاجراء بودن عقد، به این نتیجه می رسیم که متعهد نمی تواند با انجام عمل حقوقی، انجام تعهد مربوط به عین معین را غیرممکن سازد؛ یعنی اثر لازم الاجراء بودن عقد و تعهد مربوط به مال معین، مجاز نبودن اعمال مادی موجب زوال موضوع تعهد و نیز بی اعتباری اعمال حقوقی است که با انجام تعهد مذکور، منافات داشته باشد. مثلاً شخصی که فروش مال معینی را در قراردادی در برابر

دیگری تعهد کرده است، نمی تواند آن مال را به ثالث انتقال دهد و در صورت انشای این عقد موجب انتقال، عقد مزبور به لحاظ تصرف در حق عینی متعهدله غیرنافذ است. زیرا از یک طرف برخلاف مورد عبارات که در آن اقتضای امر به شیئی نسبت به نهی از ضد آن مورد بحث و اختلاف است، در معاملات بی تردید از حکم وضعی لزوم اجرای تعهد، می توان عرفاً بی اعتباری عمل حقوقی ناسازگار با اجرای تعهد را استنباط کرد، چه اینکه عرفاً نمی توان پذیرفت در عین حال که اجرای تعهدی مانند فروش مال معینی به متعهدله قانوناً لازم باشد، انتقال آن مال به ثالث و منتفی کردن زمینه اجرای تعهد مزبور، به وسیله شخص متعهد نیز معتبر و قانوناً ممکن باشد، و از طرف دیگر، غیر نافذ بودن عقد، منحصر به مواردی که عین یا منفعت مال متعلق به غیر بدون اذن او مورد معامله قرار گیرد نیست بلکه اگر مالی که موضوع حق شخصی است (مانند مورد رهن که موضوع حق مرتهن می باشد) به وسیله عقدی، بدون اذن صاحب حق و بدون رعایت حق او به ثالث انتقال پیدا کند، عقد مزبور نیز غیر نافذ است.<sup>۱۹</sup>

۳. مقررات مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۷۲ قانون ثبت نیز دلالت بر بی اعتباری قرارداد ثبت نشده و انجام فروش مال غیرمنقول و عدم پیدایش حق عینی برای متعهدله نسبت به مال مزبور ندارد. زیرا صرف نظر از بحث در مورد صحت و بطلان فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی با تکیه بر ظهور عبارات، به نظر می رسد که مقررات مذکور در بالا راجع به معاملات است که موضوع آنها به طور مستقیم، مال غیرمنقول باشد، مانند بیع مال غیرمنقول نه هر معامله ای که به گونه ای مرتبط به مال غیرمنقول باشد. بنابراین، قراردادی که موضوع مستقیم آن بیع مال غیرمنقول باشد نه خود مال غیرمنقول، مشمول مقررات بالا نخواهد بود. افزون بر این، هرگاه در مشمول مقررات یاد شده نسبت به قرارداد تشکیل بیع تردید شود، اصل، عدم مشمول خواهد بود.

۱۹. شیخ محمدحسن نجفی: جواهرالکلام، کتاب رهن، فصل ششم در لواحق، مقصد اول.

### ● نتیجهٔ مبحث دوم:

از آنچه در این مبحث آمد استنتاج می‌شود که در اثر قرارداد تشکیل بیع، گونه‌ای حق عینی برای خریدار نسبت به مبیع معین به وجود می‌آید، همچنانکه اگر ثمن معامله نیز معین باشد حق عینی مشابهی برای بایع نسبت به ثمن مزبور تحقق پیدا خواهد کرد. بدیهی است این حق عینی، حق مالکیت نیست بلکه حقی است که طبق آن متعهدله قرارداد می‌تواند طرف دیگر را به بیع مال معین مذکور ملزم کند و نیز هر نوع معامله‌ای که با انجام این تعهد ناسازگار باشد، به لحاظ تجاوز به حق ثابت شدهٔ متعهدله، غیر نافذ است که متعهدله می‌تواند آن را رد کرده و اجرای تعهد را از متعهد درخواست نماید.

در نتیجه، این توجیه که با تحقق قرارداد تشکیل بیع و تعهد بر فروش، مالکیت مالی که بیع آن تعهد شده به متعهدله انتقال نیافته است، پس هر نوع تصرف متعهد در مال مزبور و از جمله فروش آن و تصرف در ملک خود معتبر می‌باشد و در صورت فروش آن به ثالث، متعهد فقط مرتکب نقض تعهد خود در برابر متعهدله گردیده است، صحیح و قابل قبول نیست. زیرا همان‌طور که بیان شد ارتباط تعهد مزبور با مال معین، تعهد مزبور را از اطلاق خارج کرده و آن را مقید به موضوع مشخص می‌سازد و این تعهد مقید، در جهت متعهدله، همان حق عینی است که وجود آن، اعتبار هر نوع تصرف متضاد در مال معین مزبور را نفی می‌کند.



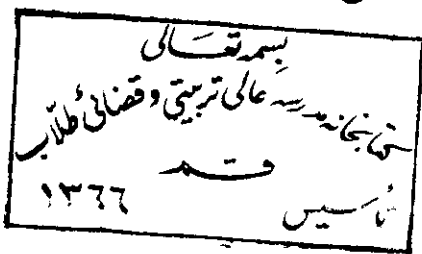
مبحث

### مسائل

در این گفتار، طرح مسائل زیر مربوط به تعهد و معاملهٔ اموال



غیرمنقول و بررسی آن برای روشن شدن جهات گوناگون موضوع مزبور مفید  
به نظر می رسد.



مسأله ۱:

تعهد بر فروش مال غیرمنقول و فروش آن به ثالث

— در قراردادی که در یک سند عادی انعکاس دارد، فروش مال غیر منقولی به وسیله مالک به طرف دیگر قرارداد تعهد شده و نیز همین مال به وسیله مالک طبق سند رسمی به ثالث فروخته شده است. هر یک از دو معامله چه وضعیتی دارد؟

● پاسخ:

این مسأله را باید در فروض مختلف مورد بررسی قرارداد:  
فرض ۱. تاریخ فروش مال، مقدم بر تاریخ تعهد بر فروش آن است. در این فرض، روشن است که تعهد مورد سند عادی نسبت به مال غیرمنقول مذکور اعتبار ندارد و متعهدله نمی تواند متعهدرا ملزم به انجام تعهد کند. زیرا فرض این است که مال مزبور قبلاً به ثالث فروخته شده و متعهد در آن مالکیت نداشته است تا بتواند به طور نافذ انتقال آن را مورد تعهد قرار دهد.

فرض ۲. تاریخ تعهد بر فروش مال غیر منقول مقدم بر تاریخ فروش آن باشد. پیش از بررسی فرض مذکور باید به بیان مطلب زیر پردازیم:  
می دانیم که طبق ماده ۱۳۰۵ ق.م. تاریخ سند عادی منحصرأ نسبت به اشخاصی که آن را تنظیم کرده اند و قائم مقام ایشان معتبر است و نسبت به اشخاص ثالث اعتبار ندارد. بدین جهت، هرگاه مندرجات سند عادی دارای تاریخ مقدم با مندرجات سند رسمی که دارای تاریخ مؤخر است تعارض داشته باشد، نمی توان به منظور بی اثر ساختن مفاد سند رسمی، به مندرجات سند عادی در برابر اشخاص ثالث استناد کرد. زیرا

برای استناد به مفاد سند عادی و استدلال به اعتبار آن، از جهت مقدم بودن تحقق آن، ناگزیر باید به تاریخ آن تکیه کرد؛ در صورتی که طبق ماده مذکور، این تاریخ نمی تواند در برابر اشخاص ثالث مورد استناد قرار گیرد. در نتیجه، غیرقابل استناد بودن تاریخ، مفاد سند عادی را در مقام تعارض با مفاد سند رسمی در برابر اشخاص ثالث از اعتبار می اندازد. این وضعیت نشان می دهد که در نظر نویسندگان قانون مدنی، مفاد سند عادی به خودی خود، فاقد اعتبار نبوده است بلکه از جهت اثری که بر ارتباط مفاد سند مذکور با تاریخ مندرج در آن مترتب است، بی اعتبار می باشد. بنابراین، هرگاه صحت تاریخ سند مندرج در سند عادی با دلیل دیگری (غیر از درج آن در سند مذکور) ثابت شود، و این تاریخ مقدم بر تاریخ مندرجات سند رسمی باشد، اصولاً مفاد سند عادی مذکور بر محتویات سند رسمی، در مقام تعارض، مقدم خواهد بود. زیرا آنچه در نظر نویسندگان قانون مدنی از مفاد سند عادی مورد سوءظن قرار گرفته تاریخ مندرج در سند عادی است که چون در تنظیم سند عادی، اشخاص عادی و غیررسمی شرکت می کنند، می توانند به دلخواه برای سند مذکور تاریخی غیرحقیقی در نظر گرفته و آن را در سند درج کنند و در نتیجه مفاد سند عادی را از حیث ارتباط آن با تاریخ مندرج در آن مورد سوءاستفاده قرار دهند، و الا مفاد سند عادی به خودی خود و صرفاً به لحاظ اینکه در سند عادی درج شده است نمی تواند فاقد اعتبار باشد.

پس از بیان مطلب بالا، در خصوص فرض مورد بحث، باید بگوییم: از جهت اثباتی، اگر صحت تاریخ سند عادی ثابت نشود، مفاد آن نمی تواند در برابر مندرجات سند رسمی مورد استناد قرار گیرد، و همان طور که گفته شد این وضعیت به این جهت نیست که مفاد سند عادی از حیث اینکه مفاد سند عادی است در برابر سند رسمی بی اعتبار است بلکه به این دلیل است که چون تاریخ آن در برابر شخص ثالث قابل استناد نیست، نمی توان تحقق مفاد آن را نسبت به زمان انشای مفاد سند رسمی، مقدم یا حتی همزمان تلقی کرد، که نتیجه این امر، سقوط قابلیت تعارض مفاد سند

عادی با مفاد سند رسمی و اعتبار سند رسمی است. اما اگر صحت تاریخ سند عادی اثبات گردد، طبق آنچه سابقاً بررسی شد، پیدایش یک حق عینی برای متعهدله نسبت به مال غیر منقول مذکور، مانع از تشکیل بعدی بیع معتبر نسبت به این مال است، هر چند که حق عینی مذکور حق مالکیت نیست. موردی که به عنوان مثال برای این مسأله می توان ذکر کرد این است که متعهدله به استناد سند عادی حاکی از تعهد به فروش مال غیر منقول، به طرح دعوی الزام متعهد به انجام تعهد مبادرت کند، سپس متعهد، مال غیر منقول مذکور را رسماً به ثالث بفروشد. بیع مزبور از حیث تعارض با حق عینی متعهدله قبلی نمی تواند نافذ باشد.

**فرض ۳.** تاریخ تعهد بر فروش مال غیر منقول، مجهول باشد. بنا بر آنچه در فرض ۲ گذشت به طریق اولی نمی توان به مفاد سند عادی در برابر بیع مال غیر منقول مذکور استناد کرد.

مسأله ۲:

بیع مال غیر منقول و نیز تعهد به تنظیم سند رسمی بیع در سند عادی

— در یک سند عادی، بیع مال غیر منقول و نیز تعهد فروشنده و خریدار به تنظیم سند رسمی بیع مذکور، انعکاس دارد. اگر بیع مذکور را از جهت عدم تنظیم سند رسمی بی اعتبار بدانیم، آیا هریک از طرفین می تواند طرف دیگر را ملزم به تنظیم سند رسمی بیع کند؟

● پاسخ:

ممکن است بدواً به نظر برسد که در فرض مسأله منظور طرفین از مجموع مفاد سند عادی مذکور، وقوع بیع مال غیر منقول و انتقال مالکیت آن از فروشنده به خریدار در برابر ثمن معلوم و ثبت رسمی این بیع است و اگر بیع در زمان تنظیم و امضای سند عادی تشکیل نیابد باید در زمان تنظیم سند رسمی واقع گردد. پس اگر هم تشکیل بیع را در زمان امضای سند عادی

انکار کنیم، مانعی برای قبول وجود تعهد بر تشکیل بعدی بیع و الزام طرف قرارداد به تنظیم و امضای سند رسمی بیع و الزام او به انشای بیع در این زمان وجود ندارد.

اما به کمک تحلیلی که از مفاد سند عادی مذکور می‌توان به عمل آورد، به نظر می‌رسد که الزام طرف قرارداد در فرض بطلان بیع، ممکن نباشد. زیرا ظاهر این است که در مورد مسأله، مقصود طرفین تشکیل بیع در زمان تنظیم سند عادی و سپس درج این عقد در سند رسمی است. یعنی آنچه مورد تعهد قرار گرفته صرفاً امضای سند رسمی حاکی از وقوع بیع مال غیرمنقول به اعتبار اعتقاد ایشان به تشکیل قبلی بیع است، نه انشای مجدد بیع در زمان امضای سند رسمی، و معلوم است که با کشف بطلان بیع تعهد مزبور هم منتفی خواهد بود؛ همچنانکه اگر ضمن بیع مال منقول، با بیع متعهد به حمل مبیع به مکان معینی و تسلیم آن به خریدار در این مکان شود و سپس معلوم گردد بیع به جهتی بی اعتبار بوده است، کشف می‌گردد که تعهد بر حمل و تسلیم آن در مکان معینی نیز قانوناً بر ذمه بایع قرار نگرفته است. به عبارت دیگر، در مورد فرض مسأله ظاهر این است که در اراده طرفین تعهد هریک از ایشان به امضای سند رسمی بیع، متفرع بر تشکیل بیع مال غیرمنقول در زمان امضای سند عادی است نه مستقل از آن.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مسأله ۳:

تعهد بر تنظیم سند رسمی بیع مال غیرمنقول در سند عادی

در صورتی که سند عادی صرفاً حکایت از تعهد طرفین بر تنظیم سند رسمی بیع مال غیرمنقول داشته باشد و نامی از تعهد بر بیع مال مزبور در آن نباشد، به نظر می‌رسد که می‌توان متعهد را ملزم به انشای بیع و نیز تنظیم و امضای سند رسمی بیع مذکور ساخت. زیرا از یک طرف عرفاً تعهد به تنظیم سند رسمی بیع بدون تشکیل بیع قابل توجیه نیست، و از طرف دیگر چون اصل صحت و اعتبار تعهد بر تنظیم سند رسمی است پس

اعتبار این تعهد مستلزم وجود تعهد بر انشای بیع خواهد بود. در نتیجه، از اراده طرفین به تحقق تعهد بر تنظیم سند رسمی بیع مال غیرمنقول، می توان به اراده ایشان بر انشای بیع مال غیرمنقول پی برد.

مسأله ۴:

تعیین وجه التزام برای تخلف

— معمول است که در قرارداد تشکیل بیع قید می شود که در صورت امتناع هریک از طرفین از انجام تعهد و تشکیل بیع، طرف ممتنع متعهد است مبلغ معلومی به طرف دیگر بپردازد. می خواهیم وضعیت این قرارداد و روابط طرفین را در آن بررسی کنیم.

● پاسخ:

در بررسی این مسأله فروض متفاوتی که هریک از آنها حکم جداگانه ای دارد، قابل تصور است. غالباً با تکیه بر عبارات یک قرارداد و با توجه به قرائن و شواهد موجود، می توان مورد اراده مشترک طرفین را تشخیص داد، اما در مواردی نیز قصد مشترک ایشان از کلمات قرارداد و یا قرائن مزبور قابل استنباط نیست.

آراء قضایی در برخورد با این گونه قراردادها قرار ثابت و واحدی ندارند. برخی از این آراء، در صورت امتناع متعهد از انجام معامله، برای طرف دیگر قرارداد راهی جز درخواست وجه التزام مقرر نشناخته و او را ذی حق در الزام طرف ممتنع به تشکیل عقد ندانسته است<sup>۲۰</sup>؛ در حالی که برخی دیگر از آراء درج ضمانت اجرای عدم انجام تعهد را سبب سلب حق متعهدله نسبت به الزام متعهد به انجام تعهد ندانسته بلکه آن را شرطی به سود

۲۰. شعبه ۶ دیوان کشور، رأی شماره ۲۹۰۷-۲۱/۹/۱۵؛ شعبه ۲۵ دیوان کشور، رأی شماره

۴۹۵/۲۳-۶۴/۱۱/۳؛ شعبه ۱۶ دادگاه حقوقی یک تهران، رأی شماره

۶۸/۱۰/۲۷-۳۲۳/۳۲۲/۳۲۱.

متعهدله تلقی کرده است که در صورت عدم امکان اجرای تعهد بتواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغ مقرر به عنوان ضمانت اجرا کند و در صورت امکان اجرای تعهد، متعهدله حق درخواست اجرای تعهد را خواهد داشت.<sup>۲۱</sup>

ظاهر عبارات این آراء انصراف به بیان استنباط حکم کلی برای همه مواردی دارد که در آن وجه التزامی برای عدم انجام تعهد یا امتناع متعهد از انجام تعهد، برعهده متعهد قرار داده شده است و اختصاص به دعوی مطروح و بالحاظ شرایط و خصوصیات آن دعوی ندارد.

با توجه به اینکه مدار اصلی در استنباط وضعیت و احکام قرارداد اراده مشترک طرفین آن قرارداد است، و مقصود مشترک طرفین در هر قرارداد متفاوت است، از این جهت نمی توان احکام واحدی را به این گونه قراردادها نسبت داد و در هر مورد اراده مشترک طرفین را باید از قرائن و شواهد کشف کرد و ضمن تطبیق آن با مقررات، وضعیت و احکام آن قرارداد را استنباط نمود و در مواردی هم که قصد مشترک طرفین نسبت به چگونگی تأثیر و ارتباط وجه التزام مقرر با موضوع اصلی تعهد مبهم باشد، آن وضعیت و احکام با به کار گرفتن قواعد و اصول حقوقی استخراج می گردد. به جهات یاد شده در بالا، لازم است که مسأله را در فرضهای زیر که ممکن است از عبارات قرارداد استنباط شود، مطالعه کنیم:

**فرض ۱.** وجه التزام صرفاً برای تأخیر در انجام تعهد است.

در این فرض آشکار است که در صورت تخلف، علاوه بر الزام متخلف به پرداخت وجه التزام مزبور، الزام او به اجرای تعهد نیز برای متعهدله ممکن است.<sup>۱۲</sup> عبارات قرارداد گاهی در این امر صراحت دارد مانند اینکه در قرارداد تصریح شود «در صورت خودداری متعهد از انجام تعهد — یعنی مثلاً فروش مورد قرارداد — برای هر روز تأخیر یکصد هزار ریال بپردازد». در برخی موارد عبارات قرارداد در این موضوع صریح نیست ولی

۲۱. هیأت عمومی دیوان کشور، رأی اصراری شماره ۹۶-۷/۹/۶۸.

۲۲. ماده ۳۹ آییننامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی، مصوب سال ۵۵.

این وضعیت را می‌توان با تکیه بر ظاهر عبارات و یا به کمک قرائن به اراده مشترک طرفین نسبت داد، مانند اینکه در قرارداد ذکر شود: «در صورت عدم انجام تعهد در زمان مقرر متعهد موظف است یک میلیون ریال به طرف دیگر قرارداد بپردازد»، که در این عبارت، قید «در زمان مقرر» عبارات قرارداد را ظاهر در این معنی می‌کند که جمع بین درخواست اجرای تعهد اصلی و پرداخت وجه التزام مذکور، برای متعهدله ممکن است.

فرض ۲. وجه التزام در برابر عدم انجام تعهد بوده و با تخلف متعهد، متعهدله حق انتخاب دارد.

در این فرض، تشکیل قرارداد بیع، مورد تعهد است ولی قصد مشترک طرفین بر این است که پس از امتناع متعهد از انجام تعهد در زمان مقرر در قرارداد یا عرف، متعهدله هریک از اجرای تعهد اصلی و یا پرداخت وجه التزام را می‌تواند از متعهد درخواست کند، مانند اینکه در قرارداد ذکر شود: «در صورت خودداری متعهد از فروش مورد قرارداد، متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم سازد که به جای تشکیل معامله، مبلغ یک میلیون ریال بپردازد». در این فرض، ظاهر این است که در نتیجه خودداری متعهد از انجام تعهد، متعهدله حق انتخاب اجرای تعهد - یعنی فروش مال مورد قرارداد - یا دریافت وجه التزام را پیدا می‌کند.

درج وجه التزام بدین گونه در قرارداد، به هدف تأمین بیشتر اطمینان برای اجرای قرارداد در زمان مقرر است که حق مطالبه وجه التزام مقرر را در اختیار متعهدله قرار می‌دهد، بی‌آنکه امکان درخواست اجرای اصل تعهد را از او سلب کند. این قرارداد از نظر حقوقی، مشمول ماده ۱۰ ق.م. و معتبر به نظر می‌رسد.

فرض ۳. وجه التزام در برابر عدم انجام تعهد است و متعهد حق انتخاب دارد.

در این فرض، مقصود مشترک طرفین این است که متعهد ملزم است یکی از دو امر را انتخاب کند: فروش مال مورد قرارداد، یا پرداخت مبلغ وجه التزام. مانند اینکه در قراردادی توافق شود: «هرگاه متعهد نخواهد مال مورد

قرارداد را بفروشد، ملزم است مبلغ یک میلیون ریال به متعهدله بپردازد».

این گونه قرارداد، برخلاف قرارداد مذکور در فرض ۲، از جهت اینکه حق انتخاب بین اجرای تعهد — یعنی مثلاً فروش مال — و پرداخت وجه التزام را در اختیار خود متعهد قرار می دهد، نامعتبر به نظر می رسد. زیرا فرض این است که مورد تعهد متعهد از بدو تشکیل قرارداد، در حقیقت معین نبوده و مردد بین یکی از دو امر بوده است: اجرای عمل مورد تعهد یا پرداخت مبلغ معین، و چنین تعهدی فاقد شرط صحت مذکور در بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. — یعنی معین بودن مورد معامله — است؛ چون شرایط اساسی صحت معامله که در ماده ۱۹۰ و مواد بعدی مقرر شده اختصاص به عقود معین ندارد و اجتماع آنها در قراردادهای مشمول ماده ۱۰ ق.م. نیز ضروری است، مگر اینکه چنین توجیه کنیم که مورد این قرارداد در حقیقت تعهد هریک از دو طرف در برابر طرف دیگر یعنی تعهد فروشنده مثلاً به فروش مال یا پرداخت مبلغ یک میلیون ریال و تعهد خریدار به خرید آن مال و پرداخت ثمن مقرر است نه فروش مال یا پرداخت مبلغ یک میلیون ریال. به این ترتیب هر دو مورد قرارداد معین است و تردید مربوط به مورد تعهد است نه مورد قرارداد و معامله، و آنچه به عنوان شرط در بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م.، مقرر شده معین بودن موضوع معامله است نه معین بودن موضوع تعهدی که خود این تعهد مورد قرارداد است.

● تفکیک قرارداد فرض سوم از قراردادی که ضمن آن شرط پرداخت مبلغ معین در صورت اعمال حق فسخ درج می شود:

لازم است در اینجا قرارداد فرض سوم از قراردادی که در ضمن آن برای متعهد حق فسخ در مدت معلوم با پرداخت مبلغ معین شرط می شود، تفکیک گردد. قرارداد فرض سوم در یک طرف دارای دو موضوع به صورت مردد است که متعهد می تواند یکی از آن دو را انتخاب و ایفا کند: اجرای عمل مورد تعهد یا پرداخت مبلغ وجه التزام، که با ایفای هریک از آن دو به



میل خود تعهد قراردادی خویش را اجرا می‌کند؛ در صورتی که قرارداد حاوی شرط حق فسخ با پرداخت مبلغ معین، در طرف متعهد فقط یک موضوع دارد و پرداخت مبلغ معین، مورد قرارداد یا تعهد قراردادی نیست بلکه موردی است که در صورت انحلال قرارداد، برعهده متعهد ثابت می‌گردد، و این دو قرارداد از حیث آثار حقوقی متفاوت هستند.

ماده ۳۹ آییننامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء مصوب سال ۱۳۵۵ که مقرر می‌دارد: «هرگاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نمی‌باشد، ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد، متعهدله فقط می‌تواند یکی از آندو را مطالبه کند»، دلالت بر اعتبار قرارداد فرض ۳ ندارد. زیرا همان‌طور که آشکار است با توجه به عبارت «متعهدله فقط می‌تواند یکی از آندو را مطالبه کند»، مورد این ماده قراردادی است که در فرض دوم بررسی گردید، یعنی قراردادی که انتخاب وجه التزام مقرر در برابر عدم انجام تعهد و یا اجرای تعهد در اختیار متعهدله است نه در اختیار متعهد.

فرض ۴. نه از عبارات قرارداد و نه از قرائن، قصد مشترک طرفین بر یکی از فرضهای سه‌گانه مذکور در بالا استنباط نشود.

این فرض در بیشتر قراردادهای تعهد بر فروش و خرید که بین اشخاص فاقد آگاهی کافی نسبت به موازین حقوقی منعقد می‌گردد، دیده می‌شود. مثلاً در قرارداد، خریدار ده میلیون ریال به عنوان بیعانه به فروشنده می‌دهد و مقرر می‌شود: «در صورتی که فروشنده از انجام معامله خودداری کند موظف است علاوه بر رد مبلغ ده میلیون ریال بیعانه معادل همین مبلغ به خریدار بپردازد، و هرگاه خریدار از انجام معامله امتناع ورزد حق استرداد بیعانه را ندارد» و هیچ قرینه‌ای که اراده مشترک طرفین را نشان دهد، وجود ندارد.

در برخورد با این گونه قراردادهای، حکم مسأله را باید به کمک قواعد و اصول استخراج کرد. اگر مفهوم قراردادی مورد بین موارد فرضهای سه‌گانه مذکور در بالا باشد، نخست باید مورد فرض ۳ — یعنی قرار گرفتن وجه التزام

در برابر عدم انجام تعهد با حق انتخاب متعهد— را منتفی دانست؛ زیرا سابقاً بیان شد که اعتبار این گونه قرارداد به دلیل مردد بودن مورد، قابل انکار است و مطابق اصل صحت، هرگاه مفاد قراردادی محتمل بین نوع صحیح و نوع فاسد آن باشد، قرارداد را باید حمل به مفادی کرد که از جهت حقوقی دارای اعتبار است.

سپس در بین دو فرض اول و دوم باید قرارداد را محمول بر فرض دوم— یعنی قراردادن وجه التزام در برابر عدم انجام تعهد و اختیار متعهدله (پس از تخلف متعهد) در مطالبه اجرای تعهد اصلی یا مبلغ وجه التزام— دانست؛ زیرا مورد فرض اول یعنی استحقاق متعهدله در جمع بین مطالبه اجرای تعهد اصلی و درخواست پرداخت وجه التزام مقرر، مخالف اصل برائتی است که به سود متعهد می تواند جریان داشته باشد، چه اینکه اگر امر بین تکلیف متعهد به انجام عمل مورد تعهد و پرداخت وجه التزام و بین وظیفه او نسبت به یکی از این دو موضوع دایر باشد، ثبوت تکلیف نخست نسبت به متعهد، زیانبارتر است.

استصحاب بقای تعهد موجب رجحان مورد فرض نخست نمی شود، زیرا به دلیل تعلق داشتن اختیار انتخاب به متعهدله، در فرض دوم نیز مانند فرض نخست تعهد اصلی باقی است، منتها متعهدله می تواند از آن صرف نظر کرده و پرداخت وجه التزام را درخواست کند. در صورتی که مورد فرض سوم را با توجیهی که در جهت اعتبار قرارداد در این فرض به عمل آوردیم، معتبر تلقی کنیم و از عبارات قرارداد و قرائن، هیچ یک از فرضهای اول تا سوم استنباط نشود، طبق اصل برائت یا اصل عدم، قرارداد را باید حمل بر مورد فرض سوم دانست. زیرا فرض این است که در این مورد، تعهد متعهد نسبت به انجام عمل به صورت معین، از ابتدای تشکیل قرارداد مشکوک است و اصل عدم یا اصل برائت اقتضا می کند که متعهد را مختار در یکی از دو امر بشناسیم و او را موظف به خصوص انجام عمل مورد تعهد به صورت انحصاری ندانیم.