

## صحت معامله با حسن نیت در تعارض با شرط منع عمل حقوقی

جلال سلطان احمدی\*    ابراهیم تقی زاده\*\*    راضیه تقی زادگان\*\*\*

### چکیده

توافق یا شرطی که بر اساس آن مشروط علیه نسبت به مال یا تعهدی از انجام عمل حقوقی مخالف و معارض ممنوع می‌شود مانند شرط عدم رقابت بین کارفرما و مستخدم یا شرط عدم فروش یا اجاره مال معین شرط ترک فعل حقوقی نام دارد. مسئله این تحقیق شناسایی تأثیر این نهی و منع مشروط و حکم عمل حقوقی معارض با شرط است. صراحت به بطلان معامله معارض با شرط مندرج در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی متضمن قاعده‌ای عام در این زمینه نیست. در نظریات حقوقی راجع به شروطی که مورد آن مال است گاه بدون تفکیک بین وجود یا عدم حق عینی مشروط علیه بر مال نظریات متعارضی بیان شده است؛ در عقود عهدی راهکار مناسبی بیان نشده است. این پژوهش با تفکیک عمل حقوقی معارض به عمل توأم با حسن نیت شخص ثالث و عمل توأم با سوءنیت وی، درصدد استثنا کردن بطلان و دفاع از ضمانت اجرای صحت و جبران خسارات مشروط له از طرق دیگر است. اصول صحت و لزوم و قاعده منع سوءاستفاده از حق، قاعده حمایت از شخص ثالث با حسن نیت و نظریه کارایی اقتصادی و نقض کارآمد قرارداد، از مهم‌ترین مبانی دفاع از نظریه صحت عمل حقوقی معارض در این تحقیق است.

**واژگان کلیدی:** ترک عمل حقوقی، حسن نیت، حکم قرارداد، شرط، قرارداد معارض.

### مقدمه

شرط ترک عمل یا فعل حقوقی یا شرط فعل منفی حقوقی، شرطی است که به موجب آن مشروط علیه متعهد و ملتزم به خودداری از انجام یک فعل حقوقی می‌شود؛ مانند اینکه ضمن عقد بیع شرط شود خریدار از انتقال مبیع به دیگران خودداری کند (نسیمی سکوتی، ۱۳۹۵: ۱۳۱) یا در قرارداد مشارکت در ساخت شرط شود پیمانکار تا مرحله پایان کار حق فروش سهم خود را ندارد. در حالت کلی، صحت و اعتبار این شرط از تصریح قانون‌گذار در مواد ۲۳۴ و ۲۳۷ قانون مدنی قابل برداشت است. اگرچه فقهای امامیه در مورد اعتبار این شرط بحث مستقلی ارائه نکرده‌اند از بیاناتشان در مورد برخی مصادیق شرط مزبور مانند شرط عدم فروش مبیع سه دیدگاه قابل استفاده است:

۱. بطلان شرط و عقد (آل عصفور بحرانی، ۱۴۱۰: ۶۶-۱۹؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۲۹۶-۳؛ علامه حلی، بی تا: ۲۴۶-۱۰)؛

۲. بطلان شرط و صحت عقد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۸-۲). برخی از فقهای امامیه، شرط را در هر حال باطل دانسته‌اند، اعم از اینکه برای مدت معین باشد یا مطلق و بدون قید زمان (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۴-۴ و عاملی جبعی، بی تا: ۲۸۱)؛

۳. صحت شرط و عقد (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱: ۱۵۰-۸).

محور اصلی این پژوهش، تعیین ضمانت اجرا و حکم عمل حقوقی خلاف شرط است که در قالب امکان اعلام بطلان<sup>۱</sup> (میرزا نژاد جویباری، ۱۳۸۶: ۴۵) غیر نافذ بودن و صحت مصداق می‌یابد.

در این تحقیق به غیر از شروط راجع به اموال و حقوق عینی، حوزه حقوق دینی و تعهدات نیز بررسی می‌شود. برای مثال، زمانی که کارفرما دیگری را برای مدت دو سال به استخدام خود درمی‌آورد به این شرط که مشروط علیه طی مدت این دو سال برای شرکت رقیب هیچ خدمت مشابهی را ارائه نکند و تخصص خود را طی این مدت فقط در انحصار شرکت استخدام کننده محدود سازد، اگر مشروط علیه برخلاف تعهد و

۱. از طرفی ممکن است مفهوم معامله معارض با مفاهیمی چون معاملات فضولی و یا معامله معارض مندرج در ماده ۱۱۷ قانون ثبت خلط شود که بایستی توجه داشت در این مفهوم با دو عنوان فوق تفاوت‌های عمیقی وجود دارد.

شرط عمل کرد و با شرکت رقیب قرارداد منعقد کرد، قرارداد معارض با شرط مضمول چه ضمانت اجرایی است؟ آیا مشروط له می‌تواند خواستار اعلام بطلان قرارداد مخالف با شرط شود؟ در غیر این صورت و در صورت صحیح بودن قرارداد دوم چه راهکارهایی برای جبران خسارات وارد آمده به شخص مشروط له وجود دارد؟ آیا حسن نیت و عدم آگاهی شخص رقیب نقشی در تعیین ضمانت اجرا خواهد داشت؟

با وجود اهمیت این موضوع، قوانین صریح و عام الشمولی که بیان‌گر حکم و ضمانت اجرا باشد در قانون مدنی وجود ندارد و مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی در اجرا قاعده‌ای عام در این زمینه تلقی نمی‌شود و به ویژه این‌که در مورد اموال است و نه تعهدات. به نظر می‌رسد خلأیی که در قانون نسبت به ضمانت اجرای نهی در قرارداد در حقوق عینی وجود دارد حقوق دینی را نیز شامل می‌شود و از این بابت تفاوتی بین این دو عنوان مشاهده نمی‌شود، ضمن آنکه در قالب شرط هم حق عینی هم حق دینی مضمول لازم الوفا بودن بر طبق قانون و عموم ادله وفا به شرط بر طبق شرع می‌شود و از این حیث نیز تمایزی ندارند. تفاوت حق به آن معنا نیست که حق عینی، حق قوی‌تر و کامل‌تری نسبت به حق دینی به شمار می‌رود (میرزائزاد جویباری، ۱۳۸۶: ۵۳)؛ بنابراین شایسته است برای روشن شدن تکلیف قانونی قرارداد، دامنه شمول قرارداد مخالف با شرط و ضمانت اجرای آن را هم نسبت به حقوق عینی و هم حقوق دینی شناسایی کرد. یکی از تفاوت‌های این پژوهش این است که آنچه پیش از این راجع به آن گفتگو شده است بحث اعیان اموال بوده اما دامنه این پژوهش وارد در وادی تعهدات دینی نیز می‌شود. پژوهش حاضر با تفکیک دو حالت عدم آگاهی معامله‌کننده ثالث به وجود چنین شرط ترک فعل حقوقی و حسن نیت وی و حالت آگاهی و عدم حسن نیت وی به بررسی موضوع می‌پردازد، زیرا پرداختن به مسائل مربوط به حقوق دینی که بسیار مبتلا به جامعه است در میزان اهمیت کمتر از حقوق عینی نیست. ابهام در چگونگی اعمال ضمانت اجرای صریح و گره‌گشا در موضوع شرط ترک فعل حقوقی مندرج در قراردادها با توجه به شرایطی که قرارداد در آن منعقد می‌شود خلأ موجود در قانون محسوب می‌شود، زیرا به نظر می‌رسد مواد قانون مدنی در حوزه

شروط، به میزان کافی راهگشا نیست و آنچه مبرهن است، عمده داده‌های قانونی در رابطه با شروط فعل مثبت است نه منفی و ضمناً نه تنها نسبت به شروط ترک فعل منفی راهکار خاصی مشاهده نمی‌شود بلکه هیچ اثری از قاعده حسن نیت و اعمال آن نیز وجود ندارد.

در نظریات حقوقی نیز گرچه در برخورد با موضوع ضمانت اجراهای متعددی ارائه شده است<sup>۱</sup>، اما مشکل این نظریات در کلی و مبهم بودن آن است. به عبارت دیگر، نظریه صحت بطلان یا دست‌کم غیر نافذ بودن عمل حقوقی معارض با شرط عمده نظریات که بدون توجه به اوضاع و احوالی که قرارداد در آن موقعیت منعقد شده مطرح شده است؛ اما با بررسی موضوع می‌توان با مبنا قرار دادن قواعدی نظیر منع سوءاستفاده از حق و حسن نیت در قراردادها، خشکی و غیر منعطف بودن نظریات فوق را تعدیل کرد تا با توجه به تحول جامعه امروزی و حتی‌الامکان حفظ اصل لزوم و استواری معاملات کوشید تا در مواقع لزوم با در نظر قرار دادن حفظ حقوق شخص ثالث با حسن نیت، حکم به صحت معامله داد و در زمانی که بیم تبانی و سوءنیت مشروط‌علیه با شخص ثالثی که وارد در عمل حقوقی معارض با او می‌شود حکم بطلان معامله معارض را صادر کرد، زیرا در نبود ضمانت اجرای مشخص نمی‌توان متوسل به شدیدترین ضمانت اجرا یعنی بطلان معامله معارض شد و یا در هر حال حتی در صورت وجود تبانی و سوءنیت حکم به صحت عمل حقوقی معارض داد و حقوق مشروط‌له قرارداد نخست را تنها با پرداخت خسارت به وی جبران کرد. همچنین نظریه عدم نفوذ نیز با توجه مبانی معاملات فضولی به عنوان دلیل، توسط طرفداران این نظریه صحیح به نظر نمی‌رسد. ضمناً در راه رسیدن به هدف که عبارت است از حفظ اعتبار قرارداد، در صورت حسن نیت شخص ثالث وارد در معامله معارض و بطلان معامله معارض در صورت عدم حسن نیت شخص ثالث وارد در معامله معارض، نظریات و تحلیل‌های اقتصادی در حوزه نقض کارآمد قرارداد نیز تاثیرگذار است.

۱. در بخش دوم این مقاله (ضمانت اجرای شرط) این نظریات به تفکیک به همراه نویسندگان مربوط ارائه، نقد و بررسی خواهد شد.

## ۱. بررسی و نقد نظریات ارائه شده

سه نظریه عمده به شرح زیر در خصوص موضوع مطرح شده است:

### ۱-۱. نظریه بطلان

در فقه بنا بر نظر شیخ انصاری وجوب وفای به شرط سقوط خیار مجلس مستلزم عدم سلطه مشروط‌علیه بر ترک آن است. بر اساس نظر ایشان ادله وجوب وفا موجب ثبوت حق برای مشروط‌له می‌شود و این حق مانع از تصرفات منافی با آن می‌شود. در نتیجه عمل مشروط‌علیه (فسخ) مغایر با شرط سقوط خیار مجلس خواهد بود و نافذ نیست، هرچند ایشان در نظر خویش به عموم دلیل خیار و التزام به ترک خیار نیز برای صحت عمل توجه داشته است (انصاری، ۱۴۲۰: ۵۶-۵۵). این نظریه مورد نقد و ارزیابی محققان دیگری نیز واقع شده است (محقق اصفهانی، بی تا: ۱۱۰؛ محقق یزدی طباطبایی، بی تا: ۱۱) و در نقد آن نوشته‌اند: حداکثر دلالت ادله وجوب وفای به شرط، اثبات لزوم عمل بر طبق مفاد شرط است؛ اما این ادله دلالتی بر پیدایش حقی برای مشروط‌له نمی‌کند. امام خمینی نیز استدلال شیخ را مورد نقد قرار داده‌اند (موسوی خمینی، بی تا: ۴-۱۲۳). ایشان در توضیح مطلب اشاره می‌کند که «آنچه به موجب دلیل شرط واجب می‌شود وفای به شرط است و وجوب شرعی به عنوان وفا تعلق می‌گیرد و تعلق وجوب به هر عنوان دیگر مانند عدم فسخ غیرمعقول است». نقد دیگر وارد به نظریه شیخ انصاری آن است که «عدم سلطه بر ترک شرط یا تخلف از شرط، موجب بطلان و بی تأثیری عمل حقوقی معارض نمی‌شود، زیرا عدم سلطه جنبه تکلیفی دارد نه وضعی» (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷: ۴۲۱).

برخی دیگر از فقهای پیرو نظریه بطلان بر این عقیده‌اند که «شرط موجب سلب قدرت و اختیار مالک بر فروش مبیع به شخص ثالث می‌شود» (خوانساری نجفی، ۱۴۱۸ ق: ۴۸)؛ و در نهایت برخی دیگر در راستای این نظر این گونه استدلال کرده‌اند که «ادله وجوب وفا، مستلزم عدم سلطه مشروط‌علیه بر ترک آن است و در نتیجه، عمل مشروط‌علیه از نظر فقهی به دلیل تجاوز به حق مشروط‌له بی اثر خواهد بود» (جهانگیری و

یزدانی، ۱۳۹۱: ۴۹). در انتقاد از نظریه فوق‌الذکر باید گفت که ظاهراً آنچه در این دسته موجب شده که به استناد آن قائل به بطلان شوند، عدم تفکیک میان شرط ترک فعل حقوقی (که از جمله اقسام شرط فعل است) از یک طرف و شرط اسقاط حق (اختیار) ایقاع فعل حقوقی (که در زمره اقسام شرط نتیجه قرار می‌گیرد) از طرف دیگر باشد. توضیح آنکه در فرض نخست، مقتضای شرط صرفاً تعهد مشروط‌علیه بر عدم انجام عمل حقوقی است که حسب فرض اختیار انجام آن را دارا بوده است. در چنین فرضی واضح است که مفاد شرط دلالت قطعی (مطابقی و یا تضمینی) بر اسقاط حق ندارد و تنها مفید این معناست که مشروط‌علیه نباید آن عمل را انجام دهد و اصولاً در باب ضمانت اجرای تخلف از شرط ساکت است و ترتب هرگونه ضمانت اجرا بر پیمان‌شکنی اوامری است که از سایر ادله مستفاد می‌شود.

ضمناً نقد وارد دیگر این خواهد بود که اولاً، تعلق نهی بین متعاملین اول به معامله دوم ثابت نیست، زیرا امر به شیء مقتضی نهی از ضدش نیست. ثانیاً، حرمت تکلیفی مستلزم حرمت وضعی نیست، مثلاً حرام است کسی با آب متعلق به دیگری لباسش را تطهیر کند ولی لباسش پاک می‌شود (خویی، بی‌تا: ۱۲۹-۶). ثالثاً، این استدلال متوقف بر این است که نهی به مسبب تعلق گرفته باشد، زیرا فرض این است که شرط فعل است؛ یعنی «عدم بیع» «عدم فسخ» که در اینجا بیع و فسخ به معنای مصدری مورد نظر است. (موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۸۰-۴).

عده‌ای از حقوق‌دانان به اقتضای نهی در معاملات قائل به بطلان شده‌اند (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۴۵)؛ اما ایراد اساسی وارد به این نظریه آن است که امر به شیء مقتضی نهی از ضدش نیست، اصولاً نهی صریح آن‌گونه که در این استدلال ادعا شده وجود ندارد بلکه (نهی) مورد ادعا در واقع مدلول التزامی (امر) شارع است نه این که حکم خاص نهی وارد شده باشد که این امر استدلال مذکور را تضعیف می‌کند (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال) (اصلانی، ۱۳۸۶: ۴). اصل این حکم که نهی در معاملات (بر عکس عبادات) موجب فساد عمل باشد حکمی عاری از اختلاف نظر فقهی و اصولی نبوده که همین امر از قوت و استناد به این قاعده می‌کاهد و در مقام معارضه با اصول مسلم نظیر

صحت و تسلیط، دچار ضعف خواهد بود (آخوند خراسانی، ۱۴۱۷: ۱۹۰-۱۸۰).

## ۱-۲. نظریه صحت

در میان حقوق دانان نیز عده‌ای طرفدار صحت عمل حقوقی معارض با شرط ترک فعل حقوقی هستند (امامی، ۱۳۹۴: ۱۵۸-۱۵۹؛ صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۷۶: ۲۷-۲۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۸۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۱۴۹). در واقع، ایشان عقیده دارند که به سختی می‌توان معامله معارض را باطل دانست و قول به صحت آن و امکان مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد از سوی متعهدله ترجیح دارد. ایشان برای دفاع از نظریه فوق دلایلی را ارائه کرده‌اند که از جمله مهم‌ترین آن‌ها عبارت است از: استناد به حق عینی؛ به این معنا که چون در این‌گونه موارد متعهد له یا مشروط له صرفاً از یک نوع حق دینی برخوردار بوده نسبت به مال موضوع قرارداد معارض حق عینی ندارد و در نتیجه نقض قرارداد از سوی متعهد مستلزم تجاوز به حق عینی وی نیست و در حقوق ما هم صرفاً تعرض به حق عینی شخص متضمن بطلان یا عدم نفوذ معامله با آن است (مواد ۲۴۷ به بعد قانون مدنی در باب معاملات فضولی یا ماده ۷۹۳ ق.م. در باب تصرفات منافی حق مرتهن). لذا قرارداد منعقد با ثالث قابل ابطال نبوده و صرفاً به متعهد له حق می‌دهد خسارت وارده ناشی از این نقض را مطالبه کند. استدلال دیگر این دسته از حقوق دانان این است که با توجه به اینکه دلیل صریح بر بطلان یا عدم نفوذ چنین قراردادی در قانون مدنی موجود نیست و طبعاً مورد از مصادیق تردید میان صحت یا عدم صحت به شمار می‌رود و برابر قواعد در صورت مردد بودن میان ضمانت اجرای صحت و بطلان، ضمانت اجرای صحت بایستی اعمال شود. لذا باید از نظریه صحت قرارداد معارض و امکان مطالبه خسارت از سوی متعهد له دفاع کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۱۴۹). اصل تسلیط مذکور در ماده ۳۰ ق.م. و استناد به آن از جمله مستندات دیگر قائلین به صحت عمل حقوقی معارض است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۸۷). این اصل به مالک اجازه می‌دهد هر تصرفی که می‌خواهد در ملک خود بکند؛ چون متعهد (مشروط علیه) در این‌گونه قراردادهای مالک مال است علی‌الاصول تصرف وی در مال خود نمی‌تواند باطل یا غیر

نافذ باشد و از طرفی صرف زیان بردن از انتقال نیز به تنهایی نمی‌تواند مانع از اجرای حق مالکیت باشد.

ازجمله دلایل دیگر طرفداران نظریه صحت، عدم ملازمه میان تعهد به انتقال مال معین به شخص و سلب حق انتقال آن به اشخاص دیگر است، مگر اینکه نشانه‌های اضافی مانند تحویل مورد تعهد و گرفتن تمام ثمن این اراده ضمنی را اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۹۱).

بنا بر نظر برخی حقوق‌دانان تعهد شخص به عدم شرکت در مزایده مشخص به معنای سلب امکان حقوقی انجام صحیح و معتبر این اعمال نبوده، نقض آن صرفاً موجب ایجاد مسئولیت جبران خسارت برای متعهد می‌شود (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۴۴).

در راستای نظریه صحت عمل حقوقی معارض دیدگاه دیگری معتقد است در خصوص مورد که شخص متعهد شده از انجام عمل حقوقی خودداری کند ولی برخلاف شرط آن را انجام می‌دهد، عمل مزبور واقع شده و در نتیجه الزام به عدم انجام آن سالب به انتفای موضوع خواهد بود، زیرا در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، سه ضمانت اجرا به ترتیب: الزام به انجام تعهد، انجام فعل مشروط به وسیله دیگری به خرج مشروط علیه و در نهایت حق فسخ قرارداد پیش بینی شده است که دو مورد اول در مورد شرط ترک فعل حقوقی قابل اعمال نیست؛ بنابراین مشروط له به مجرد تخلف از شرط می‌تواند عقد مشروط را فسخ کند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ۱۵۶-۱۲۹). البته امکان فسخ عقد مشروط به وسیله مشروط له منافاتی با صحت و نفوذ عمل حقوقی انجام گرفته ندارد.

ممکن است بر نظریه صحت این انتقاد وارد باشد؛ اول آن‌که در حقوق ایران صرفاً تعرض به حق عینی شخص نیست که می‌تواند ضمانت اجرای بطلان یا عدم نفوذ را در بر داشته باشد. موارد متعددی می‌توان یافت که صحت قراردادی در قانون زیر سؤال رفته است بدون اینکه به حق عینی کسی تجاوز شده باشد. برای مثال، در ماده ۶۵ قانون مدنی که مقرر شده: «وقف به قصد اضرار دیان نافذ نیست»، نتیجه این ماده آن است که قانون‌گذار به طلبکاران که حق عینی نسبت به اموال واقف را ندارند صرفاً به دلیل



تجاوز ناروا به حقوق دینی مکتسب و محترم آنها مجوز ابطال معامله را داده است. هدف از ذکر مطلب فوق آن است که دامنه تعیین ضمانت اجرای عمل حقوقی معارض با شرط ترک فعل حقوقی هم می‌تواند دربرگیرنده حق عینی باشد و هم حق دینی.

ثانیاً، نقد اساسی وارد به نظریه صحت که اتفاقاً بر سایر نظریات همچون بطلان و غیر نافذ بودن نیز وارد است، کلی و غیر منعطف بودن این نظریات است؛ به عبارت دیگر در نظر نداشتن شرایط و اوضاع و احوالی که عمل حقوقی معارض با شرط در آن انعقاد یافته است و آن عبارت است از وجود یا عدم حسن نیت شخص ثالثی است که وارد در معامله معارض با شخص مشروط علیه معامله نخست می‌شود؛ به این معنا که اگر شخص ثالث که از وجود شرط عدم فعل حقوقی آگاه است بدون حسن نیت با مشروط علیه معامله‌ای بکند نباید معامله چنین تبانی کنندگان با سوءنیتی را صحیح تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۸۸).

در نقد نظریه‌ای که به استناد مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی مطرح شده باید گفت: این مواد به طور کلی قابلیت اعمال بر شروط ترک فعل حقوقی را ندارند، زیرا مفهوم الزام به انجام تعهد بیشتر در رابطه با امر ایجابی معنا پیدا می‌کند که هنوز به انجام نرسیده اما شرط ترک فعل، امری سلبی است که در بحث حاضر برخلاف شرط صورت پذیرفته و شرایط خاصی را به وجود می‌آورد که بازگرداندن آن شرایط مانند سابق از لحاظ حقوقی دشوار به نظر می‌رسد. اما روح کلی این مواد بیشتر موافق با حفظ اصل لزوم و استواری معاملات تدوین یافته است، زیرا نهایتاً در صورت عدم امکان اجبار متعهد به انجام شرط، متعهد له اجازه فسخ معامله را دارد، زیرا با تصور اینکه موضوع شرط به هر دلیلی ممتنع الحصول شود (ماده ۲۴۰ قانون مدنی) مشروط له اجازه فسخ معامله را پیدا می‌کند نه کمتر و نه بیشتر. پس اینکه روح کلی قانون در نبود ضمانت اجرای مشخص در شرط ترک فعل حقوقی بر اساس متون مواد ۴۷۴، ۴۶۰، ۴۵۴ و ۴۵۵ امکان اعلام بطلان تلقی شود با آنچه منظور نظر قانون‌گذار در مبحث شرط فعل آمده متعارض به نظر می‌رسد. البته یکی از حقوق‌دانان برجسته کشور در خصوص مواد فوق‌الذکر بیان می‌دارد که مواد مذکور از نوع شرط نتیجه منفی است نه

شرط فعل منفی؛ بنابراین از مبحث حاضر خروج موضوعی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۸۰-۵ و ۱۷۲-۱۷۱).

### ۳-۱. نظریه عدم نفوذ: برخی نیز طرفدار نظریه عدم نفوذ هستند (جهانگیری، ۱۳۹۱:

۱۳؛ میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۳: ۴۹). بر اساس این نظریه، به لحاظ آنکه در هر حال مشروط له ذینفع در اتیان شرط از جانب مشروط علیه بوده و این نفع نیز خود مشروع و محترم است، لذا می‌توان او را دارای حقی دانست که با انجام عمل حقوقی منهی عنه توسط مشروط علیه مورد تجاوز قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، مقتضای توافق طرفین در درج شرط ضمن عقد نیز ایجاد چنین حقی برای مشروط له بوده، لذا هرگونه اقدام مغایر منوط به اذن قبلی یا اجازه بعدی اوست.

در انتقاد از نظریه عدم نفوذ باید گفت در موارد عدم نفوذ مثل معامله فضولی مالکیت اصیل در معاملات فضولی شرط جریان ادله و مبانی ارائه شده در باب عدم نفوذ است بدون وجود چنین حقی اصولاً حکم به عدم نفوذ و امکان تنفیذ بعدی از سوی مشروط له به تحکم و ادعای بلا وجه و دلیل است؛ بنابراین در موارد عدم نفوذ حق عینی قصد موجود اما رضا مفقود است. اما در مسئله مورد بحث ما اصل وجود «گونه‌ای حق مالکانه» برای مشروط له با تردید جدی مواجه است و با تردید در اصل حق عینی حکم عدم نفوذ منتفی است.

یکی دیگر از مستندات طرفداران نظریه عدم نفوذ بحث طلق بودن مورد معامله است. به نظر مرحوم نائینی مقصود از طلق بودن این است که ملک نسبت به مالک آن رها و آزاد باشد؛ به این معنا که مالک بر آن شیء تسلط کامل داشته باشد و بتواند در آن هر نوع که بخواهد تصرف کند. در برابر مواردی که در آن‌ها سلطنت مالک به دلیل تعلق حق غیر ناقص است (نائینی، ۱۴۱۳: ۳۷۳).

برخی دیگر از فقها طلق بودن را به عنوان شرط بیع بیان نکرده‌اند بلکه حقوقی مانند حق مرتهن بر عین مرهونه یا حق مشروط له بر مورد شرط که مانع از صحت یا لزوم بیع است به طور جداگانه ذکر کرده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۹).

درباره اینکه طلق بودن امر مستقلاً است یا خیر باید گفت به نظر اغلب فقها

طلقیّت امر مستقلی نیست مانند صاحب جواهر که در انتقاد از ذکر طلق بودن به عنوان یکی از شروط کلی عوضین می‌گوید: در هیچ یک از نصوصی که به دست ما رسیده، شرط طلق یا تام بودن ملک یافت نمی‌شود و استفاده از این شرط به وسیله روایاتی که در موارد خاص مانند وقف رسیده - به نحوی که بتوان از آن‌ها به موارد دیگری تعدی کرد- خالی از اشکال نیست، زیرا اگر مقصود از آن، این باشد که مبیع متعلق حق غیر نباشد، این شرط با مواردی مانند فروختن مبیع در زمان خیار یا ترکه مدیون بنا بر برخی از وجوه نقض می‌شود و اگر مقصود این باشد که همه انواع تصرفات در آن برای مالک جایز باشد، فساد آن از وجه اول نیز واضح‌تر است. اگر بازگشت این شرط به مواردی باشد که به دلیل تعلق حق غیر بیع آن‌ها جایز نیست، ذکر آن به عنوان یک شرط کلی مناسب نیست. همچنین اگر مقصود از آن متزلزل نبودن ملک باشد، زیرا معلوم است که بیع عین موهوبه و نظائر آن جایز است. ایشان در نهایت نتیجه می‌گیرد که مقتضای عموماً، جایز بودن فروش هر عین مملوکه است مگر در مواردی که به دلیل خاص خارج شده باشد و نه فقط دلیلی در دست نیست که تعلق حق غیر در تمام موارد یا بیع منافات دارد بلکه دلیل برخلاف آن است (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۵۷-۳۵۶).

شرط طلق بودن به دلایل زیر مردود به نظر می‌رسد:

۱. اینکه شرط همواره حق عینی برای مشروط له به همراه ندارد. مثلاً در فرضی که مالک عرصه‌ای ملک خود را در اختیار شخص پیمانکار قرار می‌دهد تا وی ملک را بسازد و در قرارداد سهام طرفین بالمناصفه و به نحو مفروز مشخص می‌شود، زمانی که یکی از شروط مالک عرصه، شرط ترک فعل حقوقی به این ترتیب باشد که سازنده حق نداشته باشد تا قبل از اتمام سقف و نازک کاری سهام متعلق به خودش (سازنده) را به غیر انتقال دهد و سازنده به هر دلیل اقدام برخلاف می‌کند آیا باید برچسب طلق نبودن را بر سهام شخص سازنده‌ای زد که از سهام خودش اقدام به فروش کرده است؟

درواقع در اینجا رابطه بین شخص مالک و سازنده یک رابطه شخصی یا به عبارت بهتر تعهد، تعهد دینی است که بر عهده مشروط علیه است و مالک عرصه نیز بر سهام سازنده بر اساس قرارداد فی‌مابین حق عینی ندارد که در صورت نقض عهد حکم

معامله معارض را عدم نفوذ دانسته و شخص سازنده را متضرر کنیم. بلکه در جایی مانند موارد خاص (به مانند ماده ۶۵ قانون مدنی) و در صورت ایجاد حق عینی برای مشروط له مانند وثیقه عام شدن مال جهت حفظ حقوق طلبکاران باید مطابق با طبع موافقین عدم نفوذ نظر داد.

بنا بر نظر برخی طرفداران «نظریه عدم نفوذ»، عدم نفوذ اعم است از موقوف و مراعی و در عدم نفوذ موقوف، تأثیر عقد موقوف بر حصول شرط است اما در عدم نفوذ مراعی عقد در حالت انتظار برای رفع مانع است. در عقد موقوف به دلیل فقدان پاره‌ای از شرایط تشکیل عقد، مقتضی تأثیر عقد کامل نیست و تأثیر عقد، موقوف به حصول آن شرط است. به عنوان مثال، در عقد فضولی به دلیل فقدان رضای مالک، نفوذ و تأثیر عقد موقوف به اجازه مالک است؛ اما در عقد مراعی تمام شرایط تشکیل عقد فراهم است و فقط تعلق حق اشخاص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ عقد یا تداوم جریان آثار آن می‌شود. بنابراین به هر طریقی که حق شخص ثالث تأمین شود مانع مزبور منتفی می‌شود و منقضی مزبور اثر خواهد کرد، حتی اگر اجازه‌ای از شخص ثالث صادر نشده باشد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۳-۱۶۲). همچنین، رد شخص ثالث تا جایی معتبر است که او بخواهد از حق خود استفاده کند، وگرنه به صرف رد او موجب بطلان معامله معارض نخواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۵) معامله راهن نسبت به عین مرهونه، یکی از مصادیق ضمانت اجرای عدم نفوذ مراعی است در نتیجه عدم نفوذ مراعی را نباید مختص معامله راهن دانست بلکه باید بر آن بود که این مورد مصداقی از یک قاعده عام است که به موجب آن هرگاه قراردادی به زیان شخص ثالث باشد و حق یا مالکیت بالقوه دیگری را نقض کند، وضعیت حقوقی آن عدم نفوذ مراعی است. در انتقاد از این نظر می‌توان گفت نمی‌توان بدون تفکیک درجه عدم نفوذ -که کاملاً بسته به نوع حق مشروط له دارد اینکه حق عینی در درجه اعلی مانند مالکیت باشد یا درجه ضعیف‌تر مثل وثیقه دین بودن موضوع شرط ترک فعل حقوقی که مورد انتقال توسط راهن قرار گرفته باشد یا اینکه از نوع حق دینی باشد- ضمانت اجرای مشابه معامله فضولی که از نوع وضعیت حقوقی عدم نفوذ موقوف است تعیین شود تا در صورت رد

مالک معامله معارض باطل باشد بلکه همان گونه که شرح آن آمد، حتی در صورتی که حق عینی تبعی مانند مال مورد وثیقه (مال مرهونه) موضوع معامله معارض باشد در جایی که حقوق مشروط له یا مرتهن به گونه‌ای جبران شود، وی دیگر حق تنفیذ یا رد معامله معارض را نخواهد داشت، زیرا نگارنده نیز در این پژوهش قائل به تفکیک بین درجات مختلف حق اعم از عینی، عینی تبعی و دینی برای تعیین ضمانت اجرای معامله معارض حق مشروط له است. در مورد اول یعنی حق عینی محض نگارنده قائل به اعمال ضمانت اجرای صحت معامله معارض نیست؛ اما تحت شرایطی که در آتی راجع به آن سخن خواهد رفت در رابطه با حق عینی تبعی و دینی قائل به صحت است.

## ۲. صحت معامله معارض و مقدمات و مبانی آن

جهت اثبات نظریه صحت، بررسی موارد ذیل که بعضاً مغفول مانده، ضروری است:

### ۱-۲. نقش مشروط علیه و مشروط له در شرط ترک فعل حقوقی

با نقض شرط توسط مشروط علیه عمل مشروط علیه قرارداد نخست در هر صورت تقصیر محسوب می‌شود، زیرا وی آگاهانه اقدام به عمل حقوقی خلاف شرط می‌کند؛ اما اگر ضمانت اجرای این تقصیر تنها بطلان باشد ممکن است حقوق مشروط له را تأمین نکند، یعنی بطلان فایده‌ای برای مشروط له نداشته باشد. به علاوه مقررات مهمی چون ماده ۱۳۲ قانون مدنی و اصل ۴۰ قانون اساسی باید لحاظ شود. استفاده از مستندات فوق خصوصاً در جایی مصداق می‌یابد که حقوق مشروط له قابل جبران باشد پس در آن شرایط دوری جستن از بطلان معامله معارض معنی می‌یابد. در عین حال با جبران خسارت، منافع حاصل از شرط نقض شده را جهت مشروط له به بهترین نحو تأمین کرد؛ بنابراین چنان باید برای مشروط له جبران خسارت کرد که حداقل ترازوی انصاف بین وی و مشروط علیهی که اقدام به نقض عامدانه کرده در حالت تساوی قرار گیرد. البته این که مشروط علیه به خاطر نقض عهد و بر اساس رابطه

قراردادی باید حقوق مشروط له را جبران کند به دلیل ورود خسارات به مشروط علیه است اما گاهاً در قرارداد شرایطی رخ می‌دهد که نقض عهد نیز توأم با حسن نیت مشروط علیه است. مانند سازنده‌ای که منع از پیش فروش شده اما به دلیل نوسانات اقتصادی و غیرقابل پیش‌بینی و اتفاقاً به دلیل حسن انجام کار و اتمام پروژه مجبور به پیش فروش سهام خویش به قیمت بازار می‌شود. در این صورت حسن نیت اقتضای دفاع از حقوق وی و خریدار ثالث دارد. حقوق انگلستان یک پله فراتر رفته حتی در جایی که شخص مالکیت ندارد به دفاع از حقوق ثالث می‌پردازد بدین نحو که ماده ۲۲ (۱) قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ که بر آن اساس زمانی که کالاها مطابق با عرف بازار، در بازار عمومی به فروش می‌رسند، خریدار با حسن نیت مستحق مالکیت کالا است؛ حتی اگر فروشنده مالک کالا نباشد (Lai, ۱۹۹۴: ۴۴۰).

## ۲-۲. اصل لزوم و استواری معاملات

- در عمل حقوقی معارض که همه شرایط صحت جمع است و در جایی که ضمانت اجرای خاصی تعیین نشده در انتخاب وضعیت‌های حقوقی نظیر بطلان، غیر نافذ و صحت، منطقاً به جای‌گزینش شدیدترین ضمانت اجرا یعنی بطلان عمل حقوقی معارض با جمع دیگر مبانی که در آینده از آن بحث خواهد شد، ضمانت اجرای مناسب‌تر یعنی صحت ارجح است مگر عواملی نظیر سوءنیت و تبانی محرز باشد. اصل لزوم در قراردادهای جایگاه ویژه‌ای دارد؛ قرارداد لازم است و تا زمانی که این لزوم خدشه‌دار نشده است، اصل اولیه «اصالت اللزوم» بر آن جاری و حاکم است. البته در اغلب متون اسلامی، این اصل را صرفاً در عقود معین جاری و ساری می‌دانند اما امروزه، این اعتقاد در میان اکثر فقهای کنونی و حقوقدانان وجود دارد که اصل لزوم نه تنها بر عقود معین جاری است بلکه در عقود نامعین نیز اصل اولیه، اصل لزوم است. نتیجه این اصل آن است که اگر در لزوم یا جواز عقد یا معامله‌ای شک کردیم. اصالت اللزوم جاری می‌شود مگر اینکه دلیل خاصی حکایت از جایز بودن آن کند (امین، ۱۳۸۷: ۲۰).

این اصل در قانونی مدنی ایران نیز پذیرفته شده است. اما شاید این بحث مطرح بشود که استناد به اصالت لزوم اگر در معامله ثانی معارض با شرط پذیرفته شود، بایستی نسبت به معامله و قرارداد مشروط حاوی شرط ترک فعل حقوقی نیز پذیرفته شود، اما در پاسخ بایستی اذعان داشت همان‌گونه که پیش از این مطرح شد هدف پاس داشت و حفظ هر دو معامله است در حالی که معامله ثانی نیز با جمع سایر شرایط که مهم‌ترین آن‌ها حسن نیت شخص ثالث ناآگاه است منعقد شده است. پس در جایی که بر مبنای نظریه کارایی اقتصادی و نقض کارآمد قرارداد که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد، بتوان اقرب به غرض مشروط له را که (در عدم تعیین ضمانت اجرا قهراً و خود به خود مسامحه کرد و آماده تعیین هر سرنوشتی به دلیل مسامحه مذکور است)، با پرداخت خسارت قانع کننده و بر پایه مسئولیت قراردادی مشروط علیه، حقوق مشروط له را برابر ساخت تا بر این اساس حقوق شخص ثالث ناآگاه نیز حفظ شود، الزامی در توسل به ضمانت اجرای اشد مانند بطلان وجود ندارد.

## ۲-۳. قاعده حسن نیت و لزوم ورود اصل حسن نیت در قوانین موضوعه

اجرای قانون بدون توجه به ویژگی‌های روحی و شخصی افراد به نتایجی ناعادلانه منجر می‌شود. این اصل در حمایت از اشخاص دارای حسن نیت، خشکی قواعد حقوقی را تعدیل و بایدها را اصلاح می‌کند. حسن نیت را بیانگر اعتقاد یا اراده انطباق عمل شخص با حقوق می‌دانند که این حالت به وی اجازه می‌دهد از حاکمیت قانون و خشکی قواعد حقوقی رهایی یابد (Cornu, ۲۰۱۴: ۱۰۵). حسن نیت مترادف جهل به عیب حقوقی است که شخص با جهل به آن، عملی را انجام می‌دهد، همچنین در قراردادها در معنای گفتار و رفتار صادقانه به کار می‌رود. معنای نخست، خشکی قواعد حقوقی را در مورد متصرف دارای حسن نیت تعدیل می‌سازد و مفهوم دوم در قراردادها، معیاری برای ارزیابی رفتار متعاملین ارائه می‌دهد (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲: ۱۶۷-۱۸۶). حسن نیت منشأ گرفته از دو منبع است: ۱. جهل. ۲. رفتار.

در حسن نیت ناشی از جهل که جنبه ذهنی و روانی دارد، از نظر آگاهی و جهل

اشخاص بررسی می‌شود. در این منبع، حسن نیت، جهل نسبت به یک موضوع یا شرایطی است که مانع از دادن اثر کامل به دفع حقوقی می‌شود یا اعتقاد نادرست به وجود وضع حقوقی معتبر است (Simler & Terré, ۲۰۱۸: ۶۲).

حسن نیت در منبع رفتاری، به معنای گفتار و رفتار صادقانه است و در مقابل آن، تقلب و نیرنگ قرار دارد. در این کارکرد، حسن نیت یک قاعده رفتاری برای ارزیابی رفتار و گفتار متعاملین از زمان شروع مذاکرات پیش قراردادی تا خاتمه قرارداد ارائه می‌دهد. حسن نیت ایجاب می‌کند اشخاص در قراردادها با صداقت و دلسوزی رفتار کنند و از تقلب پرهیزند. حسن نیت در قراردادها به اعتقاد ذهنی و روانی اشخاص نمی‌پردازد، در این فرض گفتار و رفتار آن معیار داوری قرار می‌گیرد (Becquart, ۱۹۸۲: ۶۹).

بر مبنای دو منبع پیشین و در تطبیق با موضوع پژوهش نیز بایستی گفت در نبود ضمانت اجرای خاص در شرایط نقض عهد از سوی مشروط علیه و اقدام به انجام عمل حقوقی مخالف با شرط، ممکن است در حالت معمول که عبارت است از نقض عهد همراه با آگاهی و تبانی شخص ثالث وارد در معامله معارض در جهت حمایت از اصالت اللزوم معامله اول و تأکید بر حمایت از حقوق مشروط له ذهن متبادر به وضعیت حقوقی بطلان معامله ثانی شود اما در جایی که شخص ثالث با حسن نیت، نا آگاه و بر مبنای صداقت تام وارد در معامله ثانی مخالف با شرط می‌شود، همین اصل اخلاقی حسن نیت است که وضعیت حقوقی معمول یعنی فرضاً بطلان معامله ثانی را کنار زده سعی بر نگهداری و استواری معامله ثانی به همراه جبران خسارت مشروط له معامله پیشین تا سر حد امکان می‌زند تا ترازوی عدل و انصاف به حفظ حقوق هر دو دست زند. حال ممکن است گفته شود چرا این حالت برعکس نمی‌شود، یعنی معامله اول صحیح دانسته شود و پرداخت خسارت به شخص ثالث صورت نگیرد؟ پاسخ این است که در شرط ترک فعل حقوقی معمولاً شرایط خاص و استثنایی است؛ به عبارت دیگر فعل حقوقی که نبایستی انجام می‌گرفته، انجام گرفته است پس می‌توان موضوع معامله را به نوعی در حکم تلف قرار داد، زیرا بازگشت به حالت اول معمولاً



امکان‌پذیر نخواهد بود و در این راستا می‌توان مبنا را ماده ۲۴۰ قانون مدنی قرارداد و معامله پیشین را فسخ و با پرداخت غرامت هدف غایی مشروط را تا حد امکان برآورده ساخت و او را در شرایطی قرار داد که می‌توانست با برآورده شدن شرط قرار گیرد. به عبارت دیگر، در جایی که با حقوق عینی مسلم مشروط له تعارضی وجود نداشته باشد، با نقض شرط از سوی مشروط له می‌توان موضوع شرط را در حکم ممتنع شدن انجام شرط دانست و با استفاده از اصل امکان جبران خسارت طبق توضیح فوق خسارت مشروط له را تأمین کرد تا به این نحو معامله‌ای را که متعاقب نقض شرط قرارداد نخست واقع شده نیز مشمول صحت شود.<sup>۱</sup>

در فرانسه قبل از اصلاح بخش قراردادهای در قانون مدنی که در اول اکتبر ۲۰۱۶ مدرنیزه شد (Helleringer, ۲۰۱۷: ۳۵۵-۳۷۵) تصمیمات قضات روش تفسیر مواد قانون را تغییر داده بود؛ برای مثال، قانون چیزی در مورد سوءاستفاده از موقعیت غالب اقتصادی نگفته است، اما دادگاه با این سوءاستفاده به عنوان عامل کنار گذاشتن قرارداد رفتار می‌کرد. به صورت مشابه قانون برای غرامت نقض قرارداد تنها به پرداخت خسارت اشاره می‌کند، در عمل دادگاه اغلب آماده ارائه حکم انجام عملی خاص به عنوان جایگزین پرداخت خسارت بود (Helleringer, ۲۰۱۷: ۳۵۵-۳۷۵).

هدف نگارنده از طرح مطلب پیش گفته، ایجاد زمینه قیاس است با آنچه در عرف و رویه قضایی حال حاضر ایران در شرف وقوع است، زیرا در زمینه مورد بحث پژوهش، فی‌مابین ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی و نبود نص در قوانین قراردادهای در قانون مدنی در عمل نظریه‌های قضات دچار تشتت شده و در نتیجه رویه واحدی وجود ندارد، این است که نیاز مبرمی به اصلاح قانون احساس می‌شود. حال در این مسیر از آنجا که در اکثر موارد متعاقب عمل حقوقی مخالف با شرط که از جانب مشروط علیه قرارداد نخست واقع می‌شود، شخص ثالثی نیز وجود دارد، نگارنده بر آن

۱. در تطبیق با حقوق ایالات متحده آمریکا نیز می‌توان گفت قوانین این کشور نیز در وادی موضوع پژوهش حاضر بسیار بر مسئله حسن نیت و سوءنیت در تعیین ضمانت اجرا تأکید دارد که در بخش مربوطه به آن پرداخته خواهد شد.

است که تا سر حد امکان در عین حفظ حقوق مشروط له قرارداد نخست به حمایت از حقوق شخص ثالث با حسن نیت و حفظ قرارداد وی دست یازد. جهت دست یافتن به این هدف لازم است عنصر اخلاقی حسن نیت به شیوه‌ای هماهنگ با مبانی حقوقی ایران بر سر جای خود در قانون مدنی بنشیند؛ همان‌گونه که قانون مدنی فرانسه نهایتاً این عنصر را در اول اکتبر ۲۰۱۶ با تصویب قانونی در قانون مدنی فرانسه جای داد (Helleringer, ۲۰۱۷: ۳۵۵-۳۷۵). در قانون اصلاح شده مدنی فرانسه در ۲۰۱۶ حسن نیت در تمام مراحل قرارداد اعلام شده است چه در عملکرد (همان‌طور که در ۱۸۰۴ ذکر شد) چه در مذاکره و تشکیل قرارداد.

اکنون حسن نیت به عنوان موضوع سیاست عام توصیف شده، به این معنا که طرفین اجازه ندارند بدون آن قراردادی تشکیل دهند. اما مرتبط‌ترین بخش اصلاحات در قسمت ورود عنصر اخلاقی حسن نیت یا به عبارت بهتر معنای دیگر آن در قانون مدنی فرانسه این است: فقدان دانش فرد از منافع متناقض طرف سوم. نقش حسن نیت در این کاربرد نیز ارتقا یافته: حسن نیت اکنون در بحث‌های حق مالکیت متوالی یا ادعای باطل کردن قرارداد شکل گرفته توسط یک وکیل بدون قدرت وکالت کنترل شده است (Helleringer, ۲۰۱۷: ۳۵۵-۳۷۵). اگر قانون مدنی فرانسه در شرایط کنونی جامعه جهانی که تحت تأثیر پیشرفت‌های چشمگیر فضای مجازی و الکترونیک و عصر ارتباطات به خصوص در حوزه قراردادها خود را نیازمند اصلاح و از همه بالاتر در عصر مدرن لزوم ورود اصول اخلاقی نظیر حسن نیت و انصاف را بیش از پیش احساس می‌کند، بنابراین قانون مدنی ایران نیز که نه تنها مقتبس از قانون فرانسه است بلکه به دلیل طلیعه‌دار بودن پرچم اسلامی و شرعی در سردر آن باید بیش از قانون فرانسه اصرار بر لزوم ورود اصول اخلاقی نظیر انصاف و حسن نیت را در قوانین موضوعه داشته باشد. اما منتقدین ورود اصول اخلاقی نظیر حسن نیت (میرزا نژاد جویباری، ۱۳۹۳: ۵۲) با تکیه بر این مطلب که اولاً؛ حسن نیت شخص ثالث بر حسن نیت طرف قرارداد ترجیحی ندارد و ثانیاً حسن نیت در حقوق ایران به صورت مستقل جایگاهی ندارد؛ استناد به حسن نیت شخص ثالث را برای جلوگیری از مخدوش

دانستن معامله معارض با شرط قرارداد نخست چندان معقول نمی‌دانند.

اما در پاسخ باید اذعان کرد که اولاً هدف غایی، برتر دانستن حقوق شخص ثالث نسبت به حقوق مشروط له قرارداد نخست نیست بلکه هدف آن است که در صورت جمع شرایط تعریف حسن نیت شخص ثالث وارد در معامله مخالف یا معارض با شرط در عین اینکه بتوان حقوق مشروط له را جبران کرد بر طبق اصله لزوم واصل لزوم و استواری معاملات معامله ثانی منعقد شده توسط شخص ثالث با حسن نیت را نیز حفظ کرد.

در پاسخ به ایراد دوم منتقدین باید گفت: نمی‌توان قائل به جایگاه نداشتن عنصر اخلاقی حسن نیت در قوانین ایران بود بلکه نقص تنها آنجاست که واژه «حسن نیت» به طور مستقیم در قوانین، خاصه قانون مدنی، نیامده تا در نتیجه حکم صریحی برای رعایت حسن نیت و معامله منصفانه در قراردادها و رعایت حقوق شخص ثالث با حسن نیت اصدار شود؛ اما به طور پراکنده از برخی مقررات می‌توان رعایت حسن نیت را در قراردادها مورد تأیید قرار داد. به موجب اصل ۴۰ قانون اساسی: «اعمال حق چنانچه وسیله اضرار به غیر شود ممنوع است»؛ این قاعده یکی از جلوه‌های حسن نیت است که می‌تواند در حقوق ناشی از قرارداد نیز جاری شود. بر این اساس، در موضوع ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی مشروط له نمی‌تواند به بهانه اجرای حق خویش (علی‌الخصوص جایی که حقوق مالی او را در اثر شرط ترک فعل مقرر در قرارداد بتواند وصول کند) به حقوق شخص ثالث با حسن نیت که آگاهی از منافع متناقض شخص دیگر (مشروط له) نداشته خدشه‌ای وارد کند. از دیگر مواد مرتبط با موضوع بحث، ماده ۶۸۰ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او، در حدود وکالت خود بکند نسبت به موکل نافذ است». مسلماً تمام امور می‌تواند شامل انعقاد معامله با شخص ثالث نیز باشد، به عبارت دیگر درست است که موکل حق عزل وکیل خود را دارد اما قانون‌گذار در این بخش با اعمال گونه‌ای از اصل انصاف و قاعده حسن نیت، دانش و آگاهی شخص وکیل را ملاک قرار داده و در صورت عدم دانش وی مبنی بر عزل، عملیات او را نافذ قلمداد کرده است. به

بیان دیگر در جایی که موکل حق عزل و بر هم زدن قرارداد را دارد قانون‌گذار با در نظر گرفتن انصاف و عدم آگاهی وکیل، معاملات وی را نافذ قلمداد می‌کند. به طور مشابه در موضوع بحث نیز از نظر نگارنده باید قدرت بر هم زدن معامله معارض را با وجود حق برای مشروط له در صورت وجود شخص ثالث با حسن نیت از وی (مشروط له) سلب کرد و قدرت تصمیم‌گیری را در صورت احراز وجود حسن نیت در معامله معارض و برآورده شدن حقوق مشروط له را به دست قاضی محکمه سپرد. مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ نیز رعایت حسن نیت در قراردادها را الزامی دانسته است و مواد ۴۰ و ۱۷۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ مورد دیگری از توجه قانون‌گذار به رعایت حسن نیت است. مواد ۳ و ۳۳ و ۳۵ و ۴۶ از قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ هم به نحو صریح و هم به صورت ضمنی رعایت اصل حسن نیت را برای اولین بار در قوانین ما به رسمیت شناخته است. اما در ارتباط با جایگاه رعایت انصاف و حسن نیت در فقه نیز می‌توان گفت: «در فقه اسلام در اثبات ضرورت رعایت حسن نیت می‌توان به «قاعده لا ضرر» و «اصل نفی عسر و حرج» استناد کرد. همچنین خیار غبن و خیار تدلیس در موادی مصادیق پیدا می‌کند که حسن نیت در معامله رعایت نشده باشد. همچنین روایاتی دال بر نهی از غش و تعزیر (پنهان کردن عیب به قصد فریب) دلالت بر رعایت حسن نیت دارد (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۸۱). نهی از غش در معاملات و تلقی رکبان نیز مؤید رفتار خلاف حسن نیت است (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۸۱). یکی دیگر از نویسندگان حقوقی ایران در ارتباط با اعتبار مفاد قرارداد و رعایت اصل عدالت و انصاف قراردادی می‌نویسد: «قرارداد به مثابه قانون طبیعی است. این تعبیر به معنای نفی اصل حاکمیت اراده و اراده قانون‌گذار دولتی به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد است، زیرا منشأ وجودی و اعتباری قانون طبیعی، نه اراده، بلکه عدالت و انصاف طبیعی است. با اتخاذ این رویکرد، اصل عدالت و انصاف قراردادی - نه اصل حاکمیت اراده و یا اصل لزوم - اصل برتر قراردادی خواهند بود. چنین نگرشی، با نظام حقوق قراردادهای ایران نیز سازگارتر است. در نظام حقوقی ایران، نه اراده قانون‌گذار دولتی و نه اصل حاکمیت اراده، هیچ‌کدام مبنای اعتبار مفاد

قرارداد نیستند تا «ستایش قرارداد» نتیجه شود، بلکه اراده شارع مبنای اعتبار مفاد قرارداد است و اراده شارع نیز اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج را حاکم بر سایر اصول قراردادی می‌داند (شهابی، ۱۳۹۴: ۶۰۱).

به نظر نگارنده بر مبنای نظر فوق زمانی که اصل انصاف و عدالت قراردادی را که مطمئناً دربردارنده قاعده حسن نیت نیز است به مثابه قانون طبیعی ماوراء اراده طرفین قرار گیرد پس نتیجتاً در زمان اعمال آثار قرارداد نمی‌توان تنها به اراده یک‌طرفه مشروط له قرارداد نخست اکتفا کرد و باید دیگر شرایط نیز لحاظ شود. ممکن است این ایراد وارد شود که امر فوق در حد یک نظریه است، اما همان‌گونه که یک حقوق‌دان غربی بیان می‌دارد: «هر نظریه که مبتنی بر عدالت اجتماعی باشد به میزانی اجتناب‌ناپذیر با اصل حاکمیت اراده معارض است» (Sadurski, ۱۹۸۴: ۳۳۶).

برخی فقها نیز معتقدند «تشکیل ساختمان عقد به قصد نیاز دارد، اما احکام عقد به اراده شارع بستگی دارد. قصد طرفین رابطه قراردادی هیچ تأثیری در احکام عقود ندارد و این مسئله بدیهی است» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۳۷۴).

بر این اساس شارع در هر حال مبنای برتر است و اگر اراده کرده باشد که اصولی برای مثال اصل نفی عسر و حرج حاکم بر اصل حاکمیت اراده باشد، این حکومت تحقق خواهد یافت. نیم‌نگاهی به مواد قانون مدنی ایران نیز می‌تواند به نوعی همین تحلیل را تقویت کند که قانون‌گذار مدنی، جایگاه اصلی حاکمیت اراده را نه مبنای اعتبار مفاد قرارداد، بلکه روش ایجاد آثار قراردادی اعلام کرده است. قانون‌گذار در ماده ۳۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر چیزی که برحسب عرف... اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند». جهل متعاملین، به معنی عدم اراده و قصد آن‌ها بر مصداق عرفی است و مبنای آن این است که همه‌چیز در قرارداد، قراردادی نیست (شهابی، ۱۳۹۴: ۶۱۶). پس اگر عرف و قانون بر اساس عدالت و انصاف اقتضای حمایت از حقوق شخص ثالث ناآگاه و با حسن نیت را داشت ملاک تنها قصد و اراده طرفین قراردادی نخواهد بود که مشروط له قرارداد نخست بدون در نظر گرفتن حقوق ثالث و به بهانه حفظ حقوق خویش به طور یک‌جانبه جهت ابطال قرارداد ثانی اقدام کند.

## ۲-۴. نظریه کارایی اقتصادی و نقض کارآمد قرارداد

اگر هدف حفظ قرارداد ثانی معارض بر پایه حسن نیت شخص مداخله کننده باشد (البته با در نظر گرفتن سایر شرایط مورد نظر در این پژوهش) به هنگامی که می توان در اکثر موارد، عمده خسارت شخص مشروط له را از لحاظ مالی جبران کرد، مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی و قاعده منع سوءاستفاده از حق نباید به ابزاری مانند بطلان معامله ثانی متوسل شد. حال، یکی از ملاک ها برای توجیه نظریه فوق نظریه کارایی اقتصادی است. بر اساس این نظریه، هدف نهایی همه قواعد اجتماعی به حداکثر رساندن ثروت عمومی و ارتقای رفاه شهروندان است. در این نگاه کارکرد اصلی نظام حقوقی «بهینه سازی» سازوکارهای اجتماعی از طریق کاستن از هزینه ها و افزایش عواید اقتصادی است. «از منظر معیار جبرانی کالدور-هیگس» وضع بهینه وضعی است که با انتقال از یک وضعیت به وضع اقتصادی دیگر بتوان از محل سود بردگان، زیان زیان دیدگان را جبران کرد و در عین حال سود بردگان وضعی بهتر از قبل داشته باشند (دینی ترکمانی، ۱۳۹۲: ۹۷).

بر اساس تئوری «نقض کارآمد قرارداد» بعضاً در چارچوب معیار کارآمدی کالدور-هیگس، نقض قرارداد اقدامی قابل توجیه است. الزام به ایفای تعهدات در این دیدگاه به خودی خود قابل دفاع نیست، مگر آنکه منافع آن برای متعهد له بیش از مخارج ایفای آن برای متعهد باشد؛ بنابراین متعهد مجاز است عهدشکنی کند به شرط آنکه فایده این تخلف آن قدر باشد که پس از پرداخت سود مورد انتظار متعهد له، چیزی برای او باقی بماند. از این رو ملاک التزام یا عدم التزام به یک وعده می تواند در ملاحظه نتایج اقتصادی آن نیز باشد (عبدی پور فرد و پرهیزگار، ۱۳۹۴: ۸۱). از نظر نگارنده الزام قراردادی فرا معنای خود حاوی الزام به انجام و عدم انجام (و جبران خسارت) است. به عبارت دیگر هنگامی که بحث عدالت و حسن نیت و انصاف فراسوی اراده طرفین ثابت شد دیگر هدف والا تنها الزام به انجام شرط، وعده و تعهد نخواهد بود، زیرا شاید شرایط به گونه ای اقتضای الزام به عدم انجام تعهد یا در واقع برداشتن بار اضافه از دوش مشروط علیه را داشته باشد. این گونه است که برای مثال اگر مشروط

علیه در شرایط غیرقابل پیش‌بینی و نوسانات اقتصادی شدید مجبور به عمل برخلاف شرط و پیش‌فروش واحدهای سهمی خود - در مثال قرارداد مشارکت در ساخت - شد، دیگر قرارداد معارض شرط را باطل قلمداد نکرده و با کمک قاضی، انصاف را ماوراء شرایط قراردادی و اراده طرفین قرار دهیم. در این راستا، می‌توان به مبنای اصل چهارم قانون اساسی و اصل جبران خسارت نیز تکیه کرد. همچنین با اخذ وحدت ملاک از ماده ۲۳۸ قانون مدنی که در باب شرط فعل مقرر می‌دارد: «هرگاه فعلی در ضمن عقد، شرط شود و... حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». با استفاده از این ماده در بخش «به خرج ملتزم» می‌توان جبران خسارت مالی در بحث نقض شرط (ترک فعل) جهت حفظ حقوق مشروط له با پرداخت غرامت (خسارت) به حالت بازگشت به فرض اجرای کامل قرارداد عودت پیدا کرده؛ منافع مشروط له را تأمین یا خسارات او را جبران کرد. در خصوص مسئولیت قراردادی این اصل کلی مورد تأکید قرار گرفته است که «هدف از جبران خسارت این است که محکوم‌له، در همان وضع مالی قرار گیرد که در صورت اجرای قرارداد به ترتیب مقرر توسط طرفین در موقع انعقاد، در آن وضعیت قرار می‌داشت (قربانین، ۱۳۸۹: ۳۴۰-۳۰۳).

در قانون مدنی اصلاح شده فرانسه در سال ۲۰۱۶ ماده ۱۲۲۱ به صورت خاص ممکن بودن ارائه حکم انجام یک عمل خاص برای جبران خسارت نقض یک قرارداد اصلی شناخته شده است. این ماده مقرر می‌دارد: متعهد به یک الزام ممکن است با دریافت اخطار به انجام تعهد، به دنبال انجام این عمل باشد مگر اینکه این عمل غیرممکن باشد یا عدم تناسب آشکاری بین هزینه آن برای متعهد و سود آن برای متعهد له وجود داشته باشد (Helleringer, ۲۰۱۷: ۳۵۵-۳۷۵). در تفسیر شرح فوق می‌توان شرایط اقتصادی حال جامعه ایران را برای ملموس‌تر شدن قضیه چنین عنوان کرد که در مثال بارز پژوهش (قرارداد مشارکت فی‌مابین مالک عرصه و سازنده) در حالی که مشروط له (مالک) شرط کرده که سازنده حق پیش‌فروش واحدهای سهمی خود را قبل از اتمام سقف نداشته باشد (به نحو شرط ترک فعل حقوقی) در این حالت سازنده بدو هزینه ساخت‌وساز را رقم خاصی برآورد کرده بود اما به دلیل شرایط غیرقابل

پیش‌بینی و نوسانات شدید اقتصادی مجبور به نقض شرط و پیش فروش واحدها کمی زودتر از موعد معهود می‌کند تا توان ادامه انجام تعهد را داشته باشد در این صورت بر اساس نظریه نقض کارآمد قرارداد می‌توان حق را به مشروط علیه داد و عقود منعقد شده با اشخاص ثالث را نیز صحیح قلمداد کرد. خصوصاً که پیش فروش‌ها را بر اساس قیمت روز انجام داده باشد تا قرینه تبانی با شخص ثالث (خریدار) نیز تا حدی از بین رفته باشد (مبین و لؤلؤ، ۱۳۹۶: ۲۷۵-۲۴۶).

ماده مشابه دیگر در قانون مدنی اصلاح شده فرانسه و قابل استفاده ماده ۱۱۹۵ است. بر اساس این ماده، زمانی که شرایط غیرقابل پیش‌بینی عمل به قرارداد را برای یکی از طرفین طاقت‌فرسا می‌سازد، طرف موردنظر می‌تواند درخواست مذاکره مجدد کند. اگر مذاکره موفق نبود یا توافقی برای خاتمه قرارداد به دست نیامد قاضی ممکن است قرارداد را بازمینی کرده یا خاتمه دهد. حکم ماده فوق را می‌توان در حقوق ایران در رابطه با نقض شرط نیز تسری داد و در اصلاحات مواد راجع به شروط، خاصه شرط ترک فعل حقوقی بهره‌برداری کرد. یکی دیگر از مستندات نقض کارآمد قرارداد را می‌توان ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی دانست. این ماده نمایانگر آن است که در جایی که مشروط علیه از انجام شرط سرباز می‌زند جبران خسارت مالی گزینه مطلوبی خواهد بود.

۳. اعتبار قرارداد بر اساس نقض قراردادهای پیشین در حقوق ایالات متحده آمریکا  
در حقوق آمریکا یک قرارداد نشان‌دهنده حق مالکیت خاص یا معین است و تجاوز از آن قرارداد با قرارداد معارض شبه جرم است (Post, ۲۰۱۳:۷۰). در حقوق آمریکا، حقوق طرفین قرارداد از مداخله طرف سوم که در قرارداد حقی ندارد تضمین می‌شود (Bennett, ۲۰۱۳:۳۶). دادگاه‌ها با مداخله، نقض قرارداد توسط یک شخص ثالث را به عنوان شبه جرم تلقی می‌کنند. زمانی که دادگاه تجدیدنظر نیویورک در مورد باد و



مورنینگ تلگراف<sup>۱</sup> با این پرسش مواجه شد (تعیین ضمانت اجرا در شرایط نقض قرارداد پیشین توسط ثالث)، تصمیمی گرفته شد که ابهام قابل توجهی در مورد وضعیت حقوق در نیویورک در مورد این مسئله ایجاد کرد.

با قرارداد سه ساله با شرکت انتشارات دیلی ریسینگ فرم<sup>۲</sup> داشت که مدعی علیه (شرکت رقیب) از آن آگاه بود. با این حال، مدعی علیه، رقیب ریسینگ فرم، (در زمانی که با همچنان قرارداد سابقش پابرجا بود) قراردادی با شرایط بهتر به او پیشنهاد کرد و به او تضمین داد که این توافق با ریسینگ فرم اجباری نیست و مدعی علیه (شرکت رقیب) عواقب نقض قرارداد را خواهد پذیرفت. سپس با قرارداد خود را نقض کرده و وارد قرارداد جدید با مدعی علیه شد. متعاقباً، قرارداد او با مدعی علیه منفسل شد و در مورد نقض قرارداد شکایت کرد.

اساساً این سؤال در پرونده با<sup>۳</sup> بر اساس این نکته حل شده بود که اگر اثبات شود که انگیزه یک شبه جرم بوده است، آیا دادگاه می‌تواند از الزامی ساختن قرارداد دوم چشم پوشد؟

این پرسشی است که توسط دادگاه استیناف نیویورک پاسخ داده شد. برای این که قرارداد معارض شبه جرم و موجب مسئولیت شود شرایطی لازم است. ابتدا قرارداد اصلی می‌باید معتبر و قابل اجرا باشد (Post, ۲۰۱۳:۷۱). باید انجام دهنده (عامل) شبه جرم قصد جلوگیری از عمل به الزامات اولیه را داشته باشد. این قصد با اثبات مهم‌ترین عنصر شبه جرم یعنی علم به وجود قراردادی که نقض شده است (Post, ۲۰۱۳:۷۲). ثابت می‌شود. در ترکیب با این عوامل، عنصر چهارم (سوءنیت) که به طور کلی برخاسته از عمل شخص مداخله‌جو و فضول برمی‌آید (Podwitz, ۱۹۳۹:۶۸۷-۶۸۴).

سوءنیت نیازمند انجام عمدی اقدامی مضر بدون توجیه است (Clark, ۱۹۹۲:۱۰۵) و صرفاً شامل بدخواهی یا بداندیشی نیست. اثبات سوءنیت واقعی به منظور تصدیق علت

۱. s241 App. Div. 142, 271 N. Y. Supp. 538 (1st Dept. 1938), *aff'd*, 265 N. Y. 639, 193 N. E. 423 (1938). (Budd V. Morning Telegraph)

۲. Daily racing form

۳. Budd

اقامه دعوا ضرورت ندارد (Butt، ۱۹۲۰: ۴۹۷). نهایتاً، این نقض قرارداد می‌یابد در کنار آسیب‌های واقعی وارده توسط طرف آسیب‌دیده اثبات شود. اثبات این عناصر شبه جرم را تأیید می‌کند اما آیا این به آن معنا است که قراردادی که بر اساس این عناصر تشکیل شده معتبر نیست؟ در جایی که بین A و B قرارداد معتبری وجود داشته باشد و X با آگاهی از قرارداد، از روی سوءنیت B را به تنظیم قرارداد با خود برای هدف خاصی با قصد آسیب رساندن به A تحریک کند، این معامله می‌تواند به بهای نقض توافق پیشین اعمال شود؟ تعهدات اولیه بین A و B معتبر است. X عمداً قصد دارد با جلوگیری از این عملکرد به A آسیب رساند و از قرارداد موجود آگاه است و سوءنیت او در این حقایق به صورت ضمنی موجود نیست، بلکه قابل مشاهده است. اجرای قراردادی دوم نقض تعهدات اولی است که از آن A می‌تواند این آسیب را اثبات کند. اعمال X از هر نظر او را به عنوان انجام دهنده شبه جرم نشان می‌دهد قرارداد او عنصری است که آسیب را ایجاد می‌کند. با این حال، دادگاه استیناف این نوع قرارداد را تنفیذ و اعمال می‌کند.

مجموعه دوم از حقایق مشابه را در تمام جوانب فرض کنید، اینکه قصد X تنها به دست آوردن هدف قرارداد اول به نفع اوست. این موقعیت تصویری واضح از ارتکاب شبه جرم را ارائه می‌دهد.

در واقع، بسیاری از تصمیمات به دنبال توجیه این‌گونه اقدامات مداخله‌ای تحت عنوان «رقابت» هستند این‌گونه نمایه‌های این نظریه نشان می‌دهد که جلوگیری از انجام یک معامله خوب توسط فرد به بهای آسیب رساندن به رقیب، از بین بردن رقابت و آزادی معامله است (Simler & Terré، ۲۰۱۸: ۹۳).

حقوقدانان آمریکایی بر این عقیده‌اند که حقیقت دارد که رقابت نباید از بین برود اما آیا این تجاوز به حقوق دیگری را توجیه می‌کند؟ این نظریه زمانی که یک حقیقت مهم درک شود، نقض می‌شود. یعنی آگاهی از قرارداد اول زمانی که القاء کننده می‌داند که قراردادی را نقض می‌کند تا هدف نهایی خود را به دست آورد، طرف مداخله کننده نمی‌تواند ادعای نقض تصادفی را داشته باشد (Marsters، ۱۹۰۷: ۲۳۶). این دانش و

آگاهی مبنی بر انجام اقدام اشتباه بودن توجیهی است که سوءنیت استنباط می‌شود و شبه جرم را ایجاد می‌کند.

در موقعیت سوم که از تمام این جوانب به اولی شباهت دارد غیر از اینکه X هیچ آگاهی یا قصد آسیب رساندن به A را ندارد. نمی‌توان گفت که شبه جرم وجود دارد. با سنجش این حقایق با عناصر شبه جرم، نمی‌توان هیچ اشتباهی را نشان داد. حقیقت دارد که به حقوق A تجاوز شده اما قصد مداخله وجود نداشته، با دانش و آگاهی از حقوقی که مورد تجاوز قرار می‌گیرند، عناد وجود ندارد و نتیجه فقدان آسیب رسانی عمدی خواهد بود. تمایز این سه پرونده چیست؟ در نظر گرفتن عناصر آگاهی و عناد (سوءنیت) است که پایه تأیید شبه جرم هستند. این مولفه‌ها وابسته است. به طور رسمی، دادگاه‌های انگلیس بر تأیید سوءنیت به عنوان یک حقیقت مستقل به منظور اثبات شبه جرم تأکید می‌کنند (Farrell, ۱۹۵۰: ۵۵۴-۵۶۱). اما تصمیمات بعدی تأیید کردند که شبه جرم مبتنی بر قصد عناد نبود بلکه بر پایه این مسئله بود: تجاوز از حقوق قانونی با آگاهی از یک علت صورت گرفته است (Leathem, ۱۹۰۱: ۴۹۵) متعاقباً این مسئله در آمریکا نیز تأیید شد و امروز آگاهی عنصری مهم است (Leathem, ۱۹۰۱: ۲۰۳). از دانش و آگاهی از قرارداد اول است که سوءنیت استنباط می‌شود. در نهایت، حقوق آمریکا این امر را تأکید و تأیید می‌کند که شبه جرم نیازمند دانش و عناد (سوءنیت) است که می‌باید با آگاهی انجام شود یا بیان شود. تجاوز به حقوق قانونی به تنهایی برای تأیید علت یک اقامه دعوا کافی نیست (Post, ۲۰۱۳: ۱۶). در نهایت اعتبار قرارداد دوم را بر پایه حسن نیت و سوءنیت تلقی می‌کند. آن‌هم حسن نیت و سوءنیت شخص مداخله کننده (شخص ثالث).

### نتیجه‌گیری

با توجه به عدم وجود ضمانت اجرای صریح باید با بهره‌گیری از نظریات مختلف به طور صریح مشخص شود که در چه شرایطی و بر چه اساسی باید حکم به صحت یا بطلان عمل حقوقی معارض داده شود، زیرا قائل شدن به بطلان، عدم نفوذ یا صحت

به نحو اطلاق راه حل مناسبی نیست. بر اساس این تحقیق، اصل لزوم و آزادی قراردادی تنها می‌تواند به دلیل عدالت، حسن نیت و کاربرد عمومی محدود شود، در عبارت فوق اصل لزوم و آزادی قراردادی به قرارداد پیشین و مشروط‌له‌ای که شرط ترک فعل حقوقی را مقرر کرده است باز می‌شود و کارکرد عدالت و حسن نیت و کاربرد عمومی به شخص مشروط علیه و شخص ثالثی که متعاقباً وارد در قرارداد مخالف با شرط ترک فعل حقوقی می‌شود، ارتباط می‌یابد.

در رسیدن به حکم مناسب باید بین انواع درجات حق یعنی حق عینی، حق تبعی و حق دینی تمایز قائل بود، زیرا ممکن است حقیقتاً موضوع شرط تنها یک رابطه شخصی فی مابین مشروط له و مشروط علیه باشد یا تعهد از نوع دینی باشد. در این صورت عدالت اقتضا دارد جهت حمایت از شخص ثالث با حسن نیت تعیین سرنوشت معامله ثانی را به سان مشروط له دارای حق عینی محض به دستان وی (مشروط له) نسپرد، زیرا تنفیذ و رد مشروط له تنها در حالت حق عینی محض (مانند حق مالکیت) مفهوم می‌یابد، نه در سایر درجات حق.

در این خصوص می‌توان از کاربرد نظریه فقهی عدم نفوذ مراعی بهره‌برداری کرد که مقرر می‌دارد: اگر بتوان حق مشروط له را به هر نحو جبران کرد امکان دخالت در معامله معارض با شرط توسط وی وجود ندارد، خصوصاً در شرایطی که حسن نیت شخص ثالث وارد در قرارداد معارض، در بین باشد.

از دیگر دستاوردهای پژوهش حاضر، لزوم ورود قاعده حسن نیت و انصاف در قوانین جهت حمایت از شخص ثالث ناآگاه و فاقد سوءنیت در صورتی است که از وجود قرارداد متناقض با حقوق دیگری آگاهی نداشته باشد. البته حمایت از وی بایستی در شرایطی اعمال شود که با حق عینی مشروط له تعارضی نداشته باشد.

اما در دستاورد دیگر تحقیق توجه حسن نیت نه تنها به شخص ثالث بلکه به شخص مشروط علیه ناقض شرط نیز می‌رود؛ به این گونه که بتوان در صورت نقض کارآمد قرارداد، قرارداد معارض وی را مشمول صحت دانست. حال این نقض کارآمد خود می‌تواند در اثر شرایط متفاوت ایجاد شود. از جمله: وجود شرط ترک فعل حقوقی

که الزامات ضروری متعهد را مورد توجه قرار نمی‌دهد که آن الزامات ضروری یا در موقع انعقاد عقد بالفعل است یا اینکه زمینه آن بعداً به وجود آید، مانند نوسانات شدید اقتصادی و غیرقابل پیش‌بینی بودن آن شرایط یا وجود تفاوت فاحش بین سود برهم زدن قرارداد و انعقاد قرارداد جدید معارض با شرط توسط مشروط علیه و سود مشروط له در حالتی که مشروط علیه تصمیم بگیرد پای بند حفظ شرط باشد؛ در صورتی که باید قرارداد معارض مشروط علیه را مشمول صحت دانست به دو دلیل:

۱. حفظ انصاف و اصل لزوم و استواری معاملات

۲. حسن نیت شخص ثالث ناآگاه

در نتیجه این تحقیق در حالت کلی قائل به ضمانت اجرای بطلان معامله معارض نیست مگر حالت وجود سوءنیت و تبانی با شخص ثالث؛ اما در حالت تناقض با حق عینی نیز ضمانت اجرای عدم نفوذ مورد قبول است.

بر اساس پژوهش فوق پیشنهادهایی در قالب وضع و تصحیح قانون به شکل زیر ارائه می‌شود:

۱. در معاملات معارض با شرط ترک فعل حقوقی هم در حقوق عینی و هم حقوق عهدی در صورت وجود حسن نیت بین اطراف معامله معارض و در صورت امکان تأمین منافع حاصل از شرط برای مشروط له از طرق دیگر نظیر جبران خسارت، معامله مخالف با شرط صحیح خواهد بود؛ اما در صورت تبانی و عدم حسن نیت این معامله به دلیل حفظ مصالح اخلاقی در جامعه غیر نافذ و باردار مشروط له محکوم به بطلان خواهد بود.

۲. «مشروط له می‌تواند با ارسال اخطار به مشروط علیه، انجام تعهد یا بازگرداندن آن به حالت نخست را مطالبه کند مگر اینکه این عمل غیرممکن باشد یا عدم تناسب آشکاری بین هزینه آن برای متعهد و سود آن برای متعهد له وجود داشته باشد که در این صورت تنها می‌تواند جبران خسارت را مطالبه کند».

## منابع

### الف. فارسی

اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۶) «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی ره»، *مجله علوم اجتماعی*، پژوهشنامه متین، شماره ۳۶، صص ۲۰-۱.

امامی، حسن (۱۳۹۴) *حقوق مدنی (جلد ۱)*، چاپ ۳۶، تهران: انتشارات اسلامی. امین، سید امیرمهدی (۱۳۸۷) «اصل لزوم در فقه و قانون مدنی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی*، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۴۵-۴۴، صص ۵۲-۱۱.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹) *حقوق تعهدات (جلد ۱)*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸) *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ۵ جلدی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

جهانگیری، محسن و یزدانی، غلامرضا (۱۳۹۱) «بررسی اقسام شرط و آثار آن با تکیه بر نقض تعهد»، *مجله آموزه‌های فقه مدنی*، بهار و تابستان، ۵، صص ۵۴-۲۵.

دینی ترکمانی، علی (۱۳۹۲) «نسبت میان مکتب کمبریج و تعدیل به روش انفجار درمانی»، *مجله دنیای اقتصاد*، تهران، دوره ۹۷، صص ۲۹-۲۸.

شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۸۹) *اموال حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)*، تبریز: انتشارات فروزش.

شهابی، مهدی (۱۳۹۴) «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۲، پائیز و زمستان، صص ۶۲۵-۶۰۱.

شهیدی، مهدی (۱۳۶۹) «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۸، پاییز و

زمستان، صص ۱۵۰-۱۳۳.

صفایی، سید حسین و قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۷۶) **حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)**، چاپ دوم، تهران: سمت.

عبدی پور فرد، ابراهیم و عبدالرضا پرهیزگار (۱۳۹۴) «بررسی تطبیقی مبانی التزام به عقد با تأکید بر نظریه اعتماد»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۴، صص ۹۲-۶۷.

کاتوزیان، ناصر و محمدهادی عباس‌زاده (۱۳۹۲) «حسن نیت در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۴۳ شماره ۳، صص ۱۸۶-۱۶۷.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) **اموال و مالکیت**، چاپ دوم، تهران: دادگستر.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲) **قواعد عمومی قراردادها (جلد ۱)**. چاپ دوم، تهران: انتشارات مدرس.

کریمی، عباس (۱۳۹۱) «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۱۷ شماره ۵۸، صص ۱۸۸-۱۵۷.

قربانیان، حسین (۱۳۸۹) «مسئولیت مدنی کارگزاران بورس و فرآیند طرح دعاوی مرتبط در مراجعه صالحه»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، صص ۳۴۰-۳۰۳.

مبین، حجت و لؤلؤ، سیده مهناز (۱۳۹۶) «مبانی و چگونگی جبران خسارت وارده به خریدار در معامله فضولی با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره نهم، شماره چهارم، زمستان، صص ۲۷۴-۲۴۶.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۴) **قواعد فقه بخش مدنی ۲**، چاپ اول، تهران: سمت.  
میرزا نژاد جویباری، اکبر (۱۳۸۶) «امکان ابطال قرارداد معارض در حقوق ایران و انگلیس»، مجله حقوق مدنی تطبیقی تهران، انتشارات سمت و موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، بهار، چاپ اول، صص ۶۳-۴۱.

نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۸) **جواهر الکلام**، جلد ۲۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه.  
 نسیمی سکوتی، رضا (۱۳۹۵) «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط،  
 ترک فعل حقوقی»، **مجله آموزه‌های فقه مدنی**، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳  
 بهار و تابستان، صص ۲۷-۱۱.

#### ب. عربی

آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۷) **کفایه الاصول**، قم: موسسه آل البيت، الاحیاء  
 التراث.

آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۱۰ق) **الحدائق النضره فی احکام  
 العتره الطاهره**، چاپ دوم، بیروت: دارالاضواء.

انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰) **المکاسب**، جلد ۵، قم: الهادی.

خوانساری نجفی، موسی (۱۴۱۸ق) **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، قم: موسسه نشر  
 اسلامی.

خویی، سیدابوالقاسم (بی تا) **مصباح الفقاهه**، بی جا.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۴۰۷ق) **هدایه الطالب الی اسرار المکاسب**، قم:  
 کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

طباطبایی یزدی، شیخ محمدکاظم (۱۳۴۲) **عروه الوثقی**، نجف: مطبعه الآداب.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۷۸) **الخلاف**، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

عاملی جبعی، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ق) **مسالك الفهم فی شرح شرائع الاسلام**.  
 قم: مؤسسه معارف اسلامی.

عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق) **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم:  
 مؤسسه معارف اسلامی.

علامه حلی، حسین بن یوسف بن مطهر (۱۳۷۸) **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب  
 الامامیه**، مشهد: چاپ سنگی، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.



- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ ق) انوار الفقهاءه (کتاب البيع)، چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- مامقانی، عبدالله (بی تا) **مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و الیقین**، قم: مؤسسه آل البيت<sup>(ع)</sup> الاحیاء التراث.
- محقق اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸) **حاشیه مکاسب (جلد ۴)**، تحقیق محمد آل سباع، قم: مؤسسه النشر الاسلامی العلمیه.
- محقق یزدی طباطبایی، عبدالعزیز (۱۳۷۸) **حاشیه مکاسب (جلد ۲)**، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۱ ق) **مجمع الفائده و البرهان فی شرح الاذهان الی الاحکام الایمان**، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰) **القواعد الفقهیة، الجزء الثانی، الطبعة الثالثة**، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی بجنوری، سید میرزا حسن (۱۳۷۷) **القواعد الفقهیة**، قم: دارالکتب العلمیه.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا) **کتاب البيع**، قم: چاپخانه مهر.
- موسوی خمینی، سید روح الله... (بی تا) **البيع**، قم: دارالعلم.
- نائینی، محمد حسین (۱۴۱۳ ق) **المکاسب و البيع**، تقریر محمد تقی آملی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نراقی، موسی احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۵) **عوائد الامام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

ج. انگلیسی

Bennett, Arthur (۲۰۱۳) "Liability of Department Stores for Torts of Lessees", **St. John's Law Review**, Vol. ۱۵: Iss. ۱, Article ۶, pp. ۳۲-

Clark, Joseph (۱۹۹۲) **Legal file the Cumberland Glass Mfg. Co, De Witt**, ۱۲۰ Md. ۳۸۱- ۳۹۲, ۸۷ Atl, New Jersey: Manufacturer Notes: Cumberland Glass Manufacturing Company Bridgeton Directories.

Hornstein, v. Podwitz (۱۹۳۰) **Legal file the Van Wyck v. Manning**, ۱۷۳ N.E. ۶۷۴, ۲۵۴ N.Y. ۴۴۳, New York: New York Court of Appeals.

Hellinger, Genevive (۲۰۱۷) "The Anatomy of the New French Law of Contract", **European Review of Contract Law**, vol. ۱۳, issue ۴, pp. ۳۵۵-۳۷۵.

Lai, ho hock (۱۹۹۴) "Can a Thif Pass Title to Stolen Goods", **Singapore Academy of Law Journal**, Vol.۶.S.Ac.L.J.pp.۴۳۹-۴۴۰.

Leathem, Quinn v. (۱۹۰۱) **Is a Case on Economic Tort and is an Important Case Historically for British Labour Law**.A. C. pp.۲۰۳- ۴۹۵, London: Court: House of Lords.

Marsters, Beekman V. (۱۹۰۷) **Supreme Judicial Court of Massachusetts**, ۱۹۵ Mass. ۲۰۵, ۸۰ N. E. ۸۱۷, Massachusetts: Published opinions from Massachusetts courts.

Post, Robert M. (۲۰۱۳) "Validity of Contract Based upon Breach Of Prior Existing Contrast", **st. John's Law Review**, Volume ۱۵, Issue ۱ Volume ۱۵, Article ۷, Number ۱, pp.۷۰-۸۰.

Raymond R. Farrell (۱۹۵۰) "Regulation of Union Security Contracts", **The Yale Law Journal**, Vol. ۵۹, No. ۳, pp. ۵۵۴-۵۶۱.

Sadurski, Wojciech (۱۹۸۴) "Social Justice and Legal Justice", **Springer Law and Philosophy**, Vol. ۳, pp. ۳۲۹-۳۵۴.

Said v. Butt (۱۹۲۰) **The case said v. Butt**, ۳ K. B. ۴۹۷. See note ۲۱,

supra. London: Jurisdiction: England and Wales.

د. فرانسوی

Becquart, Joseph (۱۹۲۸) **les mots a sens multiples dans le droit civil francais**, Paris: Presses universitaires de France.

Cornu, Gérard (۲۰۱۴) **Vocabulaire juridique Entreprise, économie & droit**, ۱۰e édition, Puf Quadrige, Dicos Poche ۲۸, paris: Dalloz.

Simler, Philippe & Terré, François (۲۰۱۸) **Droit civil : les biens**, ۱۰e édition, paris: Dalloz.

