

# اعمال خیرات در عقود ناقص

عباس کریمی\*  
آرش بادکوبه هزاوه\*\*

تاریخ تألیف: ۱۴۰۱/۵/۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۶/۶

## چکیده

قانون مدنی در خصوص وضعیت، احکام و آثار عقدی که به صورت ناقص منعقد شده و هنوز اثر اصلی آن محقق نشده هیچ قاعده عامی مقرر نکرده و تنها در برخی از مصادیق خاص این عقد، مقررات مجمل و مبهمی وضع نموده است. عقد ناقص دارای یک دوره انتظار جهت تکمیل و تمام شدن است که بررسی وضعیت طرفین، آثار و احکام مربوط به این دوره با عنایت به اجمال مقررات قانون مدنی ضروری به نظر می رسد. امکان اعمال خیرات در عقود ناقص یکی از آثار مربوط به دوره انتظار این دسته از عقود بوده که در پژوهش حاضر بررسی شده است. پاسخ نویسندگان به این سوال که آیا طرفین عقد ناقص در دوره انتظار می توانند از خیار فسخ برخوردار باشند یا خیر این است که حق فسخ مختص عقد لازم و صحیح اعم از صحیح فعلی و تأهلی بوده و از آن جا که عقد ناقص از صحت تأهلی برخوردار است، صاحب حق فسخ می تواند خیار فسخ خود را به موقع اجرا گذارد و لازم نیست برای اعمال خیار خود تا زمان تکمیل شدن عقد به انتظار بنشیند. در این راستا پس از به دست دادن یک قاعده عام به تطبیق این قاعده بر مصادیق بارز عقود ناقص پرداخته شده است.

**واژگان کلیدی:** خیار فسخ، دوره انتظار، صحت تأهلی، عقد فضولی، عقد ناقص، عقود چندجانبه، عقود معلق، عقود موقوف به تنفیذ.

\* استادتمام گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (abkarimi@ut.ac.ir).  
\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران / نویسنده مسئول  
(a.badkuba@ut.ac.ir).

## مقدمه

عقد ناقص اصطلاحی است که می‌توان به عقودی اطلاق کرد که انشای آن از جهت گره خوردن ایجاب و قبول صحیحاً واقع شده اما فاقد یکی از شرایط مورد نیاز قانونی یا قراردادی بوده و به همین دلیل اثر اصلی آن عقد بلافاصله پس از انشا حاصل نمی‌شود. مصادیق عقود ناقص در حقوق ایران طبق استقرایی که نگارندگان انجام داده‌اند عبارت‌اند از: عقود غیر نافذ موقوف به تنفیذ قبل از صدور تنفیذ یا رد، عقد معلق قبل از وقوع معلق علیه، عقود چندجانبه قبل از الحاق یک یا چند قبول اطراف عقد، عقود عینی قبل از تحقق قبض. وجه مشترک این دسته از عقود این است که دارای یک دوره زمانی جهت تکمیل عقد و تحقق اثر آن هستند که طرفین برای به بار نشستن اثر عقد و در نتیجه اجرای تعهدات خود حسب مورد به ترتیب به انتظار صدور تنفیذ، وقوع معلق علیه، الحاق قبول دیگر اطراف عقد یا صورت پذیرفتن قبض و اقباض می‌نشینند. این دوره زمانی را می‌توان دوره انتظار نامید.

۸

بدون تردید عقد ناقص با عقد باطل متفاوت است؛ اولاً از این جهت که عقد ناقص برخلاف عقد باطل قابلیت تکامل دارد و ثانیاً این عقد در حدود انشای خود احکام و آثاری را داراست. از جمله این آثار التزام به عدم احتراز از عقد است. احکام و آثار دوره انتظار، از مواردی است که هم در فقه و هم در حقوق موضوعه مغفول باقی مانده بررسی آن نیازمند پژوهشی جداگانه است و جز مطالب پراکنده‌ای که برخی نویسندگان در مصادیق خاصی از عقود ناقص بیان کرده‌اند، مطلب مستقلی یافت نمی‌شود.<sup>۱</sup> موضوع مقاله حاضر بررسی این امر است که آیا در دوره انتظار برای طرف یا طرفین عقد ناقص می‌توان حق فسخ قرارداد را متصور شد؟ در واقع آیا لزوماً حق فسخ مخصوص عقد صحیح و کامل است؟ فرضیه این تحقیق بر این امر استوار است که هرگاه عقد لازم و الزام آوری وجود داشته باشد، امکان اعمال خیار فسخ به شرط وجود شرایط، وجود دارد و عقود ناقص نیز حاوی التزام به مفاد عقد بوده و این التزام منوط به تحقق اثر اصلی عقد نیست. در واقع در تحقیق حاضر با استفاده از ظرفیت نظریه فقهی «صحت تأهلی»، سعی شده اثبات شود که از میان وضعیت عقود عقد ناقص، صحیح است اما نه صحیح بالفعل بلکه این عقد دارای صحت تأهلی بوده و اصولاً عقد لازمی محسوب می‌شود و این نوع عقد نیز مجرای اعمال خیار است.

۱. برای مثال آنچه که حقوقدانان در خصوص امکان یا عدم امکان توقیف مبیع مورد معامله در عقد معلق توسط طلبکاران فروشنده ذکر کرده‌اند ناظر بر آثار دوره انتظار است.

## ۱. تدارک قاعده عام اعمال خیرات در عقود ناقص

در مبحث حاضر ابتدا ضمن تعریف تفصیلی عقد ناقص و تعیین وضعیت آن، سعی خواهد شد قاعده‌ای عام در خصوص امکان اعمال خیار در این عقد در اختیار گذاشته شود.

### ۱-۱. تعریف، وضعیت و آثار عقد ناقص

در یک تقسیم‌بندی در فلسفه علت به دو نوع علت تامه و علت ناقصه تقسیم می‌شود. علت تامه علتی است که از وجودش وجود معلول و از عدمش عدم معلول لازم می‌آید. علت تامه در فلسفه اجزایی دارد که عبارت است از وجود مقتضی و فقدان مانع. مقتضی خود نیز از وجود سبب و شرط تشکیل می‌شود (بهیانی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۲۲). در مقابل، علت ناقصه علتی است که اجزای علت تامه را به طور کامل ندارد و عدمش مستلزم عدم معلول است اما وجودش لزوم وجود معلول را در پی ندارد (طباطبایی، ۱۴۲۳، ص ۱۱۰) و در صورت جمع شدن با سایر اجزا معلول و اثر خود را پدید می‌آورد. حال می‌توان گفت عقد ناقص عقدی است که در آن سبب عقد که عبارت است از انشای عقد ناشی از پیوند ایجاب و قبول، وجود داشته و مانعی نیز جهت اثرگذاری عقد موجود نیست اما یکی از شرایط مورد نیاز قانونی یا قراردادی مفقود است. شرط مورد نیاز قراردادی مانند اینکه در عقد بیع معلق ایجاب و قبول طرفین عقد کاملاً حاصل شده است و مبیع نیز خالی از موانع قانونی جهت نقل ملکیت است اما تحقق معلق علیه که یک شرط قراردادی مورد نیاز است هنوز حاصل نشده است. شرط مورد نیاز قانونی نیز مانند جایی که در بیع فضولی که مبیع فاقد موانع قانونی جهت انتقال بوده، تنفیذ مالک به‌عنوان شرط قانونی مورد نیاز همچنان صادر نشده است. در هر دو مثال، طرفین عقد معلق و طرف اصیل در عقد فضولی دوره‌ای از بلا تکلیفی را به نام دوره انتظار جهت حصول آخرین شرط برای تحقق اثر اصلی عقد تجربه می‌کنند که در صورت تحقق این شرط، اثر عقد بروز می‌یابد. جهت بررسی وجود خیار در این دوره باید به دو سوال مبنایی پاسخ داد؛ سوال اول آنکه در عقود ناقص قبل از تحقق شرط آیا عقد صحیحی میان طرفین یا اطراف عقد وجود دارد؟ سوال دوم اینکه طرف یا اطراف عقد التزامی به عدم رجوع از ایجاب و قبول خود دارند یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ هر دو سوال گذشته، این سوال اصلی مطرح می‌شود که در صورت وجود شرایط، طرف یا اطراف قرارداد می‌توانند مستند به یکی از خیرات فسخ دوازده

گانه قانون مدنی<sup>۱</sup> اقدام به فسخ قرارداد منعقد شده کنند؟

برای مثال فرض کنید به موجب عقد بیعی فروشنده به خریدار اعلام می‌کند که یک قطعه زمین معلوم و معین را به تملیک وی درآورده به شرطی که شهرداری پروانه ساخت آن را صادر کند و با قبول خریدار عقد بیع معلقی میان طرفین انشا می‌شود. مسئله این است که در فرض وجود یک عقد صحیح و لازم به طوری که طرفین نتوانند قبل از وقوع معلق علیه از مفاد اراده خود رجوع کنند آیا خریدار قبل از وقوع معلق علیه و قبل از انتقال ملکیت می‌تواند با اثبات این امر که فروشنده در کیفیت قطعه زمین فروخته شده، مرتکب تدلیس گشته یا با اثبات این امر که فروشنده در شده دارای اوصاف ذکر شده در قرارداد نیست یا با اثبات این امر که در زمین مذکور عیبی نهان بوده، به ترتیب بر اساس خیار تدلیس، خیار تخلف از شرط صفت یا خیار غیب، قرارداد را فسخ نماید؟ یا اینکه باید منتظر بماند و اعمال خیار فسخ خود را تا پس از تحقق معلق علیه و تمام شدن عقد بیع به تأخیر اندازد؟

در خصوص وجود یا عدم وجود عقد صحیح و لازمی که بتواند قبل از تحقق شرط طرف یا اطراف عقد را ملتزم به مفاد قرارداد کند باید گفت در دوره انتظار وجود دو اراده که پایه گذار عقد صحیح و مبنای التزام طرفین باشد مسلم است اگرچه عقد اصلی و اثر آن هنوز بروز و ظهور نیافته است اما ایجاب و قبول ردّ و بدل شده میان طرفین حکایت از التزام آنان دارد. به عبارت بهتر در خصوص سببیت ایجاب و قبول و قصد انشای طرفین می‌توان به ماده ۱۹۱ قانون مدنی استناد جست که بیان کرده: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». همچنین حقوقدانان در توضیح این ماده به درستی بیان داشته‌اند که قصد انشا سازنده عمل حقوقی است و همکاری اراده دو طرف با وجود شرایط اساسی معاملات، عقد را در عالم اعتبار تحقق می‌بخشد (شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۸۸). یعنی این ماده که در مقام بیان چگونگی تشکیل عقد بوده است قصد انشا را که می‌تواند در ایجاب و قبول متبلور شود عامل تحقق عقد می‌داند در واقع با تحقق ایجاب و قبول بنای ابتدایی عقد گذاشته می‌شود و پس از آن، حتی در صورتی که سایر عناصر عقد محقق نشده باشد، نمیتوان ماهیت بنای ایجاد شده در اثر ایجاب و قبول را هیچ پنداشت که فاقد هرگونه آثاری است (کریمی و صمدی، ۱۳۹۷، ص ۱۵۸). فقهای امامیه نیز به اتفاق ایجاب و قبول را دو رکن اساسی عقد دانسته‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۹۸). در واقع باید

۱. البته با اضافه کردن دو خیار تعدّز تسلیم و تفلیس به خیارات ده گانه مذکور در ماده ۳۹۶ قانون مدنی.

گفت وضعیت عقد ناقص از میان وضعیت عقود، عقد صحیح است اما نه صحیح فعلیه، بلکه این عقد دارای صحت تأهلی است. منظور از عقد صحیح تأهلی، عقدی است که شایستگی و اقتضای صحت فعلیه را دارد اما شرط یا شرایطی از صحت آن کماکمان مفقود است و تا قبل از فراهم شدن شرایط، اهلیت آن را دارد که با تمام شدن سبب عقد، آثار صحت فعلیه خود را بروز دهد. باتوجه به اینکه عقد ناقص دارای صحت تأهلی است و باتوجه به اطلاق عنوان عقد بر عقد ناقص، این عقد مشمول آیه «أوفوا بالعقود» و لازم الوفا است. لازم بودن عقد ناقص پشتوانه فقهی نیز دارد همانطور که برخی نویسندگان مانند مرحوم خوئی چنانکه خواهد آمد در بیع فضولی به عنوان مصداق کامل عقد ناقص نفس معاهده میان اصیل و فضول را مشمول آیه اوفوا بالعقود دانسته اند؛ بنابراین می توان برای طرفین عقد ناقص در دوره انتظار، حق فسخ قرارداد لازم را متصور شد ولو اینکه هنوز اثر اصلی عقد محقق نشده باشد؛ زیرا وجود یک عقد صحیح و لازم مجرای اعمال خیار فسخ خواهد بود. مگر اینکه عقد کاملی که طرفین در انتظار تحقق اثر آن هستند، خود عقد جایز باشد که در این صورت برای رهایی از التزام ناشی از عقد جایز به نیازی به تدارک خیار وجود ندارد و طرفین می توانند از التزام خود رجوع کنند؛ پس درحالی که عقد اصلی عقدی لازم است، از این جهت عقد ناقص را می توان به واجب معلق در علم اصول فقه تشبیه نمود زیرا در واجب معلق مکلف قبل از وقوع معلق علیه نمی تواند خویش را از انجام تکلیف معاف و عاجز سازد و مکلف به انجام مقدمات تا زمان معلق علیه است (مظفر، ۱۴۳۰، ص ۱۰۳ / حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۸۰). همچنین دلیل دیگر بر امکان جاری دانستن خیار در عقد ناقص این است که چون در فقه و حقوق موضوعه، مبنای عمده خیار یا قاعده «لاضرر» است و یا «شرط ضمنی»؛ این دو مبنا را نیز می توان در عقود ناقص متصور شد و حکم به وجود و اعمال خیار داد.

## ۱-۲. شناسایی مبنای التزام طرفین در عقود ناقص و خیار قابل اعمال

سوال اصلی در این قسمت این است که بعد از شناسایی اعمال خیار در عقود ناقص، آیا می توان تمام خیار را در این نوع از عقد متصور شد؟ پاسخ به این سوال به دو امر بازمی گردد؛ اول آنکه مشخص شود خیار مورد بحث در کدام دسته بندی از خیار است؛ خیاراتی که از آغاز عقد وجود دارند یا خیاراتی که در جریان اجرای عقد واقع می شوند؟ دوم آنکه مشخص شود مبنای التزام طرفین چه عقدی است؟ در همان مثال فوق که عقد ناقصی در قالب بیع معلق انشا

شده بود، مبنای التزام طرفین به برهم زدن عقد در دوره انتظار، عقد بیع است یا پای عقد دیگری در میان است؟

درخصوص سوال اول توضیح اینکه خیار تأخیر ثمن، خیار تفلیس و خیار تعذر تسلیم که می‌توان آنها را اختیارات معلق نامید از اختیاراتی هستند که در عقد ناقص قابل اعمال نیستند زیرا اعمال این اختیارات فرع بر وجود تعهد پرداخت یا تعهد به تسلیم بوده و پرواضح است که در دوره انتظار هیچیک از این تعهدات موجود نیست. در مقابل درمورد اختیارات منجز یعنی اختیاراتی که زمان ایجاد آنها همزمان با انعقاد عقد است مانند خیار غبن، عیب و مجلس یا اختیاراتی که مباداً محاسبه آنها لحظه انعقاد عقد است مانند خیار مجلس و حیوان، باید گفت در عقود ناقص نیز زمان پیدایش خیار غبن و عیب و مباداً محاسبه خیار مجلس و خیار حیوان از لحظه انشای عقد است نه از زمان حصول اثر اصلی عقد. جهت اثبات این ادعا لازم است که نظرات فقیهان را که به صورت پراکنده در مورد این نوع اختیارات در برخی مصادیق عقود ناقص بیان کرده‌اند بررسی کنیم. در مورد خیار غبن اگرچه شیخ انصاری تشکیک کرده‌اند عدم تعادل بین عوضین در زمان انشای عقد سلم و صرف - از مصادیق عقود ناقص هستند - احتمالاً موجد خیار نیست زیرا عقد هنوز تکمیل نشده و از این جهت تا قبل از قبض، ضرری به مشتری وارد نمی‌آید مگر اینکه قائل به وجوب تقابض شویم (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۸)، اما این نظر، مورد ایراد سایر فقها قرار گرفته زیرا اولاً پذیرش نظر فوق مستلزم این است که مبنای خیار غبن، لاضرر باشد اما اگر مبنای این خیار را شرط ضمنی بدانیم دلیلی وجود ندارد که عدم تعادل عوضین در زمان قبض سنجیده شود و صرف عدم تعادل در زمان انشای عقد برای تحقق این خیار کافی است (خویی، [بی تا]، ج ۶، ص ۳۱۳). ثانیاً تشخیص عدم تعادل میان عوضین در "حین معامله" بر عهده عرف است و نظر عرف درخصوص "حین معامله" این است که معامله بعد از انشای تملیک و تملک تمام شده و الزام‌آور محسوب می‌شود و قبض تنها شرط شرعی برای ملکیت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ص ۳۹). برخی نویسندگان حقوقی نیز با بیان این عبارت که «قاعده لزوم ارزیابی دو عوض در زمان عقد، در عقد معلق و عقد عینی که قبض در آن شرط صحت است، نیز اجرا می‌شود هرچند که اثر تحقق شرط نسبت به آینده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۸۷) پیدایش خیار، همزمان با انعقاد عقد و قبل از حصول شرط را تأیید کرده‌اند.

درمورد خیار حیوان در عقد ناقص نیز برخی از فقها در بیع معلق در منشأ - که مصداق بارز

عقد ناقص است - تصریح کرده‌اند مبدأ احتساب سه روز جهت اعمال خیار حیوان در عقود ناقص، تاریخ انشاست (خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۳۲). در خصوص خیار مجلس در بیع صرف - یکی دیگر از مصادیق عقد ناقص - گفته شده است که دلالت نصوص این است که عقد بیع علت تامه برای خیار است و این حکم شامل بیع صرف و سلم {قبل از قبض} نیز می‌شود<sup>۲</sup> چه معتقد به وجوب تقابض باشیم یا خیر و این امر بیانگر این است که در این دو عقد نیز قبل از قبض و حصول ملکیت عقد لازمی وجود دارد؛ بنابراین با جمع‌بندی مطالب فوق باید گفت عقد علت تامه برای ایجاد خیار است ولو اینکه خود عقد ناقص باشد و اثر اصلی عقد حاصل نشده باشد. این نظر در فقه سابقه طولانی دارد زیرا فقیهانی همچون شیخ طوسی اساساً در بیع خیار قائل به حصول ملکیت بعد از انقضای خیار هستند (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۸۳)؛ بنابراین از مجموع نظرات پراکنده فوق استنباط می‌شود که وجود یا مبدأ محاسبه خیارات منجز، از زمان انعقاد و انشای عقد است و تحقق اثر اصلی عقد نقشی در ایجاد این خیارات ندارد.

در خصوص سوال دوم، دو تحلیل در این زمینه متصور است؛ نخست آنکه مبنای التزام طرفین، عقد اصلی‌ای که مقصود طرفین بوده، نیست پس در مثال ما مبنای التزام طرفین، عقد بیع نبوده بلکه قرارداد دیگری است که طرفین را متعهد می‌کند. در واقع در عقود ناقص اراده طرفین تجزیه به دو بخش می‌شود یک بخش ناظر بر انعقاد قرارداد اصلی - در مثال ما بیع - بوده و یک بخش دیگر رابطه و قراردادی را شکل می‌دهد که موضوع آن التزام و پایبندی طرف یا اطراف التزام به عدم رجوع اراده خود از انعقاد قرارداد اصلی است. بر مبنای این تحلیل آنچه که ممکن است با اعمال خیار فسخ گسسته شود، رابطه طرفین در این قرارداد دوم است که با فسخ آن، قرارداد اصلی جایی برای ادامه حیات ندارد پس در مثال ما، که قرارداد بیع ناقص منعقد شده، امکان وجود خیارات مخصوص بیع در دوره انتظار وجود ندارد؛ زیرا مبنای التزام طرفین عقد بیع نبوده است. برخی نویسندگان حقوقی تجزیه اراده طرفین به دو انشای متفاوت در عقد حواله را ممکن دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۳۶۳).

تحلیل دوم آن است که بنا به تعریف عقد ناقص، سبب عقد اصلی وجود دارد و همین مقدار کفایت می‌کند که در مثال فوق، عنوان بیع را بر بیع معلق اطلاق کنیم و قائل شویم مبنای التزام

۲. صاحب مفتاح الکرامه و علامه در تذکره نیز بر این امر تصریح کرده و علامه ادعای اجماع کرده است (عاملی، ۱۴۱۹، ص ۱۲۷/حلی، ۱۴۱۴، ص ۹).

طرفین همان عقد بیع است پس خيارات مخصوص بیع - همانطور که در مورد خيار حیوان و مجلس گفته شد - جاری است. در تأیید این نظر می‌توان گفت طبق نظر علمای علم اصول، در استعمال الفاظ عقود و معاملات، باید اعمی بود و نه صحیحی. در واقع عنوان بیع، حتی بر بیع فاسد و بیع ناقص نیز صدق می‌کند و این عنوان تنها ناظر بر بیع صحیح نیست (مظفر، ۱۳۳۰، ص ۱۰۳)؛ بنابراین یقین داریم که به بیع ناقص هم بیع می‌گویند و حال شک داریم که خيارات مخصوص بیع نیاز به قید دیگری برای مثال وقوع معلق علیه دارد یا خیر، در اینجا اصل عدم قید یا همان اصاله الاطلاق را جاری کرده و حکم می‌کنیم در بیع ناقص خيارات مخصوص عقد بیع نیز در آن جاری است مگر خيار تأخیر تأدیه ثمن؛ زیرا بیان شد که وجود این خيار فرع بر تحقق تملیک و وجود تعهد به پرداخت ثمن است که در دوره انتظار، وجود این تعهد منتفی است.

در مقام ارزیابی به نظر می‌رسد حق با تحلیل دوم باشد و می‌توان این‌گونه نظر داد که آثار عقد از جمله خيارات بر انشأ بار می‌شود و اطلاق عنوان عقد بیع بر عقدی که ولو به طور ناقص منعقد شده کافی است تا اعمال خيارات مخصوص عقد بیع را در آن مجاز شمرد، به علاوه اینکه صحبت از وجود دو عقد در دیدگاه اول بدون دلیل و مبناست. به عنوان قاعده می‌توان گفت ماهیت عقود ناقص از جهت اعمال انواع خيارات، تابع همان عقد اصلی است که طرفین در انتظار تکمیل و تحقق اثر آن هستند. با این وضع، تمام خياراتی که در فرض کامل بودن یک عقد قابل تصور هستند، در دوره انتظار آن عقد هم وضعیتی مشابه دارند مگر خياراتی که اعمال آن منوط به تحقق اثر اصلی عقد و کامل شدن آن است مانند خيار تأخیر تأدیه ثمن در بیع. برعکس خياراتی که اعمال آنها در وضعیت کامل بودن یک عقد منتفی هستند در فرض ناقص منعقد شدن آن هم غیر قابل اجرا هستند مانند خيار غبن در یک عقد مسامحی.

## ۲. تطبیق قاعده عام اعمال خيارات در عقود ناقص بر مصادیق آن

در این قسمت، مصادیق خاص عقود ناقص در حقوق ایران، احصا شده و قابلیت اعمال خيار در دوره انتظار این عقود بررسی می‌شود.



## ۲-۱. اعمال خیارات در عقود موقوف به تنفیذ

عقود غیرنافذ موقوف به تنفیذ مصادیق متعددی دارد<sup>۳</sup> اما از آن جا که عقد فضولی مصداق کامل عقد موقوف به تنفیذ است، بسیاری از مسائل مشابه میان عقود موقوف به تنفیذ ذیل عنوان عقد فضولی بحث شده است. از جمله این موارد این سوال است که آیا در عقد اکراهی، شخص غیر مکره می‌تواند قبل از صدور اجازه یا ردّ ازسوی مکره، قرارداد را فسخ کند؟ شیخ انصاری پاسخ به این پرسش را به مباحث تفصیلی عقد فضولی ارجاع داده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۳۳۴)؛ بنابراین می‌توان گفت در زمینه قابل اجرا بودن خیارات در عقود موقوف به تنفیذ، هر نظری را که در عقد فضولی اتخاذ کنیم، در سایر عقود موقوف به تنفیذ نیز به دلیل عدم خصوصیت عقد فضولی قابل اجراست؛ بنابراین تمرکز این قسمت بر عقد فضولی خواهد بود.

در عقد فضولی، تأکید مباحث فقهی و حقوقی بر حفظ حقوق مالک بوده و کمتر به حقوق اصیل توجه شده است. در مورد شخص فضولی و امکان تصور خیار برای او، فقها و حقوقدانان صریحاً پاسخ منفی داده‌اند زیرا حتی بر اساس نظریه نمایندگی، فضول تنها نماینده مالک در انعقاد قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۴۹)؛ بنابراین محوریت بحث در مورد خیارات فسخ متعلق به اصیل خواهد بود. شناسایی حق فسخ برای اصیل قبل از تنفیذ یا ردّ غیر (مالک) مستلزم بررسی این امر است که اولاً قبل از تنفیذ یا ردّ عقد ازسوی مالک، آیا عقد صحیح لازمی وجود دارد؟

### ۲-۱-۱. وضعیت عقد فضولی پیش از تنفیذ یا ردّ در فقه

در میان فقها در خصوص وضعیت عقد فضولی اختلاف نظر وجود دارد به طوری که در قسمتی از نظرات خود، عقد غیر نافذ را صحیح و در بخشی دیگر آن را غیر صحیح خوانده‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۱۲۸). این اختلاف نظر را با الهام از نظریه صحت تأهلی می‌توان این‌گونه برطرف کرد که عقد فضولی، عقد صحیح تأهلی است و به همین دلیل در عبارات برخی از فقیهان که عقد فضولی عقد صحیح نامیده شده مراد آنان از صحت نه به معنای مرسوم خود بلکه به معنای

۳. عقد اکراهی، عقد صغیر ممیز و سفیه، وصیت مازاد بر ثلث، تصرف راهن بدون اذن مرتهن و وقف برای اضرار به طلبکاران از مصادیق عقد غیرنافذ شناخته شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۲۶). البته در خصوص تصرف راهن و وقف به ضرر طلبکاران، عقد غیر نافذ موقوف به تنفیذ نبوده می‌توان گفت، این عقود غیرنافذ مراعی هستند و عقد میان طرفین صحیح بوده اما به علت تعلق حق ثالث بر این عقود، نسبت به ثالث غیرنافذ است (کریمی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱).

صحت تأهلی است. فقیهانی که عقد فضولی را واجد اثر شناخته‌اند و یکسره رأی به بطلان آن نداده‌اند، درخصوص لازم یا جایز بودن عقد منعقد شده قبل از تنفیذ اختلاف نظر دارند؛ برخی با تمسک به آیه «تجاره عن تراض» هیچ التزامی برای اصیل به نگهداری عقد و التزام به آن نمی‌شناسند (خمینی، ۱۴۲۱، ص ۲۵۷). در مقابل، شیخ انصاری و به تبع ایشان برخی از فقها و حاشیه نویسان مکاسب، در این زمینه قائل به تفکیک شده‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۱۰، ص ۲۴۸ / خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۶۳ / مامقانی، ۱۳۱۶، ص ۳۸۰ / حائری، ۱۴۲۳، ص ۳۶۰ / کرکی عاملی، ۱۴۱۴، ص ۷۵) و بیان می‌دارند که در صورت اعتقاد به ناقل بودن اجازه مالک، اصیل حق رجوع از معامله را دارد. ایشان در توجیه جایز بودن عقد قبل از تنفیذ یا رد مالک می‌فرمایند: «اگر اجازه را ناقل بدانیم، مانند جایی که ایجاب کننده قبل از قبول قبول کننده حق فسخ {رجوع از} از ایجاب را دارد، اصیل حق فسخ {رجوع} دارد از این جهت که این فسخ {رجوع}، انشای سابق وی را ملغی می‌کند برخلاف جایی که اجازه را کاشف بدانیم زیرا در این صورت، عقد از سوی اصیل کامل و تام است و وی حق فسخ {رجوع} ندارد» (دزفولی، ۱۴۱۱، ص ۱۴).

بنابراین می‌توان این‌گونه تفصیل داد که طرفداران نظریه نقل و کشف حکمی عقیده دارند به دلیل ناقص بودن عقد قبل از صدور اجازه مالک، اصیل می‌تواند با رجوع از اراده خود، عقد را بر هم زند، اما طرفداران نظریه کشف حقیقی چون عقد را از جانب اصیل کامل می‌دانند او را متعهد و پاینده به مفاد اراده خود می‌دانند (همان). عده‌ای دیگر این تفصیل را بلاوجه دانسته و بیان کرده‌اند که اگر بر مبنای نظریه کشف، عقد از سوی اصیل تام و نافذ باشد، بر مبنای نظریه نقل نیز این چنین خواهد بود زیرا تفاوت میان نظریه کشف و نقل — که مبنای آن بر این است که نظریه نقل، تأثیر رضای مالک را به صورت شرط متقدم می‌داند اما نظریه کشف تأثیر رضا را به صورت شرط متأخر — ارتباطی به تمامیت یا عدم تمامیت عقد از جانب اصیل ندارد و تفصیل بین این دو نظریه از این جهت اشتباه است. بالاتر از این، این دسته از فقیهان معتقدند که اجازه تأثیری در صحیح کردن عقد ندارد بلکه اجازه، اماره بر تمامیت عقد است و در نتیجه تمامیت عقد نه تنها نسبت به اصیل وجود دارد بلکه نسبت به فضولی نیز این تمامیت موجود بوده و دلیل آن مساوی بودن نسبت عقد به هر دوی آن هاست (جزایری، ۱۴۱۶، ص ۱۰۱).

عده‌ای دیگر در این راستا معتقدند که چه بر اساس قول به کشف چه بر اساس قول به نقل امکان رجوع اصیل از مفاد التزام وجود ندارد؛ زیرا آنچه که موقوف به اجازه شده است {در بیع} انتقال

حقیقی مبیع است اما نفس عقد و معاقد به مجرد ایجاب و قبول فضول و اصیل تحقق یافته است و مانعی ندارد که این معاقده مشمول آیه افوا بالعقود گردد و از این جهت مانند بیع صرف و بیع سلم است که قبل از تحقق قبض نه بایع و نه مشتری امکان فسخ را ندارند (نابینی، ۱۳۷۳، ص ۲۲۱). در واقع ایشان عقد منعقد شده را الزام آور می‌دانند زیرا اجازه و رضایت مالک را رکن عقد تلقی نکرده و آن را شرط استناد عقد به مالک تلقی می‌کنند (همو، ۱۴۱۳، ص ۹۸). در توجیه این نظر مرحوم خوئی فرموده‌اند که دلیل وفای به عقد یا ناظر بر اسم مصدری عقد است که به معنای اثر اصلی عقد مانند نقل ملکیت و ایجاد زوجیت است یا ناظر بر معنای مصدری است که به معنای نفس معاقد است، در معنای اول قطعاً عقد قبل از اجازه مالک، مشمول افوا بالعقود نیست اما در معنای دوم، آیه مزبور شامل آن می‌شود (خوئی، [بی تا]، ج ۵، ص ۱۳۲).

به نظر می‌رسد تفصیل بین کاشف بودن یا نبودن در این زمینه راهگشا نباشد و نظر صحیح را باید متعلق به فقیهانی دانست که معتقدند قبل از اعلام نظر مالک، عقد صحیح تأهلی میان اصیل و فضول وجود دارد و علی الاطلاق، این عقد اصیل را ملتزم به نگهداری عقد می‌کند. حال لازم است بررسی شود که دیدگاه قانون مدنی ایران در این خصوص چیست و چه نظریه‌ای را اتخاذ کرده است؟

## ۲-۱-۲. وضعیت عقد فضولی پیش از تنفیذ یا ردّ در حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه در خصوص وضعیت عقد فضولی اتفاق نظر وجود ندارد. برخی از حقوقدانان نظر داده‌اند که باید از ترکیب «عقد صحیح غیر نافذ» استفاده کرد و بدین ترتیب عقد غیر نافذ را از اقسام عقد صحیح قلمداد کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۵، ص ۳۲) و برخی دیگر، عقد غیر نافذ را قسیم صحت و بطلان از مقسم وضعیت عقود دانسته‌اند و آن را وضعیتی مستقل از صحت و بطلان قلمداد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۴). قانون مدنی در خصوص وضعیت عقد فضولی و جایز بودن یا لازم بودن عقد منعقد شده نسبت به اصیل قبل از تنفیذ یا ردّ مالک، در ماده ۲۵۲ تعیین تکلیف کرده است؛ این ماده بیان داشته: «لازم نیست اجازه یا ردّ فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضییع طرف اصیل باشد مشارالیه می‌تواند معامله را بهم بزند». مفهوم مخالف این ماده بیانگر صحت عقد و لزوم التزام اصیل به معامله است؛ یعنی اینکه اگر تأخیر موجب تضییع اصیل نباشد او ملتزم به معامله خواهد بود (همان) حتی بدون آنکه نیازی باشد مانند برخی نظریات فقهی میان

نظریه کشف و نقل قائل به تفکیک شویم زیرا بر اساس قول مشهور حقوقی، ماده ۲۵۸ قانون مدنی در خصوص تأثیر اجازه، نظریه کشف حکمی را پذیرفته و اگر قرار بود قانون مدنی در این قسمت، ملهم از نظریه تفصیل بین کشف و نقل در فقه باشد، نباید ولو به موجب مفهوم مخالف ماده ۲۵۲، التزامی را برای اصیل شناسایی می‌کرد. پیامد این التزام این است که برای مثال در بیع فضولی، اثر اصلی عقد یعنی نقل ملکیت مبیع مادامی که مالک رضای خود را اعلام نماید، حاصل نمی‌شود و ثمن نیز هم چنان در مالکیت اصیل است اما اصیل — که مشتری است — از تصرف در عوض که مغایر با حق مالک باشد ممنوع است و همچنین در نکاح فضولی در صورتی که اصیل، زوجه باشد نامبرده تا زمان اعلام نظر مرد، در حکم زن شوهردار بوده و از ازدواج جدید منع شده است و از آن سو نیز در صورتی که اصیل، زوج باشد و در زمان انعقاد قرارداد فضولی وی سه همسر دائم داشته باشد تا زمان اعلام نظر زوجه، از ازدواج با فرد دیگر ممنوع است (همو، ۱۳۸۲، ص ۶۴ / اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۷۱۲).<sup>۴</sup> کامل بودن عقد از سوی تنها یک طرف قرارداد نمونه‌های دیگری نیز دارد که می‌توان از وعده یک طرفی قرارداد<sup>۵</sup> نام برد.

بنابراین در عقد فضولی تا قبل از تکوین و تکمیل قرارداد نهایی (مثلاً بیع)، این عمل حقوقی نسبت به اصیل در حدود خود مشمول آیه افوا بالعقود بوده و خيارات فسخ نیز برای اصیل ثابت است؛ کما اینکه ماده ۲۵۲ قانون مدنی نیز یکی از موارد وجود خيار فسخ را پیش‌بینی نموده است. با عنایت به اینکه اثبات گردید که خيارات مخصوص به بیع در بیع ناقص نیز موجود است باید گفت حتی اصیل در مجلس انعقاد عقد بیع با فضولی، از خيار مجلس برخوردار است اما اگر از این خيار استفاده نکند و بعداً در زمان صدور اجازه مالک، مالک و اصیل در یک مجلس جمع باشند، اصیل دیگر حق استفاده از خيار مجلس را ندارد زیرا با عدم استفاده از خيار خود در مجلس

۴. «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا ردّ از روز عقد مؤثر خواهد بود».

۵. البته برخی باتوجه به خصوصیت‌های نکاح و اثرات اجتماعی نظریه التزام اصیل، سعی کرده‌اند پابندی وی را به مفاد عقد منعقد شده متزلزل کنند و عقد نکاح را استثناً بر التزام اصیل در عقد فضولی بدانند. (صابر، ۱۳۹۶، ص ۴۷).

۶. در وعده یک طرفی بیع، تنها یکی از سویین که معمولاً فروشنده است تعهد می‌کند. در این پیمان، فروشنده شرایط معامله و قیمت را تعیین و اراده خود را بر انتقال مبیع اعلام و عقد را نسبت به خود تمام کرده و انتقال آن را موکول به تمایل خریدار می‌کند به گونه‌ای که اگر او پیشنهاد را بپذیرد عقد واقع می‌شود. وعده یکطرفی بیع را نباید با ایجاب همراه با تعهد به عدم رجوع و همچنین تعهد به بیع اشتباه کرد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۴۹).

عقد با فضولی، التزام خود به عقد را نشان داده است کما اینکه برخی از فقیهان احتمال داده‌اند که حتی صدور اجازه از سوی مالک به خصوص با بیان عبارت «التزمْتُ» به معنی اسقاط خیار مجلس و التزام به عقد از سوی وی است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۳۴). نهایت اینکه با اثبات وجود حق فسخ در عقد فضولی، سایر عقود موقوف به تنفیذ نیز تابع همین قاعده هستند.

## ۲-۲. اعمال خیارات در عقود معلق

در ابتدا توضیح مختصری از وضعیت عقد معلق ارائه می‌شود و سپس به اعمال قاعده مورد بحث نسبت به این عقد پرداخته خواهد شد.

### ۲-۲-۱. وضعیت عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه

نظر مشهور در فقه بر بطلان عقد معلق است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲، ص ۳۷۱) و دلایل مختلفی برای بطلان آن ذکر کرده‌اند که اگر از دلایلی هم چون اجماع و عدم امکان تخلف وقوع معلول پس از حدوث علت بگذریم، مهم‌ترین دلیل بر بطلان این عقد به نقل از شهید اول این است که با تعلیق عقد بر شرط، جزمیت و منجزیت برای انعقاد عقد وجود ندارد زیرا انعقاد عقد و انتقال حق بر رضا استوار است و زمانی که رضا منجز و جزمی نباشد، گویی رضایی در کار نیست بنابراین عقد باطل است (عاملی، [بی تا]، ص ۷۹) نظر فقهای متقدم بر بطلان چنین عقدی است و بارها در ذیل عناوینی چون عقد بیع، وکالت، ضمان، کفالت و باب عتق این مطلب را عنوان کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۱۲۵)، اما برخی فقهای متأخر هرچند بین تفکیک تعلیق در انشا و تعلیق در منشأ تفکیک کرده‌اند اما باز هم به صحت عقد معلق به دیده تردید نگریسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۶۴) و برخی دیگر از آنان بطلان عقد معلق را فقط به تعلیق در انشا محدود کرده‌اند و برخی دیگر برعکس تعلیق در انشا را صحیح اما تعلیق در منشأ را باطل دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱، ص ۳۵۰). همچنین بعضی دیگر از فقها ضمن پذیرش تفکیک بین انشای معلق و منشأ معلق، قسم دیگری را تحت عنوان تعلیق در متعلق منشأ، به دو عنوان فوق اضافه کرده و تعلیق در انشا را باطل اعلام کرده و تعلیق در دو قسم دیگر را صحیح دانسته‌اند (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲، ص ۳۹۰).

آثار عقد معلق قبل از وقوع معلق علیه در فقه با ابهام بسیار زیادی آمیخته است زیرا تمام تلاش و استدلال فقهای امامیه معطوف به به بحث بطلان یا صحت عقد معلق شده است و طبیعتاً در

فضایی که نظر اکثریت بر بطلان عقد معلق است، سخن از آثار و احکام دوره انتظار دور از ذهن و بلاموضوع است. در مقام تقنین نیز قانون مدنی، تعریف مشخصی از عقد معلق ارائه نداده و ماده ۱۸۹ قانون مدنی و نیز ماده ۶۹۹، ماده ۱۰۶۸ و ماده ۱۱۶۸ که به ترتیب عقد ضمان معلق و عقد نکاح معلق و طلاق معلق را باطل دانسته تمام آن چیزی است که قانون مدنی در خصوص عقد معلق ذکر کرده است. در میان صاحب نظران حقوقی نیز نظر مشهور این است که اگر عقد معلق به صورت تعلیق در منشأ باشد، صحیح بوده و تنها تعلیق در انشا از نظر حقوقی باطل و بلااثر است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۵۳/ شهیدی، ۱۳۹۶، ص ۶۷/ بهرامی احمدی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۶). در مقابل، برخی از حقوقدانان قائل به صحت عقد معلق در هر دو صورت تعلیق در انشا و در تعلیق در منشأ شده‌اند (امامی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۸).

در صورت صحیح دانستن عقد معلق، این نوع عقد نیز دارای یک دوره انتظار است که مربوط به زمان قبل از تحقق معلق علیه است؛ در واقع عقد و معلق علیه هر یک جزئی از علت تامه است و معلول (اثر اصلی عقد) پس از حصول شرط وجود مؤثر پیدا می‌کند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۱۳۱/ محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۱۵۵). و تا قبل از حصول شرط، طرفین که در انتظار تکمیل شدن عقد هستند حقوق و تکالیفی دارند. مفروض نگارندگان این است که تعلیق به هر دو نوع خود یعنی تعلیق در انشا و تعلیق در منشأ صحیح است زیرا اولاً جزمیت در انعقاد عقد همانطور که برخی فقها گفته‌اند بدون دلیل است زیرا اگر فردی که از مالکیت خود نسبت به یک مال مطمئن نباشد و به امید اینکه مال در ملکیت او باشد بگوید این مال را به تو فروختم و به طور اتفاقی، این عقد با واقع مطابقت و اصابت نماید این عقد صحیح است (خمینی، ۱۴۲۱، ص ۳۵۱). ثانیاً امور اعتباری با امور تکوینی و مادی قابل مقایسه نیست تا بگوییم نباید بین علت و معلول فاصله افتد به خصوص اینکه بحث تعلیق در انشا و منشأ در ذیل بحث واجب معلق و مشروط در علم اصول فقه که از اعتباریات سخن می‌گوید بحثی تمام شده و مقبول است. حال امکان وجود خیار را در عقد معلق در انشا و معلق در منشأ پی می‌گیریم.

## ۲-۲-۲. تعلیق در انشا

در این نوع از تعلیق، ایجاب و قبول بیع با یکدیگر پیوند ندارند و طرفین قصد دارند در صورت حدوث معلق علیه، این ایجاب و قبول به یکدیگر پیوند خورده و به تبع تحقق انشا، اثر و منشأ

حقوقی عقد حاصل شود. در واقع در تعلیق در انشا هنوز عقدی منعقد نشده و تنها ایجاب و قبول صحت تأهلی دارند (همان، ص ۳۵۱) که در صورت موجود شدن شرط، منبع اثر می‌شوند. باتوجه به تعریف عقد ناقص، به نظر می‌رسد که در تعلیق در انشا، سبب عقد موجود نیست تا صحت تأهلی آن طرفین را ملتزم به عقد و پایبندی به آن کند. برخی از فقیهان، ضمن تشبیه تعلیق در انشا به واجب مشروط در علم اصول فقه بیان کرده‌اند که طرفین در انشای تعلیقی می‌توانند از ایجاب یا قبول خود رجوع کنند (همو، ۱۴۱۸، ص ۱۷۳) همانطور که در واجب مشروط نیز قبل از وقوع معلق علیه شخص می‌تواند خویش را از انجام تکلیف رها سازد (مظفر، ۱۴۳۰، ص ۱۰۳)؛ بنابراین بحث از وجود خیار در این نوع از عقد منتفی است.

### ۲-۲-۳. تعلیق در منشأ

هنگامی که عقدی به صورت معلق در منشأ منعقد می‌شود باید گفت از نیستی به وجود راه می‌یابد و اگرچه اثر اصلی عقد محقق نمی‌شود ولی در حدود خود آثاری را به همراه دارد. در این عقد ایجاب و قبول واقع شده و تنها اثرگذاری عقد موقوف به وقوع یا عدم وقوع حادثه احتمالی خارجی شده است. پس سبب این عقد که همان ایجاب و قبول است وجود دارد و وجود همین سبب کافی بوده که مرحوم دکتر کاتوزیان در این زمینه بیان فرمایند که «در عقود لازم، به بهانه معلق بودن عقد نمی‌توان آن را فسخ کرد زیرا مطابق ماده ۲۱۹ قانون مدنی عقد معلق نیز بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر آنکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۶۵). در خصوص مبنای این التزام نیز می‌توان گفت که عقد منعقد شده قبل از تحقق معلق علیه صحت تأهلی دارد زیرا به جهت پیوند متقابل ایجاب و قبول، عقد از جانب هر دو تمام است و این اهلیت و اقتضا وجود دارد تا با تحقق معلق علیه، اثر اصلی عقد حاصل شود؛ بنابراین طرفین خود را ملتزم به پایبندی به مفاد آن تا زمان تحقق معلق علیه کرده‌اند و همین وضعیت مجرای وجود و اعمال خیرات است.

### ۲-۳. اعمال خیرات در عقود چندجانبه

عقد چندجانبه به عقدی اطلاق می‌شود که بیش از دو نفر در انعقاد و انشای عقد دخالت داشته باشند؛ به عبارت دیگر ایجاب و قبول میان چند نفر انشا می‌شود. در میان عقود معین، تنها عقدی

که لزوماً میان چند نفر منعقد می‌شود، بنا به نظر مشهور عقد حواله است اما این امر مانع از آن نیست که بتوان سایر عقود معین را به صورت چندجانبه منعقد کرد. برای مثال ممکن است مالکان مشاع یک مال، آن را به یک یا چند خریدار در ضمن یک عقد بفروشند یا چند نفر با آوردن سرمایه اولیه، اقدام به انعقاد عقد شرکت<sup>۷</sup> نمایند؛ همچنین انعقاد کنوانسیون‌های چندجانبه در سطح حقوق بین‌الملل بسیار معمول است. براین اساس مصادیق عقود چندجانبه بی‌شمار بوده و هر عقد معین یا غیر معین ممکن است به این شکل منعقد شود.<sup>۸</sup> به نظر می‌رسد در عقود چندجانبه، وضعیت طرف‌هایی که ایجاب و قبول خود را صادر نموده‌اند به دو شکل ممکن است ظهور یابد:

اول اینکه ماهیت قرارداد به نحوی است تا زمانی که قبول طرف آخر الحاق نشود، اثر اصلی عقد میان طرف‌های اول حاصل نمی‌شود مانند عقد حواله که در فرض فقدان قبول محتال یا محال علیه، انتقال طلب صورت نمی‌گیرد. در این حالت سخن از عقد ناقص مصداق می‌یابد و مضمول قلمرو این تحقیق است.

دوم آنکه اثر اصلی قرارداد منعقد شده میان طرف‌های اولیه حتی بدون الحاق قبول طرف آخر، حاصل می‌شود و قبول طرف اخیر صرفاً به معنای الحاق به قرارداد منعقد شده سابق است مانند قرارداد محرمانگی اطلاعات که میان سه عضو یک کنسرسیوم منعقد می‌شود به صورتی که دو طرف اول حتی قبل از الحاق طرف سوم، در مقابل یکدیگر ملزم به عدم افشای اطلاعات محرمانه مبادله شده میان خود هستند. این فرض از قلمرو تحقیق حاضر خارج است زیرا قرارداد منعقد شده میان دو طرف اول در این فرض کامل بوده و اعمال حق فسخ در این نوع از قراردادها مانند سایر عقود تابع قواعد عمومی است.

در نوع نخست از قراردادهای چندجانبه می‌توان گفت قبل از کامل شدن اطراف عقد، عقدی صحیح و و علی القاعده لازم میان طرف‌های موجود منعقد می‌شود. یکی از صاحب نظران در مورد

۷. البته به شرط شناسایی عقد شرکت در حقوق موضوعه.

۸. در چندجانبه بودن برخی عقود تردید است از جمله عقد حواله که هم در فقه و هم در حقوق عده‌ای معتقدند که عقد میان محیل و محتال منعقد می‌شود و رضایت محال علیه جهت دفع ضرر از او کفایت می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۳۲ / عاملی، ۱۴۱۰، ص ۶۴). مثال دیگر موافقتنامه داورى است در فرضی در موافقتنامه داورى، نام داور ذکر می‌شود و داور بعداً مراتب قبولی خود را اعلام می‌کند. در این زمینه تردید شده است که آیا داور، طرف موافقتنامه داورى محسوب می‌شود یا خیر. اتفاق صاحب نظران بر این است که داور طرف موافقتنامه داورى نیست (Onyema, 2010, p.64).



انعقاد عقد حواله و وجود عقد لازم قبل از تحقق اصلی عقد بیان داشته‌اند: «عقد حواله نهادی است مرکب از دو عقد که هرکدام منوط به وقوع دیگری است. نه تنها وجود دو قبول برای انعقاد حواله نباید موجب شگفتی شود، از نظر تحلیلی باید پذیرفت که ایجاب محیل نیز ترکیبی از دو ایجاب گوناگون است؛ ایجابی خطاب به محتال که طلب او باید بر ذمه محال علیه قرار گیرد و ایجاب دیگر به محال علیه که موضوع حواله را برعهده گیرد و پردازد اگر این هر دو ایجاب مورد قبول قرار گیرد، اثر عقد نیز محقق می‌شود ولی هریک از این دو عقد نیز آثار مقدماتی و خاص خود را نیز دارد و دو طرف را پای بند می‌کند» (همو، ۱۳۹۲، ص ۳۶۳). این تحلیل نسبت به سایر انواع عقود چندجانبه قابل تسری است لذا می‌توان گفت هریک از سویین یا اطراف عقد می‌توانند قبل الحاق طرف یا اطراف دیگر عقد و قبل از تحقق اثر اصلی به موجب اختیارات فسخ، از شمول آن قرارداد و التزام به آن رهایی یابند.

#### ۲-۴. اعمال اختیارات در عقود عینی

عقد عینی را عقدی می‌دانند که برای تشکیل یا اعتبار آن تسلیم مادی مورد آن (یا به تعبیر رایج، قبض و اقباض مورد آن) لازم است (شهیدی، ۱۳۹۶، ص ۶۵). عقد رهن، وقف، حبس، بیع صرف، عقد موجد حق انتفاع و هبه عقود هستند که در قانون مدنی و عقد قرض و صدقه در فقه به‌عنوان عقد عینی مطرح شده‌اند. عده‌ای دیگر بیع عین کلی را نیز در شمار عقود عینی آورده‌اند (امامی، ۱۳۹۹، ص ۴۵۱-۴۶۱) وضعیت عقد قبل از تحقق قبض و اقباض بسته به اینکه نقش قبض و اقباض را در تشکیل عقد چه بدانیم متفاوت است. برخی قبض را رکن در تحقق عقد و به عبارتی داخل در ماهیت عقد دانسته و در نتیجه نظر داده‌اند ایجاب و قبول تا قبل از قبض واجد هیچ اثری نبوده و کالعدم است (عاملی، ۱۴۰۴، ص ۲۳۲/ کرکی عاملی، ۱۴۱۴، ص ۱۲۴). در مقابل، برخی دیگر معتقدند قبض و اقباض اثر عقد بوده لذا بر این عقیده هستند که عقد قبل از قبض، تام الشرایط است و همانطور که در بیع، بایع ملزم به تسلیم بیع است در عقدی مانند عقد رهن نیز راهن ملزم به تسلیم عین مرهونه است (حلی، ۱۴۱۰، ص ۴۱۷/ نجفی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۵). برخی نویسندگان فقهی نیز قبض را شرط لزوم عقد وصیت می‌دانند. با اتخاذ هریک از نظرات سه گانه فوق، امکان تصور اعمال خیار قبل از قبض وجود ندارد اما برخی دیگر از فقها عقود عینی را به عقود مبتنی بر احسان و غیر احسان تقسیم نموده و به مناسبت بحث امکان رجوع اصیل از ایجاب خود در عقد فضولی،

در خصوص نقش قبض در عقود عینی این بحث را مطرح کرده‌اند که «در وقف، هبه و صدقه، قبل از قبض طرفین می‌توانند فسخ کنند {رجوع} کنند زیرا در این سه، قبض شرط التزام است» (نایینی، ۱۳۷۳، ص ۲۲۱) و نمی‌توان طرف مقابل را به تکمیل احسان الزام کرد. «اما در بیع صرف و سلم، قبل از قبض هیچ‌یک از سویین نمی‌توانند عقد را فسخ کنند {رجوع کنند} زیرا در این عقود التزام با ایجاب و قبول ایجاد می‌شود و قبض تنها شرط ملکیت است» (همان، ص ۲۲۱). همچنین نظر اتفاقی فقها بر تعلق خیار به خصوص خیار مجلس در بیع صرف و سلم است. شیخ انصاری معتقدند در بیع صرف و سلم اگر قائل به وجوب تقابض در مجلس عقد شویم، حتماً خیار مجلس قبل از قبض وجود دارد و اگر هم وجوب تقابض را منتفی بدانیم، اعمال خیار مجلس از این جهت که زمینه و اقتضای قبض و اقباض را از بین می‌برد، ممکن و قابل تصور است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۴۹). این نظر نشان می‌دهد از دیدگاه ایشان، در هر حالت عقد منعقد شده قبل از قبض و اقباض، واجد اثر و مشمول آیه «أوفوا بالعقود» است.

جهت توجیه اعمال خیار در عقود عینی قبل از قبض، به تبعیت از نظر دو نظر فقهی اخیر که قوی و مستدل به نظر می‌رسند، می‌توان گفت در حقوق موضوعه در صورتی که عقد عینی مبتنی بر احسان یا تبرع باشد، امکان اعمال خیار قبل از قبض وجود ندارد زیرا قبض شرط التزام است، اما در خصوص عقود عینی غیر تبرعی، قبض تنها شرط تحقق اثر اصلی عقد بوده و ایجاب و قبول طرفین تا قبل از قبض و اقباض، آنها را ملتزم به عقد نموده و در نتیجه عقد منعقد شده مجرای اعمال خیار فسخ است مانند عقد رهن، بیع صرف و بیع سلم (نایینی، ۱۳۷۳، ص ۲۲۱)؛ حتی اگر مقنن صحت عقد را منوط به قبض کرده باشد زیرا در میان فقها نیز کسانی که قبض را شرط صحت می‌دانند ظاهراً منظور آنها صحت فعلی عقد است و نه صحت تأهلی و در اینکه برای مثال عقد رهن منتج از ایجاب و قبول است کمتر تردید کرده‌اند ولی آثار قانونی آن را منوط به تحقق اقباض نمودند (کریمی، ۱۳۷۶، ص ۲۴).<sup>۹</sup> به خصوص آنکه در پایان ماده ۳۶۴ قانون مدنی در مورد بیع صرف آمده است که: «انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع». همانطور که مشخص است مقنن عمل حقوقی انجام شده قبل از تحقق قبض در بیع صرف را حقیقتاً «بیع» نامیده و مشخص

۹. حتی برخی، صحت عقد رهن قبل از قبض را با به صحت عقد فضولی قبل از تنفیذ یا رد مالک تشبیه کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۱۲).

است این عقد در حدود مفاد خود در دوره انتظار واجد اثر بوده<sup>۱۰</sup> و در نتیجه به عنوان عقد صحیح تأهلی و لازم، به استناد وجود خیار قابل فسخ است.

## نتیجه

۱- عقد ناقص عقدی است که سبب آن یعنی انشای عقد ناشی از پیوند ایجاب و قبول، وجود داشته و مانعی نیز جهت اثرگذاری عقد موجود نیست اما یکی از شرایط مورد نیاز قانونی یا قراردادی مفقود است و در نتیجه اثر اصلی عقد بلافاصله پس از انشا حاصل نمی‌شود. سپس این قاعده به صورت عام اثبات گردید که انشای عقد علت تامه جهت ایجاد خیار بوده و وجود خیار ارتباطی به حصول و تحقق اثر اصلی عقد ندارد؛ بنابراین در عقود ناقص نیز قبل از تحقق اثر اصلی عقد می‌توان خیارات مندرج در قانون مدنی را در صورت وجود شرایط خیار اعمال کرد. این نظریه جایگاهی دیرین در فقه امامیه دارد زیرا بر اساس مسلک شیخ طوسی و شاگردان ایشان در بیع خیاری، اساساً نقل ملکیت به عنوان اثر اصلی عقد بیع بعد از انقضای خیار حاصل می‌شود و از این نظر می‌توان این چنین برداشت نمود که خیارات از آثار انشاء تملیک است نه نقل ملکیت. عباراتی که فقیهان در خصوص اعمال خیار غبن، خیار مجلس و خیار حیوان در عقود ناقصی چون بیع صرف و سلم قبل از تحقق قبض و نقل ملکیت دارند و نیز شناسایی حق فسخ برای اصیل در معامله فضولی در فرض تضرر وی، بیانگر صحت این قاعده در فقه است.

۲۵

۲- در ادامه، به تطبیق قاعده عام فوق بر مصادیق عقد ناقص پرداخته شد. عقود غیر نافذ موقوف به تنفیذ قبل از صدور تنفیذ یا رد، عقد معلق قبل از وقوع معلق علیه، عقود چندجانبه قبل از الحاق یک یا چند قبول اطراف عقد و عقود عینی قبل از تحقق قبض از مصادیق عقد ناقص در حقوق ایران هستند. در تمام این مصادیق به جز عقد معلق در انشا و عقود عینی مبتنی بر احسان یا تبرع، وجود یک عقد صحیح تأهلی و لازم قبل از تحقق اثر اصلی عقد ثابت شد که وجود این عقد لازم طبق قواعد عمومی مجرا و محل ایجاد و اعمال خیار است. در عقد معلق در انشا، ضمن صحیح دانستن این نوع از انشا، بیان شد به دلیل اینکه تنها این ایجاب و قبول است که صحت تأهلی جهت تشکیل عقد دارند و قبل از وقوع معلق علیه هم چنان عقدی به وجود نیامده، این نوع تعلیق موضوعاً از

۱۰. در تأیید این نظر که در حقوق، تقابض عوضین در مجلس بیع صرف لازم نیست (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۶۳).

بحث مربوط به عقد ناقص خارج بوده و طرفین می‌توانند مانند بحث رجوع از ایجاب، از صحت تأهلی ایجاب و قبول خود دست کشیده و از تشکیل عقد انصراف دهند. در عقود عینی مبتنی بر احسان یا تبرع قبل از قبض التزامی برای طرفین متصور نیست لذا وجود خیار در این حالت منتفی است.

## منابع

۱. اصغرزاده بناب، مصطفی؛ بررسی تحلیلی معاملات فضولی و دعاوی ناشی از آنها؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
۲. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۹۹ق.
۳. بهرامی احمدی، حمید؛ حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی؛ ج ۳، تهران: دانشگاه امام صادق<sup>ع</sup>، ۱۳۹۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ فلسفه حقوق مدنی عناصر عمومی عقود؛ ج ۱، ج ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ عقد حواله؛ ج ۴، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ رهن و صلح؛ تهران: چاپ ابن سینا، ۱۳۴۹.
۷. شریعت، محسن؛ عقد فضولی؛ تهران: انتشارات بهینه، ۱۳۸۵.
۸. شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات؛ ج ۱۳، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۵.
۹. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۱۳، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶.
۱۰. صابر، سیدمحمد مهدی؛ «نقدی بر نظر فقیهان امامیه و قانون مدنی پیرامون نکاح فضولی»، ندای صادق؛ ش ۶۶، خرداد ۱۳۹۶، ص ۷۲-۵۳.
۱۱. فرزندگان، محمد؛ حقوق و تعهدات اصیل در معامله فضولی (رساله دکتری تخصصی)؛ ساری: دانشگاه مازندان، ۱۳۹۶.
۱۲. قاسم‌زاده، مرتضی؛ اصول قراردادها و تعهدات؛ ج ۱۰، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۸۷.
۱۳. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، عقود معین؛ ج ۱، ج ۱۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۴. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، عقود معین؛ ج ۴، ج ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۵. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، ج ۱۰، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، ج ۱۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۵، ج ۱۰، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۸. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، خانواده؛ ج ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
۱۹. کریمی، عباس؛ «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»؛ فصلنامه دیدگاه‌های حقوق

- قضای؛ ش ۵۸، تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۵۷-۱۸۸.
۲۰. کریمی، عباس؛ «رهن دین»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی؛ ش ۱۲۲، مهر ۱۳۷۶، ص ۱۹-۴۲.
۲۱. کریمی، عباس و افروز صمدی؛ «سامان‌دهی نظریه صحت تأهلی»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ ش ۱، مرداد ۱۳۹۷، ص ۱۵۵-۱۶۸.
۲۲. محقق داماد، سیدمصطفی؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی؛ تهران: مرکز نشر اسلامی، ۱۳۹۰.
۲۳. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
۲۴. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۱، ج ۸، تهران: سمت، ۱۳۹۶.
۲۵. اصفهانی، سیدابوالحسن؛ وسیلة النجاة؛ قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
۲۶. بهبهانی، سیدعلی؛ الفوائد العلمية؛ ج ۲، اهواز: مکتبه دارالعلم، ۱۴۰۵ق.
۲۷. مروج جزایری، سیدمحمدجعفر؛ هدی الطالب فی شرح المکاسب؛ ج ۵، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ق.
۲۸. حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم؛ الفصول الغرورية فی الأصول الفقهية؛ قم: دار احیاء العلوم الإسلامیه، ۱۴۰۴ق.
۲۹. حسینی حائری، سیدکاظم؛ فقه العقود؛ ج ۲، ج ۲، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۳۲ق.
۳۰. حلّی، ابن‌ادریس؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۳۱. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ قم: مؤسسه آل‌البيت، ۱۴۱۴ق.
۳۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین؛ حاشیة المکاسب؛ تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳۳. خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب البیع؛ ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۳۴. خمینی، سیدمصطفی؛ کتاب البیع؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
۳۵. خوبی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ ج ۵ و ۶، [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا].

۳۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳ و ۵، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۳۷. حسینی شیرازی، سید محمد؛ ایصال الطالب إلى المکاسب؛ ج ۷، تهران: منشورات اعلمی، ۱۴۱۰ق.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر؛ أنوار الفقاهة — کتاب البيع؛ قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب، ۱۴۱۵ق.
۳۹. طباطبائی، سید محمد حسین؛ بداية الحكمة؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۴۰. طوسی، ابو جعفر؛ المبسوط فی فقه الإمامیة؛ ج ۲، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
۴۱. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۴۲. حسینی آملی، سید جواد بن محمد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة؛ ج ۱۴، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
۴۳. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ القواعد والفوائد؛ ج ۲، قم: کتابفروشی مفید، [بی تا].
۴۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ اللمعة الدمشقية؛ قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۰۴ق.
۴۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۴، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ق.
۴۶. حسینی روحانی قمی، سید صادق؛ فقه الصادق؛ ج ۱۵، قم: دارالکتاب امام صادق، ۱۴۱۲ق.
۴۷. مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله؛ غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب؛ ج ۳، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه، ۱۳۱۶.
۴۸. مظفر، محمدرضا؛ أصول الفقه؛ ج ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۳۰ق.
۴۹. غروی نایینی، میرزا محمد حسین؛ منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، تهران: المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
۵۰. غروی نایینی، میرزا محمد حسین؛ المکاسب والبيع؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۵۱. نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسین بن علی؛ تحریر المجله؛ ج ۱، نجف: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ق.
۵۲. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان،

۱۴۲۱ق.

53. Onyema, Emilia; *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*; London: Routledge Publication, 2010.