

A Comparative Analysis of Ownership Transfer: Examining Priority and Delay Conditions

Mohammad Mehdi Hamidi ¹

Mohammad Salehi Mazandarani ²

(Received on: 25- 04- 2023 Accepted on: 24 - 06- 2023)

Abstract

The conditions surrounding the transfer of ownership can include priority or delay, either from the contract's inception or its dissolution, indicating a retroactive impact. This article explores the validity of such conditions within domestic law and the legal frameworks of various countries. In the context of Iranian law, support for the validity of these conditions can be found in instances of violating the causal and consequential rule in financial and legal matters. Additionally, common sense and the perspectives of renowned jurists align with the notion that such conditions do not contradict Sharia.

The priority condition for transferring ownership from the contract's dissolution (retroactive condition) is widely accepted in legal systems. Fundamentally, this condition is akin to prioritizing ownership transfer from the contract's inception. If the latter is deemed valid, the former should be as well. Concerning delayed ownership transfer, if the transfer is pending, it is considered a form of suspension, which is generally deemed acceptable. In cases where ownership transfer is suspended for a specific duration, known as postponement, and if permanence is not a fundamental ownership condition, this condition is typically deemed unproblematic.

Keywords: ownership transfer, priority condition, delay condition, contract suspension, contract postponement, contract dissolution.

1. Graduated with a doctorate in private law, Qom University, Qom, Iran (corresponding author) mmahdihamidi67@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Private Law, University of Qom, Qom, Iran m_salehimazandarani@yahoo.com

مطالعه تطبیقی شرط تقدم و تأخر انتقال مالکیت

محمد مهدی حمیدی^۱
محمد صالحی مازندرانی^۲

(تاریخ دریافت ۱۴۰۲/۰۲/۲۵ تاریخ پذیرش ۱۴۰۲/۰۴/۰۳)

چکیده

شرط تقدم انتقال مالکیت، ممکن است از زمان انعقاد عقد صورت پذیرد و یا از زمان انحلال آن که به اثر رجعی انحلال تعبیر می شود. شرط تأخر انتقال نیز ممکن است از زمان انعقاد عقد باشد و یا نسبت به زمان انحلال آن. هدف از این مقاله، بررسی امکان صحت چنین شرطی از نظر حقوق داخلی و حقوق برخی کشورهای دیگر است. برای استدلال به صحت چنین شرطی در حقوق ایران می توان به موارد متعدد تخطی از قاعده علی و معلولی در امور اعتباری و حقوقی اشاره کرد. همچنین می توان بنای عقلا و نظر برخی از فقهای نامدار مبنی بر عدم مخالفت چنین شرطی با شرع را مستند آن قرار داد. شرط تقدم انتقال مالکیت از زمان انحلال عقد (شرط رجعی) در بیشتر نظام های حقوقی پذیرفته شده است. این شرط از لحاظ مبنا، تفاوتی با شرط تقدم انتقال مالکیت از زمان انشأ ندارد و در صورت قبول شرط تقدم انتقال مالکیت از زمان انشأ، این شرط نیز باید پذیرفته شود. در خصوص تأخر انتقال مالکیت، اگر انتقال به یک امر محتمل، معلق باشد از نوع تعلیق بوده و بیشتر چنین شرطی را صحیح دانسته اند. اگر هم انتقال مالکیت، موقوف به زمان خاصی شده باشد به آن تأجیل گفته می شود که اگر دائمی بودن از شروط اساسی مالکیت نباشد این شرط نیز اصولاً بدون اشکال خواهد بود.

واژه گان کلیدی: انتقال مالکیت، شرط تقدم، شرط تأخر، تعلیق عقد، تأجیل عقد، انحلال عقد.

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

mmahdihamidi67@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران

m_salehimazandarani@yahoo.com

روابط و ماهیات حقوقی، موجودات اعتباری هستند که در اجتماع برای تنظیم زندگی مدنی به کار گرفته می‌شوند. این روابط هر روز پیچیدگی‌های متفاوتی را به خود می‌بیند و نیازهای جدیدی پا به عرصه وجود می‌نهد. هرچه نیاز به یک رابطه حقوقی در جامعه احساس شود و سودمندی آن در آزمون و خطا به اثبات برسد، ذهنها بیشتر به سوی توجیه آن از لحاظ حقوق حاکم کشیده می‌شوند. شرط انفصال مالکیت از عقد، اگرچه در گذشته نیز توسط فقها بررسی شده، نیازهای جدید در روابط معاملاتی افراد، تحقیقاتی مفصل‌تر از پیش را می‌طلبد تا این روابط حقوقی، تایید شده و آثار آنها نیز بیشتر روشن گردد. تقدم انتقال مالکیت می‌تواند هم از زمان انشای عقد باشد و هم از زمان انحلال آن که در ادبیات حقوقی از آن به اثر رجعی داشتن انحلال تعبیر می‌شود؛^۱ چراکه انتقال مالکیت در زمان انعقاد عقد، از بایع به مشتری است و در زمان انحلال نیز از مشتری به بایع می‌باشد. شرط تقدم چنانکه از انعقاد و انحلال عقد قابل بررسی می‌باشد؛ شرط تأخر انتقال مالکیت نیز می‌تواند از انعقاد و انحلال مطالعه شود. در این مقاله به دنبال یافتن این امر هستیم که آیا شرط تقدم انتقال مالکیت از زمان انشای عقد و نیز شرط اثر رجعی داشتن، از نظر حقوقی قابل قبول است یا نه؟ در صورتی که اثر رجعی برای انحلال عقد را چنانکه بسیاری از نظام‌های حقوقی قبول کرده‌اند بپذیریم، آیا شرط اثر رجعی ماهیتاً تفاوتی با شرط تقدم انتقال مالکیت از زمان انشای عقد دارد تا اثر رجعی انحلال را قبول کرده، ولی شرط تقدم مالکیت از انشا را رد کنیم؟ شرط تعلیق انتقال مالکیت با قیود و شروطی، هم اکنون بیشتر مورد دفاع می‌باشد، اما آیا شرط تأجیل و توقیت انتقال مالکیت با دائمی بودن مالکیت در حقوق ما تنافی ندارد؟ و بالاخره اینکه شرط تأخر انتقال مالکیت از انحلال عقد می‌تواند صحیح باشد یا نه؟

نوشته‌های پیشینیان بیشتر درباره تعلیق بوده و به صورت گسترده نیز مورد مطالعه قرار نگرفته است. همچنین عمدتاً به صورت فتوایی طرح شده و غالب موارد مورد پذیرش واقع نشده است. مواردی هم که برخی از فقها از صحت چنین شروطی سخن گفته‌اند، تنها به اعلام صحت آن بسنده کرده و وارد جزئیات نشده‌اند. در مورد شرط تقدم مالکیت چه در خصوص

۱. یعنی اگرچه زمان برگشت مالکیت مبیع از مشتری به بایع، زمان انحلال عقد است، طرفین شرط کنند که این انتقال به زمان انشای عقد، اثر رجعی داشته باشد. به عبارت دیگر، انحلال عقد، اثر قهقرایی داشته باشد؛ گویی مالکیت مبیع اصلاً به خریدار منتقل نشده است.

تقدم از انشای عقد باشد یا انحلال آن، مطالب زیادی در نوشته‌های فقهی دیده نمی‌شود.

۱. شرط تقدم و تأخر انتقال مالکیت از انعقاد عقد

۱-۱. شرط تقدم انتقال مالکیت

۱-۱-۱. بررسی ماهیت این نوع شرط

آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد تقدم انتقال مالکیت از عقد باید از طریق شروط ضمن عقد صورت پذیرد. در بحث تعلیق عقد، این سوال مطرح است که آیا تعلیق در انشای عقد صورت می‌پذیرد و یا در منشأ یا اثر؟ این سوال در شرط تقدم نیز قابل طرح است؛ بدین صورت که آیا در صورت شرط تقدم، مراد از تقدم، تقدم انشای عقد است و یا تقدم در منشأ و یا اینکه صرف تقدم اثر عقد، مد نظر می‌باشد؟

الف: شرط تقدم انشا

ممکن است طرفین شرط کنند که انشای عقد، متقدم محسوب گردد؛ یعنی گویی عقد را که الآن انشا می‌کنند دو ماه قبل منعقد گردیده است. در این صورت به تبع تقدم انشای عقد هم اثر و هم منشأ متقدم خواهد شد.

در این خصوص یک اشکال وجود دارد و آن اینکه شرط تقدم انشا، نوعی شرط ضمن عقد تلقی می‌گردد. شرط ضمن عقد یا باید در ضمن انشای عقد باشد یا در ضمن منشأ عقد؛ درحالی که هنوز نه انشایی وجود دارد و نه منشأی. به عبارتی، اول باید ظرفی برای شرط وجود داشته باشد و بعد شرط را در آن و یا به آن ربط دهیم. در صورت محال بودن شرط ضمن عقد دانستن این عمل، می‌توان آن را یک قرارداد مستقل تبعی و شرط ابتدایی به حساب آورد.

ب: شرط تقدم منشا

طرفین می‌توانند با انشای عقد، شرط کنند که منشأ، مقدم بر انشای عقد تحقق یابد. در صورتی که جایگاه شرط را انشای عقد بدانیم، این شرط، یک شرط ضمن عقد خواهد بود؛ چون در این صورت، انشا تحقق یافته است و امکان درج شرط در ضمن آن وجود دارد. البته در صورتی که ارتباط شرط را با منشأ عقد بدانیم (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۷) در این صورت چون هنوز منشأ ایجاد نگردیده، نمی‌توان شرط تقدم را به عنوان شرط ضمن عقد تلقی کرد، بلکه مانند فرض قبلی در شرط تقدم انشا، یک شرط ابتدایی محسوب می‌گردد.

ج: شرط تقدم اثر

در صورتی که منشأ عقد و اثر آن را دو امر جدا بدانیم در این صورت طرفین می توانند تنها اثر عقد، یعنی انتقال مالکیت را به زمانی ماقبل شرط نمایند در حالی که انشای عقد و منشأ آن در زمان عقد تحقق یافته است. فرض مقاله نیز ناظر به این مورد می باشد، درحالیکه دو مورد قبلی، شاید اتفاق نیفتد و یا کمتر اتفاق بیفتد.

۱-۱-۲. بررسی موانع قبول این شرط

۱-۱-۲-۱. ضرورت تقدم علت بر معلول

مهمترین اشکال این امر، تقدم معلول بر علت می باشد که عقلاً امری محال است. در جواب این اشکال می توان گفت: شرط تقدم مالکیت با قانون علیت منافاتی ندارد. در تقدم انتقال مالکیت، علت انتقال مالکیت، انشایی است که انجام می شود و معلول بدون علت نیست. حقیقتاً اینگونه نیست که وقتی شرط تقدم مالکیت شد زمانی را فرض کنیم که مالکیت منتقل شده، ولی انشا تحقق نیافته است؛ زیرا زمان ماضی، گذشته است و به صورت واقعی در آن نمی توان تصرفی کرد و تصرفی که در اینجا انجام می گیرد تصرفی اعتباری می باشد که مصداق هایی نیز در حقوق برای آن یافت می شود. به عبارت دیگر، با شرط تقدم به صورت واقعی. مثلاً. دو ماه به عقب باز نمی گردیم تا بعد منتظر فرارسیدن زمان انشای عقد شویم. حقوق، عالم مصالح و اعتبارات است و قاعده علت و معلول طبیعی را در عقود و ایقاعات نباید وارد کرد تا پیامد تباہ بروز نکند (لنگرودی، ۱۳۹۱: ۶۸۵). اعتبار می تواند به زمان گذشته، حال و آینده تعلق یابد (خویی، بی تا: ۱۴۱).

انتقال، تابع اراده است؛ اراده انسان در عالم حقوق دارای خلاقیت و سازندگی است و در این فعالیت، نیازمند تأثیر مادی و عینی ابزار و وسایل خارجی نیست (شهیدی، ۱۳۸۶ الف: ۳۳) و

۱. البته دکتر شهیدی با شرط تقدم مالکیت باید مخالف باشد؛ زیرا در خصوص تأثیر انفساخ عقد به گذشته مقرر می دارد که این گونه تعلیق، نه تنها در فقه و حقوق مدنی طرح و عنوانی ندارد، بلکه نسبت به قواعد و اصول حقوقی کشور ما، یک تأسیس بیگانه و نامأنوس است (۱۳۸۶ ب: ۶۴). اراده‌ی دو طرف نمی تواند انتقال مالکیت مالی را نسبت به زمان گذشته با آثار آن، از یک طرف به طرف دیگر انشا کند (همان: ۵۶). وی در جای دیگر مینویسد: «آنچه با تحلیل موضوع می توان دریافت این است که جز در موارد مصرح قانون، قصد طرفین نمی تواند آثار عقد را نسبت به زمان پیش از پیدایش ماهیت عقد موثر، ایجاد کند. چه اینکه اراده طرفین می تواند ماهیت های حقوقی را خلق کند، اما ترتیب آثار بر ماهیت در صلاحیت قانون است، نه قصد مشترک طرفین» (همو، ۱۳۸۶ الف: ۷۸). همچنین مینویسد: «از نظر فلسفه حقوق، اصل و قاعده نخستین این است که نظام امور عینی و واقعی، در امور اعتباری و حقوقی نیز حاکم است و همانطور که انسان نمی تواند تصرفی در زمان گذشته داشته باشد و موجودات و حوادث گذشته را نابود کند یا تغییر دهد، نمی تواند ماهیتهای حقوقی موجود در گذشته را معدوم سازد و یا آن را تغییر دهد، مگر اینکه در مواردی خاص به اقتضای مصلحت، قانونگذار خلاف آن را مقرر دارد» (همو، ۱۳۸۸: ۵۳) و «در صورت وضع قانون، امری نا ممکن در عالم اعتبار نیست» (همان: ۵۰).

اراده خلاقیتی که می‌تواند مالکیت مبیع را به خریدار منتقل سازد یا آن را به تأخیر اندازد، توانایی آن را نیز دارد که تاریخ انتقال را در گذشته معین کند. حدود حاکمیت اراده را قانون مقرر می‌دارد. پس در موردی که منع صریحی برای تأثیر عقود در گذشته وجود ندارد، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی باید آن را پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ب: ۱۵۹). به عبارت دیگر، ظرف موجودات اعتباری، عالم اعتبار می‌باشد و به مجرد ایجاد اعتباری آنها، ایجاد می‌شوند؛ زیرا برای ایجاد آنها نیازی به تصرف در عالم ماده نیست (خوبی، بیتا: ۱۴۲).^۱

تقدم معلول بر علت در عالم اعتبار دارای مصادیق زیادی می‌باشد که به برخی از آنها اشاره می‌گردد. برخی از اینها در نظام حقوقی ما نیز وجود دارد و برخی وجود ندارد که هدف از طرح آنها، ارائه مصادیقی برای تقدم علت بر معلول در عالم اعتبار است که عقلای نظام‌های حقوقی در خصوص آن، نظر مثبتی ارائه داده و در قوانین حقوقی خود نیز وارد کرده‌اند. این موارد در حقوق ما نیز می‌تواند راهگشا باشد.

الف: اثر رجعی بعد از فسخ و انفساخ عقد

بسیاری از کشورها برای انحلال عقد، اثر رجعی قائلند. تخلف از قانون علت و معلول در این مورد بدین صورت است که وقتی عقد بعد از مدت زمانی، منحل شد باید از زمانی که انحلال صورت گرفته، اثر داشته باشد، نه اینکه به زمانی ماقبل از آن سرایت کند. البته در فقه امامیه، فسخ عقد سبب انحلال آن از تاریخ فسخ خواهد شد و نسبت به گذشته اثری ندارد (شهیدی، ۱۳۸۶: ب: ۲۰۷). در حقوق موضوعه ایران، اگرچه این قاعده در هیچ متن قانونی به صراحت نیامده، ولی از مواد گوناگون و پراکنده در قانون مدنی به خوبی استنباط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: الف: ۱۲). با این وجود نباید چنین پنداشت که قاعده تأثیر انحلال عقد در آینده با نظم عمومی ارتباط دارد. دو طرف می‌توانند به تراضی، اثر انحلال را به گذشته نیز سرایت دهند (همان: ۱۳).^۲

در حقوق برخی از کشورهای عربی بین الغای عقد و فسخ آن تفاوت می‌گذارند؛ برای الغا، اثر رجعی می‌شناسند، اما برای فسخ، نه (سیوفی، ۱۹۹۴: ۳۲۶، ماده ۲۳۸ موجبات و عقود لبنان).

۱. بعبارة أخرى فحیث جاز تعلّق الاعتبار بأمر متقدّم فی عالم الاعتبار کبیع الدار من أمس مثلاً فجاز اعتبار الملكية لأحد قبل سنین، ولکن حیث قام الارتکاز علی خلافه فی البیع والشراء فلا نقول بذلک.

۲. اما اذا كان الفسخ قضائياً فان القاضي يتقيد باحكام المادة ۲۴۷ قانون و موجبات اللبنياني (يعني اثر آن رجعي نخواهد بود) (العوجي، ۲۰۱۱: ۶۹۴).

ب: اثر رجعی بعد از تحقق معلق علیه

در خصوص این امر اگرچه گفته می شود که نه ضرورت های اقتصادی و عملی و نه ساختمان حقوقی عقد معلق، هیچ یک اقتضا ندارد که وقوع عقد به گذشته سرایت کند،^۱ این امر مانع از تراضی طرفین بر کاشف بودن شرط نمی شود^۲ و این امر، نه تنها بین طرفین محترم است، در برابر اشخاص ثالث نیز قابل استناد است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف: ۷۴۰۷۳). همچنین در این خصوص می توان قوانین کشورهای زیر را نیز به عنوان مثال ذکر کرد: ماده ۱۱۷۹ ق.م فرانسه،^۳ ماده ۸۱ ق.م لبنان، ماده ۲۶۵ ق.م یمن، ماده ۲۹۰ ق.م عراق، ماده ۲۰۸ ق.م الجزایر، مواد ۱۶ و ۱۵۱ ق.م سوئیس و ماده ۱۵۸ ق.م آلمان در صورتی که طرفین پیش بینی کرده باشند. بیع التجربه،^۴ بیع اقساطی، اجاره به شرط تملیک^۵ و بیع العربون نیز نمونه هایی از عقد معلق هستند که ممکن است دارای اثر رجعی باشد.

ج: عقود موقوف به اجازه

این عقود، عقودی هستند که تاثیر آنها بر اجازه شخصی به غیر از عاقد متوقف می باشد. این امر یا به خاطر مالکیت او و یا به خاطر داشتن حقی بر یکی از عوضین است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۲۴). به عبارت دیگر، این توقف، گاهی در نتیجه ناتمام ماندن تراضی و عیب در رضا می باشد، مانند عقد ناشی از اکراه و گاهی عدم نفوذ عقد به خاطر ناتمام ماندن تراضی نیست، بلکه به خاطر جلوگیری از تجاوز به حقوق دیگران است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب: ۱۱۵)،^۶ مانند:

۱. عقد فضولی

راجع به اثر اجازه در عقد فضولی در مورد اینکه تنفیذ از زمان انعقاد عقد موثر است (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۶) و یا از زمان تحقق اجازه (خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷۹)، اختلاف وجود دارد. طبق

۱. در حقوق انگلیس، پرداخت ثمن ناقل دانسته شده است (no. ۲. chitty on contracts vol: ۳۵۶-۳۵۷)، در حقوق آلمان ماده ۱۵۶: the legal transaction that is subject to the condition comes into effect when the condition is satisfied.

۲. ماده ۲۹۰ ق.م عراق: اذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

3. A condition which is fulfilled has a retroactive effect to the day when the undertaking was contracted.

۴. بیع المذاق، غیر از بیع التجربه بوده و احکام خاص خود را دارد. ماده ۳۹۲ عقود و موجبات لبنان بیان میدارد: «ان البيع على شرط الذوق لا يعد تاماً ما دام المشتري لم يقبل المبيع». ماده ۴۲۲ ق.م مصر نیز بیان میدارد: «لا ينعقد البيع الا من وقت الذي يتم فيه هذا الاعلان».

۵. ق.م مصر، اجاره به شرط تملیک را از اقسام بیع اقساطی قلمداد کرده و احکام آن را به اجاره به شرط تملیک نیز بار کرده است (بند ۴ ماده ۴۳۰).

۶. البته در سایر نظامهای حقوقی، نحوه برخورد با این عقود ممکن است با حقوق ایران متفاوت باشد.

نظر مشهور که اجازه را از زمان انشای عقد موثر می‌داند و به نظر کشف شهرت دارد^۱ (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۳۶۸) اجازه با اینکه امری متأخر است باعث انتقال مالکیت در زمانی متقدم از خودش، یعنی زمان انشای عقد می‌گردد. هرچند در این نوع از عمل حقوقی، اشکال تقدم معلول بر علت و مالکیت هم‌زمان دو شخص بر شی واحد به صورت مستقل نیز وارد است، با این وجود مورد قبول واقع شده است. وقتی امری در یک مورد پذیرفته شد پس محال نیست (خمینی، سید مصطفی، ۱۴۱۸: ۱۵۶).

وصیت تملیکی، یکی دیگر از مواردی است که در آن کاشف و ناقل بودن مطرح است. برخی از کسانی که وصیت تملیکی را عقد می‌دانند به کاشف بودن آن از زمان فوت موصی قائل اند (عاملی، بی‌تا: ۳۸۳).

۲. عقد اکراهی

در فقه امامیه، جز عده کمی از فقیهان که مکزه را فاقد قصد و رضا و عقد اکراهی را به طور کلی باطل و بی اثر دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۷۴؛ کاشف الغطا، ۱۳۵۹: ۱۵۶)، مشهور فقیهان (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۶۰)، عقد مکزه را غیر نافذ و در صورت رضایت بعدی او نافذ می‌دانند. در صورت پذیرش تنفیذ بعدی شخص مکره، در این صورت حکم این امر نیز مانند عقد فضولی می‌شود.^۲

۱. در حقوق سایر کشورها از کاشفیت یا ناقلیت اجازه بحث نشده، بلکه تنها از اثر رجعی داشتن سخن به میان آمده است (سنه‌وری، بی‌تا: ۲۹۸؛ بند یک ماده ۱۳۶ ق.م.عراق؛ ماده ۴۶۶ ق.م.مصر؛ ماده ۴۳۴ ق.م.سوریه؛ ماده ۴۵۵ ق.م.لیبی؛ ماده ۳۸۵ موجبات و عقود لبنانی).

۲. «و یكون العقد باطلا بطلان نسبیا اذا وجدت كل ارکانه و توافرت شروط هذه الارکان، ولكن ركن الرضا اختل؛ بان صدر الرضا غیر صحیح. ونحن نعرف ان الرضا یكون غیر صحیحاً اذا صدر من ناقص الاهلیه، او اذا شاب غلط او تدلیس او اکراه» (سنه‌وری، بی‌تا: ۶۱۰؛ ماده ۱۱۰۹ ق.م.فرانسه) «و یكون للعقد الباطل نسبیا قبل ان یتقرر بطلانه وجود قانونی کامل، و ینتج كل الآثار القانونیه الّتی كانت تترتب علیه لو نشأ صحیحاً» (سنه‌وری، بی‌تا: ۶۱۷). تقریر بطلان نیز می‌تواند قضایی باشد و یا توافق (همان)، البته باید اضافه کرد که فسخ قضایی در حقوق ما وجود ندارد و حکم دادگاه همیشه کاشف از فسخ است (کنعانی و فرحزادی، ۱۳۹۱: ۶۰). گفته شده است که: «الاصل فی الفسخ ان یكون قضائياً» (الذنون، اصول الالتزام: ۱۸۳. به نقل از: الفاضل، ۱۹۹۱: ۲۷۹). در تقریر عقد باطل نسبى از طرف متعاقدين یا از طرف دادگاه، عقد باطل اعلام می‌شود با اثر رجعی؛ یعنی عقد دارای آثار می‌باشد و با اعلان بطلان، این آثار، کان لم یکن تلقی می‌گردد و این، امری خلاف روال طبیعی امور مادی است؛ چون در این مورد ممکن است عقد، سبب انتقال مالکیت شده باشد که با ابطال آن مالکیت از ابتدا به مالکیت مالک سابق در می‌آید. در عقد غیرنافذ، قبل از اینکه اجازه صورت پذیرد عقد بی اثر است و این اجازه است که اثر رجعی وجودی دارد. در حقوق فرانسه و کشورهای متأثر از آن در خصوص عقود موقوف، بر خلاف حقوق ایران، بین عقدی که به علت تدلیس یا اشتباه و یا غبن یکی از طرفین قابل فسخ می‌باشد و بین معامله به زبان طلبکاران و عقد مکره و صغیر (ممیز) که به علت فقدان یا عدم اعتبار رضایت یکی از دو طرف غیر نافذ می‌باشد، از جهت وضعیت و آثار ناشی از انحلال، تفکیک به عمل نیامده است (شهیدی، ۱۳۸۶: ب: ۲۰۸).

۳. معامله افراد فاقد رشد

معامله اشخاصی مانند اطفال ممیز و سفیهان (جی بستون و دیگران، ۲۰۱۰: ۲۴۷) که فاقد رشد می باشند نیز می تواند مثالی برای تجاوز از قاعده علی و معلولی در نظام اعتبارات حقوقی باشد. این معاملات نیز مانند معاملات قبلی در حقوق ایران، قابل تنفیذ و یا قابل رد می باشند.

۴. ابطال معامله صحیح سابق

در ماده ۸۱۶ ق.م ایران آمده است که اخذ به شفعه، هر معامله ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده است باطل می نماید. ابطال قراردادی که تا زمان اخذ به شفعه، نافذ بوده، در حقوق ما باعث شگفتی است؛ زیرا به طور معمول قرارداد از آغاز وقوع خود یا درست و نافذ است و یا نادرست و باطل و غیرنافذ. حتی حالتی را که عقد در حال وقوع، مباح و نافذ باشد، ولی حادثه یا عمل حقوقی دیگری بتواند آن را از آغاز باطل کند رویدادی نامتعارف است (کاتوزیان، ۱۳۸۶ ج: ۴۷).

۵. انتقال مالکیت مبیع به مالک در ضمان معاوضی

با اینکه در حقوق ما عقد بیع، تملیکی است، اگر مبیع پیش از تسلیم به خریدار در اثر حادثه ای تلف شود، از حساب فروشنده است و او باید ثمنی را که در برابر مال تلف شده گرفته، به خریدار بازگرداند (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ب: ۱۸۷). التزام به دادن عوض قراردادی در این فرض را ضمان معاوضی می نامند، در برابر ضمان قهری که ناظر به جبران خسارت (مثل یا قیمت) مال تلف شده است و هیچگاه بر عهده مالک قرار نمی گیرد و به سود او ایجاد می گردد (همو، ۱۳۹۰: ۱۰۰). برخی در توجیه این امر گفته اند که مفاد قاعده به هیچ وجه با اصول و قواعد حاکم بر معاملات مبنی بر تملیکی بودن بیع، منطبق نیست و مستند قاعده مزبور فقط نصوص وارده و اجماع و سیره اسلامی است که به موجب مدلول آن ها، قواعد اولیه تخصیص می خورد. این دسته از فقیهان به ناچار اظهار کرده اند که در فرض تلف قبل از قبض، مبیع قبل از تلف برای لحظه ای به ملکیت بایع عودت یافته و در همان لحظه در حالیکه در ملکیت او قرار دارد تلف می شود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۸۳، ۱۸۴). طبق این نظر، انفساخ عقد، علت انتقال متقدم مالکیت مبیع به بایع می باشد که بر طبق قانون علت و معلول تکوینی، امری محال، ولی در اعتباریات پذیرفته شده است.

۱-۲-۲. استحاله اجتماع دو مالک مستقل در آن واحد بر مملوک واحد

پذیرفتن اثر قهقرایی، مستلزم این است که مالی که تاکنون ملک فروشنده بوده، با شرط تقدم مالکیت، ملک خریدار گردد؛ یعنی در این فاصله، موضوع معامله هم ملک خریدار باشد و هم ملک فروشنده، درحالیکه به حکم عقل، مالکیت دو نفر در یک زمان نسبت به تمام اجزای یک مال محال است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۷۱)؛ زیرا این امر مستلزم اجتماع مثلین در شیء واحد می‌گردد که امری ممتنع است (مظفر، ۱۳۹۱: ۹۰) و به اجتماع نقیضین که امری محال است منتهی می‌شود (محمدی، ۱۳۹۱: ۱۷۰). پس در نتیجه، اجتماع دو مالک در شیء واحد نیز محال خواهد بود. البته قیاس بالا یک قیاس مرکب است که در دل خود قیاس‌های دیگری را نیز دارد، از جمله اینکه: ص: مالکیت، امری اعتباری است؛ ک: امر اعتباری همان قواعد امور تکوینی را داراست. نتیجه: مالکیت نیز باید تحت قواعد تکوینی قرار بگیرد.

استدلال بالا این اشکال را دارد که ماده کبرای آن قابل مناقشه است؛ یعنی این امر به صورت موجب کلیه صحیح نمی‌باشد؛ زیرا مثال‌های نقضی برای آن در حقوق وجود دارد، مانند اجازه فضولی که اثر قهقرایی دارد و از قواعد تکوینی علی و معلولی پیروی نکرده است. در خصوص مالکیت نیز باید بر این نظر بود که تمام قوانین تکوینی بر آن حکومت نمی‌کند؛ چون یک امر اعتباری است و امر اعتباری لزوماً مشمول قواعد تکوینی قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر، این مورد با مواردی که مثلاً با انفساخ عقد، آثار انفساخ عطف به ما سبق می‌شود (نبیل، ۱۹۹۷: ۲۷۸) و یا در عقد معلق که بعد از تحقق معلق علیه، آثار آن از زمان انشای عقد حساب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف: ۷۴، ۷۳) فرقی ندارد. از این رو، ملاحظه شد که در بیشتر کشورها این امر مورد قبول واقع شده است.^۱ نظیر این بحث در ضمان ضم ذمه به ذمه در فقه مورد گفت و گو قرار گرفته و این نوع از ضمان به دلیل عدم امکان تصور اینکه ذمه دو نفر در آن واحد در دو محل استقرار یابد باطل اعلام شده است. همانگونه که شیء واحد در دو محل استقرار نمی‌ابد و برای یک دین نیز دو ذمه یا بیشتر نمی‌تواند مشغول باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۳). اشتباه این استدلال نیز مانند استدلال بالا در این است که امور اعتباری بر امور حقیقی حمل شده است؛ گرچه در امور حقیقی، وجود شیء واحد در مکان‌های متعدد محال است، در امور اعتباری، منع عقلی ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۹۵). در خود فقه نیز مثال‌هایی را برای آن می‌توان یافت، مثل: ضمان

۱. برای نمونه، در شرط حفظ مالکیت: «إذا وفیت الاقساط جميعا، فان انتقال الملكية الى المشتري يعتبر مستندا الى وقت البيع» (ماده ۴۳۰ ق.م.مصر؛ ماده ۳۹۸ ق.م.سوریه).

ایادی غاصبه. در قانون تجارت ایران نیز این نوع از ضمان به رسمیت شناخته شده و در فقه عامه مورد پذیرش قرار گرفته است. در قوانین کشورهای دیگر نیز وجود دارد.^۲

۱-۲-۳. خلاف مقتضای ذات بودن

انتقال مالکیت ممکن است اثر عقد بیع باشد و یا اثر هبه، صلح و غیره. در هر یک از موارد با استفاده از قرائن می توان تشخیص داد که عمل حقوقی اراده شده، کدام عقد می باشد. اگر تشخیص بر عقد بیع باشد، این شرط با مقتضای ذات عقد بیع در تعارض می باشد و برداشت عرفی و حقوقی از عقد بیع، انتقال مالکیت در زمان عقد و حداکثر مدتی بعد از زمان تحقق انشا می باشد، اما اینکه سرایت اثر عقد بیع به گذشته، امری است که از عقد بیع قابل برداشت نیست. در جواب می توان گفت: مقتضای ذات عقد بیع، نفس انتقال مالکیت است (نائینی، ۱۴۲۱: ۴) و زمان انتقال مالکیت، مقتضای اطلاق آن می باشد (شیخ انصاری، ۱۴۲۵: ۴۳). این استدلال در صورتی که در مورد تعلیق انتقال مالکیت پذیرفته شود در مورد تقدم آن نیز پذیرفته خواهد شد، البته در صورتی که اشکالات دیگر از جمله امکان تقدم زمانی معلول بر علت در امور اعتباری پذیرفته شود.

۱-۲-۴. فقدان مجوز قانونی^۳

در خصوص این شرط، این سوال مطرح می گردد که چگونه ممکن است قراردادی که از نظر حقوقی در عالم اعتبار به وجود می آید و آثار حقوقی خود را بر جای می گذارد با فسخ یا انفساخ از ابتدا بی اثر شود و یا شرط تقدم آن بر انشای عقد گردد. این نهادی است که با قواعد حقوقی ایران و فقه امامیه سازگاری ندارد و از طرف دیگر چنین نهادی در سیستم حقوقی ایران از طرف قانونگذار جدید پیشبینی نشده است و در صورت برخورد با مقرراتی که در آن حتی وضع چنین نهادی محتمل باشد، باید بنا را بر اصل عدم گذشت (شهیدی، ۱۳۸۸: ۵۷).

این ایراد به نظر قابل دفاع نباشد. در واقع مجوز اصلی، اصل آزادی قراردادی می باشد که حقوق ما آن را پذیرفته است (ماده ۱۰ ق. م. لنگرودی، ۱۳۹۰: ۹۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف: ۱۴۴) و این آزادی قراردادی

۱. ماده ۱۱۶ قانون تجارت ایران؛ ماده ۲۳۲ ق. م. فرانسه؛ ماده ۱۰۰۸ ق. م. عراق؛ ماده ۷۷۲ ق. م. مصر.

۲. البته این بدین معنا نیست که هیچ نوع محدودیت منطقی در امور اعتباری وجود نداشته باشد، بلکه مورد ادعا در این مقاله، امکان استثنای شرط تقدم انتقال مالکیت از قواعد علی و معلولی اعتباری و همچنین امکان تصور وجود شی واحد در دو مکان متعدد در امور اعتباری است که با استفاده از تنقیح مناط از موارد مشابه و مستندات دیگر صورت میپذیرد.

۳. بند دوم ماده ۳۹۹ ق. م. آذربایجان مقرر می دارد:

The parties may establish that the terms of the executed contract shall apply to their relations existing prior to the execution of the contract.

تا جایی موثر است که مخالف قوانین امری و یا نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نباشد (ماده ۹۷۵ ق.م). تنافی این شرط با موارد مذکور قابل تردید است و بالعکس، قانونگذار این امر را در موارد مشابه پذیرفته است، چنانکه در معاملات فضولی و اکراهی دیدیم. همچنین این شرط تا جایی تأثیر دارد که به حقوق مکتسبه افراد، خللی وارد نکند، وگرنه غیر نافذ خواهد بود.

۲-۱. شرط تأخر انتقال مالکیت

قاعده این است که در اثر عقد بیع، خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن شود،^۱ ولی نباید پنداشت که انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن جزء مقتضای بیع است.^۲ (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ب: ۱۵۷؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۱)، بلکه مقتضای ذات عقد بیع، نفس انتقال مالکیت است (نائینی، ۱۴۲۱: ۴). اما زمان انتقال مالکیت، مقتضای اطلاق آن می باشد^۳ (شیخ انصاری، ۱۴۲۵: ۴۰۳). در بسیاری از بیع ها^۴ چه در بیع های داخلی و چه خارجی در حوزه معاملات تجاری غالباً به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک ثمن نمی گردد و مالکیت در زمانی منفصل از عقد پدید می آید^۵ (لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۷۲). از این رو، لزومی برای همزمانی انتقال مالکیت با عقد نمی باشد و طرفین می توانند کنند که این انتقال در زمانی متأخر از عقد صورت پذیرد. زمان انتقال متأخر مالکیت می تواند توسط تحقق امری محتمل محقق شود^۶ یا سپری شدن مدت معینی که امر اول تحت عنوان

۱. «ينتقل الملك بمجرد صدور العقد الا في الهبة فيتوقف على القبض» (سنهري، ۱۹۹۸: ۵۵).

۲. ماده ۴۸۵ ق.م اردن: «تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع الى المشتري ما لم يقضى القانون او الاتفاق» (فاضل و فتلاوی، ۱۹۹۳: ۹۰).

۳. ماده ۵۰۶ ق.م عراق: «مبادله مال بمال». این تعریف از المجمله اخذ شده است (نبیل، ۱۹۹۷: ۳۶). ماده ۵۶۴ مجله الالتزامات و العقود تونس: «البيع عقد تنتقل به ملكية شيء او حق من احد المتعاقدين للآخر بثمان يلتزم به».

۴. درباره انتقال مالکیت در بین سیستم های حقوقی و کشورها اختلاف نظر وجود دارد و بیع و تعاریف آن یکنواخت نیست (انصاری معین، ۱۳۸۷: ۱۹۱)، حتی کنوانسیون وین، موضوع انتقال مالکیت را به قوانین داخلی احاله داده است (قنوتی، ۱۳۸۲: ۳۰؛ امینی، ۱۳۸۹: ۱۵۹). در حقوق اسلام، این امر با انعقاد عقد صورت می پذیرد.

در حقوق فرانسه، انتقال مالکیت نتیجه اجرای تعهدی به نام تعهد به تملیک است (obligation de donner) و به محض ایجاد یا پس از رفع موانع، خود به خود اجرا می شود (امینی، ۱۳۸۹: ۱۶۳). در حقوق مصر، ماده ۴۱۸ بیان میدارد: «البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا آخر». در حقوق آلمان، طبق ماده ۹۲۵، قرارداد به خودی خود باعث انتقال مالکیت نمی شود و انتقال مالکیت نیازمند عملیات حقوقی دیگری می باشد (امینی، ۱۳۸۹: ۱۵۶: ۱۵۷).

۵. مانند:

- بیع کلی در زمان تعیین مصداق یا تسلیم (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ب: ۳۵؛ امامی، بی تا: ۴۱۹).

- در عقدهایی که قبض، شرط صحت است (مانند بیع صرف) مالکیت از تاریخ قبض است، نه از تاریخ عقد (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۸۰).

- انتقال ملک ثبت شده با سند رسمی، برخی معتقدند با تنظیم سند انتقال رخ میدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ب: ۹۴؛ کاشانی، ۱۳۸۵: ۵۷). در حقوق آلمان نیز ثبت، شرط انتقال مالکیت است (امینی، ۱۳۸۹: ۲۳۷). برخی نیز برای انتقال، ثبت را ضروری نمیدانند (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۸۰؛ صفایی، ۱۳۸۷: ۴۴۴؛ شهیدی، ۸۴) و سند عادی را قابل استناد نمی دانند. ماده ۵۸۱ مجله الالتزامات والعقود تونس. در حقوق فرانسه نیز انتقال مالکیت نیاز به ثبت ندارد اما این انتقال در برابر ثالث به صورت ماهوی قابل استناد نیست؛ یعنی گویی این معامله در برابر ثالث انجام نشده است نه اینکه قابل اثبات نباشد (امینی، ۱۳۸۹: ۲۲۱).

۶. ماده ۱۵۷ ق.م روسیه؛ ماده ۱۵۱ قانون تعهدات سوئیس.

تعليق انتقال مالکیت و امر دوم با عنوان تأجيل انتقال مالکیت بررسی می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۲۷؛ پیرهادی، ۱۳۹۲: ۱۸۲). برخی با نام تعليق به شرط و تعليق به صفت، متذکر این امر شده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۸۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۵۷) و برخی با تعليق و توقیت عقد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۰۵) و برخی به صورت عام فقط با عنوان تعليق از آن یاد کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۹۹).^۱

۱-۲-۱. شرط تعليق انتقال مالکیت^۲

تعليق انتقال مالکیت به نظر برخی از حقوقدانان، همان تعليق در اثر عقد می باشد. از آنجایی که با تعليق خود عقد، انتقال مالکیت نیز معلق می گردد و در مورد منشأ و یا اثر عقد بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. در مورد اینکه در تعليق، چه چیزی معلق می گردد بین صاحب نظران اختلاف وجود دارد. فقهای امامیه را در این خصوص می توان به دو گروه دسته بندی کرد: گروه اول کسانی هستند که اصلاً در تعليق بين انشای عقد معلق می گردد و یا منشأ عقد، تفکیک قائل نشده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۱۴: ۱۰۶؛ علامه حلی ۱۴۱۴: ۱۴۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۴۰۵) و گروه دوم این تفکیک را قائل شده‌اند (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۳۷). در گروه اول، عده ای مطلقاً عقد معلق را باطل^۳ و برخی، مطلقاً صحیح اعلام کرده‌اند. در میان نظرات گروه دوم، یعنی کسانی که میان تعليق در انشا و تعليق در منشأ تفاوت قائل شده‌اند نیز دو دیدگاه مشاهده می گردد. دسته اول از این گروه معتقدند که تعليق در انشا، موجب بطلان عقد می گردد، ولی تعليق در منشأ به صحت عقد خللی وارد نمی سازد. در مقابل دسته اول از این گروه، دسته دوم معتقدند که تعليق در منشأ، اصلاً امکان نداشته، بلکه تعليق صرفاً نسبت به انشا امکان دارد. بنابراین تعليق در منشأ، اساساً ممکن نیست و تعليق در انشا نیز خللی به صحت عقد وارد نمی آورد (قاسمی حامد، ۱۳۸۹: ۵۰).

1. In China, conclusion of a contract and effectiveness of a contract are deemed as two different matters that stand separately to each other, mo zang, 2006: 111.

۲. ماده ۱۴۳ ق.م.یمن: «العقد الموقوف هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصل له وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الولي أو الوصي في غير ما أذن له».

۳. اکثر فقیهان حتی کسانی که عقد معلق را باطل میدانند، شرط معلق را پذیرفته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۵۷).

۱-۲-۲. شرط تأخیر انتقال مالکیت^۱

همانگونه طرفین می‌توانند انتقال مالکیت را معلق کنند، حق دارند آن را به وقوع امری در عالم خارج موکول کنند. تفاوت این دو شرط در این است که در تعلیق، انتقال امری نیست که در آینده به طور مسلم اتفاق افتد، اما در شرط تأخیر، پس از مدتی انتقال خود به خود انجام می‌پذیرد^۲ (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۱۶۰)، مثلاً در بیعی که انتقال مالکیت دو ماه به تأخیر افتاده، بعد از اتمام دو ماه، مالکیت منتقل می‌گردد. در واقع تأخیر به مانند تأجیل تعهد می‌باشد، با این تفاوت که لفظ تأجیل، بیشتر در موردی استفاده می‌شود که عقد تحقق یافته و تعهد ایجاد شده، ولی اجرای تعهد به فرارسیدن زمان معینی موجهل شده است.^۳ البته شرط تأخیر را نیز می‌توان به عنوان تعلیق به معنای اعم در نظر گرفت؛ یعنی در خود تأخیر نیز یک امری معلق است، اما این تعلیق به وقوع خواهد پیوست، برخلاف تعلیق اصلاحی که در آن تحقق معلق علیه، امری محتمل می‌باشد که امکان تحقق و یا عدم تحقق آن می‌رود. «در فقه معاملات، تعلیق به معنای وابسته ساختن یک عمل حقوقی به یک امر استقبالی از سوی متعاقدين است؛ خواه آن امر، احتمالی باشد خواه قطعی و یقینی» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۴۵). برخی از استادان این گونه تعلیق را نه تأجیل می‌نامند و نه تعلیق اصطلاحی، بلکه عقد معلق بر زمان مینامند. «اینگونه عقود را در حقیقت نباید عقد معلق نامید؛ زیرا هرچند در زمان انشا، عقدی به وجود نمی‌آید، تشکیل آن پس از انقضای مدت مزبور، قطعی است. . همچنین عقد معلق بر زمان را نباید با عقد موجهل اشتباه کرد. . عقد معلق در اصطلاح حقوقی، عقدیست که اجرای مفاد آن موکول به انقضای اجل مقرر است» (شهیدی، ۱۳۸۶ الف: ۱۰۰).

چنانکه در بحث تعلیق، بحث در تعلیق انشا یا منشأ و یا اثر پیش می‌آید، در تأخیر نیز این

۱. یا همان تعلیق به وصف در بیان فقها. به نظر جمعی از فقهای شیعه، تعلیق به وصف مانند تعلیق به شرط، موجب بطلان عقد و ایقاع خواهد شد (فاضل آبی، ۱۴۱۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۶۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۹۹؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۸۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۱۵). برخی از فقها نیز با توجه به اینکه تحقق وصف عاداتاً حتمی است و تردیدی در وقوع آن راه ندارد، این نوع تعلیق را باعث بطلان عقد و ایقاع ندانسته‌اند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۳۹۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۳۹).

۲. شیخ طوسی در تعلیق وکالت به آمدن حجاج و رسیدن آخر ماه، تفاوتی از جهت احتمالی بودن رسیدن حجاج و حتمیت آمدن آخر ماه قائل نشده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۹۹). البته تفاوت این نوع تعلیق را برخی با نام تعلیق به صفت و تعلیق به شرط متذکر شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۵۷). به هر حال، اصطلاح فقها بر این جاری است که امر مستقبلی را که ترتب آن مقطوع باشد، صفت می‌نامند، مثل شرط طلوع آفتاب. در مقابل، امر مستقبل مشکوک را اعم از ظن و شک اصطلاحی، شرط مینامند، مثل شرط آمدن زید و قدوم حاج (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۴).

۳. در بیان مفهوم اجل می‌توان گفت: مدتی است که امکان مطالبه دین را به تأخیر میاندازد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۸۵). «اگر تحقق شرط در آینده به یقین معلوم باشد (مانند طلوع آفتاب و فرارسیدن نوروز) باید عقد را موجهل شمرد، نه معلق» (کاتوزیان، ۱۳۸۶ الف: ۲۴).

مباحث مطرح می‌باشد. در صورتی که در تعلیق، تعلیق در انشا را قبول کنیم، تأخیر در انشا نیز باید پذیرفته شود. تأخیر در منشأ و اثر نیز همانند آن، قابل طرح و بررسی می‌باشد. در مورد شرط تأخیر در عقود تملیکی، به نظر یک مشکل جدی وجود دارد و آن مغایرت این شرط با دائمی بودن مالکیت در حقوق ما می‌باشد (برای دیدن این شرط مالکیت: کاتوزیان، ۱۳۸۶ الف: ۱۰۸؛ لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۶۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۲۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۶؛ خویی، بیتا: ۴۸۸/۷؛ میرفتاح، ۱۴۱۷: ۸)؛ یعنی وقتی در عقدی تملیکی شرط می‌شود که مالکیت مبیع، بعد از دو ماه منتقل گردد، در این صورت، ملک که هنوز در ملکیت بایع است مقید به مدت زمان دو ماه گردیده است؛^۱ زیرا ما یقیناً می‌دانیم که بعد از دو ماه و فرارسیدن اجل، مالکیت منتقل خواهد شد و مالکیت بایع دو ماهه می‌شود، ولی چون تعلیق برخلاف تأخیر، احتمالی است، این مشکل وارد نمی‌شود.

۲. شرط تقدم و تأخر انتقال مالکیت از انحلال عقد

۱-۲. شرط تقدم مالکیت از انحلال عقد

انحلال عقد همچنانکه اثر زایل کننده دارد باید از اسباب تملک نیز به شمار بیاید، مثلاً اقاله در همان صورت که سبب سقوط تعهد است، سبب تملک در مال منتقل عنه از عاقد نیز هست؛ یعنی برای نمونه، در عقد بیع که اقاله می‌شود مشتری مالک ثمن و بایع مالک مبیع می‌شود. پس ترجیح یکی از دو اثر حقوقی مذکور بر دیگری، ترجیح بلا مرجح است (لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۳۲). به عبارت دیگر، تنها اثر منفی و پاک کننده ندارد. اثر مثبت آن، بازگشت ملکیت استقرار یافته است که در حقوق ما، به ملاحظات عرفی و تاریخی، چهره تبعی پیدا کرده و به ظاهر، مانند آثار انحلال است (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۴۱). به خاطر همین جنبه مثبت انحلال است که برخی از فقها، انحلال معلق^۲ را به دلیل نبودن انشا و سبب شرعی برای انتقال مالکیت مبیع از خریدار به فروشنده قابل قبول نمی‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۶ ب: ۵۹). از این رو، شرط تقدم و یا حتی تأخر مالکیت در انحلال عقد نیز قابل طرح و بررسی می‌باشد.

۱. دائمی بودن مالکیت در سال‌های اخیر با ورود برخی نهادهای حقوقی از جمله تایم شرینگ یا مالکیت موقت، بیشتر مورد مناقشه قرار گرفته و سعی بر نفی این شرط، یعنی دائمی بودن مالکیت شده است (شریعتی، ۱۳۸۶: ۴۰؛ فدوی، بیتا: ۱۴). امکان تأخیر انتقال مالکیت که حقوقدانان متعرض تنافی آن با شرط دائمی بودن مالکیت نشده‌اند، می‌تواند دلیلی بر عدم اعتبار دائمی بودن مالکیت باشد، هرچند خود این حقوقدانان، بر دائمی بودن مالکیت معتقد باشند.

۲. این دسته، باید همان فقهایی باشند که انتقال معلق مالکیت در عقد بیع و یا به طور کلی، عقد معلق را نمی‌پذیرند. پس در اقاله نیز که انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد، معلق بودن آن بر طبق نظر همین فقها، محل تردید خواهد بود.

۲-۱-۱. اقاله^۱

در صورتی که اقاله، عقد باشد، شرط تقدم اثر اقاله به زمان ما قبل آن قابل بررسی است؛ یعنی می‌توان در داخل اقاله یک شرط گنجانند و آن شرط، اثر رجعی انحلال عقد باشد. چنانکه در شرط تقدم مالکیت بر انشای عقد ملاحظه شد که این شرط می‌تواند با لحاظ شروطی، صحیح باشد. در ادامه نیز خواهیم دید که این شرط در صورت فسخ و انفساخ عقد نیز می‌تواند صحیح باشد و در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف نیز مورد پذیرش واقع شده است. در صورتی که اقاله، عقد نباشد، نهادن این شرط در ضمن آن محل تردید خواهد بود؛ زیرا شروط باید در ضمن عقد قرار گیرند تا به آنها صدق شرط کند، ولی در صورتی که در ضمن یک شرط انجام نپذیرند یک شرط ابتدایی خواهند بود که در خصوص لزوم وفا در آنها، فقها اختلاف نظر دارند.

۲-۱-۲. فسخ و انفساخ

فسخ و یا انفساخ عقد، مخصوص عقود است که به طور صحیح واقع شده باشند (فاضل، ۱۹۹۱: ۲۷۵). تفاوت اساسی این عقود با عقود باطل این است که عقد باطل هیچ‌گاه محقق نمی‌شود، در صورتی که عقد قابل فسخ و انفساخ، پیش از اعمال فسخ، هستی و آثار حقوقی دارد و با فسخ از ادامه هستی و آثارش جلوگیری می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۴۷). لازمه این امر این است که آثار عقد از زمان انعقاد تا زمان فسخ و یا انفساخ ادامه داشته باشد و عقد از زمان انفساخ آثارش قطع می‌گردد.^۲ در فقه امامیه نیز فسخ عقد، سبب انحلال آن از تاریخ فسخ

۱. در کشورهای عربی، تنها مواد ۱۸۳، ۱۸۱ ق.م.عراق و مواد ۱۷۶، ۱۷۸ قانون تجارت کویت، اقاله را عنوان کرده‌اند و مقررات کشورهای دیگر این مورد را شامل نمی‌شود (فرج الصعده، ۱۹۷۴: ۶۱۲). البته سال ۲۰۰۲ در ۵۸۲ ق.م.بمن، این نهاد حقوقی آورده شده است: «الإقالة هي رفع عقد البيع بمثل الثمن الأول ولو مسكوتاً عنه فيها وتجاوز في بعض المعقود عليه بما يخصه من الثمن» و نیز در ماده ۲۴۲ ق.م.اردن، مصوب ۱۹۷۶.

Just as a contract can be made by agreement, so it may also be discharged by agreement. However, in general, consideration is required to enforce the agreement to discharge or vary the contract, Stefan Fafinski and Emily Finch, 2010: 161- Catherine Elliott & Frances Quinn, 2011: 320.

2. If, under the terms of a legal transaction, the consequences linked to the satisfaction of the condition are to become effective from an earlier time than when the condition is satisfied the parties are under a duty to render each other the performance that they would have rendered if the consequences had occurred at the earlier time (ماده 159 ق.م.آلمان).

The contract takes effect as soon as this condition precedent occurs, unless the parties clearly intended otherwise (ماده 151 تعهدات سوئیس).

در حقوق فرانسه در عقود مستمر (contrats successifs) نیز فسخ، عطف به ما سبق نمی‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۵۲).

خواهد شد و نسبت به گذشته اثری ندارد^۱ (شهیدی، ۱۳۸۶: ب: ۲۵۷). این قاعده در هیچ متن قانونی به صراحت نیامده، ولی از مواد گوناگون و پراکنده در قانون مدنی به خوبی استنباط می شود (کانونیان، ۱۳۸۷: الف: ۱۲).

با این وجود نباید چنین پنداشت که قاعده تأثیر انحلال عقد از زمان انحلال با نظم عمومی ارتباط دارد. دو طرف می توانند به تراضی، اثر انحلال را به گذشته نیز سرایت دهند (همان: ۱۳). حتی این امر در حقوق بسیاری از کشورها به عنوان قاعده پذیرفته شده است^۲ و اثر انفساخ عقد را به قبل از انفساخ سرایت می دهند. ظاهر ماده ۱۲۲ ق.م. الجزایر،^۳ ماده ۲۱۹^۴ و ۲۶۰ ق.م. یمن، ماده ۱۳۳ ق.م. تونس،^۵ ماده ۱۶۰ ق.م. مصر، ماده ۱۴۵ ق.م. سودان، ماده ۲۴۰ قانون موجبات و عقود لبنان، ماده ۱۶۲ ق.م. لیبی، ماده ۱۶۱ ق.م. سوریه، ماده ۲۱۱-۲۱۶ ق.م. کویت، ماده ۱۱۸۳ ق.م. فرانسه^۶ و ماده ۱۵۹ ق.م. آلمان و ماده ۱۵۴ تعهدات سوئیس^۷ و ماده ۴۶ کد تعهدات لهستان در صورتی که در عقد پیش بینی شده باشد شاهد مثال هایی برای این امر می باشند. چنانکه ملاحظه شد در حقوق بسیاری از کشورها با انفساخ عقد و یا فسخ آن، اثر آن ها رجعی می باشد و یا برای طرفین امکان اشتراط چنین امری وجود دارد. تقدم اثر بر موثر در روابط حقوقی که از امور اعتباری می باشند، نباید امری استثنایی قلمداد گردد و چنانکه قانونگذار می تواند این امر را پذیرفته و مورد تقنین قرار دهد، اراده طرفین نیز که قانون طرفین به شمار می آید می تواند بر این شرط تصریح داشته باشد. به عبارت دیگر، وقتی امری در مصداق های حقوقی متعدد، مورد پذیرش قرار گرفته باشد دلیل بر تمایل قانونگذار بر تعمیم این امر بر مصادیق مشابه است، وگرنه با مصادیق فراوان تقدم مسبب از سبب، نوعی تخصیص اکثر

1. Once a court holds that a contract is frustrated, it is automatically terminated from the point at which the frustrating event occurred and the contract is described as being discharged. Obligations which would have arisen from that point on no longer exist, but the contract is not treated as though it never existed, so acts done before the frustrating event may have legal consequences, Catherine Elliott and Frances Quinn, 2009: 327 - Paul Richards, 2007: 383 - Mary Charman, 2009: 120.

این دعوا در قانون فراتریشین سال ۱۹۴۳ تکمیل شد. بدین ترتیب بازگردانده شدن پول پرداخته شده به معنای این است که اثر آن از ابتدا زایل شده و کان لم یکن گردد.

۲. «فان العقد ينحل، لا من وقت الفسخ فحسب، بل من وقت نشوء العقد، ای: ان الفسخ له اثر رجعی و يعتبر العقد المفسوخ کان لم یکن و یسقط اثره حتی فی الماضي» (سنهوری، بی تا: ۶۹۷؛ سرحان و خاطر، ۲۰۰۹: ۲۹۷).

۳. «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد».

۴. «ویترتب علی الفسخ إعادة العاقدین إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد».

۵. البته اگر به صورت شرط صریح یا ضمنی بر این امر توافق شده باشد.
6. A condition subsequent is one which, when it is fulfilled, brings about the revocation of the obligation, and which puts things back in the same condition as if the obligation had not existed.

7. A contract whose termination is made dependent on the occurrence of an event that is not certain to happen lapses as soon as that conditions fulfilled.

پیش می‌آید که قبیح است.

۲-۲. شرط تأخر مالکیت از انحلال عقد

در قسمت پیشین، امکان تقدم انتقال مالکیت از زمان انحلال بررسی شد. در این قسمت، امکان تأخر انتقال مالکیت از مشتری به بایع بعد از انفساخ عقد ارزیابی می‌شود.^۱ در مطالب قبلی بیان شد که عقد کامل دارای سه جزء است؛ انشای عقد، منشأ ایجاد شده از این عقد و اثر این منشأ. حال باید بررسی شود که انفساخ عقد یعنی انحلال تمام این اجزا و یا اینکه برای انحلال عقد، یکی از این سه جزء اساسی عقد باید از بین برود. آنچه به نظر می‌رسد انفساخ عقد با زائل گردیدن انشای عقد است. از این رو، همزمانی این سه جزء لازم نمی‌باشد. در بیع معلق هم بیان شد که با انشای عقد، منشأ و اثر آن می‌تواند معلق به یک امر در آینده گردد. پس در صورتی که منشأ و یا اثر عقد بعد از انعقاد کامل عقد زائل شود، لزوماً باعث انفساخ عقد نخواهد شد، مثلاً در بیع می‌توان شرط کرد که اگر مشتری در مدت معلومی، ثمن معامله را تادیه نکند، اثر عقد بیع زائل گشته و مالکیت به بایع بازگردانده شود، ولی عقد و الزام آور بودن آن سر جای خود باقی باشد و مشتری برای تادیه ثمن الزام گردد (امینی، ۱۳۸۹: ۸۳). البته این موارد با مقتضای اطلاق عقد تنافی دارد، اما تنافی آن با ذات عقد محل تردید خواهد بود. بنابراین می‌توان گفت: انفساخ عقد زمانی صورت می‌پذیرد که عقد، یعنی آن گرهی که با ایجاب و قبول تحقق یافته، زایل گردد و اطلاق این انفساخ، زائل شدن دو جزء متأخر از انشا را نیز می‌طلبد، ولی شرط خلاف (بازگشت مالکیت به بایع مدتی بعد از انحلال)، باعث بطلان آن نخواهد شد.

نتیجه

در این نوشتار، شرط تقدم و تأخر انتقال مالکیت نسبت به دو زمان متفاوت بررسی شد: یکی تقدم و تأخر آن از انشای عقد و دیگری تقدم و تأخر آن از انحلال عقد. تقدم انتقال مالکیت از عقد در نوشته‌های فقهی و حقوقی، کمتر مورد اشاره قرار گرفته است. این شرط با قواعد علت و معلول در تعارض است. برای استدلال به درستی این شرط، مثال‌های متعددی از

۱. برخی از فقهای امامیه، شرط تأجیل در عوضین را برخلاف مقتضای اقاله و آن را باطل و مبطل اقاله دانسته‌اند. برخی از آنان نیز آن را متضمن چنان تغییری در عوضین که ماهیت اقاله را به معامله تبدیل کرده و برخلاف مقتضای اقاله باشد تصور نکرده‌اند. در نتیجه، شرط و اقاله را صحیح دانسته‌اند (بجنوردی، بی‌تا: ۷). البته منظور از تأجیل در اینجا، تأجیل در تسلیم عوضین است، نه انتقال مالکیت.

نظام حقوقی ایران و کشورهای دیگر و فقه اسلامی در خصوص موارد مشابه بیان گردید که از قواعد علی و معلولی عدول شده بود و نیز نظر صریح برخی فقهای نامدار در خصوص امکان صحت این شرط نیز آورده شد. در مجموع، این نتیجه به دست آمد که در اعتباریات که حقوق نیز در زمره آنهاست، اصولاً رعایت کامل قواعد علی و معلولی نیاز نیست و در برخی از مصادیق، از جمله شرط تقدم انتقال مالکیت، امکان عدول از این قوانین وجود دارد.

تأخر انتقال مالکیت از انشای عقد یا به صورت تعلیق است و یا به صورت تأجیل. تعلیق انتقال مالکیت نیز یا به صورت تعلیق در منشأ عقد است و یا به صورت تعلیق در خود انتقال مالکیت که اثر عقد می باشد و در هر دو مورد، تأخیر پذیرفته شده است. در صورتی که تأخیر انتقال مالکیت از طریق تأجیل و قید مدت معین باشد این شرط با دائمی بودن انتقال مالکیت در تعارض است؛ زیرا با تأجیل انتقال مالکیت از بایع به فروشنده - مثل یک ماه بعد - مالکیت بایع بر مبیع مقید به مدت یک ماه شده است. به خاطر توجیه بیع تایم شرینگ یا مالکیت موقت، برخی نظرات حقوقی بر نفی دائمی بودن از مالکیت متمایل شده است.

همچنین در شرط تقدم و تأخر انتقال مالکیت از انحلال عقد این نتیجه به دست آمد که انحلال عقد همچنان که اثر زایل کننده دارد، از اسباب تملک نیز به شمار می آید. برای نمونه، اقاله در همان صورت که سبب انحلال عقد است، سبب تملک در مال منتقل عنه نیز هست؛ یعنی مثلاً عقد بیع که اقاله می شود مشتری مالک ثمن می گردد و بایع مالک مبیع می شود و تنها اثر منفی و پاک کننده ندارد. اثر مثبت آن بازگشت ملکیت استقرار یافته است که چهره تبعی پیدا کرده است. بیشتر نظام های حقوقی بررسی شده در این مقاله، اثر رجعی برای انحلال عقد را جایز می دانند؛ برخی اصل را بر وجود اثر رجعی بنا می نهند و برخی نیز در صورت تراضی طرفین، آن را به رسمیت می شناسند. با توجه به این امر که انحلال نیز دارای اثر مثبت و باعث انتقال مالکیت است، اما بنا به هر دلیلی جنبه تبعی پیدا کرده، شرط رجعی برای انتقال مالکیت، تفاوت قابل متناهی از شرط تقدم مالکیت از انشای عقد ندارد و در این نظام های حقوقی می توان گفت که شرط تقدم انتقال مالکیت از زمان انشای عقد نیز بنا بر قیاس به امکان تقدم آن از زمان انفساخ، قابل قبول می باشد.

در خصوص شرط تأخر انتقال مالکیت از انحلال عقد نیز بیان شد که عقد کامل، دارای سه جزء است: انشای عقد، منشأ ایجاد شده از این عقد و اثر این منشأ. انفساخ عقد یعنی

زائل گردیدن انشای عقد. از این رو، در صورتی که منشأ و یا اثر عقد را بعد از انعقاد کامل عقد زائل کنیم، لزوماً باعث انفساخ عقد نخواهد شد. پس می‌توان گفت: انفساخ عقد زمانی صورت می‌پذیرد که عق، یعنی آن گرهی که با ایجاب و قبول تحقق یافته، زایل گردد و اطلاق این انفساخ، زائل شدن دو جزء متأخر از انشا را نیز می‌طلبد، ولی شرط خلاف، باعث بطلان آن نخواهد شد.

منابع

۱. انصاری معین، پرویز. (۱۳۸۷ش). حقوق تجارت بین الملل، تهران: میزان.
۲. امامی، سید حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی، تهران: اسلامیة.
۳. بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰ش). حقوق مدنی، تهران: امجد.
۴. بیرهادی، محمد رضا. (۱۳۹۲ش). انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران: جنگل. جاودانه.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۱ش). مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
۶. حسینی مقدم، سید عسکری. (۱۳۸۷ش). تعلیق در قراردادها، قم: بوستان کتاب.
۷. ره پیک، حسن. (۱۳۹۳). حقوق مدنی پیشرفته. مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، تهران: خرسندی.
۸. سیمایی صراف، حسین. (۱۳۸۰ش). شروط ضمنی. پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و حقوق خارجی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ش) الف. تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۱۰. _____ (۱۳۸۶ش) ب. سقوط تعهدات، تهران: مجد.
۱۱. _____ (۱۳۸۷ش). حقوق مدنی، تهران: مجد.
۱۲. _____ (۱۳۸۸ش). اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۱۳. صفایی، سید حسین. (۱۳۸۷ش). حقوق مدنی، تهران: میزان.
۱۴. عسکری، حکمت الله. (۱۳۹۰ش). تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین، تهران: مجد.
۱۵. قاسمی حامد، عباس. (۱۳۸۹ش). حقوق مدنی. شرایط اساسی شکل گیری قرارداد، تهران: ادراک.
۱۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶ش) الف. اعمال حقوقی - قرارداد ايقاع، شرکت سهامی.
۱۷. _____ (۱۳۸۶ش) ب. قانون مدنی در نظام حقوقی کنونی، تهران: میزان.
۱۸. _____ (۱۳۸۶ش) ج. دوره مقدماتی حقوق مدنی / درسهایی از شفعه، وصیت، ارث، تهران: میزان.
۱۹. _____ (۱۳۸۸ش) الف. دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی.
۲۰. _____ (۱۳۸۸ش) ب. قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی.
۲۱. _____ (۱۳۹۰ش) الف. حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی.
۲۲. _____ (۱۳۹۰ش) ب. دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی.
۲۳. _____ (۱۳۸۷ش) الف. حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی.
۲۴. _____ (۱۳۸۷ش) ب. دوره عقود معین (حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی: بیع - معاوضه - اجاره - قرض)، تهران: شرکت سهامی.
۲۵. _____ (۱۳۸۹ش). حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، تهران: میزان.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۸ش). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: علوم اسلامی.
۲۷. _____ (۱۴۰۶ش). قواعد فقه، تهران: علوم اسلامی.
۲۸. _____ (۱۴۲۶ق). ايقاع / اخذ به شفعه، تهران: علوم اسلامی.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران. (۱۳۸۹ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه، بیجا: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۳۰. محمدی خراسانی، علی. (۱۳۹۱ش). شرح منطق مظفر، قم: الامام الحسن ابن علی علیه السلام.

۳۱. مظفر، محمد رضا. (۱۳۹۱ش). المنطق، قم: اسماعیلیان.

منابع حقوق عربی

۳۲. باتریک اواراد عطیه. (۱۹۹۳م). شرح قانون بیع البضائع الانجلیزیه لسنه ۱۹۷۹، ترجمه هنری ریاض و کرم شفیق، بیروت: دارالجیل.

۳۳. السرحان، عدنان ابراهیم و خاطر، نوری حمد. (۲۰۰۹م). شرح القانون المدني / مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دراسة مقارنة، عمان: درا الثقافة للنشر و التوزيع.

۳۴. سنهوری، عبدالرزاق. (۱۹۹۸م). مصادر الحق فی الفقه الاسلامی / دراسة مقارنة بالفقه العربی، بیروت: منشورات الحلبيه الحقوقية.

۳۵. (۱۹۵۸م). الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد/ نظريه الالتزام بوجه العام/ الاوصاف - الحواله - الانقضاء، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۶. (بیتا). الوسيط فی شرح القانون المدني، العقود التي تقع علی الملكية/ البيع و المقایضه، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۷. سیوفی، جرج. (۱۹۹۴م). النظرية العامة للعقود، بیروت: مكتبة الحلبي الحقوقية.

۳۸. شوشاری، صلاح الدین محمد. (۲۰۰۱م). نظريه العقد الموقوف فی القانون المدني / دراسة موازنة بالفقه الاسلامی، عمان: الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع.

۳۹. العوجی، مصطفى. (۲۰۱۱م). القانون المدني، العقد مع مقدمه فی الموجبات المدنيه، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

۴۰. الفاضل، منذر و الفتلاوی، صاحب. (۱۹۹۳م). شرح القانون المدني الاردنی/ العقود المسماة، اردن: دار الثقافة.

۴۱. الفاضل، منذر. (۱۹۹۱م). النظرية العامة للالتزامات فی القانون المدني " دراسة مقارنة"، بیجا: الرواد للطباعة.

۴۲. فرج الصعده، عبدالمنعم. (۱۹۷۴م). نظريه العقد فی قوانين بلاد العربيه (القانون المصری و البناني و السوري و العراقي و الليبي و الكويتی و السوداني). بیروت: بینا.

۴۳. نبیل ابراهیم سعد. (۱۹۹۷م). العقود المسماة، بیروت: دارالنهضة العربيه.

مقالات

۴۴. امینی، منصور، «نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع»، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان، شماره ۵۲، ۱۳۸۹ش.

۴۵. امینی، منصور، «انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظامهای حقوقی فرانسه، آلمان و ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷.

۴۶. امامی، مسعود، «مالکیت موقت در فقه و حقوق»، فقه، سال هفتم، شماره ۶۵.

۴۷. شریعتی، سعید، «بیع زمانی یا انتقال مالکیت زمان بندی شده/ موقت بودن مالکیت هیچ منافاتی با طبیعت مالکیت ندارد»، ماهنامه قضاوت، شماره ۴۴، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۶.

۴۸. عاملی، سید حسن، «رابطه عقد و شرط»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۶۲.

۴۹. فدوی، سلیمان، «نگاهی مختصر به مالکیت زمانی»، ماهنامه کانون، شماره ۹۲.

۵۰. قنوتی، جلیل، «مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت»، اندیشههای حقوقی، سال اول، شماره پنجم، ۱۳۸۲ش.

۵۱. کنعانی، محمد طاهر/ فرهادی، علی اکبر، «مطالعه تطبیقی شرط فاسخ و آثار آن»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره یکم، سال ۱۳۹۱ش.

۵۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، «بررسی فقهی و حقوقی اقاله»، میراث جاویدان، سال دوازدهم، شماره ۴۵.

منابع فقهی

۵۳. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۴. اصفهانی، سید ابو الحسن. (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)، قم: موسسه نشر آثار امام خمینی.

۵۵. احسائی، ابن ابی جمهور. (۱۴۱۰ق). الأقطاب الفقهية علی مذهب الإمامية.

۵۶. اصفهانی، محمد حسین کمپانی. (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب مکاسب، قم: أنوار الهدی.

۵۷. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۸. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵۹. حلبی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۰. حلبی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسد. (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۶۱. _____ . (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۲. حلبی، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان.
۶۳. حلبی، فخر المحققین. (۱۳۸۷ش). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: اسماعیلیان.
۶۴. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۶۵. _____ . (بیتا). تحرير الوسيلة، قم: دار العلم.
۶۶. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق). کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۶۷. خویی، سید ابو القاسم. (۱۴۱۳ق). مصباح الفقاهة، بیجا: بینا.
۶۸. سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۹. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۰. _____ . (۱۳۸۷ش). المبسوط فی فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية.
۷۱. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۲. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية فی فقه الإمامية، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۳. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، بیجا: بینا.
۷۴. _____ . (۱۴۱۰ق). الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشی - کلانتر)، قم: داوری.
۷۵. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۷۶. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۷. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۸. نجفی، کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا. (۱۳۵۹ق). تحرير المجلة، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
۷۹. نائینی، میرزا محمد حسین غروی. (۱۳۷۳ش). منية الطالب فی حاشية المكاسب، تهران: المكتبة المحمدية.
۸۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۸۱. Bryan, A. Garner. (۲۰۰۴). Black's Law Dictionary, Ath ed. London.
۸۲. Mo zhang. (۲۰۰۶). CHINESE CONTRACT LAW/ Theory and Practice, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston.
۸۳. j. beaston, A. burrows, j. cartwright, ansons law of contract, ۲۹th edition, oxford university press.
۸۴. Catherine Elliott and frances Quinn. (۲۰۰۹). contract law, ۷th edition, Pearson Education Limited.
۸۵. mary charman. (۲۰۰۷). contract law, ۴th, willan publishing.
۸۶. martin. a. fray. (۲۰۰۰). An introduction to the law of contract, ۳th edition, west legal study publications, Printed in the United States of America.
۸۷. Stefan Fafinski and Emily Finch. (۲۰۱۰). th, Pearson Education Limited, Edinburgh Gate.
۸۸. paul Richards. (۲۰۰۷). law of contract. ۸th, Pearson Education Limited, Edinburgh Gate.
۸۹. M P Furmston. (۲۰۱۳). Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, ۱۶th Oxford University Press.