



A Critical Examination of the Quality of Using Fiqhi Texts in the Field of "Obligations Law": Emphasizing the Sanctions of Breach of "Commitment to Sell Specific Property" and "Binding Offer" through "Conflicting Transactions" Abstract

Esfandiar Safari¹

Assistant Professor, Department of Intellectual Property Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. Email: e.safari@qom.ac.ir

Abstract

This research critically examines the quality of using fiqhi texts in two scholarly articles within the scope of obligations law. The first article asserts that if a promisor breaches the "commitment to sell specific property" by engaging in a "conflicting transaction," the conflicting transaction remains valid; however, according to the jurists, the promisee has the right to claim compensation for the breach. The second article claims that it is possible to validate the "theory of unilateral commitment" in the context of "binding offers" by referencing the views of certain jurists, and to declare the invalidity of "contrary actions" and "conflicting transactions" in light of a "binding offer." This study demonstrates that the aforementioned interpretations attributed to the jurists are incorrect. The approach taken in interpreting fiqhi texts and analyzing their content is flawed. Jurists have not considered the possibility of claiming compensation for the breach of the "commitment to sell specific property" through conflicting transactions, nor have they addressed the invalidity of contrary actions and conflicting transactions in relation to binding offers. The unscientific approach to the use of fiqhi texts in legal research poses obstacles to the proper development of legal literature. A greater effort must be made in the analysis and application of fiqhi content, steering clear of a purely quantitative perspective.

Keywords: Contractual Obligation, Conflicting Transaction, Compensation, Binding Offer, Unilateral Commitment.

Received: 2024/09/28; **Revised:** 2024/10/30; **Accepted:** 2024/12/08; **Published online:** 2024/12/20.

How To Cite: Safari, E (2024). A Critical Examination of the Quality of Using Fiqhi Texts in the Field of "Obligations Law": Emphasizing the Sanctions of Breach of "Commitment to Sell Specific Property" and "Binding Offer" through "Conflicting Transactions" Abstract, *The Doctrine of Private Law in Islamic Countries*, 1(3), 1-25.

<http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.11815.1037>

Published by: University of Qom

© The Author(s)

Article type: Research





بررسی انتقادی کیفیت استفاده از متون فقهی در حوزه «حقوق تعهدات»؛ با تأکید بر ضمانت اجرای تخلف از: «تعهد به فروش عین معین» و «ایجاب ملزم» با انجام «معامله معارض»

اسفندیار صفری^۱

استادیار گروه حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. Email: e.safari@qom.ac.ir

چکیده

در این پژوهش کیفیت استفاده از متون فقهی در دو مقاله علمی-پژوهشی، در گستره حقوق تعهدات مورد بررسی و نقد واقع شده است. در مقاله نخست ادعا شده است که اگر متعهد از قرارداد «تعهد به فروش عین معین» با انجام «معامله معارض» تخلف کند، معامله معارض صحیح است، ولی طبق نظر فقیهان، متعهدله می‌تواند بدل تعهد را مطالبه کند. در مقاله دوم نیز ادعا شده که می‌توان با استفاده از دیدگاه بعضی از فقیهان به صحت «نظریه تعهد یک جانبه» در مبحث «ایجاب ملزم» رسید و به بطلان «تصرفات منافی» و «معامله معارض» با «ایجاب ملزم» نظر داد. در این پژوهش اثبات شده نسبت‌های یاد شده به فقیهان درست نیست. در برداشت از متون فقهی و تحلیل محتوای آن رویکرد درستی اتخاذ نشده است. فقیهان، ضمانت اجرای تخلف از قرارداد «تعهد به فروش عین معین» با انجام معامله معارض را امکان مطالبه بدل ندانسته‌اند و بر بطلان تصرفات منافی و معامله معارض با ایجاب ملزم نظر نداده‌اند. رویکرد غیرعلمی در استفاده از متون فقهی در پژوهش‌های حقوقی، از موانع توسعه درست ادبیات حقوقی است. باید بیش‌ازپیش در تحلیل و استفاده از محتوای متون فقهی کوشید و از نگاه کمیت‌گرایی صرف، دوری جست.

کلیدواژه‌ها: تعهدات قراردادی، معامله معارض، بدل، ایجاب ملزم، تعهد یک جانبه.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۸/۰۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۸؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۳۰.

استناد: صفری، اسفندیار (۱۴۰۳). بررسی انتقادی کیفیت استفاده از متون فقهی در حوزه «حقوق تعهدات»؛ با تأکید بر ضمانت اجرای تخلف از: «تعهد به فروش عین معین» و «ایجاب ملزم» با انجام «معامله معارض»، آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی، ۲۵-۱۰(۳).

<http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.11815.1037>

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسنده‌گان

ناشر: دانشگاه قم



مقدمه

فقه امامیه دریای بی‌پایان و گنج معنوی پُر بهایی است که در اثر تحمل رنج‌های فراوان توسط فقیهان در طول تاریخ، به دست آمده و آشنایی عمیق با آن، نخستین و مهم‌ترین شرط تحقیق در گستره حقوق مدنی ایران است. حقوق‌دان معروفی در این باره می‌نویسد: «قانون مدنی ایران بر روی مبانی فقه امامیه استوار شده و صریح‌تر بگوییم بسیاری از بخش‌های آن ترجمه کُتب فقهیست. پس نخستین شرط مطالعه و فهم آن احاطه بر مبنای فقه امامیه و قواعد شرعی است. ادعای جدایی کامل قانون مدنی از فقه و بی‌نیازی از کُتب فقهی ادعایی است که هیچ منطق سلیم و بی‌غرضی آن را نمی‌پذیرد. اهمیت فقه امامیه نسبت به قانون مدنی فقط از لحاظ تاریخی نیست؛ قانون مدنی بر روی قواعد و اصولی استوار شده است که فهم آن‌ها جز با مطالعه دقیق فقه امکان ندارد. اجتهاد در حقوق اروپایی و روم به‌تنهایی برای مطالعه حقوق مدنی ایران کافی نیست و چه بسا موجب انحراف‌ها و خطاهای بسیار نیز می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۱۷). به بیان روشن‌تر «مطالعه قانون مدنی، بدون توجه به فقه، مانند این است که شخصی بخواهد بدون شناختن حروف الفبا و اصوات مخصوص آن، از روی شکل ظاهری خطوط، زبانی را بخواند یا بدون رعایت قواعد دستوری، مفاهیم خود را بنویسد یا بیان نماید.» (همو، ۱۳۸۲: ۱۴).

فقیه نواندیش و حقوق‌دان نامدار دیگری نوشته است: «متن قانون مدنی با توجه به سبک کار نویسنده آن، درواقع یکی از متون فقه فارسی است، مانند جامع عباسی و سلوک الملوک فاضل اصفهانی. تصویب کنندگان متن قانون مدنی هم قصد نکرده بودند که رابطه قانون مدنی را از متون فقه و نصوص شرع قطع کنند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۴). نتیجه اینکه اصول و قواعد قراردادهای و تعهدات در قانون مدنی، ریشه در فقه دارد (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۹). افزون بر اهمیت نظری نقش فقه در حقوق ایران به‌ویژه در تحلیل قواعد حقوق مدنی، از نظر عملی نیز در اصول ۴، ۷۲ و ۱۶۷ قانون اساسی، نقش اساسی برای فقه پیش‌بینی شده است. با این وجود، تعلیم و تعلّم این دانش ریشه‌ای، در دانشکده‌های حقوق ایران، متناسب با اهمیت و نقش آن نیست. این مسئله در جای خود شایسته کاوش جداگانه‌ای است.

بدون شک، در بیشتر نوشتارهای حقوقی، به‌ویژه در مقالات علمی- پژوهشی که امروزه در حوزه حقوق مدنی منتشر می‌شود، به متون فقهی نیز به‌عنوان دلیل اثبات مدعا یا مؤید آن اشاره می‌شود. برخورد فنی و عالمانه با این دانش، موجب توسعه درست ادبیات حقوقی شده و زمینه

نوآوری مبتنی بر سنت را در آن فراهم می‌سازد. ادبیات حقوقی رنگ بومی به خود می‌گیرد و بر دل‌ها می‌نشیند. برعکس، چنانچه متون فقهی صرفاً به‌عنوان یک آبرازی برای تکثیر منابع نوشتار به کار گرفته شود و برخورد با آن از روی تساهل و تسامح باشد، سبب افول ادبیات حقوقی خواهد شد. زیان این امر نیاز به بیان ندارد. نهضت تولید علم که همواره مورد تأکید رهبر معظم انقلاب است (برای نمونه ر.ک: احمدی، ۱۳۸۹: ۲۲۳-۲۶۴) در حوزه دانش حقوقی محقق نمی‌شود. روش غیرعلمی و غیرفنی استفاده از متون فقهی در تولید ادبیات حقوقی، مانع توسعه درست دانش حقوق می‌شود. به نظر راقم این سطور این مسئله موضوع مهمی است تاکنون مورد غفلت واقع شده و به‌صورت جدی به آن پرداخته نشده است. یکی از راهکارهای رفع موانع شکوفایی و توسعه ادبیات حقوقی از منظر یاد شده، نیاز به مطالعه جدی و انتقادی آثار منتشر شده است.

نگارنده در این پژوهش، حدود سی سطر از دو مقاله علمی-پژوهشی در گستره حقوق تعهدات را انتخاب کرده و کیفیت استفاده از متون فقهی در سطور فوق را نمایان و نقد می‌کند. این رویه‌ای است جدید که از نوآوری‌های این مقاله به شمار می‌آید. تاکنون سابقه‌ای ندارد به صورت ویژه‌ای سطوری از نوشتارهای حقوقی منتشر شده، به صورت مستقل نسبت به ضمانت اجرای تخلف از قرارداد «تعهد به فروش عین معین» و «ایجاب ملزم» با انجام «معامله معارض» در حوزه «حقوق تعهدات» مورد مذاقه و انتقاد از منظر کیفیت استفاده از متون فقهی قرار گرفته و در قالب یک نوشته علمی-پژوهشی عرضه شود.

۱. تبیین مسئله مقاله

در تبیین مسئله مقاله باید گفت: «گاهی شخصی متعهد می‌شود یک «عمل حقوقی» را نسبت به یک مال معینی انجام دهد. برای مثال طبق یک قرارداد مستقل مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی یا بر پایه یک عقد صلح به استناد ماده ۷۵۲ قانون مدنی یا به صورت شرط فعل در ضمن یک عقد لازم، بر اساس مواد ۲۳۴ و ۲۳۷ قانون مدنی، متعهد می‌شود ملک معینی را در موعد تعیین شده به شخص معینی انتقال دهد. یکی از مصادیق پرکاربرد چنین تعهدهایی، تعهد به انتقال ملک به صورت مستقل در قالب قولنامه است. از مهم‌ترین مسائل حقوقی چنین تعهدی، ضمانت اجرای تخلف از آن با انجام یک تصرف مَنافی و معامله معارض است، برای مثال (الف) که در قالب قولنامه متعهد می‌شود ملک معینی را به (ب) ظرف شش ماه انتقال دهد، چنانچه نقض پیمان کند و ملک یاد شده را زودتر از موعد ایفای تعهد به (ج) انتقال دهد، حکم وضعی معامله (الف) و

(ج) چیست؟ در پاسخ به پرسش یاد شده نظرات متعددی مطرح شده است که در جای خود به صورت مستقل قابل بررسی هستند، آنچه در قسمت نخست این پژوهش مورد بررسی انتقادی قرار می‌گیرد این است: در یک مقاله علمی-پژوهشی که در رابطه با پاسخ پرسش مذکور نوشته شده، ادعا شده است فقیهان در این باره معتقدند: معامله (الف) با (ج) در مثال مذکور صحیح است، ولی متعهده (ب)، می‌تواند برای گرفتن «بدل تعهد» به (الف) رجوع کند. در این پژوهش اثبات خواهد شد انتساب دیدگاه «امکان مطالبه بدل توسط متعهده» به فقیهان نادرست است. در ضمن تحلیل مباحث، پاسخ صحیح مسئله نیز ارائه خواهد شد.

در یک مقاله علمی-پژوهشی دیگر نیز ادعا شده است که می‌توان از دیدگاه فقیهانی مثل علامه مجلسی و محقق طباطبائی یزدی به صحت «نظریه تعهد یک‌جانبه» در مبحث «ایجاب ملزم» رسید. همچنین ادعا شده می‌توان طبق مبنای محقق نائینی به بطلان «تصرفات منافی» با «ایجاب ملزم» رسید. به عنوان مثال اگر (الف) ایجاب فروش یک آپارتمانی را به (ب) انجام دهد، در بعضی از موارد می‌توان با استفاده از نظریه فقیهان یاد شده ایجاب مذکور را غیرقابل رجوع دانست. بنابراین چنانچه در مثال مذکور قبل از قبولی (ب و الف) از ایجاب عدول کند و آپارتمان را به (ج) بفروشد، طبق نظریه محقق نائینی معامله (الف و ج) باطل خواهد بود.

هر چند موضوع مقاله اول و دوم با همدیگر متفاوت است، ولی تمرکز بحث در هر دو مقاله بر روی یک مسئله است. در هر دو مقاله، متعهد از تعهدش تخلف می‌کند. یک عمل حقوقی منافی با تعهد پیشین خود را در قالب معامله معارض انجام می‌دهد. در مقاله اول ادعا شده است تصرف منافی (معامله معارض) از نظر حکم وضعی صحیح است و متعهده صرفاً می‌تواند بدل آن را مطالبه کند، ولی در مقاله دوم ادعا شده تصرف منافی، باطل است. در هر دو مقاله نیز دیدگاه‌های فقیهان به عنوان پشتوانه ادعاها ذکر شده است. نگارنده در این پژوهش اثبات خواهد کرد ادعاها و نسبت‌های داده شده به فقیهان در مقاله دوم نیز مثل ادعاها و نسبت‌های مطرح شده در مقاله اول، به دلایل متعدد درست نیست. انتساب‌های ناصحیح به متون فقهی نه تنها گاهی را در حل مسائل علمی نمی‌گشاید، بلکه موجب آشفتگی گشته و یکی از موانع اصلی توسعه ادبیات حقوقی ایران به شمار می‌آید. نوآوری این پژوهش نیز تبیین ادعاهای مذکور، تحلیل و رد آن‌ها و بیان نظریه صحیح است که با این شیوه تا به حال در ادبیات حقوقی و فقهی سابقه نداشته است.

۱-۱. اشاره به سه نکته کوتاه

قبل از ورود به مباحث اصلی مقاله، اشاره به سه نکته کوتاه سودمند است:

نکته نخست، در این پژوهش ده سطر از مقاله نخست و نوزده سطر از مقاله دوم به صورت انتقادی بررسی می‌شود، بنابراین نسبت به قسمت‌های دیگر دو مقاله محل بحث، از نظر قوت و ضعف هیچ‌گونه اظهارنظری در این نوشتار نمی‌شود. لازم به بیان است در مقاله نخست در ده سطر شش اشتباه رخ داده که سه اشتباه شکلی و سه اشتباه ماهوی است. در مقاله دوم در نوزده سطر، مجموع اشتباه‌های شکلی و ماهوی پنج مورد است. هر دو مقاله نیز در مجله علمی-پژوهشی «تحقیقات حقوقی» متعلق به دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی منتشر شده است.

نکته دوم، نگارنده تلاش نویسندگان این دو مقاله را ارج می‌نهد. انتقادات بیان شده صرفاً در راستای این است نویسندگان و داوران محترم مجلات علمی-پژوهشی حقوقی در بازخوانی، برداشت، انتساب و استناد دقیق به ثراث فقهی توجه بیشتر نمایند تا مسیر توسعه ادبیات حقوقی فراهم شود.

نکته سوم، موضوع بحث در هر دو مقاله مربوط به یکی از مسائل مهم حوزه حقوق تعهدات در قسمت اعمال حقوقی است. هر چند اصطلاح «اعمال حقوقی» در ادبیات حقوقی ایران رایج شده و در مواد ۹۶۲ و ۱۲۱۳ قانون مدنی نیز به کار رفته، ولی با این همه باید اذعان نمود این اصطلاح از ادبیات حقوق غرب اقتباس شده است (افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۱۲۶). افزون بر آن اختلافات جدی در تفسیر آن وجود دارد (شهیدی، ۱۳۸۷: ۳۴۱). هنوز هم پس از سپری شدن نزدیک به یک سده از استعمال عبارت «اعمال حقوقی» در متون قانونی و ادبیات حقوقی، عبارت مذکور در متون فقهی جایگاهی ندارد. معادل فقهی آن را به تسامح می‌توان عبارت «تصرفات اعتباری» دانست که مکرر در متون فقهی به کار رفته است (برای نمونه ر.ک: طباطبایی حکیم، ج ۱۰، ۱۴۱۶ ق: ۲۸۹؛ بجنوردی، ج ۵، ۱۴۱۹ ق: ۲۲۳؛ موسوی خوئی، ۱۴۲۹ ق، ج ۵: ۷۷).

۲. ضمانت اجرای تخلف از قرارداد «تعهد به فروش عین معین» با انجام معامله معارض

در یک مقاله علمی-پژوهشی نوشته شده است: «در مورد تخلف از اجرا و ایفاء تعهد راجع به قرارداد تعهد به فروش عین معین، برخی از حقوق دانان و نیز فقها عقیده دارند... معامله ثانوی صحیح خواهد بود... متعهدله صرفاً می‌تواند به بدل رجوع نماید... این نظر در فقه امامیه و حقوق

خارجی و نیز رویه قضایی ایران هم طرفدارانی دارد. امام خمینی در کتاب البیع در خصوص شرطی که به واسطه خروج عین از ملکیت مشروط علیه به وسیله یکی از عقود ناقله، متعذر شده است بیان می‌دارند (دلیل لزوم وفای به شرط، صرفاً به خود شرط بر می‌گردد و عقلایی نیست که این امر به مصداق دیگری از جمله بیع و وقف و... تسری یابد؛ صرف عدم انجام شرط، تخلف از وجوب تکلیفی است، لذا نمی‌تواند ضمانت اجرای وضعی داشته است). پس طبق نظر ایشان اگر مشروط علیه از انجام شرط خودداری کند، صرف نظر از انجام فعل حرام، فقط به پرداخت بدل تعهد ملزم خواهد بود. صاحب مصباح الفقهیه... برخی دیگر از فقها [منظور صاحب جواهر است] نیز همین نظر را در تألیفات خودشان اتخاذ کرده‌اند... در حقوق فرانسه نویسندگان بزرگی قائل بر جبران خسارت صرف هستند و ابطال معامله دوم را موجه نمی‌دانند. در حقوق مصر، دکتر سنهوری به این نظر متمایل شده‌اند... وی [متعهدله] فقط می‌تواند به بدل رجوع کند. (امینی و اعظمی چهار برج، ۱۳۸۷: ۶۷).

منظور نویسندگان مقاله مورد نقد این است که وقتی (الف) در قالب قولنامه‌ای متعهد شده ملکی را در موعد معین به (ب) انتقال دهد، ولی از تعهد خود تخلف کرده و ملک را به (ج) انتقال می‌دهد، فقیهان نامبرده شده نیز مثل بعضی از حقوق‌دانان فرانسوی و همچنین همانند دکتر سنهوری، قائل شده‌اند «متعهدله» می‌تواند قیمت و بدل همان ملک مورد تعهد را که مال قیمی است از متعهد ناقض قرارداد، مطالبه کند. برای مثال اگر قیمت روز ملک متعلق تعهد، ده میلیارد تومان قیمت داشته باشد، در مثال مذکور (ب) می‌تواند از (الف) مطالبه کند.

استناد دیدگاه «امکان مطالبه بدل» به فقیهان مذکور خلاف واقعیت است. نویسندگان محترم به صرف دیدن واژه بدل در آثار آن‌ها، تصور کرده‌اند، مقصود این نویسندگان همان بدلی است که در حقوق غرب به عنوان خسارت نقض تعهد، قابل مطالبه است! درحالی که ادعای مذکور و انتساب آن به فقیهان یاد شده درست نیست، ادله این مطلب در ادامه بیان می‌شود.

۲-۱. بررسی انتساب «امکان مطالبه بدل» به امام خمینی^{۱۰}

در این مقاله کلامی از امام خمینی نقل شده و نتیجه‌ای از آن گرفته شده است. نتیجه‌گیری مذکور از کلام ایشان درست نیست. نقل کلام ایشان چنین است: «... صرف عدم انجام شرط، تخلف از وجوب تکلیفی است، لذا نمی‌تواند ضمانت اجرای وضعی داشته است». از کلام مذکور نتیجه گرفته شده است: «پس طبق نظر ایشان اگر مشروط علیه از انجام شرط خودداری کند

صرف‌نظر از انجام فعل حرام، فقط به پرداخت بدل تعهد ملزم خواهد بود!

در نقد این ادعا و نتیجه‌گیری باید گفت: «اولاً، معلوم نیست این بدل از کجا تولید شده است؟! کلام امام خمینی علیه السلام کمترین دلالتی بر تلازم مذکور ندارد! در مطلبی که نویسندگان مقاله یاد شده از امام خمینی علیه السلام نقل کرده‌اند، منبع ارجاع خود را چنین ذکر کرده‌اند: (امام خمینی علیه السلام، کتاب البیع، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان، ج ۵: ۲۳۳)؛ درحالی که در صفحه مورد ارجاع، سخنی از بدل نیست، بلکه در صفحاتی قبل از آن به‌طور کلی یک بحثی ایشان و دیگر فقیهان به پیروی از «کتاب المکاسب» شیخ انصاری، به‌صورت زیر مطرح کرده‌اند. برای مثال اگر (الف) ماشین معینی را به (ب) بفروشد و در ضمن آن شرط دوختن پارچه معینی علیه (ب، خریدار) شده باشد، ولی انجام شرط متعذر شود، برای مثال پارچه بسوزد یا سرقت گردد؛ در این صورت چنان که مبیع (ماشین) از ملکیت (ب) (مشروط‌علیه) خارج شده باشد، برای نمونه (ب) ماشین را به ثالث فروخته باشد و (الف) یعنی فروشنده عقد را به جهت خیار تعذر شرط، فسخ کند، چه چیزی می‌تواند از (ب) (مشروط‌علیه) مطالبه کند؟

بیشتر فقیهان از جمله امام خمینی گفته‌اند: «(الف) نمی‌تواند عین مبیع را مطالبه کند، بلکه صرفاً می‌تواند بدل مبیع را از مشروط‌علیه مطالبه کند» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵: ۲۳۱-۲۳۲). ناگفته پیداست این بدل که به جای مبیع پس از فسخ عقد بیع از خریدار (مشروط‌علیه) مطالبه می‌شود هیچ ارتباطی به آن بدلی که در مقاله مورد نقد به‌عنوان ضمانت اجرای نقض پیمان تعهد به تملیک ملک معین (قولنامه) به امام خمینی استناد داده شده است، ندارد. گفتنی است در مقاله مورد بحث همین اشتباه در تفسیر کلام محقق اصفهانی نیز رخ داده است (امینی و اعظمی چهار برج، ۱۳۸۷: ۶۶). ولی با توجه به اینکه کلام ایشان نیز ناظر به همان مطلبی است که از امام خمینی بازگو شد (اصفهانی، ۱۴۳۰ ق، ج ۵: ۲۰۰)، نقل و نقد انتساب مذکور به محقق اصفهانی نیازی به توضیح جداگانه ندارد.

لازم به ذکر است حتی در نقل کلام امام خمینی علیه السلام نیز دقت کافی به عمل نیامده و نوشته شده است: «در خصوص شرطی که به‌واسطه خروج عین از ملکیت مشروط‌علیه به‌وسیله یکی از عقود ناقله، متعذر شده است...» (امینی و اعظمی چهار برج، ۱۳۸۷: ۶۷). درحالی که تعذر شرط به جهت خروج عین از ملکیت مشروط‌علیه نبوده است، بلکه وفا به شرط (برای مثال پارچه‌ای که قرار بوده دوخته شود) به جهت سوختن یا سرقت «مصادق متعلق شرط = پارچه» متعذر شده است.

ثانیاً، موضوع مقاله مورد نقد در رابطه با تعهد به تملیک عین معین است. چنانچه تعهد به تملیک عین معین در قالب شرط فعل یا عقد صلح نباشد، بلکه در قالب قرارداد مستقل باشد یکی از مصادیق قولنامه شمرده می شود. امام خمینی رحمه الله به صورت مستقل قولنامه را از مصادیق شرط ابتدایی شمرده و به آن را به عنوان قرارداد نافذ و لازم نمی پذیرد، چه رسد به این که ضمانت اجرای تخلف از قولنامه را امکان مطالبه بدل بشمارد. دیدگاه ایشان در رابطه با قولنامه در ضمن یک استفتا و فتوا بیان شده است. متن استفتا: «در مسائل متفرقه توضیح المسائل چنین آمده: قراردادی که بین ارباب حاجت و دلال‌ها به نام قولنامه معمول است و مبلغی را معین می کند که هر يك از طرفین حاضر به معامله نشد آن مبلغ را به دیگری بپردازد، آیا این گونه قرارداد لازم الوفاء است یا نه؟ پاسخ این است که خیر، لازم الوفاء نیست.» اما رویه قضایی در دادگستری با تکیه به ماده ۱۰ قانون مدنی، بر الزام به عمل قرارداد و قولنامه بوده که با «المؤمنون عند شروطهم» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم سازگار می باشد و هنوز هم فقهای شورای نگهبان اعلام بطلان ننموده اند. آیا نظر حضرتعالی بطلان قرارداد است؟ من رأس یا عدم وجوب وفا به مبلغی که به عنوان تخلف قرار می گذارند؟

پاسخ این است که این مقوله، معامله نیست و شرط ابتدایی است و نافذ نیست، معامله موضوع ندارد و شرط ابتدایی باطل است.» (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۱۰۲). بعضی از نویسندگان در توجیه مبنای فتوای مذکور مطالبی را بیان کرده اند که بازگویی و بررسی آن از گستره این نوشتار خارج است (محقق داماد و دارائی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۱۲۴)، ولی همین اندازه یادآوری می شود که به نظر راقم این سطور «تعهد به تملیک ملک معین» در برابر مبلغ مشخص که بین دو شخص محقق می شود، قرارداد عهدی، نافذ و لازم است، بنابراین بازگویی فتوای یاد شده صرفاً به جهت نشان دادن دیدگاه امام خمینی در این باره بوده است. فتوای مذکور نشان می دهد امام خمینی مطابق با نظر مشهور فقیهان شرط ابتدایی را نافذ نمی شمارد.

۲-۲. بررسی انتساب «امکان مطالبه بدل» به محقق خوئی

دومین فقهی که مطالبه بدل به وی در مقاله مورد بحث، انتساب داده شده، محقق خوئی است. در نقد این انتساب می توان گفت: اولاً، نویسندگان محترم مقاله، مطلبی را که از ایشان نقل کرده اند، به کتاب مصباح الفقاهة، ج ۷ و صفحه ۱۶۷ ارجاع داده اند. با دقتی که در منبع ارجاعی شد کمترین سخنی نسبت به بدل در قسمت ارجاع شده، به میان نیامده است. البته مسئله مطرح شده در این مقاله را محقق خوئی در کتاب مصباح الفقاهة (موسوی خوئی، بی تا، ج ۷: ۳۸۱) و

همچنین در کتاب: التَّنْقِیْح فی شرح المکاسب (موسوی خوئی، ۱۴۲۵ ق، ج ۵: ۱۰۰) مطرح کرده است. ظاهراً در مقاله مورد نقد، در ارجاع به صفحه، اشتباه شده است. ثانیاً، مطلب مذکور در دو کتاب یاد شده کمترین ارتباطی با ادعای مطرح شده در مقاله مورد نقد ندارد.

توضیح مطلب اینکه در متون فقهی از جمله در کتاب‌های یاد شده از محقق خویی، این پرسش مطرح شده که اگر (الف) مال معینی را به (ب) فروخته و در ضمن آن انجام یک تصرف اعتباری را به صورت شرط فعل به عهده (ب) گذاشته است. برای مثال ضمن عقد بیع شرط شده که (ب) میباید وقف کند، در این فرض، چنانچه مشروط‌علیه از ایفاء شرط تخلف ورزد، برای نمونه (ب) به جای وقف کردن میباید، آن را به ثالث بفروشد، حکم این تصرف مُنافی با شرط چیست؟ در پاسخ به پرسش مذکور در متون فقهی دیدگاه‌های گوناگونی بیان شده که بررسی آن‌ها خارج از موضوع این نوشتار است، اما در فرض یاد شده نظر محقق خویی چنین است: تصرف مُنافی صحیح بوده ولی برای مشروط‌له اختیار تخلف از شرط ایجاد می‌شود. در این صورت چنانچه وی اختیار خود را اعمال کند، چون میباید از ملک مشروط‌علیه خارج شده است، مشروط‌له به جای میباید می‌تواند بدل آن را از مشروط‌له مطالبه کند. ناگفته پیداست چنین بدلی ارتباطی به بدل مطرح شده در آن مقاله ندارد. درواقع در فرض مطرح شده از سوی محقق خویی، مشروط‌له بدل میباید را که فروخته است به جهت فسخ عقد بیع و انحلال رابطه قراردادی، از مشروط‌علیه اخذ می‌کند و ثمنی را که از وی گرفته است، به وی مسترد می‌نماید.

۲-۳. بررسی انتساب «امکان مطالبه بدل» به صاحب جواهر

مرحوم شیخ محمدحسن نجفی معروف به صاحب جواهر یکی از فقیهانی است که در مقاله مورد نقد، ادعا شده است: «وی به امکان مطالبه بدل به عنوان ضمانت اجرای تخلف از قرارداد تعهد به فروش عین معین (قولنامه) معتقد است! برای اثبات مدعای مذکور به جواهر الکلام، ج ۲۲: ۲۵۶ ارجاع داده شده است. با رجوع به آن صفحه، باز مثل دو منبع ارجاعی قبلی، معلوم شد مُفاد صفحه یاد شده، هیچ ارتباطی به موضوع و مدعای مقاله ندارد. به احتمال قوی شماره صفحه، اشتباه تایپی شده و صفحه ۳۵۶ منظور نویسندگان بوده است که اندک ارتباطی با موضوع مقاله یعنی «تصرفات مُنافی» دارد. در ضمن در جای دیگر همین مقاله مورد نقد نیز به همین صفحه ۳۵۶ ارجاع داده شده است (امینی و اعظمی چهار برج، ۱۳۸۷: ۸۱). در هر حال، در کتاب گران سنگ جواهر الکلام، ج ۲۲، در صفحه ۳۵۶، به دومین شرط از شرایط میباید اشاره شده است.

توضیح مطلب اینکه محقق حلی، اولین شرط مبیع را مملوک بودن آن برای بایع بیان کرده و دومین شرط آن را طلق بودن دانسته است. صاحب جواهر در رابطه با این شرط دوم، نسبت به دیدگاه محقق حلی انتقادهایی وارد کرده، برای نمونه گفته است: «مَنْ عَلَيْهِ الْخِيَارُ» طبق بعضی از وجوه، می‌تواند مبیع را در زمان خیار بفروشد یا چنانچه نذر شده تصرف خاصی در مالی نشود، منافاتی با جواز بیع آن ندارد و امثال چنین مصداق‌هایی را برای نقض شرط طلق بودن مبیع، بیان کرده، ولی کمترین اشاره به «بدلی» که در مقاله مورد نقد، ادعا شده، ننموده است! البته در همین صفحه ۳۵۶ از کتاب جواهر الکلام، یک عبارت «أبدله» به کار رفته است، شاید همین کلمه سبب شده که نویسندگان محترم این مقاله، رجوع به بدل را از آن عبارت استشمام کرده و نسبت ناسنجیده مذکور را به صاحب جواهر داده‌اند!

توضیح مطلب اینکه کلام صاحب جواهر چنین نوشته است: «الثانی أَنْ يَكُونَ» الملك «طلقاً» أی تماماً کما أبدله به فی القواعد...» (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۲۲: ۳۵۶). عباراتی که داخل گیومه نقل شده، مربوط به محقق حلی است. کلماتی که خارج از گیومه آمده، توضیح کلام ایشان، توسط صاحب جواهر است. صاحب جواهر می‌نویسد: «منظور از طلق بودن ملک، تام بودن آن است. همان‌طوری که علامه حلی، «طلق» را در کتاب قواعد الاحکام خود، به کلمه «تام» تبدیل کرده است.» به عبارت دیگر، علامه حلی به جای واژه طلق، کلمه تام را به کار برده است. نتیجه اینکه در این کلام صاحب جواهر، عبارت «أبدله» هیچ ارتباطی به بدل مورد ادعای مقاله مورد بحث ندارد.

نگارنده ادعا نمی‌کند نویسندگان ارجمند مقاله، توان درک معنای «أبدله» را در کلام صاحب جواهر نداشته‌اند، ولی این ادعا را می‌توان کرد در ده سطر این مقاله، در اثر بی‌دقتی شش اشتباه رخ داده، زیرا در هر سه منبع ارجاعی، هم صفحات ارجاع و هم اصل مدعا به‌طور اشتباه بازگویی شده است. «بدلی» که در این منابع ارجاعی آمده، کمترین ارتباطی به بدل مورد ادعای آن مقاله ندارد. شاید بتوان از اشتباهات ارجاعی به صفحات منابع مورد استناد، با اندکی تسامح چشم‌پوشی کرد، ولی به هیچ عنوان اشتباهات ماهوی در بازخوانی تراش غنی فقهی آن هم در یک مقاله علمی-پژوهشی در گستره حقوق تعهدات، قابل اغماض نیست. چنین نوشته‌هایی که موارد آن هم امروزه در مجله‌های علمی-پژوهشی کم نیستند، نه تنها هیچ کمکی در توسعه کیفی ادبیات حقوقی ایران نمی‌کنند، بلکه مانع آن بوده و موجب آشفته‌گی و آمیختگی می‌شوند.

۳. ضمانت اجرای تخلف از «ایجاب ملزم» با انجام «معامله معارض»

یکی از مباحث مهم مربوط به ایجاب و قبول قراردادها در ادبیات حقوقی، مسئله «ایجاب ملزم» است. منظور از ایجاب ملزم این است ایجابی بدون پیوستن قبول به آن، منشأ تعهد گردد. توضیح مطلب اینکه طبق قاعده، ایجاب کننده قرارداد قبل از قبولی مخاطب ایجاب، می‌تواند از ایجاب خود رجوع کند. با این همه در فقه مالکی و در حقوق بعضی از کشورهای غربی، -حداقل در بعضی از موارد- پذیرفته شده که موجب تعهد است ایجاب خود را تا مدت مشخصی نگهداری کرده و از آن رجوع نکند (محقق داماد و دارائی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۷-۳۸).

دو پرسش مهم در رابطه با ایجاب ملزم مطرح می‌شود. پرسش نخست، به چه دلیلی ایجاب کننده، ملزم به حفظ ایجاب خود است؟ به عبارت روشن، مبنای حقوقی ایجاب ملزم چیست؟ پرسش دوم، چنان‌که صحت ایجاب ملزم را پذیرفته و معتقد باشیم با انشای ایجاب، ایجاب کننده متعهد است در مدت معینی از ایجاب خود رجوع نکند، در این فرض چنانچه موجب از تعهد خود تخلف کرده و از ایجاب خود رجوع کند، اثر وضعی آن چیست؟ به‌عنوان مثال، فرض کنید (الف) ایجاب ملزومی انشاء کرده است. متعلق تعهدش، نگهداری ایجاب مربوط به فروش یک باب آپارتمان، به نفع (ب) بوده، ولی (الف) از ایجاب ملزم تخلف کرده و آپارتمان مذکور را به (ج) می‌فروشد. در این صورت بحث می‌شود آیا معامله (الف) با (ج) از نظر حکم وضعی صحیح است یا نه؟

در پاسخ به هر دو پرسش یاد شده، بحث‌های نسبتاً مفصلی مطرح شده که بازگویی و بررسی تفصیلی آن‌ها از گستره این پژوهش خارج است (برای مطالعه ر. ک: محقق داماد و دارائی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۷-۳۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱: ۳۰۶-۳۱۷). بلکه محل بحث بازگویی پاسخ‌های یک مقاله علمی-پژوهشی به پرسش‌های مذکور و انتقاد از آن به جهت نسبت دادن بعضی از ادعاهای نادرست به متون فقهی است.

نویسندگان مقاله مورد نقد در پاسخ به پرسش‌های یاد شده چنین نوشته‌اند: «در باب ایجاب ملزم و مبانی آن نظرات گوناگونی ابراز شده است که می‌توان پنج مبنا را از نظرات مختلف استنباط نمود. اول، نظریه‌ی پیش قرارداد بدین معنا که التزام به عدم رجوع از ایجاب، یک قرارداد است که پیش از قرارداد اصلی منعقد می‌شود؛ دوم، نظریه‌ی تعهد یک‌جانبه که التزام به حفظ ایجاب را التزامی یک سویه تفسیر می‌کند؛ سوم، نظریه‌ی تقصیر که برخی معتقدند رجوع از ایجاب نوعی

تقصیر است؛ چهارم، نظریه‌ی حسن نیت که مبنای عدم امکان رجوع از ایجاب را لزوم احترام به قاعده‌ی حسن نیت دانسته است و سرانجام عده‌ای مبنای ایجاب ملزم را مصلحت نوعی متعاقدان می‌دانند. این مبانی هریک قابل نقد و جرح و تعدیل بوده و پرداختن به آن‌ها رساله‌ای مستقل را می‌طلبد، اما می‌توان با تکیه بر نظریه تعهد یک‌جانبه و استناد به دیدگاه برخی اعظام امامیه، نظیر ملاً محمدباقر مجلسی و سیدمحمدکاظم طباطبایی (اعلی الله مقامهم)، ایجاب ملزم را پذیرفته و بگوئیم اصل بر قابلیت رجوع از ایجاب است، اما در مواردی امکان دارد موجب حق رجوع خویش را اسقاط کند. پس از ذکر این مقدمه در باب مبانی ایجاب ملزم، می‌توان گفت وقتی ایجاب قابل رجوع است، با رجوع موجب، ایجاب زایل می‌شود، اما در مواردی که ایجاب غیرقابل رجوع باشد، موجب متعهد به حفظ ایجاب است و مانند هر متعهد دیگری در صورت عدم ایفاء عهد، بدان ملزم می‌شود. شاید بتوان از کلام محقق نائینی استفاده کرد و گفت در اینجا موجب با التزام به حفظ ایجاب، از هرگونه اقدام در آن ممنوع و محجور است و تصرفات وی در آن باطل و بلااثر است. بنابراین با قبول ایجاب در مدت تعیین شده، عقد شکل می‌گیرد و رجوع قبلی موجب، اعتباری ندارد» (محقق داماد و دارائی، ۱۳۹۱: ۶۰-۶۱).

ادعاها و انتساب‌های مطرح شده به متون فقهی در متن مذکور، درست نیست. در ادامه مباحث اشکال‌های متن یاد شده بیان می‌شود.

۳-۱. انتساب‌های بدون ارجاع

در مقاله پیشین هر چند از نظر صفحه یا مجلد، در ارجاع‌ها اشتباهی شده بود ولی به هر حال، مطالب بدون ارجاع بیان نشده بوده است ولی در مقاله فعلی در پاسخ به پرسش اول، مطالب انتسابی صرفاً ادعا شده، بدون اینکه به منبعی ارجاع داده شود. مطالب دارای اشکال به ترتیب مقاله بیان و نقد می‌شود.

۱. در متن مقاله یاد شده، نخست «ایجاب ملزم» طبق مبنای «تعهد یک‌جانبه» پذیرفته شده و به برخی از اعظام امامیه نیز نسبت داده شده که نظرشان هم‌سو با نظریه یاد شده است، بدون اینکه حتی به یک منبعی در این باره ارجاع داده شود.

۲. علامه مجلسی را به عنوان نمونه‌ای از آن اعظام امامیه دانسته، اما هیچ اشاره‌ای نشده که ایشان در کدام کتاب خود و با چه بیانی، نظری همسان با نظریه ایجاب ملزم آن هم، هم‌سو با مبنای تعهد یک‌جانبه، ارائه داده است!

۳. محقق طباطبایی یزدی را هم به عنوان نمونه دومی از آن اعاظم امامیه دانسته است! در این مورد هم هیچ اشاره‌ای نشده که ایشان در کدام کتاب خود و با چه دلیلی، دیدگاه مطابق با ایجاب ملزم را که مبتنی بر نظریه تعهد یک جانبه است، صحیح دانسته است!

۴. در پاسخ به پرسش دوم نیز کلامی از محقق نائینی چنین بازگو شده است: «... شاید بتوان از کلام محقق نائینی استفاده کرد و گفت در اینجا موجب با التزام به حفظ ایجاب، از هرگونه اقدام در آن ممنوع و محجور است و تصرفات وی در آن باطل و بلا اثر است. بنابراین با قبول ایجاب در مدت تعیین شده، عقد شکل می گیرد و رجوع قبلی موجب، اعتباری ندارد» (محقق داماد و دارائی، ۱۳۹۱: ۶۰-۶۱). گفتنی است نسبت به این ادعا هم، به منبعی ارجاع داده نشده بلکه صرفاً ادعا شده است.

آنچه در رابطه با عدم ارجاعات گفته شد مربوط به داخل متن مقاله است، علی رغم اینکه مستندات مقاله باید به صورت درون متنی ذکر می شد، همه مطالب بالا بدون ارجاع و استناد نقل شده است. در فهرست پایانی مقاله هم به هیچ منبعی از علامه مجلسی اشاره نشده است، ولی به سه عنوان کتاب از محقق طباطبایی یزدی اشاره شده است که عبارت اند از: ۱. عروه الوثقی، مجلد دوم؛ ۲. حاشیه المکاسب، مجلد اول. حتی نسبت به این کتاب نام ناشر، محل نشر، تاریخ نشر و نوبت چاپ نیز بیان نشده است؛ ۳. سؤال و جواب. از مرحوم نائینی نیز تنها به مجلد اول کتاب «منیه الطالب» اشاره شده است، بدون اینکه نام ناشر، محل نشر، تاریخ نشر و نوبت چاپ بیان شده باشد (ر.ک: محقق داماد و دارائی، ۱۳۹۱: ۸۱-۸۲). در ادامه نوشتار نسبت های مذکور بررسی و نقد می شود.

۲-۳. بررسی نسبت داده شده به علامه مجلسی

نویسندگان مقاله دوم نه تنها منبعی برای مطلب منتسب خود از علامه مجلسی بیان نکرده اند بلکه هیچ توضیحی نیز در رابطه با کلام ایشان نداده اند، بنابراین داوری در رابطه با صحت و سقم نسبت یاد شده بسی دشوار است. با این همه قرینه ای وجود دارد که به احتمال زیاد نسبت مذکور صحیح نباشد. قبل از بازگویی قرینه، لازم است نسبت به «تعهد یک طرفه» که در محل بحث به آن اشاره شده، توضیح کوتاهی داده شود.

نظریه تعهد یک طرفی یا ایقاع لازم، بیانگر این است که ایجاب کننده بدون دخالت طرف دیگر خود را ملتزم به نگهداری ایجاب کند. به عبارت دیگر در فرض پذیرش صحت آن، می توان

آن را مصداقی از یک ایقاع لازم شمرد (برای مطالعه ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱: ۳۰۲؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۱-۳۳). گفتنی است بعضی از نویسندگان بین تعهد یک طرفه و ایقاع تفاوت قائل شده‌اند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۸: ۷۱-۷۲)، ولی توضیح بیشتر و بررسی آن از محل بحث این نوشتار است.

اشکال‌هایی نسبت به پذیرش «نظریه تعهد یک طرفی» مطرح شده ازجمله اینکه لازمه هر تعهدی ثبوت حق برای طرف مقابل است، بنابراین ایجاب کننده نمی‌تواند بدون قبول مخاطب ایجاب، برای وی حقی به صورت یک طرفه ایجاد کند. همچنین گفته شده است ایقاعات در حقوق اسلام محصور هستند و تعهد یک طرفه از مصادیق آن‌ها نیست، به همین دلیل نمی‌توان آن را نافذ شناخت. بازگویی و بررسی صحت و سقم نظریه «تعهد یک طرفه» موضوع این پژوهش نیست، بلکه هدف صرفاً آشنایی اجمالی با نهاد مذکور است. با این همه بعضی در این باره نوشته‌اند: «مبنای تعهد یک طرفی نه در حقوق غرب و نه در حقوق اسلامی، طرفداران قابل توجهی پیدا نکرده و مورد انتقاد شدید قرار گرفته است.» (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۳).

پس از مقدمه مذکور می‌توان گفت: قرینه‌ای وجود دارد که نشان می‌دهد بعید است علامه مجلسی نهاد حقوقی «ایجاب ملزم» مبتنی بر «تعهد یک طرفه» را پذیرفته باشد. توضیح مطلب اینکه از علامه مجلسی استفتا می‌شود: «شروطی که در ضمن عقد لازم کرده می‌شود لزوم به هم می‌رساند یا نه؟» ایشان در جواب می‌نویسد: «مشهور آن است که لازم می‌شود و خالی از قوتی نیست اگرچه جزم مشکل است، والله یعلم» (مجلسی، ۱۴۱۱ ق: ۲۵۸).

فقیهی که برخلاف مشهور فقیهان امامیه، در پذیرش شرط ضمن عقد لازم، با وجود روایات مربوط به شرط، اشکال داشته و نمی‌تواند به آن جزم پیدا کند، بعید به نظر می‌رسد نظری ارائه دهد که طبق آن «ایجاب ملزم» مبتنی بر «تعهد یک طرفه» را لازم بداند! هر چند عدم ارجاع به منبع مورد استفاده از علامه مجلسی توسط نویسندگان مقاله دوم، داوری نهایی را در این باره دشوار می‌سازد.

۳-۳. بررسی نسبت داده شده به محقق یزدی

در مقاله دوم همچنین بدون بیان دلیل و بدون ارجاع به منبعی، ادعا شده می‌توان طبق نظر محقق یزدی ایجاب ملزم مبتنی بر تعهد یک طرفه را پذیرفت. در بررسی نسبت مذکور می‌توان گفت: درست است محقق یزدی صحت هرگونه قراردادی که دلیل شرعی بر بطلان آن وجود

ندارد را می‌پذیرد و نیازی نمی‌بیند تعهدات طرفین در قالب عقود معین بگنجد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ ق: ۱۹۲-۲۷۱)، ولی اینکه ایشان با پذیرش شرط ابتدایی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ ق، ج ۳: ۲۹۲-۲۹۱) و قراردادهای بی‌نام، به صحت ایجاب ملزم بر اساس پذیرش تعهد یک‌جانبه نیز اعتقاد دارد یا نه، اظهارنظر بسی دشوار است.

متأسفانه عدم نقل استدلال محقق یزدی و عدم ارجاع به منبع، داوری را نافرجام می‌کند، به‌ویژه اگر چنین نظری را بتوانیم به محقق یزدی منتسب کنیم، درواقع باید بپذیریم ایشان عملاً به عدم حصر ایقاعات در قالب‌های معین اعتقاد دارند، زیرا پذیرفتن ایجاب ملزم بر اساس تعهد یک‌طرفه، درواقع به معنای قبولی ایقاعات نامعین به‌عنوان یک نظریه عمومی است. پذیرش این نظریه و انتساب آن به فقیهان در غایت دشواری است. نگارنده نیز تا به حال به نظر اطمینان‌آوری دراین‌باره دست پیدا نکرده است، هر چند بعضی از فقیهان تلاش پسندیده‌ای دراین‌باره کرده‌اند ولی به نتیجه مطلوب دست نیافته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ ق، ج ۲: ۲۸-۳۱). یکی از نویسندگان نامدار حقوقی نیز دراین‌باره نوشته است: استقراء در قوانین و سایر منابع حقوقی نشان می‌دهد که اصل آزادی ایقاع به صورت مطلق در حقوق ما وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۴۲).

۳-۴. خَلَط اسقاط حق رجوع از ایجاب با التزام به حفظ آن

یکی از تفاوت‌های حق و حکم این است که حق قابل اسقاط است، ولی حکم قابل اسقاط نبوده، بلکه صرفاً می‌توان ملتزم به عدم استفاده از آن شد. در تعریف حق و حکم و نسبت به مصادیق آن دو اختلاف زیاد است، ولی به‌عنوان مثال بعضی نوشته‌اند: تسلط بر فسخ عقود جایز از احکام شرعی است (انصاری، ۱۴۲۲ ق، ج ۵: ۱۲)؛ بنابراین اگر موکل به صورت شرط ضمن عقد اعلام کند حق عزل وکیل را ساقط کردم، نادرست است. باید به جای تعبیر «اسقاط حق عزل وکیل»، موکل ملتزم شود از توان قانونی خود که نسبت به عزل وکیل دارد، استفاده نکند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۷۲).

در محل بحث نویسندگان مقاله باید دقیقاً مشخص می‌کردند منظورشان در بحث ایجاب ملزم مبتنی بر تعهد یک‌جانبه، آیا این است موجب به عدم رجوع از ایجاب ملتزم می‌شود یا اینکه ایجاب‌کننده امکان رجوع از ایجاب را از خود ساقط می‌کند؟ به عبارت روشن‌تر کدام از دو صورت یاد شده را به بعضی از اعظام فقیهان نسبت می‌دهند؟ از این جهت هم در مقاله مذکور تسامح واقع شده و صدر و ذیل کلام دارای تناقض است؛ زیرا در آغاز سخن آمده است: «اما می‌توان با تکیه

بر نظریه تعهد یک‌جانبه و استناد به دیدگاه برخی اعظام امامیه، نظیر مولی محمدباقر مجلسی و سید محمدکاظم طباطبائی (اعلی‌الله مقامهم)، ایجاب ملزم را پذیرفته و بگوییم اصل بر قابلیت رجوع از ایجاب است، اما در مواردی امکان دارد موجب حق رجوع خویش را اسقاط کند. «... بعد در ادامه کلام، محل نزاع را تعهد به حفظ ایجاب و التزام به ایجاب برده و چنین نوشته‌اند: «... اما در مواردی که ایجاب غیرقابل رجوع باشد، موجب متعهد به حفظ ایجاب است...» (محقق داماد و دارائی، ۱۳۹۱: ۶۰-۶۱).

از صدر کلام مذکور برداشت می‌شود: طبق دیدگاه بعضی از فقیهان مثل علامه مجلسی و محقق یزدی، موجب می‌تواند رجوع از ایجاب را اسقاط کند، درواقع رجوع از ایجاب حق است نه حکم، درحالی‌که از ذیل کلام برداشت می‌شود: «موجب متعهد به حفظ ایجاب است.» یعنی ایجاب ساقط نشده و باقی است، اما موجب ملتزم شده از ایجاب خود عدول نکند. به‌هرحال نه‌تنها محل نزاع به هم آمیخته شده است با قاطعیت هم نمی‌توان گفت متعلق نسبت داده شده به فقیهان چیست.

«اسقاط رجوع از ایجاب» و «التزام به عدم رجوع از ایجاب» با هم تفاوت بنیادین دارند. به عبارت دیگر اسقاط رجوع از ایجاب مصداق شرط نتیجه و التزام به عدم رجوع از ایجاب از مصادیق شرط فعل است، بنابراین تفکیک دقیق آن در محل نزاع دارای آثار متعددی است، ازجمله اینکه در فرض پذیرش تفسیر ایجاب ملزم به اسقاط حق رجوع، سخن از اینکه رجوع از ایجاب ملزم اثر دارد یا نه، بیهوده است؛ زیرا حق رجوع سالبه به انتفای موضوع است و نوبت به اثر داشتن یا نداشتن رجوع نمی‌رسد. طبق این تحلیل به جای گفتگو از امکان یا عدم امکان عدول از ایجاب ملزم، بیشتر باید صحت یا عدم صحت اسقاط رجوع از ایجاب را مورد بررسی قرار داد نه ضمانت اجرای تخلف از آن را! به عبارت دیگر، در صورتی که ایجاب ملزم، به اسقاط حق رجوع تفسیر شود، در این صورت مقتضی برای مؤثر بودن رجوع از ایجاب وجود ندارد تا ضمانت اجرای تخلف از التزام مطرح شود؛ اما در صورتی که التزام ناشی از ایجاب ملزم، بر تعهد به نگهداری ایجاب تفسیر شود، می‌توان تصور کرد که مقتضی برای رجوع از ایجاب هست، اما این بحث قابل طرح خواهد بود آیا با التزام مذکور مانعی در عالم اعتبار، جلوی رجوع از ایجاب را در فرض تخلف از التزام می‌گیرد یا نه. این عدم تفکیک نه‌تنها در بحث ایجاب ملزم بلکه در موارد زیادی در متون حقوقی و رویه قضایی رخ می‌دهد، بدون اینکه به ظرایف نهادهای حقوقی دقت شود.

۴-۵. بررسی نسبت داده شده به محقق نائینی

در مقاله مورد نقد بدون ارجاع به منبعی، چنین آمده است: «شاید بتوان از کلام محقق نائینی استفاده کرد و گفت در اینجا موجب با التزام به حفظ ایجاب، از هرگونه اقدام در آن ممنوع و محجور است و تصرفات وی در آن باطل و بلااثر است. بنابراین با قبول ایجاب در مدت تعیین شده، عقد شکل می‌گیرد و رجوع قلبی موجب، اعتباری ندارد.» (محقق داماد و دارائی، ۱۳۹۱: ۶۰-۶۱).

در مباحث پیشین گفته شد در مقاله دوم درواقع به دو پرسش پاسخ داده شده است. نویسندگان مقاله دوم از نظر محقق نائینی صرفاً برای پاسخ پرسش دوم استفاده کرده‌اند و برای پاسخ به پرسش اول به نظرات دیگران اشاره نموده‌اند که بازگو و نقد شد. شاید دلیل اینکه در پاسخ پرسش اول به نام محقق نائینی اشاره نشده، این باشد، ایشان شرط ابتدایی را صحیح نمی‌داند (نائینی، ۱۴۳۳ ق، ج ۳: ۲۳۲)؛ بنابراین تردیدی نباید کرد طبق مبانی وی، «ایجاب ملزم» به‌ویژه با تحلیل آن به «تعهد یک‌جانبه»، صحیح نیست. در هر صورت در ادامه به توضیح نظر محقق نائینی پرداخته و مطابق بودن ادعای مطرح شده در مقاله مذکور را با دیدگاه وی صحت سنجی می‌کنیم.

در بین فقیهان بحث است در مواردی که «مشروط علیه» متعهد می‌شود یک تصرف اعتباری (حقوقی) را ترک کند یا انجام دهد، چنانچه متعهد از «مشروط به» با انجام یک معامله معارض تخلف ورزد، حکم وضعی این «تصرف منافی» با تعهد پیشین چیست؟ برای مثال اگر مستأجر در برابر موجر ملتزم شده عین مستأجره را به دیگری اجاره ندهد، ولی تخلف می‌کند و آن را به ثالث اجاره می‌دهد یا مشتری ملتزم شده است مبیع را وقف کند، ولی به جای وقف آن را به ثالث می‌فروشد. حکم وضعی اجاره به ثالث یا بیع به ثالث در مثال‌های مذکور چیست؟

به جهت اهمیت مسئله و کاربرد عملی فراوان آن در مبحثی که امروزه در ادبیات حقوقی از آن به تخلف از شرط فعل مثبت حقوقی یا تخلف از شرط فعل منفی حقوقی تعبیر می‌شود، تلاش می‌کنیم نظرات محقق نائینی را به ترتیب از مجموع نوشته‌های ایشان به صورت صحیح بازگو نماییم.

۱. محقق نائینی در کتاب اصولی «فوائد الاصول» به مناسبت مبحث «بررسی دلالت نهی بر فساد معامله منهی عنه»، مسائلی را که مرتبط با موضوع این نوشتار است، مطرح می‌کند. توضیح کوتاه اینکه وی معتقد است: اگر نهی به انشای معامله تعلق گیرد، سبب فساد «معامله منهی عنه»

نمی‌شود، اما در صورتی که به منشأ (مسبب) تعلق بگیرد، سبب فساد معامله خواهد بود. برای نهی از منشأ چند مثال بیان می‌کنند، از جمله اینکه (الف) از طریق نذر یا شرط ملتزم بشود مالی را به (ب) بفروشد، ولی تخلف می‌کند و آن مال را به (ج) می‌فروشد؛ در این صورت بیع (الف) به (ج) صحیح نخواهد بود؛ چون منشأ در این فرض «منهی عنه» است. با چنین نهی، قدرت عاقد برای انعقاد عقد، در عالم تشریع و اعتبار سلب شده است. مانع شرعی نیز همانند مانع عقلی، موجب می‌شود، مسبب محقق نشود. وقتی که یک شخص به عنوان مشروط علیه تعهدی را می‌پذیرد، درواقع سلطنت مشروط علیه نسبت به تصرف منافی، تخصیص می‌خورد. گویی یک نوع محجوریت در این رابطه از طرف قانون‌گذار نسبت به وی ایجاد می‌شود؛ چون مشروط علیه با شرط، سلطه و قدرت اقدام بر تصرف منافی را از خود سلب کرده است (نائینی، ۱۴۰۴ ق: ج ۱-۲ (دو جلد در یک مجلد): ۴۷۱-۴۷۲). متن عربی منبع یاد شده چنین است: «... لا معنى لبقاء السلطنة مع منع الشرعى، كما لا معنى لبقاء السلطنة مع سلبها عن نفسه بنذر أو شرط، بعد ما دلّ الدليل على لزوم الوفاء بالنذر و الشرط.»

به نظر نگارنده آمیختگی بین شرط نتیجه و شرط فعل در کلام عربی نقل شده از محقق نائینی دیده می‌شود؛^۱ زیرا سلب سلطه از نفس، درواقع از مصادیق شرط نتیجه خواهد بود نه شرط فعل، مگر اینکه حمل بر تسامح در کلام شود یا به گونه‌ای به توجیه آن پرداخته شود؛ به این معنا که سلب سلطه، به معنای ایجاد محدودیت (متعهد شدن) تفسیر شود!

۲. محقق نائینی در حاشیه خود بر کتاب «العروة الوثقی» نیز طبق همان مبنای اصولی، اجاره منافی با شرط را باطل شمرده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ ق، ج ۵: ۷۶-۷۷).

۳. محقق نائینی در کتاب «منیه الطالب» نیز در دو جا به این مسئله پرداخته، یکی در مسئله شرط عدم فسخ بیع از طریق اختیار مجلس و تعهد به اسقاط اختیار مجلس است. به این معنا مشتری ملتزم می‌شود از حق اختیار مجلس استفاده نکند یا اینکه مشتری متعهد شود اختیار مجلس خود را اسقاط کند، ولی تخلف از دو شرط یاد شده می‌کند و اعمال اختیار مجلس می‌کند. محقق نائینی تخلف از شرط عدم فسخ و تخلف از شرط اسقاط اختیار مجلس را همسان با دو مثال دیگر (تخلف

۱. ناگفته نماند متن کتاب فوائد الاصول، تقریرات درس اصول فقه محقق نائینی است که به قلم یکی از شاگردان دانشمند ایشان به نام محمدعلی کاظمی خراسانی نگارش شده است.

مشتري از شرط عدم فروش به (ب) و همچنین تخلف مشتري از شرط فروش به (ج)^۱ شمرده و دقیقاً طبق همان مبنای اصولی خود، تصرفات منافی را فاسد می‌شمارد (نائینی، ۲۴۳۳ ق، ج ۳: ۴۸-۴۷).

۴. محقق نائینی آخرین نظرشان را در این باره در قسمت دیگر کتاب منیه الطالب در مسئله «تصرف منافی با شرط» بیان کرده است. محقق نائینی در این قسمت به توجیه هر سه دیدگاه (صحت عقد منافی با شرط، بطلان عقد منافی با شرط و توقف صحت عقد منافی، بر اجازه مشروطه) می‌پردازند. در قسمت توجیه بطلان عقد منافی، باز همان استدلال‌های قبلی همچون نهی از مُسَبِّب و سلب سلطنت را بیان کرده و سپس یک حرف تازه‌ای بیان کرده و درواقع از نظریه پیشین خود برگشته است.

کلام ایشان چنین است: درست است استدلال‌های قبلی مبنی بر بطلان پذیرفتنی است؛ ولی وقتی مصادیق محل بحث (برای مثال فروشنده علیه خریدار شرط کند مبیع را به (ب) بفروشد ولی مشروط علیه تخلف کرده و مبیع را به (ب) بفروشد یا فروشنده علیه خریدار شرط کند که مبیع را به (ج) بفروشد، ولی مشروط علیه تخلف کرده و به ثالث بفروشد) را می‌توانیم مشمول ادله بطلان تصرفات منافی بدانیم که وجوب وفا به شرط، همچون وجوب وفا به نذر، حق الله و حکم تکلیفی محض باشد، اما با توجه به اینکه شرط از سوی مشروط علیه، قابل اسقاط است، معلوم می‌شود شرط همچون نذر نیست؛ بنابراین تکلیف ناشی از آن نیز همانند تکلیف به ادای نذر نخواهد بود، بلکه یک تکلیف تبعی بوده که از یک حق وضعی همچون دین، پیروی می‌کند. به عبارت دیگر محل بحث مانند تصرف عید در مال یا نفّسش است که صحت آن وابسته به اجازه مولایش است؛ زیرا با انجام عمل مذکور از وی سرپیچی کرده نه اینکه سرپیچی از خدا کرده باشد.

روشن است این گونه حکم تکلیفی، توان تخصیص «ادله سلطنت» را ندارد [تا تصرف منافی باطل باشد]، بلکه تابع وجود حق مشروطه است؛ در فرض ثبوت آن، مانع از نفوذ تصرف در عین می‌شود؛ اما دلیلی بر بطلان تصرف مذکور نیست. با این توضیح، مسئله، مشمول اختلاف مبنایی دیگری به این شرح می‌شود: اگر همچون شهید اول اثر تخلف از شرط را صرفاً ثبوت حق فسخ

۱. منظور این است فروشنده علیه خریدار شرط می‌کند مبیع را به ب بفروشد، ولی خریدار تخلف کرده و مبیع را به ب می‌فروشد. در مثال دیگر فروشنده علیه خریدار شرط می‌کند مبیع را به ج بفروشد، ولی خریدار تخلف کرده و مبیع را به ثالث می‌فروشد. در هر دو مثال محقق نائینی معتقد است حکم وضعی تصرف منافی از نظر فاسد است.

عقد بین مشروط له با مشروط علیه بدانیم،^۱ تردیدی نیست تصرف منافی مشروط علیه با شرط درست خواهد بود، اما در صورتی که شرط را همچون مشهور فقیهان، سبب پیدایش حق مالی مالکانه در ذمه مشروط علیه - همچون سایر حقوق مالی - بدانیم در این صورت حق ناشی از شرط، با نفوذ تصرف منافی، منافات خواهد داشت؛ مسئله دقیقاً مثل باب رهن خواهد بود. در این صورت اختلاف موجود در باب رهن در بین اصحاب، در اینجا نیز جاری خواهد شد. مشهور در مورد تصرف راهن در رهینه، گفته‌اند: صحت آن متوقف بر اجازه مرتهن دارد؛ به نظر ما (محقق نائینی) نیز حکم چنین است^۲ و احکام فضولی در اینجا جاری می‌شود (نائینی، ۱۴۳۳ ق، ج ۳: ۲۶۳-۲۶۵).

به نظر نگارنده نیز همین دیدگاه پایانی محقق نائینی با ادله و اصول حقوقی، بیشتر سازگاری دارد؛ افزون بر اینکه از موارد متعدد مشابه نیز، اطمینان حاصل می‌شود در مواردی که نهی از معامله‌ای به جهت پیش‌گیری از حق شخص خاصی است، با زوال حق، مانع منتفی و معامله نافذ خواهد بود. تفصیل این بحث باید در جای خود مطرح شود.

اکنون که نظر محقق نائینی به‌طور کامل تبیین شد به متن مقاله موضوع نقد بر می‌گردیم که بدون استناد به منبعی، در آن ادعا شده است: می‌توان طبق نظر محقق نائینی گفت: موجب از هرگونه اقدام، محجور و تصرفات وی باطل و بلا اثر است. در اشکال به این نسبت داده شده باید گفت: اولاً، با بازگویی‌هایی که از کلام محقق نائینی انجام شد، روشن گشت این نسبت دادن ناقص است، زیرا محقق نائینی در آخرین نظر خود از نظر پیشین خود که بطلان باشد، برگشته و به نظریه عدم نفوذ متمایل شده است. حتی در جای خود به صورت مستقل قابل بحث است، آیا این عدم نفوذ، همانند عدم نفوذ مصطلح در عقد فضولی بوده یا عدم نفوذ مُراعی است که در باب رهن مطرح می‌شود و با عدم نفوذ مصطلح تفاوت‌های اساسی دارد. به نظر نگارنده عدم نفوذ مُراعی قابل پذیرش است. ان شاء الله طی مقاله‌ای مستقل به آن پرداخته خواهد شد.

ثانیاً، بیان شد نهاد «ایجاب ملزم» به آن شیوه‌ای که در مقاله مورد نقد ترسیم شده، طبق مبانی

۱. ناگفته نماند شهید اول در کتاب لمعه عمل به شرط را از سوی مشروط علیه - به جزء در موارد استثنایی - واجب نشمرده، بلکه در فرض عدم اقدام مشروط علیه به انجام شرط، برای مشروط له صرفاً حق خیار تخلف از شرط قائل شده است، بدون این که مشروط له بتواند مشروط علیه را ملزم به ایفاء شرط کند (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۲۶ ق، ج ۲: ۳۲۳). منظور محقق نائینی مبنای مذکور از شهید اول است.

۲. ناگفته نماند محقق نائینی بر این نظر است که حق غیر در عقد رهن صرفاً مانعی بیش نیست، بنابراین با اجازه مرتهن یا زوال حق وی تصرف راهن نافذ خواهد بود (ر.ک: نائینی، ۱۴۳۳ ق، ج ۲: ۳۲۷-۳۳۰).

محقق نائینی نمی‌تواند صحیح باشد، زیرا ایشان شرط ابتدایی را باطل می‌شمارد. با این همه معلوم نیست طبق چه ملاکی نویسندگان مذکور تلاش کرده‌اند با پیش‌فرض گرفتن صحت ایجاب ملزم، برای بطلان «تصرفات منافی با ایجاب ملزم» از نظر محقق نائینی بهره‌برند! حداقل لازم بود تذکر داده شود محقق نائینی اصل نهاد «ایجاب ملزم» را نمی‌پذیرد تا خواننده تصور نکند محقق نائینی نیز هم‌داستان با نظریه‌ای است که نویسندگان مقاله به آن اشاره کرده و در صدد اثبات آن برآمده‌اند. بررسی انتقادی سطوری محدود از دو مقاله علمی- پژوهشی نشان می‌دهد ضروری است پژوهشگران محترم حقوقی نهایت دقت و امانت را در گزارش مفاهیم فقهی در ادبیات حقوقی به کار برند. به‌ویژه اینکه در مباحث فقهی با توجه به گستردگی مطالب و متون، نیاز به توانمندی ویژه و حوصله فراوانی هست تا نظر نهایی و قابل اطمینان تحصیل شود. گفتنی است بررسی عوامل اصلی وقوع چنین اشتباهاتی- که امروزه فراوان در ادبیات حقوقی رخ می‌دهد و مایه آشفته‌گی فراوانی در آن شده- نیاز به نوشتار مستقلى دارد. امروزه در کتاب‌ها و مقالات حقوقی زیادی شاهدیم که در آن‌ها نه تنها در انتقال مفاهیم متون فقهی بلکه حتی در انتقال مطالب ادبیات حقوقی که به زبان فارسی نوشته شده است، دقت لازم صورت نمی‌گیرد! علی‌رغم رشد کمی ادبیات حقوقی در ایران، امر یاد شده یکی از موانع عمده توسعه کارآمد آن است. نگارنده موارد متعددی را در این باره هنگام مطالعه و تحقیق مشاهده نموده است که گردآوری مجموع آن‌ها حتی می‌تواند به صورت یک کتاب مستقل عرضه شود.

پایان بخش این پژوهش را به یادآوری مطلبی از شیخ مرتضی انصاری اختصاص می‌دهیم که بیانگر اهمیت دقت در نقل اقوال، در اندیشه این اصولی و فقیه سُرگ است. درواقع آینه عبرتی است فراوری پویندگان راه تحقیق. ایشان در بحث اجماع منقول، در رابطه با کلام محقق تُسْتَری می‌نویسد: بارها سخن ایشان را مرور کرده‌ام ولی باز ممکن است مطلبی از آن برای من پوشیده مانده باشد، بنابراین شایسته است به صورت مستقیم گفته‌های وی را بازگو کنم، زیرا ممکن است خواننده از آن برداشتی داشته باشد که برخلاف برداشت من باشد. متن عربی عبارات ایشان چنین است: «و ما ذكرنا و إن كان محصّل كلامه على ما نظرنا فيه، لكنّ الأولى نقل عبارة بعينها، فلعلّ الناظر يحصّل منها غير ما حصّلنا، فأنّه قد مررنا على العبارة مروراً و لا يبعد أن يكون قد اختفى علينا بعض ما له دخل في مطلبه» (انصاری، ۱۴۲۲ ق، ج ۱: ۲۱۸). بعد حدود هفت صفحه به صورت مستقیم به نقل کلام مرحوم تَسْتَری می‌پردازد (انصاری، ۱۴۲۲ ق: ۲۱۸-۲۲۵).

نتیجه‌گیری

با بررسی انتقادی حدود سی سطر از دو مقاله علمی- پژوهشی ثابت شد ادعاها و نسبت‌های داده شده در متن آن‌ها به متون فقهی درست نیست. این ادعا که صاحب جواهر، امام خمینی و محقق خوبی ضمانت اجرای تخلف از قرارداد «تعهد به فروش عین معین» را صحت معامله معارض و امکان مطالبه بدل از ناقض تعهد می‌دانند، مطابق با واقع نیست. محتوای کلام فقیهان مذکور ارتباطی با مدعای مقاله ندارد. مطالبه بدل از منظر امام خمینی و محقق خوبی، ناظر به جایی است که قرارداد اصلی فسخ می‌شود. در این صورت عوضین باید به مالکان قبلی برگردد. در صورت تعذر استرداد عین عوضین، باید بدل آن‌ها مسترد شود. کلام صاحب جواهر نیز مربوط به شرط طلق بودن مورد معامله است. با نسبت داده شده به فقیه مذکور، فرسنگ‌ها فاصله دارد. در ادامه پژوهش با انتقاد از ادعاهای دیگر مطرح شده، اثبات گشت که نسبت دادن پذیرش نظریه ایجاب ملزم با مبنای تعهد یک‌جانبه به علامه مجلسی و محقق نائینی درست نیست. نهاد یاد شده با مبانی عالمان مذکور سازگار نیست. هیچ دلیل معتبری نیز ارائه نشده است نهاد موضوع بحث، از سوی محقق طباطبایی یزدی مورد پذیرش قرار گرفته باشد.

چنین نوشتارها و نسبت دادن‌ها نتیجه‌ای جز آشفته شدن ادبیات حقوقی ایران ندارد، عمرها و سرمایه‌ها را بر باد می‌دهد. مانع توسعه صحیح دانش حقوقی می‌شود. لازم است برنامه‌ریزان کلان آموزشی، نهایت تلاش خود را به کار گیرند تا این معضل پیچیده‌ای که امروزه بر دانشکده‌های حقوق حاکم شده را از بین ببرند. متأسفانه این اشکالات نه تنها در استناد به متون فقهی رخ می‌دهد، بلکه در نقل، استناد و انتساب به متون حقوقی غربی نیز واقع می‌شود. بررسی عوامل وقوع چنین اشکالات و شیوه دفع و رفع آن‌ها نیاز به تحقیق مستقلی دارد که لازم است مسئولان مربوط و پژوهشگران حقیقت‌خواه به انجام آن‌ها اقدام کنند. آنچه در این پژوهش بازگو و نقد شد اندکی است از بسیار! در پایان گفتنی است در ضمانت اجرای تخلف از تعهد پیشین با انجام تصرفات اعتباری مَنافی، در متون فقهی اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. از بین نظرات موجود در این باره دیدگاه «عدم نفوذ مُراعی» قابل تأیید است. نظرات دیگر دارای اشکال است. مفهوم دقیق نهاد فقهی-حقوقی «عدم نفوذ مُراعی» و تفاوت آن با عدم نفوذ مصطلح و تبیین ادله اثبات نظریه مذکور باید در جای خود به صورت مستقل بررسی شود.

فهرست منابع

- احسانی، احمد (۱۳۸۹). *نهضت تولید علم*. تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۳۱ ق). *حاشیه کتاب المکاسب*. قم: أنوار الهدی، ج ۵.
- افتخاری، جواد (۱۳۸۲). *حقوق مدنی (۳)*. تهران: میزان، ۱۳۸۲.
- امینی، منصور؛ اعظمی چهار برج، حسین (۱۳۸۷). «وضعیت حقوقی معاملات معارض با قرارداد تعهد به فروش عین معین». *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۱، شماره ۴۷.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۲ ق). *فرائد الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ج ۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۲ ق). *کتاب المکاسب*. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ج ۵.
- بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ق). *القواعد الفقهية*. قم: نشر الهادی، ج ۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *حقوق تعهدات*. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق مدنی*. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ج ۱.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ ق). *العناوین*. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۲.
- شهید ثانی، زین الدین (۱۴۲۶ ق). *الروضة البهیة*. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ج ۲.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). *مجموعه مقالات حقوقی*. تهران: مجد.
- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ ق). *مستمک العروة الوثقی*. قم: مؤسسة دار التفسیر، ج ۱۰.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۹ ق). *حاشیه کتاب المکاسب*. قم: نشر طلیعه نور، ج ۳.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۵ ق). *سؤال و جواب*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۹ ق). *عروة الوثقی (المحشی)*. قم: انتشارات جامعه مدرسین، ج ۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ج ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *مقدمه علم حقوق*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *انقاع*. تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *وصیت در حقوق مدنی ایران*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- مجلسی، محمد باقر (۱۴۱۱ ق). *نظم اللتالی (معروف به سؤال و جواب)*. قم: دار الکتب الاسلامی.

محقق داماد، سید مصطفی؛ دارائی، محمدهادی (۱۳۹۱). «مطالعه‌ی تطبیقی اسباب زوال ایجاب»، ویژه‌نامه شماره ۱۰ مجله تحقیقات حقوقی.

محقق داماد، سید مصطفی و همکاران (۱۳۸۹). **حقوق قراردادها در فقه امامیه**. تهران: سمت، ج ۲.

محقق داماد، سید مصطفی و همکاران (۱۳۹۰). **حقوق قراردادها در فقه امامیه**. تهران: سمت، ج ۱.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۹). **کتاب البیع**. تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی (ره)، ج ۵.

موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۰ ق). **کتاب البیع**. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ج ۵.

موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۲). **استفتاآت**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ج ۲.

موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۵ ق). **التنقیح فی شرح المکاسب**. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ج ۵.

موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (بی‌تا). **مصباح الفقاهة**. قم: مطبعة سیدالشهداء (علیه السلام)، ج ۷.

نائینی، محمد حسین (۱۴۰۴ ق). **فوائد الاصول**. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱ و ۲ (دو جلد در یک مجلد).

نائینی، محمد حسین (۱۴۳۳ ق). **منية الطالب**. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۲.

نائینی، محمد حسین (۱۴۳۳ ق). **منية الطالب**. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۳.

نجفی، محمدحسن (۱۳۷۴). **جواهرالکلام**. تهران: دار الکتب الاسلامیه، ج ۲۲.