





دانشگاه آزاد اسلامی
واحد تهران مرکزی
دانشکده حقوق، گروه حقوق خصوصی

**پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)
گرایش: حقوق خصوصی**

عنوان:

مقایسه انحلال قرارداد عهدهی در حقوق ایران و مصر

استاد راهنما:

دکتر اکبر میرزائزاد جویباری

استاد مشاور:

دکتر مجید غمامی

پژوهشگر:

کریم انباز

تابستان ۹۱

تقدیم به:

پدر و مادر عزیزم به پاس تمام فداکارهای بی‌دریغشان، امیدوارم
روزگاری قدرت و توانایی جبران ذره‌ای از محبت آنها را داشته
باشم.

تشکر و قدر دانی:

با تشکر و قدردانی از استاد فاضل و اندیشمندم جناب آقای دکتر اکبر میرزائزاد جویباری به پاس اینکه در راه تحصیل علم و کسب معرفت اخلاقی همواره راهنما و مرشدم بوده‌اند.

با تشکر و قدردانی از جناب آقای دکتر مجید غمامی به جهت مشاور و راهنمایی در تهیه و تدوین پایان و جناب آقای دکتر پیرهادی که امر داوری پایان‌نامه را برعهده داشتند.

همچنین از تمامی دوستان و همکارانم به خصوص جناب آقای دکتر عبدا... اکبری که در تهیه و تدوین این پایان‌نامه مرا یاری نموده‌اند تقدیر و تشکر می‌نمایم.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده	۱
مقدمه	۲
فهرست علائم اختصاری	۴
بخش اول) مفاهیم ، انواع، مصادیق تعهد در قرارداد عهدهی و اسباب انحلال آن)	۵
فصل اول) مفاهیم و انواع قرارداد عهدهی و مصادیق تعهد در آن	۷
مبحث اول) مفهوم قرارداد عهدهی	۷
گفتار اول) تعریف قرارداد عهدهی و مقایسه آن با نهادهای مشابه	۷
بند اول) تعریف قرارداد عهدهی	۷
بند دوم) مقایسه با نهادهای مشابه	۱۰
الف) بیع کلی	۱۰
ب) سایر نهادهای مشابه	۱۱
گفتار دوم) انواع قرارداد عهدهی	۱۳
۱) قرارداد اصلی_ فرعی	۱۶
۱- الف) قرارداد اصلی	۱۳
۲- ب) قرارداد فرعی	۱۴
۲) قرارداد مالی_ غیر مالی	۱۴
۲- الف) قرارداد مالی	۱۴
۲- ب) قرارداد غیر مالی	۱۵
۳) قرارداد فعل_ ترک فعل	۱۵
۳- الف) قرارداد فعل	۱۵
۳- ب) قرارداد ترک فعل	۱۶
۴) قرارداد يك جانبه- دوجانبه	۱۶
۴- الف) قرارداد يك جانبه	۱۶
۴- ب) قرارداد دوجانبه	۱۶
۵) قرارداد مستمر_ غیر مستمر	۱۶

۱۶	۵- الف) قرارداد غیرمستمر
۱۷	۵- ب) قرارداد مستمر
۱۷	۶) قرارداد مادی_ حقوقی
۱۷	۶- الف) قرارداد مادی
۱۷	۶- ب) قرارداد حقوقی
۱۸	مبحث دوم) مصادیق تعهد در قرارداد عهده
۲۳	گفتار اول) انتقال مال
۱۹	بند اول) انتقال مال بعنوان تعهد اصلی
۲۶	بند دوم) انتقال مال بعنوان تعهد فرعی
۲۷	گفتار دوم) انجام فعل
۲۸	بند اول) انجام فعل بعنوان تعهد اصلی
۲۲	الف) انجام فعل مادی
۲۸	الف-۱) قرارداد جعاله
۲۳	الف-۲) اجاره اشخاص
۳۰	الف-۲-۱) اجاره خدمه و کارگران
۳۱	الف-۲-۲) اجاره متصدیان حمل و نقل
۳۳	الف-۳) مقاطعه کاری
۲۶	ب) انجام فعل حقوقی
۳۵	ب-۱) وعده ازدواج
۲۸	ب-۲) قرارداد وکالت
۲۹	بند دوم) انجام فعل بعنوان تعهد فرعی
۳۹	الف) انجام فعل مادی
۳۱	ب) انجام فعل حقوقی
۳۲	گفتار سوم) ترك فعل
۴۴	بند اول) ترك فعل مادی
۴۵	بند دوم) ترك فعل حقوقی
۴۵	الف) سلب حق مالی

۳۶(ب) سلب حق غیر مالی
۴۸فصل دوم) اسباب انحلال
۴۹مبحث اول) انحلال به تراضي
۴۹گفتار اول) مبنا و مفهوم اقاله
۳۸گفتار دوم) ماهیت اقاله
۵۲مبحث دوم) انحلال یکجانبه
۵۲گفتار اول) مفهوم و مبناى خيار فسخ
۵۳بند اول) مفهوم خيار فسخ
۵۴بند دوم) مبناى خيار فسخ
۵۴(۱) حکومت اراده مبنا تحقق خيار
۵۵(۲) جبران ضرر ناروا و اجرای عدالت مبناى خيار
۵۶گفتار دوم) انواع خيار
۵۶بند اول) خيارات قانونى
۵۸بند دوم) خيارات قراردادى
۵۹الف) خيار شرط
۶۱ب) خيار تخلف شرط
۶۶مبحث سوم) انحلال قهرى
۶۶گفتار اول) انفساخ قانونى
۶۷بند اول) عدم امکان اجرای تعهد
۶۷(۱) تلف شدن موضوع قرارداد
۶۹(۲) ناممکن شدن موضوع قرارداد
۷۱بند دوم) فوت و حجر طرفین
۷۳گفتار دوم) انفساخ قراردادي
۷۶بخش دوم) آثار انحلال قرارداد عهدي
۷۸فصل اول) آثار انحلال قرارداد با موضوع تعهد مادي
۷۸مبحث اول) قرارداد عهدي متضمن تعهد مادی مثبت
۷۹گفتار اول) قرارداد متضمن تعهد مثبت(اصلی)

- بند اول) پیش از اجرا فعل ۷۹
- بند دوم) پس از اجرا فعل ۸۰
- الف) اجرا کامل فعل ۸۱
- ب) حین اجرا فعل ۸۲
- گفتار دوم) قرارداد متضمن تعهد مثبت فرعی (شرط ضمن عقد) ۸۵
- بند اول) شرط به نفع مشروطه ۸۶
- الف) انحلال قرارداد پیش از اجرا فعل ۸۶
- ب) انحلال قرارداد پس از اجرا فعل ۸۷
- ب-۱) تعهد موضوع شرط بخشی از عوضین باشد ۸۸
- ب-۲) تعهد موضوع شرط بخشی از عوضین نباشد ۸۸
- بند دوم) شرط به نفع ثالث ۹۰
- الف) وضعیت تعهد به نفع ثالث ۹۰
- ب) اثر انحلال قرارداد بر تعهد به نفع ثالث ۹۶
- مبحث دوم) قرارداد متضمن تعهد منفي ۹۷
- گفتار اول) انحلال پیش از عمل به ترك ۹۸
- گفتار دوم) انحلال پس از عمل به ترك ۹۹
- بند اول) عدم تخلف ۹۹
- بند دوم) تخلف ۱۰۰
- الف) صرف ترك فعل ۱۰۰
- ب) استمرار ترك فعل ۱۰۱
- فصل دوم) آثار انحلال قرارداد عهدي حقوقي ۱۰۴
- مبحث اول) قرارداد متضمن تعهد حقوقي مثبت ۱۰۴
- گفتار اول) انجام فعل حقوقي (اصلی) ۱۰۵
- بند اول) وکالت ۱۰۵
- بند دوم) وعده قرارداد ۱۰۹
- گفتار دوم) انجام فعل حقوقي (فرعی) ۱۱۴
- بند اول) شرط فعل حقوقي به نفع طرفین ۱۱۵
- بند دوم) شرط فعل حقوقي به نفع ثالث ۱۱۷

۱۱۸	الف) حواله خریدار
۱۱۹	ب) حواله بایع
۱۲۰	مبحث دوم) قرارداد متضمن تعهد حقوقی منفی
۱۲۱	گفتار اول) وضعیت حقوقی عمل به فعل
۱۲۱	بند اول) عدم عزل وکیل
۱۲۴	بند دوم) عدم انتقال عین مستاجر
۱۲۶	بند سوم) عدم تصرفات ناقله
۱۳۱	گفتار دوم) اثر انحلال در قرارداد متضمن تعهد حقوقی منفی
۱۳۱	بند اول) اثر فسخ
۱۳۲	۱- تصرف نسبت به منافع
۱۳۳	۲- مقید نمودن مبیع به حق ثالث
۱۳۵	۳- تصرف ناقل عین
۱۳۶	بند دوم) اثر اقاله
۱۳۸	نتیجه گیری
۱۴۱	منابع و مأخذ

چکیده

اثر و نتیجه مستقیم قرارداد ناظر به تملیک مال و یا صرفاً ایجاد تعهد است. در صورتی که اثر قرارداد موجب تعهد و التزام برای طرفین آن باشد عهدی محسوب می‌شود. با این وجود در برخی موارد قرارداد واجد هر دو اثر عهدی و تملیکی است. مصادیق تعهد شامل انتقال مال، انجام فعل و ترک فعل بوده و ممکن است در قالب توافق فرعی یا اصلی و در ظرف تحقق امر مادی یا حقوقی موضوع تعهد قرارداد باشد. این نوع قرارداد با وقوع اسباب انحلال دستخوش تغییر و تحولاتی می‌شود به نحوی که از لحظه وقوع اسباب سه گانه انحلال (اقاله، فسخ و انفساخ) و نظر به اثر آنها نسبت به آینده است، قرارداد عهدی منحل و آثار آن قطع و تعهداتش ساقط می‌شود. وضعیت قرارداد و تعهدات آن و روابط دو طرف، با توجه به اینکه وقوع اسباب انحلال پیش یا پس از اجرا تعهدات باشد و تعهد موضوع قرارداد موجب حقی برای ثالث باشد و اینکه عامل و سبب انحلال یکی از طرفین باشد متفاوت خواهد بود. در بررسی آثار انحلال قرارداد عهدی توجه به عواملی مانند اصلی یا فرعی بودن تعهد، ظرف تعهد به اینکه ناظر به انجام امر مادی و محسوس یا حقوقی یا اعتباری باشد و ماهیت آن مبنی بر اینکه تعهد به انجام کار یا خودداری از انجام کاری باشد حائز اهمیت است. در حقوق کشور مصر اصولاً قرارداد واجد اثر عهدی بوده و انحلال قرارداد معمولاً به امر دادگاه صورت می‌پذیرد (فسخ قضائی) و بطور معمول وقوع اسباب انحلال در قرارداد اثر قهقرائی داشته و قرارداد و روابط طرفین آن را به حالت پیش از قرارداد باز می‌گرداند.

واژگان کلیدی: قرارداد، تعهد، انحلال، فسخ، انفساخ مادی، حقوقی، فعل، ترک فعل، مثبت، منفی

مقدمه

از دیر باز که بشر زندگی اجتماعی آغاز نمود، روابط افراد بر اساس توافق و قرارداد فی مابین آنها شکل یافت و روز به روز بواسطه تکامل نیازها و تغییر شیوه زندگی، نوع قرارداد و موضوع آنها تغییر یافت. قرارداد صرف نظر از انواع آن، موجب تحقق تعهد و التزام برای طرفین آن می‌شود. بنابراین قرارداد با مفهوم تعهد رابطه مستقیم داشته و به نوعی هر قرارداد منشاء و مبدأ ایجاد تعهد و التزام به اجرا آن است.

قرارداد بر اساس نحوه انشاء، شرایط و ارکان، موضوع و مورد تعهد، آثار و نتایج آن، به انواع مختلفی تقسیم می‌شود. همچنین قرارداد در سیر حیات حقوقی خود تحت تاثیر عوامل و حوادث ارادی و غیر ارادی دستخوش تغییراتی می‌شود و در اثر آنها قرارداد منحل و آثار و تعهدات آن ساقط می‌شود. این عوامل و حوادث که در اصطلاح اسباب انحلال قرارداد نامیده می‌شوند ممکن است منشاء ارادی داشته باشند و یا اینکه خود به خود و بدون اثرگذاری اراده دو طرف تحقق یابند و منجر به انحلال قرارداد شوند.

انگیزه و اهداف: بحث حقوق تعهدات و بخصوص تعهدات قراردادی از مباحث مهم و چالش برانگیز در حقوق خصوصی است. تعهد و الزام به اجرا آن از بدو تشکیل قرارداد تا ایفاء آن، بر دوش طرفین آن قرار دارد. تعهدات قراردادی در مسیر حیات حقوقی خود، ممکن است بواسطه اراده طرفین قرارداد و یا وقوع حوادث خارج از اختیار آنها دستخوش تغییر و یا بطور کلی از بین بروند. در نتیجه وقوع این عوامل تعهدات قراردادی ساقط و آثار آن قطع و در مواردی تعهدات جدیدی برای طرفین ایجاد می‌شود. بنابراین شناسایی قواعد و مقررات حاکم بر روابط طرفین قرارداد و تعهدات آنها پس از وقوع اسباب انحلال حائز اهمیت است. در این نوشتار سعی بر آن است تا با بررسی مصادیق تعهد در قرارداد عهدی و نحوه تعبیه آن در قرارداد، اثر وقوع اسباب انحلال و قواعد عمومی حاکم بر روابط طرفین قرارداد پس از آن مشخص گردد.

سؤالات اصلی: در جهت نیل به هدف و مقصود یاد شده سؤالات محوری و اساسی ذیل قابل طرح است:

- ۱) آیا وقوع اسباب انحلال در مراحل مختلف اجرا تعهد قرارداد تاثیر متفاوت بر روابط طرفین قرارداد خواهد گذاشت؟
- ۲) اصلی یا فرعی بودن مصادیق تعهد در قرارداد چه تاثیری بر روابط طرفین پس از انحلال آن خواهد داشت؟
- ۳) آیا وقوع اسباب انحلال حقوق مکتسبه ثالث ناشی از قرارداد را تحت تاثیر قرار خواهد داد؟
- ۴) عامل و مسبب وقوع اسباب انحلال چه تکلیفی در مقابل طرف دیگر قرارداد دارد؟
- ۵) آیا نوع سبب انحلال در تعیین شرایط حاکم بر روابط طرفین قرارداد مؤثر است؟

سؤالات فرعی: جهت پاسخگویی به سؤالات فوق و شناسائی و تعیین قواعد عمومی حاکم بر روابط طرفین قرارداد عهده‌ی پس از وقوع اسباب انحلال، بازشناسائی چند مفهوم و مسائله فرعی راهگشا است.

۱) مفهوم قرارداد عهده‌ی چیست و تعهدات موجود در آن ناظر بر چه مواردی بوده و بر چه اساسی قابل تقسیم بندی است؟

۲) آیا عامل زمان در اجرا تعهد قراردادی مؤثر است؟

۳) آیا طرفین قرارداد قادرند در آن تعهدی به نفع ثالث قرار دهند و اثرگذاری این نوع تعهد به چه نحوی است؟

۴) تخلف متعهد از اجرا تعهد، قرارداد و روابط طرفین آن را در چه وضعیتی قرار خواهد داد؟ **اهمیت موضوع نوشتار؛** بارزترین مصادیق تعهد قراردادی شامل انتقال مال، انجام فعل و ترک فعل است و به نوعی همه آنها انجام فعل محسوب می‌شوند. تعهدات فوق از حیث اینکه در قالب توافق اصلی یا فرعی و ناظر به امر مادی یا حقوقی با ماهیت مثبت یا منفی و اجرا فوری یا مستمر و دو جانبه یا یک جانبه باشد. هر یک آثار و شرایط متفاوتی را به جای می‌گذارد. در عین حال وقوع اسباب انحلال در هر یک از انواع قرارداد عهده‌ی با هر نوع تعهدی اثر متفاوتی نسبت به سایر موارد خواهد داشت. در مواردی نیز تعهدات قراردادی موجب تحقق حقوقی برای شخص ثالث می‌شود. به همین منظور بررسی آثار وقوع اسباب انحلال در قرارداد عهده‌ی با توجه به جنبه و جهاتی مختلف موضوع تعهد حائز اهمیت است.

موانع و مشکلات تحقیق؛ بواسطه گستردگی مفهوم قرارداد عهده‌ی و شمول آن نسبت به تمامی قراردادهای موجد تعهد و التزام برای طرفین و مصادیق فراوان تعهدات قراردادی و تلفیق اثر عهده‌ی و تملیکی در برخی موارد، تعیین و تشخیص قرارداد عهده‌ی به‌طور اخص کلمه، دشوار به نظر می‌رسد. بواسطه محدودیت منابع که خاصه به قرارداد عهده‌ی و مصادیق کلی آن اشاره نموده باشد و همچنین وجود خلاء قانونی در مورد نحوه اثر گذاری اسباب انحلال و تاثیر متفاوت آنها، شناسائی آثار وقوع اسباب انحلال و تبیین قواعد عمومی حاکم بر روابط طرفین پس از آن را مشکل نموده است. نظر به تطبیقی بودن موضوع بحث با حقوق مصر و وجود منابع محدودی از کتب حقوق این کشور در کتابخانه‌ها، مشکلاتی را در راه تحقیق جامع و مانع در بررسی تطبیقی موضوع پایان نامه بوجود آورده است.

با توجه به گستردگی موضوع بحث و ارتباط منطقی میان مفاهیم آن، این نوشتار در دو بخش کلی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش نخست ابتدا مفاهیم و انواع قرارداد عهده‌ی و مصادیق تعهد در آن (فصل) و اسباب انحلال آن (فصل دوم) مورد اشاره قرار می‌گیرد. و در بخش نهایی با توجه به ظرف تحقق موضوع تعهد و ماهیت آن، آثار انحلال قرارداد عهده‌ی متضمن تعهد به انجام فعل مادی (فصل اول) و آثار انحلال قرارداد عهده‌ی متضمن تعهد به انجام فعل حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

فهرست علائم اختصاری

قانون مدنی	(۱) ق.م
قانون تجارت	(۲) ق.ت
قانون ثبت	(۳) ق.ث
قانون بیمه	(۴) ق.ب
قانون مدنی مصر	(۵) ق.م.م

بخش اول

(مفاهیم ، انواع، مصادیق تعهد در قرارداد عهدهی و اسباب انحلال آن)

لازمه بررسی دقیق در خصوص موضوع هر نوشتار به نحوی که جامع و مانع باشد مستلزم شناخت مفاهیم و قلمرو آن است در همین راستا و با توجه به گستردگی مفهوم قرارداد عهده‌ی و شمول آن نسبت به تمامی قراردادها به منظور تقریر و شناسائی قرارداد عهده‌ی در معنای اخص در فصل اول این بخش نوشتار به بررسی مفهوم قرارداد عهده‌ی و موارد مشابه آن و انواع قرارداد عهده‌ی و مصادیق تعهد در آن و اشاره خواهیم نمود. در فصل دوم به اقسام اسباب انحلال بر حسب تاثیر اراده طرفین در وقوع آنها اشاره خواهیم نمود. تا در نهایت بتوان با شناخت مصادیق تعهد در قرارداد عهده‌ی و تاثیر وقوع اسباب انحلال، در بخش نهایی اثر وقوع انحلال در چنین قراردادهایی را مورد بررسی قرار داد.

فصل اول) مفاهیم و انواع قرارداد عهده و مصادیق تعهد در آن
شناخت قرارداد عهده در معنای اخص مستلزم بررسی دقیق مفهوم آن و قیاس با نهادهای مشابه است تا در نهایت با دستیابی به معیار مشخصی از آن بتوان انواع اینگونه قرارداد و مصادیق تعهدات مندرج در آن را مورد شناسائی قرارداد.

مبحث اول) مفهوم قرارداد عهده

مفهوم قرارداد عهده مفهومی بسیار گسترده است تا جایی که می‌توان گفت تمام قراردادهای منعقد شده میان افراد جامعه از آن جهت که متضمن تعهد به انجام دادن فعلی است به نوعی عهده محسوب می‌شود. اما بر حسب اینکه موضوع توافق چه نوع عملی باشد می‌توان قرارداد عهده را به انواع مختلفی تقسیم نمود. بمنظور بررسی دقیق موضوع و بازشناسی کامل مفهوم قرارداد عهده ابتدا به تعریف این نوع قرارداد از دیدگاه حقوقدانان اشاره و به جهت اینکه برخی نهاد-های اثری مشابه با قرارداد عهده در معنای اخص دارند به نهادهای مشابه و آثار ناشی از آنها خواهیم پرداخت. همچنین در بررسی انواع قرارداد عهده توجه به معیارهایی مانند قالب و ماهیت موضوع قرارداد و اثر و نتیجه تعهد حائز اهمیت است.

گفتار اول) تعریف قرارداد عهده و مقایسه آن با نهادهای مشابه

مفهوم قرارداد عهده در معنای اعم شامل تمامی قراردادهاست اما در این نوشتار مفهومی از قرارداد عهده مد نظر است که اثر مستقیم آن صرفاً ایجاد تعهد بوده و به‌طور مستقیم منشاء اثر تملیکی نباشد این امر مستلزم ارائه تعریفی از مفهوم قرارداد عهده است که در عین جامع بودن مانع اغیار باشد البته در برخی موارد اثر اولیه و قرارداد ایجاد تعهد است ولی اثر نهایی آن اثر تملیکی است که در نتیجه اجرا تعهد حاصل می‌شود این گونه قراردادها در اثر اولیه (ایجاد تعهد) با قرارداد عهده در معنای اخص شباهت دارند با وجود این شباهت، در نهایت اثر آنها تملیکی است.

بند اول) تعریف قرارداد عهده

اصطلاح قرارداد عهده ترکیبی از کلمات قرارداد و تعهد است؛ قرارداد در لغت اتفاق دو یا چند تن در امری یا پیمان، معنا شده^۱ و تعهد به معنای؛ با هم عهد بستن، پیمان بستن، همراه شدن به کاری یا امری آمده است.^۲ در اصطلاح حقوقی قرارداد مترادف با عقد و به معنا ربط قراردی با قرار دیگر یا ارتباط دو قرار معاملی است.^۳ با این تفاوت که در بسیاری موارد کلمه عقد فقط در عقود معینه استعمال می‌شود حال آن که قرارداد به کلیه عقود خواه معینه یا غیر معینه، منعقد

^۱ - معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۵، انتشارات امیر کبیر، چاپ نهم، ۱۳۷۵

^۲ - عمید، حسن، فرهنگ فارسی، انتشارات امیر کبیر، چاپ چهارم، ۱۳۷۴

^۳ - محقق داماد، مصطفی، حقوق قراردادها در فقه اسلامی، جلد ۱، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۸۹

بر اساس ماده ۱۰ ق.م. گفته می‌شود.^۱ در نتیجه رابطه میان آن دو عموم و خصوص مطلق است.^۲

در اصطلاح حقوقی، تعهد «رابطه حقوقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از دیگری انجام دادن امری را بخواهد»^۳ در واقع به جنبه منفی یا مدیونیت^۴ قرارداد، تعهد گویند. البته منشأ ایجاد تعهد می‌تواند عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و یا حکم قانون باشد که بواسطه آنها شخص ملزم به دادن چیزی یا مکلف به انجام فعل یا ترك فعل معین به نفع شخص یا اشخاص معین می‌شود.^۵ در صورتی که تعهد به اراده مدیون بوجود آمده باشد و او به اراده خود تعهد به انجام فعل یا ترك فعل نموده باشد بدان تعهد یا دین گویند و در سایر موارد (غیر قرارداد)، تعهد ایجاد شده را الزام گویند.^۶

در حقوق مصر در تعریف تعهد آمده است: تعهد رابطه‌ای است حقوقی که هدف از آن، حصول منفعت برای شخصی بواسطه التزام متعهد به انجام یا خودداری از انجام عمل عین است.^۷ به نظر می‌رسد این تعریف، مشابه تعریفی است که از واژه تعهد در حقوق ایران ارائه شد. یکی از حقوقدانان مصری در این رابطه بیان می‌نماید: از لفظ تعهد، التزامات ناشی از قرارداد، برداشت می‌شود در حالی که «التزام» اعم از «تعهد» است، زیرا التزام، علاوه بر التزامات ناشی از قرارداد، التزاماتی که از قرارداد ناشی نمی‌شوند (التزامات خارج از قرارداد) را نیز در بر می‌گیرد.^۸

قرارداد در معنای عام مفهوم گسترده‌ای دارد تا بدان جا که در تعریف قرارداد آمده است؛ العقد و العهد^۹ و شامل هر عمل حقوقی می‌شود که با تراضی طرفین تعهدی ایجاد می‌کند.^{۱۰} یکی از حقوقدانان قرارداد عهده را اینگونه تعریف می‌نماید: «قراردادی است که مالی از هیچ يك از دو طرف به طرف دیگر انتقال پیدا نمی‌کند بلکه فقط هر يك از دو طرف در برابر دیگری، یا يك طرف در برابر طرف دیگر انجام یا ترك عملی را بر عهده می‌گیرد.»^{۱۱}

^۱ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۶۸، ص ۶۰

^۲ - افتخاری، جواد، حقوق مدنی ۳ (کلیات عقود و تعهدات)، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۳

^۳ - کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۱، ص ۳۲ و ۳۳

^۴ - امامی، سید حسن، همان منبع، ص ۱۵۹

^۵ - افتخاری، جواد، همان منبع، ص ۱۶

^۶ - کاتوزیان، ناصر، همان منبع، ص ۳

^۷ - السنهوری، عبدالرزاق، الموجز فی النظریة العامة فی القانون المدنی المصری، المقدمة، به نقل از: محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی

شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۷۳

^۸ - السنهوری، عبدالرزاق، الموجز فی النظریة العامة فی القانون المدنی المصری، المقدمة، به نقل از: محقق داماد، مصطفی، همان منبع، ص ۷۳

^۹ و ۳ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۷۲، ش ۳۶۳۰

^{۱۰} - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، انتشارات مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۳، ص ۲۰

^{۱۱} - امامی، سید حسن، همان منبع، ص ۱۷۳

یکی دیگر از حقوقدانان در تعریف قرارداد عهده‌ی بیان می‌نماید: « قرارداد عهده‌ی قراردادی است که ایجاد حق دینی و تعهد برای یک طرف در مقابل طرف دیگر یا برای هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر می‌نماید.»^۱

با توجه به تعاریف یاد شده، معیار تشخیص قرارداد عهده‌ی از سایر قراردادها اثر اولیه و مستقیمی است که از این گونه قرارداد ناشی می‌شود و به موجب آن، صرفاً تعهد برای طرفین قرارداد بوجود می‌آید و حتی اثر اولیه آن ایجاد تعهد باشد در عین حال که اثر نهایی آن انتقال مالکیت باشد.

بند دوم) مقایسه با نهادهای مشابه

همانطور که اشاره شد؛ هر قراردادی موجد تعهد بوده به نوعی که مفهوم قرارداد با مفهوم تعهد همسویی دارد. در ماده ۱۸۳ ق.م نیز در تعریف عقد آمده است: « عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» با وجود این اثر قرارداد محدود به ایجاد تعهد نیست بلکه ممکن است ناظر به تملیک مال، انتقال و سقوط تعهد، ایجاد شخصیت حقوقی و اتحاد و شرکت و دادن اذن باشد در نتیجه قلمرو آن گسترده‌تر از ایجاد تعهد است.^۲ با توجه به این امر ممکن است اثر مستقیم و اولیه قرارداد ایجاد تعهد نباشد بلکه اثر آن صرفاً ناظر به انتقال مالکیت باشد. بنابراین می‌توان قرارداد را از جهت اثر اولیه و مستقیم^۳ آن به دو نوع عهده‌ی و تکمیلی تقسیم نمود.^۴ اگر اثر قرارداد ناظر به انتقال مالکیت و تحقق حق عینی باشد.^۵ قرارداد تملیکی و اگر اثر قرارداد، ناظر به ایجاد تعهد و حق دینی برگردن طرفین باشد^۶ قرارداد عهده‌ی محسوب می‌شود. با این وجود در مواردی تشخیص عهده‌ی یا تملیکی بودن قرارداد به جهت اینکه قرارداد واجد هر دو اثر است به سادگی امکان پذیر نیست. قراردادهایی که به‌طور مستقیم واجد هر دو اثر بوده و به اصطلاح عهده‌ی-تملیکی هستند، مصادیق بسیاری دارند. با توجه به اینکه اینگونه قراردادها از عهده‌ی محسوب می‌شوند به چند نمونه از مصادیق آنها بعنوان نهادهای مشابه قرارداد عهده‌ی اشاره می‌شود.

الف) بیع کلی

۱- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، ص ۱

۲- محقق داماد، مصطفی، همان منبع، ص ۸۹

۳ و ۵- صفایی، سید حسین، همان منبع، ص ۴۱- افتخاری، جواد، همان منبع، ص ۵۷

۴- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (عقود معین) انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص ۴۲ و ۴۳

اثر مستقیم عقد بیع انتقال مالکیت مبیع به خریدار است. بر اساس ماده ۳۵۰ ق.م؛ مبیع در سه حالت عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه قابل تصور است. در صورتی که مبیع یا ثمن عین معین باشد، ملکیت به محض تشکیل عقد به طرفین انتقال می‌یابد و عقد در این حالت تملیکی است.^۱ اما در فرض کلی بودن مبیع (در حکم معین و کلی فی‌الذمه) به جهت معین نبودن مصداق بیرونی آن می‌توان نسبت به تملیکی بودن عقد بیع تردید نمود.

فقط با اشاره به دلایلی مانند؛ مال بودن کلی به لحاظ عرفی، وجود مصادیق آن در خارج، تملیک قابلیت و استعداد مال در این موارد و همچنین حکمی و فرضی قلمداد نمودن تملیک در این فرض، تملیکی بودن بیع کلی را مورد تایید قرار دادند.^۲

علی‌رغم اتفاق نظر حقوقدانان مبنی بر اینکه در زمان تشکیل بیع کلی به جهت معین نبودن مبیع، مالکیت به خریدار انتقال نمی‌یابد.^۳ در خصوص عهده یا تملیکی بودن اثر بیع کلی بین آنها وحدت نظر وجود ندارد. برخی از آنها معتقدند؛ در بیع کلی مشتری مالک چیزی می‌شود که در ذمه و عهده بائع است و همزمان با ایفای تعهد و تعیین فردی از افراد مبیع کلی، تملیک بواسطه عمل قضائی تسلیم مبیع به مشتری حاصل می‌شود.^۴

یکی دیگر از حقوقدانان معتقد است؛ «عقد تملیکی نیز در واقع چهره خاصی از عقد عهده است، جز اینکه دین ناشی از آن به محض ایجاد اجرا هم می‌شود و نیازی به عمل جداگانه‌ای ندارد ولی در حالتی که موضوع دین کلی، یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، طبیعی است که این اجرا صورت نمی‌پذیرد زیرا طرفین خواسته‌اند که مدیون مصداق کلی را معین کند و تا این انتخاب صورت نپذیرد تملیک نیز تحقق نمی‌یابد در نتیجه عقد بیع در این حالت اقتضای تملیک را بوجود آورده و همین که مانع قراردادی یا مادی از بین برود، عقد اثر معهود را در تملیک بجای می‌گذارد بنابراین در تمام موارد سبب تملیک را باید بیع شمرد هر چند شرط تاثیر سبب انتخاب فروشنده باشد به همین اعتبار بیع تملیکی است.»^۵

همانطور که اشاره شد؛ معیار تشخیص عهده یا تملیکی بودن قرارداد، اثر اولیه و مستقیمی آن است. بنابراین صرف اینکه بگوییم عقد بیع سبب تملیک را فراهم می‌آورد و پس از بر طرف شدن موانع، تملیک اثر خواهد گذاشت. به نظر می‌رسد؛ معیار صحیحی در جهت تعیین اثر بیع کلی نباشد. لازمه انتقال مالکیت در بیع کلی، تعیین مصداق مبیع کلی است بنحوی که پیش از آن انتقال مالکیت کامل نیست. در بیع کلی مال معین مورد معامله قرار نمی‌گیرد تا حق مالکیت آن در اثر قرارداد منتقل شود. بلکه پس از اجرا تعهد و تعیین مصداق مبیع کلی از سوی فروشنده اثر بلافصل قرارداد تملیک خواهد بود و تحقق آن منوط به انجام عمل حقوقی دیگری نیست چرا

^۲-سید محمد کاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۱۷، به نقل از کاتوزیان همان منبع، ص ۳۳

^۳- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۴۴۸ - کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، ص ۳۲ - شهیدی، مهدی، همان منبع، ص ۳۷

^۴- امامی، سید حسن، همان منبع، ص ۴۴۸ - شهیدی، مهدی، همان منبع، ص ۳۷

^۵- کاتوزیان، ناصر عقود معین، جلد ۱، ص ۳۵ و ۳۶

که سبب تملیک از پیش مهیا شده است. در نتیجه می‌توان ماهیت اثر قرارداد بیع کلی را عهدی-تملیکی دانست.

ب) سایر نهادهای مشابه

نهادهای حقوقی، مشابه بیع کلی وجود دارند که موضوع معامله در آنها مال موجود نیست بلکه تنها اوصاف و ویژگی آن مشخص است. در عین حال بواسطه این که در بیع کلی افراد و مصادیق مبیع در عالم خارج وجود دارد بر افراد عدیده صدق می‌کند. بایع تنها متعهد به تعیین مصداق و تملیک آن به مشتری است. در نهادهای مورد نظر مصداقی از مورد معامله در عالم خارج وجود ندارد بلکه فروشنده متعهد به ساخت آن بر اساس شرایط مورد توافق و تحویل آن به خریدار می‌شود بنابراین از این جهت با بیع کلی متفاوت هستند. قرارداد سفارش ساخت کالا (استصناع)، پیش فروش آپارتمان و مشارکت در ساخت از این دست قراردادها محسوب می‌شوند. با وجود اینکه قراردادهای فوق به لحاظ ماهیتی از یکدیگر متفاوت هستند اما در همگی آنها مورد معامله حین‌العقد موجود نیست و یک طرف قرارداد متعهد به ساخت و سپس تملیک آن به طرف مقابل است. بمنظور بررسی اثر اینگونه قراردادها، تعریف و مفهوم هر یک مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱) در قرارداد سفارش ساخت کالا؛ حین عقد کالایی موجود نیست و با انعقاد قرارداد بین سازنده و سفارش دهنده، سازنده متعهد می‌شود کالایی مورد نظر را مطابق با شرایط و اوصاف تعیین شده در مقابل پرداخت مبلغ معلوم بسازد و در موعد مقرر به سفارش دهنده تحویل دهد.^۱ در اصطلاح چنین قراردادی را قرارداد استصناع گویند.

۲) هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود.^۲

۳) مشارکت در ساخت و ساز؛ قراردادی که بین مالک زمین و شخص دیگر منعقد می‌شود تا در ازاء ساخت ساختمان در زمین در آنچه ساخته شده شریک گردد. زمین آورده صاحب زمین و سرمایه جهت احداث آورده شریک محسوب می‌شود.^۳

قراردادها یاد شده واجد همه شرایط اساسی صحت معاملات به غیر از معین و موجود بودن موضوع قرارداد هستند. برخی معتقدند مورد معامله در اینگونه قراردادها همان چیزی است که ساخته می‌شود و در اصطلاح بدان معقود علیه گویند.^۱

۱- منصوری، سعید، ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران، انتشارات میزان، چ اول، ۱۳۸۹، ص ۳۸

۲- ماده یک، قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۱/۲۲

۳- ذاکری، حانیه، قراردادهای مشارکت در ساخت، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵