

## بررسی کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از منظر تحلیل تاریخی، اقتصادی و فلسفی حقوق اسلامی

علی انصاری<sup>۱</sup>، احد شاهی دامن جانی<sup>۲</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۵/۲/۶ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۶/۹/۲۵)

### چکیده

مطابق نظریه مشهور فقیهان امامیه، انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد تقدم دارد و چنانچه اجبار متعهد به اجرای تعهدش، به دلیل لزوم تخصص او در انجام آن، ممکن نباشد، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کند و قانون مدنی ایران نیز در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ و ۴۷۶ از این نظریه پیروی کرده است. مقاله حاضر براساس تحلیل تاریخی، اقتصادی و فلسفی حقوق اسلامی بررسی و ثابت می‌کند که الزام متعهد به انجام عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد در فقه امامیه، کارآیی لازم را ندارد و از توجیه فقهی - حقوقی قابل قبولی برخوردار نیست و مبتنی بر مصلحت‌اندیشی اقتصادی و فلسفی فقیهان است تا حکم صریح اخبار. به عنوان یافته‌های مقاله پیش‌رو، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود، در بحث نقض تعهدات قراردادی، مجموعه‌ای از ضمانت‌اجراهایی را پیش‌بینی کند که تمام آن‌ها در عرض یکدیگر قابل اعمال باشند و متعهدله، در صورت نقض تعهد، ضمانت‌اجراهایی را برگزیند که مصلحت او را به طور مطلوب تأمین می‌کند و در نتیجه مخارج و هزینه‌های این‌گونه نقض به جامعه تحمیل نمی‌شود و تبعات آن، در درون قرارداد، توسط طرفین آن، مدیریت می‌شود.

**واژگان کلیدی:** انجام عین تعهد، تعهدات قراردادی، فسخ قرارداد، ملاحظات اقتصادی.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه خوارزمی تهران؛ Email: Ali.ansari1975@yahoo.fr

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران؛ (نویسنده مسئول)

Email: Ahadshahi@yahoo.com

### مقدمه

در فقه امامیه، در فرض نقض تعهد، الزام به انجام تعهد بر فسخ قرارداد تقدم طولی دارد و در صورتی که اجبار متعهد به اجرای تعهدش، به دلیل لزوم تخصص او در انجام آن، ممکن نباشد و به همین دلیل نتوان آن را به وسیله شخص ثالث اجرا کرد، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کند. بنابراین، «فسخ ابتدایی قرارداد» با وجود امکان اجبار متعهد به اجرای تعهد، مانند خیار تأخیر ثمن، خلاف قاعده کلی «فسخ متعاقب تعذر الزام به اجرای عین تعهد» است و نیاز به تصریح شارع دارد و نباید آن را به موارد مشکوک گسترش داد.

با توجه به آنچه گفته شد، پرسش مقاله کنونی این است که تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از نظر تحلیل تاریخی، اقتصادی و فلسفی حقوق اسلامی کارآیی دارد یا خیر؟ در پاسخ به پرسش یادشده، فرضیه نگارندگان این است که تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از نظر تحلیل تاریخی، اقتصادی و فلسفی حقوق اسلامی قابل توجیه نیست و کارآیی لازم را ندارد.

بنابراین، این موضوع در سه مبحث جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد: در مبحث نخست، از تحلیل تاریخی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد در فقه امامیه سخن گفته می‌شود؛ در مبحث دوم تحلیل اقتصادی و در مبحث سوم تحلیل فلسفی تقدم یادشده مطرح می‌شود.

### بخش اول) تحلیل تاریخی

حقوق دانان، با وحدت ملاک از مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی اعتقاد دارند که، در تعهدات اصلی مانند تعهدات فرعی، قاعده کلی بر الزام متعهد به انجام تعهد است و متعهدله در صورتی می‌تواند قرارداد را فسخ کند که اجبار متعهد ممکن نباشد و اجرای تعهد نیز، به دلیل شرط تخصص او در انجام آن، به وسیله دیگری مقدور نیست [۲۳، ج ۳، ص ۴۵؛ هم‌چنین در این باره نک: ۵۶، ص ۴۹۵-۵۲۵]. پس، از آنجایی که مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی به طور کامل از فقه امامیه اقتباس شده‌اند، باید برای تحلیل تاریخی بحث الزام به انجام تعهد قراردادی به عقاید فقهای امامیه، در زمینه اجبار به انجام تعهد ناشی از شرط فعل و چگونگی ورود نظرات آن‌ها در این باره به قانون مدنی، مراجعه کرد. به نظر می‌رسد، برای سهولت مطالعه جنبه تاریخی الزام به انجام عین تعهد ناشی از

شرط و چگونگی ورود عقاید آن‌ها در این باره به نظام حقوقی ایران، می‌توان ادوار فقه امامیه را، در بحث حاضر، به سه دوره زمانی متفاوت تقسیم کرد که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

### الف) تا قرن چهارم هجری قمری

از نظر تاریخی تا سده چهارم هجری قمری، فقه امامیه شکل و حالت ذکر محض روایات را داشت؛ به طوری که این دوره را «عصر محدثان» نامیده‌اند [۴۳، ص ۱۲۴]. اصولاً فقیهان اسلامی «عصر محدثان»، در قالب فتاوی عاری از استدلال و مناقشه، تنها به بیان روایاتی که دلالت بر لزوم وفای بر تعهد ناشی از شرط داشتند، بسنده نمودند [۳۹، ج ۳، ص ۲۰۲؛ ۴۱، ج ۵، ص ۱۶۹].

در نیمه دوم سده سوم و قسمت عمده سده چهارم، ابن ابی عقیل عمانی و ابن جنید اسکافی، با بنیان نهادن فقه تفریعی، راه را برای ورود استدلال به فقه امامیه و رها ساختن آن از حالت روایی محض هموار ساختند که به تعبیر برخی استادان، دوره بالا را می‌توان «عصر آغار اجتهاد» نیز به شمار آورد [۴۳، ص ۱۳۶]. با این همه، در زمان فقیهان یادشده هم مقوله اجرای اجباری عین تعهد ناشی از شرط مطرح نشد؛ چرا که با مطالعه کتاب‌های «مجموعه فتاوی ابن جنید» و «حیاه ابن ابی عقیل و فقهه» می‌توان این مطلب را به خوبی استنباط کرد که آن‌ها فتوا یا حکمی در مورد الزام به انجام تعهد ناشی از شرط ندادند [۲۰، ص ۴۶۲؛ ۴۶، ص ۱۵۸]. افزون بر این‌ها، با بررسی کتاب‌های «المقنعه» و «الانتصار»، می‌توان برداشت نمود، نویسندگان آن‌ها نیز اشاره‌ای به الزام به اجرای عین تعهد و اولویت و رجحان آن بر فسخ قرارداد اصلی نداشتند [۲۴، ص ۶۰۸؛ ۳۷، ص ۴۳۴-۴۳۵].

بنابراین، در فقه امامیه تا قرن چهارم هجری، فقهای اسلام به نظریه‌پردازی در خصوص الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط فعل و اولویت و رجحان آن، به‌عنوان ضمانت اجرای منتخب بر فسخ قرارداد اصلی نپرداخته‌اند و همین خصیصه موجب جدایی دوره حاضر از دو دوره دیگر می‌شود.

### ب) از قرن پنجم تا سیزدهم هجری قمری

تا این‌که در قرن پنجم هجری قمری، شیخ طوسی، در کتاب «المبسوط فی فقه الامامیه»،

مقرر داشتند؛ در خصوص تخلف از تعهد ناشی از شرط فعل می‌توان دو نظریه ارائه کرد: نظریه اول) اجبار مشروط‌علیه به اجرای عین تعهد؛ نظریه دوم) عدم امکان اجبار مشروط‌علیه به اجرای عین تعهد و حق بایع در فسخ قرارداد اصلی. البته از دیدگاه شیخ طوسی، نظریه دوم قوی‌تر به شمار می‌آید [۲۹، ج ۲، ص ۱۵۱]. باید افزود که ایشان در تألیف دیگر خود تحت عنوان «النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی»، در زمینه نقض تعهد ناشی از شرط فعل معتقدند، بر مشروط‌علیه لازم است که به چنین تعهدی وفا کند، و در صورت عدم وفای به آن، بایع حق فسخ قرارداد اصلی را خواهد داشت. همان‌طور که از مطلب یادشده قابل برداشت است، شیخ طوسی، در کتاب اخیر به اجبار مشروط‌علیه به انجام عین تعهد ناشی از شرط فعل به وسیله حاکم اشاره‌ای نکرده‌اند [۳۰، ص ۳۸۵-۳۸۶].

به هر تقدیر، در قرن ششم هجری قمری ابن‌زهره حلبی در کتاب «غنیة النزوع فی علمی‌الاصول والفروع» و ابن‌ادریس حلی در کتاب «السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی»، بر اجبار مشروط‌علیه به انجام تعهد ناشی از شرط به عنوان ضمانت اجرای برگزیده در فقه امامیه ادعای اجماع نمودند [۱۳، ص ۲۱۵؛ ۱۴، ج ۲، ص ۲۴۵]. به نظر می‌رسد، فقهای مورد اشاره بدون تحلیل دقیقی رجحان و اولویت اصلی را به الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط دادند.

تا این‌که در قرن هفتم هجری قمری، محقق حلی در کتاب «شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»، علی‌رغم ادعای اجماع بالا، این نظر را پذیرفتند که مشروط‌له می‌تواند قرارداد اصلی را فسخ کند و اجبار به انجام عین تعهد ناشی از شرط فعل را ذات و جوهر چنین تعهدی ندانند [۱۰، ج ۱، ص ۲۹۹؛ ۱۸، ج ۲، ص ۲۸]. وانگهی، در همین قرن نیز، علامه حلی در رساله‌های خویش، در خصوص ضمانت اجرای نقض تعهد ناشی از شرط فعل، نظریات مختلفی را اعلام نمودند. ایشان، در کتاب «تذکره الفقهاء»، در بحث عوضین، جلد دهم، صفحات ۲۶۳ و ۲۶۸، نظریه تخییر مشروط‌له را در الزام مشروط‌علیه به انجام عین تعهد ناشی از شرط و فسخ قرارداد اصلی قبول کردند [۱۶]؛ همان‌گونه که از ظاهر کلام علامه حلی در کتاب «ارشاد الأذهان الی أحكام الإیمان»، در بحث عوضین، جلد اول، ص ۳۶۱ چنین نظریه‌ای قابل برداشت است [۱۵؛ ۳۳، ج ۴، ص ۴۲۰].

جالب این است که از ظاهر کلام علامه حلی در دو کتاب یادشده نیز نظریه تخییر مشروط‌له در الزام مشروط‌علیه به انجام عین تعهد ناشی از شرط و فسخ قرارداد اصلی برداشت می‌شود. با این وصف، ایشان در کتاب «تذکره الفقهاء»، (در بحث عوضین، جلد

دهم، صفحه‌های ۲۶۳ و ۲۶۸)، الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط را نیز ضمانت اجرای مرجح و اصلی دانستند و تنها در فرضی حق فسخ قرارداد اصلی را برای مشروط‌له قائل شدند که اجبار مشروط‌علیه به انجام تعهد مزبور متعذر باشد [۱۶].

تا این‌که در سده هشتم هجری قمری، شهید اول در کتاب «اللمعه‌الدمشقیه فی فقه الامامیه»، صفحه ۱۲۰، نظریه خاصی را در زمینه ضمانت اجرای تعهد ناشی از شرط فعل، بیان کردند. در واقع، به موجب نظریه ایشان، وفای به تعهد ناشی از شرط بر مشروط‌علیه واجب نیست و فایده ذکر چنین شرطی در قراردادها، این است که وضعیت آن‌ها را، که لازم به شمار می‌آیند، در معرض تزلزل و فسخ قرار می‌دهد [۳۶]. با وجود این، شهید ثانی در کتاب «الروضه‌البهیة فی شرح اللمعه‌الدمشقیه»، (جلد سوم، صفحه ۵۰۷-۵۰۸)، بر نظریه بالا اشکال‌هایی را وارد ساختند [۳۵].

به هر حال، براساس عبارات شهید ثانی در کتاب «مسالک‌الافهام إلی تنقیح شرائع‌الاسلام»، (جلد سوم، صفحه ۲۷۴) می‌توان گفت: در زمینه ضمانت اجرای نقض تعهد ناشی از شرط فعل دو نظریه وجود دارد: نظریه اول (ثبوت خیار برای مشروط‌له به صرف امتناع مشروط‌علیه از انجام تعهد یادشده و لو این‌که اجبار او به وفای تعهد ممکن باشد؛ نظریه دوم) ضمانت اجرای الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط، به‌عنوان ضمانت اجرای اصلی و برگزیده، و امکان فسخ قرارداد اصلی در فرض تعذر مشروط‌علیه به انجام تعهد. البته از دیدگاه وی نظریه دوم، نظریه قوی و با اصول و موازین فقه امامیه هم سازگار است [۳۴؛ هم‌چنین در این باره نک: ۴۴، ج ۲، ص ۹۴۰-۹۴۲].

بنابراین، از قرن پنجم تا سیزدهم هجری قمری در فقه امامیه، فقها به بررسی و تحلیل ضمانت‌اجراهای نقض تعهد ناشی از شرط فعل پرداخته‌اند و زمینه را برای پذیرش همگانی الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط مذکور را در دوره سوم، یعنی از قرن سیزدهم هجری قمری تا حال حاضر، فراهم ساختند.

### ج) از قرن سیزدهم هجری قمری تا حال حاضر

نقطه گذار از حقوق اسلام به حقوق ایران، در قرن سیزدهم هجری قمری محمدحسن نجفی، با تألیف کتاب «جواهرالکلام فی شرح شرائع‌الاسلام»، (جلد ۲۳، صفحه ۲۱۸) و نیز مرتضی انصاری، با تدوین کتاب «المکاسب»، (ج ۶، صفحه ۶۲-۶۶) بودند که الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط فعل را جوهر و ذات تعهد ناشی از شرط دانستند و

ضمانت اجرای نقض چنین تعهدی را تقویت نمودند و نظمی از ضمانت اجراها و آیین‌های جبرانی به وجود آوردند که اجرای اجباری تعهد را جایز می‌دانست و در آن فسخ ابتدایی قرارداد علی‌رغم امکان الزام مشروطاً علیه به اجرای تعهد جایگاهی نداشت [۴۲، ج ۶، ص ۶۶-۶۳؛ ۵۳، ج ۲۳، ص ۲۱۸؛ هم‌چنین در این خصوص نک: ۱۹، ج ۱، ص ۱۹۶-۲۱۷]. بنابراین، با توجه به اتکای نویسندگان قانون مدنی ایران به آثار و تألیفات فقیهان دوره یادشده، به ویژه در حوزه ضمانت اجراهای نقض تعهدات قراردادی [۷، ص ۴۷]، بیهوده نیست که چنین نظریه‌ای هم در نظام حقوقی ما مبنای قانونی یافت و به خود شکل و حالت قانونی گرفت.

چنان‌که استقراء در کتاب‌های معتبر فقهی یادشده به خوبی نشان می‌دهد که الزام به انجام تعهد ناشی از شرط و تقدم آن بر فسخ قرارداد اصلی، به مصلحت‌اندیشی اقتصادی و فلسفی فقیهان اتکاء دارد تا حکم صریح اخبار و نمی‌توان برای توجیه این دیدگاه روایتی از شارع مقدس به‌دست داد و بنابراین، از تحلیل تاریخی منطقی و قابل قبولی برخوردار نیست.

### بخش دوم) تحلیل اقتصادی

بحث ضمانت اجراهای نقض تعهدات قراردادی شعبه مستقلی از رشته فقه و حقوق موضوعه است، ولی برای درک کامل مباحث آن، از جمله الزام به انجام عین تعهدات یادشده، باید رشته‌های دیگر، مانند تحلیل اقتصادی حقوق نیز، مورد بررسی قرار گیرد [57, p 24].

در واقع، در نظام حقوقی ایران به تبعیت از فقه امامیه، خواه در خصوص تعهدات اصلی با وحدت ملاک از ماده ۴۷۶ قانون مدنی در باب اجاره و خواه در مورد تعهدات ناشی از شرط به موجب مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در فرض نقض این‌گونه تعهدات، برحسب مورد متعهدله یا مشروطله باید الزام متعهد یا مشروط‌علیه را به اجرای عین تعهد از دادگاه بخواهد و فسخ قرارداد «بد ضروری» به شمار می‌آید و باید به عنوان آخرین راه‌حل در بحث نقض تعهدات قراردادی استفاده شود. هم‌چنین، فسخ ابتدایی قرارداد علی‌رغم امکان اجبار متعهد به اجرای تعهد در حقوق ما، مانند خیار تأخیر ثمن (ماده ۴۰۲ قانون مدنی)، جنبه استثنایی دارد و نیازمند به تصریح قانون‌گذار است و قاعده کلی در این خصوص همان است که گفته شد [۲، ج ۱، ص ۴۸۵؛ ۲۲، ص ۱۴۷-۱۴۸].

با این همه، مطالعه خصائص ضمانت‌اجراهای کارا در باب نقض تعهدات قراردادی از نظر تحلیل اقتصادی، ناکارآیی «الزام به انجام عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد» را اثبات می‌کند.

### الف) مخالفت با چینه‌بندی کارآمد ضمانت‌اجراها

از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، مخارج و هزینه‌های ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، باید درونی‌سازی شوند [55, p 225]. به نظر می‌رسد، قانون‌گذار در زمینه نحوه تدارک ضرر ناشی از چنین نقضی و چگونگی مهندسی و معماری ضمانت‌اجراهای یادشده، می‌تواند به دو صورت عمل کند:

#### ۱. دیدگاه برون‌گرایانه به ضمانت‌اجراها

بر این مبنا، قانون‌گذار، بدون توجه به ویژگی‌های خاص هر تعهد، قاعده‌ای نوعی در این باره، یعنی ضمانت‌اجرای خودداری از انجام تعهد، پیش‌بینی می‌کند. برای مثال، براساس نظریه مشهور فقیهان و حقوق‌دانان، در صورت نقض تعهد ناشی از شرط فعل، مشروط‌له باید در ابتدا اجبار مشروط‌علیه را، به انجام تعهد مذکور، از دادگاه بخواهد و دادگاه، به موجب چنین درخواستی، او را الزام نماید و در حالت تعذر اجبار مشروط‌علیه، مشروط‌له می‌تواند قرارداد اصلی را فسخ کند [۲۳، ج ۳، ص ۴۵-۴۷؛ ۲۸، ج ۲، ص ۱۲۵؛ ۴۰، ج ۳، ص ۲۰۶-۲۰۷].

با توجه به آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که فقیهان، در بحث ضمانت‌اجرای نقض تعهدات قراردادی دیدگاه برون‌گرایانه‌ای دارند. به نظر می‌رسد، از جمله معایب دیدگاه برون‌گرایانه، این است که اجرای عین تعهد ناشی از شرط نیازمند تشکیلات قضایی و اداری پیچیده و هزینه‌بری است که در راهکار فسخ ابتدایی قرارداد از طرف متعهد‌له با وجود امکان اجبار متعهد به اجرای تعهد پیش نمی‌آید [62, p 143]. زیرا در این راهکار، مشروط‌له می‌تواند از همان ابتدا قرارداد اصلی را فسخ کند و الزامی ندارد که اجبار مشروط‌علیه را به انجام تعهد از دادگاه بخواهد. بنابراین، اجرای راهکار فسخ ابتدایی قرارداد محتاج تشکیلات قضایی و اداری پیچیده و هزینه‌بر نیست.

#### ۲. دیدگاه درون‌گرایانه به ضمانت‌اجراها

در این دیدگاه، قانون‌گذار هزینه‌های ناشی از نقض تعهدات ناشی از قرارداد را

درونی‌سازی می‌کند و برای هر قسم از تعهدات بحث حاضر، با توجه به ویژگی‌های خاص هر تعهد، قاعده شخصی‌ای را اعلام می‌کند، که اصطلاحاً به آن «درونی‌سازی ضمانت اجراها» گفته می‌شود. پس، لازمه داشتن نگاه درونی به ضمانت‌اجراهای راجع به نقض تعهدات، آزادی عمل در انتخاب ضمانت‌اجراها به وسیله متعهدله است. [71, p 375]

بنا به چنین ملاحظاتی، صورت دوم (دیدگاه درون‌گرایانه به ضمانت‌اجراها) منطقی به نظر می‌رسد. زیرا چنین دیدگاهی موجب می‌شود تا هزینه‌های ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی به جامعه تحمیل نگردد و متعهدله، به دلیل آزادی عمل در انتخاب ضمانت‌اجراها، از همان ابتدا ضمانت‌اجرایی را برگزیند که مصلحت او را به خوبی تأمین می‌کند؛ چراکه به واسطه شناسایی ضمانت‌اجراهای مختلف در بحث فعلی به وسیله قانون‌گذار، که تمام آن‌ها در عرض یکدیگر قابل اعمال است، موجبی برای اجباری بودن طرح دعوی الزام متعهد به اجرای عین تعهد در ابتدا وجود نخواهد داشت.

با وجود این، فقیهان امامیه به صورت دوم و نگاه درون‌گرایانه به ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قرارداد توجه نکرده‌اند. زیرا آن‌ها به طور نوعی قاعده تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد را پذیرفته‌اند.

### ب) مخالفت با اجرای تعهدات به صورت کارآمد

مطابق تحلیل اقتصادی حقوق، ضمانت‌اجرای نقض تعهدات قراردادی باید به گونه‌ای باشند که منجر به اجرای مطلوب و کارآمد آن‌ها شوند. به دیگر سخن، ضمانت‌اجراهای یادشده، باید انگیزه متعهد را در اجرای تعهدات ناشی از قرارداد افزایش دهند؛ نه این که موجب دلگرمی او در خودداری از انجام چنین تعهداتی گردند [59, p 32-33] و در صورتی این اهداف قابل تحقق است که متعهد، تعهد ناشی از قرارداد را، به نحو مطلوب و کارآمد، اجرا کند.

به دیگر سخن، چنانچه نهادها و قواعد حقوقی ناظر به بحث حاضر به گونه‌ای پیش‌بینی شده باشند که منجر به اجرای تعهدات ناشی از قرارداد به نحو مطلوب و کارآمد نشوند؛ فاقد کارایی اقتصادی هستند بدین توضیح که، متعهدله در برابر نقض تعهد، ابتدا گزینه اجبار متعهد به اجرای تعهدش و متعاقباً تعذر الزام چنین شخصی به اجرای تعهد، حق فسخ قرارداد را داشته باشد و نه گزینه‌های دیگری مانند فسخ ابتدایی قرارداد؛ در چنین حالتی، نهادها و قواعد حقوقی یا گزینه‌های بالا، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق توجیه‌ای ندارند.



### ج) مخالفت با اعتماد کارآمد در اجرای تعهدات

ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، باید به‌گونه‌ای پیش‌بینی شده باشند که اعتماد مطلوب و کارآمد متعهدله را در قبول آن‌ها فراهم کنند؛ یعنی چنین شخصی بتواند با آسایش خاطر و اعتماد به نفس لازم، اقدام مقتضی را در جهت تحکیم مبانی امنیت و ثبات قرارداد انجام دهد و بدون نگرانی از خودداری متعهد از اجرای تعهدش، تعهد یادشده در قرارداد را، که به نوعی برعهده او است، به موقع اجرا گذارد. [74, 194] به بیان دیگر، ضمانت‌اجرای تعهدات قراردادی باید به‌گونه‌ای پیش‌بینی گردیده باشند که طرفین قرارداد بتوانند آن‌ها را، به نحو مطلوب و کارآمد، مدیریت نمایند و با لحاظ اقسام خاص تعهدات، یعنی تعهد به انتقال یا تعهد به فعل یا تعهد به ترک فعل، اقدام مقتضی را در حصول اطمینان مبنی بر انجام تعهد به‌وسیله متعهد صورت دهند.

### بخش سوم) تحلیل فلسفی

بی‌گمان، از نظر مبنای فلسفی، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد، پیش‌فرض‌هایی دارد که از دید کنش‌گران حقوقی، برای مثال دادرسان، وکلای دادگستری، مشاوران حقوقی و مانند این‌ها، بی‌چون و چرا است. بنابراین، آن‌ها تنها به اجرای قاعده حقوقی مربوط به آن - الزام به انجام عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد اصلی - می‌پردازند؛ فلسفه حقوق پیش‌فرض‌های مربوط به چنین قاعده حقوقی را کشف و بررسی می‌کند. [65, 13; 69, 19; 73, 92]

در واقع، پیش‌فرض حقوق‌دانان و فقیهان، در خصوص الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط و تقدم آن بر فسخ قرارداد اصلی، این است که حکم تکلیفی محض در وجوب وفای به شرط و لزوم انجام این تعهد از لحاظ شرعی یا ثبوت حق الزام یا ملکیت برای مشروط‌له موجب می‌شود تا در صورت نقض تعهد ناشی از شرط، او بتواند اجبار مشروط‌علیه به انجام تعهد یادشده را از دادگاه بخواهد و مشروط‌له، در فرض تعذر الزام مشروط‌علیه، می‌تواند قرارداد اصلی را فسخ کند [۶، ج ۱۹، ص ۶۹-۷۰؛ ۸، ج ۲۰، ص ۳۳-۳۴؛ ۳، ص ۵۰۷-۵۰۸؛ ۵۲، ج ۱، ص ۴۹۴؛ ۵۴، ج ۱، ۴۹۴].

فیلسوف حقوق پیش‌فرض‌های مورد اشاره را روشن می‌سازد و به بحث از این مسأله می‌پردازد که آیا تقدم الزام متعهد به انجام تعهدش بر فسخ قرارداد منصفانه و عادلانه است؟ آیا چنین تقدمی به ضرر متعهدله نیست؟ بنابراین، کار فیلسوف حقوق، به سهم

خود، این است که بررسی کند آیا مفروض‌های قانون در خصوص الزام به انجام تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد، عدالت را تأمین می‌نماید؟ جایگاه انصاف و توجه به منافع متعهدله و حتی متعهد در این باره تا چه میزان است؟ بنابراین، گزاره حقوقی‌ای که اعلام می‌نماید: «الزام به انجام عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد، با عدالت سازگار نیست و باید اصلاح شود»، یک گفته «باید محور» است و حکمی دستوری و هنجاربنیاد را به قانون‌گذار تحمیل می‌کند [2, 61].

همان‌طور که بارها اشاره شد، مطابق نظریه مشهور حقوق‌دانان، با وحدت ملاک از مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، در تعهدات اصلی هم مانند تعهدات فرعی، قاعده عمومی بر الزام متعهد به انجام تعهد است. پس، در تحلیل فلسفی بحث الزام به انجام تعهد قراردادی، باید به عقاید فقهای اسلام، در زمینه اجبار به انجام تعهد ناشی از شرط فعل، مراجعه کرد.

#### الف) پیش‌فرض شرع مذهبی گرایانه

مطابق اعتقاد مشهور فقیهان، وفای به شرط، یک تکلیف شرعی است: در واقع، وجوب وفای به تعهد ناشی از شرط، یعنی تکلیف شرعی، براساس ظاهر روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم» [۳۱، ج ۳، ص ۲۳۲] و علوی «مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ، فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ حَلَّلَ حَرَامًا» می‌باشد. وانگهی، عموم وجوب وفای به عقد شامل انجام تعهد ناشی از شرط هم می‌شود؛ چرا که شرط مانند عوضین، رکنی از عقد به شمار می‌آید [۱، ج ۵، ص ۱۸۳-۱۸۶؛ ۱۱، ج ۱۴، ص ۲۹۹-۲۹۸؛ ۲۵، ج ۲، ص ۸۰؛ ۴۲، ج ۶، ص ۶۲؛ ۲۷، ج ۴، ص ۳۹۸؛ ۴۵، ص ۲۹].

با وجود این، برخی از حقوق‌دانان اسلامی، در این خصوص اعتقاد دارند که، آنچه موجب نفوذ آثار مترتب بر شرط می‌شود، حکم تکلیفی محض است و برای مشروط‌له از بابت عدم انجام تعهد ناشی از شرط، خیار ثابت می‌شود. بنابراین، وجوب وفای به چنین تعهدی، از ادله‌ای مانند «المؤمنون عند شروطهم» قابل برداشت نیست [۴۸، ص ۱۰۰۳؛ ۵۱، ج ۳، ص ۴۶۶].

با توجه به آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که مبنای الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط، نظریه تکلیفی محض است. زیرا پیش‌فرض یادشده دیدگاه مذهبی و وحیانی به تعهد ناشی از شرط دارد و از مبنای فلسفی خاصی ناشی می‌شود. به دیگر سخن، بعضی از فقیهان امامیه در خصوص مسائل مربوط به ضمانت‌اجرای خودداری از انجام شرط،

دنباله‌رو کتاب و سنت هستند و برای هنجارهای اجتماعی یا عرف و بنای عقلاء، در بحث فعلی، جایگاهی قائل نیستند. برای مثال، پاره‌ای از فقیهان، درباره فسخ قرارداد اصلی با وجود امکان اجبار مشروطاً علیه به انجام عین تعهد ناشی از شرط، گفته‌اند: «هیچ مستند قرآنی یا روایی نمی‌توان برای این موضوع یافت» [۴۲، ج ۶، ص ۷۱-۷۲]. این گروه از فقهای اسلامی را می‌توان «فقیهان نص‌محور» دانست. زیرا، اینان در بحث حاضر تابع ادله نقلی مربوط به ضمانت اجرای امتناع از انجام تعهد ناشی شرط هستند.

با این همه، پیش‌فرض مذهبی‌گرایانه قابل قبول نیست. زیرا این پیش‌فرض نسبت به تعهد ناشی از شرط دیدگاهی وحیانی و الهی دارد و در بحث فعلی جایگاهی برای هنجارهای اجتماعی یا عرف و بنای عقلاء قائل نیست و نیز با قاعده ملازمه «کلّ ما حکم به‌العقل حکم به‌الشرع و کلّ ما حکم به‌الشرع حکم به‌العقل» سازگاری ندارد: در واقع، وقتی عقلای عالم با عقل خود جواز فسخ ابتدایی قرارداد را درک کردند قهراً شارع که خود رئیس عقلاست، این حکم را خواهد داد؛ همان‌گونه که برخی از فقیهان مبنای جواز مزبور را در بحث فعلی «بنای عقلاء» دانسته‌اند [۴۹، ج ۵، ص ۳۲۸].

با وجود این، در پیش‌فرض مذهبی‌گرایانه چنین بنایی مورد توجه قرار نگرفته است. افزون بر این، در پیش‌فرض یادشده نظام حقوقی به‌سان جامعه‌ای که بحث حاضر باید متناسب با نیازها و قد و قامت هر جامعه دوخته شود تا بر اندام جامعه راست آید توجهی نگردیده است و عملاً با پیش‌فرض مورد اشاره و لزوم یافتن مبنای روایی برای جواز فسخ ابتدایی، جامعه را مؤخر از نظام حقوقی فرض کرده‌اند؛ در صورتی که جامعه و نیاز آن به چنین فسخی، پیش از آن که نظام حقوقی پدید آید، وجود داشته و عقلای عالم نیز کاملاً آن پذیرفته‌اند. خلاصه این‌که، در اغلب نظام‌های حقوقی دنیا الزام به انجام این تعهد مبنای عقلایی و نه مذهبی دارد و آن وسیله‌ای برای افزایش ثروت و توزیع عادلانه آن بین اعضای جامعه است [66, p 145].

### ب) پیش‌فرض اخلاق‌گرایانه

پاره‌ای از فقیهان اسلامی، با تکیه بر مفهوم اخلاق، خودداری از انجام تعهد ناشی از شرط را نادرست می‌دانند. آن‌ها بر این امر تأکید می‌کنند که تعهد مذکور باید مورد احترام قرار گیرد و ادله روایی مربوط به انجام تعهد ناشی از شرط، باید حمل بر استحباب و نه وجوب وفای این تعهد گردند [۴، ج ۲، ص ۶۶-۶۷]. بنابراین می‌توان

گفت: لحن ادله روایی یادشده به گونه اخباری است؛ نه انشایی و قانون‌گذار در آن‌ها در مقام انشاء و تشریح نیست و مطابق حکم اخلاق، وفای مؤمن به عهدش را مستحب می‌داند [۴، ج ۲، ص ۶۷].

با وجود این، پیش‌فرض اخلاق‌گرایانه نیز قابل دفاع نیست. زیرا وقتی که قانون‌گذار مقرره‌ای را پیش‌بینی می‌نماید، اصل بر این است که مقرره‌ای حقوقی و نه اخلاقی را اعلام می‌کند که دارای ضمانت‌اجرای حقوقی است و نه این که تنها به وضع یک قاعده اخلاقی می‌پردازد که ماهیت ضمانت‌اجراهای آن متفاوت از ضمانت‌اجراهای حقوقی است. بنابراین، برای چشم‌پوشی از قاعده کلی پیش‌بینی شده در حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، باید قرینه‌ای وجود داشته باشد؛ در حالی که در پیش‌فرض فعلی قرینه قابل قبولی، در این خصوص، ارائه نشده است. بنابراین، پیش‌فرض مذهبی‌گرایانه پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد.

### ج) پیش‌فرض ملک‌گرایانه

به موجب این پیش‌فرض، مبنای الزام به انجام تعهد ناشی از شرط «قاعده مالکیت» است. در واقع، شرط ملک مشروطه به حساب می‌آید و او می‌تواند اجرای مملوک خود را از دادگاه تقاضا کند [۳۸، ج ۲، ص ۱۳۴؛ بعلاوه در این خصوص نک: ۳، ص ۵۳۷-۵۳۸]. به بیان اصولی، تکلیف وجوبیه انجام تعهد ناشی از شرط، از ملکیت مشروطه نسبت به شرط و استحقاق او در مطالبه آن، انتزاع می‌یابد. بنابراین، از نظر مبنای فلسفی، در پیش‌فرض ملک‌گرایانه محض، نسبت به تعهد ناشی از شرط، دخالت مذهب در این زمینه بسیار محدود است و نمی‌تواند در مورد مبنای الزام به انجام عین تعهد ناشی از شرط، راهکاری ارائه دهد؛ بلکه مبنای الزام آن، مالکیت مشروطه نسبت به تعهد یادشده است.

بیهوده نیست که در پیش‌فرض ملک‌گرایانه گفته‌اند: وجوب وفای به عین تعهد ناشی از شرط، به عنوان حکم تکلیفی، منتزَع از ملکیت مشروطه نسبت به شرط و استحقاق او در مطالبه آن، به عنوان حکم وضعی، است [۳۸، ج ۲، ص ۱۳۱]؛ از جمله آثار چنین انتزاعی، محدودیت دخالت مذهب یا قانون در بحث فعلی است. پس، مذهب یا قانون وقتی می‌تواند در این باره حکمی داشته باشد که بخواهد از طرف ضعیف قراردادها حمایت کند یا اجرای تعهد ناشی از شرط با نظم عمومی مغایرت داشته باشد.

با این وصف، پیش‌فرض بالا خالی از اشکال نیست: در واقع، مسأله‌ای که در این جا قابل طرح است این است که هرگاه مشروط‌علیه، پیش از اجرای شرط، فوت کند، اجرای شرط چه وضعیتی پیدا می‌کند. زیرا همان‌طور که گفته شد، شرط ملک مشروط‌له به شمار می‌آید و لازمه این سخن، آن است که در مسأله طرح‌شده شرط، عین تعهد ناشی از شرط از محل ترکه مشروط‌علیه انجام شود. البته بحث حاضر ناظر به جایی است که در اجرای تعهد ناشی از شرط، تخصص مشروط‌علیه شرط نیست؛ در غیر این صورت، با فوت او امکان اجرای چنین تعهدی منتفی خواهد شد.

در قانون مدنی حکم مشخصی در خصوص این موضوع مقرر نشده است؛ اما می‌توان در پاسخ چنین اظهارنظر کرد که، شرط ذمه مشروط‌علیه را به گونه‌ای مشغول نمی‌کند که در صورت فوت او، از محل ترکه بتوان عین تعهد ناشی از شرط را اجرا کرد [۵۰، ج ۷، ص ۳۲۹]. هم‌چنین با توجه به ظاهر مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، به نظر می‌رسد، برای مشروط‌له از بابت اجرای عین تعهد ناشی از شرط، حق ثابتی به وجود می‌آید؛ لیکن ماهیت این حق با مالکیت متفاوت است و بر همین مبنا در صورت فوت مشروط‌علیه، اجرای عین تعهد ناشی از شرط از محل ترکه ممکن نیست.

با وجود این، از نظر تحلیلی چنین پیش‌فرضی، «نگاهی انقباضی» به حقوق دارد و باعث می‌شود که حقوق کارآیی خود را از دست بدهد و بنابراین قابل قبول نیست. زیرا، چه اشکال منطقی دارد، در فرضی که در اجرای عین تعهد ناشی از شرط، تخصص مشروط‌علیه لازم نیست و امکان اجرای آن از محل ترکه او ممکن است، حکم به انجام چنین شرطی داد؟! وانگهی، در این شرط، می‌توان فوت مشروط‌علیه را در حکم خودداری از انجام تعهد ناشی از شرط دانست و با وحدت ملاک از ماده ۲۳۸ قانون مدنی، از محل ترکه او موجبات انجام آن فعل را فراهم کرد.

#### د) پیش‌فرض عقل‌گرایانه

براساس این پیش‌فرض، مبنای الزام به انجام تعهد ناشی از شرط، سیره عقلاء است؛ چرا که عقلاء برای مشروط‌له در اجرای تعهد بالا حق مطالبه قائل می‌شوند و آن‌ها، به استناد این حق، اجبار مشروط‌علیه را از دادگاه تقاضا می‌کنند و دادگاه نیز، به موجب تقاضای بالا، او را به انجام تعهد ناشی از شرط الزام می‌کند و ادله وارده در خصوص لزوم وفای به شرط، این سیره را امضا می‌نماید [۵۰، ج ۷، ص ۳۳۳]. بنابراین، چنین الزامی در عرض حق فسخ قرارداد اصلی دارد و جایگاه فسخ قرارداد در طول آن نیست و مؤید

این ادعا، بنای عقلاء در بحث فعلی است. زیرا آن‌ها، به صرف تخلف از شرط، بدون این‌که الزام مشروط‌علیه به انجام آن متعذر باشد، فسخ قرارداد اصلی را اجازه می‌دهند [۴۹، ج ۵، ص ۳۲۸] و اجرای قرارداد را وسیله‌ای برای افزایش ثروت و توزیع عادلانه آن بین اعضای جامعه می‌دانند [66, p145].

با وجود این، ایراداتی که به پیش‌فرض‌های فقیهان امامیه گفته شد و فسخ ابتدایی قرارداد را ثابت می‌کنند، مفید قطع‌اند که حجیت ذاتی دارد. زیرا بر خلاف پیش‌فرض عقل‌گرایانه محض، براساس دلیل عقلی و در قالب قیاس منطقی که هر دو مقدمه‌اش عقلی است، یعنی مستقلات عقلیه، می‌توان بدین‌طریق جواز فسخ ابتدایی قرارداد را ثابت نمود: فسخ یادشده عقلاً خوب است. این قضیه صغری قیاس را تشکیل می‌دهد و از قضایای مورد قبول عقلاء است؛ کبری قیاس دلیل عقلی بالا عبارت است از: هر آن‌چه عقلاً خوب باشد شرع نیز بدان حکم می‌کند. کبری قیاس نیز یک قضیه عقلی است که همان بحث ملازمه عقلیه است، بدین معنی که از دیدگاه عقل بین حکم شرع و حکم عقل در موضوع فعلی ملازمه وجود دارد و فسخ ابتدایی قرارداد مورد قبول شارع است.<sup>۱</sup> به فرض این‌که استدلال بالا نیز قابل دفاع نباشد، به‌وسیله سیره‌های مستحدثه عقلاییه نیز می‌توان امکان فسخ ابتدایی قرارداد را اثبات کرد. چون فسخ ابتدایی قرارداد از سیره‌هایی محسوب می‌شود که در زمان معصومین (ع) شکل نگرفته؛ بلکه پس از آن‌ها ایجاد گردیده است و در حال حاضر وجود دارد و از آن‌جایی که شارع خود رئیس عقلا است، در بحث فعلی نمی‌تواند شیوه‌ای متفاوت از عقلای عالم داشته باشد. بنابراین، با توجه به مبانی استنباط حقوق اسلامی - از طریق مستقلات عقلیه و با کمک قاعده ملازمه یا حجیت و اعتبار سیره‌های مستحدثه عقلاییه - جواز فسخ ابتدایی قابل اثبات است و بالطبع می‌توان آن را از عرصه فقه به حوزه حقوق موضوعه تسری داد.

### نتیجه‌گیری

از تحلیل تاریخی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد در فقه امامیه این نتیجه به‌دست آمد که تقدم یادشده به مصلحت‌اندیشی اقتصادی و فلسفی خاص فقیهان اتکاء دارد تا حکم صریح اخبار و برای توجیه این تقدم نمی‌توان روایتی از شارع به‌دست داد و از

۱. برای مطالعه تفصیلی در خصوص قاعده ملازمه، مستقلات عقلیه و حجیت ذاتی قطع ناشی از حکم

عقل نک: [۴۷، ج ۱، ص ۲۱۴-۲۱۵].

پشتوانه تاریخی قابل قبولی برخوردار نیست. افزون بر این، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد توجیه اقتصادی ندارد. زیرا روش حقوق دانان اسلامی در مبحث الزام به انجام تعهد ناشی از شرط، اصولاً روش برون‌گرایانه است و بیشتر بر جنبه سخت‌افزاری ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی تأکید دارند و بنابراین کوشیده‌اند تا یک قاعده نوعی در این خصوص پیش‌بینی کنند. به نظر می‌رسد که این روش نمی‌تواند به عدالت اقتصادی و معاضدی در اجرای عین تعهد ناشی از شرط کمک کند و منجر به استفاده بهینه از منابع و افزایش رفاه اجتماعی شود. هم‌چنین است، نظریه حقوق دانان اسلامی در خصوص الزام متعهد به انجام تعهد و عدم قبول فسخ ابتدایی قرارداد به‌وسیله متعهدله، از جنبه فلسفی خالی از اشکال نیست. چنان‌که در طول مقاله نیز ملاحظه شد، پیش‌فرض‌های مذهبی‌گرایانه، اخلاق‌گرایانه، ملک‌گرایانه و عقل‌گرایانه با اشکال‌هایی روبه‌رو است و به طور مطلق نمی‌توانند کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد را اثبات کنند. بنابراین با توجه به آنچه گفته شد، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که با اصلاح و تعدیل مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، مجموعه‌ای از ضمانت‌اجراهای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد را برای نقض تعهدات پیش‌بینی کند که بسته به انتخاب متعهدله یکی از آن‌ها در عرض یکدیگر قابل اعمال باشد. البته نتیجه‌ای که از اصلاح و تعدیل پیشنهادی حاصل می‌شود، این است که از انباشت پرونده‌های فراوان در دستگاه قضا که به دلیل تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد اقامه گردیده‌اند، کاسته می‌شود و از آن‌جایی که مخارج و هزینه‌های نقض تعهدات از سوی طرفین قرارداد مدیریت می‌گردد و به جامعه تحمیل نمی‌شود، اصلاح و تعدیل مورد اشاره با بهره‌وری اقتصادی نیز سازگاری کامل دارد.

## منابع

- [۱]. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸). حاشیه کتاب‌المکاسب، جلد ۵، قم، انوارالهدی.
- [۲]. امامی، حسن (۱۳۶۶). حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
- [۳]. انصاری، مهدی (۱۳۹۰). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران، انتشارات جنگل-جاودانه.
- [۴]. ایروانی، علی (۱۴۰۶). حاشیه‌المکاسب، ج ۲، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- [۵]. بادینی، حسن (۱۳۸۵). «آیا حقوق دانش مستقلی است؟»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴، زمستان، ص ۲۵.

- [۶]. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة*، ج ۱۹، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۷]. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۳). «تاریخچه تدوین قانون مدنی»، *فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق علیه السلام*، شماره ۲۴، زمستان، ص ۴۷.
- [۸]. حسینی روحانی قمی، صادق (۱۴۱۲). *فقه الصادق علیه السلام*، جلد ۲۰، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
- [۹]. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۹). *منهاج الفقاهه*، چاپ پنجم، جلد ۶، قم، انوار الهدی.
- [۱۰]. حسینی شیرازی محمدصادق (۱۴۲۵). *التعلیقات علی شرائع الاسلام*، جلد ۱، چاپ ششم، قم، انتشارات استقلال.
- [۱۱]. حسینی شیرازی، محمد (بی تا). *ایصال الطالب إلى المكاسب*، جلد ۱۴، تهران، منشورات اعلمی.
- [۱۲]. حسینی عاملی، محمدجواد (بی تا). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی للطباعة والنشر والتوزیع.
- [۱۳]. حلّی، ابن زهره (۱۴۱۷). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- [۱۴]. حلّی، ابن ادريس (۱۴۱۰). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۲، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۱۵]. حلّی، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۱۰). *ارشاد الأذهان إلى أحكام الايمان*، جلد ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۱۶]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴). *تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)*، جلد ۱۰، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۱۷]. حلّی، محمد بن علامه حلّی [معروف به فخرالمحققین] (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، جلد ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۱۸]. حلّی، جعفر بن الحسین [معروف به محقق حلّی] (۱۴۰۸). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۱۹]. خوبی، محمدتقی (۱۴۱۴). *الشروط أو الإلتزامات التبعية فی العقود*، جلد ۱، بیروت، دارالمؤرخ العربی.
- [۲۰]. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم (۱۴۱۶). *مجموعه فتاوی ابن جنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۱]. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، جلد ۱۷، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
- [۲۲]. شهیدی، مهدی (۱۳۸۹). *حقوق مدنی (۳) تعهدات*، چاپ چهاردهم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.



- [۲۳]. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۳). *حقوق مدنی: آثار قراردادهای و تعهدات*، جلد ۳، چاپ ششم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- [۲۴]. شیخ مفید، محمدبن محمدبن نعمان (۱۴۱۰). *المقنعه*، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- [۲۵]. شیرازی، محمدتقی (۱۴۱۲). *حاشیه المکاسب*، جلد ۲، قم، منشورات الشریف الرضی.
- [۲۶]. طباطبایی حائری، علی (۱۴۱۸). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (ط - الحدیثه)*، جلد ۸، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۲۷]. طباطبایی قمی، تقی (۱۴۰۰). *دراساتنا من الفقه الجعفري*، جلد ۴، قم، مطبوعه الخيام.
- [۲۸]. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۱). *حاشیه المکاسب*، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۹]. طوسی، محمدبن حسن [معروف به شیخ الطائفه] [بی تا]. *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲، تهران، المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- [۳۰]. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). *النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت، دارالکتب العربی.
- [۳۱]. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، جلد ۳، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
- [۳۲]. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷). *تهذیب الأحکام*، چاپ چهارم، جلد ۷، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
- [۳۳]. عاملی کرکی، علی بن حسین [معروف به محقق ثانی] (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۴، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۳۴]. عاملی، زین الدین بن علی [معروف به شهید ثانی] (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، جلد ۳، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- [۳۵]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی شرح للمعه الدمشقیه (المحشى - کلاتر)*، جلد ۳، قم، کتابفروشی داوری.
- [۳۶]. عاملی، محمدبن مکی [معروف به شهید اول] (۱۴۱۰). *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت، دارالتراث - الدار الاسلامیه.
- [۳۷]. علم الهدی، علی بن حسین [معروف به سیدمرتضی] (۱۴۱۵). *الانتصار*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- [۳۸]. غروی نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، جلد ۲، تهران، المكتبة المحمدیه.
- [۳۹]. قمی، محمدبن علی بن بابویه [معروف به شیخ صدوق] (۱۴۱۳). *من لایحضره الفقیه*، جلد ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۴۰]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۳، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

- [۴۱]. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). *الکافی (ط - الاسلامیه)*، جلد ۵، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
- [۴۲]. کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (۱۴۱۵). *المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (ط - الحدیثه)*، جلد ۶، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- [۴۳]. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۵). *تاریخ فقه و فقهها*، تهران، انتشارات سمت.
- [۴۴]. گیلانی، ابوالقاسم [معروف به میرزای قمی] (۱۴۲۷). *رسائل المیزان القمی*، جلد ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۴۵]. مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰). *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
- [۴۶]. مرکز معجم فقهی (۱۴۱۳). *حیاه ابن عقیل عمانی و فقهه*، قم، مرکز معجم فقهی.
- [۴۷]. مظفر، محمد رضا (بی تا). *اصول الفقه*، جلد ۱، قم، انتشارات اسماعیلیان.
- [۴۸]. موسوی خلخالی، محمد مهدی (۱۴۲۷). *فقه الشیعہ - کتاب الاجاره*، تهران، مرکز فرهنگی انتشارات منیر.
- [۴۹]. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱). *کتاب البیع*، جلد ۵، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- [۵۰]. موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۲). *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، جلد ۷، بیروت، دارالهادی.
- [۵۱]. مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (۱۴۱۸). *موسوعه الإمام الخوئی*، جلد ۳، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
- [۵۲]. مومن سبزواری، محمد باقر (۱۴۱۳). *کفایه الأحکام*، جلد ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۵۳]. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۲۳، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- [۵۴]. نراقی، احمد (۱۴۱۷). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- [55]. Cooter, Robert & Ulen, Thomas (2000). *Law and Economics*, 3<sup>th</sup>ed, the United States of America: Addison Wesley Longman, Inc.
- [56]. Dawson, John P. (1959). "Sepecific Performance in France and Germany", *Michigan Law Review*, Vol. 57, No. 4, pp. 495-525.
- [57]. Deffains, Bruno & Kirat, Thierry, (2001). *Law and Economics in Civil Countries*, New York: Elsevier Science.
- [58]. Dobbs, Dan B. (1993). *Law of Remedies: Damages- Equity-Restitution*, 2<sup>th</sup>ed, the United State of America, West Publishing Co.
- [59]. Georgakopoulos, Nicholas L. (2005). *Principles and Methods of Law and Economics*, New York, Cambridge University Press.
- [60]. Goldberg, Victor P. (1989). *Reading in the Economics of Contract Law*, New York, Cambridge University Press.

- [61]. Harris, Phil (2007). *An Introduction to Law*, 7<sup>th</sup>ed, New York, Cambridge University Press.
- [62]. Harrison, Jeffrey L. (2007). *Law and Economics*, the United States of America, Thomson West.
- [63]. Kronman, Anthony T. (1978). "Specific Performance", *the University of Chicago Law Review*, Vol. 45, No. 2, Winter. 1978, pp. 365-369.
- [64]. Lando, Ole & coworker (2000). *The Principles of European Contract Law*, Parts 1 and 2, prepared by the Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hugh, London.
- [65]. Marmor, Andrei (2011). *Philosophy of Law*, New York, Princeton University Press.
- [66]. Mathis, Klaus (2009). *Searching for the Philosophical Foundation of the Economic Analysis of Law*, (Translated by Deborah Shannon), the United Kingdom, Springer.
- [67]. Miceli, Thomas F. (1977). *Economics of the Law, Torts, Contracts, Property, Litigation*, New York, Oxford University Press.
- [68]. Posner, Eric A. (2002). *Law and Social Norms*, 2<sup>th</sup>ed, the United State of America, Harvard University Press.
- [69]. Pound, Roscoe (1992). *An Introduction to the Philosophy of Law*, London, Oxford University Press.
- [70]. Schwenger, Ingeborg & Fountoulakis, Christiana (2007). *International Sales Law*, London & New York, Routledge. Cavendish Taylor & Francis Group.
- [71]. Shavell, Steven (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*, London, the Belknap Press of Harvard Press Cambridge, Massachusetts.
- [72]. Tomlinson, Edward (1989). "Performance Obligation of the Aggrieved Contractant: The French Experience", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 12, No 139, pp. 163-167.
- [73]. Wacks, Raymond (2006). *Philosophy of Law A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press.
- [74]. Wittman, Donald (2006). *Economic Foundation of Law and Organization*, New York, Cambridge University Press.



