

معامله به قصد فرار از دین ★

مقدمه :

با توجه به قاعده تسلیط و حاکمیت اراده و بازتاب آن در حقوق ایران، اصولاً نمی‌توان مدیون را کلاً یا جزئاً از اداره تمام یا بخشی از اموالش محروم کرد. مع الوصف بر این قاعده، در موارد خاص، استثناهایی وارد شده که از جمله آنها صدور حکم ورشکستگی است به طوری که پس از صدور چنین حکمی همه تصرفات مالی غیر نافذ خواهند بود. ولی آیا این بدان معنی است که مدیون قبل از بروز این موارد خاص و استثنایی و مادام که مثلاً حکم به ورشکستگی وی صادر نشده می‌تواند تسلط و حاکمیت خود بر اموالش را در جهت اضرار به دیمان بکار برد و مثلاً اقدام به معامله صوری یا معامله به قصد فرار از دین نماید؟

حکم معاملات صوری روشن است، چون این معاملات در فقه به موجب قاعده «العقود تابعة للقصود» و در حقوق به موجب مواد ۱۹۱، ۱۹۶، ۴۶۳ و ۱۱۴۹ قانون مدنی به خاطر فقدان قصد انشای واقعی و درونی باطل می‌باشند. اما حکم معاملات به قصد فرار از دین، یعنی معاملاتی

★ این مقاله به وسیله آقای بهرام درویش خادم، دارای فوق‌لیسانس رشته حقوق خصوصی دانشگاه تهران و قاضی دادگستری، به رشته تحریر درآمده و مستخرج از پایان‌نامه کارشناسی ارشد مشارالیه می‌باشد که در سال ۱۳۶۹ به شایستگی از آن دفاع کرده و با درجه عالی به تصویب رسیده است.

که واجد قصد انشا و دیگر شرایط صحت معامله‌اند، محل بحث است. به‌ویژه بعد از حذف ماده ۲۱۸ قانون مدنی به‌وسیله قانونگذار، در سال ۱۳۶۱، مسأله در خورتوجه بیشتر و در واقع يك مسأله روز شده و همین امر موجب نگارش این مقاله گردیده است. در این مقاله، در دو قسمت آتی به ترتیب مبانی (فقهی، حقوقی و قانونی) معامله به قصد فرار از دین و نیز دعوی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین، یعنی شرایط و آثار این دعوا، را به اختصار مورد بحث قرار می‌دهیم.

قسمت اول : مبانی

در این قسمت نخست از مبانی فقهی و اقوال فقها، سپس از مبانی حقوقی یعنی نظریه‌های حقوقی که در توجیه عدم نفوذ معامله مزبور ارائه شده است و بالاخره از مبانی قانونی، یعنی نصوص و مواد قانونی که در این زمینه وجود دارد، سخن خواهیم گفت.

الف) مبانی فقهی

اکثریت فقهاء و مذاهب عامه معامله به قصد فرار از دین را صحیح می‌دانند^۱. فقهای امامیه نیز گرچه نوعاً متعرض این معاملات نشده‌اند^۲ ولی از عبارات برخی از آنها صحت این معاملات استفاده می‌شود^۳.

۱- دکتر سنهوری، مصادر الحق، ج ۵، ص ۱۴۷ - دکتر صبحی محمسانی، النظریه العامه للموجبات والعقود فی الشریعه الاسلامیه، ج ۱، ص ۵۲۷ - ابن رشد، بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۲۸۲ - ابن قیم جوزی، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۸ - ابن قدامه، مغنی، ج ۴ با حاشیه محمد رشیدرضا، ص ۴۳۷ و ۴۳۸ - ابن رجب، قواعد فی الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۴ - ابن عابدین، العقود الدریه فی تنقیح فتاوی الحامدیه، ج ۱، ص ۱۱۱ و ۱۱۲.

۲- ملامحمد نراقی، مشارق الاحکام، ص ۸۸.

۳- علامه حلی، تذکره الفقهاء، جزء دوم، کتاب حجر ص ۵۰ - مقدس اردبیلی، زبده البیان فی احکام القرآن، ص ۴۸۹ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵، ص ۲۷۹ - میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۱، ص ۱۹۲.

بنابراین سخن کسانی که عقیده به عدم صحت معاملات به قصد فرار از دین را به مطلق فقهای حنفی و حنبلی^۱ یا مطلق فقهای^۲ منسوب نموده‌اند و یا آن را محل اجماع فقیهان دانسته‌اند^۳ قابل ایراد است.

مع الوصف عقاید مختلفی نیز در فریقین یافت می‌گردد. به طوری که عقیده به عدم صحت تصرفات تبرعی، محاباتی یا اقل از عوض المثل به قصد فرار از دین به متأخرین حنفاء^۴ اقلیتی از حنابله^۵ و مالک^۶ قابل انتساب است^۷. به علاوه این عقیده با فتاوی ملامحمدنراقی، ملااحمدنراقی^۸ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی^۹ و نیز ملامحمد باقر بارفروش^{۱۰} هماهنگ است و از نظر آقایان سید ابوالحسن اصفهانی، سید علی بهبهانی^{۱۱}،

- ۱- دکتر حمید بهرامی احمدی، سوءاستفاده از حق (رساله دکتری)، ص ۲۰۶.
- ۲- دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۹۶.
- ۳- سید علی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ج ۲، ص ۷۵.
- ۴- دکتر صبحی محمصانی، منبع یاد شده، ص ۵۲۸ - ابن عابدین، منبع یاد شده، ص ۱۱۲.
- ۵- دکتر عبدالمجید الحکیم، الموجز، فی شرح القانون المدنی، ج ۲، ص ۸۰ - الفتاوی الکبری، ج ۴، ص ۵۱۲ - ابن رجب، منبع یاد شده، ص ۱۴ - ابن قیم جوزی، منبع یاد شده، ص ۸ و ۹.
- ۶- دکتر سنهوری، مصادرالحق، ج ۵، ص ۱۴۹-۱۵۱ تا ۱۵۴ و ۱۵۷ - ابن رشد، منبع یاد شده، ص ۲۸۱ و ۲۸۲ - ابن قیم جوزی، همان محل.
- ۷- بنا به مراتب مذکور، دکتر سنهوری که هیچ جایگاهی برای عقیده به بطلان معامله به قصد فرار از دین در مذاهب حنفی و حنبلی قایل نشده به خطا رفته است. (برک: مصادر-الحق، ج ۵، ص ۱۴۸).
- ۸- ملامحمدنراقی، منبع یاد شده، ص ۸۸ تا ۹۰.
- ۹- سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، ص ۲۲۴.
- ۱۰- ملامحمد باقر بارفروش، شعائرالاسلام، ص ۴۱۷.
- ۱۱- سید ابوالحسن موسوی اصفهانی، وسیلة النجاة با تعلیق سید علی بهبهانی، ج ۲، ص ۱۳۳.

امام خمینی^۱، آیات عظام گلپایگانی^۲ اراکی و منتظری^۳ نیز مغایرتی با شرع ندارد.

نتیجتاً می‌توان گفت، عقیده به عدم نفوذ تبرعات، تصرفات محاباتی یا اقل از عوض‌المثل به قصد فرار از دین دارای سابقه در فقه امامیه و اهل سنت می‌باشد و به هر حال مغایر شرع نیست. ولی فقهای فریقین صراحتاً متعرض عدم صحت معوضات محض^۴ به قصد فرار از دین نشده‌اند و فقط از نظریات مالك می‌توان عدم نفوذ اینگونه معوضات محض را تحت شرایطی استنباط نمود^۵. از فقهای امامیه نیز آیات عظام اراکی و منتظری فقط در مقام پاسخ به سؤال اینجانب در صحت معوضات محض به قصد فرار از دین اشکال کرده‌اند^۶. به علاوه عملکرد آیت‌الله محمدیزدی، که در مقام ریاست کمیسیون قضایی و امور حقوقی مجلس طی لایحه‌ای تقاضای تصویب مجدد ماده ۲۱۸ محذوف را نموده^۷، می‌تواند به معنی عدم نفوذ تمامی انواع معامله به قصد فرار از دین نزد ایشان باشد.

حاصل آنکه در يك استنتاج کلی می‌توان گفت اعتقاد به عدم صحت همه انواع معاملات به قصد فرار از دین، نه تنها مغایر مذاهب فریقین نیست، بلکه به جرأت می‌توان موافقت آنرا با نظریات برخی از فقهای عامه و خاصه توجیه نمود. بنابراین حذف ماده ۲۱۸ قانون مدنی در اصلاحات

۱- امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۱۸.

۲- وسیلة النجاة با تعلیق آیت‌الله العظمی سیدمحمد رضا موسوی گلپایگانی، ج ۲، ص ۱۸.

۳- برای دیدن نظریات آقایان اراکی و منتظری رك: استفتائیه‌های پیوست پایان‌نامه تحصیلی اینجانب درباره معامله به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران با مطالعه تطبیقی.

۴- مراد از معوضات محض در این مقاله، تصرفات معوضی است که محاباتی یا اقل از عوض‌المثل نباشند.

۵- دکتر سنهوری، مصادرالحق، ج ۵، ص ۱۴۹ و ۱۵۴ تا ۱۵۶ - دکتر صبحی محمصانی، منبع یاد شده، ص ۵۲۸ - ابن رشد، منبع یاد شده، ص ۲۸۲.

۶- رك: استفتائیه‌های پیوست پایان‌نامه اینجانب.

۷- لایحه شماره ۹۴۶ مورخ ۶/۱۰/۶۶ اصلاح موادی از قانون مدنی.

این قانون به تاریخ ۶۱/۱۰/۸ از سوی کمیسیون قضایی مجلس که به نحو آزمایشی^۱ و لابد به داعیه مغایرت این ماده با شرع صورت گرفت قطع نظر از تبعات زیانبار اخلاقی و اقتصادی و اجتماعی آن و متزلزل کردن استحکام معاملات به ویژه در شرایط خلاء قانون مربوط به صدور حکم افلاس و فقدان قانون راجع به بازداشت اشخاص در قبال محکومیت‌های مالی، اصولاً اقدامی بس عجولانه و مغایر با اهداف شریعت بوده است. زیرا فقها سهل‌انگاری در ایفای دین را حرام و قصدادای آنرا واجب می‌دانند^۲ و از سویی بعضاً تصرفات تبرعی، محاباتی یا اقل از عوض‌المثل به قصد فرار از دین را مغایر با اهداف شریعت^۳ و یا حرام^۴ دانسته‌اند. بنابراین حتی اگر نص شرعی خاصی نمی‌بود باز چون عقیده به عدم صحت معاملات به قصد فرار از دین مانع تاثیر فعل حرام است و از طرفی در چارچوب اهداف شریعت دایر به ترویج عدالت و اخلاق و نهی از اکل مال به باطل قرار دارد، به نظر می‌رسد که چنین اعتقادی مغایرتی با شرع ندارد تا ناگزیر به حذف ماده ۲۱۸ گردیم. لابد ملاحظه همین مراتب و نگرش به مصالح اجتماعی، سبب تقاضای تصویب مجدد ماده ۲۱۸ گردید که ما نیز جداً موافق با تصویب دوباره این ماده هستیم.

(ب) مبنای حقوقی

در تحلیل مبنای حقوقی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین،

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۱۸۰۴ مورخ ۶۱/۱۲/۲۱.

۲- علامه حلی، تبصرة المتعلمین با ترجمه و شرح ابوالحسن شعرانی، ص ۳۲۹ - سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، غایة القصوی در ترجمه عروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۹۶. - سید ابوالحسن موسوی اصفهانی، وسیلة النجاة با تعلیق موافق سید محمدرضا موسوی گلپایگانی، ج ۲، ص ۱۷۴ - شیخ محمد حسن نجفی بروجوب قصد اداء دین ادعای اجماع نهوده‌اند (جواهر الکلام، ج ۲۵، صص ۴۱ و ۴۲).

۳- ابن قیم جوزی، منبع یاد شده ص ۸.

۴- ملامحمدنراقی، مشارق الاحکام، صص ۸۸ تا ۹۰.

چهار نظریهٔ مختلف از سوی فقها و حقوقدانان ایران ارائه شده که در ذیل به نحو اختصار به آنها اشاره می‌کنیم.

۱. از بین بردن وثیقهٔ عمومی طلبکاران

طبق این نظریه، اموال مدیون متعلق حق دین و وثیقه التزامات و پرداخت دیون و به‌دیگر سخن در رهن یا وثیقه عام طلبکاران می‌باشد و اشخاص، حین معامله با یکدیگر، به این وثایق و دارایی که در واقع کاشف از میزان اعتبار مالی طرف مقابل است اتکا می‌نمایند، و به امید اینکه بتوانند حقوق خود را از محل این وثیقه‌ها استیفا کنند، وارد معامله با یکدیگر می‌شوند. مثلاً هر کس که مالی را به‌دیگری نسبه می‌فروشد به اعتبار مالی او نظر دارد و چون نقصان دارایی با کاهش اعتبار بدهکار و نیز تضعیف وثیقهٔ عمومی همراه است، نمی‌تواند با بی‌تفاوتی طلبکار یا مقنن مواجه باشد. لذا طرفداران این نظریه تصرفات به قصد فرار از دین را، که نهایتاً موجب انهدام یا کاهش وثیقه عمومی دین و تضعیف اعتبار مالی مدیون و در نتیجه عدم امکان استیغای تمام یا بخشی از طلب می‌گردد، مشمول دعوی عدم نفوذ قرار داده‌اند.^۱

ولی پذیرش این نظریه برای تحلیل مبنای حقوقی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین با اشکالات زیر مواجه است:

اول: بر مبنای نظریهٔ مذکور، ضرورتاً باید هر تصرفی که بدهکار در اموالش می‌نماید، قطع نظر از قصد یا عدم قصد فرار از دین و به محض تضعیف وثیقهٔ عمومی، قابل ابطال باشد. در حالی که برای ابطال اینگونه معامله احراز قصد فرار از دین ضروری است.^۲

۱- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۲۸. از فقها نیز ابن‌قیم جوزی در قول به عدم صحت تبرعات به قصد فرار از دین از مبنای نظریه وثیقه عمومی بودن اموال مدیون پیروی کرده است. (رك: اعلام‌الموقعین، ج ۴، ص ۸).

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۶۳ - این اشکال را دکتر سید حسن امامی (طرفدار نظریه وثیقه عمومی بودن اموال مدیون) نیز دریافته ولی آنرا بدون پاسخ گذارده است. (رك: حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۸).

دوم : به شرحی که در قسمت شرایط دعوی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین خواهد آمد، قدر متیقن این است که دست کم در مواردی ابطال این معاملات منوط به علم منتقل الیه به قصد مدیون است. در حالی که بر مبنای نظریه وثیقه عمومی بودن اموال مدیون، برای حکم به عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین، احراز علم منتقل الیه به قصد مدیون در هیچ صورتی ضروری نیست.

۲. جهت نامشروع

تا قبل از حذف ماده ۲۱۸ ق.م.ا کثر حقوقدانان با عنایت به مفاد ماده ۲۱۸ و جایگاه آن در ذیل عنوان «جهت معامله» و در تعاقب ماده ۲۱۷ ق.م.ا که مربوط به معاملات دارای جهت نامشروع است، نهایتاً معامله به قصد فرار از دین را بر مبنای جهت نامشروع توجیه می کردند^۱. ولی با حذف ماده ۲۱۸ عمده اتکای این اساتید که همان جایگاه این ماده بود از بین رفت. به طوری که، در وضعیت فعلی، فرض جدایی ماهیت معامله به قصد فرار از دین از معامله با جهت نامشروع قوی به نظر می رسد، چون میان این دو نوع معامله تفاوتی به شرح آتی وجود دارد که مانع مبتنی نمودن معامله به قصد فرار از دین بر نظریه جهت نامشروع است:

اول : معامله به قصد فرار از دین غیر نافذ است در حالی که معامله با جهت نامشروع به صراحت ماده ۲۱۷ ق.م.ا باطل است^۲.

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۱۹ - دکتر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۳، ص ۵۶۹ - دکتر سیدحسین صفایی، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، ص ۱۸۵.

۲- در جواب این اشکال گفته شده است که چون در خصوص معامله به قصد فرار از دین هدف مقنن در درجه اول حفظ حقوق دین است و صرف انگیزه فرار از دین مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه نیست، کافی است که سرنوشت معامله را در اختیار دین قرار دهیم و آنرا غیر نافذ و منوط به اجازه آنها بدانیم. (رك: منابع موضوع پاورقی قبل).

دوم : قصد فرار از دین در صورتی مانع نفوذ معامله می گردد که به زیان دین تمام شده باشد و گرنه هیچ اثری ندارد، لیکن طبق ماده ۲۱۷ بطلان معامله با جهت نامشروع منوط به تحقق زیانهای اجتماعی و شخصی نبوده و صرف پلیدی نیت کافی است.

سوم : مستفاد از ماده ۲۱۷ این است که علاوه بر مورد تصریح به جهت نامشروع، در حالاتی نیز که این جهت در قصد مشترك طرفین داخل شده و مورد توافق ضمنی یا تبانی قرار گرفته باشد باز معامله باطل است^۱. ولی در معامله به قصد فرار از دین تصریح به جهت یا تبانی و توافق ضمنی طرفین بر آن ضروری نیست و همین که قصد مدیون را دایر به فرار از دین به نحو احراز کنیم کفایت می کند^۲.

۳. نفي ضرر :

گرچه حقوقدانان قاعده لاضرر را برای توجیه ماهیت حقوقی معاملات به قصد فرار از دین بکار نبرده اند، مع الوصف برخی از فقها این قاعده را مستند عدم نفوذ تبرعات، معوضات محاباتی یا اقل از عوض المثل به قصد فرار از دین قرار داده اند^۳.

سئوالی که مطرح می شود این است که «آیا می توان لاضرر را مستند ابطال معوضات محض به قصد فرار از دین نیز قرارداد یا خیر؟» در جواب باید قایل به تفصیل شد. توضیح آنکه چون تصرفات تبرعی، معوض محاباتی یا اقل از عوض المثل فی نفسه ضرری هستند، با اندک تامل می توان

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۲۰ تا ۲۲۴ - دکتر سیدحسین صفایی، مقاله «نظریه جهت در قراردادها»، مندرج در نشریه دانشکده حقوق، شماره ۹ بهار ۵۱، ص ۸۲.

۲- دکتر سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۵۶ - دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۲۴.

۳- ملا محمدنراقی، مشارق الاحکام، ص ۸۸ و ۸۹ - سیدمحمد کاظم طباطبائی یزدی، سؤال و جواب، ص ۲۲۴.

به استناد لاضرر، منشاء ضرر را که همان نفوذ اینگونه تصرفات باشد، از طریق حکم به عدم نفوذ نفی نمود، ولی درباره معوضات محض که ضرر حاصل صرفاً مربوط به عمل اختفای ثمن بوده و اصلاً ربطی به نفس معامله ندارد، بالطبع استناد به لاضرر موضوعیتی ندارد، کما اینکه فقها نیز لاضرر را در اینگونه موارد بکار نبرده‌اند و بخاطر ممانعت از تلاشی فقه مرسوم و تأسیس شریعت جدید، از هرگونه استفاده غیر معمول و نامتعارف از لاضرر جداً پرهیز کرده‌اند.^۱

۴. سوء استفاده از حق

مادام که مقنن صرفاً در حدود مواد معدود و پراکنده‌ای مانند مادتهای ۶۵ و ۱۳۲ قانون مدنی و مادتهای ۲۱۸ و ۱۰۳۶ همان قانون، مصادیق بسیار محدودی از سوء استفاده از حق را محکوم می‌نمود طرح نظریه سوء استفاده از حق، به عنوان یک نظریه عمومی و مستقل که در سایه آن بتوان هرگونه سوء استفاده از حق را ممنوع نمود، دشوار بود ولی متعاقب تصویب اصل چهارم قانون اساسی و علیرغم حذف ماده ۲۱۸، بعضی از استادان حقوق نظریه مزبور را به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل و عمومی مطرح و در پرتو آن از جمله عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین را توجیه و تحلیل کرده‌اند.^۲ ولی باید متذکر شد که پذیرش نظریه سوء استفاده از حق به عنوان مبنای حقوقی معامله به قصد فرار از دین با موانع و اشکالات جدی زیر مواجه است:

اول: همانطور که این اساتید نیز دریافته‌اند، اصل چهارم قانون اساسی مستخرج از قاعده لاضرر است^۳ و به شرحی که گفته شد این قاعده دست کم از توجیه عدم نفوذ معوضات محض به قصد فرار از دین عاجز است. از

۱- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۸۹.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۶۷ و حقوق مدنی «ضمان قهری - مسئولیت مدنی» ص ۲۱۵.

۳- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی «ضمان قهری - مسئولیت مدنی». ص ۲۱۵.

سویی به علت شریعتمدار بودن مقنن قانون اساسی و حکومت اصل چهارم این قانون بردیگر اصول، نمی‌توان ضمن استناد به اطلاق اصل چهارم، که حسب الغرض مستخرج از قاعده شرعی لاضرر است، مجاری لاضرر را به فراسوی مجاری متعارف آن در شرع گسترش داد و نتیجتاً هر نوع سوء استفاده از حق و در مانحن فیه عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین را توجیه کرد.

دوم: نظریه سوء استفاده از حق در رویه قضایی محاکم ما رسوخ نکرده و در دکترین نیز صرفاً در حال تکوین است و محاکم عملاً فقط در حدود ماه ۱۳۲ ق.م. از آن استفاده کرده‌اند و اعمال آن در دیگر موارد محتاج زمان زیادی است. به علاوه معیار سوء استفاده از حق نیز توسط مقنن معین نشده و از هیچیک از مواد یاد شده نیز این معیار بدست نمی‌آید.^۱

سوم: از آنجایی که قواعد عمومی مسئولیت مدنی درباره نظریه سوء استفاده از حق نیز جاری است^۲، چنانچه این نظریه مبنای حقوقی عدم نفوذ معاملات محل بحث باشد نباید برای ابطال این معاملات، اثبات قصد فرار از دین ضروری باشد و باید صرف احراز ورود ضرر کفایت کند. در حالی که برای ابطال معامله به قصد فرار از دین، احراز قصد فرار از دین لازم است. از سویی برپایه مسئولیت مدنی صرفاً از مجرای طرح دعوی جبران خسارت آن هم تحت شرایطی خاص می‌توان به ابطال معامله نایل شد، در حالی که به موجب مقررات معامله به قصد فرار از دین طلبکار می‌تواند بدون طرح دعوی جبران خسارت رأساً ابطال معامله را بخواهد.

از آنچه درباره مبنای حقوقی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین گفتیم چنین برمی‌آید که هریک از نظریه‌های یاد شده بخشی از حقیقت را

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، همان کتاب، صص ۲۰۷، ۲۱۵ و ۲۱۶.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، همان کتاب، صص ۲۱۲ و ۲۱۹.

به همراه دارد. مع الوصف هیچیک از آنها نمی‌تواند عدم نفوذ تمام انواع معامله به قصد فرار از دین را توجیه کند. منحصرأ قاعده لاضرر آنهم در شق خاصی یعنی در حالت عمد در اضرار به علت جایگاه محکم آن در فقه و حقوق ما می‌تواند بعنوان مبنای توجیه عدم نفوذ تبرعات، تصرفات محاباتی یا اقل از عوض المثل به قصد فرار از دین (ونه معوضات محض) بکار رود. بنابراین درباره تبرعات و معوضات محاباتی یا اقل از عوض-المثل می‌توان مستنداً به لاضرر مقررات مربوط را تحلیل کرد و عنداللزوم به تنقیح مناط دست زد. ولی در خصوص معوضات محض که عدم نفوذشان مناسبتی با اصول و مبانی کلی مورد احترام مقنن ما ندارد باید تا حد ممکن تفسیر مضیق نمود.

ج) مبنای قانونی

نصوصی که ممکن است مستند احیای مفاد ماده ۲۱۸ محذوف قرار گیرند عبارتند از: اصل چهارم قانون اساسی، ماده ۶۵ قانون مدنی، مادتين ۴۲۴ و ۵۰۰ قانون تجارت و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت-های مالی مصوب ۱۳۵۱ که به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرند.

۱. اصل چهارم قانون اساسی

بعضی از استادان حقوق اصل چهارم قانون اساسی را که مقرر می‌دارد: «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» مستند احیای ماده ۲۱۸ محذوف قرار داده‌اند.^۱ اما به شرحی که قبلاً گفته شد این اصل چیزی بیش از مفاد لاضرر را انشا نمی‌کند و از سویی لاضرر نمی‌تواند عدم نفوذ تمامی انواع معاملات به قصد فرار از دین را توجیه کند. وانگهی، اگر قرار باشد به استناد اصل چهارم مفاد ماده ۲۱۸ را احیا کنیم، در این صورت حذف این ماده عملاً لغو

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، صص ۲۵۷ و ۲۵۸.

خواهد بود. از طرفی اینکه همراه با ماده ۲۱۸ به علاوه ماده ۱۰۳۶ نیز که آنهم مورد دیگری از سوءاستفاده از حق را ممنوع می‌کرد حذف شده است به ما می‌فهماند که منظور قانونگذار حذف مفاد ماده ۲۱۸ بوده است.

۲. ماده ۶۵ قانون مدنی

ماده ۶۵ ق.م. که مقرر می‌دارد: «صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است» یکی از مستندات عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین است. بعضی از استادان، ضمن اعتقاد به عدم خصوصیت عقد وقف در این ماده، نهایتاً عدم نفوذ تمامی معوضات و تبرعات به قصد فرار از دین را استنتاج کرده‌اند.^۱ لیکن به نظر می‌رسد چون عقد وقف نسبت به دیگر تبرعات و حتی معوضات محاباتی یا اقل از عوض المثل از حیث ورود ضرر یا عدم شرطیت قصد قربت^۲ خصوصیتی ندارد و از طرفی چون عدم نفوذ تبرعات، معوضات محاباتی و اقل از عوض المثل به قصد فرار از دین به شرحی که آمد متکی به لاضرر است، می‌توان با تنقیح مناط در نهایت عدم نفوذ تمامی اینگونه تصرفات را از ماده ۶۵ ق.م. استنباط نمود ولی از آنجایی که معوضات محض فی نفسه ضرری نیستند، و از این جهت نسبت به وقف واجد خصوصیت‌اند، و به علاوه عدم نفوذ معوضات محض را به شرحی که گذشت خلاف اصول کلی دانستیم، برخلاف این اساتید معتقدیم که از ماده ۶۵ ق.م. نمی‌توان عدم نفوذ معوضات محض به قصد فرار از دین را استنتاج نمود.

۳. مادتين ۴۲۴ و ۵۰۰ قانون تجارت

بعضی از استادان این دو ماده را که به ترتیب درباره عدم نفوذ معاملات به قصد فرار از دین تاجر متوقف قبل از تاریخ توقف، و عدم نفوذ معاملات

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۵۷.

۲- درباره مشروط نبودن صحت وقف به قصد قربت رك: امام خمینی، تحریر الوسیله،

ج ۲، ص ۶۴ - محمد باقر صدر، حاشیه منهای الصالحین، ج ۲، ص ۲۴۰ - دکتر سید حسن امامی،

حقوق مدنی، ج ۱، ص ۶۹ - دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۵۷.

به قصد فرار از دین تاجر ورشکسته پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی، آنهم تحت شرایط و احکام خاصی انشا شده مستند احیاء ماده ۲۱۸ قراردادها^۱. ولی قابل ذکر است که ماده ۴۲۴ اولاً در قسمت تعیین نصاب ربع برای ضرر و نیز حکم فسخ، که ظاهراً به معنای اصطلاحی آن است^۲، با مقررات مربوط به عدم نفوذ هر معامله ضرری به قصد فرار از دین موضوع ماده ۲۱۸ مخذوف یا مواد مشابه منطبق نیست. به علاوه تاجر نسبت به مدیون عادی موضوع ماده ۲۱۸ چنان خصوصیتی دارد که مانع تعمیم احکام مربوط به معاملات تجار به غیر آنها می شود. کما اینکه درباره تاجر حکم ورشکستگی مقرر شده ولی مقررات مربوط به افلاس مدیون عادی نسخ نگردیده است. از همه مهمتر آنکه مفاد ماده ۴۲۴ گرچه مربوط به معاملات تاجر قبل از توقف است، ولی فسخ یا عدم نفوذ آنها صرفاً در دوران توقف پیش بینی شده فلذا نمی توان فسخ معامله به قصد فرار از دین مدیون عادی را که تاجر یا قابل توقف نمی باشد، از ماده ۴۲۴ استنتاج کرد. درباره استناد به ماده ۵۰۰ ق. ت. برای احیای مفاد ماده ۲۱۸ نیز اشکالات مشابهی وارد است.

۴. ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۵۱

این ماده که تمامی تبرعات و معوضات به قصد فرار از دیون لازم-الاجرا را «تحت شرایطی» غیر نافذ دانسته و انتقال دهنده را کلاهبردار شمرده است^۳ یکی دیگر از مستندات طرفداران احیای ماده ۲۱۸ می باشد^۴.

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۵۹ و ۲۶۰.

۲- دکتر حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ج ۴، ص ۱۸۷- ولی دکتر کاتوزیان با، قدری تردید، تعبیر «قابل فسخ» را در ماده ۴۲۴ به معنی عدم نفوذ گرفته است (رك: قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۵۹).

۳- متعاقب حذف ماده ۲۱۸، کمیسیون آ.د.م. اداره حقوقی معتقد به نسخ ضمنی ماده ۴ گردید که مخالفت کمیسیون قانون مدنی با این نظریه موجب شد که نهایتاً اداره حقوقی دادگستری در نظریه رسمی خود بر عدم نسخ ماده ۴ تصریح کند. (در این زمینه رك: پرونده ۶۸/۷۶/۱۳۷۹ اداره حقوقی دادگستری).

۴- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۵۹، ۲۶۰ و ۲۹۰.

ولی واقع این است که عدم نفوذ در ماده ۴ آنهم تحت شرایط ویژه‌ای مقید به فرار از دیون لازم‌الاجرا شده که این دیون از آنجایی که به خاطر لازم‌الاجرا بودن نسبت به دیون عادی موضوع ماده ۲۱۸ واجد خصوصیت‌اند، نمی‌توان حکم ماده ۴ را برخلاف اقتضای اصول اولیه به تمامی معاملات به قصد فرار از دیون عادی نیز سرایت داد.^۱ کما اینکه از نظریات حقوقدانان عضو کمیسیون حقوق مدنی اداره حقوقی دادگستری و نظریه رسمی این اداره نیز همین عقیده استنباط می‌شود.^۲

از آنچه درباره مبنای قانونی معامله به قصد فرار از دین گفتیم این نتیجه به دست می‌آید که معوضات محض بدهکار که به قصد فرار از دیون عادی صورت می‌گیرد «برخلاف تبرعات، معوضات محاباتی و اقل از عوض المثل» صحیح می‌باشند ولی تمامی معوضات و تبرعات و معاملاتی که مدیون به قصد فرار از دیون لازم‌الاجرا انجام می‌دهد غیرنافذاند. از سویی همه معاملات تاجر قبل از تاریخ توقف که به قصد فرار از دین و توام با ورود ضرر به میزان بیش از ربع قیمت حین‌المعامله صورت می‌گیرند قابل فسخ یا به قولی غیر نافذ می‌باشند و همینطور همه معاملات به قصد فرار از دین تاجر ورشکسته در دوران حکومت قرارداد ارفاقی غیرنافذاند.

قسمت دوم: دعوی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین

در این قسمت به ترتیب شرایط و آثار این دعوی را مورد بحث قرار می‌دهیم.

۱- برای شرح بیشتر درباره خاص بودن ماده ۴ و عدم امکان تعمیم احکام آن رك: صص ۸۲ تا ۸۵ پایان‌نامه اینجانب.

۲- رك: پرونده ۷۶/۱۲۷۹ / ۶۸/ اداره حقوقی دادگستری و جوابیه شماره ۷/۵۷۵ / ۶۹/۱/۲۳ این اداره.

الف) شرایط دعوی

در اینجا به ترتیب شروط مربوط به طلب، شرط مربوط به داین، شروط مربوط به تصرف، شروط مربوط به مدیون و نهایتاً شرط مربوط به طرف قرارداد را بررسی می‌کنیم.

۱. شروط مربوط به طلب

در ابتدا، مسلم، منجز و حال بودن طلب و سپس تقدم طلب بر تصرف را مورد بحث قرار می‌دهیم. حکم تمیزی شماره ۹۸۵ مورخ ۱۳۱۷/۴/۳۰ شعبه سوم دیوان عالی کشور^۱ و نیز رای وحدت رویه قضایی شماره ۲۹۴ مورخ ۱۳۳۷/۱۰/۲۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور^۲ بر ضرورت مسلم بودن دین (معلوم و خالی از منازعه بودن آن) تصریح کرده‌اند. لذا حقوقدانان در ضرورت مسلم بودن دین تردید نکرده‌اند^۳، ولی درباره منجز بودن طلب نصی در حقوق ما دیده نمی‌شود، مع الوصف حقوقدانان مستنداً به سیاق ماده ۴ یاد شده، فلسفه طرح دعوی - که همانا توقیف مورد معامله و استیفای طلب از محل آن می‌باشد - و نیز اتکا به لزوم تفسیر مضیق از قواعد خلاف اصل، معتقد به ضرورت منجز بودن طلب شده‌اند^۴. اینک باید دید آیا ضروری است که طلب، علاوه بر مسلم و منجز بودن، حال نیز باشد؟ گفتنی است که به علت فقد حکم یا نص صریحی در این باره، جای اختلاف باقی است. به طوری که بعضی از استادان با قدری تردید، با همان استدلالهای مربوط به تنجز طلب معتقد به ضرورت حال

۱- متن حکم تمیزی را در دانشنامه حقوقی ج ۳، ص ۵۷۰ تالیف دکتر لنگرودی ملاحظه کنید.

۲- متن رأی وحدت رویه را در آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی مدنی از سال ۲۸ تا ۴۲، ج ۲، ص ۳۲۶ ملاحظه کنید.

۳- دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۶۳ - دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۷۸.

۴- دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۶۳ تا ۱۶۵ - دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۷۹.

بودن طلب شده‌اند^۱ ولی برخی دیگر با اندک تردید گفته‌اند: «از نظر اصول حقوقی پذیرفتن دعوی طلبکار مؤجل نیز حقی است مسلم، جز اینکه تا مدتی اجرای آن بایستی به تاخیر بیفتد^۲».

در قلمرو فقه نیز با وجودی که فقهای امامیه، حنبلی، شافعی و مالکی، برخلاف بعضی آراء در مذهب حنفی، نوعاً شرط حجر را استغراق اموال در دیون حال (ونه مؤجل) دانسته‌اند^۳ و آیت‌الله منتظری نیز، در مستندات ذکر شده، اشکال در صحت معامله به قصد فرار از دین را مربوط به دین حال می‌دانند، ولی از بیانات ملامحمدنراقی عدم نفوذ تبرعات، معوضات محاباتی و اقل از عوض‌المثل به قصد فرار از دین مؤجل نیز استفاده می‌شود^۴.

از نظر ما در چنین مواردی، که موضوع در فقه و حقوق مردد و اختلافی است حق این است که باید ضمن توسل به اصول عملی، و در مانحن‌فیه با توسل به اصل صحت و قاعده تفسیر مضیق قواعد خلاف اصل، معتقد به ضرورت حال بودن طلب شد.

از سویدی، دربارهٔ تقدم طلب بر تصرف در حقوق ایران، باید گفت که ضرورت چنین تقدمی در هیچیک از متون قانونی نیامده ولی دکترین، لزوم آنرا از دو راه استنباط نموده است:

اول: اثبات قصد فرار از دین که از جمله شرایط استماع دعوی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین است، فرع بر وجود دین وداین است و در تصرفات مقدم بر طلب، قصد فرار از دین (طلب) موضوعیتی

۱- دکتر سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، صص ۱۶۳ تا ۱۶۵.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، صص ۱۸۷ تا ۲۸۰.

۳- دکتر سنهوری، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ج ۵، ص ۱۳۷ - امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۱۸ - محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح‌الکرامه، ج ۵، ص ۳۱۲.
- محمد جواد مغینه، الفقه علی‌المذاهب الخمسه، ص ۶۴۶.

۴- ملامحمد نراقی، مشارق‌الاحکام، ص ۹۰.

ندارد.^۱

دوم: تصرفی را می‌توان مشمول دعوی مذکور قرارداد که مضر به حال دیان باشد و وثیقه عمومی طلب را کاهش دهد، در حالی که تصرف مقدم بر طلب چنین اثراتی را بدنبال ندارد و طلبکاران نیز باتکلی دارایی‌های مدیون در دوران قبل از تحقق طلب اقدام به معامله با وی نکرده‌اند.^۲

حقوقدانان ایرانی ضمن پذیرش لزوم تقدم طلب بر تصرف، استثنائاً در موارد خاصی، که مدیون تقلب را مستقیماً متوجه دیان آینده‌اش نماید و پیشاپیش روشی را که منجر به انهدام وثایق معاملات بعدی او با طلبکاران آینده‌اش باشد اتخاذ کند. معتقد به قابلیت طرح دعوی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین آینده نیز شده‌اند.^۳

اما از نظر رویه قضایی گرچه در يك رأی تمیزی بر ضرورت تقدم طلب بر تصرف تصریح شده^۴ ولی حکم قضیه در رویه محاکم ایران کماکان مجمل باقی مانده است.^۵ رای وحدت رویه یاد شده نیز با وجود آن که ظاهراً متعاقب اختلاف دو شعبه پنج و شش دیوان عالی کشور پیرامون ضرورت تحقق دین پیش از وقوع معامله یا عدم چنین ضرورتی صادر شده ولی این اختلاف را صریحاً حل نکرده است.^۶ به علاوه به خاطر

۱- دکتر سنه‌وری، الوسیط ج ۲، صص ۱۰۲۲ و ۱۰۲۳ - دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲ ص ۲۸۱.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۸۱ - دکتر عبداله‌جید-

الحکیم، الهوجز، ج ۲، ص ۸۵ - دکتر سنه‌وری، الوسیط، ج ۲، صص ۱۰۲۲ و ۱۰۲۳.

۳- دکتر سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۶۶ - دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، صص ۳۲۵ و ۳۲۶، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۸۱ - دکتر سید محمود کاشانی، نظریه تقلب نسبت به قانون «حیل»، ص ۱۹۱ - پلینول وریپر، ج ۲، ش ۳۱۶ ص ۱۸۷ (متن انگلیسی).

۴- برای دیدن متن رأی رك: دکتر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی ج ۳ ص ۵۷۱.

۵- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۸۱ - دکتر سید

محمود کاشانی، همان منبع، ص ۱۹۱.

۶- دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۳۰.

حذف ماده ۲۱۸، که این رأی ناظر به آن انشا شده است، نمی‌توان در مانحن‌فیه به رأی وحدت رویه استناد نمود. اما به نظر می‌رسد که با توجه به ظاهر ماده ۴ یاد شده که «مبتنی بر تقدم طلب بر معامله انشا شده» و نیز با عنایت به لزوم تفسیر مضیق امور خلاف اصل، و نیز ملاحظه اینکه حین انجام معامله، تکلیف قانونی برای فردی که بعداً بدهکار می‌شود وجود ندارد، تحت هیچ شرایطی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین آتی در حقوق ایران توجیه قابل اعتمادی ندارد.

۲. شرط مربوط به طلبکار : ذی نفع بودن در دعوی

نخستین شرط پذیرش هر دعوی این است که اقامه‌کننده آن، نفعی معقول در صدور حکم داشته باشد (ماده ۲ ق.آ.د.م.). اثرات این شرط در مانحن‌فیه عبارتند از :

الف) هرگاه حین دادرسی یا هنگام تعقیب عملیات اجرایی، به هر نحو ممکن خسارت داین جبران شود از آنجائی که عملاً نفع وی در ادامه دعوا یا پیگیری اجرا از بین می‌رود و ضمن جبران خسارت، وضع او به حالت قبل از معامله برمی‌گردد، بستانکار نمی‌تواند دادرسی یا اجرا را تعقیب کند^۱

ب) داین نمی‌تواند به معاملاتتی که ابطال آنها برایش نفعی ندارد اعتراض کند، مانند مورد انتقال مرهونه‌ای که معادل طلب بستانکار خاصی است یا مورد انتقال مستثنیات دین^۲. در ابطال وصیت نیز داین نفعی ندارد، زیرا در زمان حیات، چیزی از دارایی مدیون نمی‌کاهد، بعد از مرگ نیز اجرای آن طبق قاعده «لا ترکه الا بعد سداد الدیون» منوط به تصفیة

۱- دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، صص ۱۰۳۵ و ۱۰۳۶ - دکتر عبدالمجید حکیم، الموجز، ج ۲، ش ۱۷۶ و ۱۷۷.

۲- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، صص ۲۸۲ و ۲۸۳ - دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، ص ۱۰۲۱.

کامل بدهی‌هاست^۱ کما اینکه فقها نیز با همین استدلال، حتی وصیت صادره از مفلس را صحیح دانسته‌اند.^۲

ج) اثر دیگر شرطیت ذی‌نفع بودن داین در حقوق متصل به شخصیت مدیون «که استیفای این حقوق مخصوص اوست» ظاهر می‌شود، مانند مورد اسقاط حق رجوع به عین موهوبه در عقد هبه^۳، یا موارد اسقاط یا بلااستفاده‌گذاردن حق مطالبه خسارت معنوی یا مطالبه نفقه در برابر مسئول آنها^۴، یا موارد رد وصیت یا رد هبه، چون رد مذکور از حقوق متصل به شخصیت موصی‌له یا موهوب‌له است و دیگران نمی‌توانند به جای این دو اقدام به قبول نمایند.^۵

۳. شروط مربوط به تصرف

برای تحقق معامله به قصد فرار از دین باید يك عمل حقوقی مالی که ضروری و مفقر نیز باشد انجام گیرد. بنابراین در ارتباط با تصرف نخست از انجام عمل حقوقی مالی و سپس از شرط ضروری و مفقر بودن آن سخن می‌گوییم.

بلاشك فقط عمل حقوقی مالی قابل اعتراض است. لذا تعهدات غیر قراردادی^۶ یا اعمال حقوقی غیر مالی مانند نکاح، طلاق یا اقرار به نسب،

-
- ۱- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۷۴ - دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، ص ۱۰۱۰ - دکتر عبدالمجید حکیم، الموجز، ج ۲، ص ۸۶.
 - ۲- محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح‌الکرامه، ج ۵، ص ۳۱۶ - علامه حلی، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۲، ص ۶۵.
 - ۳- دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، ص ۱۰۲۱.
 - ۴- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، صص ۲۷۴ و ۲۷۵ - پلینول وریپر ج ۲ ش ۳۱۰ ص ۱۸۳ (متن انگلیسی).
 - ۵- دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، صص ۱۰۱۳ و ۱۰۱۹.
 - ۶- دکتر صفایی، منبع یاد شده، ص ۱۵۸ - دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۷۱ - دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، ص ۱۰۹ - دکتر عبدالمجید حکیم، الموجز، ج ۲، ص ۸۵.

بدان جهت که فی نفسه مالی نیستند و جنبه معنوی و شخصی آنها بر آثار مالی غیر مستقیم آنها غلبه دارد، از قلمرو اعتراض داین و مقررات مربوط به معامله به قصد فرار از دین خارج است. مثلاً اگر مردی به قصد فرار از دین، ضمن عقد ازدواج، و به علت تکلیف به مهر یا ملزم شدن به نفقه که یکی از آثار نکاح و از دیون ممتاز است، خود را در وضعی قرار دهد که بستانکار نتواند طلبش را وصول کند، اصل نکاح را نمی‌توان ابطال نمود.^۱ اما هرگاه زوجین، ضمن تبانی، مهریه‌ای گزاف مقرر کرده باشند، گرچه اصل نکاح صحیح است ولی قرارداد مهر غیرنافذ است.^۲ درباره حکم قرارداد مهر گزاف در حالی که قصد فرار از دین صرفاً داعی شخصی زوج بوده و زوجه با او تبانی نکرده باشد موضوع در حقوق کشورها اختلافی است.^۳

اما چون میان عقد و ایقاع از حیث ورود ضرر به دیان و کاستن وثیقه عمومی تفاوتی وجود ندارد می‌توان ایقاع به قصد فرار از دین را به عنوان يك عمل حقوقی مالی مورد اعتراض قرار داد، کما اینکه تصرفات غیر ناقله و محدودکننده همانند رهن نیز قابل ابطال‌اند، لیکن به هر تقدیر نمی‌توان خودداری مدیون از افزایش دارایی (مانند رد وصیت بر مبنای ایقاع بودن وصیت و یا ردهبه) یا امتناع مدیون از کاهش التزامات را مشمول اعتراض دیان قرارداد، و همچنین درباره رد ابرا یا رد ترکه غیر مستغرق، در حقوق ما، موردی برای اعتراض وجود ندارد زیرا به موجب ماده ۲۸۹ ق.م. در حقوق ایران از نظریه ایقاع بودن ابرا تبعیت شده و رد ابرا غیر مؤثر است. رد ترکه غیر مستغرق نیز از آنجایی که طبق ماده ۲۵۴ قانون امور حسبی مانع مالکیت قهری وارث (مدیون)

۱- دکتر صفائی، منبع یاد شده، ص ۱۵۸ - دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۷۴ - دکتر عبداله‌مجید حکیم، الموجز، ج ۲، ص ۸۸.

۲- دکتر سنه‌وری، الوسیط، ج ۲، ص ۱۰۴۶ - دکتر کاتوزیان، همان محل - دکتر صفایی، همان محل.

۳- برای شرح بیشتر در این باره رک: پایان‌نامه اینجانب صص ۱۱۶ تا ۱۱۸.

بر مابقی تر که (پس از تصفیة دیون) نمی باشد از قلمرو اعتراض خارج است^۱ ولی افزودن متقلبانة التزامات (مانند قرض متقلبانه) در ماده ۲۳۷ قانون مدنی جدید مصر، و نیز ماده ۲۶۳ قانون مدنی عراق و همینطور در حقوق ایران و فرانسه، به اعتقاد برخی از علمای حقوق، قابل ابطال شناخته شده است^۲. درباره ایفای متقلبانة دیون، بعضی از استادان حقوق ایران به خاطر سکوت مقنن و خروج موضوعی ایفای دین از شمول عنوان معامله، نهایتاً آنرا قابل اعتراض ندانسته اند^۳ ولی بعضی دیگر آنرا مشمول عنوان معامله و قابل ابطال دانسته اند^۴. در فقه نیز مساله اختلافی است^۵ و به هر تقدیر از نظر ما قابل ابطال نبودن ایفای متقلبانة دیون به خاطر استظهار آن به قاعده تسلیط و قاعده لزوم تفسیر مضیق امور خلاف اصل، قوی تر به نظر می رسد^۶.

از طرفی، درباره ضرری و مفقر بودن تصرف باید گفت که بر لزوم ضرری بودن تصرف در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی و مادتين ۴۲۴ و ۵۰۰ قانون تجارت و بر ضرورت مفقر بودن تصرف، یعنی منجر شدن آن به اعسار یا افزایش اعسار، در ماده ۴ یاد شده و يك رای تمیزی^۷ تصریح شده است. به علاوه فلسفه طرح دعوی عدم نفوذ که همانا جبران ضرر است و نیز ضرورت ذی نفع بودن داین در دعوی،

۱- برای شرح بیشتر درباره شمول اعتراض به ایقاعات و تصرفات غیر ناقله و عدم شمول اعتراض به موارد امتناع از افزایش حقوق یا کاهش التزامات، رك: پایان نامه اینجانب: صص ۱۱۸ تا ۱۲۵.

۲- دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، صص ۱۰۱۳ و ۱۰۱۴ - الموجز ج ۲ ص ۹۱ - دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۷۵ - پلینول وریپر، ج ۲، ش ۳۰۸، ص ۱۸۲ (متن انگلیسی).

۳- دکتر صفایی، منبع یاد شده، ص ۱۶۱ - دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۷۶.

۴- دکتر کاشانی، منبع یاد شده، ص ۷۹ پاورقی.

۵- ابن رشد، بدایة المجهت، ج ۲، ص ۲۸۱ - ملا محمد نراقی، مشارق الاحکام، ص ۹۰.

۶- برای شرح و تطبیق بیشتر در این باره، رك: پایان نامه اینجانب صص ۱۲۷ تا ۱۳۱.

۷- رأی شماره ۹۸۵ مورخ ۱۳۱۷/۴/۳۰، شعبه سوم دیوان عالی کشور.

به شرحی که گذشت، و همینطور پذیرفتن لاضرر به عنوان مبنای بخش وسیعی از معاملات محل بحث، جملگی به وضوح براقضای ضرری و مفقر بودن تصرف دلالت دارند، کما اینکه برخی از استادان حقوق این دو شرط را به عنوان شرایط عقلی تحقق معامله به قصد فرار از دین قلمداد کرده‌اند.^۱ بنابراین صرف ضرری بودن معامله کافی نیست بلکه، علاوه بر آن، تصرف باید مفقر باشد چنانکه خودداری از تملك یا امتناع از کاهش التزامات، به شرحی که آمد، عرفاً ضرری هستند ولی چون موجب کاستن حقوق موجود نبوده و مفقر نمی‌باشند از قلمرو اعتراض دیان خارج‌اند.^۲

۴. شرط مربوط به مدیون: قصد فرار از دین

مقنن در همه مواد مربوط به معاملات محل بحث بر ضرورت قصد فرار از دین یا معنای مترادف آن (قصد اضرار به دیان) کراراً تصریح نموده، لیکن هیچ اماره یا قرینه‌ای برای کشف قصد مزبور ارائه نداده است. البته همانطور که در ذیل ماده ۴ مذکور نیز آمده می‌توان با عنایت به اوضاع و احوال و بهره‌گیری از آنها از طریق اماره قضایی قصد مزبور را احراز کرد. چنانکه دکترین و ندرتاً محاکم ایران برای رفع خلاء مربوط به اماره قانونی، اموری را برای اثبات قصد فرار از دین اماره قرار داده‌اند^۳ که از جمله آنها اقدام به معامله در مواقع گذشتن موعد پرداخت یا نزدیک بودن آن است^۴ در تأیید این امر، یک رای اصراری نیز صادر شده است

۱- دکتر سید محمود کاشانی، منبع یاد شده، ص ۱۸۷.

۲- عبدالمجید الحکیم، الموجز، ج ۲، ص ۸۶ و ۸۹ - دکتر سنهوری، الوسیط ج ۲ ص ۱۰۱۲ و ۱۰۲۸ - دکتر کاشانی، منبع یاد شده، ص ۱۸۵ و ۱۸۶ - پلینول وریپر ج ۲، ش ۳۱۰، ص ۱۸۳ (متن انگلیسی).

۳- برای شرح بیشتر درباره این امارات رك: پایان‌نامه اینجانب ص ۱۳۹ تا ۱۴۱.

۴- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۲۹ - دکتر مهدی شهیدی، جزوه تعهدات (تقریرات درس حقوق مدنی ۳ در دانشگاه شهید بهشتی)، ص ۴۱ - دکتر صفایی، منبع یاد شده، ص ۱۶۷ - دکتر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۲۵.

که به موجب آن اگر برای وصول دین اجراییه صادر شده باشد و مدیون ظرف ده روزی که برای پرداخت دین مهلت دارد اموالش را منتقل کند قصد فرار از دین محرز شناخته شده است.^۱

۵. شرط مربوط به طرف قرارداد: علم به قصد مدیون

معاملات موضوع ماده ۶۵ ق.م. و مادتين ۴۲۴ و ۵۰۰ ق.ت. علی-الاطلاق و قطع نظر از علم یا جهل طرف قرارداد به قصد مدیون غیر نافذ محسوب شده‌اند، لیکن در ماده ۴ مذکور استیغای طلب از مال مورد انتقال منوط به علم منتقل‌الیه یا ولی قانونی او به قصد مدیون شده است. در بخش اول ماده نیز، چون فرض بر این است که مال مدیون به صغیر تحت ولایت او منتقل می‌شود و مدیون خود به ولایت انتقال را می‌پذیرد، علم نماینده قانونی منتقل‌الیه در انجام معامله مفروض است.^۲

بعضی از استادان برای حل تعارض مذکور میان ماده ۴ و دیگر مواد، ضمن تأکید بر عدم خصوصیت وقف در ماده ۶۵ ق.م. و سپس تعمیم حکم این ماده به تمامی تبرعات و نیز با تأکید بر عدم خصوصیت دیون لازم‌الاجرا در ماده ۴، به جمع میان این دو ماده دست زده و نهایتاً همانند حقوق خارجی درباره تمامی تبرعات «برخلاف معوضات» علم طرف قرارداد را به قصد مدیون شرط ندانسته‌اند.^۳ اما این نظر با توجه به اینکه تعارض میان ماده ۴ و مادتين ۴۲۴ و ۵۰۰ قانون تجارت را مسکوت گذارده و دلیلی کافی برای تقیید اطلاق ماده ۴ به معوضات ارایه نمی‌کند قابل ایراد است. به نظر می‌رسد که ماده ۴ که «مؤخر بر ماده ۶۵ ق.م. و مادتين ۴۲۴ و ۵۰۰ است» مقید اطلاق این مواد در قسمت عدم شرطیت

۱- برای شرح بیشتر درباره رأی اصراری رك: موازین قضایی هیات عمومی دیوانعالی کشور (مدنی)، ج ۴، با مقدمه دکتر عبدالحسین علی‌آبادی، ص ۴۵۹ به بعد.

۲- دکتر صفایی، منع یاد شده، ص ۱۷۰ - دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۲۸.

۳- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، صص ۲۸۸ تا ۲۹۰.

علم طرف قرارداد است و از این حیث آنها را نسخ ضمنی نموده است، به طوری که در وضعیت کنونی حقوق ایران عدم نفوذ هر نوع معامله به قصد فرار از دین «در چارچوب هریک از مواد یاد شده» منوط به علم طرف قرارداد به قصد مدیون است. چون هرگاه عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین لازم الاجرا منوط به علم منتقل الیه به قصد مدیون باشد به طریق اولی این معنا درباره دین عادی نیز صادق است. زیرا دین لازم الاجرا همه ویژگیهای دین عادی را نیز دارد. به علاوه معقول نیست عدم نفوذ تبرعات به قصد فرار از دیون عادی موضوع مواد ۴۲۴ و ۵۰۰ را منوط به علم طرف قرارداد به قصد مدیون نکنیم ولی در مورد این دین به محض صدور اجرائیه و لازم الاجرا شدن آن برای حکم به عدم نفوذ، قایل به شرطیت علم منتقل الیه شویم، کما اینکه معقول نیست درباره معوضات به قصد فرار از دیون عادی موضوع مادتين ۴۲۴ و ۵۰۰ قانون تجارت برخلاف معوضات به قصد فرار از دیون لازم الاجرای موضوع ماده ۴، یا آنکه درباره تبرعات به قصد فرار از دیون عادی موضوع ماده ۵۶، ۴۲۴ و ۵۰۰ برخلاف تبرعات موضوع ماده ۴، قایل به شرطیت علم طرف قرارداد به قصد مدیون نباشیم. آنچه استنباط ما را تأیید می کند، ضرورت تفسیر هماهنگ مواد و نیز لزوم تفسیر مضیق امور خلاف اصل است، چون هرچه شرایط عدم نفوذ را گسترده تر و موارد آن را محدودتر کنیم به اصل صحت و استحکام معاملات نزدیکتر می شویم.

ب) آثار دعوی

۱. خواننده دعوی

درباره قابلیت و ضرورت طرح دعوی علیه طرف قرارداد، از این رو که پیروزی داین مستلزم نادیده گرفتن حق اوست، تردیدی نیست، اما امکان طرح دعوی علیه مدیون اختلافی است؛ به طوری که برخی از حقوقدانان خارجی برخلاف «حقوق رم باستان» دعوی را فقط علیه

طرف قرارداد قابل استماع می‌دانند و در تعلیل آن به ذی‌نفع بودن، در صورت خلع ید، استناد نموده‌اند.^۱

اما باید متذکر شد ملاک شرکت در دعوی فقط ذی‌نفع بودن در محل نزاع نیست بلکه از جمله باید دید ارکان اصلی دعوی، و در مانحن‌فیه وجود طلب و قصد فرار از دین، را در قبال چه شخصی باید اثبات کرد؟ و چون این امور بایستی در قبال مدیون ثابت شوند، طرح دعوی علیه وی مدلل می‌شود.^۱ از طرفی دیگر، اصولاً نمی‌توان گفت که بدهکار هیچ نفعی در دعوی ندارد چون در صورت پیروزی داین در حدود ماده ۴، وی باید مجازات و تبعات کلاهبرداری را تحمل کند و در مواردی، علاوه بر رد عین یا ثمن ممکن است ضامن جبران خساراتی نیز باشد. گویا توجه به مراتب یاد شده موجب گردیده است که حقوق‌دانان ایران معتقد به طرح دعوی علیه مدیون و طرف قرارداد شوند.^۳

۲. ماهیت حکم صادره و اثر آن نسبت به طلبکار مباشر دعوی

همه حقوق‌دانانی که متعرض معامله به قصد فرار از دین شده‌اند آن را غیر نافذ شمرده‌اند^۴ اما باید دید آیا مراد از عدم نفوذ، معنای مصطلح و سنتی آن در حقوق ماست یا اینکه مراد، غیر قابل استناد بودن معامله در قبال دیان (ونه دیگران) یا به عبارتی عدم نفوذ نسبی است؟ حقوق‌دانان عضو کمیسیونهای آئین دادرسی مدنی و قانون مدنی اداره حقوقی دادگستری، در پاسخ به سؤال مشابهی، از نظریه عدم نفوذ نسبی معاملات موضوع ماده ۴ پیروی کرده‌اند.^۵ بعضی از استادان حقوق

۱- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۹۴.

۲- دکتر کاتوزیان، همان محل.

۳- دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۲۸- دکتر کاتوزیان، قواعد

عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۹۴- دکتر صفایی، منبع یاد شده، ص ۱۷۲.

۴- دکتر صفایی، منبع یاد شده، ص ۱۷۱- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی،

ج ۱، ص ۲۲۷- دکتر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۲۴- دکتر مهدی

شهیدی، منبع یاد شده ص ۴۰.

۵- رك: پرونده ۱۲۷۹/۷۶ ۱۶۸ اداره حقوقی دادگستری.

نیز از همین تفسیر در ماده ۴ پیروی کرده‌اند.^۱ در تعلیل این عقیده گفته شده است: «در این ماده سخنی از ابطال معامله در میان نیست، تنها به طلبکار حق می‌دهد که از عین مال مورد انتقال طلب خود را استیفا کند بدون اینکه انتقال را ابطال کند. بی‌گمان در رابطه میان طلبکار (مدعی) و منتقل الیه معامله مورد اعتراض در حکم باطل است و به همین جهت طلبکار می‌تواند همچون فرضی که مال هنوز به بدهکار (انتقال دهنده) تعلق دارد از محل فروش یا تملک آن، طلبش را استیفا کند. لیکن این حکم رابطه حقوقی میان بدهکار و انتقال گیرنده را حذف نمی‌کند... این اثر نسبی و محدود با مفهوم متعارف بطلان و عدم نفوذ یکسان نیست و این تفاوت عمده را دارد که سبب بی‌اعتباری معامله بطور مطلق نمیشود»^۲.

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا علاوه بر معاملات موضوع ماده ۴، می‌توان معاملات موضوع ماده ۶۵ ق.م.و ۴۲۴ و ۵۰۰ قانون تجارت را نیز که ظاهراً عدم نفوذ متعارف و مطلق را انشا کرده‌اند محکوم به عدم نفوذ نسبی دانست؟ و بدینگونه تعارض میان ظاهر ماده ۴ و دیگر مواد را حل نمود؟

استاد دکتر کاتوزیان ظاهراً به خاطر حل تعارض مواد و رایه تفسیر هماهنگ میان آنها و به لحاظ آنکه میان دیون عادی و لازم‌الاجرا تفاوت مؤثری را قایل نبوده‌اند معتقد شده‌اند که عدم نفوذ در ماده ۶۵ ق.م.و نیز مانند ماده ۴ به معنی نسبی آن یعنی غیر قابل استناد بودن معامله استعمال شده است.^۳ ما نیز به خاطر ضرورت تفسیر هماهنگ و با استدلال‌هایی مشابه استدلال‌های مربوط به شرطیت علم طرف قرارداد به قصد مدیون در نهایت با نظر ایشان موافقیم، به‌ویژه آنکه قاعده تفسیر مضیق امور خلاف اصل

۱- دکتر صفایی، منبع یاد شده، ص ۱۷۲ - دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۹۱.

۲- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۹۱.

۳- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۹۳.

نیز مقتضی آن است که حتی المقدور دامنه عدم نفوذ گسترده نشود و غیر نافذ بودن معامله صرفاً در معنای نسبی و محدود آن «ونه در معنای مطلق و عام آن» تفسیر شود.

۳. اثر حکم نسبت به سایر طلبکاران

در حقوق ما رویه قضایی هنوز مجال آنرا نیافته است که درباره اثر حکم در مانحن فیه تصمیم بگیرد مع الوصف بعضی از استادان حقوق ضمن اعتماد به دکتترین حقوقی و رویه محاکم فرانسه و تأکید بر این مطلب که در حقوق کنونی طلبکار دعوی را به نام شخص خود طرح می کند نهایتاً شایسته دیده اند که از حکم دعوی فقط طلبکار مباشر دعوی سودبرد و قرارداد در ارتباط بین دو طرف و سایر طلبکاران به اعتبار خود باقی بماند. به علاوه ظاهر ماده ۴ را نیز مؤید نظریه خود دانسته اند.^۱

لیکن باید گفت اعتماد به حقوق خارجی در مانحن فیه، خصوصاً که مساله در حقوق کشورها اختلافی است^۲ خالی از اشکال نیست. به علاوه قطع نظر از آنکه ظاهر ماده ۴ مؤید نظر ایشان نیست ظاهر مواد ۶۵، ۴۲۴ و ۵۰۰ صراحتاً مفید نظریه استفاده عموم دیان است. از طرفی غرض از دعوی ابقای اموال مورد انتقال در زمره وثیقه عمومی دیان است. فلذا موردی ندارد که برخلاف اصول تساوی و انصاف قایل به ترجیح بلامرجح یک داین بر دیگر بستانکارانی باشیم که نوعاً بخاطر عدم اطلاع نتوانسته اند در دعوی شرکت کنند.^۳

آنچه این استنباط را تأیید می کند این است که استفاده عموم دیان، به مفهوم متعارف و سنتی عدم نفوذ (مطلق) در حقوق ما نزدیکتر است، کما اینکه استاد کاتوزیان نظریه استفاده عموم دیان را نیز در حقوق ما

۱- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۹۳.

۲- برای مطالعه تطبیقی در این باره رك: صص ۱۵۹ تا ۱۴۶ پایان نامه اینجانب.

۳- دلایل موافقین تصویب ماده ۲۴۰ ق.م. جدید مصر در مجلس قانونگذاری (به نقل

از: دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، صص ۱۰۵۱ و ۱۰۶۴).

محتمل و قابل توجیه دانسته‌اند.^۱

۴. اثر حکم در روابط طلبکار با متعاملین

این اثر را در چهار فرض متفاوت بررسی می‌کنیم:

اول: در صورتی که مورد انتقال عینی بوده باشد که در دارایی طرف قرارداد موجود است حکم صادره موجب می‌شود که عین کماکان ملك مدیون شناخته شود و مانند موردی که گویی اصلاً از تحت وثیقه عمومی دیان خارج نشده است بستانکار می‌تواند «بدون آنکه داخل غرمای طرف قرارداد شود» از محل عین استیغای طلب کند.^۲

دوم: اگر مورد انتقال در اموال طرف قرارداد نباشد داین کار بخصوصی نمی‌تواند انجام دهد و مجبور است در حد يك بستانکار عادی ضمن ورود در دیگر غرما بدون هیچ تقدیمی درباره طلبش اقدام کند.

سوم: هرگاه مورد انتقال عینی بوده باشد، که در مالکیت اولین منتقل الیه به واسطه بی‌احتیاطی یا به نحو قهری تلف شده باشد، داین طبق مقررات مربوط به غصب از حق رجوع و مطالبه مثل با قیمت برخوردار می‌باشد.^۳

چهارم: در حالتی که اولین منتقل الیه، عینی را طی معامله‌ای به دیگری منتقل کرده باشد بعضی از استادان به استناد سکوت ماده ۴ و اصول و منطق حقوقی فقط امکان خلع ید منتقل الیه بعدی با سوء نیت (عالم به قصد مدیون) را پذیرفته‌اند^۴ که ما نیز با آن موافق هستیم.

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۹۳ - البته ایشان نهایتاً نظریه استفاده انحصاری داین مباشر دعوی را قوی‌تر دانسته و آنرا پذیرفته‌اند. (رك: همان محل).

۲- دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، ص ۱۰۵۹ - پلینول وریپر، ج ۲، ش ۳۳۰ و ۳۳۱ ص ۱۹۳ (متن انگلیسی).

۳- دکتر سنهوری، الوسیط، ج ۲، ص ۱۰۶۱.

۴- دکتر سیدحسین صفایی، منبع یاد شده، ص ۱۷۳.

۵. اثر حکم در روابط مدیون و انتقال گیرندگان

در مواردی که طلب صرفاً از محل بخشی از مورد انتقال استیفا می‌شود مابقی، ملك منتقل‌الیه محسوب می‌گردد و وی، ضمن برخورداری از خیار تبعض صفقه، می‌تواند به مابقی اکتفا کند، و در باره محرومیت از بخشی از مورد معامله و نیز در خصوص انواع خسارات در چارچوب مقررات غصب اقدام کند.^۱

نتیجه قسمت دوم :

(الف) برای استماع دعوی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین می‌بایستی مدیون پس از تحقق دین مستحق‌الاداء، به قصد فرار از آن، اقدام به یک عمل حقوقی مالی (اعم از عقد یا ایقاع، ناقل یا غیر ناقل) و در عین حال ضرری و مفقر نماید. از سویی داین باید در طرح دعوی ذی‌نفع باشد و طرف قرارداد نیز عالم به قصد مدیون باشد. به هر حال ایفای متقلبانه دیون، برخلاف افزودن حيله گرانه التزامات، مشمول دعوی قرار نمی‌گیرد.

(ب) حکم صادره در دعوی، معامله را صرفاً در قبال همه دیان (اعم از مباشر و غیر مباشر) غیر قابل استناد می‌کند ولی معامله، میان طرفین قرارداد و دیگران نافذ است. هرگاه پس از صدور حکم، عین مورد انتقال در دارایی منتقل‌الیه موجود باشد قابل استرداد است و گرنه داین صرفاً باید ضمن ورود در دیگر غرما نسبت به وصول طلبش اقدام کند و در حالی که عین مزبور در مالکیت اولین منتقل‌الیه قهراً یا به واسطه بی‌احتیاطی تلف شده باشد مراجعه به منتقل‌الیه بر مبنای مقررات غصب ممکن است و در حالتی که اولین منتقل‌الیه عین را طی معامله‌ای به دیگری منتقل کرده باشد صرفاً می‌توان آن را از ید هر انتقال گیرنده بعدی دارای سوءنیت خارج نمود.

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۹۵.