

تصرفات حقوقی منافی حق مشتری در بیع معلق

تاریخ دریافت: ۹۶/۲/۱

تاریخ تأیید: ۹۶/۳/۲۱

جواد نیک‌نژاد*

چکیده

در بیع معلق با تعلیق در منشأ، اثر عقد قبل از تحقق معلق علیه حاصل نمی‌شود؛ ولی پرسش قابل طرح این است که آیا در دوران تعلیق برای مشتری حقی نسبت به مبیع عین معین ایجاد می‌شود؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، وضعیت حقوقی تصرفات حقوقی معارض با این حق چیست؟ برخی از حقوقدانان به ایجاد گونه‌ای از حق ابتدایی مسلم برای مشتری نسبت به مبیع عین معین اعتقاد دارند. برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند در این دوران مشتری به وجود اعتباری اقتضایی دارای مالکیت نسبت به مبیع است و بالأخره عده‌ای از فقهای امامیه به مالکیت معلق برای مشتری باور دارند. همچنین در خصوص وضعیت حقوقی تصرفات حقوقی معارض با حق مشتری برخی از استادان حقوق به عدم نفوذ معتقدند. فرضیه ما در این تحقیق آن است که مشتری در دوره تعلیق نسبت به مبیع عین معین دارای نوعی حق عینی ابتدایی بوده و معامله معارض با بیع نسبت به مبیع در وضعیت مراعی می‌باشد تا اینکه تکلیف معلق علیه مشخص شود؛ به عبارت دیگر در صورت تحقق معلق علیه کشف می‌شود معامله غیرنافذ بوده؛ ولی در صورت عدم تحقق معلق علیه کشف می‌شود معامله معارض صحیح و نافذ بوده است.

واژگان کلیدی: معلق علیه، غیرنافذ، مراعی، مقتضی، مانع.

* استادیار دانشگاه آزاد قائم‌شهر j.niknejad@yahoo.com

مقدمه

در حقوق ایران بیع معلق با تعلیق در منشأ عقد صحیحی است که اصالة‌اللزوم شامل حال آن می‌شود و در دوران تعلیق آثاری نیز بر آن مترتب خواهد شد. آنچه از نظر فقهی و حقوقی شایسته بررسی و تحقیق می‌باشد، تعیین آثار عقد مذکور قبل از تحقق معلق‌علیه است و در این خصوص پرسشی که پاسخ به آن از اهمیت بسیاری برخوردار می‌باشد، این است که آیا در دوره مذکور حقی برای مشتری نسبت به مبیع ایجاد می‌شود یا خیر و در صورت مثبت‌بودن پاسخ، ماهیت حق مذکور چیست؟ ضمناً ضمانت اجرای اقدامات و تصرفات حقوقی منافی با حق مشتری توسط بایع در دوره مذکور چیست؟ با بررسی فقهی و حقوقی مسئله به نظر می‌رسد با توجه به اینکه نظر اکثریت فقهای امامیه بطلان مطلق عقد معلق، اعم از تعلیق در انشاء و منشأ بوده، عنایت چندانی هم از جانب آنان نسبت به آثار این عقد نشده است؛ زیرا بر عقد باطل اثری مترتب نیست تا قابل بررسی باشد؛ از سوی دیگر فقهایی مثل شیخ انصاری که بین عقد معلق با تعلیق در انشاء و منشأ تفاوت قائل شده و تعلیق در انشاء را باطل و تعلیق در منشأ را صحیح دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۹۳، ص ۲۷۵-۲۷۹)، همه تلاش خود را در جهت پاسخ به ایرادهای مطروحه از سوی فقهایی مصروف داشته‌اند که به بطلان کلیه عقود معلق معتقد بوده‌اند و در این رابطه عنایت آن‌چنانی به آثار عقد معلق نکرده‌اند. حقوقدانان نیز در آثار خود با توجه به عدم تعیین تکلیف صریح وضعیت عقد معلق توسط قانون‌گذار و پیشینه فقهی مسئله، بیشتر در خصوص اعتبار عقد معلق قلم‌فرسایی نموده و راجع به آثار عقد معلق عنایت کمتری داشته‌اند و فقط برخی از حقوقدانان در کتب خود راجع به این موضوع که آیا مشتری قبل از تحقق معلق‌علیه دارای حقی نسبت به مبیع می‌باشد، به‌اختصار بحث کرده‌اند. بدیهی است بحث در خصوص ضمانت اجرای معامله ناقل عین توسط بایع در دوران تعلیق، فرع بر شناسایی حقی برای مشتری در دوره مذکور می‌باشد. اکثر حقوقدانان به وجود حق برای مشتری در دوره مذکور معتقدند؛ اما در خصوص وضعیت فقهی و حقوقی معاملات معارض توسط بایع در مبیع قبل از تحقق معلق‌علیه فقها اظهار نظری ننموده‌اند؛ همین‌طور بیشتر حقوقدانان از کنار مسئله عبور کرده‌اند و فقط برخی از آنان معتقدند معامله

مذکور غیرنافذ است.

فرضیه ما در این تحقیق آن است که مشتری در دوره تعلیق نسبت به مبیع عین معین صاحب گونه‌ای از حق عینی است که مورد حمایت قانون‌گذار می‌باشد و تجاوز به این حق توسط بایع دارای ضمانت اجرای حقوقی می‌باشد و به دلیل اینکه معامله معارض مذکور از نظر مقتضی کامل است، ولی مانعی بر سر راه تاثیرگذاری مقتضی موجود است، معامله موصوف در وضعیت مراعی (در حال انتظار) است و این انتظار تا زمان تحقق معلق‌علیه باقی است تا اینکه تکلیف معلق‌علیه مشخص گردد. چنانچه معلق‌علیه تحقق یابد، کشف می‌شود که معامله غیرنافذ بوده؛ ولی در صورتی که معلق‌علیه تحقق پیدا نکند، با توجه به زوال مانع (حق مشتری نسبت به مبیع) کشف می‌شود که معامله صحیح بوده است.

۱۵۱

۱. ماهیت حق مشتری نسبت به مبیع قبل از تحقق معلق‌علیه

عقد معلق با تعلیق در منشأ عقدی است که در آن عقد منجزاً واقع می‌شود، ولی منشأ آن، یعنی محصول انشاء تحقق پیدا نمی‌کند؛ بلکه پس از تحقق معلق‌علیه واقع می‌شود؛ لذا با توجه به مراتب فوق در عقد بیع مشتری قبل از تحقق معلق‌علیه مالک مبیع نمی‌شود؛ ولی پرسش قابل طرح این است که آیا در این دوران حقی برای مشتری نیز ایجاد می‌شود یا خیر؟ در ذیل نظر فقها و حقوقدانان را در خصوص حق مشتری در دوران مذکور تبیین و سپس نظر برگزیده نگارنده ارائه و تحلیل می‌شود.

۱-۱. حق مالکیت معلق

به باور شیخ انصاری مالکیت بر دو قسم است: مالکیت منجز و مالکیت معلق و معتقد است که در اثر عقد معلق با تعلیق در منشأ مالکیتی که برای مشتری ایجاد می‌شود، مالکیت معلق می‌باشد (همان، ص ۲۷۸). برخی دیگر از نویسندگان معتقدند در بیع معلق، با تعلیق در منشأ، فروشنده ملکیت بعد از حصول شرط را از زمان عقد انشاء کرده و این ملکیت هرچند فعلیت ندارد، به هر حال گریبان بایع را گرفته و او را بدان ملزم ساخته است. این الزام مستلزم حقی برای خریدار در مبیع است؛ حقی که باید از

سوی حاکم حمایت شود؛ لذا فروشنده نمی‌تواند در مبیع تصرفی بکند که امکان وفای به عقد پس از حصول شرط را از وی سلب کند (قنواتی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴). دکتر کاتوزیان نیز از برخی نویسندگان فرانسوی نقل قول کرده است که «در اثر عقد معلق برای طلبکار حق نیز به وجود می‌آید؛ منتها چون این حق، معلق است، از تمام اوصاف طلب ساده و بدون شرط بهره ندارد. در عقود معلق نیز با وقوع تراضی اصل حق و دین به وجود می‌آید و آنچه در واقع منوط به حصول شرط می‌شود، نفوذ آن است» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۶۳).

۲-۱. حق مالکیت به وجود اقتضایی

برخی از حقوقدانان در تعریف عقد منجز گفته‌اند: «عقدی است که منشأ در حین عقد به وجود نهایی موجود گردد؛ ولی عقد معلق عقدی است که بعد از ختم ایجاب و قبول، منشأ به وجود اقتضایی موجود می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۷). پس منشأ که اثر عقد معلق است، بلافاصله در وعاء اعتبار وجود پیدا می‌کند؛ با این همه، آثار مزبور از هر حیث به آثار عقد منجز شباهت ندارد؛ مثلاً اگر تعلیق، علیه مشتری باشد و قبل از حصول معلق‌علیه، مشتری ورشکست شود، نمی‌توان مبیع را به طلبکاران او تحویل نمود. اگر بخواهیم این واقعیت خارجی را با اصطلاحات مربوط به «وجود اعتباری» بیان کنیم، باید بگوییم: «اثر عقد معلق، قبل از حصول معلق‌علیه، وجود اعتباری ناقصی دارد. این وجود را می‌توان به‌اختصار "وجود اقتضایی" نامید». وجود اقتضایی فعلیت دارد و علامت فعلیت آن این است که «اصالة‌اللزوم در عقود» به محض ختم عقد و قبل از حصول معلق‌علیه، شامل آن می‌شود و متعاقدين عقد معلق به عذر تعلیق، حق فسخ آن را ندارند (همان، ص ۴۷). وجود اقتضایی، اقتضای این امر را دارد که بعد از حصول معلق‌علیه به مرحله کمال برسد. وقتی به مرحله کمال رسید، وجود مزبور را می‌توان در مقابل وجود اقتضایی، «وجود نهایی» نامید (همان). نویسنده مذکور در جای دیگر حق خریدار در عقد معلق را حق مالکیت متزلزل نامیده است (همو، ۱۳۸۰، ص ۱۰۵). این استاد در کتاب فرهنگ عناصرشناسی یکی از عناصر بیع معلق را حدوث یک حق به نفع طرف به محض انعقاد عقد دانسته و در مورد برخی از آثار این

حق گفته است اگر بایع در این دوران مبیع را به دیگری بفروشد، بیع ثانی معامله معارض است (همو، ۱۳۹۲، ص ۱۹۹).

۳-۱. حق عینی ابتدایی مسلم

برخی از استادان حقوق معتقدند ممکن است بدو به نظر برسد عقد معلق پیش از وقوع معلق علیه هیچ اثر حقوقی ندارد، از این جهت که حتی ماهیت عقد در این مرحله تحقق نیافته است و تبعاً آثار آن هم موجود نخواهد شد. این توجیه در تحلیل مکانیسم عقد، قابل قبول به نظر می‌رسد؛ اما با در نظر آوردن سرنوشت نهایی عقد و امکان حدوث معلق علیه و در نتیجه انتقال حق مربوط به عین معین، مانند مالکیت عین در عقد تملیکی یا لزوم وفای به تعهد در عقود عهدی، باید پذیرفت که صرف انشای طرفین عقد معلق، پیش از تحقق ماهیت اعتباری عقد، نوعی حق و تعهد ابتدایی در دوره انتظار به وجود می‌آورد که موضوع آن منحصرأً حفظ مورد عقد در وضعیت زمان انشاء تا معلوم شدن سرنوشت نهایی عقد است؛ مثلاً در عقد بیع معلق یک خانه به اقتضای اراده انشایی طرفین، فروشنده متعهد به نگه داشتن خانه از جهت مادی و حقوقی در شرایط زمان انشای عقد است و نمی‌تواند تصرف ناقل عین یا منفعت یا حق مربوط به مورد معامله یا تصرف مادی که موجب تغییر عینی مورد معامله شود تا روشن شدن وضعیت نهایی معلق علیه داشته باشد (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۷۸)؛ همان‌طور که برای خریدار نوعی حق عینی ابتدایی نسبت به آن خانه به وجود می‌آید (همان) نه حق احتمالی که موضوع آن، جلوگیری متعهد یا ناقل از هرگونه تصرف معارض با حق متعهدله یا منتقل‌الیه در صورت وقوع معلق علیه می‌باشد (همان، ص ۱۰۶).

۴-۱. حق خاص و قابل حمایت

برخی دیگر از استادان حقوق معتقدند در اثر عقد معلق، حق خاصی به وجود می‌آید که از حیث آثار و خصوصیات میانه امید به صاحب حق شدن و اصل آن است و همین حق زمینه تحقق طلب اصلی را تشکیل می‌دهد و در اثر وقوع شرط به آن تبدیل می‌شود. بنابراین عقد معلق نیز درجه ضعیف همان حق اصلی را بین طرفین ایجاد

می‌کند و قانون نیز این حق مقدماتی و ضعیف را محترم می‌شمارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۶۳) و در ادامه گفته‌اند: «از تحلیلی که درباره معنای تعلیق در عقود شد، به خوبی بر می‌آید که در عقد معلق، دو طرف وضع خاصی را در روابط خود انشاء می‌کنند که قابلیت تبدیل به حق اصلی و مورد نظر را دارد. این وضع خاص، در عین حال که یکی از اسباب ایجاد حق منجز است، خود نیز وجود اعتباری مستقل دارد و حقوق و تکالیفی از آن ناشی می‌شود که بنا بر اصل حاکمیت اراده، قابل احترام است؛ متنها آثار این وضع نیز متناسب با ماهیت آن است و با حقوق و تکالیف وضع اصلی تفاوت کامل دارد. تعهدی که در انشای معلق ایجاد می‌شود، همان تعهد اصلی و مورد نظر طرفین نیست؛ زیرا هیچ یک از صفات و ویژگی‌های آن را ندارد و به دشواری می‌توان تصور حقی را کرد که موجود است، ولی نفوذ و اثر حقوقی ندارد (همو، ۱۳۷۵، ص ۲۱۳). برخی از نویسندگان نیز برای مشتری در دوره تعلیق قائل به وجود یک «حق موجود، ولی ناقص» شده‌اند (یزدانیان، ۱۳۸۹، ص ۳۲۱)؛ ولی گفته‌اند که نام این حق، مالکیت نیست (همان، ص ۳۲۲).

۵-۱. نظر برگزیده

در مقام داوری بین نظریات فوق باید گفت نظر اول که قائل به وجود مالکیت معلق برای مشتری در دوران تعلیق می‌باشد، دچار این ایراد است که مالکیت معلق با عدم مالکیت یکی است و قابل تصور نمی‌باشد (قنوتی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴). نظر دوم از لحاظ اینکه رابطه مقدماتی یکی از مقتضیات ایجاد تعهد است، درست به نظر می‌رسد؛ ولی این توهم را نباید ایجاد کند که هنوز رابطه‌ای بین طرفین محقق نشده و فقط اقتضای آن ایجاد گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۵۷)؛ پس از این لحاظ دارای ایراد بوده و قابل قبول نیست؛ ولی دیدگاه‌های سوم و چهارم به نظر می‌رسد شبیه هم و قابل قبول باشند؛ زیرا در اینکه در اثر عقد معلق حقی برای مشتری در دوران تعلیق ایجاد می‌شود، بین حقوقدانان اتفاق نظر وجود دارد و منطق حقوقی نیز دلالت بر آن دارد و راجع به ماهیت این حق نیز می‌توان گفت حق مذکور که موضوع آن عین معین است، از اقسام حق عینی محسوب می‌شود؛ زیرا با تعریف حق عینی که عبارت است از «حقی است

که شخص به‌طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به چیزی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن استفاده کند» (همو، ۱۳۸۴، ص ۱۴)، کاملاً انطباق دارد و مشتری در دوران تعلیق مستقیماً نسبت به مبیع یک نوع حقی به دست می‌آورد که این حق به‌طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به مال ایجاد می‌شود و به موجب آن، مشتری می‌تواند با بیع را از تصرفات حقوقی و مادی منافی با حق خود منع کند. از طرف دیگر هیچ دلیلی بر حصر حقوق عینی وجود ندارد و لزومی ندارد که حق عینی فقط منحصر در اقسام شناخته‌شده از قبیل مالکیت، انتفاع و ارتفاق باشد؛ بلکه همان‌طور که در عالم تکوین مثلاً لامپ‌های متعدد با ظرفیت نوردهی متفاوت موجود است، از قبیل ۴۰ ولت، ۱۰۰ ولت و ۴۰۰ ولت، حق اشخاص نسبت به عین اموال نیز درجات متعددی دارد که کامل‌ترین آن، مالکیت می‌باشد؛ ولی درجات ضعیف‌تر از آن هم موجود است که مورد حمایت قانون‌گذار می‌باشد که یکی از مصادیق بارز آن، حق مشتری نسبت به مبیع قبل از تحقق معلق‌علیه در عقد معلق می‌باشد. یکی از فقهای امامیه در بررسی حقوقی که ثالث در مبیع داشته و به اصطلاح مبیع را از طلق بودن خارج می‌کند به ۲۲ مورد اشاره نموده است (تستری، [بی‌تا]، ص ۱۴۰-۲۱۲). البته موارد بسیاری که ایشان بیان کرده است، مربوط به مسائل بردگان است و امروزه کاربرد خود را از دست داده است، مانند شرط عتیق برده در ضمن عقد لازم. مواردی که امروزه کاربرد دارند، عبارت است از بیع مال موقوفه، بیع عین مرهونه توسط راهن، خیار متعلق به عین قبل از بیع، تعلق حق موصی‌له به موصی به بعد از مرگ موصی و قبل از قبول موصی‌له - بنا بر این نظر که ورثه قبل از قبول موصی‌له حق تصرف در مورد وصیت را ندارند، تعلق حق شفعه به مال، تعلق حق طلبکاران به مال مفلس یا میت، تعلق حق مضمون‌له به مال در صورتی که شرط ادای ضمان از آن مال شده باشد، عدم تمامیت سبب ملک در معاوضات، مانند بیع صرف و سلم قبل از قبض در مجلس، عدم تمامیت سبب ملک در تصرفات تبرعی مانند هبه و هدیه و صدقه قبل از قبض - بنا بر نظری که قبض را شرط لزوم می‌داند، ممنوع بودن بیع به دلیل سوگند بر عدم بیع یا شرط عدم بیع بر موصی‌له، نذر متعلق به عین قبل از بیع، تعیین هدی (گوسفند یا گاو یا شتر) برای ذبح در حج (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۲، ص ۲۹۲). اگرچه در کلام محقق تستری به حق ناشی از عقد معلق برای مشتری

در دوران تعلیق اشاره‌ای نشده است، ولی به سهولت با قیاس برخی از مصادیق از جمله شرط عتق برده و شرط عدم بیع بر موصی‌له که از مصادیق شرط فعل بوده، می‌توان حق مشتری را نیز استنباط نمود؛ زیرا اگر حقوق ناشی از شرط که جزء تعهدی تبعی بوده، از مصادیق مذکور باشد، به طریق اولی حقی که برای مشتری در دوران تعلیق ایجاد می‌شود، مشمول مصادیق فوق خواهد شد.

از سوی دیگر در تحلیل دیگری از ماهیت حق مشتری نسبت به مبیع در دوره تعلیق می‌توان گفت در دوره مذکور یکی از آثاری که بر عقد معلق بار می‌شود، این است که به موجب آن، بایع متعهد به حفظ مبیع در وضعیت و موقعیتی است که مبیع در زمان عقد دارد و عدم انجام تصرفات منافی حق مشتری بر بایع شرط می‌شود؛ برای اینکه هر عقد معلق به دلالت التزامی متضمن یک شرط نتیجه ضمنی مبنی بر سلب حق انتقال به غیر در دوره تعلیق یا حداقل متضمن یک نوع شرط فعل منفی مبنی بر تعهد بر عدم انتقال به غیر از سوی بایع در برابر مشتری می‌باشد که در این صورت همان‌گونه که نویسندگان حقوقی گفته‌اند حقی که برای مشروط‌له (مشتری) در اثر شرط نتیجه نسبت به مبیع حاصل می‌شود، حق عینی است و در خصوص شرط فعل اگرچه برخی معتقدند حقی که برای مشروط‌له ایجاد می‌شود، حق دینی است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۷)؛ ولی عده‌ای دیگر با عنایت به اینکه موضوع شرط فعل مال معینی است برای مشروط‌له حق عینی قائل می‌باشند (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۹۴ / جواد آملی، ۹۱/۹/۲۸)؛ لذا به نظر می‌رسد حقی که برای مشتری در عقد معلق در دوره تعلیق ایجاد می‌شود، نوعی حق عینی است.

۲. وضعیت حقوقی معامله معارض بایع نسبت به مبیع قبل از تحقق معلق علیه

با عنایت به اینکه در دوره تعلیق بایع متعهد به حفظ مبیع بوده و از تصرفات حقوقی منافی حق مشتری ممنوع می‌باشد، پرسشی که قابل طرح می‌باشد، این است که چنانچه بایع در دوره مذکور تصرف منافی حق مشتری انجام دهد، مثلاً مبیع را به شخص دیگری بفروشد، وضعیت حقوقی معامله معارض حق مشتری چیست؟ با بررسی آثار

فقهای امامیه و حقوقدانان باید گفت که علی‌رغم اهمیت موضوع، موضوع مذکور توسط فقهای امامیه مطرح نگردیده است و در مورد حقوقدانان نیز باید گفت مسئله مذکور مورد عنایت بیشتر استادان یا نویسندگان قرار نگرفته است و اندک کسانی هم که به طرح موضوع پرداخته‌اند، با ذکر اجمالی مسئله از کنار آن عبور نموده‌اند و بقیه نیز صرفاً به تکرار نظریه‌های این بزرگان اکتفا نموده‌اند.

در این نوشتار علاوه بر طرح نظریه عدم نفوذ و نقد آن سعی شده است با طرح وضعیت‌های حقوقی دیگری که بنا به برخی وجوه شبیه وضعیت حقوقی معامله معارض مذکور است و تطبیق مسئله با آنها و با ذکر نقاط اشتراک و افتراق به تجزیه و تحلیل کامل موضوع پرداخته شود و سپس نسبت به ارائه و تبیین نظر برگزیده نگارنده اقدام گردد.

۱-۲. وضعیت صحت مطلق

ممکن است با عنایت به اینکه بائع در دوران تعلیق، مالک مبیع است، به استناد مالکیت وی و ماده ۳۰ قانون مدنی و اصل تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) قائل به صحت معامله مذکور باشیم؛ چون با وقوع بیع معلق، مشتری مالک مبیع نمی‌شود و کماکان مالکیت مبیع برای بائع می‌باشد و می‌تواند هر گونه تصرفی که بخواهد، در مایملک خود به عمل بیاورد و معامله مذکور کلیه شرایط صحت از جمله شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ به بعد قانون مدنی را دارا می‌باشد؛ لذا خللی در صحت آن وارد نیست. در این صورت ممکن است این سؤال پیش آید که تکلیف عقد معلق چیست؟ در پاسخ به مسئله ممکن است برای مشتری در بیع معلق حق دینی متصور باشیم؛ زیرا با توجه به نظر حقوقدانان در دوره تعلیق بائع متعهد به حفظ مبیع می‌باشد که از این تعریف شاید استنباط شود حقی که برای مشتری ایجاد می‌شود، نوعی حق دینی است؛ همان‌گونه که برخی از نویسندگان قائل به محدود و محصور بودن حق عینی هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۸) که قطعاً از نظر آنها حق مشتری در دوره تعلیق مشمول حق مذکور نخواهد شد. لازمه تحلیل مذکور صحت معامله معارض موصوف می‌باشد؛ زیرا مسئله دایر مدار تعارض بین حق عینی و دینی بوده که بنا به تلقی برخی نویسندگان حقوقی، تقدم با

حق عینی است؛ منتهی مراتب عقد معلق در ما نحن فیه به قوت خود باقی است و مشتری عقد مذکور می‌تواند با اخذ وحدت ملاک از ماده ۲۴۰ قانون مدنی نسبت به فسخ آن اقدام نموده و در صورت اثبات وقوع خسارت از بایع مطالبه خسارت نماید، گرچه اثبات خسارت و ارکان مسئولیت مدنی در ما نحن فیه در نهایت دشواری است. با اندکی تدقیق در مسئله، سستی نظریه مذکور روشن می‌شود؛ زیرا اگرچه بایع در دوران تعلیق، مالک مبیع است، ولی مالکیت وی در این دوران طلق نمی‌باشد، بلکه به علت وجود حق مشتری نسبت به عین مبیع، دارای اختیارات محدودی بوده و تصرفاتش محدود به حفظ حقوق مشتری است. از سوی دیگر استناد به قاعده تسلیط در ما نحن فیه وافی به مقصود نیست؛ زیرا تصرفات حقوقی معارض بایع نسبت به مبیع به ضرر مشتری می‌باشد و به استناد قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی و ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی امکان‌پذیر نیست؛ چون لاضرر حاکم بر تسلیط می‌باشد؛ ضمناً صرف نظر از اینکه ماهیت حق مشتری در دوره تعلیق به نظر ما نوعی حق عینی بوده و نه حق دینی - زیرا نه تنها هیچ دلیلی بر حصر حقوق عینی وجود ندارد - رابطه‌ای که بین مشتری و مبیع در دوره تعلیق ایجاد می‌شود، رابطه‌ای مستقیم بوده که با تعریف و خصوصیات حق عینی انطباق دارد؛ لذا مسئله از مصادیق تعارض بین دو حق دینی و عینی نیست، بلکه دوران امر بین دو حق عینی است که طبعاً حقی که از نظر زمانی زودتر ایجاد شده است، شایسته احترام و تقدم است؛ البته نگارنده معتقد است حتی اگر ماهیت حق مشتری نوعی حق دینی هم می‌بود، باز هم استدلال فوق پذیرفتنی نیست؛ زیرا بر خلاف ادعای برخی نویسندگان مبنی بر تقدم حق عینی بر حق دینی در صورت تعارض آنها هیچ مستندی در نظام فقهی و حقوقی ما در این مورد وجود ندارد، بلکه بررسی استقرایی مواد قانون مدنی، عکس نظر مذکور را نشان می‌دهد و قانون‌گذار ما از کلیه حقوق اعم از عینی و دینی حمایت نموده و هیچ‌گاه حقی که صرف عینی بودن بر حق دینی مورد تقدم قرار نگرفته است، بلکه ملاک تاریخ ایجاد حق است و طبعاً حقی که زودتر ایجاد شده است، بر حقی که دیرتر ایجاد شده است، مقدم می‌باشد. ضمناً در خصوص این نکته که ممکن است برخی قائل به وجود نوعی شرط فعل منفی حقوقی به‌طور ضمنی در عقد معلق باشند، باید گفت

حتی اگر قائل به این نظر باشیم، باز هم باید گفت حقی که برای مشروطه در مبیع در اثر شرط فعل مذکور ایجاد می‌شود، حق دینی نیست؛ زیرا رابطه طرفین فقط دایر مدار تعهد نیست، بلکه در رابطه مذکور یک عین معین که موضوع تعهد است نیز وجود دارد که کاملاً دلالت بر وجود حق عینی برای مشروطه دارد.

۲-۲. وضعیت بطلان مطلق

همان‌گونه که در مباحث قبلی گذشت، در دوره تعلیق مالک مبیع، بایع است و فقط یک حق عینی برای مشتری ایجاد می‌شود که حق مذکور مبیع را از طلق بودن خارج می‌کند؛ لذا مسئله وضعیت حقوقی معامله معارض مذکور دایر مدار بررسی وضعیت حقوقی فروش مبیعی که طلق نیست، می‌باشد. در بررسی وضعیت حقوقی فروش مبیعی که موضوع شرط فعل بوده، از قبیل فروش مبیع به شرط اینکه مشتری آن را وقف نماید و... در فقه امامیه سه نظر مطرح شده است که عبارت است از: ۱. نظریه صحت مطلقاً؛ ۲. نظریه عدم نفوذ؛ ۳. نظریه بطلان مطلقاً؛ یعنی چه با اجازه و چه بدون اجازه. یکی از نظریه‌هایی که در این خصوص مطرح شده است، بطلان مطلق معامله معارض است و اجازه یا عدم اجازه صاحب حق تأثیری در قضیه ندارد. در نظریه مذکور مطرح شده است که معامله معارض حق ثالث را نمی‌توان غیرنافذ دانست؛ زیرا معامله غیرنافذ مثل معامله فضولی، اکراهی و... که موقوف به اجازه است، مختص موردی است که رضای مالک موجود نیست و با الحاق اجازه بعدی مالک (معامله فضولی) یا مکره که او نیز طرف عقد است، معامله نافذ و دارای اثر حقوقی خواهد شد؛ ولی در ما نحن فیه مشتری بیع معلق مالک مبیع نیست تا اجازه وی برای عقد لازم باشد و به آن نفوذ حقوقی ببخشد؛ زیرا مشتری در معامله‌ای که فیما بین بایع و طرف قرارداد بایع منعقد می‌شود، بیگانه بوده و یکی از اطراف عقد نیست که با اجازه وی عقد کامل شود؛ لذا قیاس معامله مذکور با معامله فضولی قیاس مع الفارق می‌باشد؛ لذا ادعای عدم نفوذ چنین معامله‌ای به استناد قیاس اولویت با معامله فضولی با توجه به اینکه ارکان قیاس در آن موجود نیست، صحیح نیست (جوادی آملی، ۹۱/۹/۲۷).

در مقام نقد نظریه مذکور باید گفت قیاس اولویت قیاسی است که علت حکم در

فرع قوی‌تر از اصل باشد (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۱۹۲) که این تعریف کاملاً با بحث مذکور منطبق است؛ زیرا وجه اولویت در ما نحن فیه از این منظر است که وقتی در معامله فضولی که نسبت به مال غیر معامله‌ای انجام می‌شود، از نظر قانون‌گذار، آن معامله غیرنافذ است، به طریق اولی معامله‌ای را که مالک نسبت به مال خودش انجام می‌دهد حتی اگرچه مالکیت وی تام و کامل نیست، نباید باطل باشد. ضمناً با توجه به اینکه دلیل صریح بر بطلان چنین قراردادی در قانون مدنی موجود نیست و طبعاً مورد از مصادیق تردید میان صحت و بطلان به شمار می‌رود و برابر قواعد در صورت مردود بودن میان ضمانت اجرای خفیف و شدید، باید ضمانت اجرای خفیف‌تر را انتخاب کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ الف، ص ۱۴۹) که نتیجه منطقی این مطلب عدم بطلان معامله معارض حق مشتری در عقد معلق می‌باشد.

۳-۲. وضعیت عدم قابلیت استناد

یکی دیگر از وضعیت‌های حقوقی که ممکن است بگوییم ضمانت اجرای معامله معارض حق مشتری است و در حقوق فرانسه کاربرد فراوان دارد، مفهوم «عدم قابلیت استناد» است. اصولاً آثار مستقیم قرارداد گریبانگیر اشخاص ثالث نمی‌شود و حق و تکلیفی به نفع یا زیان آنها ایجاد نمی‌کند (اصل اثر نسبی قرارداد)؛ لیکن قرارداد به عنوان واقع‌های که رخ داده، می‌بایست توسط اشخاص ثالث مورد احترام قرار گیرد و حق انکار آن را ندارند (اصل قابلیت استناد قرارداد). با این حال گاهی اتفاق می‌افتد که به رغم معتبر بودن قرارداد میان طرفین، اشخاص ثالث الزامی به پذیرش آن ندارند (عدم قابلیت استناد). از آنجایی که این عمل باطل نیست، طرفین قرارداد را به یکدیگر مرتبط می‌کند؛ ولی ایشان نمی‌توانند از آن در مقابل اشخاص ثالث بهره ببرند؛ برای مثال وقتی قانون‌گذار به منظور حمایت از اشخاص ثالث دستور ثبت یا انتشار عملی را می‌دهد، ضمانت اجرای عدم انتشار، بطلان عمل حقوقی نیست، بلکه نتیجه آن، عدم قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث است (قبولی، ۱۳۹۱، ص ۲۹). از این قبیل است رهن اموال غیرمنقول در فرانسه، عدم ثبت انتقال سهام بانام در دفتر ثبت سهام شرکت‌های سهامی (ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت)، عدم پیش‌بینی شرط

محدودکننده اختیارات مدیران در شرکت با مسئولیت محدود در اساسنامه (ماده ۱۰۵ قانون تجارت) (قبولی، ۱۳۹۱، ص ۳۰).

ممکن است در بادی امر قائل به این باشیم که در صورت انجام معامله معارض نسبت به مبیع توسط بایع در دوران تعلیق معامله معارض مذکور فقط فیما بین طرفین آن معتبر بوده و در برابر مشتری بیع معلق قابل استناد نیست؛ ولی آنچه با تحلیل موضوع به دست می‌آید، این است که صرف نظر از اینکه به گفته برخی نویسندگان وضعیت عدم قابلیت استناد بیشتر یک ضمانت اجرای تجاری است و خاستگاه آن را بیشتر باید در امور تجاری جستجو کرد، افزون بر این بر فرض پذیرش ورود چنین وضعیتی به نظام حقوق مدنی ایران، همچنان تفاوت‌های آشکاری با مفهوم اصیل خود در حقوق فرانسه دارد؛ زیرا وضعیت عدم قابلیت استناد در مواردی کاربرد دارد که قانون‌گذار قصد حمایت از اشخاص ثالثی را دارد که از قرارداد منعقد میان طرفین، بی‌اطلاع‌اند و از این رهگذر، شخص ثالث متحمل ضرر خواهد شد، نه آنکه به‌طور کلی و در هر مورد، جهت حمایت از اشخاص ثالث از ضمانت اجرای مذکور استفاده شود (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۱۰). بنابراین وضعیت حقوقی معامله معارض بایع نسبت به مبیع قبل از تحقق معلق‌علیه با عقد غیرقابل استناد متفاوت است؛ زیرا قرارداد غیرقابل استناد قرارداد صحیحی است که در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست؛ درحالی‌که در صورتی که معلق‌علیه تحقق یابد، اعتقاد به صحت معامله معارض در نظام فقهی و حقوقی ما فاقد مبنای منطقی می‌باشد. ضمناً وضعیت غیرقابل استناد علی‌رغم شباهت ظاهری با برخی وضعیت‌های حقوقی به علت فقدان پیشینه فقهی بعید است مقصود نویسندگان قانون مدنی باشد؛ از طرف دیگر معلوم نیست اعتبار قرارداد فیما بین طرفین و عدم قابلیت استناد آن در برابر ثالث در عمل چه فایده‌ای بر آن مترتب می‌باشد؛ زیرا مثلاً در ما نحن فیه اگر قائل به عدم قابلیت استناد معامله معارض مذکور در برابر مشتری بیع معلق باشیم، معلوم نیست در صورت تحقق معلق‌علیه و انتقال مالکیت مبیع به مشتری مذکور تکلیف قرارداد معارض موصوف فیما بین طرفین دچار چه سرنوشتی می‌شود و وجود قرارداد و اعتبار آن فقط در رابطه طرفین با توجه به عدم وجود مبیع (به علت تحقق معلق‌علیه و انتقال مالکیت آن به مشتری بیع معلق) چه ثمره عملی دارد.

۴-۲. وضعیت عدم نفوذ

برخی استادان حقوق در خصوص ضمانت اجرای معامله معارض حق مشتری در بیع معلق گفته اند: «پس از انشای عقد معلق ناقل مربوط به عین معین و پیش از وقوع معلق علیه، وضعیت حقوقی نهایی هر نوع معامله موجب انتقال عین یا منفعت یا حق مربوط به عین مزبور که به وسیله مالک منعقد شود، نامعلوم است. اگر معلق علیه تحقق یابد، ماهیت عقد معلق نیز محقق می‌شود و مورد معامله به ملکیت طرف عقد معلق در خواهد آمد و در نتیجه عقد دوم باید غیرنافذ دانسته شود که با تنفیذ مالک فعلی نافذ می‌گردد و هرگاه معلق علیه واقع نشود، عقد معلق نیز تحقق پیدا نمی‌کند و عقد دوم در این صورت، نافذ است؛ اما صرف نظر از سرنوشت نهایی عقد دوم، باید دید عقد دوم پیش از حصول معلق علیه عقد اول از نظر حقوقی چه وضعیتی دارد (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۴) ناپیدا بودن وضعیت نهایی عقد معلق ملازمه با مجهول بودن وضعیت فعلی عقد دوم ندارد. تحقق ماهیت عقد معلق را به علت وابسته بودن تحقق آن به امر دیگر، باید پیش از وقوع معلق علیه، منتفی دانست که بر این اساس نمی‌توان آن را نافذ یا غیرنافذ تلقی کرد. اما عقد دوم که به طور منجز انشا شده است، در هر حال باید از نظر حقوقی وضعیتی داشته و صحیح، نافذ یا باطل باشد. روشن است که آن را نمی‌توان باطل دانست؛ زیرا در صورت بطلان، حتی پس از معلوم شدن عدم حصول معلق علیه عقد معلق نخست نیز عقد معلق دوم کأن لم یکن خواهد بود و نمی‌تواند اعتبار پیدا کند؛ همچنین بی‌تردید عقد مزبور نافذ هم نمی‌تواند باشد؛ چون پس از حصول معلق علیه عقد معلق اول، مورد عقد متعلق به منتقل‌الیه آن عقد معلق خواهد بود که بر اساس قول کشف نسبت به منافع و نمائات مورد معامله در فاصله بین انشاء تا تحقق معلق علیه، هیچ قسمت از منافع مورد معامله را نمی‌توان متعلق حق خریدار دوم دانست. بنابراین عقد دوم را در حالت پیش از تحقق معلق علیه نخست، باید غیرنافذ تلقی کرد؛ زیرا عدم نفوذ وضعیت هر عقدی است که فاقد رضای شخص مالک و دارنده حق نسبت به مورد عقد باشد» (همان، ص ۱۰۵).

برخی دیگر از استادان حقوق در این خصوص ضمن پذیرش نظریه نقل در صورت تحقق معلق علیه گفته‌اند: «برای حمایت از حقوق طلبکاران و ابطال

قراردادهایی که مدیون به منظور منتفی ساختن آنها می‌بندد، هیچ نیازی به کاشف‌بودن شرط نیست؛ زیرا در تحلیلی که از معنای تعلیق شد، دیدیم که در اثر عقد، حق خاصی ایجاد می‌شود که در حدود ماهیت خود نفوذ حقوقی دارد. این حق در برابر اشخاص ثالث نیز قابل استناد است و یکی از آثار آن، التزام به نگهداری مال موضوع تعهد است. در موردی که مالی به‌طورمعلق به کسی فروخته می‌شود، خریدار حق دارد در صورت وقوع شرط، آن را تملک کند و اگر فروشنده آن مال را به دیگری انتقال دهد، به این حق تجاوز کرده است و التزامی را که در باب تامین آن داشته، رعایت نکرده است؛ افزون بر آنکه اگر مالی به‌طورمعلق فروخته شود، با آنکه پیش از وقوع شرط انتقال انجام نمی‌شود، مالکیت این نقص را پیدا می‌کند که با تحقق شرط از بین می‌رود. حال اگر مالک همان مال را به دیگری منتقل کند، چون نمی‌تواند بیش از حقی که خود دارد به او بدهد، حق انتقال‌گیرنده نیز همان نقص را دارد و بنابراین به محض وقوع شرط، مالکیت خریدار نخست محقق می‌شود و انتقال دوم نمی‌تواند مانعی در این راه ایجاد کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۷۰).

در جای دیگر، نویسنده مذکور ضمن پذیرش تراضی بر کشف در عقد معلق گفته است: «در صورتی که دو طرف شرط (تحقق معلق علیه) را کاشف از انتقال قرار دهند، احترام به حقی که در اثر عقد ایجاد می‌شود اقتضا دارد که پس از وقوع شرط، تمام تصرفاتی که مانع از تملک مال از روز عقد است، ابطال شود» (همان، ص ۷۲). در تحلیل دیدگاه نویسنده مذکور باید گفت منظور ایشان از ابطال، عدم نفوذ معامله است که با رد مشتری بیع معلق باطل می‌شود. برخی از نویسندگان در مورد ضمانت اجرای بیعی که مبیع آن طلق نیست، قائل به عدم نفوذ شده و در این خصوص گفته‌اند: «البته محدود شدن مالکیت به معنای آن نیست که اگر معامله انجام گیرد، باطل است، بلکه نظر به اینکه خلل در معامله انجام شده به علت تعلق حق مشروطه است، نتیجه آن، عدم نفوذ خواهد بود که با اعلام رضایت او رفع خواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۳۱۱). بدیهی است که در ما نحن فیه - همان‌طور که گذشت - مبیع به علت تعلق حق عینی مشتری نسبت به آن طلق نیست.

در مقام نقد نظریه مذکور باید گفت نظریه عدم نفوذ علی‌رغم قرابت زیادی که با

وضعیت حقوقی عقد ناقل عین توسط بایع قبل از تحقق معلق علیه دارد، دارای ایرادات جدی می‌باشد؛ زیرا معلوم نیست چگونه ممکن است عقدی که غیرنافذ است (از تاریخ وقوع معامله معارض و تا زمان وقوع معلق علیه) با عدم تحقق معلق علیه، خودبه‌خود صحیح و نافذ خواهد شد (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۵)؛ زیرا عقد غیرنافذ به‌سان مرده در حال احتضاری است که یا با رد مالک و... باطل می‌شود یا اینکه با اجازه مالک و... نافذ خواهد شد و در ما نحن فیه نویسنده مذکور مکانیسم چنین انقلابی را (تبدیل عقد غیرنافذ به عقد صحیح و نافذ) تشریح نکرده است و چنانچه منظور ایشان الحاق اجازه مالک باشد، این اجازه قبلاً توسط مالک (بایع) در موقع انشای عقد صادر شده و اجازه مجدد وی تحصیل حاصل و فاقد اعتبار است؛ زیرا عقد به دلیل عدم اجازه مالک غیرنافذ بوده است تا نیاز به اجازه وی باشد و چنانچه منظور نویسنده اجازه صاحب حق (مشتري) باشد، مبنای اجازه یا رد مشتري با توجه به اینکه مشتري با عدم تحقق معلق علیه پایگاه حق خود را از دست داده است، یعنی با انتفای عقد معلق حق مشتري نیز نسبت به مبيع زایل می‌شود و دیگر حقی ندارد تا اینکه معامله معارض را به شرح مذکور اجازه نماید و اگر مقصود، تبدیل اتوماتیک عقد غیرنافذ به عقدی صحیح باشد که ظاهر عبارات نویسنده نیز بیانگر آن می‌باشد، فاقد مبنای معتبر در سیستم حقوقی ما بوده و با وضعیت سکون عقد غیرنافذ در سیستم حقوقی ما سازگاری ندارد؛ زیرا- همان‌طور که گفته‌اند- عقد غیرنافذ عقدی است که در حالت عدم نفوذ باقی می‌ماند تا اینکه یا اجازه به آن ملحق شود و آن عقد را نافذ نماید یا اینکه منجر به رد شود که در این صورت عقد باطل خواهد شد و هیچ‌گاه عقد غیرنافذ خودبه‌خود از وضعیت عدم نفوذ خارج نمی‌شود.

از سوی دیگر نظر دکتر کاتوزیان در مورد وضعیت معامله معارض با توجه به پذیرش نظریه نقل توسط ایشان نیز خالی از نقد نیست؛ زیرا بر اساس نظر ایشان بایع می‌تواند نسبت به فروش مبيع قبل از تحقق معلق علیه اقدام نماید؛ ولی در این صورت بایع مبيع را با همان کیفیت (به صورت ناقص و تعلق حق مشتري به آن) به منتقل‌الیه دوم تملیک می‌کند و منتقل‌الیه اخير نیز حقی بیش از بايع ندارد و در صورت تحقق معلق علیه بيع دوم از همین تاریخ باطل می‌شود؛ ولی معلوم نیست که بر چه مبنایی

عقدی که به صورت صحیح واقع شده است، یک دفعه به عقدی باطل تبدیل می‌شود. از طرفی پذیرش نظریه کشف توسط ایشان بر اساس تراضی طرفین و ابطال معامله در صورت وقوع معلق‌علیه از روز نخست (تاریخ وقوع عقد معلق) و صحت عقد معارض قبل از تحقق معلق‌علیه هیچ‌گونه انطباقی با نظام حقوقی ما نداشته و نویسنده مذکور مبنای نظر مذکور را ارائه نکرده‌اند.

۵-۲. وضعیت مراعی

با توجه به اینکه هیچ یک از وضعیت‌های حقوقی پیش‌گفته با وضعیت معامله معارض حق مشتری در بیع معلق انطباق ندارد، باید برای رفع ایرادهایی که نظریه‌های مذکور داشته‌اند، دیدگاهی ارائه شود که به موجب آن، هم حق مشتری در صورت تحقق معلق‌علیه حفظ شود و هم در صورت عدم تحقق معلق‌علیه خدشه‌ای به وضعیت حقوقی معامله معارض انجام‌شده توسط بایع نسبت به مبیع وارد نشود. با بررسی آثار معامله معلق و ماهیت حق مشتری در دوران تعلیق، به نظر می‌رسد معامله مذکور توسط بایع از مصادیق بیع مالی است که طلق نیست و نه از قبیل معاملات فضولی و معامله نسبت به مال غیر و بالطبع دارای همان ضمانت اجرای معامله نسبت به مالی است که طلق نیست؛ زیرا در صورتی که مبیع به بیع معلق به مشتری منتقل می‌شود، با توجه به حق مسلمی که برای مشتری نسبت به مبیع در دوران تعلیق ایجاد می‌شود، مبیع از طلق بودن خارج می‌شود؛ به عبارت دیگر اگرچه بایع در ایام مذکور هنوز مالک مبیع است، ولی مالکیت وی طلق نیست و به همین علت اقدامات منافی بایع با حق مشتری فاقد اعتبار می‌باشد، ولی باید معلوم شود که عدم اعتبار مذکور به چه کیفیتی خواهد بود.

در فقه امامیه راجع به ضمانت اجرای بیعی که مبیع آن طلق نیست، بر حسب اینکه مانعی که مبیع را از طلق بودن می‌اندازد، چه چیزی باشد، بر حسب مورد ممکن است حق فسخ، عدم نفوذ (موقوف)، مراعی، بطلان و... باشد. در ما نحن فیه به نظر می‌رسد وجود مانع مذکور معامله معارض مذکور را در وضعیت مراعی قرار می‌دهد؛ زیرا معامله موقوف وضعیت حقوقی معامله‌ای است که به علت فقدان

رضای مالک، غیرنافذ است و موقوف به اجازه وی می‌باشد؛ ولی در ما نحن فیه همان‌گونه که شرح آن گذشت، مشتری مالک مبیع قبل از تحقق معلق علیه نمی‌باشد تا معامله معارض حق وی موقوف و غیرنافذ باشد؛ ولی معامله مراعی وضعیت حقوقی هر عقدی است که از حیث مقتضی فاقد نقص است، اما به علت وجود مانع مقتضی فاقد اثرگذاری است.

واژه «مراعی» هنگامی به کار می‌رود که مشخص شدن وضعیت یک عمل حقوقی منوط به تعیین تکلیف وضعیت امر دیگری است؛ ضمناً؛ وضعیت مراعی در مواردی استعمال می‌شود که عمل حقوقی از حیث مقتضی و ساختار نقصانی نداشته باشد، هرچند وجود مانع سبب شده است زمان تعیین وضعیت امر دیگر، قرارداد به صورت مراعی باقی بماند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ ب، ص ۱۰۱). با این حال پس از آنکه وضعیت دیگر مشخص شود یا مانع موجود برطرف شود، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست چه سرنوشتی داشته است (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۱۳).

بنابراین در وضعیت مراعی عقد به طور صحیح انعقاد می‌یابد؛ اما به دلیل وجود یک مانع، قرارداد در صحت و بطلان به صورت معلق باقی می‌ماند تا وضعیت امر دیگر - عمدتاً حقوق اشخاص ثالث - مشخص شود (همان). نکته دیگری که در این خصوص قابل ذکر می‌باشد، این است که در وضعیت مراعی رد شخص ثالث در قرارداد مؤثر نیست، بلکه صحت یا بطلان قرارداد وابسته به حادثه مذکور است (همان، ص ۱۴). به عبارت بهتر عقد در دوران مشکوک به صورت متزلزل ایجاد شده است تا حقیقت بر ما روشن گردد؛ بنابراین وضعیت مراعی مساوی با وضعیت عدم نفوذ نیست که عقد برای حیات و ایجاد مقتضی، منتظر نظر مالک باشد، بلکه اجمالاً صحیح است؛ اما به دلیل مواجهه با امر احتمالی - در این قسمت تحقق احتمالی معلق علیه - این امکان وجود دارد که عقد از روز نخست کأن لم یکن تلقی گردد (همان، ص ۱۶).

برخی از استادان در خصوص مراعی گفته‌اند: مراعی وضع حقوقی عقدی است که موجود شده؛ ولی مجمل است. پس از رفع جهل و کشف واقع عنوان مراعی - یا مراعات - را از دست می‌دهد. در مورد هر وضع حقوقی که مراعی است، سبب آن وضع حقوقی کاملاً محقق شده است و حالت انتظاری جز رفع جهل وجود ندارد

(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ ب ص ۱۰۱ و ۱۳۸۱، ص ۲۳۰۱). به عبارت دیگر در عقد مراعی تمام شرایط تشکیل عقد فراهم است و فقط تعلق حق شخص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ یا تداوم جریان آثار آن می‌شود؛ بنابراین به هر طریقی که حق شخص ثالث تأمین شود، مانع مزبور منتفی می‌شود و مقتضی اثر خواهد کرد، حتی اگر اجازه‌ای از شخص ثالث صادر نشده باشد. همچنین رد شخص ثالث تا جایی معتبر است که او بخواهد از حق خود استفاده کند، وگرنه صرف رد او موجب بطلان معامله معارض نخواهد شد (همو، ۱۳۷۸ ب، ص ۱۰۵).

شایان ذکر است که برخی از نویسندگان (کریمی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۷-۱۵۸) به جای وضعیت مراعی، از عبارت وضعیت عدم نفوذ مراعی استفاده نموده و با تقسیم عدم نفوذ به موقوف و مراعی به بررسی مصادیق عقد مراعی پرداخته‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد هیچ یک از فقها از وضعیت مراعی تعبیر به عدم نفوذ نکردند و به نظر می‌رسد جهت جلوگیری از خلط مباحث به جای تقسیم عدم نفوذ، به دو دسته عدم نفوذ موقوف و مراعی، بهتر است از همان وضعیت مراعی استفاده شود؛ اگرچه اذعان می‌دارد وضعیت مراعی همان عدم نفوذ مراعی است که نویسنده مذکور به بررسی مفهوم و مصادیق آن پرداخته است؛ زیرا همان‌گونه که برخی از فقهای معاصر گفته‌اند: «معامله مراعی با موقوف (غیرنافذ) با هم متفاوت می‌باشند و فرق بین آنها این است که در عقد موقوف، تأثیر عقد موقوف بر یک شرطی است و اگر آن شرط نیاید، این عقد اثر نمی‌گذارد. در عقد موقوف اگر گفتیم «العقد موقوف علی الاجازه» به این معناست که اجازه در تأثیرگذاری این عقد دخالت دارد؛ اما اگر گفتیم «العقد المراعی» مراعی یعنی خود عقد تام‌التأثیر است در اثر خودش و اجازه به عنوان یک علامت کاشف و معرف است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۴، ص ۹۳). در واقع با پذیرش نظریه مراعی اشکالات نظریه عدم نفوذ منتفی خواهد شد.

۳. وضعیت عقد معارض در حالت مراعی

نکته‌ای که ذکر آن در اینجا ضروری می‌باشد، این است که عقد مراعی قبل از تحقق معلق‌علیه در چه وضعیتی قرار دارد؟ آیا عقد در دوران مذکور صحیح است یا باطل؟ به

نظر می‌رسد عقد معارض حق شخص ثالث تا زمان رفع مانع یا اعمال حق شخص ثالث وجود دارد و واقع شده است؛ ولی بحث این است که آیا عقد مزبور دارای اثر هم می‌باشد یا مثل عقد موقوف بوده و اثری بر آن مترتب نمی‌شود؟ تا آنجا که بررسی شد، این بحث به‌طور خاص مورد توجه فقها قرار نگرفته و به دلیل عدم توجه به نظریه عدم نفوذ مراعی به عنوان یکی از وضعیت‌های عقد، در کنار عدم نفوذ موقوف، برخی از فقها به عدم نفوذ تصرفات منافی حق شخص ثالث بسنده کرده و همان آثار عقد فضولی را در آن جاری دانسته‌اند. برخی دیگر که متوجه تفاوت‌های آن دو شده‌اند، وارد جزئیات نظریه عدم نفوذ مراعی نشده و احکام و آثار آن را به‌طور مفصل بررسی نکرده‌اند (کریمی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۵)؛ حتی برخی از حقوقدانان نیز بیع عین مرهونه و ترکه را «شبه فضولی» دانسته و به جریان آثار و احکام عقد فضولی در آنها نظر داده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۳).

با وجود این به نظر می‌رسد در خصوص وضعیت عقد معارض حق شخص ثالث در حالت مراعی باید بین مصادیق مختلف قائل به تفکیک شد: معاملاتی که خریدار در مال موضوع شفعه انجام می‌دهد، صحیح و نافذ است؛ چون او مالک مبیع است و شفیع از خریدار اخذ به شفعه می‌کند نه از بایع؛ بنابراین نمی‌توان به بطلان تصرفات خریدار حکم داد، بلکه اخذ به شفعه موجب انفساخ عقد می‌شود؛ حتی در سایر موارد، مثل معاملات راهن یا ورثه یا مفلس در مال موضوع حق شخص ثالث، به نظر می‌رسد قبل از رضایت ثالث یا رفع مانع و سقوط حق وی، تصرفات منافی با آن در بین طرفین معامله موجب اثر باشد و فقط نسبت به شخص ثالث فاقد اثر است؛ بنابراین در همه موارد، معاملات مالک از همان ابتدا به صورت مراعی و متزلزل و مقید به رفع مانع منعقد می‌شود و همانند معامله فضولی صحت تأهلی دارد و در روابط متعاملین با شخص ثالث، اثری بر آن بار نمی‌شود (کریمی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۵-۱۶۶). در خصوص معاملات بایع نسبت به مبیع در دوره تعلیق به نظر می‌رسد با توجه به مالکیت بایع نسبت به مبیع باید قائل به صحت معامله معارض مذکور در دوره تعلیق و مآلاً قائل به اثرگذاری عقد فیما بین طرفین بود؛ ولی باید تأثیر تحقق معلق‌علیه را در مورد عقد مذکور بررسی کرد. هرگونه پاسخ به مسئله، فرع بر این است که آیا تحقق معلق‌علیه

کاشف است یا ناقل. چنانچه تحقق معلق علیه ناقل باشد، معامله معارض با بیع از تاریخ تحقق معلق علیه منفسخ می‌شود؛ زیرا قبل از آن عقد موصوف هیچ مشکلی ندارد؛ ولی اگر تحقق معلق علیه کاشف باشد. در این صورت با تحقق معلق علیه کشف می‌شود که معامله معارض از روز اول غیرنافذ بوده است. فقهای امامیه در خصوص کاشف یا ناقل بودن تحقق معلق علیه مسئله‌ای را مطرح نکردند؛ اما حقوقدانان راجع به این مسئله بحث کرده‌اند. برخی از آنها قائل به نظریه نقل بوده، در توجیه آن فرموده‌اند: «زیرا در اسباب اعتباری نیز، مانند امور تکوینی، اثر هر موجود به‌طور طبیعی باید پس از وجود آن ظاهر شود. درست است که در امور اعتباری، اراده کسانی که موجود حقوقی را ساخته‌اند، می‌تواند اثر آن را به گذشته نیز سرایت دهد؛ ولی جایی که طرفین سکوت اختیار کرده‌اند، کاشف بودن شرط به همان اندازه غیرطبیعی است که تقدم معلول بر علت غیر طبیعی است» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۶۹). عده‌ای دیگر از آنها قائل به نظریه کشف می‌باشند و در توجیه آن گفته‌اند: «با لحاظ اینکه در موارد متعدد، مشابه دیگر نظیر معامله فضولی و معامله مکره و معامله سفیه و صغیر ممیز که با عقد معلق، نسبت به جریان آثار عقد، دارای ملاک واحد است، پس از رفع نقص از عقد، طبق قانون (ماده ۲۵۸ ق.م) و بنا به نظر اکثریت و نیز مستندات فقهی و نیز با تکیه بر قصد مشترک طرفین آثار عقد از زمان انشاء مترتب می‌شود، باید آثار عقد معلق را نیز از زمان انشا جاری دانست» (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۷۹). آنچه با تحلیل مسئله به نظر می‌رسد، این است که با عنایت به اینکه در عقد معلق با تعلیق در منشأ علت تامه قبل از تحقق معلق علیه هنوز کامل نشده است، بلکه جزئی از علت اخیر علت تامه با تحقق معلق علیه واقع می‌شود، بالطبع منشأ، یعنی معلول بعد از آن تحقق می‌یابد و تأثیر آن قبل از تکمیل علت اگرچه به علت اعتباری بودن مجاز می‌باشد، ولی مختص مواردی است که به وسیله معتبر اعلام شده باشد (الاعتبار بید المعتمر) و در سایر موارد امور اعتباری از همان قواعد امور طبیعی و مادی تبعیت می‌نماید؛ لذا به نظر ما نظریه نقل در حقوق ما به صواب نزدیک‌تر است.

نکته دیگری که در ما نحن فیه ذکر آن خالی از وجه نیست، این است که در دوران انتظار چنانچه مشتری یا منتقل‌الیه معامله معارض متوجه قضایا شود، آیا

می تواند نسبت به فسخ معامله اقدام کند؟ پاسخی که در این مورد به نظر می رسد، این است که مسئله تابع فرضی است که مبیع طلق نبوده و مشتری جاهل به قضیه باشد و در این صورت می توان با اخذ وحدت ملاک از ماده ۵۳ قانون مدنی برای وی قایل به حق فسخ باشیم.

نتیجه گیری

با بررسی آثار عقد معلق این نتیجه به دست می آید که در دوران تعلیق، مشتری دارای یک نوع حق عینی است که مورد حمایت قانون بوده و تعلق حق مذکور به مبیع، آن را از طلق بودن خارج می کند و با بیع علی رغم داشتن مالکیت از انجام تصرفات منافعی با حق مشتری ممنوع بوده و چنانچه علی رغم ممنوعیت مذکور نسبت به تصرف ناقل عین اقدام نماید، معامله معارض مذکور در وضعیت مراعی قرار دارد، نه غیرنافذ؛ زیرا غیرنافذ در سیستم حقوقی ما وضعیت حقوقی عقدی است که به علت فقدان رضا، جزئی از مقتضی عقد که مرکب از قصد و رضا می باشد، تشکیل نشده است و لذا عقد در وضعیت عدم نفوذ قرار دارد تا اینکه اجازه مالک به آن ملحق شود؛ ولی عقد ناقل عین توسط بایع در عقد معلق قبل از تحقق معلق علیه به علت مالکیت بایع نسبت به مبیع از نظر مقتضی تشکیل عقد مشکلی ندارد؛ لیکن به علت تعلق حق مشتری نسبت به مبیع، مانعی بر سر راه تأثیر مقتضی ایجاد می شود که در این صورت مادامی که مانع مذکور موجود است، عقد در وضعیت مراعی، یعنی انتظار قرار دارد تا تکلیف عقد مشخص شود. چنانچه معلق علیه واقع نشود، با توجه به از بین رفتن حق مشتری که پایگاه خود را با انتفای عقد معلق از دست می دهد، مانع هم از بین می رود و با زوال مانع عقد خودبه خود مؤثر و صحیح خواهد شد و نیاز به اقدامی از سوی کسی ندارد؛ دقیقاً بر عکس وضعیت عدم نفوذ که به خودی خود مؤثر نخواهد شد و حتماً نیاز به رد یا اجازه مالک و... دارد. پذیرش نظریه عدم نفوذ در خصوص معامله ناقل عین توسط بایع نسبت به مبیع دارای این عیب می باشد که حتی در صورت عدم تحقق معلق علیه، معامله در وضعیت عدم نفوذ قرار دارد و ظاهراً باید توسط مشتری اجازه رد

شود؛ درحالی‌که در صورت عدم تحقق معلق‌علیه و زوال حق وی معلوم نیست که وی به چه استنادی چنین توانایی را خواهد داشت؛ ولی در صورت پذیرش وضعیت مراعی ایراد مذکور منتفی است؛ زیرا با عدم تحقق معلق‌علیه حق مشتری زایل می‌شود و به استناد قاعده «اذا زال المانع عاد الممنوع» عقد صحیح و نافذ خواهد بود و بدون مشکل به حیات خود ادامه خواهد داد؛ همچنین در وضعیت مراعی رد صاحب حق تأثیری در وضعیت معامله ندارد.

منابع

۱. انصاری، مرتضی؛ مکاسب؛ ج ۱، چ ۹، قم: انتشارات مؤسسه مطبوعاتی دینی، ۱۳۹۳.
۲. تستری، اسدالله؛ مقابس الانوار؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، [بی‌تا].
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی؛ چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۴. —؛ حقوق اموال؛ چ ۵، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.
۵. —؛ حقوق تعهدات؛ چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸ الف.
۶. —؛ فرهنگ عناصرشناسی؛ چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
۷. —؛ حقوق مدنی: رهن و صلح؛ چ ۳، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸ ب.
۸. —؛ دائرة المعارف عمومی حقوق: الفارق؛ ۵ جلدی، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
۹. —؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ۵ جلدی، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸ ج.
۱۰. جواد آملی، عبدالله؛ دروس خارج فقه، مبحث خیارات، جلسات ۹۱/۹/۲۶ و ۹۱/۹/۲۷ و ۹۱/۱۰/۲، سایت مدرسه فقاها در: <http://www.eshia.ir/feqh>.
۱۱. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ چ ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۱۲. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیه مکاسب؛ ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه طیبه لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ ق.
۱۳. فاضل لنکرانی، محمدجواد؛ درس خارج فقه، شرایط عوضین، جلسه ۹۳ مورخ ۱۳۹۴/۲/۵، سایت پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی در: <http://www.fazellankarani.com>.

۱۴. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و سعید محسنی؛ نظریه عمومی بطلان در قراردادها؛ چ ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
۱۵. قنواتی، جلیل، سیدحسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد؛ ج ۱، چ ۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۸.
۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۱۷. —؛ حقوق مدنی اموال و مالکیت؛ چ ۱۰، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
۱۸. —؛ تحولات حقوق خصوصی: تعلیق در تعهدات؛ چ ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
۱۹. کریمی، عباس؛ «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، مجله دیدگاه‌های علوم قضایی؛ دانشگاه علوم قضایی، دوره ۱۷، ش ۵۸، ۱۳۹۱.
۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی؛ چ ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۲۱. محقق داماد، سیدمصطفی، سیدمهدی قبولی درافشان و علی ساعت‌چی؛ «تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه»، مجله آموزه‌های فقه مدنی؛ دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۱، ۱۳۹۴.
۲۲. محمدی، ابوالحسن؛ مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ چ ۹، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
۲۳. نعمت‌اللهی، اسماعیل؛ «طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی حقوقی»، مجله مطالعات حقوق خصوصی (حقوق خصوصی)؛ دوره ۱۰، ش ۲، ۱۳۹۲.
۲۴. یزدانیان، علیرضا؛ حقوق مدنی تطبیقی: شرط فاسخ در حقوق ایران و فرانسه؛ چ ۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۸.
۲۵. —؛ «بررسی تطبیقی آثار تعلیق در تشکیل و انحلال تعهدات در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ دوره ۴۰، ش ۱۰۱، ۱۳۸۹.

