

وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقد معلق

عباس عسگری^۱

محمد بهرامی خوشکار^۲

چکیده: هر چند در عقد معلق، آثار عقد تنها بعد از حصول شرط تعلیقی ظاهر می‌گردد، اما این مطلب هرگز به این معنا نیست که عقد معلق قبل از حصول شرط تعلیقی فاقد اثر است، بلکه اثر عقد معلق قبل از حصول شرط در عقود تملیکی را می‌توان ایجاد نوعی مالکیت تعلیقی برای خریدار دانست. شاید به دلیل وجود چنین حقی برای متعهدله در عقد معلق (قبل از حصول شرط) بتوان قرارداد معارض با آن را غیرنافذ یا باطل دانست، اما با بررسی ادله هریک از سه قول بطلان، عدم نفوذ و صحت چنین قراردادهایی می‌توان گفت قرارداد معارض با عقد معلق صحیح می‌باشد. این به معنای نادیده گرفتن حق متعهدله در عقد معلق نیست بلکه به موجب قرارداد معارض مورد معامله به همراه حق عینی خریدار در عقد معلق به متعهدله قرارداد معارض منتقل خواهد شد. البته برای تعیین سرنوشت نهایی قرارداد معارض باید منتظر وضعیت نهایی شرط تعلیقی ماند. در صورت عدم حصول آن حق عینی خریدار در عقد معلق بر روی مورد معامله از بین می‌رود و در صورت حصول آن باید دید آثار عقد معلق از چه زمانی بر آن بار می‌شود و میان ناقلیت و کاشفیت حصول معلق علیه تمایز قائل شد.

کلیدواژه‌ها: عقد معلق، وضعیت حقوقی، قرارداد معارض، شرط تعلیقی.

۱. دانشجو دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

(abbas.asgari1370@gmail.com)

۲. دانشیار گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (m1.khoshkar@gmail.com)

مقدمه

عقد معلق که در ماده ۱۸۹ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است، حتی قبل از حصول شرط تعلیقی میان طرفین آن و قائم مقام آنها لازم الاتباع می‌باشد. لذا در صورتی که قبل از روشن شدن حصول یا عدم حصول شرط تعلیقی، متعهد در عقد معلق مورد معامله را به وسیله قراردادی معارض به غیر منتقل نماید، باید دید چنین قرارداد معارضی با توجه به لازم الاتباع بودن عقد معلق قبل از حصول شرط تعلیقی، چه وضعیتی دارد. لذا یکی از مسائل مهم در مورد قراردادهای معارض با عقود معلق، مشخص کردن وضعیت حقوقی این رابطه است که اگر عقد معلق قبل از حصول معلق علیه آن با قرار داد معارض خود روبه‌رو شود، معامله معارض چه وضعیتی خواهد داشت؟ آیا می‌توان چنین معامله‌ای را باطل دانست یا چنین معامله‌ای غیرنافذ است و با اجازه مشتری در عقد معلق ناقد می‌شود؟

بالاتر از این آیا می‌توان قائل به صحت معاملات معارض با عقود معلق شد؟ اگر قائل به صحت چنین معاملاتی بشویم در صورت تحقق معلق علیه سرنوشت قرارداد معارض چگونه است؟ برای مثال شخصی خانه خود را معلق بر قبولی فرزندش در کنکور به او هبه می‌کند. سپس قبل از معلوم شدن نتایج کنکور همان خانه را به شخص ثالثی منتقل می‌نماید و بعد از معامله ثانی، قبولی فرزند در کنکور محرز می‌شود. حال قرارداد دوم که در واقع معارض با عقد معلق است چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ در صورتی که چنین قراردادی را صحیح بدانیم تکلیف متعهدله در عقد معلق چیست؟ شاید بتوان گفت هیچ‌یک از فقها صراحتاً به این مسئله نپرداخته‌اند و وضعیت قراردادهای معارض با عقود معلق را مورد مذاقه قرار نداده‌اند، اما برخی از حقوق‌دانان به صراحت به بررسی حکم چنین معاملاتی پرداخته و حکم معاملات معارض با عقود معلق را روشن ساخته‌اند. البته در کلام برخی از فقها می‌توان حکم معامله‌های معارض با حقوق عینی را پیدا کرد و با توجه به اینکه اثر عقد معلق را قبل حصول معلق علیه ایجاد حق عینی دانستیم، می‌توان حکم فقها در مورد معاملات معارض با حقوق عینی را با حکم قراردادهای معارض با عقود معلق یکی دانست. به هر حال، وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقود معلق از سه حال خارج نیست: ۱. بطلان؛ ۲. عدم نفوذ؛ ۳. صحت.

۱- بطلان قرارداد معارض با عقد معلق

در مورد بطلان قراردادهای معارض می‌توان به دلایلی تمسک نمود که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱-۱- تصرف در متعلق حق عینی و عدم بطلان معامله

هرچند در صورت وجود حق عینی اکثر فقها و حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند که معامله معارض با آن غیر نافذ است، چرا که در این صورت متعهد تصرف در مال غیر کرده و تصرف در مال غیر، غیر نافذ است؛ اما در این میان برخی از فقهای بزرگ همچون محقق یزدی قائل به بطلان معامله معارض با حق عینی شده‌اند. ایشان از میان وجوه ثلاثه وضعیت حقوقی قراردادهای معارض، بطلان را انتخاب نموده و چنین مقرر داشته‌اند:

اگر مشروط‌علیه در متعلق شرط تصرف منافی و معارض با وفای به شرط بنماید، در مورد وضعیت حقوقی این تصرفات وجوهی است؛ بطلان مطلقاً ولو اینکه مشروط‌له اجازه نماید، بطلان تصرف مگر اینکه مشروط‌له اجازه نماید و صحت مطلق، خواه مشروط‌له اجازه کند یا اجازه ننماید. اقوی از این وجوه ثلاثه بطلان است. بطلان به این علت نیست که گفته شود امر به شیء اقتضای نهی از ضد آن را دارد و در این صورت نهی به این معامله معارض و منافی تعلق گرفته و نهی قانونگذار باعث بطلان معامله می‌شود، دلیل ما این نیست، زیرا که نهی به معامله بما هی تعلق نگرفته است، بلکه بما هی معارض و منافی تعلق گرفته است و در صورت غفلت از شرط و انجام معامله این نهی معامله را نمی‌گیرد و در این صورت معامله نافذ است، بلکه دلیل بطلان عبارت از تعلق حق مشروط‌له به مورد شرط می‌باشد و تصرف مشروط‌علیه، تصرف در متعلق حق غیر است. مانند بیع عین مرهونه که حق رهن مانع از نفوذ بیع می‌باشد. وجه عدم نفوذ این است که ملک از طلقیت خارج شده است، در این صورت نمی‌توان گفت، مفروض این است که مشروط‌علیه در ملک خود تصرف نموده است. پس وجهی برای نفوذ تصرفات مالک نیست، زیرا وقتی حق غیر به آن عین تعلق پیدا کرد، مشروط‌له و صاحب حق بر این عین سلطنت و حق دارد، الا اینکه مرتبه حق او ضعیف‌تر از مرتبه حق مالکیت مالک است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۳۲).

ایشان بعد از ذکر این مطلب اشکالی نقل کرده و به آن پاسخ می‌دهند. مستشکل می‌گوید که مشروط‌له به عین مورد شرط هیچ‌گونه حق عینی ندارد و تنها حقی که برای مشروط‌له به وجود می‌آید حق الزام متعهد به معامله است. خلاصه کلام این است که معترض می‌گوید آنچه در اثر

عقد به وجود آمده حق دینی است و حق عینی را ما قبول نداریم و بر این ادعا، شاهد مثالی می‌آورد. وی می‌گوید عین مورد شرط مانند عین مورد نذر است. همان‌طور که در عین مورد نذر بر اثر نذر برای مندور^۱ له حق عینی ایجاد نمی‌گردد، در اینجا نیز برای متعهد^۲ له حق عینی ایجاد نمی‌شود.

مرحوم صاحب عروه به این اشکال دو پاسخ می‌دهند: در پاسخ اول می‌فرمایند که ناذر هم حق تصرفات معارض و منافی را ندارد و در صورت تصرف آن معامله نفوذ ندارد. در جواب دوم می‌گویند فرق است بین نذر و قرارداد تعهدی، در نذر تکلیف ناذر به انجام مورد نذر تعبدی است، ولی در موضوع مورد بحث، تکلیف تعبدی نیست، بلکه ناشی از تراضی و قرارداد طرفین است و در این مورد حق مالی است. فقیر یا مندور^۳ له نمی‌تواند حق خود را ساقط نماید، ولی در موضوع مورد بحث مشروط^۴ له می‌تواند حق خود را ساقط نماید.

در این میان معترض دیگری به صاحب عروه اشکال می‌کند. خلاصه اشکال او این است که ما قبول داریم که حق به وجود آمده در اینجا حق مالی است ولی حق مالی غیر از حق عینی است، و بین این دو فرق است، حق به وجود آمده حق مالی، دینی است و آنچه شما فرمودید حق عینی را اثبات نمی‌کند چون صحت اسقاط دال بر عینی بودن حق نیست و حق دینی هم قابل اسقاط است. مرحوم صاحب عروه در پاسخ می‌فرمایند: «در آنچه از کلام متعاقدين استفاده می‌شود که می‌گویند این را باید بفروشی این است که عین متعلق حق است» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۳۲). همان‌طور که مشخص شد مرحوم محقق یزدی قائل به بطلان معامله معارض با حق عینی می‌باشند و معتقدند به دلیل اینکه مشروط^۵ له به مورد شرط حق عینی پیدا می‌کند؛ تصرف مشروط^۶ علیه در مورد شرط، تصرف در متعلق حق غیر است؛ مانند بیع عین مرهونه که حق رهن مانع از نفوذ بیع می‌شود و چون ملک از طلقت خارج شده است نمی‌توان تصرف مشروط^۷ علیه در مورد شرط را تصرف در ملک خود دانست.

با توجه به مبنای ایشان در مورد بطلان معامله معارض با شرط ضمن عقد می‌توان گفت از آنجا که در عقد معلق^۸ نیز قبل از حصول معلق^۹ علیه برای مشتری نوعی حق عینی ایجاد می‌شود، پس معامله معارض با آن موجب تصرف در متعلق حق غیر می‌باشد و در نتیجه طبق مبنایی که مرحوم صاحب عروه در مورد معاملات معارض با شرط ضمن عقد داشتند، چنین معاملات معارضی نیز باطل می‌باشند.

علاوه بر سید یزدی برخی دیگر از فقها معتقدند وجود حق عینی موجب می‌شود که سلطنت

مالک بر مال خود محدود شود و قانوناً قدرت بر تصرفات معارض و منافی نداشته باشد، پس نقل چنین موردی را باطل دانسته و قائلند که متعهد له می‌تواند عین را از کسی که به او واگذار شده است استرداد نماید و متعهد را ملزم به وفای به عهد نماید (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ج ۳: ۲۷۴).

۲-۱- اقتضای نهی بر بطلان معامله

دلیل دیگری که برای بطلان قراردادهای معارض با عقود معلق می‌توان ارائه کرد دلیل مزبور است، چرا که اگر قائل به این مطلب شویم که امر به وجوب وفای به عقد در عقد معلق اقتضای نهی از معامله معارض با آن را دارد و این نهی دال بر فساد است می‌توان معامله را باطل دانست. مرحوم امام خمینی^(ره) به نقل از برخی محققین دلیل مذکور را اینگونه بیان می‌نماید:

این تصرف اعتباری (قرارداد معارض) متعلق نهی قرار گرفته است، بنابراینکه امر به انجام تعهد و وفای به عهد اقتضای نهی از تصرفات معارض را دارد و مقتضای نهی از معامله معارض بطلان آن است، حال این بطلان را می‌شود از دو طریق بیان کرد یا اینکه نهی ارشادی است ولو اینکه نهی یک نهی تبعی است و نهی ارشادی ارشاد به بطلان معامله دارد و اینکه نافذ بودن معامله معارض با نهی فعلی تعارض دارد و چون اینجا تعارض بین یک عمل حقوقی و نهی قانونی وجود دارد، لامحاله عمل حقوقی نمی‌تواند در مقابل نهی مقاومت کند و در نتیجه با حاکمیت نهی، معامله معارض باطل می‌گردد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۳۳-۲۳۲).

حضرت امام^(ره) این استدلال را نمی‌پذیرد و می‌فرماید: «اصل این مبنا باطل است که نهی اقتضای بطلان داشته باشد و ما آن را در جای خود ثابت کردیم». بعد می‌فرماید:

بر فرض قبول مبنا، باید دید دلیل شرط برای کدامین عنوان امر درست می‌کند. معقول نیست که قاعده شرط برای عنوان بیع و وقف (در بحث ما بیع معلق) و غیر اینها که متعلق تعهد هستند امر ثابت نماید، زیرا که موضوع لزوم در این دلیل وفای به شرط است و معقول نیست که تکلیف از عنوانی به عنوان دیگری تجاوز نماید و از عنوان به مصادیق عنوان دیگری تسری نمی‌نماید. مثلاً در وجوب اطاعت پدر، آنچه متعلق امر است، عنوان اطاعت است. اما اگر پدر امر به دوختن لباس کند معقول نیست که عنوان اطاعت حاکی و آیینۀ دوختن لباس باشد و نه مصادیق ذاتی آن. امری که متعلق به آن است، متعلق به عنوان دیگر با مصادیق آن نیست، پس با دلیل شرط معقول نیست که بتوانیم متعلق شرط را و وجوب مصادیق آن را اثبات نماییم؛ بلکه با دلیل شرط، عنوان شرط و مصادیق ذاتی آن که منظور ملتزمات به عنوان ملتزم هستند را می‌شود اثبات کرد نه عنوان دیگر را (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۳۳).

در پاسخ به این ادعا باید گفت که به نظر ما، هر نهی ظهور در بطلان ندارد، بلکه به نظر می‌رسد که اگر متعلق نهی قبیح ذاتی داشته باشد، مثل معاملاتی که جهت آن نامشروع است، در این صورت معامله منهی^۲ عنه باطل است، ولی اگر متعلق نهی، قبیح عارضی داشته باشد مثل معامله معارض است که فی نفسه قبیح و مفسده ندارد، بلکه چون معارض است و تعارض با عقد معلق سابق دارد، قبیح و مفسده دارد. در این صورت بطلان تا زمان وجود تعارض باقی است و بعد از تعارض دیگر قبیحی و مفسده‌ای نیست. با اجازه متعهد^۳ له (مشتري)، در واقع عقد معلق اقاله می‌گردد و در نتیجه معامله معارض با آن نافذ می‌شود و اگر در قانون استقرا کنیم، می‌بینیم در هر معامله‌ای که جامع شرایط است ولی به جهتی به مانع برخورد است قانون‌گذار آن را غیر نافذ اعلام کرده است و این استقرا تفصیل مذکور را تأیید می‌کند. خلاصه اینکه در دلیل مذکور بر فرض قبولی، نهی به معامله از لحاظ وجود مانع تعلق گرفته است و با رفع مانع دیگر دلیلی برای بطلان باقی نمی‌ماند، پس اقوی این نیست که اقتضای نهی بر بطلان معامله را نمی‌توان دلیلی برای بطلان معاملات معارض با عقود معلق دانست.

۲- عدم نفوذ قرارداد معارض با عقد معلق

برخلاف نظریه بطلان قرارداد معارض با عقد معلق که به صراحت مورد توجه فقها و حقوق‌دانان قرار نگرفته بود، برخی از حقوق‌دانان تصریح به عدم نفوذ قراردادهای معارض با عقد معلق (ناقل عین معین) نموده‌اند.

۲-۱- غیرنافذبودن عقد معلق به دلیل وجود حق عینی غیر و فقدان رضایت

صاحب آن

مرحوم استاد شهیدی استدلال خود را مبنی بر غیر نافذ بودن قراردادهای معارض با عقد معلق اینگونه بیان کرده‌اند:

پس از انشای عقد معلق ناقل مربوط به عین معین، و پیش از وقوع معلق^۴ 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^۵ علیه تحقیق پیدا کند، ماهیت عقد معلق نیز محقق می‌شود و مورد معامله به مالکیت طرف عقد معلق درخواهد آمد و در نتیجه عقد دوم باید غیر نافذ دانسته شود که با تنفیذ مالک فعلی نافذ می‌گردد و هرگاه معلق^۶ 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. 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 غیر نافذ تلقی کرد. اما عقد دوم که به طور منجز انشاء 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 دوم کان لم یکن خواهد بود و نمی‌تواند اعتبار پیدا کند. هم‌چنین بی‌تردید عقد مزبور نافذ هم نمی‌تواند باشد چون پس از حصول معلق علیه عقد 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 به خریدار دوم دانست. بنابراین، عقد دوم را در حالت پیش از تحقق معلق علیه عقد نخست، باید غیر نافذ تلقی کرد، زیرا عدم نفوذ وضعیت هر عقدی است که فاقد رضای شخص مالک و دارنده حق نسبت به مورد عقد باشد (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۰۱-۱۰۲).

بنابراین استاد شهیدی قرارداد معارض با عقود معلق را به دلیل وجود حق عینی غیر در عقد معلق و فقدان رضایت صاحب آن حق غیرنافذ می‌داند. در اشکال به این نظریه می‌توان گفت این مطلب که عدم نفوذ وضعیت هر عقدی را که فاقد رضای شخص مالک و دارنده حق نسبت به مورد عقد باشد، قبول نداریم؛ زیرا مواردی در فقه اسلامی و حقوق داریم که هر چند متعلق حق عینی غیر قرار گرفته‌اند ولی اگر عقدی نسبت به آنها واقع شود صحیح است نه غیر نافذ، از جمله ملکی که دیگری نسبت به آن حق ارتفاق دارد اگر مورد معامله واقع شود آن معامله با وجود آنکه حق عینی غیر در آن نهفته است صحیح می‌باشد. برای دفاع از نظریه عدم نفوذ قراردادهای معارض با عقود معلق به دلایل دیگری می‌توان تمسک نمود که در ادامه به آنها می‌پردازیم.

۲-۲- عدم مالکیت متعهد در عقد معلق در زمان وقوع شرط تعلیقی

دلیل دیگری که در میان برخی نگاشته‌های حقوقی جهت غیر نافذ دانستن قرارداد معارض با عقد معلق آمده است دلیل مزبور می‌باشد.

تصرفات ناقل عین، چه در قالب بیع، مصالحه، معاوضه و ... در حقیقت تجاوز به حق (عینی) متعهد له می‌باشد، چرا که یکی از شروط صحت عقد به معنی الاغم (نفوذ عقد به معنی الاخص)

این است که شخص مالک مالی باشد که مورد انتقال قرار می‌گیرد، و اگر ناقل یا متعهد، مال موضوع عقد معلق را به دیگری انتقال دهد زمان وقوع شرط تعلیقی، دیگر مال موضوع عقد در مالکیت متعهد نیست چرا که قبلاً به دیگری منتقل شده است. زمانی که بحث از یک عمل حقوقی غیرنافذ می‌شود، در مقابل، فردی که به حشش تجاوز شده است، صلاحیت قانونی خواهد داشت که چنین تصرف یا عمل حقوقی متضمن تجاوز را اجازه یا رد نماید. زمان کسب چنین صلاحیتی، یا به عبارت دیگر، زمان پیدایش حق اعلام رضایت یا عدم رضایت در محل بحث ما مهم است. با توجه به اینکه حق برای متعهد له یا منتقل الیه در عقد معلق از زمان انشاء پدیدار شده است پس حق متعهد له در اجازه یا رد چنین معامله غیرنافذ، از زمان انشاء می‌باشد (قربانپور، ۱۳۸۲، ش ۴۴: ۱۵۹).

بعد از اندکی تأمل، وهن و سستی دلیل مذکور بر دلالت این دلیل بر مدعایش برای هر کسی که آشنا به مبانی فقهی و حقوقی باشد روشن می‌گردد، چرا که در زمان انعقاد قرارداد معارض با عقد معلق، متعهد در عقد معلق مالک منجز مال بوده و شرایط اساسی معامله وجود دارد و به صرف اینکه در زمان وقوع شرط تعلیقی، مال از ملکیت متعهد عقد معلق خارج خواهد شد نمی‌تواند دلیلی بر عدم نفوذ قرارداد معارض باشد، زیرا مالکیت در زمان انعقاد قرارداد معارض شرط است که موجود است. در ثانی، این احتمال همواره وجود دارد که معلق علیه و شرط تعلیقی هیچ‌گاه حاصل نشود و به صرف امکان حصول شرط تعلیقی نمی‌توان بر غیرنافذ بودن قرارداد معارض با آن استدلال کرد چرا که «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

۲-۳- اولویت نسبت به معامله فضولی

دلیل دیگری که می‌توان برای غیرنافذ دانستن قرارداد معارض با عقود معلق مطرح کرد، اولویت اینگونه قراردادها نسبت به بیع فضولی است. وجه اولویت در این است که در معامله فضولی شخص اقدام به معامله نسبت به مالی می‌کند که هیچ‌گونه حقی، اعم از دینی و عینی، در آن برای فضول وجود ندارد و طبق نظر مشهور فقها و حقوق‌دانان چنین معاملاتی غیرنافذ تلقی شده‌اند، اما در قراردادهای معارض با عقود معلق، متعهد در عقد معلق مالک مال بوده و تنها برای متعهد له عقد معلق، نوعی حق عینی (مالکیت تعلیقی و یا حق عینی ابتدایی) وجود داشته است متعهد عقد معلق با وجود محدودیت سلطه‌اش بر مورد معامله اقدام به معامله نسبت به آن می‌کند. بنابراین وقتی معامله فضولی را که هیچ حقی نسبت به مال مورد معامله ندارد غیر نافذ دانستیم و نه باطل، پس

می‌توان معامله‌ای را که شخص حق مالکیت (البته محدود) بر مال خود دارد نیز غیرنافذ دانست، البته اگر قائل به صحت چنین معامله‌ای نشویم.

۴-۲- استناد به قاعده لاضرر

یکی از قواعد فقهی که به وسیله آن می‌شود عدم نفوذ معاملات معارض را نتیجه گرفت قاعده مشهور «لاضرر» می‌باشد.

اگر بگوییم مثلاً در عقد معلق ناقل عین فروشنده به صورت غیرمستقیم تعهد نموده است که مورد معامله را به شخص دیگری واگذار نماید، در صورت انتقال عین مورد معامله در معامله معارض، فروشنده معامله نخست با این انتقال باعث شده است که متعهد له عقد معلق از حق خود محروم بماند و این ضرر است و قاعده «لاضرر» معامله را غیرنافذ می‌گرداند. به این بیان که قاعده «لاضرر» در مقام تشریع است و می‌گوید که در حقوق ما هیچ گونه حکم ضرری وجود ندارد و در معامله معارض از آنجایی که نفوذ معامله معارض باعث ضرر می‌شود این دلیل و قاعده بر ادله صحت و نفوذ عقد حاکم و اثر نفوذ را از قرار داد مرتفع می‌گرداند.

با توجه به اینکه نفوذ و لزوم از احکام وضعی است، قاعده لاضرر مانع ایجاد آن می‌شود برخلاف حکم تکلیفی که قاعده مذکور آن را در مقام عمل رفع می‌نماید. محقق بجنوردی در این باره اینگونه می‌فرماید:

قاعده لاضرر رفع حکمی می‌کند که از آن ضرر ناشی شود. فرقی نمی‌کند که حکم مرفوع تکلیفی یا وضعی باشد بلکه حکم وضعی، اولی در شمول حکم قاعده از تکلیفی است چون حکم تکلیفی به محض وضع آن موجب ضرر در خارج نمی‌شود، بلکه در مقام امتثال و عمل موجب ضرر می‌شود و لکن حکم وضعی در مقام جعل و وضع باعث ضرر می‌شود، بدون اینکه مکلف در آن اختیار داشته باشد. بنابراین دلیل قاعده همان طور که گذشت، حاکم بر اطلاق ادله اولیه است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ج ۱: ۱۹۹).

پس با توجه به اینکه حکم نفوذ و عدم نفوذ حکم وضعی است و متعهد در آن دخالتی ندارد، این معامله غیر نافذ است و تا زمانی که عنوان ضرری باقی است، این معامله نمی‌تواند نافذ گردد، زیرا که با انعقاد معامله معارض، حق متعهد له سابق از بین نمی‌رود، بلکه به اعتراف خود قائلین به نفوذ معامله این حق باقی است. پس معامله تعارض و تراحم با حق متعهد له دارد و ضرری بوده و غیرنافذ می‌باشد.

۵-۲- اصول و مواد قانونی

اصول و موادی از قانون اساسی و قانون مدنی که بر عدم نفوذ معاملات معارض دلالت دارند در واقع انعکاسی از قاعده «لاضرر» می‌باشند. این موارد عبارتند از:

۱-۵-۲- اصل چهارم قانون اساسی

یکی از دلایلی که می‌شود عدم نفوذ معامله معارض را اثبات کرد، اصلی است که مقرر می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» به نظر می‌رسد که این اصل، صرفاً بیانگر یک نهی نیست تا این بحث مطرح شود که آیا نهی قانون‌گذار اقتضای بطلان معامله را دارد یا خیر؟ اصلاً این اصل در مقام انشاء و نهی نیست بلکه در مقام اخبار است. اخبار از اینکه هیچ کس حق تمتع ندارد که استیفای حق خود را وسیله اضرار به غیر قرار دهد. از آنجایی که این اصل به صورت جمله اخباریه است و از اصول قانون اساسی می‌باشد، اقوی این است که «نمی‌تواند» مساوی و مترادف با عدم اهلیت باشد، زیرا «توان» در این اصل، توان و قوه تکوینی و فکر نیست، بلکه توان تشریعی و اعتباری است. قانون‌گذار در مقام وضع و اعتبار، خود را خالق و ایجادکننده فرض نموده و اعمال حقوقی را مخلوق خود فرض کرده و توافق طرفین را سبب ایجاد آن می‌داند و در این مقام می‌گوید «هیچ کس نمی‌تواند» یعنی هیچ کس حق و اهلیت تمتع اضرار به غیر را ندارد (باریکلو، ۱۳۷۵: ۱۱۶).

۶-۲- ماده ۱۳۲ قانون مدنی

ماده دیگری که می‌شود از آن عدم نفوذ معاملات معارض را استنباط کرد ماده ۱۳۲ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.» در این ماده کلمه «نمی‌تواند» به کار برده شده و همان‌طور که قبلاً بیان شد «نمی‌تواند» در عالم اعتبار مساوی با «حق ندارد» می‌باشد. پس در این ماده قانون‌گذار حق هرگونه تصرف اضراری را از متصرف سلب کرده است، مگر در جایی که تصرف اولاً، متعارف باشد و ثانیاً، این تصرف متعارف برای رفع حاجت یا رفع ضرر باشد. معاملات معارض از آنجایی که عرفاً یک معامله و تصرف غیرمتعارف است نمی‌تواند تحت شمول استثنا این ماده درآید پس در تحت حاکمیت اصل عدم صحت تصرفات اضراری بیان شده در ماده مذکور باقی می‌ماند. بنابراین طبق ماده ۱۳۲ قانون مدنی معامله معارض غیر نافذ است. قید کلمه «همسایه» در ماده مذکور بیان موارد غالب است و همسایه خصوصیتی

ندارد که تنها در آن به حکم عدم صحت اکتفا نماییم، بلکه آنچه خصوصیت دارد اضرائی بودن معامله می‌باشد که در معامله معارض موجود است (باریکلو، ۱۳۷۵: ۱۱۹).

وجه عدم پذیرش این ماده و اصل چهلم قانون اساسی مبنی بر دلالت آنها بر غیرنافذ بودن قراردادهای معارض با عقود معلق همان است که در قاعده «لاضرر» به آن پرداخته شد.

۱-۶-۲- ماده ۶۵ قانون مدنی

ماده دیگری که می‌توان به استناد آن غیرنافذ بودن معامله معارض را ثابت نمود ماده ۶۵ قانون مدنی است که بیان می‌دارد: «صحت وقعی که به علت اضرار دیان واقف شده باشد منوط به اجازه دیان است». از این ماده می‌توان الغای خصوصیت نمود و استدلال کرد که علت ضرورت اجازه دیان و طلب کاران، ضرری بودن معامله نسبت به آنهاست و در هر جا که معامله‌ای ضرری باشد، اجازه متضرر شرط نفوذ معامله است.

این دلیل نیز مانند دلایل دیگر انعکاسی از قاعده «لاضرر» می‌باشد و همان وجهی که مبنی بر عدم دلالت قاعده «لاضرر» در غیرنافذ دانستن قراردادهای معارض با عقود معلق بیان شد در این مقام نیز جاری است.

۳- نظریه صحت قراردادهای معارض با عقود معلق

بعد از آنکه بطلان و عدم نفوذ قراردادهای معارض با عقود معلق را مورد بررسی قرار دادیم و ادله دال بر هر یک از نظریات ارائه شده را برای اثبات مدعا کافی ندانستیم، حال نوبت به بررسی نظریه صحت قراردادهای معارض با عقود معلق است.

در مورد صحت قراردادهای معارض، البته به طور مطلق (نه تنها قراردادهای معارض با عقود معلق) دلایلی ارائه شده است که شاید بتوان قراردادهای معارض با عقود معلق را نیز تحت شمول آنها دانست. این دلایل عبارتند از: اصل تسلیط، اصل صحت قراردادی و استناد به نظریه حسن نیت شخص ثالث. در ادامه به بررسی هر یک از آنها می‌پردازیم و در نهایت نظر خود را در زمینه وضعیت حقوقی قراردادهای معارض بیان خواهیم کرد.

۱-۳- اصل تسلیط یا قاعده سلطنت

یکی از قواعد مسلم فقهی که در ماده ۳۰ قانون مدنی ایران نیز منعکس شده، این است که «هر مالک نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر مواردی که قانون استثناء

کرده باشد». گاهی از این قاعده فقهی به قاعده «تسلط» یا قاعده «تسلیط» تعبیر می‌شود. این قاعده در عبارات فقهی به قاعده «سلطنت» نیز معروف است. نحوه استدلال به قاعده سلطنت در فقه، به این شرح است: با توجه به اینکه مبیع در عقد معلق در مالکیت منجز مالک تا زمان حصول معلق علیه باقی می‌ماند و فروشنده تا زمان تحقق شرط تعلیقی، مالک مال محسوب می‌شود، بنابراین بر طبق قاعده سلطنت و ماده ۳۰ ق.م که انعکاسی از قاعده مذکور می‌باشد فروشنده تا زمان تحقق شرط تعلیقی حق دارد هر تصرفی که می‌خواهد در ملک خود داشته باشد، و علی‌الاصول تصرف وی از آنجایی که مالک مال محسوب می‌شود نمی‌تواند باطل یا غیرنافذ باشد.

این مطلب خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد، چرا که از یک طرف می‌توان گفت قاعده «لاضرر» بر اصل «تسلیط» حکومت دارد و درجایی که تصرف مالک در مال خود موجب اضرار دیگران شود قاعده «لاضرر» مالک را از اجرای حق مالکیت خویش محروم می‌سازد و به جای حکم اولی می‌نشیند. اما در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت – همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد – اگر قائل به این شویم که حق عینی متعهد له عقد معلق با وجود قرارداد معارض هم‌چنان بر روی مورد معامله باقی می‌ماند، ضرر منتفی است و محلی برای اجرای قاعده لاضرر باقی نمی‌ماند.

اشکال دیگری که می‌توان مطرح کرد این است که گفته شود تا قبل از انعقاد عقد معلق، مالک حق هرگونه تصرف در مال خود را داشت، اما بعد از انعقاد این قرارداد معلق، حق او بر طبق قاعده «سلطه» محدود می‌گردد؛ چون این قاعده می‌خواهد به مالک حق تصرف بدهد و مالک با تصرف در ملک خود، هرچند که ملکیت منتقل نگردد، سلطه خود را بر آن ملک محدود کرده است. به عبارت دیگر، قبل از انعقاد عقد معلق، مالک سلطه مطلق داشت که این مال را به هر کس می‌خواهد بفروشد یا حق داشت اصلاً نفروشد، ولی بعد از انعقاد عقد معلق، دیگر او سلطه‌ای مطلق بر مالش نخواهد داشت.

شاید گفته شود که این محدودیت در سلطنت ممکن است موجب ضرر مالک شود، چرا که شاید معلق علیه هیچ‌گاه حاصل نشود؛ اما باید گفت این ضرری است که مالک خود بر آن اقدام کرده است. به هر حال، این اشکال یعنی محدودیت سلطنت مالک بر مورد معامله برای انعقاد قرارداد معارض، هرچند خالی از قوت نیست، اما می‌توان قائل شد که مالک می‌تواند همین حق محدود خود را با قرارداد معارض به ثالث منتقل نماید. به این نحو که حق عینی متعهد له عقد معلق هم‌چنان بعد از قرارداد معارض نیز بر روی موضوع معامله باقی بماند.

۲-۳- اصل صحت

یکی دیگر از قواعد فقهی و اصولی که می‌توان آن را متمسکی برای صحت قراردادهای معارض با عقود معلق دانست اصل صحت می‌باشد. با توجه به اینکه دلیل صریح بر بطلان یا عدم نفوذ چنین قراردادی (قرارداد معارض با عقد معلق) در قانون مدنی موجود نیست و طبقاً مورد از مصادیق تردید میان صحت یا عدم صحت به شمار می‌رود، لذا اصل صحت را در آن جاری کرده و برابر قواعد در صورت مردد بودن میان ضمانت اجرای خفیف و شدید، باید ضمانت اجرای خفیف‌تر را انتخاب کرد، لذا باید از نظریه صحت قرارداد معارض و امکان مطالبه خسارت از سوی متعهد له دفاع نمود.

۳-۳- استناد به نظریه حسن نیت

یکی از مستندات طرفداران صحت قرارداد معارض، حسن نیت داشتن شخص ثالث است. آنان در مواردی که طرفین قرارداد معارض دارای حسن نیت باشند، ابطال قرارداد مزبور را جایز نمی‌دانند. کاتوزیان نظریه بطلان قرارداد معارض با وعده بیع را به نویسندگان و دادرسانان اروپایی نسبت می‌دهد و معتقد است آنان بطلان معامله را محدود به موردی می‌کنند که خریدار از وجود وعده آگاه باشد یا در خدعه مالک شرکت داشته باشد. وی سپس می‌گوید: «این نظر، با لزوم اشتراکی بودن جهت نامشروع هماهنگی و تناسب دارد و به نظم در معاملات کمک می‌کند و خریدار با حسن نیت را از خطر بطلان معامله مصون می‌دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۰). به نظر می‌رسد این دلیل نمی‌تواند از چنان کارآیی برخوردار باشد که بتوان به استناد آن حق طرف قرارداد و تعهد را نادیده گرفت و متعهد له را از حقوقش محروم ساخت. برای رد این دلیل می‌توان به دو مطلب اکتفا کرد:

۱-۳-۳- تعارض حسن نیت متعهد له و شخص ثالث

یکی از دلایلی که در رد حسن نیت می‌توان اقامه کرد این است که همان‌گونه که شخص ثالث در انجام قرارداد معارض دارای حسن نیت بوده و به خاطر عدم آگاهی از وجود حق عینی غیر اقدام به تشکیل قرارداد معارض نموده است و بدون اینکه در سوء نیت و رفتار نامتعارف متعهد شرکت داشته باشد قرارداد را منعقد کرده است. متعهد له نیز در قرارداد خود حسن نیت داشته و به دنبال یک رفتار معقول و عقلایی و عرفی اقدام به انعقاد و تشکیل عقد معلق نموده است، و هیچ دلیلی وجود ندارد که حسن نیت شخص ثالث را بر حسن نیت متعهد له ترجیح دهد، بلکه باید گفت می‌توان

حسن نیت متعهدله را ترجیح داد، زیرا او در انعقاد قرارداد مقدم بوده است. این عادلانه نیست که تعهد به وجود آمده در زمان سابق را درحالی که با کمال حسن نیت همراه بوده است، به وسیله قرارداد مؤخر و لاحق صرفاً به دلیل حسن نیت طرف قرارداد دوم، قابل پیگیری و اجبار ندانست. برخلاف نظر برخی حقوق دانان در بحث قرارداد معارض با قولنامه که معتقدند به صرف تقدم حق طرف عقد وعده از نظر زمانی، با وجود سوء استفاده مالک و تجاوز او به حق طرف قرارداد، نباید ضرر پیش آمده را با ضرر شخص ثالث دارای حسن نیت جبران کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۰). به نظر می رسد به دلیل تعارض حسن نیت هر دو طرف، استناد به این دلیل برای طرفین منتفی است و آنچه باقی می ماند تقدم زمانی و در پی آن ترجیح حق متعهدله بر حق شخص ثالث است. آنچه هست این است که متعهد، مسئول جبران خسارت وارده بر شخص ثالث می باشد، زیرا «انتقال مالی که وعده فروش آن به دیگری داده شده، بی گمان نوعی تقصیر قراردادی است. این تقصیر ضمان آور است و سبب ایجاد مسئولیت در جبران خسارت ناشی از آن می شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۸۸).

۲-۳-۳- جایگاه ضعیف اصل حسن نیت در حقوق ایران

دلیل دیگری که استناد به حسن نیت شخص ثالث را برای جلوگیری از ابطال معامله معارض سست می نماید، آن است که حسن نیت در حقوق ایران به صورت مستقل جایگاهی ندارد. قانون گذار در ایران با اتکا به مطالعات عمیق چند صدساله فقهای بزرگ و درک صحیح از شرایط معاصر، برای هر یک از این عناوین، ضابطه و حتی تعریف دقیقی بیان نموده و احکام و آثار آن را تشریح کرده است. احکام مربوط به غبن را در خیار غبن و احکام مربوط به تدلیس را در خیار تدلیس بیان داشته است. حتی می توان ادعا کرد به جز در برخی خیارات همچون خیار مجلس، حیوان و شرط، سایر خیارات مرتبط و هم سو با حسن نیت در قرارداد می باشند. به عنوان مثال در خیارات غبن، عیب، رؤیت و تبعض صفت به این جهت که شخص زیان دیده تنها در صورت جهل به واقع، حق استفاده از مزایای قانونی را دارد، تأثیر حسن نیت قابل ملاحظه می باشد. درباره سوء استفاده از حق به استناد قاعده «لاضرر» در مقررات مختلفی نظیر اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ ق.م. سخن به میان آورده و اکراه را به موجب ماده ۱۹۹ و ۲۰۳ ق.م. سبب عدم نفوذ معامله می شمارد.

قانون گذار ایران مسئله «اشتباه» را که یکی از مهم ترین جنبه های اصل حسن نیت است، با یک

نگاه ننگریسته و از قانون‌گذار خارجی تبعیت ننموده است. در ماده ۱۹۹ ق.م.تصریح می‌کند: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست» و در مسئله وطئ به شبهه حمایت‌هایی از اشتباه‌کننده به عمل می‌آورد.

از سوی دیگر، قانون‌گذار در ماده ۳۰۱ ق.م.می‌گوید: «کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند». در ماده ۳۰۳ نیز تأکید شده است: «کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل». تا جایی که وجود این مواد قانونی و عدم حمایت قانون‌گذار از فرد مشتبه در آنها موجب آن شده است که برخی اساتید بگویند: «حسن نیت در حقوق ایران قبول نشده است و ضمانت اجرای مواد ۳۰۱ به بعد قانون مدنی ایران با فقه امامیه متناسب بوده و با فرانسه مطابقت ندارد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲۵).

با وجود این شواهد به نظر می‌رسد اگر بخواهیم در حقوق ایران برای اصل حسن نیت در قرارداد معنی و مفهوم مستقلی که با عناوین پیش‌گفته تداخل نداشته باشد، بیابیم، تنها بتوان از مفهوم «عرف و عادت» کمک گرفت. مرحوم شهیدی در این باره می‌گوید:

در حقوق ایران اصلی به عنوان حسن نیت در قرارداد پیش‌بینی نشده است، لکن با مطالعه موارد لزوم حسن نیت در حقوق بیگانه می‌توان عرف و عادت را که ضابطه‌ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است، جز در موارد استثنایی وارد در برخی از آرای قضایی، جانشین حسن نیت دانست (شهیدی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۷۴).

ایشان همچون حقوق‌دانان دیگر برای بیان مصادیقی از حسن نیت به مواد زیر استشهد می‌کند: ماده ۲۲۰ ق.م. «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». ماده ۲۲۱ ق.م. «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد». ماده ۲۲۵ ق.م. «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است».

پیش از وی نیز حقوق‌دانان دیگری نظیر مصطفی عدل مواد مزبور را براساس حسن نیت تفسیر کرده و لزوم اجرای آن را بر پایه این اصل دانسته‌اند. ایشان می‌گویند: «گرچه این نکته در قانون

مدنی ذکر نشده، ولی از مفاد ماده ۲۲۰ کاملاً استنباط می‌شود که مقصود مقنن همین بوده است. سپس معلوم است که مقنن خواسته است اجرای عقود از روی حسن نیت و برطبق قصد طرفین باشد والا متعاملین را به تحمل کلیه نتایج آن، حتی نتایجی که به موجب عرف و عادت حاصل می‌شود و در عقد تصریح نشده است، ملزم نمی‌نمود» (عدل، ۱۳۷۸: ۱۱۱).

صفایی نیز با تأکید بر ابهام اصل حسن نیت می‌گوید: «اگر چنین نهادی که معنی دقیق و روشنی ندارد در اختیار دادرسان ناشایسته گذارده شود، چه بسا به سوء استفاده و تبعیض منجر گردد و از این رو کارآیی و سودمندی قبول چنین اصلی در وضع کنونی حقوق ایران محل تردید است». وی سپس برخی تعاریف مطرح درباره حسن نیت را بیان می‌کند و می‌افزاید:

پروفسور Schlechtreim که یکی از مفسران کنوانسیون می‌باشد، پیشنهاد می‌کند که حسن نیت در بازرگانی بین‌المللی با مراجعه به استانداردهای «معقولیت» تفسیر گردد و اضافه می‌کند که «معقول» چیزی است که در تجارت ذریبط «متعارف» و «قابل قبول» باشد.

با توجه به این تعریف به نظر می‌رسد که حسن نیت به «عرف» نزدیک است و رفتار با حسن نیت معمولاً همان رفتار معقول و متعارف است و شاید با مراجعه به عرف در اغلب موارد بتوان به همان نتیجه‌ای رسید که اصل حسن نیت اقتضا می‌کند». (صفایی و جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷: ۴۵-۴۷).

نتیجه آنچه در این قسمت بیان شد آن است که حسن نیت در حقوق ایران به صورت مستقل جایگاهی ندارد و با این وصف باید گفت که این راه‌حل برای ابطال قرارداد معارض، بیش‌تر هم‌سو با نظام حقوقی فرانسه است که با مفهوم و نهاد حسن نیت کاملاً آشنا است و در اجرای آن تا آن حد پیش می‌رود که معامله منعقدۀ نسبت به مال منقول متعلق به دیگری را نیز در صورت با حسن نیت بودن خریدار صحیح تلقی می‌کند، چنانکه در مواد ۵۵۰ و ۲۲۷۹ ق.م. فرانسه مشهود است. از همین جهت است که نویسندگان و دادرسانان اروپایی در تعهد قولنامه، بطلان معامله معارض را محدود به موردی می‌کنند که خریدار از وجود وعده آگاه باشد یا در خدعه مالک شرکت داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۰).

البته باید اذعان داشت که ابطال قرارداد معارض، حق شخص ثالث دارای حسن نیت را تضییع می‌کند و چه بسا خسارت‌هایی را نیز بر او وارد نماید که باید توسط بایع جبران شود، به‌ویژه در معاملاتی که موضوع آنها اموال و املاکی است که بر اساس قانون، می‌بایست سند رسمی داشته باشند و معاملات آنها باید در مراجع ذی‌صلاح ثبت گردند، مشکل دو چندان خواهد بود؛ زیرا در

این موارد شخص ثالث - طبق عرف متداول - برای دفع مشکلات بعدی، به مراجع قانونی مراجعه می‌کند و از صحت سند مورد معامله اطمینان حاصل می‌نماید. حال اگر به‌رغم تمام پیشگیری‌ها، باز هم پس از انجام معامله سند مزبور در یک تعهد سابق، متعلق حق دیگری قرار گرفته و ذوالحق امکان ابطال قرارداد معارض را داشته باشد، عملاً در نظم قراردادی اجتماع و اعتبار و اعتماد مراجع قانونی اختلال ایجاد می‌شود. با وجود این، نمی‌توان از مبنای امکان ابطال قرارداد معارض که با ادله محکم مذکور قابل اثبات است، به سبب برخی مشکلات اجرایی و شکلی، به سادگی صرف نظر نمود. چنان‌که همین اشکال در جایی که ملک مورد معامله در رهن قرار گرفته و مرتهن شرط عدم فروش کرده باشد، نیز بروز می‌نماید؛ زیرا در این مورد نیز ممکن است فردی علی‌رغم مراجعه به مراجع قانونی و اطمینان خاطر از صحت سند و عدم مشکل برای نقل و انتقال قانونی، ملک منتقل شده را در رهن بیابد، ولی هیچ حقوق‌دانی نمی‌گوید که برای رفع این مشکل اجرایی، باید حق شخص ثالث بر حق مرتهن ترجیح داده شود. پس راه حل صحیح برای رفع مشکل، وضع ضوابط و مقررات متناسب با مبانی فقهی حقوقی و دارای توجیه علمی است، نه دست برداشتن از اصول و مبانی. لذا تأکید می‌کنیم که به نظر می‌رسد شهرتی که در حقوق ایران در ارتباط با معامله معارض شکل گرفته است، تا حد زیادی متأثر از نظریه حسن نیت در حقوق فرانسه است و تطبیق آن با مبانی نظام حقوقی ایران به ویژه سابقه فقهی آن دشوار است.

نتیجه‌گیری

پس از بررسی صور مختلف وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقود معلق به نظر می‌رسد نظریه‌ای که قابل دفاع می‌باشد همان نظریه صحت اینگونه قراردادها است. البته با تفصیلی که در ذیل به آن اشاره خواهد شد.

هرچند مورد معامله در عقد معلق قبل از حصول معلق علیه متعلق حق عینی خریدار واقع می‌شود زمانی که عقد معلق با قرارداد معارض خود روبه‌رو می‌شود - همان‌طور که ذکر شد - نمی‌توان قرارداد معارض را باطل دانست، چرا که علاوه بر دلایلی که قبلاً به آن اشاره نمودیم ممکن است معلق علیه هیچ‌گاه حاصل نشود و در این صورت با باطل قلمداد کردن قرارداد معارض منافع متعهد در عقد معلق بیش از بیش در خطر می‌افتد، هرچند که این امر به تنهایی نمی‌تواند دلیل خوبی برای پذیرش عدم بطلان اینگونه قراردادها باشد.

نظریه عدم نفوذ نیز در جای خود بررسی گردید و دلایل قائلین به آن در جای خود مورد نقد و

بررسی قرار گرفت، اما نظریه‌ای که به نظر نگارنده از قوت بیش‌تری برخوردار است نظریه صحت قراردادهای معارض با عقد معلق می‌باشد. ممکن است در ذهن مخاطب این سوال پیش آید که در صورت صحت قرارداد معارض با عقود معلق تکلیف حق عینی متعهد له در عقد معلق چه می‌شود؟ چرا که در عقد معلق قبل از حصول معلق علیه خود قائل به وجود حق عینی برای متعهد له شدیم، حال اگر بگوییم متعهد در عقد معلق حق انعقاد قرارداد معارض با عقد معلق را دارد تکلیف حق عینی غیر موجود در موضوع معامله معارض چه می‌شود؟ این سؤال اساسی‌ترین پرسشی است که در محل بحث قابل طرح می‌باشد. آنچه در پاسخ می‌توان گفت این است که موضوع معامله به‌همراه همان حق عینی غیر بر روی آن به متعهد له قرارداد معارض منتقل می‌شود و لذا معامله ثانیه را با وجود حق عینی غیر صحیح تلقی می‌نماییم. به عبارت دیگر، فروشنده در عقد معلق پس از آنکه حق مالکیت خود را با عقد معلق محدود نموده است با انعقاد قرارداد معارض همین حق محدود خود را می‌تواند به دیگران منتقل نماید. منتقل الیه نیز اگر دانسته اقدام به انعقاد معامله نماید که علیه خود اقدام نموده است و اگر ندانسته اقدام به انعقاد معامله نموده باشد دارای خیار می‌باشد و خیارش دفعتاً لاضرر بوده و از شعب خیار عیب می‌باشد، چرا که می‌توان وجود حق عینی غیر بر مال را نوعی عیب دانست. البته این عیب واقعی نیست، چرا که عیب واقعی نقص در خلقت بوده و وجود اینگونه حق عینی نقص در خلقت نمی‌باشد، بلکه نقصی است که خودمان به وجود آورده‌ایم. کما اینکه چنانچه مالی به دیگری فروخته شود و شخص ثالث نسبت به آن، حق عینی اصلی مانند حق انتفاع داشته باشد معامله صحیح بوده و در صورتی که خریدار از این موضوع آگاه نباشد، دارای حق فسخ بوده و می‌تواند قرارداد را فسخ نماید (خویی، ۱۳۶۵، ج ۵: ۲۳۹؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۴: ۴۴۹).

در مورد بیعی که متعلق حق عینی تبعی باشد نیز همین گونه است. برای مثال در فروش عین مرهونه اگر راهن میبعی را که در رهن است بدون اذن یا اجازه مرتهن به غیر منتقل نماید، حق الرهانه هم با آن مال حسب برخی مبانی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۵۸۲؛ خویی، ۱۳۶۵: ۱۱۵؛ طوسی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۴۹۹) منتقل خواهد شد و منتقل الیه در صورت جهل، خیار فسخ خواهد داشت، یا اگر شخصی مبیع مسلوب المنفعه شد (چه از باب اینکه آن را اجاره داده باشد یا اینکه حق انتفاعی روی مال باشد) به دیگران بفروشد، این فروش سبب نخواهد شد که آن حق عینی پیشین از بین برود و سبب نخواهد شد که این فروش بعدی نیز باطل شود، بلکه تنها خریدار در صورت جهل حق فسخ خواهد داشت و می‌توان گفت این امر یک قاعده است و به صورت یک قاعده

کلی می‌توان گفت: چنانچه یک عینی متعلق حق عینی دیگری قرار گرفته باشد و مورد معامله واقع شود هم معامله صحیح است و هم حق عینی پا برجاست و اینها با هم تعارضی ندارند و منتقل^۱ الیه در صورت جهل دارای خیار می‌باشد، و خیارش دفعاً لاضرر بوده و از شعب خیار عیب می‌باشد. این قاعده اختصاصی به محل بحث ما (قرار دادهای معارض، عقود معلق) ندارد، بلکه در هر جایی که مبیع متعلق حق عینی غیر بوده جریان دارد. برای مثال این قاعده در «فروش عین مرهونه، فروش عینی از اعیان مفلس، فروش عینی که حبس شده و منافعتش در اختیار دیگری قرار گرفته» از این قبیل موارد جریان دارد. تنها موردی را که می‌توان از این قاعده مستثنا دانست فروش عین موقوفه است که عینش محبوس است و منافعتش تسبیل شده است. آنجا فروش عین موقوفه باطل دانسته شده است که دلیل آن هم بیش‌تر روایات بوده‌اند. البته یک دلیل عقلایی هم می‌توان برای آن برشمرد و آن اینکه برای عین موقوفه هیچ استفاده‌ای متصور نیست چون خروجش از حبس ممکن نیست اما در موارد قبل، خروج عین از حبس کاملاً ممکن است یا راهی برای اخراجش از حبس وجود دارد.

البته ممکن است گفته شود در برخی از مبانی، بیع رهینه را غیر نافذ می‌دانند و هم‌چنین طبق برخی مبانی، بیع مفلس غیر نافذ تلقی شده است. پاسخ آنست که ما آن مبانی را اساساً قبول نداریم. بنابراین در محل بحث نیز می‌توانیم بگوییم معامله معارض با عقود معلق صحیح می‌باشد و مالکیت تعلیقی خریدار در عقد معلق، پس از انعقاد معامله معارض، هم‌چنان بر مورد معامله باقی خواهد ماند و خریدار معامله معارض در صورت جهل به وجود چنین مالکیت تعلیقی برای دیگران، حق فسخ معامله خود را دارد و اگر هم از این امر اطلاع داشته باشد که خود اقدام به چنین معامله‌ای نموده است. برای مثال شخصی خانه خود را معلق بر قبولی فرزندش در کنکور با قیمت ارزان‌تر به او می‌فروشد و پس از آن اقدام به انعقاد یک معامله معارض با قرارداد معلق می‌نماید و به موجب قرارداد معارض خانه‌اش را به شخص «ب» می‌فروشد. در اینجا معامله معارض صحیح بوده و هم‌چنان مالکیت تعلیقی «فرزند» به روی خانه، حتی پس از انتقال آن به شخص «ب»، باقی خواهد ماند. این حق معلق تا زمان معلوم شدن نتیجه کنکور بر روی خانه فروخته شده باقی خواهد ماند و در صورتی که شخص «ب» از وجود این حق معلق برای فرزند بی‌خبر بوده باشد حق فسخ قرارداد خود را دارد و اگر هم که مطلع بوده باشد علیه خود اقدام نموده است.

البته برای تعیین سرنوشت نهایی قرارداد معارض باید منتظر وضعیت نهایی حصول یا عدم حصول معلق^۲ علیه ماند. در صورت عدم حصول معلق^۲ علیه حق عینی خریدار عقد معلق بر روی

مورد معامله از بین می‌رود و در صورت حصول معلقٌ علیه باید دید آثار عقد معلق از چه زمانی بر آن بار می‌شود، و میان ناقلیت و کاشفیت حصول معلقٌ علیه تمایز قائل شد.

منابع

- باریکلو، علیرضا. (۱۳۷۵) «وضعیت حقوقی اعمال حقوقی معارض با تعهدات سابق متعهد و حق ثالث»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس.
- حسینی روحانی، محمد صادق. (۱۴۲۹ق.) *منهاج الفقاهه*، قم: انوار الهدی، چاپ پنجم.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۶۵ق.) *کتاب الاجاره*، قم: مدرسه دارالعلم.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۹) *حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)*، تهران: عصر حقوق.
- _____. (۱۳۸۸) *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم.
- صفایی، سید حسین و جمعی از نویسندگان. (۱۳۸۷) *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- _____. (۱۳۷۸) *حاشیه‌المکاسب*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۱۹ق.) *العرفه الوثقی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۱۱ق.) *الخلاف*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عدل، مصطفی. (۱۳۷۸) *حقوق مدنی*، تهران: طه.
- قربانپور، امیرمهدی. (پاییز ۱۳۸۲) «تعلیق در عقود، اعتبار آثار آن»، *مجله عمومی دادگستری*، شماره ۴۴.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۹۱) *القواعد الفقهیه*، تهران: مکتبه صدر.
- موسوی خمینی، روح الله. (۱۴۲۱ق.) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(ره).