

## وضعیت فقهی - حقوقی معامله معارض با شرط فاسخ

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۹/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۲۲

جواد نیک‌نژاد<sup>۱</sup>

### چکیده

در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه حقوق بایع و مشتری متعادل نیست، بلکه به علت تملیکی بودن بیع، کفه ترازوی حمایت قانونی به سمت مشتری سنگین‌تر است؛ لذا طرفین در عقد بیع تلاش می‌کنند از راهکارهایی برای متعادل نمودن حقوق فی‌مابین استفاده نمایند. یکی از این راه‌حل‌ها که به‌شدت در جامعه رواج دارد استفاده از شرط فاسخ در مبیعه‌نامه‌ها است، سؤالی که پاسخ به آن از اهمیت بسیاری برخوردار است، اینست که آیا مشتری بلافاصله بعد از عقد و قبل از تحقق یا عدم تحقق معلق‌علیه شرط فاسخ می‌تواند نسبت به انتقال مبیع به غیر اقدام کند؟ در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای با قیاس شرط فاسخ با پاره‌ای از خیارات، مانند غبن، تصرفات منافی مشتری با شرط فاسخ را صحیح می‌دانند و برخی دیگر قائل به عدم نفوذ تصرفات مشتری هستند. فرضیه ما در این تحقیق این است که مشتری در دوره یادشده حق تصرف منافی با شرط فاسخ را ندارد و در صورت انجام معامله معارض، این معامله از نظر فقهی و حقوقی در وضعیت مراعی است، در صورت تحقق معلق‌علیه و انفساخ معامله اصلی، معامله معارض نیز منفسخ می‌شود، ولی در صورت عدم تحقق شرط فاسخ، مانع معامله معارض مرتفع شده، معامله به قوت خود باقی خواهد ماند.

**واژگان کلیدی:** غیرنافذ، مانع، مراعی، معلق‌علیه، مقتضی.

## مقدمه

امروزه استفاده از شرط فاسخ به‌عنوان یکی از شیوه‌های متعادل نمودن حقوق بایع و مشتری در کشور ایران رواج بسیاری دارد. در عمل زمانی از شرط فاسخ استفاده می‌شود که ثمن معامله به صورت قسطی پرداخت گردد و بایع برای تضمین وصول اقساط ثمن و برای اینکه در زمان مطالبه ثمن با اعسار مشتری مواجه نشود، از نهاد شرط فاسخ استفاده می‌کند تا اگر به ثمن نرسید مالکیت مبیع را نیز از دست ندهد. لذا در معامله شرط می‌کند چنانچه یکی از اقساط ثمن پرداخت نشود، معامله خودبه‌خود منفسخ شود. مسئله مهمی که در این خصوص وجود دارد و به‌شدت در جامعه رایج است، بحث امکان یا عدم امکان تصرفات ناقل عین از سوی مشتری قبل از پرداخت اقساط ثمن است و سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا مشتری می‌تواند به استناد مالکیت خود که به محض وقوع عقد برایش حاصل می‌شود مبیع را به ثالث منتقل نماید؟ در صورت پاسخ منفی، وضعیت حقوقی معامله یادشده از سوی مشتری چگونه است؟ در این خصوص میان حقوق‌دانان و همچنین رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق‌دانان و دادگاه‌ها معتقدند که شرط فاسخ مانع مشتری از تصرفات حقوقی ناقل عین مبیع نیست و در صورت فروش مبیع به ثالث بیع منعقدشده صحیح و معتبر است. برخی دیگر بر این باورند که مشتری از حق اقدام معارض با شرط فاسخ ممنوع است و در صورت انجام معامله معارض، این معامله غیرنافذ خواهد بود.

فقه‌های امامیه در این خصوص به‌صراحت اظهار نظر نکرده‌اند، ولی در باب معاملات معارض با شرط و همین‌طور تصرفات منافی من‌علیه‌الخیار در زمان خیار، سه نظریه صحت، عدم نفوذ و بطلان در فقه وجود دارد. فرضیه نگارنده در این تحقیق اینست که علی‌رغم اینکه مشتری مالک مبیع است، ولی به علت اینکه در معامله موصوف به‌طور ضمنی به نحو شرط نتیجه، حق اقدام منافی از مشتری سلب می‌شود، حق عینی که برای بایع در اثر شرط نتیجه ایجاد شده است، منجر به این می‌شود که مبیع طلق نباشد؛ در نتیجه، وضعیت حقوقی معامله معارض با شرط فاسخ به علت وجود مانع در وضعیت مراعی قرار دارد.

## ۱. ماهیت حق مشروطه

با توجه به اینکه وجود شرط فاسخ در بیع مانعی برای انتقال مالکیت مبیع به مشتری نیست، سؤال قابل طرح در این خصوص این است که آیا برای بایع در دوران تعلیق حقی نسبت به مبیع ایجاد می‌شود یا خیر و در صورت پاسخ مثبت، ماهیت حق یادشده چیست؟ آنچه که با تحلیل دقیق مسئله به دست می‌آید این است که اگرچه مشتری به موجب عقد بیع مالک مبیع می‌شود، ولی ملکیت وی در دوران تعلیق (انحلال عقد) متزلزل و مراعی به حق بایع است، زیرا در این دوران برای بایع به موجب شرط حقی نسبت به مبیع ایجاد می‌شود که مورد حمایت قانون‌گذار است و مشتری از تصرفات منافی با حق یادشده ممنوع خواهد بود.<sup>۲</sup> در خصوص ماهیت حق یادشده، به نظر می‌رسد از آنجا که در شرط فاسخ به طور ضمنی اسقاط حق تصرف مخالف موضوع آن به صورت شرط نتیجه بر مشتری شرط شده است، حقی که برای مشروطه (بایع) ایجاد می‌شود حقی عینی است.<sup>۳</sup> از آثار حق عینی این است که مشتری بایستی حق بایع را محفوظ داشته، ملزم به نگهداری موضوع آن باشد و لازم است از تصرفات منافی با حق یادشده خودداری ورزد. ملاک ماده ۴۶۰ قانون مدنی در شرط فاسخ نیز وجود دارد.<sup>۴</sup>

## ۲. وضعیت حقوقی معامله معارض با شرط فاسخ

در خصوص وضعیت حقوقی معاملات معارض با شرط فاسخ اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه به تحلیل و بررسی این نظریه‌ها خواهیم پرداخت.

### ۲.۱. صحت

برخی از نویسندگان<sup>۵</sup> طرح مسئله اثر شرط فاسخ نسبت به اشخاص ثالث گفته‌اند: اثر

۲. منصور، امینی، «نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع» مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۳۸۹/۱۴۴، ص ۸۴

۳. علیرضا، یزدانیان، «شرط فاسخ» حقوق مدنی تطبیقی، به مناسبت نکوداشت دکتر سید حسین صفایی، (تهران: انتشارات سمت، چ ۲، ۱۳۸۸)، ص ۲۸۳.

۴. ناصر، کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، (تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۸۲)، صص ۱۱۹-۱۲۰.

۵. نویسنده یادشده اگرچه به صراحت به معارض بودن یا نبودن معامله منعده از سوی مشتری اشاره نمی‌کند، ولی به نظر می‌رسد با توجه به اینکه نظریه صحت را پذیرفته است، از نظر وی معامله منعده معارض با شرط فاسخ نیست. اما علی‌رغم اینکه با پذیرش نظریه صحت، معامله منعده معارض با شرط فاسخ نیست، نگارنده جهت آشنایی با نظریاتی که در فقه، حقوق و رویه قضایی

شرط فاسخ، سقوط تعهد و تحقق آن به صورت قهری و ناظر به آینده است و در روابط قراردادی سابق میان متعاقدين اثری ندارد. از این نظر (ناظر به آینده بودن)، اثر شرط فاسخ مانند خيارات قانونی است. به نظر می‌رسد نظریه‌ای که در فقه امامیه در خصوص وضعیت حقوقی معامله مشتری نسبت به مبیع در دوران خیار غبن و پس از اعمال فسخ از سوی بایع را صحیح دانسته و مورد معامله را با انتقال آن در حکم تلف می‌داند، صحیح باشد؛ چراکه مستفاد از وحدت ملاک ماده ۲۸۶ قانون مدنی، انتقال مورد معامله در حکم تلف آن محسوب می‌شود. از طرفی، عقد دوم تمامی شرایط صحت معامله را داراست و با توجه به اینکه مورد معامله انتقال یافته است و امکان بازگرداندن آن از سوی من‌علیه‌الخیار (مشتری) وجود ندارد، تکلیف او از مسترد کردن عین به دادن بدل تغییر می‌یابد.<sup>۶</sup> لذا از آنچه در مورد عقد بین من‌علیه‌الخیار و ثالث و شباهتی که از خیار و شرط فاسخ بیان شد می‌توان نتیجه گرفت که در صورتی که در قرارداد حاوی شرط فاسخ، مشروط‌علیه اقدام به انتقال مورد معامله به ثالث نماید و پس از آن به دلیل عدم عمل به تعهد خود، قرارداد بین وی و مشروط‌المنفسخ گردد، عقد دوم صحیح و تکلیف مشروط‌علیه بازگرداندن بدل عین است.<sup>۷</sup>

آنچه با تحلیل مسئله به دست می‌آید این است که نظر یادشده بدون بررسی دقیق ماهیت حقوقی شرط فاسخ و آثار آن ارائه شده و چون مبتنی بر مقدمات صحیح نیست استنتاج آن نیز غیرموجه و فاقد وجهت است. زیرا نویسنده با قیاس مسئله شرط فاسخ با خیار غبن و طرح مسئله تصرفات منافی با خیار غبن به موضوع پرداخته است، درحالی که هیچ شباهتی مابین خیار غبن و شرط فاسخ وجود ندارد. چنانچه مبنای خیار غبن را شرط ضمنی بدانیم، در این صورت به علت تخلف از شرط صفت ضمنی، مغبون حق فسخ معامله را دارد، درحالی که در معامله‌ای که شرط انفساخ درج شده باشد، شرط به صورت نتیجه است؛ لذا از نظر تحلیلی اگر قرار باشد شرط فاسخ با خيارات مقایسه شود، خیار که بیشترین شباهت را با شرط فاسخ دارد، خیار شرط است، نه خیار غبن که کمترین شباهت را

وجود دارد، به کلیه دیدگاه‌هایی که در خصوص معاملات مشتری پس از عقد بیع و قبل از تحقق یا عدم تحقق معلق‌علیه شرط فاسخ مطرح شده، اشاره کرده است تا تحقیقی جامع و مانع صورت گیرد. اگرچه ادعان می‌دارد پذیرش نظریه صحت فی‌نفسه به معنی معارض نبودن معامله مشتری نخواهد بود.

۶ عبدالله، صدیقیان و جواد، جعفری ندوشن، «قلمرو نفوذ شرط فاسخ» مجله حقوقی دادگستری، ش ۸۹ (۱۳۹۴)، ص ۷۷.  
۷ همان، ص ۷۹.

با شرط فاسخ دارد. پذیرش نظریه یادشده مستلزم نتایج ناگواری است که عملاً فایده‌ای برای مشروطه (بایع) از درج شرط فاسخ به دنبال نخواهد داشت، چون در صورت پذیرش نظر یادشده بایع برای أخذ بدل باید علیه مشتری طرح دعوی نماید و در این صورت با همان مشکلاتی مواجه خواهد شد که بدون درج شرط فاسخ در بیع با آن مواجه بود و آن هم احتمال روبرو شدن با اعسار و نداری یا ورشکستگی مشتری است؛ لذا قائل شدن به این دیدگاه به هیچ وجه با ساختار شرط فاسخ و مقصود طرفین از درج چنین شرطی انطباق ندارد.

برخی از دادگاه‌ها نیز قائل به صحت معامله معارض با شرط فاسخ‌اند؛ برای نمونه در رأی شماره ۱۷۹ مورخ ۵ خرداد ۹۳ که از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی بخش کهریزک اصدار یافته، انتقال مورد معامله از سوی خریدار قبل از تحقق شرط فاسخ صحیح دانسته شده است که به علت اهمیت موضوع چکیده رأی در اینجا آورده می‌شود: «انحلال و رفع اثر از قرارداد نتیجه قهری انفساخ قرارداد است و نظر به اینکه تا قبل از انحلال قرارداد، مشتری حق انتقال مورد معامله را به غیر داشته است، در صورت انتقال مورد معامله قبل از انفساخ، موضوع به منزله تلف حکمی است». شایان ذکر است دادنامه یادشده عیناً به موجب دادنامه شماره ۱۳۷۹-۲۲۲۸-۹۳۰۹۹۷ مورخ ۲۴ آذر ۹۳ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید گردیده است.<sup>۸</sup>

همان گونه که اشاره شد، اگرچه فقهای امامیه در خصوص شرط فاسخ بحث مستقلی را مطرح نکرده‌اند، ولی در مورد معامله معارض با شرط اظهار نظر نموده و برخی از آنها قائل به صحت معامله معارض با شرط شده‌اند.<sup>۹</sup> اگرچه قائلان به نظریه صحت، جنبه‌هایی را در نظریه خویش ابراز داشته‌اند، ولی برای جلوگیری از اطاله کلام و عدم ارتباط آن ادله با موضوع مقاله فقط به یکی از جنبه‌های یادشده که با بحث کاملاً مرتبط است پرداخته می‌شود و آن اینست که معامله معارض با شرط به استناد قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) صحیح است.<sup>۱۰</sup> اگر گفته شود معامله معارض با شرط صحیح نیست، موجب

۸. بانک داده آرا، پژوهشگاه قوه قضاییه

۹. محمدکاظم، آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، (تهران: ناشر فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۶)، ص ۲۴۷؛ ابوالقاسم، خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۷ (قم: مطبعه العلمیه، ج ۱، ۱۳۶۸)، ص ۴۷۱.

۱۰. همان، ص ۴۷۱.

می‌شود که سلطنت مشروط‌علیه محدود باشد؛ درحالی که دلیلی نداریم که سلطه مشروط‌علیه محدود شود.<sup>۱۱</sup>

درحالی که در پاسخ می‌توان گفت اولاً این محدودیت از ناحیه خود مشروط‌علیه است و مشمول قاعده اقدام می‌شود، نه قاعده تسلیط؛ به عبارت دیگر این محدودیت از باب اقدام خود مشروط‌علیه است، نه از باب حکم شرعی. ثانیاً قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» مشرع نیست و نمی‌توانیم در مواردی که شک در صحت و فساد عقدی کردیم به آن تمسک کنیم.<sup>۱۲</sup>

پذیرش نظریه صحت معامله معارض صرف نظر از ایرادات پیش گفته، با قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» مغایر است؛ زیرا حتی اگر برای مشتری قائل به ملکیت طلق باشیم، صحت معامله معارض حکمی است ضرری و زیان ناروایی را برای مشروط‌تاله به دنبال خواهد داشت، چنان که یکی از فقهای امامیه در رد نظریه صحت معامله معارض با شرط ابراز داشت: «وجهی برای نظریه صحت مطلق نمی‌بینم، زیرا همانا نظریه صحت مستلزم تضييع حق مشتری است»<sup>۱۳</sup>. از طرف دیگر، ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز بیانگر همین راه‌حل خواهد بود، زیرا اگرچه با ادله دیگر می‌توان وضعیت حقوقی معامله معارض با شرط فاسخ را کشف کرد، ولی حتی در صورت نبود چنین ادله‌ای، از قاعده لاضرر نیز می‌توان کشف نمود معامله یادشده صحیح نیست، چون لاضرر فقط امور وجودی را دفع نمی‌کند، بلکه هرآنچه را که در اسلام ضرری باشد، چه وجودی و چه عدمی، برمی‌دارد.<sup>۱۴</sup> لذا از آنجا که لزوم جبران ضرر یک مسئله عقلی است و عقل در این خصوص بین امور وجودی و عدمی تفاوتی نمی‌گذارد، حتی اگر از نبود حکمی ضرری محقق شود،

۱۱. یوسف، صانع، دروس خارج فقه، مبحث خیارات، جلسه ۹۸/۱۱/۲۳، سایت پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله یوسف صانعی در: saneie.xyz

۱۲. همان.

۱۳. میرزا علی، ایروانی غروی، حاشیه مکاسب، خیارات، ج ۳، (قم: نشر صبح صادق، ج ۱، ۱۴۲۶)، ص ۳۰۰.

۱۴. مرتضی، انصاری، رسائل الفقهیه، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ج ۱، ۱۴۱۴)، ص ۱۱۹؛ میر عبدالفتاح، حسینی مراغی، العناوین، ج ۱، (قم: نشر اسلامی، ج ۱، ۱۴۱۷)، ص ۳۱۸.

می‌توان با استناد به این قاعده آن حکم را مانند عدم نفوذ، بطلان و ... جعل کرد.<sup>۱۵</sup>

از طرف دیگر، حکم به صحت معامله معارض با شرط فاسخ با قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قانون مدنی متعارض است. در تأیید این مطلب می‌توانیم به ماده ۴۶۰ قانون مدنی که به‌نظر می‌رسد ابهام و اجمال قسمتی از ماده ۴۵۴ قانون مدنی را رفع می‌کند، استناد نماییم؛ پر واضح است که در واقع بیع شرط نوعی از اقسام خیار شرط است که در آن خیار فقط به نفع بایع شرط شده است، پس همان‌گونه که به‌موجب ماده ۴۶۰ قانون مدنی که به‌نظر می‌رسد مبنای وضع آن شرط عدم تصرفات ناقله به‌طور ضمنی بر مشتری است، در سایر موارد خیار شرط به نفع بایع نیز همین حکم جاری خواهد بود و حکم مقرر در ماده ۴۶۰ قانون مدنی خصوصیتی ندارد که فقط شامل بیع شرط شود، بلکه چون خیار شرط به نفع بایع نیز ماهیت یکسانی با بیع شرط دارد، همین حکم در خصوص آن جاری است و قائل شدن به استثنایی بودن حکم مقرر در این ماده از منطق حقوقی به‌دور است. اگرچه در خیار شرط حق فسخ به محض انعقاد بیع برای مشروطه ایجاد می‌شود، ولی در شرط فاسخ ایجاد حق فسخ برای فروشنده معلق به تخلف خریدار است و قیاس میان این دو صحیح نیست. اما در برخی منابع فقهی در خصوص وجوه مختلف خیار شرط به قسمی اشاره شده است که با شرط فاسخ انطباق دارد که در صورت پذیرش وجه یادشده می‌توان احکام خیار شرط را با شرط فاسخ قیاس نمود. شیخ انصاری در مکاسب در بحث انواع ردّ ثمن در بیع شرط، پنج احتمال را مطرح می‌کند که احتمال چهارم ردّ ثمن شرط برای انفساخ<sup>۱۶</sup> بوده که همان شرط فاسخ است. اگرچه شیخ همه وجوه یادشده به استثنای مورد چهارم را صحیح دانسته<sup>۱۷</sup>، ولی اکثر حاشیه‌نویسان مکاسب ضمن پاسخ به اشکالاتی که شیخ به مورد یادشده وارد کرده است، آن را صحیح دانسته‌اند<sup>۱۸</sup>؛ لذا در صورتی که به صحت چنین شرطی حکم شود، با عنایت

۱۵. سید محمدعلی، یربوی و جواد، محمودی، «اثبات حکم با قاعده لاضرر» مجله پژوهش‌های فقهی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، دوره ۱۴، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۱۰۵.

۱۶. مرتضی، انصاری، مکاسب، ج ۲، (قم: مؤسسه امام المنتظر (عج)، ج ۲، ۱۳۹۱)، ص ۳۰۶. همان.

۱۸. محمدجواد، فاضل لنگرانی، دروس خارج فقه، مبحث خیارات، جلسه ۴۱، سایت پایگاه اطلاع رسانی آیت‌الله محمدجواد فاضل لنگرانی در: <http://www.fazellankrani.com>

۱۹. برای نمونه، ر.ک. سید روح‌الله، موسوی خمینی، البیع، ج ۴، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱، ۱۴۲۱)، ص ۳۳۵؛ محمدحسین، اصفهانی، حاشیه‌المکاسب، ج ۴، (قم: ناشر محقق مطبوعه العلمیه، ج ۱، ۱۴۱۹)، ص ۱۹۰.

به وحدت مبانی آن با خیار شرط یا سایر اقسام آن، احکام خیار شرط در آن جاری است که یکی از احکام یادشده مواد ۴۵۴ و ۴۶۰ قانون مدنی می‌باشد.

## ۲.۲. بطلان

در خصوص وضعیت حقوقی معاملات معارض با شرط فاسخ از سوی مشتری، یکی از نظریات قابل طرح این است که معامله یادشده از اساس باطل شمرده می‌شود. در این راستا شاید بتوان به ظاهر قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قانون مدنی استناد نمود که چنین مقرر می‌دارد: «... مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت صریحاً یا ضمناً بر مشتری شرط شود که در این صورت اجاره باطل است».

یکی از فقها در خصوص وضعیت حقوقی معامله معارض با شرط، قائل به بطلان این معامله شده و در توجیه نظریه خویش ابراز داشته است: «زیرا عقد در حالی واقع شده که حق غیر به آن تعلق گرفته است و اجازه بعدی از سوی مشروط‌اله آنرا احیاء نمی‌کند خواه اجازه ذیحق با اسقاط حقتش باشد یا با تنفیذ معامله معارض با شرطی مثل اجازه مالک در معامله فضولی اما پاسخ مورد اول واضح است، زیرا اسقاط حق لاحق است و تأثیری به حال عقد در حال زمان ثبوت حق ندارد و پاسخ وجه ثانی این است که چون عقد حین وقوع مشمول ادله صحت نیست، پس چطور بعد از آن می‌تواند مشمول ادله صحت شود؛ الا بر فرض اینکه قائل به ثبوت عموم ازمانی در دلیل باشیم که آن باطل است»<sup>۲۰</sup>.

محمدکاظم طباطبایی یزدی در خصوص وضعیت حقوقی معامله معارض با شرط ضمن طرح، سه نظریه صحت، عدم نفوذ و بطلان را مقرر داشته که اگر معامله معارض با إذن مشروط‌اله باشد صحیح است، اما اگر بدون إذن او باشد معامله باطل خواهد بود و حتی اجازه بعدی مشروط‌اله موجب تصحیح آن نمی‌شود.

فقیه یادشده در تأیید بخش اول نظریه خود، یعنی صحت معامله معارض با شرط در صورت إذن مشروط‌اله، گفته است: «تنها اشکال قرارداد معارض تعلق حق مشروط‌اله به موضوع قرارداد است و همان‌طور که مشروط‌اله می‌تواند حق خود را اسقاط کند می‌تواند إذن

۲۰. میرزا علی ایروانی غروی، پیشین، صص ۳۰۰-۳۰۱.



به تفویض موضوع آن بدهد؛ البته به صرف دادن إذن، حق وی ساقط نمی‌شود، اما وقتی که موضوع حق وی از بین برود، حق نیز از بین خواهد رفت. بین اسقاط حق و إذن به تفویض حق، این فرق وجود دارد که اگر مشروطه حق خود را اسقاط کند حق به طور کامل و یکسره از بین می‌رود. اما در صورتی که مشروطه إذن به تفویض موضوع حق داده باشد اگر بعداً از إذن خود رجوع کند یا معلوم شود که تصرف به جهتی باطل بوده است حق وی هنوز باقی است»<sup>۲۱</sup>.

وی در تأیید بخش دوم نظریه خویش (اجازه مشروطه نمی‌تواند موجب تصحیح قرارداد شود) گفته است: «عقد دوم به مشروطه تعلق ندارد تا آن را اجازه کند. همچنین عقد دوم بر مال او نیز وارد نشده است بلکه مالک خود کسی است که قرارداد را منعقد کرده است و حق مشروطه تنها مانع از نفوذ تصرف بوده و موجب شده که تصرف مؤثر واقع نشود. اجازه مشروطه به معنای اسقاط حق وی از هنگام اجازه است بنابراین همانطور که اگر مشروطه عقد منافی را اجازه نمی‌کرد بلکه حق خود را اسقاط می‌کرد فایده نداشت اجازه او هم فایده‌ای ندارد»<sup>۲۲</sup>.

جوادی آملی، از فقهای معاصر، نیز در این خصوص اعتقاد دارد، معامله مذکور باطل است، زیرا یکی از شرایط صحت بیع این است که مبیع باید طلق باشد و این مبیع که متعلق «حق الخیار» است<sup>۲۳</sup> طلق نیست، و وقتی طلق نباشد، مشتری حق انتقال ندارد و وقتی حق انتقال نداشته باشد، این معامله باطل است<sup>۲۴</sup>.

سپس فقیه یادشده با طرح این اشکال که برخی معتقدند این دیگر بدتر از بیع فضولی

۲۱ سید محمدکاظم، طباطبایی یزدی، *حاشیه المکاسب*، ج ۲، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۴، ۱۳۷۸)، ص ۱۳۲.

۲۲ همان.

۲۳ اگرچه نگارنده علی‌رغم اختلاف دیدگاهی که میان حقوق دانان و فقها در خصوص تعلق حق فسخ به عقد یا مبیع وجود دارد، با توجه به مبانی قانون مدنی قائل به این است که اصولاً خیار به عقد برمی‌گردد، ولی در مانحن‌فیه فقط در مقام نقل دیدگاه حضرت آیت‌اله جوادی آملی و مبانی استدلالی نظریه ایشان است، و جهت جلوگیری از اطاله کلام از تحلیل این مطلب به علت عدم ارتباط مستقیم با موضوع مقاله خودداری می‌نماید.

۲۴ عبدالله، جوادی آملی، *دروس خارج فقه، مبحث خیارات*، جلسات ۹۱/۹/۲۷ و ۹۱/۹/۲۸، سایت مدرسه فقهت در: <http://www.eshia.ir/feqh>

نیست<sup>۲۵</sup>، در صدد پاسخ برآمده و مقرر داشته است: «بله اینجا بدتر از بیع فضولی است. چون در بیع فضولی عاقد آمده است مال مسلم مردم را فروخته او فقط عقد کرده ایجاب و قبول خوانده همین این عقد هنوز شناور است هیچ کس مسئول وفا نیست. اگر این عقد بخواهد از شناوری در بیاید دو راه دارد: یا این فضول برود از مالک بخرد مشمول قاعده «من باع ثم ملک» بشود یا این مالک حقیقی اجازه بدهد که این عقد شناور بشود «عقده». مانحن فیه نه از آن قبیل است نه از این قبیل زیرا در مانحن فیه مشتری به عنوان مشروط علیه مالک مبیع است منتهی حق فروش آنرا نداشت برای اینکه این ملک طلق نبود مشروطه هم که مالک این خانه نیست تا بگوید من بیع خانه را اجازه دادم. اصل در معاملات هم فساد است یعنی استصحاب عدم مالکیت این مشتری قبلاً مالک این کالا نبود الآن کماکان بایع قبلاً مالک ثمن نبود الآن کماکان اصل در معامله فساد است یعنی اصل عدم انتقال است»<sup>۲۶</sup>.

وی در مورد تفاوت اجازه در عقد فضولی با مانحن فیه اظهار داشته است: «اجازه در حوزه‌ای است که آن مجیز سهمی دارد در بیع فضولی مشخص است مجیز مالک است یا نماینده است اما در مقام ما مشروطه نه مالک است نه نماینده چون این عین را فروخت به مشتری و مشتری مالک این است و فروخت، اینکه بیع فضولی نیست تا مشروطه اجازه بدهد. پس مشروطه اگر بخواهد اجازه بدهد باید به اندازه حق خودش اجازه بدهد او همان نسبت به حق الشرط سلطه دارد نسبت به عین که سلطه ندارد، نه ملک اوست نه تحت نمایندگی وی است برای اینکه این عین ملک مشروط علیه بود و این ملک خودش را فروخت و بایع که مشروطه است نماینده نیست پس نسبت به عین بحثی نیست و معامله درست است، می‌ماند حق آیا این مشروطه که ذی‌حق است قبل از اسقاط حق الشرط می‌خواهد این معامله را اجازه بدهد یا بعد از او؟ بدون اسقاط حق الشرط اجازه که لغو است وقتی حق خودش را می‌خواهد اجازه بدهد یعنی چه؟ بعد از اسقاط حق الشرط نیز اجازه تأثیری ندارد زیرا زمانیکه معامله واقع شد مبیع شرایط صحت را نداشت، برای اینکه طلق نبود الان که طلق شده عقدی روی آن واقع نشده، به چه دلیل این صحیح باشد؟ در مسئله فضولی همه شرایط بود، این معامله از نظر عقدی صحیح است اما نقل و انتقال نمی‌شود برای اینکه یک

۲۵. محمدحسین، نائینی، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۳، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۳، ۱۴۳۳)، ص ۲۶۵.

۲۶. عبدالله، جوادی آملی، پیشین، جلسه مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸.

کسی باید این عقد را وفا کند (اوفوا بالعقود) باشد این اوفوا بالعقود ناظر به فضول نیست. اما در این جا این مبیع آن وقتی که فروخته شد در مدار بسته بود که بیع او صحیح نیست بعد که صاحب حق اجازه داد و حق خودش را اسقاط کرد این «مما یصح بیعه» شد، ولی عقدی روی آن واقع نشده می‌افتد در قاعده «من باع ثم ملک» اگر قاعده (من باع ثم ملک) مال عین باشد (معامله فضولی) مال حق نباشد رأساً این مقام ما را شامل نمی‌شود<sup>۲۷</sup>. به عبارت دیگر، چون از نظر فقیه نامبرده قاعده «من باع ثم ملک» عرفاً در مانحن فیه جاری نمی‌شود، معامله معارض با شرط برخلاف معامله فضولی قابلیت احیا ندارد<sup>۲۸</sup>.

ایرادی که به نظریه پیش گفته وارد شده این است که در فقه اصولاً ضمانت اجرای طلق نبودن مبیع اگر ناشی از اسباب و مصادیق قابل جبران باشد، عدم نفوذ معامله است نه بطلان<sup>۲۹</sup>؛ زیرا به نظر فقها و حقوق دانان، آزاد بودن مبیع (طلق بودن) از شرایط نفوذ معامله است و به عبارت بهتر، طلق نبودن مبیع از موانع نفوذ بیع است، نه از شرایط صحت بیع<sup>۳۰</sup>. از منظر تحلیلی نیز اصولاً فقدان شرایط به بطلان عقد منتهی می‌شود، ولی موانع همان گونه که از نامش پیداست باعث بطلان نیست، بلکه سدی در راه نفوذ عقد ایجاد می‌کند (عدم نفوذ).

جوادی آملی حق ناشی از شرط را با حق مرتهن که ناشی از عقد رهن بوده شبیه دانسته است، ولی در نتیجه گیری معامله معارض با شرط را باطل می‌خواند؛ درحالی که نظر مشهور فقهای امامیه بر عدم نفوذ فروش مال مرهونه از سوی راهن بدون إذن مرتهن است<sup>۳۱</sup>، فقط اقلیت محدودی قائل به بطلان چنین معامله‌ای هستند<sup>۳۲</sup>.

۲۷. عبدالله، جوادی آملی، پیشین، جلسه مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۹.

۲۸. عبدالله، جوادی آملی، پیشین، جلسه مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸.

۲۹. اسدالله، تستری، مقابیس الانوار، (قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ج ۱، بی تا)، ص ۱۳۹.

۳۰. عبدالجبار، زرگوش نسب، «بررسی تطبیقی شرط آزاد بودن مبیع از نظر امام خمینی، شیخ انصاری و حقوق موضوعه» مجله فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، دوره ۵۱، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۴۰۲؛ مرتضی انصاری، پیشین، ج ۲، ص ۱۲۱؛ سید روح الله، موسوی خمینی، البیع، ج ۳، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱، ۱۴۲۱)، صص ۱۱۵-۱۲۰.

۳۱. سید محمدجعفر، جزایری مروج، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۷، (قم: دارالکتاب الجزایری، ج ۱، ۱۴۱۶)، ص ۴۸۸.

۳۲. اسدالله، تستری، پیشین، ص ۱۹۰.

از سوی دیگر، همان‌گونه که برخی از فقهای امامیه گفته‌اند، موجبی برای بطلان مطلق معامله معارض با شرط نتیجه وجود ندارد، مگر اینکه قائل به بطلان عقد فضولی به‌طور مطلق باشیم<sup>۳۳</sup>، که نظر مشهور بلکه نزدیک به اتفاق فقهای امامیه، معامله فضولی را مطلقاً باطل نمی‌دانند.

اگرچه بخشی از استدلال فقیه معاصر در خصوص اینکه مشروطه نسبت به معامله معارض بیگانه است و اجازه وی تأثیری در صحت عقد ندارد، قابل پذیرش است، ولی باید گفت همان‌گونه که در فقه نظر برگزیده این بوده که طلق نبودن از موانع است، نقشی که اجازه مشروطه یا به‌طور کلی صاحب حق در معاملاتی که معارض با حق وی می‌باشد، دارد با نقشی که اجازه مالک در معامله فضولی دارد متفاوت است؛ زیرا در معامله فضولی به علت فقدان رضای مالک جزء مقتضی عقد تشکیل نشده و منوط به اجازه مالک است، ولی در معاملات معارض با حق صاحبان حقوق (از جمله مشروطه) که مبیع طلق نیست، معامله از نظر مقتضی مشکلی ندارد، زیرا قصد و رضای مالک (مشروط‌علیه) موجود است و فقط وجود حق شخص ثالث به‌عنوان مانع جلوی تأثیر مقتضی را می‌گیرد؛ لذا اجازه مشروطه در چنین عقدی به معنای اسقاط حق ناشی از شرط است، نه نفوذ عقد یادشده (همانند اجازه مالک در عقد فضولی)، زیرا در معاملاتی که به علت طلق نبودن مبیع و بدون إذن ذی‌حق واقع می‌گردد اصولاً با زوال مانع عقد خودبه‌خود مؤثر می‌شود و نیاز به اقدام دیگری ندارد؛ برخلاف معامله فضولی که در حالت عدم نفوذ باقی می‌ماند و تا زمانی که اجازه به آن ملحق نشود از نفوذ حقوقی برخوردار نخواهد شد. به همین علت، شیخ انصاری در خلال مبحث فروش مال مرهونه از سوی راهن بدون إذن مرتهن بیان داشت: «اگر ایقاع فضولی به عین مرهونه تعلق گیرد و سپس مرتهن آنرا اجازه کند، ایقاع مذکور نفوذ می‌یابد. زیرا هرچند ایقاعات فضولی بردار و تعلیق‌پذیر نیست، اما اجازه مرتهن چون صرفاً رفع مانع می‌کند، می‌تواند مانع نفوذ ایقاع را مرتفع کند و موجب نفوذ آن شود»<sup>۳۴</sup>.

۳۳. میرزا فتاح، شهیدی تبریزی، هدایه الطالب علی اسرار المکاسب، ج ۵، (قم: مؤسسه دار الفقاهه للطباعه و النشر، ج ۲، ۱۴۲۸)، ص ۱۳۷.

۳۴. مرتضی، انصاری، پیشین، ج ۲، ص ۱۶۱.

## ۳.۲. عدم قابلیت استناد

برخی در خصوص وضعیت حقوقی معامله معارض با شرط نتیجه منفی، ضمن ردّ نظریه بطلان<sup>۳۵</sup> مقرر داشته‌اند: «به نظر می‌رسد اقتضای قاعده جمع حقوق مشروطه و اشخاص ثالث و مشروط علیه همچنین اصل نسبی بودن اثر قراردادها این است که چنین معاملاتی را غیرقابل استناد یا غیرنافذ نسبی تلقی کرد یعنی عقد مذکور در رابطه با طرفین معامله نافذ و معتبر بوده ولی در برابر مشروطه در حکم باطل بوده و غیر قابل استناد است»<sup>۳۶</sup>. در ادامه، نویسنده در تأیید نظریه خود مدعی شده است: «البته باید یادآور شد که عدم نفوذ نسبی یا غیرقابل استناد بودن معاملات معارض با شرط نتیجه منفی با حکم قانونگذار در ماده ۴۵۴ قانون مدنی مغایرتی ندارد...»<sup>۳۷</sup>.

آنچه از تحلیل مسئله به دست می‌آید این است که اولاً تعبیر عدم نفوذ نسبی که قاعداً در مقابل عدم نفوذ اصطلاحی به کار رفته است صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا عدم نفوذ اصطلاحی نیز نسبی است، چون عقد غیرنافذ یا موقوف فقط به وسیله یکی از طرفین قابل رد یا تنفیذ است، نه اینکه مطلقاً و از سوی طرفین این گونه باشد؛ لذا تعبیر عدم نفوذ نسبی تعبیر دقیقی نیست و اگر مقصود عدم قابلیت استنادی که در نظام‌های حقوقی غربی به عنوان یکی از وضعیت‌های حقوقی است مد نظر باشد، بایستی گفت چنین نهادی با توجه به تعریفی که در نظام‌های غربی مانند فرانسه از آن به عمل آمده و آثاری که بر آن مترتب است در نظام حقوقی ایران به خصوص در قانون مدنی که محمول بر نظر مشهور فقهاست شناسایی نشده است. از طرفی، نظریه عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه نظریه عامی نیست، بلکه تنها در خصوص برخی از قراردادها و به ویژه در قلمرو حقوق تجارت اعمال می‌شود.<sup>۳۸</sup> در حقوق ما نیز اغلب مصادیق عمل غیرقابل استناد در قانون تجارت مقرر شده

۳۵. رضا، سکوتی نسیمی، «شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه سمنان، ش ۱۶ (۱۳۹۶)، ص ۲۲۶.

۳۶. رضا، سکوتی نسیمی، «شرط عدم تصرفات ناقله در مبیع و ثمن»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی، ش ۶۷ (۱۳۹۳)، ص ۱۶۲؛ همان، ص ۲۲۷.

۳۷. همان، ص ۲۲۸.

۳۸. عباس، کریمی و هادی، شعبانی کندسری، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، ش ۵۸ (۱۳۹۱)، صص ۱۶۳-۱۶۴؛ محسن، ایزانلو و صادق شریعتی‌نسب، «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق خصوصی، ش ۲ (پیاپی ۲۱) (۱۳۹۱)، صص ۳۹-۴۱.

است (مواد ۴۰ و ۲۱۰ لایحه اصلاحی و مواد ۱۰۵ و ۱۱۶ قانون تجارت)<sup>۳۹</sup>. دوم اینکه ماده ۴۵۴ قانون مدنی ترجمان نظریات فقهای امامیه بوده، درحالی که در فقه وضعیت عدم قابلیت استناد مورد شناسایی قرار نگرفته است. سوم، قرارداد غیرقابل استناد، قرارداد صحیحی است که در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست<sup>۴۰</sup>. اگر معلق علیه در شرط فاسخ تحقق پیدا کند، عقد مابین مشروطه و مشروط علیه منفسخ و سرانجام مالکیت مبیع به مشروطه مسترد می‌گردد و در این صورت اعتقاد به صحت معامله معارض مابین مشروط علیه و مشتری در معامله معارض با شرط فاسخ در نظام فقهی و حقوقی ما فاقد مبنا است. چهارم، با توجه به نظریه عدم قابلیت استناد، همواره عقد بین طرفین صحیح است و به عقد باطل تبدیل نمی‌شود<sup>۴۱</sup>. اگرچه با پذیرش دیدگاه پیش‌گفته، منتقل‌الیه (خریدار در معامله دوم) نمی‌تواند در مقابل فروشنده (معامله اول) - که شرط فاسخ به نفع او بوده - به معامله‌ای که میان وی و خریدار معامله اول (مشروط علیه) - یعنی همان فروشنده در معامله دوم - منعقد شده و در نتیجه به مالکیت خویش در مقابل فروشنده یادشده (معامله اول) استناد کند و در نتیجه، مانعی بر سر راه استرداد مبیع وجود نخواهد داشت و از این نظر واجد اثر و فایده برای مشروطه شرط فاسخ است، ولی معلوم نیست اعتبار قرارداد فی‌مابین و عدم قابلیت استناد آن در برابر ثالث (مشروطه) در عمل چه فایده‌ای برای طرفین عقد دوم (معارض حق مشروطه) یعنی میان خریدار و منتقل‌الیه به‌بار می‌آورد.

## ۲.۴. عدم نفوذ

با عنایت به اینکه شرط فاسخ نوعی شرط نتیجه بوده که با ایجاد حق عینی برای مشروطه مبیع را از طلق بودن خارج می‌کند، لذا مشتری با اینکه مالک است، ولی مالکیت او متزلزل بوده، از انجام اقداماتی که منافی حق بایع (مشروطه) است ممنوع می‌شود و در صورت اقدام منافی از سوی مشتری بایستی قائل به عدم نفوذ معامله معارض با شرط فاسخ

۳۹. عباس، کریمی و هادی، شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به‌عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۴۷، ش ۴ (۱۳۹۶)، ص ۶۸۹.

۴۰. جواد، نیک‌نژاد، «تصرفات حقوقی منافی حق مشتری در بیع معلق»، مجله حقوق اسلامی، پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ش ۵۳ (۱۳۹۶)، ص ۱۶۱.

۴۱. اکبر، میرزائزاد جویباری، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، مجله حقوق دانشگاه تهران، ش ۲ (۱۳۹۰)، ص ۲۹۸.

بود، زیرا عدم نفوذ، وضعیت حقوقی هر معامله‌ای است که فاقد رضای مالک یا صاحب حق باشد<sup>۴۲</sup>. در مانحن‌فیه اگرچه معامله معارض انجام‌شده از سوی مشتری رضای مالک را به‌همراه دارد، ولی فاقد رضای صاحب حق است؛ بنابراین، معامله غیرنافذ است و در صورت اجازه مشروطه (بایع) نافذ می‌شود و در صورت ردّ وی باطل می‌گردد. در فقه امامیه راجع به ضمانت اجرای تخلف از شرط و خروج موضوع شرط از سلطه مشروط‌علیه از طریق معامله ناقل عین، برخی از فقها قائل به عدم نفوذ معامله معارض با شرط می‌باشند<sup>۴۳</sup>. یکی از فقها در خصوص مبنای عدم نفوذ که شیخ انصاری آن را پذیرفته مقرر داشته است: «شاید وجه آن سبق حق اشتراط بوده که موجب حقی برای مشروط‌تله شده و به عین مبیع تعلق گرفته است»<sup>۴۴</sup>. برخی نیز در شرح ماده ۴۵۴ قانون مدنی با علامت سؤال گفته‌اند: چرا باطل غیرنافذ است<sup>۴۵</sup>؟ همچنین در حاشیه ماده ۵۰۰ همان قانون گفته است: «مقصود نویسنده این این است که اجاره مذکور فضولی است و در صورت عدم اجازه ذینفع باطل است»<sup>۴۶</sup>.

امام خمینی نیز درحالی که تصرف در زمان خیار از سوی من‌علیه‌الخیار را مطلقاً جایز دانسته<sup>۴۷</sup>، در خیارات مجعول مانند خیار شرط مسئله را تابع شرط طرفین می‌داند؛ یعنی اگر آنچه شرط کرده‌اند فقط خود اختیار فسخ عقد است، تصرفات ناقل منافی با خیار از سوی من‌علیه‌الخیار صحیح است. ولی اگر شرط ردّ عین در ضمن عقد درج شده باشد، همان‌طور که در بیع به شرط ردّ ثمن متعارف است به اینکه بگوید اگر تا یکسال ثمن را به تو برگردانم باید عین (مبیع) را به من برگردانی، در عدم جواز تصرف اشکالی وارد نیست؛ پس همانا این شروط اگرچه متضمن شرط خیار و سلطنت بر فسخ عقد است، لکن از آن امر دیگری مستفاد می‌شود که عبارت است از حق استرداد خود عین (مبیع)، و با این حق، تصرف منافی با آن جایز نیست و نافذ هم نخواهد بود. شرط یادشده (ردّ عین) همان‌گونه که

۴۲. مهدی، شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، (تهران: انتشارات حقوقدان، چ ۱، ۱۳۷۷)، ص ۱۰۵.

۴۳. جواد، تبریزی، ارتداد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، ج ۴، (قم: دارالصدیقه الشهبیده، چ ۴، ۱۴۲۵)، ص ۴۴۵؛ محمدحسین، نائینی، پیشین، ج ۳، ص ۲۶۵؛ مرتضی، انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۶۵.

۴۴. المیرزا فتاح، شهیدی تبریزی، پیشین، ص ۱۳۷.

۴۵. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۸۷، ص ۲۹۴.

۴۶. همان.

۴۷. سید روح‌الله، موسوی خمینی، پیشین، ص ۴۳۱.

می‌تواند به صورت شرط فعل باشد، همان‌طور هم می‌تواند به صورت شرط نتیجه هم باشد.<sup>۴۸</sup>

یوسف، صانعی، از فقهای معاصر، هم معامله معارض با شرط را غیرنافذ می‌داند.<sup>۴۹</sup> در ضمن با توجه به اینکه در اثر شرط نتیجه حقی برای مشروط‌اله در مبیع ایجاد می‌شود که به علت تعلق این حق مبیع از طلق بودن خارج می‌گردد،<sup>۵۰</sup> فروش مبیع غیرطلق عموماً در فقه امامیه و حقوق ایران با ضمانت اجرای عدم نفوذ مواجه است<sup>۵۱</sup> که این مطلب نیز بر عدم نفوذ معامله معارض با شرط فاسخ دلالت دارد.

برخی از دادگاه‌ها نیز قائل به عدم نفوذ معامله معارض با شرط فاسخ هستند؛ برای نمونه، شعبه ۱۲۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۷۹۳ مورخ ۳۱ شهریور ۹۲ آورده است: «در صورتیکه در مبیعه‌نامه شرط شده باشد که اگر به هر علتی چک ثمن معامله غیرقابل وصول اعلام گردد مبیعه‌نامه باطل و بی اعتبار است، نتیجه وقوع شرط مزبور، انفساخ عقد از زمان وقوع آن شرط است بنابراین در صورت پرداخت نشدن چک مذکور، مبیعه‌نامه منفسخ و تمام انتقالات بعدی باطل است، زیرا همگی از مصادیق معامله نسبت به مال غیر می‌باشد و به علت عدم تنفیذ آن از سوی خواهان باطل و فاقد نفوذ حقوقی است». شایان ذکر است که دادنامه یادشده عیناً به موجب دادنامه اصداری از شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.

ایرادی که به نظریه عدم نفوذ وارد شده این است که از نظر اقتصادی باعث رکود و عدم گردش ثروت در جامعه می‌شود، زیرا چنانچه ضمانت اجرای معامله معارض با شرط فاسخ را عدم نفوذ بدانیم، لازمه منطقی آن عدم هرگونه نقل و انتقال منافی با شرط یادشده به صورت مطلق است که این مفهوم از شرط فاسخ فاقد کارآمدی اقتصادی بوده، مناسب نیست. از طرف دیگر با عنایت به اینکه معامله غیرنافذ در حالت عدم نفوذ باقی می‌ماند تا

۴۸. همان، ص ۴۴۰.

۴۹. یوسف، صانعی، پیشین، جلسه ۹۸/۱۱/۲۳.

۵۰. اسماعیل، نعمت‌الهی، «طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی» مجله حقوق خصوصی پردیس دانشگاه تهران، دوره

۱۰، ش ۲ (۱۳۹۲)، ص ۲۹۲.

۵۱. عبدالجبار، زرگوش‌نسب، پیشین، ص ۴۰۲.



اینکه از سوی ذی‌حق تنفیذ یا رد گردد، چنین ضمانت اجرایی حداقل در فرضی که مشتری علی‌رغم انجام معامله معارض با شرط، به تعهد خود به تأدیة ثمن مبادرت می‌نماید، با مبانی نظام حقوقی ما منطبق نیست؛ چون با توجه به ابتدایی بودن حق مشروطه شرط فاسخ حق یادشده همواره در معرض زوال بوده، با زوال حق، شناسایی حق تنفیذ یا رد برای کسی که فاقد حق شده است با مبانی سازگاری ندارد و نمی‌توان چنین مسئله‌ای را با امثال معاملات فضولی که در آن مالک صاحب حق قطعی و غیرقابل تزلزل است قیاس نمود؛ بنابراین پرسشی که باقی می‌ماند این است که اگر قائل به عدم نفوذ معامله معارض باشیم، در صورت عدم تحقق معلق‌علیه شرط فاسخ، اجازه چه کسی باید به عقد ملحق شود؟ اگر مقصود اجازه مشتری است که این اجازه قبلاً در موقع تشکیل عقد معارض صادر شده و اجازه بعدی معنی ندارد، بلکه تحصیل حاصل است، و اگر مقصود اجازه مشروطه باشد که باید گفت با توجه به زوال شرط فاسخ نامبرده، دیگری حقی نسبت به مورد معامله ندارد تا اجازه وی کارساز باشد؛ پس از آنجا که عقد غیرنافذ برای احیا شدن نیاز به اجازه دارد، در مانحن‌فیه مشکل آن باقی می‌ماند و عقد در همان حالت عدم نفوذ باقی است؛ لذا از این لحاظ وضعیت عدم نفوذ معامله معارض با شرط فاسخ دارای ایراد و اشکال جدی است.

نکته دیگری که اشاره به آن ضروری به‌نظر می‌رسد این است که همان‌طور که برخی فقها گفته‌اند، معامله فضولی در معنای عام خود معامله مالک غیر تصرف است و عدم مالکیت تصرف گاه به دلیل فقدان مقتضی است، مانند معامله غیرمالک یا فضولی به معنای اخص که مالکیت بر مال ندارد و گاه به دلیل وجود مانع است؛ یعنی مواردی که حق غیر به عین مال دیگری تعلق گرفته است، همچون معامله مفلس راهن یا مشتری در بیع شرط که هرچند مقتضی تصرف یعنی مالکیت در این افراد وجود دارد، ولی به دلیل تعلق حق طلبکاران یا مرتهن یا بایع شرطی، به عین شرط مالکیت تصرف در مورد این افراد مفقود است<sup>۵۲</sup> که این تفاوت مستلزم تفاوت ضمانت اجرا و آثار میان معامله فضولی و معامله معارض با شرط فاسخ است که مشکل آن وجود مانع می‌باشد، نه فقدان مقتضی.

۵۲. محمدحسین، اصفهانی، حاشیة المکاسب، ج ۳، (قم: ناشر محقق مطبوعه العلمیه، ج ۱، ۱۴۱۹)، صص ۶۹-۷۰.

## ۲.۵. وضعیت مراعی

با توجه به ایراداتی که به نظریه‌های پیش‌گفته وارد است، به نظر می‌رسد وضعیتی که انطباق بیشتری با معامله معارض با شرط فاسخ دارد، وضعیت مراعی است؛ در عقد مراعی معامله از نظر مقتضی مشکلی ندارد، بلکه صرفاً به علت تعلق حق شخص به مورد معامله، عقد در حالت مراعی خواهد بود. در وضعیت مراعی، هدف تضمین حقوق ذی‌نفع ثالث (مالک بالقوه) است.<sup>۵۳</sup> وضعیت مراعی هنگامی به کار می‌رود که مشخص شدن وضعیت یک عمل حقوقی منوط به تعیین تکلیف وضعیت امر دیگری باشد.<sup>۵۴</sup> قاعده نیز این است که در صورت مردد بودن میان ضمانت اجرای خفیف و شدید باید ضمانت اجرای خفیف را انتخاب کرد.<sup>۵۵</sup> وضعیت مراعی از وضعیت موقوف (عدم نفوذ) خفیف‌تر است، زیرا در عقد موقوف (عدم نفوذ) به دلیل نبود یکی از شرایط اعتبار عقد، عقد تا حصول شرط یادشده فاقد اثر دانسته می‌شود و فقط هنگامی عقد نافذ می‌شود که شرط نامبرده حاصل گردد؛ مانند معامله فضولی. اما مراعی وضع معامله‌ای است که آن معامله دارای تمام شرایط صحت است و صرفاً شخص ثالثی در مال دارای حق است ... (دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۷۵۷۸۵۰۰۷۶۰ مورخ ۹۵/۶/۳۱ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد). به هر طریقی که حق شخص ثالث تأمین یا ساقط شود مانع منتفی می‌شود و مقتضی یادشده اثر خواهد کرد؛ حتی اگر اجازه‌ای از شخص ثالث صادر نشده باشد. همچنین رد شخص ثالث نیز تا جایی معتبر است که او بخواهد از حق خود استفاده کند، وگرنه صرف رد او موجب بطلان معامله معارض نخواهد شد.<sup>۵۶</sup>

در معامله معارض با شرط فاسخ، معامله از حیث مقتضی هیچ مشکلی ندارد، زیرا تمامی شرایط صحت معامله در آن موجود است؛ ولی به علت اینکه شرط ضمنی موجود در معامله

۵۳. عباس، کریمی و هادی، شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به‌عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۴۷، ش ۴ (۱۳۹۶)، ص ۶۹۱.

۵۴. سید مصطفی، محقق داماد و همکاران، «تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه»، مجله آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۲.

۵۵. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۴۹.

۵۶. عباس، کریمی و هادی، شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به‌عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، پیشین، ص ۶۸۸.

برای مشروطه حق عینی ایجاد می‌کند، مانعی در آن وجود دارد که همان تعلق حق مشروطه نسبت به مورد معامله است و معامله یادشده در وضعیت مراعی قرار دارد.

رویه قضایی نیز با مفهوم مراعی بیگانه نیست. برخی از دادگاه‌ها در موارد مشابه قائل به نظریه مراعی شده‌اند؛ برای نمونه، شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان مشهد در خصوص وضعیت حقوقی فروش مال مرهونه از سوی راهن طی دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۷۵۷۸۵۰۰۷۶۰ مورخ ۳۱ شهریور ۹۵ قائل به وضعیت مراعی شده که با توجه به شباهت عین مرهونه با مورد معامله در بیع مشروط به شرط فاسخ، می‌توان از نظریه یادشده استفاده کرد. نظریه مراعی اگرچه در فقه به صراحت به عنوان یک وضعیت حقوقی و در عرض سایر وضعیت‌های حقوقی ذکر نشده است، ولی با توجه به اینکه فقها در مصادیق مختلف به نظریه نامبرده دست یافته‌اند، می‌توان با جمع مصادیق یادشده که دارای مبانی مشترک هستند (تعلق حق شخص ثالث نسبت به مورد معامله)، قاعده کلی استخراج نمود و قائل به این شد که در فقه نظریه نامبرده یکی از وضعیت‌های حقوقی در عرض سایر وضعیت‌های حقوقی است. ولی از آنجا که نویسندگان حقوقی در چندین مقاله به مبانی فقهی و حقوقی نظریه پیش‌گفته اشاره و به اثبات آن پرداخته‌اند، نگارنده مقاله برای جلوگیری از اطاله کلام و عدم تکرار مطالب مفیدی که نویسندگان یادشده آورده‌اند، به مبانی وضعیت مراعی نپرداخته و فقط به ذکر منابع مربوط در زیرنویس مقاله حاضر اکتفا کرده است.<sup>۵۷</sup>

با قائل شدن به وضعیت مراعی جهت تصرفات منافی با شرط فاسخ، نه تنها از گردش ثروت در جامعه جلوگیری نمی‌شود، بلکه جمع بین حقیقین بوده، حقوق طرفین و شخص ثالث را در نظر می‌گیرد (الجمع مهمما امکن اولی من الطرح). زیرا از آنجا که ذی‌نفع ثالث حق ثابت

۵۷. برای مطالعه مفهوم، مبانی و آثار و مصادیق معامله مراعی و تبیین نظریه عمومی در فقه امامیه و حقوق ایران، ر.ک. عباس، کریمی، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، ش ۵۸ (زمستان ۱۳۹۱)؛ سید مصطفی، محقق داماد و همکاران، «تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، ش ۱۱ (بهار و تابستان ۱۳۹۴)؛ محمد، روشن و همکاران، «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۱، ش ۹۷ (بهار ۱۳۹۶)؛ عباس، کریمی و هادی، شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، ش ۴ (زمستان ۱۳۹۶)؛ محمدصالح، مازندرانی و همکاران، «نسبت میان عقد استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، ش ۴ (زمستان ۱۳۹۹).

و قطعی بر موضوع قرارداد ندارد، بلکه حق وی احتمالی است و ممکن است هیچ‌گاه فعلیت پیدا نکند؛ پس مسلط کردن وی بر قرارداد به صورت مطلق آن‌گونه که در عقد فضولی مطرح است، معقول به نظر نمی‌رسد، بلکه مراعی بودن قرارداد حقوق وی را تأمین می‌سازد. همچنین وضعیت مراعی از حقوق طرفین قرارداد در برابر حق احتمالی ثالث نیز حمایت، و از ابطال بی‌جهت قراردادهای جلوگیری می‌کند.<sup>۵۸</sup>

سؤالی که مطرح می‌شود این است که معامله معارض حق مشروطه در وضعیت مراعی قبل از تحقق شرط به چه کیفیتی است؟ در وضعیت مراعی، عقد به‌طور صحیح انعقاد پیدا می‌کند، اما به دلیل وجود یک مانع، وضعیت حقوقی قرارداد به صورت معلق باقی می‌ماند تا وضعیت امر دیگر (عمدتاً حقوق اشخاص ثالث) مشخص شود.<sup>۵۹</sup> با این حال، پس از آنکه وضعیت دیگر مشخص شود یا مانع<sup>۶۰</sup> موجود برطرف گردد، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست چه سرنوشتی داشته است.<sup>۶۱</sup> لذا باید میان فرضی که معلق‌علیه تحقق نمی‌یابد و فرضی که معلق‌علیه تحقق پیدا می‌کند، تفاوت قائل شد.

در صورتی که به علت عدم تحقق معلق‌علیه شرط فاسخ تحقق پیدا نکند، مانعی که بر سر راه معامله معارض قرار داشته، مرتفع، و کشف می‌شود که معامله از روز نخست صحیح بوده است.

در صورتی که شرط فاسخ تحقق پیدا کند و معامله میان مشروطه (بایع) و مشتری (بیع اول) منفسخ شود، برخی از نویسندگان در خصوص وضعیت حقوقی معامله‌ای که مشتری قبل از اخذ به شفعه از سوی شفیع انجام می‌دهد، آن را پس از اخذ به شفعه غیرنافذ تلقی کرده‌اند.<sup>۶۲</sup> برخی دیگر از نویسندگان حقوقی در مورد تصرفات منافی خریدار در بیع شرطی قائل به وضعیت مراعی شده‌اند و در صورت اعمال خیار از جانب بایع ضمانت اجرای مقرر در

۵۸. عباس، کریمی و هادی شعبانی کندسری، «وضعیت مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، پیشین، ص ۶۹۲

۵۹. سید مصطفی، محقق داماد، پیشین، ص ۱۳.

۶۰. همان، ص ۱۲.

۶۱. همان، ص ۱۳.

۶۲. همان، ص ۱۸.

ماده ۵۰۰ قانون مدنی را حاکم دانسته و گفته‌اند، تعبیر بطلان و حتی انفساخ در مورد کلمه بطلان در این ماده درست به نظر نمی‌رسد، بلکه در واقع با اعمال حق فسخ، حق تملک بایع و مالکیت بالقوه او به مالکیت بالفعل تبدیل، و معامله نسبت به مال غیر واقع می‌شود؛ بنابراین، معامله فضولی و غیرنافذ است و منوط به تنفیذ بایع است.<sup>۶۳</sup> عده‌ای دیگر نیز در تفسیر قسمت اخیر ماده ۵۰۰ قانون مدنی بیان داشته‌اند که با توجه به اینکه اثر شرط فاسخ در نظام حقوقی ما قهقرایی نیست، در صورت تحقق معلق علیه و انفساخ بیع، اجاره بعد از تحقق معلق علیه و انفساخ بیع غیرنافذ است.<sup>۶۴</sup> آنچه که از تحلیل دقیق مسئله به دست می‌آید این است که با توجه به عدم پیش‌بینی اثر قهقرایی برای اعمال فسخ در بیع شرط، تلقی به عدم نفوذ عقد معارض از روز اول در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه مسبوق به سابقه نبوده، با مبانی سازگار نیست و اصولاً نمی‌توان گفت عقدی در یک بازه زمانی صحیح باشد و بر یک مبنای دیگر در همان بازه زمانی غیرنافذ تلقی شود (در صورت عدم فسخ از روز نخست صحیح است و در صورت فسخ از روز نخست غیرنافذ)، زیرا از نظر تحلیلی یا عقد در یک بازه زمانی صحیح است یا غیرنافذ؛ از سوی دیگر، آنهایی که قائل به عدم نفوذ عقد معارض از روز اول هستند، بایستی به این پرسش پاسخ بدهند که مشکل عقد یادشده تا قبل از اعمال فسخ از سوی بایع چه بوده است، و در ثانی قانون‌گذار در ماده ۵۰۰ قانون مدنی در خصوص ضمانت اجرای معامله معارض گفته است، والا اجاره یادشده تاحدی که منافای با حق بایع باشد باطل خواهد بود، که این خود حاکی از آن است که با توجه به اینکه اجاره قبل از اعمال فسخ منافاتی با حق بایع ندارد به قوت خود باقی است و بعد از آن منحل می‌شود. نظری که قائل به صحت معامله معارض قبل از تحقق شرط فاسخ و عدم نفوذ معامله معارض از تاریخ تحقق شرط فاسخ باشد نیز دارای این اشکال اساسی است که در نظام حقوقی ما و فقه امامیه هیچ‌گاه عقدی در اثنای مدت از صحت تبدیل به عدم نفوذ نخواهد شد و از نظر تحلیلی نیز وجود مقتضی و فقدان مانع در موقع تشکیل عقد شرط

۶۳ عباس، کریمی و هادی شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ» پیشین، ص ۶۹۴

۶۴ علیرضا، یزدانیان، «شرط فاسخ»، حقوق مدنی تطبیقی، به مناسبت نکوداشت دکتر سید حسین صفایی، (تهران: انتشارات سمت، ج ۲، ۱۳۸۸)، ص ۲۸۵.

است و انقلاب عقد از صحت به عدم نفوذ با هیچ تحلیلی سازگار نیست، مگر اینکه چنین حکمی را به علت طبیعت خاصی که اجاره دارد، مختصاً اجاره بدانیم؛ زیرا طبق قانون مدنی، در اجاره تمام منافع یکجا به موجب عقد به مستأجر تملیک می‌شود<sup>۶۵</sup> و با اعمال خیار از سوی بایع کشف می‌گردد که مؤجر برای مدت باقیمانده مالک منفعت نبوده، در این صورت تلقی عدم نفوذ از تاریخ اعمال خیار یا تحقق شرط فاسخ با مشکلی مواجه نیست. در مانحن‌فیه اعتقاد به انفساخ صحیح نیست و اصولاً انفساخ عقد ثمری به‌بار نمی‌آورد، زیرا انفساخ ناظر به آینده است، درحالی که تملیک در گذشته انجام شده است؛ پس ناچار باید تحقق شرط فاسخ یا اعمال خیار شرط را که کاشف از این است که تملیک منفعت نسبت به مدتی از منافع مورد اجاره فصولی و غیرنافذ بوده است، بپذیریم، زیرا فسخ عقد یا انفساخ آن در صورت تحقق شرط فاسخ کاشف از ملکیت مشتری بر عین و منافع در مدت عقد تا فسخ است و با فسخ یا انفساخ، ملکیت مشتری از بین می‌رود و در ادامه، مدت اجاره باید فصولی شمرده شود<sup>۶۶</sup>، ولی در عقود دیگر از جمله بیع، چنین تفکیکی با مبانی انطباق ندارد.

در شرط فاسخ نیز با توجه به وحدت مبانی آن با بحث خیار شرط و بیع شرط که یکی از مصادیق آن است، همین نظر حاکم است؛ زیرا شرط فاسخ نیز در سیستم حقوقی ما اثر قهقرایی ندارد. لذا به دلایل پیش‌گفته نمی‌توان قائل به عدم نفوذ معامله معارض با شرط فاسخ در صورت تحقق شرط فاسخ باشیم، بلکه باید گفت معامله یادشده تا قبل از تحقق شرط فاسخ صحیح بوده، تحقق شرط فاسخ باعث انفساخ معامله معارض با شرط فاسخ از روز تحقق شرط فاسخ است و در این صورت دچار تعارض و تناقضی مبنی بر اینکه در یک بازه زمانی عقد دو وضعیت حقوقی داشته باشد، نمی‌شویم. لذا بطلان یادشده در ماده ۵۰۰ قانون مدنی و همین‌طور ماده ۴۵۴ قانون مدنی را در غیر مورد اجاره باید حمل بر انفساخ کرد. در مبانی فقهی نیز گاهی بطلان در معنی و به‌جای انفساخ به‌کار رفته است. مسئله تا جایی شایع است که فقها از قاعده‌ای به نام «بطلان کل عقد یتعذر الوفاء بمدلوله» یاد

۶۵. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره عقود معین، معاملات معوض - عقود تملیکی، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۷، ۱۳۷۸)، ص ۴۳۴.

۶۶. قاسم، نخی‌پور و همکاران، «نقدی بر مقاله بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، ش ۱۵ (۱۳۹۶)، ص ۹۰.

می‌کنند و آنچه مشهود است اینکه لفظ بطلان در اکثر موارد، انصراف به انفساخ دارد.<sup>۶۷</sup>

با پذیرش نظریه صحت معامله مراعی قبل از تحقق معلق علیه (شرط فاسخ)، تصرفاتی که از سوی منتقل‌الیه (ثالث) در مبیع صورت می‌گیرد به تبع مالکیت وی نافذ بوده، ضمانی برای مشارالیه به‌دنبال نمی‌آورد. منافع مبیع نیز در دوران یادشده به تبع مالکیت منتقل‌الیه متعلق به وی است.

از ماده ۴۵۵ قانون مدنی نیز می‌توان استفاده کرد، زیرا به‌موجب این ماده اگر شرط شده باشد که مشتری نمی‌تواند تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، در این صورت، فسخ معامله موجب زوال حق شخص (مثلاً رهن) خواهد بود، که پر واضح است که تعبیر زوال به این معنی است که حقی (مثلاً رهن) برای شخص به‌طور صحیح ایجاد شده و فسخ این حق را زایل نموده و تعبیر عدم نفوذ از روز اول با توجه به تعبیر قانون‌گذار وجاهت قانونی نداشته است، بلکه با انفساخ سنخیت بیشتری دارد؛ لذا در شرط فاسخ نیز می‌توان از همین ماده استفاده کرد و با الغای خصوصیت از فسخ بگوییم که در صورت تحقق شرط فاسخ، معامله معارض از همان تاریخ منفسخ می‌شود.

### نتیجه

امروزه در معاملات ملکی از شرط فاسخ استفاده زیادی می‌شود. در شرط فاسخ به‌طور ضمنی و در قالب شرط نتیجه حق انتقال به غیر در ایام شرط از مشتری سلب می‌شود، ولی به‌هرحال علی‌رغم ممنوعیت مشتری از تصرف منافی با شرط، در اکثر مواقع نامبرده به تصرفات منافی از جمله ناقل عین مبادرت می‌نماید و حقوق بایع را که در اثر شرط موصوف ایجاد شده است در معرض زوال قرار می‌دهد. در خصوص وضعیت حقوقی معامله معارض با شرط فاسخ، در رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد و اغلب دادگاه‌ها معامله موصوف را صحیح می‌دانند، درحالی که تلقی صحت معامله معارض نه‌تنها با مقصود طرفین از درج شرط منافات دارد، بلکه موقعیت مشروطه را در همان وضعیتی قرار می‌دهد که قبل از شرط داشته است. زیرا در صورتی که قائل به صحت معامله معارض با شرط فاسخ باشیم، با تحقق

شرط و انحلال معامله اول به علت عدم امکان استرداد عین مبیع به مشروطه (بایع)، مشتری باید بدل آن (مثل یا قیمت) را به فروشنده مسترد دارد که در صورت اعسار یا ورشکستگی احتمالی مشتری، تضمینی برای احقاق حق بایع وجود ندارد. دسته‌ای دیگر از دادگاه‌ها قائل به عدم نفوذ معامله معارض با شرط فاسخ هستند، در حالی که معامله یادشده با وضعیت عدم نفوذ همخوانی ندارد؛ چراکه در عقد موقوف مقتضی عقد یا جزء مقتضی عقد (رضا) موجود نیست یا معیوب است، ولی در مانحن‌فیه عقد از نظر رضای مالک مشکلی ندارد، بلکه در عقد یادشده به علت تعلق حق ثالث (مشروطه) به مورد معامله، مانع وجود دارد. از طرف دیگر در صورت عدم تحقق شرط فاسخ، عقد در حالت عدم نفوذ باقی خواهد ماند، زیرا عقد موقوف خودبه‌خود نمی‌تواند نافذ شود، بلکه حتماً باید اجازه به آن ملحق شود؛ در حالی که در معامله موصوف با توجه به انتفای شرط (به‌علت عدم تحقق معلق‌علیه) صدور اجازه از سوی مشروطه منتفی است، زیرا مشارالیه دیگری حقی نسبت به مورد معامله ندارد تا بتواند به تبع آن اجازه بدهد و اجازه مشتری (مشروط‌علیه) نیز قبلاً در موقع تشکیل عقد داده شده و به این ترتیب، اجازه بعدی وی حاصل شده است؛ پس عقد در حالت عدم نفوذ باقی مانده است و قابلیت تنفیذ را هم نخواهد داشت. لذا نظری که حقوق طرفین را تأمین نموده، به‌گونه‌ای که نه‌تنها از گردش ثروت جلوگیری نمی‌کند، بلکه در صورت تحقق شرط حقوق مشروطه را نیز تضمین می‌کند، وضعیت مراعی است. در وضعیت مراعی، معامله معارض با شرط فاسخ قبل از تحقق شرط (عدم تحقق معلق‌علیه) در حالت صحت باقی است، ولی وضعیت حقوقی دقیق معامله تا تعیین تکلیف شرط فاسخ مجهول خواهد بود. چنانچه معلق‌علیه تحقق پیدا نکند، مانع که عبارت از تعلق حق مشروطه به مورد معامله، خودبه‌خود مرتفع و کشف می‌شود؛ به این ترتیب، عقد از روز نخست صحیح بوده است. در صورت تحقق معلق‌علیه و با تحقق شرط فاسخ، وضعیت حقوقی واقعی عقد مراعی که در دوران انتظار مجهول بوده است، کشف می‌شود. اگر عقد اجاره بوده، کشف می‌شود خریدار برای مدت باقیمانده مالک منافع عین مستأجره نخواهد بود و به تبع آن، معامله از تاریخ تحقق شرط فاسخ برای مدت باقیمانده غیرنافذ می‌شود، در غیر عقد اجاره، مثل بیع و رهن، تحقق شرط فاسخ باعث انفساخ معامله معارض خواهد شد.



## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۴، ۱۳۷۶).
۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، معاملات معوض - عقود تملیکی، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۷، ۱۳۷۸).
۳. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، (تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۸۲).
۴. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اسوال و مالکیت، (تهران: نشر میزان، چ ۱۰، ۱۳۸۴).
۵. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، (تهران: مرکز نشر اسلامی، چ ۱، ۱۳۸۸).
۶. یزدانیان، علیرضا، «شرط فاسخ»، حقوق مدنی تطبیقی، به مناسبت نکوداشت دکتر سید حسین صفایی، (تهران، انتشارات سمت، چ ۲، ۱۳۸۸).
۷. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، (تهران: انتشارات حقوقدان، چ ۱، ۱۳۷۷).

## - مقالهها

۸. امینی، منصور، «نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۴۴ (۱۳۸۹).
۹. زرگوش‌نسب، عبدالجبار، «بررسی تطبیقی شرط آزاد بودن مبیع از نظر امام خمینی، شیخ انصاری و حقوق موضوعه»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، دوره ۵۱، ش ۲ (۱۳۹۷).
۱۰. سکوتی نسیمی، رضا، «شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه سمنان، ش ۱۶ (۱۳۹۶).
۱۱. سکوتی نسیمی، رضا، «شرط عدم تصرفات ناقله در مبیع و ثمن»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی، ش ۶۷ (۱۳۹۳).

۱۲. صدیقیان، عبدالله و جعفری ندوشن، جواد، «قلمرو نفوذ شرط فاسخ»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۸۹ (۱۳۹۴).
۱۳. کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، *مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۵۸ (۱۳۹۱).
۱۴. کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی، «وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ» *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران*، ش ۴ (۱۳۹۶).
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی، «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، *ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، یادنامه دکتر مهدی شهیدی، (۱۳۸۴).
۱۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ قبولی درافشان، سید محمدمهدی؛ ساعتچی، علی، «تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه»، *مجله آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، ش ۱۱ (۱۳۹۴).
۱۷. میرزائزاد جویباری، اکبر، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد» *مجله حقوق دانشگاه تهران*، ش ۲ (۱۳۹۰).
۱۸. نخعی‌پور، قاسم؛ رضوی، سید محمد؛ رضوی، سید علی، «نقدی بر مقاله - بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، *مجله آموزه‌های فقه مدنی*، ش ۱۵ (۱۳۹۶).
۱۹. نعمت‌الهی، اسماعیل، «طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی»، *مجله حقوق خصوصی پردیس دانشگاه تهران*، ش ۲ (۱۳۹۲).
۲۰. نیک‌نژاد، جواد، «تصرفات حقوقی منافی حق مشتری در بیع معلق» *مجله حقوق اسلامی*، پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ش ۵۳، (۱۳۹۶).
۲۱. یثربی، سید محمدعلی و محمودی، جواد، «اثبات حکم با قاعده لاضرر» *مجله پژوهش‌های فقهی، پردیس فارابی دانشگاه تهران*، ش ۱ (۱۳۹۷).

## ب) عربی

### - کتاب‌ها

۲۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم، *حاشیه مکاسب*، (تهران: ناشر فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۶).
۲۳. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه مکاسب*، ج ۳، (قم: ناشر محقق مطبوعه العلمیه، چ ۱، ۱۴۱۹).
۲۴. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه مکاسب*، ج ۴، (قم: ناشر محقق مطبوعه العلمیه، چ ۱، ۱۴۱۹).
۲۵. انصاری، مرتضی، *مکاسب*، ج ۲، (قم: مؤسسه امام المنتظر (عج)، چ ۲، ۱۳۹۱).
۲۶. انصاری، مرتضی، *مکاسب*، ج ۳، (قم: مؤسسه امام المنتظر (عج)، چ ۲، ۱۳۹۱).
۲۷. انصاری، مرتضی، *رسائل الفقهیه*، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ ۱، ۱۴۱۴).
۲۸. ایروانی غروی، میرزا علی، *حاشیه مکاسب، خبارات*، ج ۳، (قم: نشر صحیح الصادق، چ ۱، ۱۴۲۶).
۲۹. تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب*، ج ۴، (قم: دارالصدیقه الشهیده، چ ۴، ۱۴۲۵).
۳۰. تستری، اسدالله، *مقاییس الانوار*، (قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع)، چ ۱، بی تا).
۳۱. جزایری مروج، سید محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح مکاسب*، ج ۷، (قم: دارالکتاب الجزایر، چ ۱، ۱۴۱۶).
۳۲. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۱، (قم: نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۷).
۳۳. خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، ج ۳، (تهران: مکتبه الصدوق، چ ۲، ۱۴۰۵).
۳۴. خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۷، (قم: مطبوعه العلمیه، چ ۱، ۱۳۶۸).
۳۵. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایه الطالب علی اسرار مکاسب*، ج ۵، (قم: مؤسسه دار الفقاهه للطباعه و النشر، چ ۲، ۱۴۲۸).

۳۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *البیع*، ج ۳، ۴ و ۵، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۱، ۱۴۲۱).

۳۷. نائینی، محمدحسین، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، ج ۲ و ۳، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۳، ۱۴۳۳).

### ج) سایت‌ها

۳۸. جوادی آملی، عبدالله، *دروس خارج فقه، مبحث خیارات*، جلسات ۹۱/۹/۲۷ و ۹۱/۹/۲۸، سایت مدرسه فقهت در: <http://www.eshia.ir/feqh>.

۳۹. صانعی، یوسف، *دروس خارج فقه، مبحث خیارات*، جلسه ۹۸/۱۱/۲۳، سایت پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله یوسف صانعی در: [saneie.xyz](http://saneie.xyz).

۴۰. فاضل لنگرانی، محمدجواد، *دروس خارج فقه، مبحث خیارات*، جلسه ۴۱، سایت پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله محمدجواد فاضل لنگرانی در: <http://www.fazellankrani.com>.