

پژوهش‌های تطبیقی فقه،

حقوق و سیاست

حدود و ثغور تعارض دو حق در عقد معلق

۱. طاهر اعیادی*: دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران. پست الکترونیک: Taherayadi1995@gmail.com (نویسنده مسئول)

۲. سلمان علی پور: استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران

۳. ابوالفضل شاه محمدی: دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران

چکیده

قانون مدنی به دلیل وجود اختلاف در صحت و بطلان عقد معلق به بررسی موردی آن پرداخته و صرفاً در چند مورد به بطلان معلق بودن چند عقد تصریح کرده است. بایع بنا بر اصل تسلیم می‌تواند هر گونه تصرفی در مال خود بکند ولی این اصل به دلیل قاعده لاضرر به نفع حق ابتدایی خریدار معلق محدود شده است. بایع ممکن است با وجود حق ابتدایی خریدار معلق، مبیع را به ثالثی منتقل کند، که این اقدام بایع باعث تعارض دو حق می‌شود، به دلیل سکوت قانونگذار و اختلاف در فقه با بررسی توصیفی و تحلیلی نتایج نشان می‌دهد که با پذیرش نظریه ناقلیت به عنوان منتحب اراده طرفین معامله معلق، اثر اعمال ناقلیت که ناظر به آتیه است باعث می‌شود مالکیت متزلزل خریدار دوم تا تحقق معلق علیه صحیح باشد، ولی از زمان تحقق معلق علیه، معامله معارض به دلیل حق مقدم خریدار معلق و بلا موضوع شدن معامله دوم، معامله منفسخ شود، و خریدار معارض متناسب با جهل یا علم خود از معامله معلق، نسبت به ثمن و خسارت (از باب جهل خریدار دوم) به بایع با عنوان خسارت تنبیهی بایع و یا صرفاً ثمن (از باب علم خریدار دوم و قاعده اقدام) به بایع به عنوان دارا شدن بلا جهت او، مراجعه کند.

واژگان کلیدی: معامله معارض، حق ابتدایی، ناقلیت، مالکیت متزلزل، انفساخ.

اعیادی، طاهر، علی پور، سلمان، و شاه محمدی، ابوالفضل. (۱۴۰۲). حدود و ثغور تعارض دو حق در عقد معلق. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۵(۴)، ۲۷-۳۸.

© ۱۴۰۳ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.



امروزه به دلیل رواج و گسترش معاملات در عرف بازار، فروشنده برای فروش سریع یا جذب مشتری، اصولاً فروش را به صورت قسطی انجام می‌دهد، منتها به دلیل اطمینان از پرداخت خریدار در سررسید تمایل به این دارد که به جای انتقال مالکیت با درج شرط فسخ بابت عدم پرداخت چک، انتقال مالکیت را معلق به وصول چک کند، هم چنین در تجارت امروزی انعقاد عقدی که تاثیر حقوقی عقد منوط به امری احتمالی باشد بیشتر استفاده می‌شود؛ مثلاً در قراردادهای نفتی قانون گذار قرارداد منعقد باید توسط شورای اقتصاد بررسی و تایید شود، لذا در صورتی که قرارداد تایید نشود عقد منتفی می‌شود. اشخاص در زندگی، برای رفع حواجی و رسیدن به اهداف مورد نظرشان به انعقاد عقود و ایقاعاتی، تحت عناوین مختلف مبادرت می‌ورزند، ولی با وجود وسعت معاملات و کثرت مبادلات و حجم روز افزون قراردادهای، به آثار و احکام این عقود آگاهی ندارند بیشتر قراردادهایی که انعقاد می‌شود منجزند یعنی تاثیر و ماهیت حقوقی عقد منوط به امر دیگری نیست؛ مانند اینکه فردی به موجب عقد بیع ماشین معینی را به دیگری در برابر ثمن معلوم و مشخص معامله می‌کند در این صورت به محض ایجاب و قبول، مالکیت که همان تاثیر و ماهیت حقوقی عقد است، منتقل می‌شود. در اعتبار و صحت عقود تعلیقی در فقه اختلاف نظر است، در فقه به دلیل قائل بودن اکثر فقها به باطل بودن به صورت اعم (بطلان خاص، غیر نافذ) به بررسی جزئیات دقیق عقد معلق نپرداخته اند، شاید تعلیق در منشاء را تعلیق در اثر عقد می‌دانستند و بر این مبنا قائل به بطلان بودن عقد معلق به صورت مطلق باشند و در این بین شیخ اعظم در توجیه نظر سایر فقهاء که قائل بر بطلان عقد معلق به صورت کلی بودن به صورت مفید به رد نظر این فقهاء؛ بین تعلیق در انشاء و تعلیق در منشاء تفاوت قائل شده، و تعلیق در انشاء را باطل و تعلیق در منشأ صحیح می‌داند، ولی با وجود این اختلاف، قانون مدنی در ماده ۱۸۴ تصریح به صحت این عقد کرده که نشان از پذیرش این عقود مثل سایر عقود دیگر است. در این عقد ممکن است در مالکیت تعارض ایجاد شود، از آنجا که تاثیر عمل حقوقی معلق می‌شود با بیع ممکن است در این مدت حقی معارض را برای ثالث ایجاد کند به بیان دیگر خریدار که به صورت معلق مالی را خریده است قبل از تحقق معلق علیه ممکن است با بیع آن معامله همان مال را به ثالثی منتقل کند لذا بخاطر وجود حق ابتدایی و آلی برای خریدار معلق تعارضی بین مالکیت خریدار معلق با خریدار ثالث به وجود آید، اکثر دکترین حقوقی قائل بر حق یا امتیازی برای خریدار معلق تا تحقق یا عدم تحقق معلق علیه هستند هرچند در ماهیت این حق اختلاف داشته باشند، آنچه از نظر فقهی و حقوقی شایسته بررسی و تحقیق می‌باشد تاثیر زمان تحقق معلق علیه از جهت کاشفیت و ناقلیت بر معاملات معارض و هم چنین تعیین مبنا و نوع مالکیت خریدار دوم به عنوان اقسامی از حقوق مالی که بستگی به ناقلیت و کاشفیت دانستن زمان تحقق معلق علیه دارد، ماهیت حق ایجاد شده برای خریدار معلق تا قبل از تحقق معلق علیه و تقابل آن با حق خریدار دوم با توجه به اصول و قواعد حقوقی است. محقق داماد و همکاران (۱۴۰۳) در مقاله‌ی «مالکیت مراعی؛ مفهوم و مصادیق» با وحدت ملاک از ماده ۸۷۸ قانون مدنی؛ در توجیه نوعی خاص از اقسام مالکیت به عنوان شاخه‌ای از حقوق مالی یعنی «مالکیت مراعی» بر این باورند که با در نظر گرفتن دیدگاه مشهور حقوقدانان که اثر معلق علیه را از زمان حصول معلق علیه می‌دانند، طرفین این اختیار را دارند که خلاف آن توافق نکنند، در این صورت یعنی توافق بر اعمال نظریه کاشفیت باعث به وجود آمدن مالکیت مراعی می‌شود. شهیدی (۱۳۹۸) در کتاب تشکیل قراردادهای، معتقد است که ضمانت اجرای معامله معارض غیر نافذ (مطلق) است. ره انجام و جعفری (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان: «بررسی مصادیق تصرفات مالک در دوران تزلزل مالکیت و وضعیت حقوقی آنها» بعد از تعریف مفهوم مالکیت متزلزل در بحث تصرفات منافی با بیع معتقد است که انتقال با بیع قبل از تحقق معلق علیه از مصادیق تصرفات منافی حق عینی مشتری است، لذا ضمانت اجرای چنین تصرفات منافی غیر نافذ است. کریمی و شعبانی کندسری (۱۳۹۶)

در مقاله‌ی: «وضعیت حقوقی «مراعی» به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ» در بررسی و توجیه مبانی نظریه‌ی «مراعی» به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای حقوقی بر این باورند که ضمانت‌اجرای تصرفات بایع قبل از تحقق معلق علیه را باید مراعی دانست. نیک‌نژاد (۱۳۹۶) نیز در مقاله‌ی: «تصرفات حقوقی منافی حق مشتری در بیع معلق» با بیان اینکه مشتری در زمان عدم تحقق معلق علیه دارای حق ابتدایی است لذا معامله معارض با حق مشتری معلق در دوره تعلیق را غیر نافذ مراعی است. بیگدلی و اصانلو (۱۴۰۱) در مقاله‌ای با عنوان: «مطالعه‌ی تطبیقی انتفای قرارداد در حقوق فرانسه و ایران» با الهام از منابع حقوقی فرانسه در توجیه عدم حصول معلق علیه در مهلت پیش‌بینی شده در شرط تعلیقی، بر این نظر است که فلسفه‌ی عدم تحقق معلق علیه را نباید بطلان دانست و به جای آن از عنوان فرانسوی «انتفا» که هم‌اثر آتیه‌ای و هم‌منطبق آن با اراده طرفین است، می‌توان استفاده کرد. علی‌رغم پژوهش‌های صورت‌گرفته در زمینه عقد معلق و ضمانت‌اجرای قابل‌اعمال بر معاملات معارض، و مبانی عدم تحقق معلق علیه. در جایی که معتقد بر اعمال نظریه ناقلیت به لحاظ تاثیر زمان تحقق معلق علیه هستیم، خلأهای موجود در پژوهش‌های صورت‌گرفته بیشتر نمایان می‌شود، فرضیه ما در این تحقق این است که با قبول نظریه ناقلیت، با وجود حق ابتدایی خریدار معلق در دوره تعلیق، مالکیت خریدار معارض در این دوره از نوع مالکیت متزلزل ولی صحیح می‌باشد و به تبع آن ضمانت‌اجرای رد معامله معارض دوم در صورت تحقق معلق علیه و اعمال نظریه ناقلیت؛ «انفساخ» است، و در جایی که معلق علیه حاصل نشد، بنابر بطلان معلق علیه است. لذا با تجمیع مطالعات قبلی و با در نظر گرفتن شکاف پژوهشی موجود در این زمینه، نیاز بر انجام پژوهش با عنوان «حدود و ثغور تعارض دو حق در عقد معلق» با محوریت قراردادان نظریه ناقلیت ضروری به نظر می‌رسد.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. عقد در معنای لغوی

«عقد» یک واژه‌ی عربی که مصدر است که گاه در معنای وصفی و به معنای معقود به کار می‌رود. عقد به معنای گره زدن و محکم کردن چیزی به کار می‌رود. اهل لغت معنای دیگری نیز برای عقد تعریف کردند؛ مانند تصمیم و اعتقاد جازم، ضمان، عهد... (فیروزآبادی، ج ۱، ص ۳۱۵). شاید از آن جهت توافق حقوقی را عقد نامیده اند که طرفین اراده خویش را بهم گره می‌زنند.

۱-۲. معنای اصطلاحی

فقه‌اء عقد را به کار بردن عبارات و الفاظ خاص بین طرفین قرارداد که برای عناوینی نظیر اجاره، بیع، نکاح به کار برده می‌شود می‌دانند. خواه از یک طرف یا طرفین عقد صادر شود که متضمن مقصودی مشترک باشد (حائری‌شاه‌باخ، ۱۳۷۶، ج ۲؛ ص ۱۴۴). در بین اهل حقوق، عقد را توافق دو یا چند اراده‌ای می‌دانند که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱؛ ص ۲۱). یا عقد عبارت است از همکاری متقابل دو یا چند اراده در جهت ایجاد ماهیت حقوقی (شهیدی، ۱۳۹۸؛ ص ۳۹).

۱-۳. معنای اصطلاحی تعلیق در فقه

وابسته ساختن عقد به یک امر احتمالی از سوی متعقدین؛ به عبارت دیگر عقد در انشا وابسته به تحقق امری بشود (قنواتی و همکاران، ج ۱؛ ص ۱۴۵). در اکثر متون فقهی تعریف روشنی از تعلیق نشده است.

۱-۴. معنی اصطلاحی تعلیق در حقوق موضوعه

با عنایت به ماده ۱۸۹ قانون مدنی، برخی از حقوقدانان بر اینن ماده ایراد گرفتند که تدوین این ماه قانونی به گونه‌ای است که عقد معلق را وابسته به امری احتمالی می‌کند یعنی تعلیق در انشاء. در حالی که عقد معلق ماهیت حقوقی (منشاء) را معلق می‌کند نه خود عقد را (شهیدی، همان؛ ص ۶۶).

۵. معاملات معارض در صورت تحقق معلق علیه و ضمانت اجرای آن

در جایی که معاملات معارض بشود، با این که معتقد بر حق ابتدایی برای خریدار معلق قبل از تحقق معلق علیه هستیم، ولی تا حصول معلق علیه، خریدار معلق نمی‌تواند مانع انتقال بایع بشود، چون در هر صورت مالک قانونی است و بنابر قاعده تسلیط؛ هر گونه تصرف اگرچه محدود می‌تواند در مال خود بکند و در این مدت مالک منافع و مالک نمائات هست. اما برخلاف جایی که معلق علیه محقق نشده، در جایی که معلق علیه محقق می‌شود حق از حالت ابتدایی به حق تمام و کمال تبدیل می‌شود. در اینصورت با تعارض بین دو حق عینی مواجه هستیم که براساس دوران بین دو حق باید حق عینی که مقدم است را حمایت کنیم، در اینصورت خریدار معلق دست برتر این چرخه معاملاتی می‌شود و مال خود را در دست هر کسی ببیند می‌تواند مطالبه کند و این قدرت ناشی از ماهیت حق عینی بر مال است. در صورتی که خریدار معلق بعد از تحقق معلق علیه، راضی به معامله معارض نباشد، این اختلاف حاصل می‌شود که ماهیت این عدم رضایت به معامله دوم چه تاثیری بر معامله دوم دارد؟

۵-۱. بطلان

«به اعتقاد برخی چون محقق یزدی؛ اگر مشروط علیه در موضوع شرط تصرف منافی بکند، ضمانت اجرای آن بطلان مطلق است، دلیل این بطلان؛ نه بخاطر دلالت نهی به فساد، بلکه به خاطر تعلق حق مشروط له به مورد شرط و تصرف مشروط علیه، 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 مشروط علیه در ملک خود تصرف نموده است، پس وجهی برای نفوذ تصرفات مالک نیست زیرا وقتی حق غیر به آن تعلق پیدا کند، مشروط له و صاحب حق بر این عین سلطنت و حق دارد الا این که مرتبه حق او ضعیف‌تر از مرتبه حق مالکیت مالک است» (عسگری، پیشین، ص ۸۹). دیدگاه بر بطلان معاملات معارض از سوی کمتر فقهای چون محقق یزدی در کتاب حاشیه مکاسب در جلد دوم؛ ص ۱۳۲، و میرزا حسن موسوی بجنوردی در کتاب قواعد الفقهیه در جلد سوم؛ ص ۲۷۴. مطرح شده و اکثر فقهاء اعتقاد بر غیر نافذ بودن دارند با اینکه تفکیکی بین غیرنافذ مراعی و موقوف نکردند، یکی از واضح‌ترین دلیل بر کثیر نبودن طرفداران این نظریه؛ این هست که کسی که بدون داشتن سمت، بدون اجازه مالک مال او را به صورت فضولی به دیگری انتقال کند معامله او را غیر نافذ (نه باطل) می‌دانیم، به طریق اولی باید در جایی که مالک که مالکیت او با وجود محدودیت در مالکیت خود (وجود حق ابتدایی ثالث) به دیگری منتقل می‌کند باید قائل به غیر نافذ بودن باشیم..

۵-۲. غیر نافذ موقوف

نفوذ به معنی اثر داشتن و عدم نفوذ به معنای بی اثری است. لذا عقد غیر نافذ عقدی است که دارای آثار حقوقی کامل نیست، عقد غیر نافذ باطل نیست منتها با داشتن نقص جلوی آثار عقد را گرفته بدین ترتیب با تنفیذ؛ کامل و با رد؛ باطل می‌شود مانند عقد فضولی یا عقد اکرایی (شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۲؛ ص ۲). در مورد اینکه عقد غیرنافذ از لحاظ ماهیتش عقد صحیح است یا باطل بین حقوقدانان اختلاف است، اما در مورد اثر عقد غیر نافذ اختلافی نیست. در بین فقهاء بیشتر واژه‌ی موقوف را به جای مراعی و مراعی را به جای موقوف استفاده کرده اند. پس عقد

غیر نافذ خود به دو قسم غیر نافذ موقوف و غیر نافذ مراعی تقسیم می‌شود، در هر دو مورد این شباهت است که در صورت رد صاحب حق، معامله از ابتدا باطل می‌شود متتهاء بین دو مورد تفاوت اساسی وجود دارد، به گونه‌ای که در غیرنافذ موقوف؛ صحت عقد موقوف به برطرف شدن جزء سبب است و مقتضی کامل نیست. و عقد قسمتی از شرایطی را که از شرایط اساسی تشکیل عقد است را ندارد مانند عقد فضولی که به دلیل نبود رضای مالک، عقد فاقد تاثیر است و مقتضی عقد منوط به رضایت مالک است و برای تاثیر گذاری مقتضی حتما باید رضای مالک به عنوان شرایط اساسی عقد باید اعمال بشود. یا در عقد اکراهی که نبود رضا در عقد مانع تاثیر مقتضی است. اما در غیرنافذ مراعی عقد از لحاظ مقتضی کامل است و تمام شرایط تشکیل عقد وجود دارد، ولی مانع وجود دارد که جلوی اثر گذاری مقتضی می‌شود، لذا اگر مانع به هر صورتی تامین شود، عقد خود به خود بدون نیاز به تنفیذ کسی کامل می‌شود. برخی بر این باورند که با تحقق معلق علیه، مورد معامله به مالکیت خریدار معلق در می‌آید، و در نتیجه عقد دوم باید غیر نافذ باشد که با تنفیذ فعلی نافذ می‌گردد و هرگاه معلق علیه واقع نشود، عقد دوم نافذ می‌شود، چنین عقدی را نه می‌توان نافذ و نه می‌توان باطل اعلام کرد، لذا عقد دوم را به دلیل فقدان رضا مالک در حالت پیش از تحقق معلق علیه عقد نخست باید غیرنافذ تلقی کرد. (شهیدی؛ پیشین، ج ۱؛ ص ۱۰۱). ایراد اساسی بر این نظر که مبین غیرنافذ موقوف است این هست که مفاد نظرات دکتر شهیدی در تعارض با یکدیگرند؛ چون در یک جا بحث از غیر نافذ بودن می‌شود و در بحث دیگر در جایی که معلق علیه واقع نمی‌شود قائل به نافذ بودن خود به خود هستند، درحالی ماهیت غیر نافذ موقوف این هست که صحت و کامل بودن مقتضی بستگی به رد یا تنفیذ صاحب حق است، در صورتی که حتی معلق علیه واقع نشد، برای کامل شدن چارچوب و شرایط اساسی عقد و کامل شدن مقتضی، خریدار معلق باید تنفیذ کند، در حالی که این صحیح نیست، بنابر نظریه غیرنافذ موقوف؛ وقتی معامله معارض می‌شود براساس نظریه نقل که مورد قبول اراده طرفین معامله معلق است، اگر معلق علیه واقع بشود و خریدار معلق معامله معارض را رد کند، معامله معارض از اول باطل می‌شود، و این برخلاف ماهیت نظریه نقل است، و هم چنین اگر مجبور بودیم از بین غیر نافذ موقوف و غیر نافذ مراعی یکی را انتخاب کنیم با توجه به اصل عدم زیاده و انتخاب ضمانت اجرای خفیف‌تر باید قائل به انتخاب غیرنافذ مراعی باشیم نه غیر نافذ موقوف.

۳-۵. غیر نافذ مراعی

کلمه‌ی مراعی، اسم مفعول از باب مفاعله است که مصدر آن مراعات (مراعه) است. در غیر نافذ مراعی قرارداد منعقد تمام شرایط اساسی صحت را دارا است، لیکن غالباً به جهت برخورد با حقوق اشخاص ثالث وضعیتی پیدا می‌کند که از آن به بیانگر وضعیتی است که قرارداد به وضعیت «مراعی» تعبیر می‌شود، مراعی صحت را دارا است ولی برای رعایت حقوق شخص ثالث قرارداد مزبور تا بازده زمانی خاصی مراعی (منتظر) می‌ماند و بعد از گذشت زمان مذکور اگر حق ثالث به هر نحوی ادا شود، صحیح و در غیر این صورت باطل است به بیان دیگر؛ قرارداد مزبور در مرحله مقتضی با هیچ مشکلی روبه رو نیست، ولی در تاثیر گذاشتن مقتضی با مانع مواجه است. حقوقی (حق معلق خریدار) که در ارتباط با مورد معامله است سبب می‌شود که معامله اثر خود را نگذارد و در حالت انتظار بشیند تا حق ثالث تعیین تکلیف بشود. «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، ۱۳۸۵، ج ۵؛ ص ۲۳۰۱). وجود حق ثالث باعث شده که معامله در ثبات کامل نباشد ولی از آنجا که مانع قابل رفع است و نقص که مربوط به مقتضای عقد نیست قابل رفع است، نمی‌توان قائل به بطلان مطلق معامله شد. ولی بابت حمایت از مالکیت بالقوه ثالث سبب ایجاد وضعیت مراعی است. با تکیه به این دیدگاه، در بحث عقد معلق می‌توان به آن استناد کرد، چون در همین عقد نیز وجود حقوق احتمالی

خریدار معلق (ثالث معامله) باعث شده معامله در حالت انتظار و رفع مانع باشد، بهترین ملاک برای استناد به این نظریه این است که در صورت عدم تحقق معلق علیه حکم به صحت خود به خودی معامله دوم داده می‌شود که همین مورد دلیل بر این است که معاملات معارض و منافی، قبل تحقق معلق علیه وضعیت مراعی دارد و منتظر تعیین تکلیف عقد معلق است و دلیل نافذ بودن یا نبودن معامله دوم بخاطر رد یا تنفیذ خریدار نیست، بلکه تحقق یا عدم تحقق معلق علیه است (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۶؛ ص ۱۳). این نظریه بخصوص در بحث تعارض بین دو حق بیشتر مطرح می‌شود، در رابطه با عقد معلق از یک زاویه درست است، دلیل این درستی بر می‌گردد به نظریه ناقلیت و کاشفیت تاثیر زمان معلق علیه؛ به عبارت دیگر در جایی که ما پیرو نظریه کاشفیت در بحث زمان تحقق معلق علیه باشیم، باید پذیرای نظریه عدم نفوذ مراعی باشیم، چون در نظریه کاشفیت وقتی معلق علیه محقق شد؛ اثر حاصل از حصول معلق علیه به گذشته و از زمان انشای عقد برمی‌گردد، این عنوان «سرایت به گذشته» مهمترین عامل برای پذیرش نظریه عدم نفوذ مراعی است؛ چون در این نظریه اگر مانع برطرف نشد و ثالث معامله را رد کرد، عقد از ابتدا باطل می‌شود، و اگر مانع برطرف شد؛ عقد بدون نیاز به تنفیذ ثالث، خود به خود صحیح می‌شود. در صورتی اگر نظریه ناقل را بپذیریم چون از زمان حصول معلق علیه عقد دارای وجود کامل می‌گیرد، لذا رجوع به «عدم نفوذ مراعی» در این مورد قابل استناد نیست، به عنوان مثال؛ حسن در سال ۱۴۰۰ گاو خود را به صورت معلق مبنی بر اینکه پسر خود یعنی بهرام در کنکور قبول بشود منعقد می‌کند، در فاصله بین انعقاد عقد معلق تا قبولی بهرام در کنکور، با استناد به اینکه هنوز حسن مالک مال است، آن را به بابک به عنوان خریدار دوم واگذار می‌کند، ممکن است تا قبولی بهرام از کنکور، گاو گوساله‌ای را به دنیا بیاورد، بحث اساسی بر سر نمائات و منافع گاو است، اگر بهرام در کنکور قبول بشود، گوساله مال کدام خریدار است؟ در اینجا باید جواب مسئله را با تفکیک نظریه ناقل و نظریه کاشف جواب بدهیم، اگر پیرو نظریه ناقل باشیم، نمی‌توان با استناد به ضمانت اجرای غیر نافذ مراعی به جواب پاسخ بدهیم، چون در نظریه غیر نافذ در صورت رد مالک معلق عقد از اول باطل می‌شود و گوساله در این مدت برای خریدار معلق می‌شود نه خریدار دوم، در حالی که نظریه ناقل بر این اعتبار است که عقد از زمان حصول معلق علیه کامل و اجرا شود و به گذشته (از زمان انشای عقد معلق) برنگردد. پس ماهیت ضمانت اجرای نظریه ناقل نمی‌تواند غیر نافذ مراعی باشد. اما در نظریه کاشفیت با توجه به سرایت آن به گذشته، گوساله به دنیا آمده تا حصول معلق علیه برای خریدار معلق می‌شود، و استناد به نظریه غیر نافذ مراعی بهترین ضمانت اجرا بر این نظریه است. چون اگر معلق علیه حاصل نشد، عقد دوم به صورت خودکار به حیات خود ادامه می‌دهد و نیازی به تنفیذ یا رد کسی نیست (مانع رفع شده است). اگر مانع (معلق علیه) حاصل شد، و مالک رد کرد، عقد از ابتدا باطل می‌شود و گوساله هم به تبع آن به بهرام (خریدار معلق) تعلق می‌گیرد.

۴-۵. غیر قابل استناد

وضعیتی جمع میان صحت و بطلان است و به این اعتبار ضمانت اجرایی خفیف‌تر از عدم نفوذ به حساب می‌آید. و نشانگر صحت و اعتبار میان طرفین عمل حقوقی و بی اعتباری و نیستی در برابر اشخاص ثالث (ایزانلو، شریعت نسب، ۱۳۹۱؛ ص ۳۶). قابلیت استناد قرارداد بدین معناست که قرارداد میان طرفین اعم از آنکه موجد حق عینی یا دینی باشد، نمی‌تواند برای اشخاص ثالث حق یا تعهدی ایجاد کند، اما در هر حال وضع جدیدی است که اشخاص نمی‌توانند وجود آن را انکار کنند. استناد ناپذیری آثار مستقیم بین طرفین را باقی می‌گذارد، اما آثار غیر مستقیم مربوط به ثالث را بی اثر می‌کند، لذا در ارتباط با طرفین معامله دخالتی نمی‌کند و نوعی ابزار حمایتی مخصوص ثالث است، استنادپذیری یا عدم قابلیت استناد وضعیتی خلاف اصل و استثنایی بر استنادپذیری قابلیت استناد است که به موجب آن، اثر غیرمستقیم عنصر حقوقی غیرقابل استناد، به دلیل زیانبار بودن برای اشخاص ثالث، در برابر آنان منتفی می‌شود، بدین معنا که اشخاص ثالث این حق انتخاب را می‌یابند

که عنصر مذکور را انکار کنند و آن را باطل کنند. بنابراین استنادناپذیری، محروم کردن عنصر حقوقی از تمام یا بخشی از استنادناپذیری جزئی از آثار غیرمستقیم خود در برابر تمام یا بخشی از اشخاصی است که نسبت به موارد مذکور بیگانه محسوب می‌شوند اشخاص ثالث ذی نفع و تمایل بر رد آثار عنصر حقوقی موردنظر دارند، البته به رغم انتفای اثر غیرمستقیم عنصر حقوقی در برابر اشخاص ثالث، آثار مستقیم این عنصر نسبت به اشخاص مستقیم آن حفظ شده و در نتیجه چنین عنصری با وجود فقدان اثر در برابر اشخاص ثالث ذی نفع، همچنان نسبت به عاملان مستقیم خود واجد اثر است» (رباطی، مهسا و همکاران، ۱۳۹۹؛ ص ۱۶). لذا ثالث می‌تواند معامله بین طرفین را نادیده گرفته و به طور مستقیم هر اقدامی را که لازم می‌داند انجام دهد... در حقوق فرانسه برای معامله به قصد فرار از دین دعوی معروف به نام دعوی «پل» مطرح شده بود که دادگاه براساس غیر قابل استناد بودن حکم به ابطال معامله داد. در حقوق ایران برای ضمانت اجرای غیر قابل استناد نباید به سمت ابطال معامله حکم داد چون این ابطال قرارداد برای ضمانت اجرای معامله فضولی است، با این استدلال وقتی ثالثی معامله‌ای به استناد اعمال ضمانت اجرای غیر قابل استناد خلل وارد کرد و مال را برداشت و معامله بین طرفین را نادیده گرفت، طرفین معامله بر معاملات بین خود ملزم هستند و دادگاه نباید حکم به ابطال این قرارداد بدهد و طرفین معامله می‌توانند آثار قرارداد از جمله تحویل موضوع قرارداد را از دادگاه درخواست کنند، مگر اینکه رای برخلاف اسناد رسمی باشد (بخشی، ۱۴۰۰، ج ۲؛ ص ۲۴۱). در عقد معلق قبل از وقوع معلق علیه دلیل، بر عدم نفوذ معامله فروشنده وجود ندارد و منتقل الیه معامله دوّم، از منافع و نمائات مورد معامله بهره مند می‌گردد اما چون حق خریدار بیع معلق نسبت به مورد معامله، مقدّم و سابق بر معاملات مذکور ایجاد شده است، چنین معاملاتی باعث زوال حق مزبور نشده و در صورت تحقق معلق علیه، معامله مذکور در برابر او قابل استناد نخواهد بود. در دوران تزلزل ملکیت، چنین معاملاتی در روابط طرفین نافذ بوده آنان نمی‌توانند به استناد متزلزل بودن ملکیت، از عمل به مفاد آن خودداری کنند، اما در برابر شخص ذینفع از تزلزل قابل استناد نبوده و وی می‌تواند عین را در دست هر کس، بیابد مسترد دارد، چراکه حق وی نسبت به عین، مقدّم بر معامله مذکور ایجاد شده و چنین معاملاتی نمی‌تواند موجب زوال حق او گردد (شعاریان، عبادزاده، ۱۳۹۵؛ ص ۱۴). درست است که ثالث (خریدار نعلق) براساس تقدم حق و با توجه به حق عینی خود نسبت به استرداد مبیع از دست خریدار دوم اولویت دارد ولی توجیه این نوع ضمانت اجرا که از فرانسه وارد ایران شده و بیشتر حوزه‌ی مورد استفاده از آن در حوزه حقوق تجارت است نه حقوق مدنی، و اصولاً زمانی معاملات را باید غیر قابل استناد دانست که شرایط شکلی اثباتی رعایت نشده است نه عدم رعایت شرایط ماهوی. هم چنین خود این ضمانت اجرا؛ باعث ابهاماتی می‌شود؛ به عنوان مثال در جایی که معلق علیه حاصل شد، و خریدار معلق بخواهد برای استرداد مال به خریدار معارض مراجعه کند، براساس نظریه غیرقابل استناد معامله بین طرفین بین خودشان صحیح است ولی در برابر ثالث قابل استناد نیست. در صورتی که ثالث بدون توجه به معامله بین آن‌ها، مال خود را بردارد، اینکه معامله بین آن‌ها چی می‌شود، تعیین تکلیف نشده است.

۵-۵. انفساخ

«انفساخ قرارداد ماهیتاً عبارت است از منحل و قطع شدن ادامه حیات موجود اعتباری عقد که به وسیله نهادهای حقوقی محقق می‌شود، این نهادها، قسمتی وابسته به اراده طرفین (خیار یا اقاله) و قسمتی دیگر ناشی از حکم قانون است مانند تلف مبیع پیش از تسلیم» (شهیدی، پیشین، ج ۲؛ ص ۱۶۵). انفساخ برای عقدی به کار می‌رود که به صورت صحیح واقع شده است، ولی در ادامه به دلایلی ماهیت عقد از بین برود، اثر انفساخ نسبت به آینده است و به گذشته سرایت نمی‌کند، با دقت در ماهیت انفساخ، در جایی که قائل به نظریه کاشفیت هستیم با توجه به سرایت اثر عقد به گذشته، تعارض بین نظریه کاشفیت و ضمانت اجرای انفساخ مشخص می‌شود. ولی در جایی که پیرو مکتب ناقلیت هستیم،

بهترین گزینه برای توجیه ضمانت اجرای اعمال نظریه ناقلیت، ضمانت اجرای انفساخ است. چون در نظریه ناقلیت خریدار معلق بعد از حصول معلق علیه مالک می‌شود، و اثر حقوقی عقد معلق به گذشته بر نمی‌گردد، از طرف دیگر هم تا حصول معلق علیه، مالکیت خریدار قانونی است، وقتی خریدار معلق مالک شد، از همان تاریخ به بعد معامله معارض خریدار دوم منفسخ می‌شود.

گفتنی است که ضمانت اجرای اعمال بطلان در جایی که معامله از اساس فاقد ارکان اساسی و شرایط صحت است اعمال می‌شود، در حالی که در اینجا تا زمان تحقق معلق علیه (بنابر نظریه ناقلیت)، معامله معارض به طور صحیح بوده است، و نمی‌توان به ماهیت این معامله خدشه آورد. در بحث غیر نافذ موقوف ملاک این است که صحت معامله موقوف به رضای خریدار معلق است و تا زمانی که رضای خریدار معلق حاصل نشده، مقتضی کامل نیست و انگار معامله در ستون فقرات خود نقص دارد، دلیل رد غیر نافذ موقوف (با قبول نظریه ناقلیت) این هست که در این نظریه مقتضی کامل است و عقد دارای چنین ضمانت اجرایی نقصان ماهوی ندارد، ولی برای اثر گذاری آن مانعی وجود دارد لذا در حالت انتظار باقی می‌مانیم تا مانع برطرف بشود، اگر معلق علیه (مانع) برطرف شد (معلق علیه محقق نشد) معامله دوم خود به خود و بدون نیاز به رضایت خریدار معلق صحیح می‌شود، ولی اگر مانع برطرف نشد و سرایت به عقد کرد (حصول معلق علیه)، باعث می‌شود عقد از اول باطل شود و مال و منافع مال از اول (انشای عقد معلق) برای خریدار معلق باشد، پیداست که این نوع ضمانت اجرا بر خلاف نظریه کاشفیت، در نظریه ناقلیت قابل اعمال نیست، چون با تحقق معلق علیه خریدار معلق از این زمان به بعد مالک می‌شود، و نمی‌تواند معامله‌ای را که در تعارض با مالکیت او تا زمان تحقق معلق علیه است را باطل کند. در بحث غیر قابل استناد که باید قائل به این اعتبار باشیم که ضمانت اجرایی خفیف‌تر از غیر نافذ است چون دست کم معامله بین طرفین صحیح است و اثر حقوقی کامل دارد و این موضوع مادامی است که ثالث توافق را نادیده نگرفته است. و جمع بین صحت و بطلان است، و اصولاً وضعیتی مختص به ثالث است نه طرفین معامله، اما ضمانت اجرای غیر قابل استناد اصولاً جایگاهش در حقوق تجارت است نه حقوق مدنی و هم چنین ضمانت اجرای غیر قابل استناد را در معاملاتی دانست که شرایط شکلی اثباتی رعایت نشده است. برای تعیین تکلیف مشکل پیش آمده بهتر است صورت مسئله را دقیق بررسی کنیم، ما براساس قبول نظریه‌ی ناقلیت بر این اعتقاد هستیم که خریدار معلق بعد از حصول معلق علیه مالک می‌شود و لذا دخالتی به مالکیت بایع ندارد و بابت معامله معارض هم به دلیل وجود حق ابتدایی می‌تواند به عنوان ثالث بخاطر ذی نفعی دخالت کند. از طرف دیگر خریدار دوم هم دارای مالکیت قانونی تا تحقق معلق علیه هست و مالکیت او اگر چه متزلزل است ولی تا تعیین تکلیف معلق علیه از لحاظ عقد و منافع دارای مالکیت قانونی است، در نتیجه ما در زمانی که معلق علیه حاصل می‌شود دو نوع مالکیت داریم:

۱- مالکیت متزلزل خریدار دوم ۲- مالکیت کامل خریدار معلق که بنابر تعارض دو حق مالکیت را به خریدار معلق می‌دهیم، اما قبل از تحقق معلق علیه؛ یک مالکیت قانونی خریدار دوم هر چند متزلزل و یک حق ابتدایی خریدار معلق داریم، که در اینجا اولویت تا حصول معلق علیه با خریدار دوم (معارض) است. اینکه بعد از حصول معلق علیه خریدار معلق بتواند معامله صحیح متزلزل خریدار دوم را نادیده بگیرد باید قابل به ضمانت اجرای منفسخ باشیم. انفساخ در جایی که معامله از بنا درست باشد ولی بعداً به دلایلی امکان از بین رفتن آن باشد. وجه مشترک تمام موارد انفساخ قرارداد؛ قهری بودن انحلال آن است. مستحق لغیر در آمدن مال ممکن است به دو نوع باشد؛ ۱- جایی که بایع مالی را به خریدار می‌فروشد، ولی بعداً معلوم می‌شود که مبیع برای شخصی دیگر است، و این وضعیت نشان دهنده این است که مال از اول (انعقاد عقد) متعلق به بایع نبوده و برای ثالث است، در اینجا باید قائل به فضولی بودن معامله شد که در صورت رد ثالث، معامله معارض باطل می‌شود. ۲- در عقودی مانند عقد معلق که با پذیرش نظریه ناقلیت، در جایی خریدار دوم تا تحقق معلق علیه، مالک قانونی است و بعد

از حصول معلق علیه و رد معامله معارض، در اینجا چون خریدار دوم از ابتدا به طور صحیح مالک بوده است، معامله معارض به دلیل از بین رفتن اعتباری موضوع معامله (مستحق للغير در آمدن) منفسخ می‌شود، در حقوق موضوعه ایران در جایی که موضوع معامله از بین رود تعیین تکلیف نشده است، ولی سوال اساسی این هست که در جریان مالکیت، اگر مالکیت از بین رفتن مشمول از بین رفتن موضوع معامله می‌شود. در مجموع می‌توان گفت که با توجه به پذیرش نظریه ناقصیت، در جایی که معلق علیه واقع می‌شود، خریدار معلق از این زمان به بعد مالک می‌شود و مبیع را در دست هر کسی باشد، می‌تواند پس بگیرد، تا حصول معلق علیه، مالکیت خریدار معارض صحیح است، ولی چون معلق علیه واقع شده، به دلیل حق مقدم خریدار معلق از زمان تحقق معلق علیه مالک؛ خریدار معلق می‌شود و معامله خریدار معارض به دلیل اینکه موضوع معامله مستحق للغير در آمده، منفسخ می‌شود. ثمره این بحث این هست که منافعی که تا حصول معلق علیه به وجود می‌آید برای مالک معارض است.

۶. آثار عدم تحقق معلق علیه

در جایی که معلق علیه محقق نشود، مانند اینکه (حسن گاو خود را به بهرام به صورت معلق یعنی قبولی در کنکور بفروشد، ولی بهرام در کنکور قبول نشود)، و بایع هم قبل از تعیین تکلیف معلق علیه آن را به ثالث منتقل کند، سوال اصلی این است که اگر معلق علیه حاصل نشود، ما باید قائل به بطلان باشیم یا انفساخ عقد معلق؟ قانونگذار در این مورد تعیین تکلیف نکرده، و در بین فقهاء هم به صورت دقیق و جزئی به این مسئله پرداخته نشده، اگر چه در قانون جدید فرانسه در سال ۲۰۱۶ به صورت مبهم اشاراتی شده است، ولی برای تعیین تکلیف این موضوع در حقوق ایران بهتر است با تطبیق ضمانت اجرای اعمال شده در حقوق فرانسه با نظریه کاشفیت و ناقصیت به عنوان مبانی فقهی به بررسی موضوع پردازیم: در حقوق ایران آثار عدم تحقق معلق علیه را بطلان یا انفساخ می‌دانند ولی در فرانسه واژه ی انتفا استفاده می‌شود

۶-۱. انفساخ

شاید قائل باشیم که در صورت عم تحقق معلق علیه، معامه منفسخ شود، در حالی که با کمی دقت در آن متوجه می‌شویم که انفساخ به عنوان ضمانت اجرای عقد صحیح به کار می‌رود و در عقد معلق با اینکه برای خریدار معلق حق ابتدایی برای حفظ حق احتمالی خود قائل هستیم ولی این حق به صورت کامل نیست.

۶-۲. انتفا

در مصوبه شماره ۱۳۱-۲۰۱۶، ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ حقوق تعهدات و قراردادها، نهادی جدید تحت عنوان «انتفا» (caducite) به وجود آمد. که در زمره‌ی یکی از موارد انحلال و پایان دادن به عقدی است که به صورت درست منعقد شده اما در اثر رویدادی لاحق یکی از عناصر خود را از دست می‌دهد. که ماحصل چنین اتفاقی، از بین رفتن تعهدات طرفین معامله است. انتفا در قانون مدنی ایران مطرح نشده و مثل واژه «غیر قابل استناد» یک واژه غربی است، و منشا ظهور آن در حقوق فرانسه است. ویژگی‌های انتفا: الف). وجود قرارداد صحیح که خللی در عناصر اصلی آن نیست ولی این احتمال وجود دارد که به دلایلی غیر ارادی ممکن است یکی از عناصر اصلی از بین رود ب). انتفا به صورت غیر ارادی رخ می‌دهد پ). اثر آن به گذشته سرایت نمی‌کند و عطف بما سبق نمی‌شود لذا به جای قائل بودن به اثر قهقرائی زوال عقد باید معتقد به زوال عقد نسبت به آتیه باشیم. ت). نیازمند اعمال از سوی طرفین معامله نیست، و خود به خود معامله منحل می‌شود (بیگدلی، اصائلو، ۱۴۰۱؛ ص ۱۳).

۶-۳. بطلان

به اعتقاد برخی از حقوقدانان، در صورت عدم تحقق معلق علیه، با توجه به پذیرش مبانی فقهی «واجب معلق» به عنوان مبنای عقد معلق در حقوق موضوعه، در جایی که واجب محقق نشد به منزله این هست که وجوب محقق نمی‌شود. لذا وقتی معلق علیه حاصل نشود به منزله این است که عقد معلق هم تحقق نمی‌یابد و تبعاً ماهیت و آثار حقوقی عقد معلق هم ایجاد نمی‌شود که در این صورت باید قائل به بطلان باشیم، اگرچه انشای ایجاب و قبول یعنی عقد که موجب ایجاد حق ابتدایی است را باید صحیح بدانیم (شهیدی، پیشین؛ ص ۷۸). ولی این نظر با این ایراد مواجه هست که ابتدای کلام و انتهای کلام دکتر شهیدی در تعارض با هم هستند، وقتی قائل بر بطلان هستیم یعنی از اول تا زمان تحقق معلق علیه باید عمل بایع و معامله معارض را باطل بدانیم در حالی بنابر دیدگاه دکتر شهیدی ما برای خریدار معلق یک حق ابتدایی منجز در این مدت قائل هستیم در این صورت باید پذیرای این نظر باشیم که هم زمان یک عقد ممکن است باطل و هم صحیح باشد، که این درست نیست. برخی نیز با پیروی از بطلان بر این باور است که: «فقهایی که قائل به صحت تعلیق در منشا می‌باشند نیز در این فرض قائل به بطلان عقد هستند، به این استدلال که اگر معلوم شود که هیچ‌گاه معلق علیه واقع نمی‌شود عقد بدون قصد یا بدون نتیجه می‌شود که این امر خود موجب بطلان است (خوبی به نقل از شرعی و همکاران؛ ص ۲۳). به نظر می‌رسد که می‌بایست با پذیرش بطلان عقد با فقها همراه گردید، چون در «انتفا» یکی از ویژگی‌های آن وجود عقد صحیح است در حالی که در عقد معلق تا حصول معلق علیه یک به صورت کامل و صحیح واقع نشده است و فقط برای خریدار معلق حق ابتدایی ایجاد شده است، هم چنین قصد طرفین از انشاء عقد، پدایش نتیجه یا اثر حقوقی عقد است. در عقد معلق که تحقق ماهیت عقد وابسته به تحقق معلق علیه احتمالی گردیده، نتیجه نیز موکول به تحقق ماهیت است اما با قطعیت عدم حصول معلق علیه معلوم می‌شود که هیچ‌زمانی چه در دوره عدم قطعیت معلق علیه و چه در زمان قطعیت عدم حصول معلق علیه اثر اصلی عقد ظاهر نشده است و مسلماً عقد بدون اثر و نتیجه یعنی اختلال در قصد انشایی که سازنده عقد است می‌باشد، لذا عقد باطل خواهد بود. برخی نیز به طور مطلق واقع نشدن شرط تعلیقی را مصادف با از بین رفتن همه تعهدهای احتمالی از زمان ایجاب و قبول می‌دانند و باعث بطلان عقد می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵؛ ص ۳۴۴). نظریه ناقلیت با سرایت اثر حقوقی معلق علیه به آتیه با اینکه ناشی از اراده طرفین است منتها بنابر نظر برخی بطلان عقد معلق به دلیل عدم تحقق معلق علیه، یکی از استثنااتی است که باعث می‌شود با وجود ناقلیت اثر معلق علیه، بطلان به گذشته برگردد و از ابتدای عقد معلق معامله را باطل کند، لذا در صورت عدم تحقق معلق علیه، یک معیار داریم و آن بطلان عقد معلق است چه قائل به نظریه ناقلیت و چه قائل به نظریه کاشفیت باشیم (شرعی و همکاران، پیشین؛ ص ۲۴). قائلان به بطلان بر این باورند که طرفین هدفشان از انعقاد یک عقد این است که به نتیجه که همان اثر حقوقی است برسند، و وقتی آن اثر نباشد دیگر طرفین قصدی بر آن معامله ندارند، لذا معامله باطل می‌شود. این نظر با توجه به نوظهور بودن واژه انتفا در ادبیات حقوقی ایران، نظری پسندیده است، واژه انتفا در حقوق فرانسه اثر قهقرایی ندارد و ناظر به آینده است، شاید سوال این باشد که انفساخ که اثر آن ناظر به انتفا که اثر آن نیز ناظر به آینده است و هم چنین هر دو در هنگام تشکیل دارای عناصر اساسی هستند و عقد به طور صحیح واقع می‌شود چه فرقی دارند؟ با دقت به قانون مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶ متوجه می‌شویم که انفساخ ذکر شده در فرانسه با انفساخ موجود در حقوق ایران فرق دارند، انفساخ در فرانسه دارای اثر قهقرایی است و انفساخ در حقوق ایران اثر قهقرایی ندارد و ناظر به آینده است، و انتفا در حقوق فرانسه شباهت زیادی با انفساخ در ایران دارد. دلیل عدم استناد به ضمانت اجرای انفساخ بخاطر نبود عقد به طور صحیح است، درست است که حق ابتدایی وجود دارد ولی این حق اوصاف حق کامل را ندارد و اینکه بر این باور باشیم «بطلان» در جایی به کار می‌رود که عقد شرایط اساسی را ندارد، درست نیست چون شرط تعلیقی؛ برخلاف شرط تقییدی که جنبه فرعی دارد یکی از ارکان اساسی عقد است، و تحقق شرط تعلیقی یکی از مهم‌ترین شاخصه

جلب افراد به انعقاد چنین عقدی است، لذا وقتی بر این باوریم که در صورتی که معلق علیه تحقق نیابد، در این صورت مانند این است که اصلا عقدی به وجود نمی‌آید؛ این عبارت «اصلا عقدی به وجود نیامده» بیشتر به بطلان نزدیک است تا انتفاء، چون انتفاء اثرش نسبت به آتیه است و به گذشته بر نمی‌گردد.

نتیجه‌گیری

در تعارض بین دو حق اعم از حق عینی و حق دینی، ملاک برای اولویت هر یک؛ تقدم زمانی هر یک از حقوق نسبت به دیگری است با استناد به همین نظر در تعارض بین دو حق (حق خریدار معلق با حق خریدار دوم) ایجاد شده در عقد معلق به دلیل تقدم زمانی اولویت با حق خریدار معلق است، در صورتی که معلق علیه حاصل شد و مالک معلق، معامله دوم را رد کرد (منشا ایجاد تعارض)، باید ابتدا به بررسی نظریه فقهی کاشفیت یا ناقلیت پردازیم، در کاشفیت بعد از تنفیذ یا رد، اثر عقد به گذشته بر می‌گردد و در نظریه ناقلیت اثر عقد با تنفیذ یا رد از همان زمان تحقق معلق علیه اعمال می‌شود و ضمانت اجرای حقوقی نیز متناسب با نوع نظریه قابل قبول اعمال می‌شود، به بیان دیگر در جایی که قائل به نظریه ناقلیت هستیم، اعمال ضمانت اجرای غیرنافذ اعم از موقوف یا مراعی صحیح نمی‌باشد، چرا که در ناقلیت اثر حقوقی معامله ناظر به آتیه است در حالی که در غیر نافذ (موقوف، مراعی)، با رد مالک، اثر عقد به گذشته بر می‌گردد و این نوع ضمانت اجرا سازگار با نظریه ناقلیت نیست. در نظریه کاشفیت نیز چون اثر قهقراپی دارد توسل به ضمانت اجرای انفساخ برای انحلال معامله معارض صحیح نیست، و بهتر است با نظریه غیرنافذ مراعی توجیه کرد نه انفساخ، چون انفساخ برای معامله صحیح است، در نظریه ناقلیت با سرایت اثر به آتیه؛ مالکیت خریدار معارض تا تحقق معلق علیه؛ مالکیت متزلزل است و ضمانت اجرای رد مالکیت متزلزل، انفساخ است، چون مالکیت متزلزل برخلاف مالکیت مراعی؛ مالکیت ایجاد شده در گذشته رو انکار نمی‌کند و از همان رجوع خریدار معلق بابت تحقق معلق علیه منفسخ می‌شود. در صورت عدم تحقق معلق علیه، با توجه به اینکه قصد طرفین از معامله معلق تحقق معلق علیه بوده، لذا در صورتی که محقق نشود انگار عقدی از اول نبوده و به دلیل قصد انشای معامله باطل می‌شود.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

فهرست منابع

امامی نمینی، م. (۱۳۸۲). بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی. مطالعات اسلامی، (۶۳).
ایزانلو، م. و شریعتی نسب، ص. (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه. مجله علمی پژوهشی حقوق خصوصی، (۲).

بخشی، ع. (۱۴۰۰). حقوق دعاوی (جلد ۲). تهران: شرکت سهامی انتشار.

بروجردی عبده، م. (۱۳۲۹). حقوق مدنی. تهران: انتشارات محمد علی علمی.

- بیگدلی، س.، و اصائلو، ا. (۱۴۰۱). مطالعه تطبیقی انتفای قرارداد در حقوق فرانسه و ایران. فصلنامه علمی پژوهشی حقوق خصوصی، (۳۸).
- جعفری لنگرودی، م. ج. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۱). تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، م. ج. (۱۳۸۰). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، م. ج. (۱۳۸۵). ترمینولوژی حقوق (جلد ۵). تهران: انتشارات گنج دانش.
- حیبی، م. (۱۴۰۱). حقوق مدنی تحلیلی (جلد ۱). تهران: انتشارات میزان.
- رباطی، م.، محسنی، س.، و قبولی درافشان، س. م. (۱۳۹۹). واکاوی مفهوم استناد ناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، (۱).
- شراعی، ا.، یزدانیان، ع.، و مهدوی، م. ه. (۱۳۹۸). مطالعه تحلیلی اثر قهقربایی پایان تعلیق در فقه امامیه و حقوق ایران و فرانسه. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۱)۶.
- شعاریان، ا.، و عبادزاده، ح. (۱۳۹۵). وضعیت تصرفات حقوقی مالک در دوران تزلزل مالکیت، در حقوق ایران و فقه اسلام. فصلنامه قضاوت، (۸۸).
- شهید اول، م. ب. م. ع. (۱۴۰۰). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
- شهیدی، م. (۱۳۹۳). اصول قراردادها و تعهدات (جلد ۲). تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، م. (۱۳۹۸). تشکیل قراردادها و تعهدات (جلد ۱). تهران: انتشارات مجد.
- طباطبایی یزدی، م. ک. (۱۳۷۸). حاشیه‌المکاسب (جلد ۱). قم: چاپ سربی.
- عسگری، ع. (۱۳۹۷). قراردادهای معارض با عقود معلق در فقه و حقوق ایران. تهران: دانشگاه شهید مطهری.
- عسگری، ع. (۱۳۹۹). ناقلیت یا کاشفیت شرط تعلیقی و آثار آن در حقوق ایران. فصلنامه حقوق خصوصی، (۲).
- قنواتی، ج.، و حدتی شبیری، س. ح.، و عبدی پور، ا. (۱۳۸۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۱). تهران: انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۵). تهران: انتشارات سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ن. (۱۴۰۱). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲). تهران: انتشارات گنج دانش.
- کریمی، ع.، و شعبانی کندسری، ح. (۱۳۹۶). وضعیت حقوقی «مراعی» به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، (۴).
- گرچی، ا. (۱۳۷۸). مقالات حقوقی. تهران: دانشگاه تهران.
- محقق داماد، س. م.، ساعتچی، ع.، و جواهرالکلام، م. ه. (۱۴۰۳). مالکیت مراعی؛ مفهوم و مصادیق. پژوهش نامه حقوق اسلامی، (۶۳)۱.
- مطهری، م. (۱۳۶۱). بررسی فقهی مسئله بیمه. تهران: انتشارات مطهری.