

صورت‌بندی آثار عقد مراعی در فقه امامیه و حقوق ایران

جواد نیک‌نژاد • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

j.niknejad@yahoo.com

چکیده

«مراعی» وضعیت حقوقی عقدی است که به علت وجود مانع، بقای آن مجهول است؛ مانع مذکور اصولاً تعلق حق ثالث نسبت به مورد معامله است. پاسخ به این دو سوال شایان توجه است که اولاً، آیا مراعی وضعیت حقوقی مستقلی در عرض سایر وضعیت‌های شناخته‌شده حقوقی است؟ ثانیاً، سرنوشت نهایی عقد مراعی در صورت اعمال یا عدم اعمال حق توسط ثالث چیست؟ برخی از حقوقدانان معتقدند که مراعی وضعیت حقوقی مستقلی در کنار سایر وضعیت‌ها است و تا قبل از اعمال یا عدم اعمال حق توسط ثالث، فاقد اثر و معلق است و در صورت اعمال حق توسط ثالث کشف می‌شود که عقد از ابتدا باطل بوده، و در صورت زوال حق ثالث به هر علت، کشف می‌شود که معامله از ابتدا صحیح بوده است. برخی دیگر از حقوقدانان که از عقد مراعی به عدم نفوذ مراعی تعبیر نموده‌اند و آن را قسمی از وضعیت عدم نفوذ می‌دانند، معتقدند که عقد مذکور در صورت اعمال حق توسط ثالث، از همان تاریخ منفسخ می‌گردد. نتیجه حاصل از پژوهش حاضر که با روش توصیفی تحلیلی و رجوع به اقوال فقیهان و حقوقدانان سامان یافته، این است که مراعی نه تنها قسمی از عدم نفوذ نبوده، بلکه اساساً وضعیت حقوقی مستقلی نیز نیست. برخلاف آراء پیش‌گفته، آثار آن نیز معلق نخواهد بود؛ عقد مراعی تا زمانی که با اعمال حق توسط ثالث مواجه نشود صحیح و دارای آثار قانونی بوده و در صورت اعمال حق توسط ثالث از همان تاریخ منفسخ می‌شود؛ چه اینکه، معامله مالی که متعلق حق ثالث است از ابتدا مقید به اعمال حق وی منعقد شده، و در واقع معامله مذکور مشتمل بر شرط ارتکازی فاسخی است که اعمال حق توسط ثالث، منتهی به انفساخ معامله معارض با حق ثالث خواهد شد.

واژگان کلیدی: عقد مراعی، عقد صحیح، عقد باطل، عقد غیرنافذ.



مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که از نظر مقتضی کامل بوده ولی به علت وجود مانع، بقای آن مجهول است، فرق عقد مراعی با عقد موقوف (غیرنافذ) این است که در عقد موقوف مانند معامله فضولی، مقتضی عقد یا جزء آن کامل نیست، ولی در عقد مراعی مقتضی عقد کامل است ولی در آن عقد، مانع هم موجود است، مانع در عقد مراعی اصولاً تعلق حق شخص ثالث نسبت به مورد معامله است، مثلاً فروش مال مرهون توسط راهن بدون اجازه مرتهن، مصداقی از عقد مراعی است که در آن مقتضی عقد موجود است ولی به علت تعلق حق عینی تبعی مرتهن نسبت به مورد معامله، آن معامله با مانع مواجه است، در خصوص عقد مراعی چندین سؤال مطرح می شود که عبارتند از اینکه مراعی وضعیت حقوقی مستقلی در عرض سایر وضعیت های حقوقی است یا اینکه خود قسمی از عدم نفوذ می باشد؟ در صورتیکه مراعی وضعیت مستقل باشد یا اینکه قسمی از عدم نفوذ چه اثری بر عقد مذکور قبل از تعیین تکلیف حق ثالث مترتب است؟ سؤال دیگری که در این خصوص مطرح می شود این است که سرنوشت نهایی عقد مراعی در اثر اعمال حق توسط ثالث چیست؟ در پاسخ به سئوالات فوق بایستی گفت در این خصوص میان حقوق دانان و حقوق پژوهان اختلاف نظر وجود دارد، برخی مراعی را قسمی از عدم نفوذ تلقی نموده و در آثارشان عدم نفوذ را به مراعی و موقوف تقسیم می نمایند، (کریمی، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۷-۱۸۸) برخی دیگر مراعی را وضعیت حقوقی مستقلی در عرض سایر وضعیت های حقوقی از قبیل صحت و بطلان و عدم نفوذ تلقی نموده اند، (کریمی، شعبانی کدسری، ۱۳۹۶، صص. ۶۸۳-۷۰۲) در خصوص آثار عقد مراعی نیز اکثر حقوق دانانی که در این خصوص مطالبی نگاشته اند معتقدند که عقد مراعی تا قبل از تعیین تکلیف حق ثالث معلق بوده و اثری بر آن بار نمی شود، (رباطی، محسنی، قبولی درافشان، ۱۳۹۹، صص. ۵۷-۷۵) برخی دیگر معتقدند که عقد مراعی به نحو صحیح منعقد می شود و از لحظه تشکیل دارای آثار قانونی بین طرفین است، ولی در برابر ثالث (صاحب حق)

فاقد اثر است؛ (محمدی، صالحی، ۱۳۹۹، صص. ۲۰۵-۲۳۴) اگرچه این دسته از نویسندگان تعبیر غیرنافذ مراعی را به کار می برند، در مورد سرنوشت نهایی عقد مراعی نیز اکثر حقوقدانان معتقدند که در صورت اعمال حق توسط ثالث، کشف می شود عقد از ابتدا باطل بوده است و در صورت عدم اعمال حق توسط ثالث، مثلاً در فروش مال مرهون توسط راهن، چنانچه به هر علتی طلب مرتهن تسویه گردد، کشف می شود عقد از ابتدا صحیح بوده است، (کریمی، ابراهیمی، ۱۳۹۹، صص. ۲۱۳-۲۳۱) برخی دیگر اگرچه از مراعی تعبیر به عدم نفوذ مراعی نموده اند ولی معتقدند که عقد مذکور در صورت اعمال حق توسط ثالث، از همان تاریخ منفسخ می شود، مثلاً بیع مال مرهون در صورت اعمال حق توسط مرتهن از همان تاریخ منفسخ می گردد، (محمدی، صالحی، ۱۳۹۹، صص. ۲۰۵-۲۳۴) با این همه، ایشان معلوم نکردند که عقد مراعی در اثر چه مکانیسمی منفسخ می شود؟ در فقه اسلامی اگرچه نظریه مراعی به عنوان یک نظریه منقح نشده و اکثر فقها از چنین وضعیتی در آثارشان نامی نبرده اند، (مثل شیخ طوسی، محقق حلی، شیخ انصاری، میرزای نائینی و) ولی برخی از فقها عقد مراعی و موقوف را به جای هم به کار برده اند که به نظر می رسد از نظر آنها فرقی میان این دو وضعیت وجود ندارد، (فقعانی، بی تا، ص. ۳۰۴) در نتیجه آنچه در این مقاله به رشته تحریر درآمده است نو بوده و با آثار قبلی کاملاً متفاوت است. در این مقاله بدواً وضعیت مراعی از حیث استقلال یا عدم استقلال بررسی می شود، و در بند دوم به آثار عقد مراعی می پردازیم، البته در هر بند ابتدا نظرات دیگران نقل و نقد می شود و سپس نظر منتخب نویسنده با ذکر ادله و مبانی آن ارائه خواهد شد.

1- مستقل بودن یا نبودن وضعیت حقوقی مراعی

از آنجائیکه بررسی آثار عقد مراعی فرع بر این است که وضعیت حقوقی مذکور مستقل است یا قسمی از عدم نفوذ یا از اقسام عقد صحیح؟ لازم است قبل از ورود به بحث آثار بدواً راجع به استقلال یا عدم استقلال وضعیت مراعی بحث شود و سپس نظریه منتخب نویسنده در این خصوص ارائه گردد، در اینکه وضعیت حقوقی مراعی قسمی از عدم نفوذ است یا اینکه خود

وضعیتی مستقل از صحت، بطلان و عدم نفوذ میان نویسندگان حقوقی اختلاف نظر وجود دارد، که در زیر به هر یک از نظریه های مذکور پرداخته می شود و سپس نظریه منتخب ارائه می شود.

1-1- وضعیت مراعی به عنوان قسمی از عدم نفوذ

برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند که عدم نفوذ به دو قسم موقوف و مراعی تقسیم می شود، در مواردی که عقدی به علت فقدان مقتضی غیرنافذ است، مانند معامله فضولی و اکراهی، آن معامله غیرنافذ موقوف است، ولی در مواقعی که عقد از حیث مقتضی مشکلی ندارد و به عبارت دیگر مقتضی عقد موجود است ولی به علت وجود مانع عقد مذکور غیرنافذ است، این عدم نفوذ، عدم نفوذ مراعی است، مانند فروش عین مرهونه توسط راهن بدون اذن مرتهن، در چنین معامله ای، مقتضی عقد موجود است ولی به علت تعلق حق عینی مرتهن نسبت به مورد معامله، نفوذ آن معامله با مانع مواجه است، به عبارت دیگر معامله مذکور غیرنافذ مراعی است، لازم به ذکر است که نویسندگان مذکور اگرچه مراعی را قسمی از عدم نفوذ دانسته اند آثاری بعضاً متفاوت از عقد موقوف برای آن قائل شده اند. و در تفاوت آثار میان موقوف و مراعی گفته اند در عقد موقوف چون جزئی از مقتضی عقد (رضا) موجود نیست، تا زمانی که رضا به عقد موقوف ملحق نشود، عقد کماکان موقوف است، ولی در عقد مراعی اولاً رد ثالث تأثیری نسبت به معامله ندارد، ثانیاً چنانچه مانع به هر علتی مرتفع شود، عقد خودبخود و بدون نیاز به اعلام اجازه ثالث نافذ خواهد شد. (کریمی، شعبانی، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۷-۱۸۱) برخی از استادان مراعی به معامله در حکم فضولی تعبیر نموده اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص. ۴۸) عده ای دیگر از استادان حقوق از برخی از مصادیق مراعی تعبیر به عقد شبه فضولی نموده اند، به عنوان مثال بیع عین مرهونه از سوی راهن و بیع ترکه توسط وراث قبل از ادای دیون را شبه فضولی دانسته و به جریان آثار و احکام عقد فضولی در آنها نظر داده اند. (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۱۱۳) برخی از نویسندگان حقوقی که به بررسی نسبت میان عدم نفوذ مراعی و عقد استناد ناپذیر پرداخته اند از آن تعبیر به عدم نفوذ مراعی نموده

اند. (محمدی، صالحی، ۱۳۹۹، صص. ۲۰۵-۲۳۴) عده دیگری از نویسندگان معتقدند مراعی وضعیت مستقلی از وضعیت عدم نفوذ نیست و یکی از حالات عدم نفوذ به معنای اعم می باشد. در واقع این دیدگاه از دیدگاه عدم نفوذ و از دل نظریه کشف بیرون آمده است. (کریمی، طباطبائی، ۱۴۰۱، ص. ۲۶۸). برخی از نویسندگان نیز فرقی میان عقد موقوف و مراعی قائل نشده و هر دو را از مصادیق عدم نفوذ دانسته اند و آثار هر دو را یکی می دانند. (کاظمی، ۱۴۰۱، ص. ۱۴۵). لذا از نظر آنها مراعی وضعیتی مستقلی از عدم نفوذ نیست. (کاظمی، ۱۴۰۱، ص. ۱۴۶).^۱

در مقام نقد دیدگاه مذکور می توان اعتقاد به اینکه عدم نفوذ به دو دسته موقوف و مراعی قابل تقسیم است محل ایراد و اشکال جدی است، زیرا صرف نظر از اینکه در سوابق فقهی هیچ فقیهی صراحتاً این مطلب را بیان نداشته است، از حیث مبانی نیز واجد اشکال و ایراد می باشد، زیرا اصولاً موانع به دو دسته موانع صحت (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۱۷۲) و موانع نفوذ تقسیم می شوند، مثلاً شوهر داشتن از موانع صحت نکاح با زن شوهردار است، یا اشتباه موثر (اشتباه در موضوع مورد معامله) از موانع صحت معامله است، ولی موانع نفوذ عقد عبارتند از اکراه و ... حق شخص ثالث نسبت به مورد معامله به فرض اینکه مانعی ایجاد کند نه از موانع صحت عقد است و نه از موانع نفوذ عقد، بلکه حداکثر می تواند از موانع بقای عقد باشد. از طرفی عدم نفوذ عنوانی بسیط بوده که قابلیت تقسیم به دو دسته را ندارد، ضمن اینکه به صرف اینکه اسباب عدم نفوذ عقد به دو دسته تقسیم شود، فی نفسه دلیلی بر اینکه هر یک از آنها به دو دسته تقسیم شوند، نیست، در سایر وضعیت های حقوقی نیز ممکن است اسباب آن وضعیت ها متعدد باشند ولی تعدد این اسباب، دلیلی بر این نیست که آن وضعیت به دو یا چند دسته تقسیم شود، مثلاً اسبابی که باعث بطلان عقد می شوند متعددند، مثلاً فقدان قصد

^۱ - برخی نیز معتقدند که در صورتی میان عقد موقوف و مراعی فرق است که قائل به صحت عقد مراعی از ابتدای تشکیل عقد مذکور باشیم، در غیر این صورت میان مراعی و موقوف تفاوتی وجود ندارد. (محمدی، صالحی، ص. ۲۱۵).

^۲ - نویسنده مذکور از اصطلاح «موانع تاثیر قصد طرفین» استفاده می کند که نتیجه آن بطلان و عدم تشکیل عقد می باشد.

انشاء، مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و... در عدم نفوذ هم یا باید بگوئیم سبب عدم نفوذ صرفاً فقدان مقتضی یا جزء آن است و وجود مانع سبب عدم نفوذ نیست، یا اگر در هر دو مورد قائل به عدم نفوذ عقد باشیم این تقسیم بندی مبنای خود و استقلال خویش را از دست می دهد.

2-1- وضعیت مراعی به عنوان وضعیتی مستقل در عرض صحت ، بطلان و عدم نفوذ برخی از نویسندگان حقوقی قائل به استقلال وضعیت حقوقی مراعی در برابر سایر وضعیت های حقوقی از جمله صحت و بطلان و عدم نفوذ می باشند. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۶، صص. ۶۸۳-۷۰۲- روشن، خوئینی و فلاحی، ۱۳۹۶، صص. ۱۴۳-۱۵۹) از سخن برخی دیگر از نویسندگان، استقلال وضعیت حقوقی مراعی از سایر وضعیت های حقوقی استنباط می شود. (محقق داماد، قبولی درافشان و ساعت چی، ۱۳۹۴، صص. ۳-۱۹) برخی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز وضعیت مراعی را وضعیتی مستقل در برابر صحت ، بطلان ، عدم نفوذ و عدم قابلیت استناد تلقی نموده اند. (رباطی، قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۹، ص. ۷۱) عده ای نیز معتقدند که بیع عین مرهونه توسط راهن تا زمان فرا رسیدن دین مراعی است، یعنی وضعیت حقوقی دقیق معامله در زمان تشکیل عقد معلوم نیست. (کریمی، ابراهیمی، ۱۴۰۱، ص. ۲۲۰) و نهایتاً مدعی شدند که با رفع مانع کشف می شود که قرارداد از روز نخست بین طرفین معتبر است، ولی در صورت ثبوت مانع (اعمال حق توسط ثالث) کشف می شود که قرارداد از روز نخست بین طرفین معتبر است، لیکن این قرارداد در برابر اشخاص ثالث که حقوق آنان در معرض پایمال شدن قرار دارد، غیرقابل استناد است. (کریمی، ابراهیمی، ۱۴۰۱، صص. ۲۱۶ و ۲۲۳).

در مقام نقد نظر مذکور باید گفت از آنچه که با دقت در مطالب معنونه به دست می آید این است که اگرچه مدعای نویسندگان مذکور استقلال وضعیت مراعی در برابر سایر وضعیت های حقوقی است ولی نویسندگان مذکور نتوانستند مدعای خویش را اثبات نمایند، زیرا زمانی استقلال مراعی از سایر وضعیت های حقوقی معنی دارد که دارای آثاری متفاوت از

سایر وضعیت های حقوقی باشد، در حالیکه نویسندگان مذکور معتقدند که عقد مراعی نهایتاً یا صحیح است یا باطل، که به وضوح حاکی از عدم استقلال وضعیت مراعی در برابر صحت، بطلان و عدم نفوذ می باشد، در حالیکه عقد موقوف نیز نهایتاً به صحت یا بطلان منتهی می شود، زیرا در صورت اجازه صحیح و نافذ می گردد و در صورت رد منتهی به بطلان می شود و این بطلان قهرائی است، از طرفی عقد موقوف قبل از اعلام اجازه و رد فاقد اثر بوده و عقد در حالت بلا تکلیفی به سر می برد که مدعی نویسندگان مذکور در مراعی هم همین است و در عقد مراعی نیز قبل از تعیین تکلیف حق ثالث مدعی هستند عقد مراعی اثری ندارد، بلکه اثر عقد معلق است، (محقق داماد، قبولی در افشان، ساعتچی، ۱۳۹۴، ص. ۱۶- فلاحی، فلاحی، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۹) ولی اثر اعمال حق توسط ثالث یا زوال حق مذکور، جنبه کاشفیت دارد که از ظاهر عبارت نویسندگان مذکور معلوم می شود که این کشف از مصادیق کشف حقیقی است.

۲-۳- نظریه منتخب

با توجه به ایراداتی که به نظریه های فوق وارد است باید گفت مراعی نه قسمی از عدم نفوذ است و نه وضعیت حقوقی مستقلی در برابر سایر وضعیت های حقوقی، بلکه مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که صحیحاً تشکیل شده ولی به علت وجود مانع بقای آن در معرض زوال قرار دارد، یعنی با وجود موانع مذکور (حقوق اشخاص ثالث) عقد واقع شده متزلزل بوده و در صورت اعمال حق توسط ثالث صاحب حق منحل می شود و در صورت زوال حق ثالث عقدی که صحیحاً واقع شده بود به حیات خود ادامه خواهد داد، مثلاً تعلق حق شریک نسبت به مورد معامله که سبب می شود مانعی برای بقای معاملاتی که مشتری بعد از بیع و

^۱ - برخی در این خصوص مدعی اند حق شخص ثالث مانع نفوذ عقد به شکل مطلق نبوده و تنها مانع استقرار مقتضای آن و عدم نفوذ نسبی است. (خوئیاری، رضی، ۱۴۰۰، ص. ۱۱۳). از عبارت محقق ثانی که مقرر می دارد: «مراعی بمعنی ان انکشاف حاله يظهر بعد بزوال المانع من بقاءه ...» نیز بر می آید مانعی که در مراعی وجود دارد از موانع بقای عقد است. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص. ۱۴۵).

قبل از اخذ به شفعه منعقد می نماید ایجاد کند، زیرا شفیع وفق ماده ۸۱۶ قانون با اخذ به شفعه سبب انحلال معاملاتی که مشتری نسبت به مبیع انجام می دهد می شود، مانع مذکور در معاملات مشتری از مصادیق موانع بقای عقد است، یعنی اگرچه حق شریک از مصادیق حق عینی است که اصولاً مانعی بر سر معامله مشتری ایجاد می کند، تا زمانی که اخذ به شفعه انجام نشود، معامله مذکور به قوت خود باقی است و آنچه که می ماند این است که بقای معامله مذکور در معرض زوال در صورت اخذ به شفعه است، اگرچه پس از اخذ به شفعه در اینکه معاملات مشتری از ابتدا باطل می شود یا از همان تاریخ منفسخ می شود میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد، ولی آنچه محل اتفاق فقها و نویسندگان حقوقی است این است که تا قبل از اخذ به شفعه معاملات مشتری صحیح بوده و دارای آثار قانونی است، (شهید ثانی، بی تا، ج ۱۲، ص. ۳۲۱- حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۸، ص. ۵۹۳- سبزواری، بی تا، ج ۱، ص. ۵۴۷- شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص. ۳۷۲- علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص. ۲۵۱- محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص. ۷۸۲- محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص. ۴۱۱- علامه حلی، بی تا، ج ۴، ص. ۵۷۵- علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۲۵۳- شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۱۳۹- طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶، ص. ۲۹۲).

از عبارت برخی از فقها اگرچه استقلال مراعی با موقوف به طور ضمنی استنباط می شود ولی فقهای مذکور فقط به بخشی از آثار متفاوت میان مراعی و موقوف توجه داشته اند، به عنوان مثال صاحب جواهر در این خصوص اظهار داشته است: «شهید در حواشی خود بر کتاب قواعد در شرح متنی که علامه گفته است آن معامله باطل نیست بلکه موقوف است گفته است فرق بین مراعی و موقوف این است که اگر عقد مراعی را اجازه بدهند معلوم می شود که حقیقتاً و واقعا از لحظه انجام آن عقد صحیح بوده ولی در موقوف صحیح بودن آن موقوف

به اجازه است یعنی اجازه جزء سبب آن عقد است^۱. (نجفی، ج ۲۵، ۱۳۶۲، ص. ۱۹۹)

معاملات رهن نسبت به عین مرهونه نیز صحیح است، در فقه امامیه برخی از فقها قائل به صحت بیع عین مرهونه توسط رهن هستند (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۵، صص. ۲۳۸ و ۲۳۹ - طباطبائی قمی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص. ۲۹۰ - روحانی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص. ۴۵۰) برخی از نویسندگان حقوقی نیز قائل به صحت عقد مذکور هستند (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۵ - ایزانلو ۱۳۹۵ - ص. ۸۳ - ساعتچی، ۱۳۹۵، ص. ۴۹ - قبولی درافشان، ۱۳۹۰، ص. ۵۸) مطابق دیدگاه نویسندگان مذکور، معاملات رهن نسبت به مورد رهن چون با حقوق مرتهن که از حقوق عینی است منافاتی ندارد، صحیح است، بدین معنی که با بیع رهن ساقط نمی شود و به قوت خود باقی است. لذا حق مرتهن نسبت به مورد معامله در بیع عین مرهونه توسط رهن هم از موانع بقای عقد است و در صورت اعمال حق توسط مرتهن عقد رهن منفسخ می شود. در مورد سایر مصادیق معامله مراعی نیز همین قاعده جاری بوده و اصولاً معامله مراعی صحیحاً تشکیل می شود و مانعی که در آن معامله وجود دارد نه از موانع صحت هستند و نه از موانع نفوذ، بلکه موانع مذکور از موانع بقای عقد می باشند، مثل معامله معارض با شرط فاسخ توسط مشتری، معامله منافی با اختیارات قراردادی توسط مشتری و ... در نتیجه وقتی قائل به صحت معامله از ابتدا باشیم مراعی دیگر وضعیت حقوقی مستقلی نیست و حتی قسمی از عدم نفوذ نیست.

از عبارت برخی از فقهای امامیه صریحاً استنباط می شود که مراعی عقدی است صحیح، به عنوان نمونه محقق تستری در کتاب خویش به صحت عقد مراعی اذعان نموده است. (تستری، بی تا، ص. ۱۸۴).

ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر مراعی وضعیت حقوقی مستقلی نیست، پس چرا

^۱ - الفرق بین المراهه و الموقوف، ان الاول یكون كاشفا عما صحیح فی نفس الامر، و الثاني ما یتوقف علیه الحكم بالصحة، فیکون جزء سبب.

^۲ - فالأظهر هی الصحة والنفوذ و عدم الوقف علی اجازه او سقوط حق المرتهن (روحانی، ۱۴۲۹، ص. ۴۵۰)

به آثار آن پرداخته می شود؟ در پاسخ باید گفت اینکه مراعی وضعیت حقوقی مستقلی نیست به معنی عدم وجود آن نیست، بلکه مراعی قسمی از عقود صحیح است که سرنوشت نهایی عقد مذکور منوط به اثرگذاری یا عدم اثرگذاری مانعی است که عقد به خاطر آن مراعی است، کما اینکه در سایر مصادیق عقد صحیح مانند عقدی که خیاری است، یعنی خیار شرط در آن وجود دارد، فقها و حقوقدانان به بررسی آثار خیار در عقد مذکور و سرنوشت معاملات معارض با خیار و ... پرداخته اند، و به صرف اینکه معامله خیاری عقدی است صحیح از بررسی آثار آن دست برد نداشته اند، یا در بیعی که مشروط به شرط انفساخ (شرط فاسخ) است، که باز هم بیعی است صحیح حقوقدانان به بررسی آثار شرط فاسخ پرداخته اند، لذا حتما لازم نیست که مراعی وضعیت حقوقی مستقلی باشد تا بتوان به بررسی آثار آن پرداخت، ضمنا منظور نویسنده از اینکه مراعی اساسا وضعیت حقوقی نیست این است که حتی در بحث مالکیت هم در فقه و ادبیات حقوقی به مراعی بودن اشاره شده که نشان می دهد مراعی مفهومی عام و گسترده داشته و مختص قراردادهای نیست و در قراردادهای هم وضعیت حقوقی ندارد، بلکه موقعیتی مانند خیارشروط در بیع صحیح دارد، آیا کسی در فقه یا حقوق ایران به خیار وضعیت حقوقی می گوید؟ قطعاً پاسخ منفی است، مراعی هم ضرورتی ندارد که حتما وضعیت حقوقی باشد تا آثاری بر آن مترتب شود، به عبارت دیگر وجود آثار در عقد مراعی فرع بر اثبات وضعیت حقوقی مستقل برای آن نیست.

2- آثار عقد مراعی

صرف نظر از استقلال یا عدم استقلال وضعیت مراعی، آثاری که بر عقد مراعی مترتب می شود، نیاز به بررسی دارد. ذیلا ابتدا آثار عقد مراعی از حیث اینکه قسمی از عدم نفوذ است، یا اینکه وضعیت حقوقی مستقلی دارد، بررسی می شود، سپس بر اساس نظریه منتخب (مراعی قسمی از عقد صحیح بوده که بقای آن در معرض زوال قرار دارد) به بررسی آثار عقد مراعی می پردازیم. در ضمن نویسنده پس از طرح آثار عقد مراعی که بعضا توسط نویسندگان حقوقی

مطرح شده است به نقد آنها می پردازد.

2-1- آثار عقد مراعی قبل از تعیین تکلیف حق ثالث

برخی از نویسندگان بدون اینکه به صراحت در خصوص استقلال یا عدم استقلال وضعیت مراعی اظهارنظر نمایند در مورد آثار عقد مراعی قبل از تعیین تکلیف حق ثالث ادعا نموده اند که آثار عقد مذکور در دوره مذکور مانند عقد معلق است که قرارداد میان طرفین به طور صحیح انعقاد یافته، اما به دلیل وجود مانع موقتا از اثر افتاده (محقق داماد، حقانی، ساعتچی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵) و پس از تعیین تکلیف حق ثالث این تعلیق مرتفع می شود، به عبارت دیگر در صورت اعمال حق توسط ثالث کشف می شود عقد از روز اول باطل است و در صورت مرتفع شدن مانع که منتهی به زوال حق ثالث می شود، کشف می شود معامله از روز اول صحیح است، به دیگر سخن از نظر نویسندگان مذکور مانع مذکور در مراعی، کلیه آثار عمل حقوقی را معلق می کند و تا زمانیکه وضعیت امر دیگر مشخص نشده، عقد مراعی چه در برابر طرفین و چه در برابر اشخاص ثالث فاقد اثر است. (رباطی، محسنی، قبولی درافشان، ۱۳۹۹، ص. ۷۱).

برخی دیگر از نویسندگان حقوقی قائل بر این هستند که در عقد مراعی قبل از اعمال حق توسط ثالث باید قائل به صحت عقد مذکور و جریان آثار قانونی آن میان طرفین باشیم، ولی عقد در برابر ثالث فاقد اثر است (محمدی، صالحی، ۱۳۹۹، صص. ۲۱۰-۲۱۱). به نظر می رسد دیدگاه اخیر تا حدی که عقد مراعی را از زمان تشکیل صحیح می داند به صواب نزدیک تر است، ولی ادعای اینکه عقد مراعی در برابر ثالث فاقد اثر است، باید گفت اصولاً جزء در موارد استثنائی عقود نسبت به ثالث اثر ندارد (ماده ۲۳۱ قانون مدنی) اگر منظور این است که ثالث می تواند با اعمال حق خویش سبب انحلال عقد مذکور شود این نظر قابل پذیرش است، در غیر اینصورت این دیدگاه با مبانی فقهی و حقوقی تطبیق ندارد. فقهای امامیه در برخی از مصادیق معامله مراعی قائل به صحت عقد مذکور شده اند، مثلاً معاملات مشتری

نسبت به مبیع قبل از اخذ به شفعه (سبزواری، بی تا، ج ۱، ص. ۵۴۷) ماده ۸۱۹ قانون مدنی نیز با توجه به پیشینه فقهی مساله گویای این امر است. برخی از فقهای معاصر نیز در مورد اجاره مبیع در خیار به شرط رد ثمن گفته اند: «ممکن است بگوئیم عقد صحیح است و مراعی به عدم فسخ است، برای اینکه اجاره با حق صاحب خیار منافات دارد و آن (منافات) فقط در فرض فسخ است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص. ۵۳۸). که از این نظر فهمیده می شود که عقد اجاره موصوف در وضعیت مراعی در صحت باقی است. از نظر تحلیلی نیز هیچ دلیلی وجود ندارد که صحت عقد مراعی را زیر سؤال ببرد، بلکه چون تا قبل از اعمال حق توسط ثالث بقای عقد مراعی ضرری به حقوق نامبرده وارد نمی کند، حکم به صحت معامله مذکور با مبانی انطباق بیشتری دارد، آنچه در مراعی ممکن است با حقوق ثالث برخورد کند، بقای عقد در زمان اعمال حق توسط ثالث است که این ضرر نیز با انفساخ معامله مراعی مرتفع می شود، از طرفی اگر قائل به تعلیق اثر عقد مراعی تا تعیین تکلیف حق شخص ثالث باشیم، نه تنها دیدگاه مذکور از لحاظ اقتصادی کارآمد نیست، بلکه از توزیع ثروت در جامعه جلوگیری می کند. از طرف دیگر رای وحدت رویه شماره ۸۳۲ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰ دیوان عالی کشور مبنی بر پذیرش دعوی الزام به فک رهن از سوی خریدار عین مرهونه به طرفیت رهن، خود گویای صحت معامله مذکور است، زیرا اگر قرارداد صحیح نبوده یا صحت آن تا قبل از اعمال حق توسط مرتهن مجهول بوده و در نتیجه عقد مراعی تا قبل از تعیین تکلیف حق ثالث معلق بود، پس چگونه دعوی الزام به فک رهن از سوی مشتری به طرفیت رهن قابل پذیرش است؟ پذیرش دعوی مذکور اولاً دلالت بر صحت عقد مراعی مذکور دارد، زیرا یکی از شرایط اقامه دعوی ذینفعی خواهان است که خود ذینفعی شرایطی دارد از جمله اینکه نفع مورد ادعا بوجود آمده باشد و باقی باشد، اگر آثار عقد مراعی تا قبل از تعیین تکلیف حق

شخص ثالث معلق است، دعوی الزام به فک رهن با ایراد فقدان ذینفعی خواهان قابلیت استماع را نداشت ثانیاً بر خلاف ادعای برخی از نویسندگان عقد مراعی قبل از تعیین تکلیف حق ثالث واجد اثر می باشد، چون اگر اثرش معلق بود تا تعیین تکلیف معلق علیه اثری بر آن مترتب نبوده، واضح است پس از تعیین تکلیف معلق علیه (در مانحن فیه حق شخص ثالث) پذیرش دعوی الزام به فک رهن سالبه به انتفای موضوع است، زیرا در صورت انتفای حق شخص ثالث، مانع مرتفع شده و با رفع مانع دیگر رهنی وجود ندارد تا الزام به فک رهن معنی داشته باشد و در صورت اعمال حق ثالث نیز چون عقد مراعی منفسخ می شود، الزام به فک رهن معنی نخواهد داشت. با توجه به اینکه آرای وحدت رویه در حکم قانون است و احکام و آثار قوانین و از جمله امکان تفسیر موسع از طریق اخذ وحدت ملاک و حتی تنقیح مناط، شامل آراء وحدت رویه می شود. (کریمی، ۱۴۰۳، ص. ۳۰۸). می توان از ملاک رای وحدت رویه مذکور استفاده کرد و به عنوان قاعده عمومی می توان گفت در تمامی مصادیق معامله مراعی عقد تا قبل از اعمال حق توسط ثالث صحیح و معتبر خواهد بود.

برخی از نویسندگان حقوقی مدعی شدند رای وحدت رویه شماره ۸۳۲ به دلالت التزام، امکان معامله ناقل نسبت به عین مرهون را توسط راهن پذیرفت، ولی روشن است که عدم بطلان این معامله، به مفهوم صحت آن نیست، لیکن این معامله مراعی به رعایت حقوق مرتهن است و بنابراین غیرنافذ مراعی در مقابل غیرنافذ موقوف قلمداد می شود. (کریمی، ۱۴۰۳، ص. ۳۰۶) و در تفسیری جدید از عدم نفوذ مراعی و مغایر با آنچه سابقاً در این خصوص به نگارش در آورده اند اظهار داشته اند: «در عدم نفوذ مراعی، در صورتی که شارع و قانونگذار اعلام نظر نهایی را به ثالث واگذار کرده باشد، با این اعلام نظر یا رد معامله از همان زمان باطل می شود، همانطور که در شفعه چنین است. در غیر این صورت فقط با مداخله قضایی و اجرای

حکم قطعی است که معامله ابطال می شود و از این حیث معامله نسبت به عین مرهون همانند معامله وراث نسبت به ترکه خواهد بود. (کریمی، ۱۴۰۳، ص. ۳۱۱) در معاملات غیرنافذ مراعی، ابطال قرارداد، تنها راه حل ممکن است و بدون دخالت قضایی، وضعیت عدم نفوذ مراعی به مقصد نمی رسد. موارد مذکور نیاز به حکم قضایی برای ابطال دارد و با ابطال قرارداد، آثار بطلان از همان لحظه بر قرارداد بار می شود و تا قبل از آن، مالکیت مشتری (انتقال گیرنده) آثار خود را به جا می گذارد، بنابراین حکم ابطال حکم تاسیسی است نه اعلامی. (کریمی، ۱۴۰۳، ص. ۳۱۳) مرتهن می تواند از ابتدا به دادگاه مراجعه و دعوای ابطال معامله نسبت به عین مرهونه را طرح کند و دادگاه نیز در صورت حلول اجل طلب مرتهن و فراهم بودن شرایط، حکم به ابطال معامله منافی با عقد رهن صادر خواهد کرد. (کریمی، ۱۴۰۳، ص. ۱۱۳) در مقام نقد دیدگاه نویسنده مذکور باید گفت اعتقاد به تاسیسی بودن حکم در مانحن فیه و دادن نقش ماهوی به دادگاه با مبانی سازگاری ندارد، بلکه ادعایی بدون دلیل می باشد، زیرا در نظام حقوقی ایران بر خلاف آنچه بعضاً در نظام حقوقی فرانسه برای دادگاه نقش ماهوی جهت صدور حکم ابطال پیش بینی شده است، فاقد مبنای قانونی بوده و اساساً در فقه نیز مسبوق به سابقه نمی باشد، بنابراین حتی اگر دادگاه مداخله ای در این خصوص داشته باشد، حکمی که در این خصوص صادر می نماید حکم اعلامی است نه تاسیسی، لذا بر خلاف ادعا در هیچ یک از مصادیق وضعیت مراعی در صورت اعمال حق توسط ثالث مداخله دادگاه جهت صدور حکم تاسیسی ضرورت ندارد، بلکه در صورت ورود حکمی که صادر می نماید اعلامی است، استدلال نویسنده کاملاً مغایر با رای وحدت رویه شماره ۸۳۲ است، زیرا در هر دو رایی که مورد اختلاف قرار گرفته و منجر به صدور رای وحدت رویه شد، تقاضای اعلام بطلان بیع منعقدۀ توسط راهن به عمل آمد که در نهایت هیات

عمومی رای دادگاه تجدیدنظر تهران را که دعوی اعلام بطلان بیع را محکوم به رد نموده بود و دعوی الزام به فک رهن را پذیرفت، تایید نموده است. البته پذیرش صحت معاملات مراعی قبل از مداخله مثلاً شفیع یا حسب ادعا دادگاه به معنی نفی استقلال وضعیت مراعی می باشد ولی ظاهراً نویسنده به آن توجه نداشته و از تعبیر عدم نفوذ مراعی استفاده نموده و از طرفی این صحت ابتدائی اساساً مستلزم نفی این مطلب است که مراعی یک وضعیت حقوقی است، اعم از اینکه وضعیت حقوقی مستقل باشد یا قسمی از عدم نفوذ.

2-2- آثار عقد مراعی بعد از اعمال حق توسط ثالث

در خصوص آثار عقد مراعی بعد از اعمال حق توسط ثالث بیشتر نویسندگانی که به طور کلی یا در مصادیق به وضعیت حقوقی مذکور پرداخته اند، معتقدند که با اعمال حق توسط ثالث کشف می شود که معامله از ابتدا باطل بوده است، (رباطی، قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۹، ص. ۷۱- روشن، خوئینی، فلاحتی، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۹) مثلاً در معامله منافی با خيار شرط، اگر مشتری (مشروط علیه) مورد معامله را به ثالث منتقل نماید، عقد دوم مراعی به اعمال یا عدم اعمال خيار از سوی مشروط له (بایع در معامله اول) است، اگر بایع (مشروط له) معامله اول را فسخ کند، کشف می شود که معامله معارض (با خيار) از ابتدا باطل و بلا اثر بوده است. (کریمی، شعبانی، ۱۳۹۶، ص. ۶۹۳) یا در معامله منافی با بیع شرط که مصداقی از معامله مراعی است (کریمی، شعبانی، ۱۳۹۶، ص. ۶۹۴) در صورت اعمال حق بایع کشف می شود معامله منافی از ابتدا باطل بوده است. (کریمی، شعبانی، ۱۳۹۶، ص. ۶۹۴) برخی دیگر از نویسندگان حقوقی در این خصوص مدعی شدند که می توان گفت معامله معارض از زمان اعمال فسخ توسط بایع (ذوالخيار) باطل می شود، ولی قبل از آن معامله صحیح است، (جواهر کلام، ۱۴۰۲، ص. ۹۱- جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص. ۲۰۵) بعضی دیگر از نویسندگان عدم نفوذ مراعی را قسمی از عدم نفوذ نسبی می دانند و در خصوص تصرف مشتری در مبیع شرط

معتقدند معامله مذکور صحیح است، ولی تصرفات وی ممکن است به جهت اعمال حق بایع (ثالث) در ادامه محکوم به بطلان شود. از این منظر عدم نفوذ معامله مشتری نسبی و تنها متوجه بایع به عنوان ثالث ذی حق بوده و نباید با عنوان عدم نفوذ مراعی آنگونه که برخی پنداشته اند نفوذ معامله پیش از اعمال حق را مردود دانست. (خویناری، رضی، ۱۴۰۰، ص. ۱۱۲). واضح است که نویسندگان مذکور متوجه این نکته بوده که دلیلی وجود ندارد که قبل از اعمال فسخ، صحت معامله معارض زیر سؤال برود، لذا از تعبیر بطلان از زمان اعمال خیار استفاده می کند که موجب شگفتی است، زیرا در نظام فقهی و حقوقی ایران سابقه ندارد عقدی از ابتدا صحیح باشد و در اثنای مدت باطل شود و این بطلان به گذشته سرایت نکند. برخی دیگر از نویسندگان ضمن مقایسه میان عقد مراعی و عدم قابلیت استناد، نظریه صحت تاهلی^۱ را در مراعی پذیرفته و مدعی شدند که صحت عقد غیرنافذ مراعی میان طرفین ار استحکام بیشتری برخوردار است (محمدی، صالحی، ۱۳۹۹، ص. ۲۱۰) اما عقد در مقابل اشخاص ثالث بی اثر است. (محمدی، صالحی، ۱۳۹۹، ص. ۲۰۵) و گفته اند با قبول صحت عقد مراعی میان طرفین باید قائل باشیم که با اعمال حق توسط ثالث صاحب حق، عقد از همان تاریخ منفسخ می شود و عدم اعمال حق او اثری بر عقد نمی گذارد و صحت آن تداوم می یابد.^۲ (محمدی، صالحی، ۱۳۹۹، ص. ۲۱۳) واضح است پذیرش صحت تاهلی با صحت عقد از زمان تشکیل که به معنی صحت فعلی است قابل جمع نیست. عده ای دیگر از نویسندگان مدعی هستند در مواقعی که شخص بر خلاف شرط عدم انتقال یا خیار شرط طرف قرارداد،

^۱ - برخی معاملات فضولی قبل از تنفیذ مالک، معاملات اکراهی قبل از اجازه، معاملات راهن بدون اذن مرتهن را از مصادیق صحت تاهلی در برابر صحت فعلی دانسته و گفته اند در صحت تاهلی عقدی ناقص تشکیل می شود که واجد برخی آثار است که صلاحیت و اهلیت صحیح شدن فعلی را دارد. برای دیدن تفصیلی این نظر رک به (کریمی و صمدی، ۱۳۹۷، صص. ۱۵۵-۱۶۸). در معاملاتی که صحت تاهلی دارند، تاثیر عقد (مثلاً نقل و انتقال مالکیت عوضین) در صورتی است که اجازه مالک به عقد ملحق شود. (طباطبائی قمی، ۱۴۰۰، ص ج ۳، ص. ۲۹۰).

^۲ - از جمله مذکور معلوم است که نویسندگان مذکور قائل به صحت فعلی عقد مراعی از زمان تشکیل هستند که در تعارض با تایید صحت تاهلی از سوی آنان می باشد، زیرا در صحت تاهلی اثر عقد معلق است.

مورد معامله را به دیگری انتقال دهد، عقد دوم بین طرفین نافذ و معتبر خواهد بود، اما با اعمال حق طرف نخست، عقد دوم باطل خواهد شد. (خوئیاری، طباطبائی، ۱۳۹۸، ص. ۹۴) این نوع عدم نفوذ را عدم نفوذ مراعی دانسته اند. (خوئیاری، رضی، ۱۴۰۰، ص. ۱۱۰). از نظر برخی دیگر از نویسندگان یکی از اقسام مالکیت، مالکیت مراعی است که ممکن است منشاء این مالکیت قراردادی باشد، در این صورت وضعیت حقوقی عقدی که مالکیت مراعی ایجاد می کند، نیز مراعی است، به عنوان مثال مالکیت خریداران بعدی حصه مشاع پیش از اخذ به شفعه شفیع و مالکیت خریداران بعدی در بیع متضمن یکی از خیارهای قراردادی از مصادیق مالکیت مراعی است، نویسندگان مذکور در خصوص مفهوم مالکیت مراعی اظهار داشته اند مالکیتی است که همراه عقد به وجود می آید ولی در صورت اعمال حق توسط ثالث (که در مثال های فوق منظور از ثالث شفیع است که اخذ به شفعه می نماید و من له الخیار که اعمال خیار می کند) از ابتدا از بین می رود، یعنی این مالکیت از زمان تشکیل عقد مراعی ایجاد می شود ولی با اعمال حق توسط ثالث از ابتدا از بین می رود، ولی اگر حق ثالث به هر علتی از بین برود مالکیت مراعی به مالکیت مستقر تبدیل می شود. (محقق داماد، ساعتچی، جواهرکلام، ۱۴۰۳، صص. ۱-۳۲) با توجه به مطالب مذکور متوجه می شویم که از نظر نویسندگان مذکور عقد مراعی به نحو صحت تشکیل می شود تا بتواند مالکیتی برای منتقل الیه ایجاد کند ولی در اثر اعمال حق توسط ثالث کشف می شود عقد باطل بوده و از ابتدا مالکیتی برای مشتری ایجاد نشده است.

برخی از نویسندگان در خصوص وضعیت نهایی عقد مراعی در صورت اعمال حق توسط ثالث گفته اند معاملات مورد شفعه و نیز موضوع قولنامه را باید تا زمان اخذ به شفعه و اعمال حق ذینفع قولنامه صحیح دانست و بعد از آن (اخذ به شفعه و اعمال حق ذینفع قولنامه) معاملات خریدار منفسخ می شود، زیرا تا زمان اعمال این حقوق، خریدار مالک بوده و تصرفات او صحیح است، به ویژه که شفیع نیز از خریدار اخذ به شفعه می کند نه از بایع. بنابراین دلیلی بر بطلان آنها از ابتدا وجود ندارد، ولی در سایر موارد چون قرارداد از ابتدا

بدون رعایت حق طلبکاران ایجاد شده است، با اجرای حق شخص ثالث کشف می شود که قرارداد مزبور از ابتدا باطل بوده است. (کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۹). در ادامه نویسندگان مذکور مدعی شدند ممکن است چنین نتیجه گرفته شود که معیار تمیز موارد بطلان از انفساخ این است که اگر شخص ثالث که حق رد عقد را دارد، نسبت به منافع قبل از زمان اعمال حق، حقی داشته باشد، اجرای حق اثر قهقرائی دارد و معاملات را از آغاز باطل می کند، ولی اگر نسبت به منافع آن زمان حقی نداشته باشد، با اجرای حق عقد از ابتدا باطل نمی شود، بلکه از زمان اجرای حق منفسخ می گردد. مفاد ماده ۸۱۹ قانون مدنی که منافع مبیع را قبل از اخذ به شفعه متعلق به خریدار می داند این نظر را تقویت می کند. از طرف دیگر اگرچه ماده ۷۸۶ قانون مدنی منافع منفصل را جزء رهن نمی داند، لیکن نباید فراموش کرد منافع متصل اعیان مرهونه که همراه با آنها در رهن مرتهن قرار می گیرند، دارای ارزش مالی قابل ملاحظه ای می باشند. بنابراین دلیلی بر انفساخ بیعی که مغایر حق مرتهن است، از زمان رد معامله معارض وجود ندارد، (کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۹) به طور کلی نویسندگان مذکور مدعی است که هرگاه نهاد عدم نفوذ مراعی کارکردی حمایتی از طلب ثالث دارد، حکم آن در صورت اعمال حق ثالث بطلان است و هرگاه از مالکیت بالقوه ثالث حمایت می کند، اعمال حق ثالث باید به انفساخ بینجامد. (کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۸۰). ولی علی رغم تفکیک اخیر در مقاله بعدی (کریمی، شعبانی، ۱۳۹۶، صص. ۶۸۳-۷۰۲) از این تفکیک دست شسته و در تمامی مصادیق مراعی از جمله مصادیقی که به علت حمایت از حق بالقوه ثالث معامله را مراعی دانسته اند مانند معامله منافعی با خیار شرط و منافعی با بیع شرط، از نظریه انفساخ عدول نموده اند و مدعی شدند اولاً معامله قبل از اعمال حق توسط ثالث معلق بوده و فاقد اثر است ثانیاً در صورت اعمال حق ثالث کشف می شود معامله از ابتدا باطل بوده است. در مقام نقد اظهارات نویسندگان مذکور باید گفت ادعای فرق میان معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه و رهن نسبت به عین مرهونه بلاوجه است، زیرا همانگونه که خود نویسندگان اظهار نمودند منافع متصل داخل در رهن نیست، لذا حکم هر دو یکی است، زیرا در شفعه نیز ماده ۸۱۹ قانون مدنی

منافع متصل بعد از اخذ به شفعه متعلق به شفیع است، تعلق منافع متصل به شفیع و همینطور اینکه منافع متصل داخل در رهن می باشد به خاطر طبیعت منافع متصل است که قابلیت انفکاک از موضوع عقد را ندارد، بنابراین بر اساس مبنای خود نویسنده که ادعا نمودند اگر منافع منفصل با اعمال حق به ثالث تعلق نگیرد، اعمال حق منجر به انفساخ عقد مراعی می شود، در معامله رهن نیز چون منافع منفصل داخل در رهن نیست با اعمال حق توسط مرتهن، معامله مذکور باید منفسخ شود. در ضمن آنچه موجب شگفتی است این است که بر فرض که تفکیک ادعایی صحیح باشد، چرا در جایی که عقد مراعی کارکرد حمایتی از طلب ثالث دارد، در اثر اعمال حق توسط ثالث معامله مراعی از ابتدا باطل می شود؟ زیرا در نظام فقهی ما و همین طور حقوق ایران از نظر مبانی به هیچ وجه امکان پذیر نیست که عقدی در یک بازه زمانی صحیح باشد و در یک بازه زمانی در همان محدوده زمانی از ابتدا باطل شود، به همین علت نویسنده مذکور ناچار شده بین مصادیق مراعی فرق بگذارد و اساسا بر اساس دیدگاه نویسنده مذکور معاملاتی که به علت تضمین مالکیت بالقوه ثالث در وضع مراعی هستند، اگر از ابتدا صحیح است و اعمال حق ثالث باعث انفساخ آن می شود، پس چرا این معاملات را از مصادیق عدم نفوذ مراعی تلقی نموده اند؟ نویسنده در تعریف و بیان ماهیت مراعی در مقاله مذکور مدعی شده که در عدم نفوذ مراعی وضعیت حقوقی معامله از نظر صحت و بطلان در موقع تشکیل عقد مجهول است و پس از رفع مانع کشف می شود از ابتدا صحیح بوده و در صورت اعمال حق توسط ثالث کشف می شود که از ابتدا معامله باطل بوده است، در حالیکه در خصوص معاملاتی که به علت تضمین مالکیت بالقوه ثالث ادعا شده در وضعیت مراعی است، خود نویسنده گفته که این معاملات از ابتدا صحیحا منعقد شده و دارای آثار قانونی نیز است، پس چگونه مراعی است؟ ضمنا به فرض که بپذیریم که باید بین مصادیق مراعی (البته نه با تعریفی که نویسنده مذکور از مراعی به عمل آورده است) باید تفکیک نمود، همانگونه که فوقا اشاره شد در خصوص معاملاتی که به خاطر حمایت از طلب ثالث در وضعیت مراعی است، نمی توان اعمال حق توسط ثالث را کاشف از بطلان عقد از ابتدا دانست، بلکه جهت

رفع محذور عدم جمع صحت و بطلان عقد در یک بازه زمانی در حقوق ایران و فقه امامیه، می توان با اعتقاد به انفساخ قهقرائی مساله را حل کرد تا مشکلی با مبانی فقهی و حقوقی نداشته باشد. انفساخ قهقرائی در فقه امامیه مسبوق به سابقه است (سیحانی، ۱۳۸۸، ص. ۱). دکتر لنگرودی نیز در آثار خویش به کرات قائل به انفساخ قهقرائی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۲۱۲).

3- نظریه منتخب

از آنچه که با تحلیل دقیق مساله به دست می آید این است که مراعی نه تنها قسمی از عدم نفوذ نیست، بلکه اساسا خود وضعیتی مستقل در عرض سایر وضعیت های حقوقی نیست، زیرا صرف نظر از اینکه عدم نفوذ در فقه امامیه و قانون مدنی عنوانی بسیط بوده است، اساسا در فقه امامیه اگرچه به عنوان یک نظریه منسجم به موضوع مراعی پرداخته نشده است ولی در مصادیقی که فقها بعضا به آن پرداخته اند از تعبیر عدم نفوذ مراعی استفاده نکرده اند، بلکه در فقه عموما از واژه مراعی استفاده کرده اند، (محقق داماد، قبولی درافشان، ساعتچی، ۱۳۹۴، ص. ۲۲) از طرفی نویسندگانی که معتقد به استقلال وضعیت مراعی در عرض سایر وضعیت های حقوقی از جمله صحت، بطلان و عدم نفوذ بوده اند نتوانسته اند آثاری متفاوت از سایر وضعیت های حقوقی برای مراعی اثبات نمایند، بلکه نویسندگان مذکور مدعی هستند که تعیین سرنوشت نهایی عقد مراعی وابسته به تعیین تکلیف حق شخص ثالث است و در صورت اعمال حق توسط ثالث مدعی بطلان عقد از ابتدا بوده و به عبارت دیگر نویسندگان مذکور برای اعمال حق توسط ثالث یا زوال حق وی کاشفیت قائل اند، بنابراین نویسندگان مذکور نهایتا معتقدند که عقد مراعی یا صحیح است یا باطل، که نتیجه منطقی آن این است که مراعی اثری مستقل از دو وضعیت پیش گفته ندارد، پس چگونه می توانند مدعی استقلال مراعی در برابر صحت و بطلان باشند؟ بدیهی است که استقلال هر وضعیت حقوقی در برابر وضعیت های حقوقی دیگر مستلزم شناسائی آثار مستقل بوده که نویسندگان مذکور نتوانسته اند آنرا

ثابت کنند، لذا به نظر می‌رسد که مراعی وضعیت حقوقی مستقلی در برابر سایر وضعیت‌های حقوقی نیست، بلکه اساساً مراعی وضعیت حقوقی نیست، کما اینکه فقهای امامیه در مصادیق مربوط از این تعبیر استفاده می‌کنند مثلاً در بیع منافی با خیار شرط بائع معتقدند که بیع مذکور مراعی به اعمال خیار توسط بائع (من له الخيار) می‌باشد، دیدگاه برخی از فقهای امامیه مبنی بر صحت بیع مشتری قبل از اخذ به شفعه و بیع عین مرهون توسط راهن که هر دو از مصادیق بارز مراعی هستند و سابقاً به تفصیل به آن اشاره رفت، حاکی از این است که مراعی وضعیت حقوقی نیست، در خصوص آثار عقد مراعی از تاریخ تشکیل عقد با توجه به اینکه اعتقاد به معلق بودن آثار عقد تا قبل از تعیین تکلیف حق ثالث باعث شباهت کامل عقد مراعی با عقد موقوف می‌شود، ادعای استقلال عقد مراعی در برابر عقد موقوف بلاوجه می‌باشد، زیرا در عقد موقوف نیز تا قبل از تعیین تکلیف موضوع مثلاً تنفیذ یا رد عقد توسط مالک در عقد فضولی، عقد دارای اثر قانونی نبوده، بلکه آثار عقد معلق به تنفیذ یا رد مالک است، در صورت تنفیذ عقد نافذ شده و واجد آثار قانونی است و در صورت رد کشف می‌شود از ابتدا عقد باطل بوده است، در مورد ناقل یا کاشف بودن اجازه مالک در فقه امامیه اختلاف نظر جدی وجود دارد و حتی برخی از فقها کشف را به واقعی و حکمی تقسیم نموده‌اند و به نظر می‌رسد قانون مدنی در ماده ۲۵۸ از نظریه کشف حکمی استفاده نموده است ولی معلوم نیست طرفداران وضعیت مراعی که اعتقاد به معلق بودن آثار آن قبل از تعیین تکلیف حق توسط ثالث دارند، به چه علت و بر اساس چه مبانی قائل به کشف واقعی برای آن هستند؟ در ثانی نظریه مذکور فاقد کارآیی اقتصادی می‌باشد، زیرا اگر در عقد مراعی قائل به معلق بودن اثر عقد باشیم تا تعیین تکلیف حق ثالث، از گردش ثروت در جامعه جلوگیری می‌نماید و اساساً کسی حاضر نیست عقدی منعقد نماید که تا مدت نامعلومی آثار آن معلق باشد و اساساً چه ثمره‌ای برای خریدار چنین مالی به دنبال دارد که باعث شود انگیزه پیدا نماید عقدی منعقد کند که آثار آن معلق است به موضوع دیگری؟

در مورد سرنوشت نهایی عقد مراعی نیز به نظر می‌رسد قولی که قائل به صحت عقد مذکور

بوده و اعمال حق توسط ثالث را باعث انفساخ عقد مراعی می داند به صواب نزدیک تر بوده و با مبانی سازگاری بیشتری دارد، زیرا قائلین به کاشفیت از بطلان عقد مراعی در صورت اعمال حق توسط ثالث نتوانسته اند اولاً دلیلی برای کشف واقعی ارائه نمایند، ثانیاً به چه علت عقدی که مثلاً منافعی با حق شخص ثالث است از ابتدا باید باطل باشد؟ مثلاً در بیع عین مرهونه تا زمانیکه مرتهن (ثالث) حق خویش را اعمال ننماید، معامله موصوف خللی به حقوق وی که از مصادیق حق عینی بوده وارد نمی نماید و اساساً قبل از تاریخ مذکور به چه علت و مکانیسمی عقد مذکور از ابتدا باطل اعلام می شود؟ به کدامیک از حقوق مرتهن از ابتدای تشکیل عقد خللی وارد می شود که عقد را از ابتدا باطل نماید؟ در نتیجه اعتقاد به صحت عقد مراعی و انفساخ آن از تاریخ اعمال حق توسط ثالث نه تنها با مبانی سازگاری دارد، بلکه مستلزم جمع بین حقوق راهن، مرتهن و مشتری می باشد، از طرفی تا قبل از اعمال حق توسط ثالث، معامله مذکور ضرری به حقوق مرتهن وارد نمی نماید تا اینکه قائل به اثر کشف برای آن باشیم، در ضمن با اعمال حق توسط ثالث از همان تاریخ معامله منفسخ می شود و با قائل شدن به انفساخ عقد مراعی ضرری به مرتهن وارد نمی شود، زیرا نامبرده می تواند با اعمال حق خویش عملاً عقد موصوف را نادیده بگیرد، زیرا حق مرتهن از حقوق عینی بوده و چون از حقوق عینی بوده از همان ابتدا معامله منعقد نسبت به مورد رهن مقید به حق وی بوده به نحوی که در ارتکاز طرفین این امر ملحوظ بوده که چنانچه ثالث (مرتهن) حق خویش را اعمال نماید، معامله مذکور منفسخ می شود. نظر مذکور از لحاظ اقتصادی نیز کارآمد است، زیرا مثلاً در مانحن فیه راهن با فروش مبیع به ثالث، می تواند با ثمن حاصل از آن طلب مرتهن را بپردازد و هم مرتهن به حق خویش می رسد و هم راهن به غرض و مقصود خویش از معامله دست می یابد و هم خریدار (الجمع مهما امکن اولی من طرح) دکتر کاتوزیان وضعیت حقوقی تصرفات حقوقی مشتری و بایع در بیع معلق قبل از تحقق معلق علیه را منوط به این می داند که تحقق معلق علیه کاشف است یا ناقل؟ چنانچه اثر شرط تنها ناظر به آینده باشد، تصرفات خریدار قبل از تحقق شرط بی اثر است و تصرفات فروشنده از تاریخ حصول

معلق علیه منحل می شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۷۴) روشن است که اولاً تصرفات بایع از مصادیق عقد مراعی است (نیک نژاد، ۱۳۹۶، صص ۱۴۹-۱۷۳) ثانیاً انحلال تصرفات فروشنده از تاریخ حصول شرط به معنی انفساخ است.

در فقه امامیه نیز برخی از فقها در موارد مشابه به انفساخ معاملات مراعی اشاره نموده اند، میرزای نائینی در منیه الطالب پس از پذیرش نظریه شیخ انصاری در مورد وضعیت حقوقی معاملات معارض با شرط (مثلاً در یک بیعی بر مشتری شرط شده است که مبیع را وقف نماید، ولی نامبرده آنرا به اشخاص ثالث فروخته است) مبنی بر اینکه در صورت اجازه مشروط له بیع مذکور صحیح بوده ولی در صورت رد توسط نامبرده بیع مذکور باطل است، در خصوص معاملات مذکور (معارض با شرط) از تعبیر انفساخ استفاده نموده است (نائینی، ۱۴۳۳، جلد ۳، ص ۲۶۲ و ص ۲۶۵) واضح است مورد مذکور هم از مصادیق مراعی است، زیرا تعلق حق شخص ثالث (مشروط له یا بایع در بیع اول) مانعی است که در معامله دوم وجود دارد، و فقیه مذکور اثر رد ثالث را انفساخ عقود معارض دانسته است، از طرفی خود شیخ انصاری نیز پس از ذکر سه نظر در خصوص معامله معارض با شرط (شرط وقف مبیع بر مشتری) مبنی بر صحت مطلق، صحت در صورت اذن و اجازه مشروط له و بطلان مطلق معامله مذکور گفته اند بهترین نظر وسطی است. (انصاری، بی تا، ج ۶، ص ۷۶) و بلافاصله پس از آن از عبارت: «فلو باع بدون اذن کان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط» (انصاری، بی تا، ج ۶، ص ۷۶) به کار برده که به معنی این است که اگر مشروط علیه (مشتری) بدون اذن مشروط له (بایع) کالا را بفروشد، وی (مشروط له) می تواند آن را فسخ کرده و مشروط علیه را به وفای به شرط ملزم نماید؛ واضح است که مقصود از کلمه فسخ در جمله فوق به معنی رد معامله معارض با شرط است، زیرا مشروط له نسبت به معامله معارض (دوم) بیگانه است و مطابق اصول و مبانی حق فسخ آنرا ندارد، بلکه فقط می تواند آنرا رد کند، که پس از رد و انحلال معامله معارض، مانعی جهت الزام مشروط علیه به انجام شرط وجود ندارد، لذا مشروط له وی را به انجام شرط ملزم می کند، پس از آن شیخ جمله دیگری دارد مبنی بر اینکه: «نعم

لو نقل باجبار المشروط عليه فظاهر صحته العقد الثاني» یعنی اگر معتقد به عدم اجبار مشروط علیه باشیم، بر حسب ظاهر عقد دوم صحیح خواهد بود. سپس شیخ که قائل به نظر دوم (صحت در صورت اذن یا اجازه مشروط له) است و برای نامبرده حق رد معامله معارض قائل شده است در خصوص اثر رد مذکور اظهار داشته است: «فاذا فسخ المشروط له ففی انفساخ العقد من حینه او من اصله او الرجوع بالقیمه وجوه...» که واضح است فسخ در این جمله با توجه به اینکه در ادامه جملات قبلی است و در آنجا تعبیر به رد شده، در اینجا نیز مقصود رد است و شیخ در مورد اثر رد از تعبیر انفساخ عقد استفاده نموده است. (انصاری، بی تا، ج ۶، ص ۷۷)

در تایید این نظر برخی از شارحین مکاسب تعبیر به فسخ را از سوی شیخ با نظر منتخب وی (بطلان در صورت عدم اجازه مشروط له) در تعارض دانسته اند مگر اینکه مراد شیخ از تعبیر به فسخ رد باشد. (شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۱۳۷). برخی دیگر از حاشیه نویسان مکاسب نیز گفته اند که اطلاق فسخ در جمله مذکور از سوی شیخ از باب تسامح بوده، زیرا بر اساس مختار شیخ، در صورت عدم اذن مشروط له معامله معارض با شرط باطل است. پس مراد شیخ الزام به وفاء به شرط می باشد، که در این صورت با داشتن حق خیار نسبت به عقد اول قابل جمع نیست، زیرا با توجه به امکان الزام شرط متعذر نیست تا خیاری وجود داشته باشد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۳۵۰). صاحب جواهر در خصوص وضعیت اقاله بیع توسط طرفین در صورت رد شفیع از تعبیر انفساخ استفاده کرده است. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص ۳۴۹) همینطور در خصوص وضعیت حقوقی هبه مبیع که توسط مشتری صورت گرفته است گفته در صورت اخذ به شفعه هبه منفسخ خواهد شد^۱. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص.

^۱ ... فیملکه هو حیثئذ دون الموهوب الذی قد انفسخت هبه و صار الدرک علی الواهب الذی هو مشتری ...

۳۵۳) محقق ثانی (کرکی) نیز در شرح عبارت علامه در قواعد مبنی بر اینکه اگر مشتری مبیع را که ۱۰ درهم خریداری کرده به شخص دومی به ۲۰ درهم بفروشد و دومی هم به مشتری سوم ۳۰ درهم بفروشد، گفته است اگر شفیع از مشتری اول اخذ به شفعه کند دو بیع بعدی منفسخ می شوند.^۱ (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص. ۴۱۱). علامه حلی در تحریر اظهار داشته تصرف مشتری در مبیع قبل از اخذ به شفعه صحیح است، پس اگر مشتری مبیع را بفروشد، شفیع مخیر است بین فسخ (رد) بیع مذکور و اخذ شفعه نسبت به بیع اول به ثمن آن بیع، و بین امضاء بیع دوم و اخذ به شفعه نسبت به بیع دوم از مشتری دوم، در صورت اخیر بیع اول منفسخ نمی شود و همینطور اگر مشتری دوم مبیع را به سومی بفروشد، اگر شفیع از مشتری اول اخذ به شفعه کند بیع های بعدی منفسخ می شود و اگر از دومی اخذ به شفعه کند، بیع سوم منفسخ می شود. (علامه حلی، بی تا، ج ۴، ص. ۵۷۵). میرزای قمی در خصوص وضعیت اجاره مبیع توسط مشتری در مدت خیار بایع به بیع شرط گفته است: «هر گاه خیار در ظرف تمام مدت باشد، به ردّ ثمن در هر وقت از اوقات آن مدت بایع مسلط بر فسخ بیع می شود. و با فسخ (بیع) اجاره هم منفسخ می شود. به جهت آن که به سبب فسخ معلوم می شود که مشتری مالک منافع تتمه مدت نبوده است. و اصل اجاره هم متزلزل می شود، و مراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب ردّ ثمن». (قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص. ۴۳۲). واضح است که اجاره خصوصیتی نداشته و آنچه فقیه مذکور گفته اند را می توان به عنوان قاعده پذیرفت. برخی دیگر از فقهای امامیه در خصوص معاملات منافی با خیارات قراردادی معتقدند که حق خیار، حقی است که متعلق به عین می باشد، و واضح است که با وجود این

^۱ - فان اخذه الشفیع من الاول انفسخ العقدان الآخران.

نکته، مالک منع از تصرفاتی میشود که منافعی و مزاحم با تعلق خیار به عین دارد و از آن جا که اثر عقد دوم در ابتدا و حدوثا منافاتی با تعلق حق فسخ به عین ندارد بلکه در ادامه و بقاا منافات با این حق فسخ دارد لذا فسخ از جانب مالک موجب بطلان عقد دوم از حین فسخ میشود زیرا بقاء عقد است که منافات با حق فسخ دارد، لکن این فسخ باعث بطلان عقد دوم از حین انعقاد عقد دوم نمی شود، زیرا حق فسخ منافاتی با عقد دوم از حین انعقادش ندارد. (الحسینی الروحانی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۸۴). البته بدیهی است که مقصود فقیه مذکور بطلان به معنی اصطلاحی نیست، بلکه به معنی اعم بوده و در اینجا مقصود انفساخ عقد دوم است.

به نظر می رسد در رویه قضائی نیز گرایش به سمتی است که در مواردی که حق ثالث نسبت به مبیع تعلق گرفته است، تا زمانی که ثالث در مقام اعمال حق بر نیامده است، معامله به صحت خود باقی است، در این خصوص دو رای وحدت رویه از سوی هیات عمومی دیوان عالی کشور صادر شده که ضمن اشاره به هر یک از آرای مذکور به تحلیل آن می پردازیم؛ رای وحدت رویه اول رای شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۴، با توجه به عباراتی که در متن رای مذکور آمده است علی الخصوص عبارت ... با تحقق شرط و اعمال حق فسخ ... متوجه می شویم اولاً معامله ای که مشتری نسبت به مبیع انجام می دهد تا قبل از تحقق شرط و اعمال حق فسخ صحیح است ولی مراعی به فسخ است^۱، ثانیاً حتی با تحقق شرط تا زمانی که بایع

^۱ - در خصوص ارتباط مفاد رای وحدت رویه با بحث مقاله لازم به ذکر است رای وحدت رویه به یکی از مصادیق عقد مراعی می پردازد، زیرا در معامله ای که شرط خیار معلق به نفع بایع وجود دارد تا در صورت عدم هر یک از اقساط ثمن توسط مشتری، حق فسخ عقد را داشته باشد یا به تعبیر برخی دیگر از نویسندگان مورد مذکور از مصادیق خیار تخلف از شرط فعل است، اگرچه وجود خیار مذکور مانع انتقال مالکیت مبیع به مشتری نیست، ولی از آنجائیکه در چنین معاملاتی به طور ضمنی شرط عدم تصرفات ناقله در مبیع شرط است یا به تعبیر برخی از فقهای امامیه شرط استرجاع عین مبیع در معامله وجود دارد، بایع

معامله را فسخ ننموده، بیع دوم به قوت خود باقی است ثالثا اعمال فسخ در مانحن فیه که مصداقی از مصادیق اعمال حق توسط ثالث است منتهی به انفساخ معامله دوم از همان تاریخ فسخ معامله اول است. رابعا در مفاد رای هیچ ردی از تعلیق اثر عقد مراعی تا قبل از تعیین تکلیف حق ثالث مشاهده نمی شود، زیرا اگر غیر این بوده، شرط انحلال عقد مراعی به تحقق شرط و اعمال حق فسخ مقید نمی شد. بدیهی است با توجه به اینکه آرای وحدت رویه در حکم قانون می باشند می توان با تنقیح مناط و وحدت ملاک حکم آنرا به موارد مشابه تسری داد. و به عنوان قاعده کلی در تمام مواردی که عقدی به حق عینی ابتدائی شخص ثالث تجاوز می کند، عقد مذکور با حفظ حقوق ثالث صحیحا منعقد می شود ولی بقای آن در معرض زوال قرار دارد و با اعمال حق توسط ثالث از همان زمان منحل می شود.

رای وحدت رویه دوم رای شماره ۸۳۲ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور است. با ملاحظه مفاد رای معلوم می شود که اولاً معامله انجام شده توسط راهن صحیح است، زیرا در صورت عدم صحت معامله مشتری نمی تواند الزام راهن (بایع) را به فک رهن بخواهد. ثانیا بر خلاف ادعا معامله مراعی قبل از تعیین تکلیف حق ثالث در حالت معلق نیست، زیرا اگر چنین بود، پذیرش دعوی الزام به فک رهن سالبه به انتفای موضوع است، زیرا واضح است این دعوی قبل از اعمال حق توسط ثالث طرح می شود، چون اگر حق ثالث تأمین شده باشد چون مانع مرتفع می شود، خود بخود فک رهن صورت می گیرد و دعوی الزام به فک رهن موضوعیت ندارد و اگر قائل به بی اثری عقد مراعی قبل از تعیین تکلیف حق شخص ثالث باشیم، و عقد به ادعای برخی از نویسندگان چون در حالت مردد بین صحت و بطلان است و اثر آن معلق، مشتری نمی تواند الزام راهن را به فک رهن بخواهد، زیرا پذیرش دعوی

دارای حق عینی بوده و همین حق عینی بایع مالکیت مشتری را مقید می نماید و تصرفاتش مقید به حفظ حقوق بایع است، بنابراین معامله منافعی با خیار مذکور توسط مشتری یکی از مصادیق معامله مراعی خواهد بود.

الزام به فک رهن، فرع به صحت عقد مراعی و شناسائی آثار صحت به صورت بالفعل برای آن عقد است. ثالثاً اعمال حق توسط ثالث (مرتھن) باعث انفساخ عقد مراعی خواهد شد، زیرا عقدی که صحیحاً منعقد شده است انحلال آن با توجه به مبانی فقهی و حقوقی در قالب انفساخ قابل تصور است. لذا به عنوان قاعده کلی می توان گفت با اخذ وحدت ملاک از مفاد رای مذکور در تمامی مواردی که مشتری مالک مبیع است، حق عینی ثالث (بایع، مرتھن و ...) مانع صحت عقد مشتری نیست، اگرچه عقد مذکور مراعی است ولی مراعی به اعمال حق توسط ثالث است و اعمال حق مذکور باعث انفساخ عقد از همان تاریخ خواهد شد.

با توجه به پذیرش صحت عقد مراعی و انفساخ آن از زمان اعمال حق، سئوالی که مطرح می شود این است که مکانیسم انفساخ عقد مذکور چیست؟ به نظر می رسد اعمال حق توسط ثالث باعث انفساخ معامله معارض با حق وی از همان زمان می شود، زیرا معامله معارض با حق ثالث به استناد شرط ضمنی ارتکازی از ابتدا مقید به اعمال حق توسط ثالث منعقد می شود، به عبارت دیگر مثلاً در معامله معارض با حق من له الخيار به طور ضمنی (شرط ارتکازی) شرط فاسخ درج شده است که به موجب آن انحلال معامله مذکور معلق به اعمال خيار توسط من له الخيار در معامله پایه یا اول است، این شرط ارتکازی چون در اذهان مردم جامعه رسوخ کرده و نوعی شعور ناخواسته نسبت به آن وجود دارد، خودبخود در معامله موجود است و نیازی نیست که طرفین معامله به آن توجه فعلی در زمان انشای عقد بیع داشته باشند. برخی از نویسندگان در بحث معامله متضمن شرط ذخیره مالکیت گفته اند: «در شرط ذخیره مالکیت (قبل از پرداخت ثمن) اگرچه در این دوره بایع مالکیت مبیع را برای خود حفظ کرده است ولی مالکیت او مانند گذشته تمام و عیار و بدون قید و شرط نیست، مالکیت مالک^۱ را در این دوره می توان به مالکیت مقید به شرط فاسخ تعبیر کرد». (امینی، ۱۳۸۹،

^۱ - بدیهی است معامله بایع قبل از پرداخت ثمن توسط مشتری از مصادیق معاملات مراعی است، زیرا مشتری قبل از پرداخت ثمن واجد حق عینی نسبت به مبیع می باشد.

ص. ۹۳) بنابراین اگرچه او می تواند حق فعلی خود بر مبیع را با تمام قیود مربوطه به ثالثی منتقل نماید ، اما نمی تواند برای آن شخص مالکیت بدون قید و شرطی را ایجاد کند. (امینی، ۱۳۸۹، ص. ۹۳) برخی از فقهای امامیه در خصوص علت انفساخ معامله دوم در صورت فسخ معامله مبنا در خیار غبن به قاعده لاضرر استناد نموده اند^۱. (رشتی، ۱۴۰۷، ص. ۴۷۱) به نظر می رسد استناد به قاعده لاضرر در معاملات مراعی نیز موجه می باشد ، زیرا قاعده لاضرر حقوق همه اشخاص دخیل را تامین می کند ، از طرفی تا قبل از اعمال خیار توسط ثالث معامله صحیح است ، از طرفی در صورت اعمال حق توسط ثالث ادامه حیات معامله مراعی به ضرر ثالث است؛ لذا حکم به بقای عقد خود حکمی است ضرری که به موجب قاعده لاضرر نفی شده است، بنابراین خود قاعده لاضرر هم می تواند مبنایی برای انفساخ عقد مراعی از زمان اعمال حق توسط ثالث باشد. استناد فقهای امامیه به این مطلب که آنامایی قبل از انفساخ بیع دوم مبیع به ملکیت بایع دوم (من علیه الخیار) انفساخ عقد مراعی در صورت اعمال حق ثالث از منظر قائم مقامی خریدار در معامله دوم (مراعی) از خریدار معامله اول نیز قابل توجیه است، زیرا شخصی که مالی به هر سبب به او انتقال یافته است ، قائم مقام ناقل نسبت به حقوق و تعهدات وابسته به آن مال است و چون قائم مقامی مزبور ارتباط به مال خاص و معین دارد ، به منتقل الیه مال مزبور ، قائم مقام خاص گفته می شود. (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۳ ، ص. ۱۰۰) علت قائم مقامی منتقل الیه از ناقل نسبت به حقوق و تعهدات مال مورد انتقال این است که حقوق و تعهدات مزبور، پیش از انتقال مال در آن ثابت گردیده است و آنچه به دیگری انتقال پیدا می کند، آن مال با همه خصوصیات حقوقی آن است. (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۳ ، ص. ۱۰۰). حقوق وابسته به مال مانند حق ارتفاق، تعهدات

^۱ - اگر چه در معاملات منافی با خیار غبن ، نمی توان به مراعی بودن آن معاملات قائل شد ، چون در چنین معاملاتی مانع وجود ندارد ، ولی جهت تقریب به ذهن و با تنقیح مناط می توان گفت وقتی در معامله منافی با خیار غبن که از مقوله معاملات مراعی نیست ، چنین دیدگاهی از سوی فقیه مذکور پذیرفته شد به طریق اولی در معاملات مراعی هم می توان از همین نظر و استدلال استفاده کرد.

وابسته به مال موضوع انتقال، عبارت از حقوقی است که برای غیر در مال مورد انتقال ثابت گردیده است، مانند حق انتفاع در ملک مورد انتقال استقرار یافته باشد. در موارد مذکور منتقل الیه ملک مزبور به عنوان قائم مقام ناقل موظف به رعایت این تعهدات و احترام به حقوق اشخاص در مال مورد انتقال می باشد. (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص. ۱۰۰) واضح است که چون حقوق شخص ثالث از حقوق عینی بوده و از حقوق وابسته به مال است، مشتری دوم به عنوان قائم مقام مشتری اول موظف به رعایت تعهد مبنی بر حفظ و بقای مال مورد معامله و احترام به حقوق ثالث (مبنی بر استرداد عین مورد معامله در اثر اعمال حق توسط ثالث) می باشد. و این امر با انفساخ معامله دوم در اثر اعمال حق ثالث نسبت به معامله اول تحقق می یابد.

نتیجه گیری

مراعی وضعیت عقدی است که مانعی در آن موجود است، مانع مذکور از موانع بقای عقد می باشد، به نحوی که اگر مانع اثر خود را با اعمال حق توسط ثالث به جا بگذارد، عقد از همان تاریخ منفسخ می شود، در صورت زوال مانع، تهدیدی که بقای عقد با آن مواجه بود از بین می رود و عقد دیگر در معرض انحلال قرار ندارد، در نتیجه مراعی نه قسمی از عدم نفوذ است و نه وضعیت حقوقی مستقل در برابر صحت، بطلان و عدم نفوذ، زیرا در صورتی که مراعی قسمی از عدم نفوذ باشد یا خود وضعیتی در عرض صحت و بطلان و ... باشد، قائلین به آن معتقدند که سرنوشت نهایی عقد مراعی مجهول بوده و منتظر اعمال حق از سوی ثالث یا زوال حق ثالث به هر علتی می باشد، در صورت زوال حق ثالث (زوال مانع) کشف می شود عقد از ابتدا صحیح بوده است و در صورت اعمال حق از سوی ثالث کشف می شود عقد از ابتدا باطل بوده است، هر دو گروه معتقدند عقد تا قبل از تعیین تکلیف حق ثالث فاقد اثر بوده و به اصطلاح آثار عقد معلق است، در حالیکه وفق نظر منتخب اولاً عقد از ابتدا صحیحاً تشکیل می شود ثانیاً مراعی حق ثالث است، یعنی در صورتی که ثالث حق خویش را اعمال کند از همان تاریخ منفسخ می شود، زیرا تا قبل از اینکه ثالث حق خویش را اعمال

کند، عقد دوم ضرری به حقوق وی نمی رساند، بلکه در زمانیکه ثالث در صدد اعمال حق خویش است، بقای عقد به ضرر ثالث است، لذا لاضرر بقای عقد را به علت ضرری بودن نفی می کند که نتیجه آن انفساخ عقد مراعی از همان تاریخ است، نظر مذکور مقتضای جمع بین حقوق طرفین است، از نظر اقتصادی نیز کارآیی دارد و از حبس ثروت در جامعه جلوگیری می کند، در خصوص مبنای انفساخ از یک طرف می توان به قاعده لاضرر استناد کرد، از طرف دیگر می توان به قائم مقامی منتقل الیه عقد دوم نسبت به ناقل تمسک جست، بدین نحو که چون حق شخص ثالث از حقوق عینی است و وابسته به عین (مبیع) است انتقال مالکیت مبیع به دیگری حق مذکور را از بین نمی برد، پس همانگونه که ثالث صاحب حق می توانست حق خویش را نسبت به مبیع در برابر من علیه الحق (مثلا مشتری در بیعی که متضمن شرط فاسخ است، یا راهن در بیع مال مرهون) در برابر قائم مقام وی (منتقل الیه) نیز از همین حق برخوردار است، بدیهی است اعمال حق توسط ثالث به مثابه انفساخ عقد مراعی است، از سوی دیگر می توان گفت مثلا راهن در فروش عین مرهونه مبیع را با قید حق مرتهن به مشتری می فروشد و مشتری حقی بیش از بایع (راهن) نسبت به مبیع ندارد، لذا در معاملات این چنینی به نحو ارتکازی شرط فاسخی در معامله درج می شود که اگر ثالث حق خویش را اعمال نماید، معامله از همان تاریخ منفسخ می شود. با توجه به اینکه مراعی طبق نظر مذکور عقدی است صحیح، در نتیجه بر خلاف ادعای برخی از نویسندگان حقوقی، وضعیت حقوقی مستقلی در عرض صحت و بطلان و ... نیست. از آرای وحدت رویه شماره ۸۱۰ و ۸۳۲ هیات عمومی دیوان عالی کشور استنباط می شود اولاً عقد مراعی قبل از اعمال حق توسط ثالث صحیح است، ثانياً عقد مذکور قبل از اعمال حق توسط ثالث واجد آثار قانونی است ثالثاً اعمال حق توسط ثالث منجر به انفساخ عقد مراعی از همان تاریخ می شود.

منابع

۱. امینی، منصور (۱۳۸۹). نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع. تحقیقات

حقوقی (۵۲)، ۷۵-۱۰۱.

۲. انصاری، مرتضی (بی تا). مکاسب. جلد ۶، قم: ناشر تراث الشیخ الاعظم.
۳. ایزانلو، محسن، حبیبی، سینا و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵). ضمانت اجرای بیع عین مرهون، مطالعه ای در فقه تطبیقی. پژوهشنامه حقوق اسلامی (۴۳)، ۸۳-۱۰۴.
۴. تستری، اسدالله (بی تا)، مقابس لانوار و نفائس الاسرار، قم: موسسه آل البيت علیه السلام.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). دائره المعارف عمومی علم حقوق: الفارق. جلد ۲ و ۳، تهران: انتشارات گنج دانش.
۶. جواهرکلام، محمد هادی (۱۴۰۲). وضعیت تصرفات منتقل الیه در زمان خیار ناقل در حقوق اسلامی. پژوهش های حقوق اقتصادی و تجاری (۱)، ۶۹-۹۶.
۷. جواهرکلام، محمد هادی (۱۴۰۱). اثر فسخ قرارداد نخست بر معاملات بعدی. مجله نقد و تحلیل آرای قضایی (۲)، ۱۶۸-۲۱۳.
۸. خوبیاری، حامد و طباطبائی، محمد صادق (۱۳۹۸). بررسی آثار معامله فضولی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان. مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب (۳)، ۲۹-۵۴.
۹. خوبیاری، حامد و رضی، پوریا (۱۴۰۰). نقد وضعیت قابلیت ابطال قرارداد در حقوق ایران و تطبیق آن با حقوق کامن لا. مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب (۲)، ۹۹-۱۲۸.
۱۰. الحسینی الروحانی، سید محمد (۱۴۲۰ق). المرتقی الی الفقه الارقی. جلد ۲، تهران: نشر دار الجلی.
۱۱. حسینی عاملی، سید محمد جواد (بی تا). مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه. جلد ۱۸، قم: ناشر موسسه النشر الاسلامی.
۱۲. حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر، معروف به علامه حلی (۱۴۱۸ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام. جلد ۲، قم: موسسه نشر اسلامی.
۱۳. حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر، معروف به علامه حلی (بی تا).

- تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. جلد ۴، قم: موسسه الامام الصادق.
۱۴. حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر، معروف به علامه حلی (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. جلد ۱۳، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
۱۵. حلی، نجم الدین، جعفر بن الحسن، معروف به محقق حلی (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد ۴، قم: ناشر موسسه اسماعیلیان.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه. جلد ۵، قم: ناشر مکتبه الداوری.
۱۷. رباطی، مهسا، محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمد مهدی (۱۳۹۹). واکاوی مفهوم استنادناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه، مطالعات حقوق خصوصی (۱)، ۵۷-۷۵.
۱۸. رشتی، حبیب الله (۱۴۰۷ق). فقه الامامیه، قسم الخیارات. قم: انتشارات داوری.
۱۹. روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهه. جلد ۴، قم: ناشر انوار الهدی.
۲۰. روشن، محمد، خوئینی، غفور و فلاحی، آزاد (۱۳۹۶). بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه. مجله حقوقی دادگستری (۹۷)، ۱۴۳-۱۶۲.
۲۱. ساعتچی، علی، محقق داماد، سید مصطفی و حقانی، سعید (۱۳۹۷). بازخوانی جایگاه وضعیت استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه. تحقیقات حقوقی (۸۴)، ۱۱-۳۴.
۲۲. ساعتچی، علی و جاویدی آلسعدی، فرزاد (۱۳۹۵). بازپژوهی نظریه صحت بیع مال مرهونه. فصلنامه رای، مطالعات آرای قضایی (۱۷)، ۷۱۴۹-۴۹.
۲۳. سبجانی، جعفر (۱۳۸۸). تقریرات درس خارج فقه. جلسه مورخ ۸۸/۱۱/۱۳، مندرج در سایت مدرسه فقاقت، تاریخ مراجعه: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵.
۲۴. سبزواری، محمد باقر بن محمد مومن (بی تا). کفایه الاحکام. جلد ۱، قم: ناشر موسسه النشر الاسلامی.
۲۵. شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات. جلد ۱، تهران: نشر حقوقدان.

۲۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). حقوق مدنی آثار قراردادها و تعهدات. جلد ۳، تهران: انتشارات مجد.
۲۷. الشهیدی التبریزی، المیرزا فتاح (۱۴۲۸ق). هدیاه الطالب الی اسرار المكاسب. جلد ۵، قم: دار الفقه للطباعه و النشر.
۲۸. طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۰۰). دراساتنا من الفقه الجعفری. جلد ۳، قم: انتشارات خیام.
۲۹. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر اسلامی.
۳۰. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۹ق). حاشیه المكاسب. ج ۳، قم: نشر طلیعه نور.
۳۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی بن حسن، معروف به شیخ طوسی (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. جلد ۳، تهران: ناشر المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۳۲. عاملی جبعی، زین الدین بن علی بن احمد، معروف به شهید ثانی (بی تا). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. جلد ۱۲، قم: ناشر موسسه المعارف الاسلامیه.
۳۳. فقعی، علی بن علی بن محمد بن طی (بی تا). مسائل ابن طی، بی جا، بی نا.
۳۴. فلاحی، آزاد و فلاحی، فرزاد (۱۳۹۹). نگرشی نو بر معامله رهن نسبت به عین مرهونه. فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری (۴۳)، ۱۱۱-۱۳۱.
۳۵. قبولی درافشان، سید محمد تقی (۱۳۹۰). وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی رهن (مطالعه فقهی - حقوقی). آموزه های فقه مدنی (۴)، ۴۹-۶۴.
۳۶. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). جامع الشتات. جلد ۳، تهران: موسسه کیهان.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). درسهایی از شفعه، وصیت، ارث. تهران: انتشارات میزان.
۳۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱، تهران: ناشر شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
۳۹. کاظمی، محمود و احمدی بیاضی، علی (۱۴۰۱). جمع پراکنده، جستاری در وضعیت و احکام بیع مال مرهونه. مجله دانش حقوق مدنی (۲۲)، ۱۵۸-۱۳۵.
۴۰. کرکی، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی، معروف به محقق کرکی (۱۴۱۴ق). جامع

المقاصد فی شرح القواعد. جلد ۴، قم: نشر موسسه آل البيت عليه السلام.

۴۱. کریمی، فاطمه و طباطبائی، محمد صادق (۱۴۰۱). واکاوی فروش عین مورد شفعه توسط مشتری از منظر فقه و حقوق. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی (۲۶)، ۲۵۷-۲۸۴.

۴۲. کریمی، عباس و ابراهیمی، داود (۱۴۰۱). اعمال وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون. دیدگاه های علوم قضایی (۹۷)، ۲۱۳-۲۳۱.

۴۳. کریمی، عباس (۱۳۹۱). تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی. دیدگاه های حقوق قضایی (۵۸)، ۱۵۷-۱۸۸.

۴۴. کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۶). وضعیت حقوقی مراعی به منزله وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ. مطالعات حقوق خصوصی (۴)، ۶۸۳-۷۰۲.

۴۵. کریمی، عباس (۱۴۰۳). تحلیل ماهوی و شکلی دعوای الزام به فک رهن؛ نقد رای وحدت رویه شماره ۸۳۲ دیوان عالی کشور (۱۴۰۲/۰۳/۳۰). مجله نقد و تحلیل آراء قضایی (۴)، ۳۰۶-۳۲۲.

۴۶. کریمی، عباس و صمدی، افروز (۱۳۹۷). ساماندهی نظریه صحت تاهلی. مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (۱)، ۱۵۵-۱۶۸.

۴۷. محقق داماد، سید مصطفی، ساعتچی، علی و جواهرکلام، محمد هادی (۱۴۰۳). مالکیت مراعی، مفهوم و مصادیق. پژوهشنامه حقوق اسلامی (۶۳)، ۱-۳۲.

۴۸. محقق داماد، سید مصطفی، قبولی درافشان، سید محمد مهدی و ساعتچی، علی (۱۳۹۴). تحلیل وضعیت حقوقی مشتری نسبت به مورد شفعه. مجله آموزه های فقه مدنی (۱۱)، ۳-۲۱.

۴۹. محقق داماد، سید مصطفی، حقانی، سعید و ساعتچی، علی (۱۳۹۷). بازخوانی جایگاه وضعیت استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه. تحقیقات حقوقی (۸۳)، ۱۱-۳۴.

۵۰. محمدی میرعزیزی، پیام و صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۹). نسبت میان عقد

- استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی. مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز (۴)، ۲۰۵-۲۳۴.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). العروه الوثقی مع التعليقات. جلد ۲، قم: نشر مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
۵۲. مکی عاملی، محمد بن جمال الدین، معروف به شهید اول (۱۴۱۷ق). الدروس الشریعه فی فقه الامامیه. جلد ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۵۳. نائینی، محمد حسین (۱۴۳۳ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب. ج ۳، قم: انتشارات موسسه نشر اسلامی.
۵۴. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۷، بیروت: دار الاحیاء تراث العربی.
۵۵. نیک نژاد، جواد (۱۳۹۶). تصرفات حقوقی منافی حق مشتری در بیع معلق. حقوق اسلامی (۵۳)، ۱۴۹-۱۷۳.
۵۶. یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶). بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق مدنی. مقالات و بررسی ها (۸۵)، ۱۱۱-۱۲۹.