



## تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری

### نسبت به مورد شفعه\*

- سیدمصطفی محقق داماد<sup>۱</sup>
- سیدمحمد مهدی قبولی درافشان<sup>۲</sup>
- علی ساعتچی<sup>۳</sup>

#### چکیده

در مواردی به حکم قانون برای شخصی نسبت به مبیع، حق شفعه پدید می‌آید و او می‌تواند با پرداخت معادل ثمن به خریدار، مبیع را تملک نماید. گاه قبل از اِعمال حق شفعه توسط شفیع، خریدار نسبت به مبیع معامله‌ای انجام داده و آن را از مالکیت خویش خارج می‌نماید. حال سؤال این است که قبل از اِعمال حق شفعه، وضع حقوقی معامله چگونه بوده و اِعمال حق شفعه چه تأثیری بر آن دارد. در پاسخ به این سؤال، در مورد وضع حقوقی معاملات مشتری قبل از اِعمال حق شفعه، نظر مشهور، صحت معاملات مشتری است. در عین حال نظریه «عدم نفوذ» نیز طرفدارانی دارد. درباره تأثیر اِعمال حق شفعه بر معاملات پیش گفته نیز باید

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۳/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۹.

۱. استاد دانشگاه شهید بهشتی (mdamad@ias.ac.ir).

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (ghaboli@um.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) (a-saatchi@sbu.ac.ir).

گفت در میان کسانی که معاملات مزبور را قبل از اِعمال حق شفعه صحیح می‌دانند، گروهی اِعمال حق شفعه را سبب انفساخ معاملات مشتری دانسته‌اند. دسته دیگر امکان ابطال معاملات را مطرح کرده و گروهی نیز از عدم قابلیت استناد معاملات مشتری در مقابل شفیع سخن گفته‌اند. جستار حاضر ضمن طرح دیدگاه‌های مختلف و نقد و بررسی آن‌ها، به این نتیجه دست یافته که نظریه «وضعیت مراعی» راه حل مناسب‌تری برای بیان وضع حقوقی معاملات مشتری قبل از اِعمال حق شفعه و نیز تبیین تأثیر اِعمال آن بر معاملات مزبور است.

**واژگان کلیدی:** معاملات مشتری، اخذ به شفعه، بطلان، عدم قابلیت استناد، وضعیت مراعی.

#### مقدمه

یکی از حقوق شناخته شده در عرصه حقوق مدنی، حق شفعه است. به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی:

هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.

البته باید توجه داشت که حق شفعه در مورد املاک مجاور با حق ممر یا مجرای مشترک که خود ملک مشاع نیست، نیز بر اساس ماده ۸۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است. بنابراین با توجه به حق مزبور شفیع می‌تواند با اراده یک‌جانبه خویش، سهمی را که مشتری از راه قرارداد بیع به دست آورده است، تملک نماید. اما از آنجا که مشتری قبل از اِعمال حق شفعه، مالک سهم خریداری شده است، ممکن است معاملاتی نسبت به مبیع انجام بدهد و مالکیت مبیع را به دیگری منتقل کند یا حقوق دیگری را نسبت به مبیع برای دیگران پدید آورده باشد. حال این سؤال مطرح می‌گردد که وضع حقوقی معاملات مزبور قبل و پس از اِعمال حق شفعه توسط شفیع چگونه است؟ قانون‌گذار در ماده ۸۱۶ قانون مدنی درباره تأثیر اخذ به شفعه بر معاملات مشتری بیان می‌دارد:

اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید.

با این حال، در تفسیر ماده مزبور وحدت نظر وجود ندارد و این ماده پاسخ صریحی درباره وضعیت معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه ارائه نمی‌دهد و در مورد مفهوم باطل شدن معاملات با اعمال حق شفعه ابهام وجود دارد. به ویژه اینکه بطلان در متون فقهی که منبع نگارش ماده ۸۱۶ قانون مدنی است در معانی مختلفی مانند «انفساخ»، «بطلان به معنای عام» که دربرگیرنده عدم نفوذ است و «بطلان به معنای خاص» که بر قرارداد فاقد شرایط اساسی صحت اطلاق می‌گردد، به کار رفته است. به همین جهت نویسندگان حقوقی در توجیه این حکم قانونی، نظرات متفاوتی ابراز نموده‌اند؛ برخی واژه «بطلان» را بر معنای انفساخ حمل نموده و برخی دیگر وضعیت قابلیت ابطال را در مورد قراردادهای مشتری مطرح نموده‌اند. دسته دیگر از عدم قابلیت استناد قرارداد مشتری نسبت به شفعه سخن گفته‌اند. گروهی نیز معاملات مشتری را غیر نافذ دانسته‌اند.

جستار حاضر می‌کوشد تا ضمن تبیین و نقد نظرات مختلف، وضع حقوقی معاملات مزبور را مشخص نماید. در این راستا، ابتدا دیدگاه‌های موجود را در خصوص معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه بررسی می‌کند و سپس نظر مختار و مطلوب را درباره معاملات مشتری قبل از اعمال حق شفعه مطرح می‌نماید.

## ۱. بررسی دیدگاه‌های موجود در مسئله

اندیشمندان فقهی و حقوقی، دیدگاه‌های متفاوتی را در خصوص معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه، قبل از اعمال حق شفعه در مال مورد نظر ارائه کرده‌اند که به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند.

در واقع کسانی که از قابلیت انفساخ، قابلیت ابطال و عدم قابلیت استناد به معاملات مشتری در مقابل شفعه سخن گفته‌اند، به گونه‌ای اعتبار قراردادهای مشتری را نسبت به مورد شفعه (قبل از اخذ به شفعه) پذیرا هستند. این در حالی است که گروهی معاملات مشتری را قبل از اعمال حق شفعه نیز غیر نافذ و بی‌اثر دانسته و اعمال حق شفعه را رد معاملات مزبور به شمار آورده‌اند.

## ۱-۱. دیدگاه اعتبار معاملات مشتری

طرفداران اعتبار معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه، در مقام تبیین تأثیر اخذ به شفعه بر معاملات مزبور نظرات مختلفی را مطرح نموده‌اند؛ برخی قائل به انفساخ قراردادهای مشتری با اعمال حق شفعه توسط شفیع هستند و برخی دیگر اعمال حق شفعه را موجب باطل شدن معاملات مزبور از روز نخست دانسته و از این جهت قراردادهای مزبور را قابل ابطال دانسته‌اند. در این میان برخی، از نهاد عدم قابلیت استناد قرارداد مدد گرفته و وجود حق شفعه را موجب عدم قابلیت استناد قرارداد در مقابل شفיעی دانسته‌اند که مبادرت به اعمال حق خویش نموده است.

### ۱-۱-۱. قابلیت انفساخ

#### ۱-۱-۱-۱. تبیین نظریه

برخی حقوق‌دانان معتقدند که معاملات مشتری نسبت به شفعه صحیح است اما پس از اعمال حق شفیع، کلیه معاملاتی را که مشتری انجام داده است منفسخ می‌نماید؛ زیرا تا زمان اعمال این حقوق، خریدار مالک بوده و تصرفات او صحیح تلقی می‌شود به ویژه آنکه شفیع از خریدار اخذ به شفعه می‌کند نه از بایع، بنابراین دلیلی بر بطلان بیع از ابتدا وجود ندارد (کریمی، ۱۳۹۱: ش ۱۶۹/۵۸). اینان ادعا می‌کنند (همان: ۱۶۷) که برخی فقیهان (حلی، ۱۴۱۳: ۲/۲۵۳؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۶/۴۱۱) نیز چنین دیدگاهی دارند.

#### ۱-۱-۱-۲. نقد نظریه

پذیرش چنین نظری در نظام حقوقی ایران دشوار است؛ زیرا استعمال واژه «انفساخ» خلاف ظاهر ماده ۸۱۶ قانون مدنی می‌باشد و ماده مزبور به صراحت اعمال حق شفیع را موجب بطلان تصرفات مشتری معرفی کرده است.

البته ممکن است ادعا شود که واژه «بطلان» در مفهوم عام خود به کار رفته و معنای خاص آن، مراد قانون‌گذار نبوده است. به ویژه اینکه قانون مدنی در برخی موارد (مانند ماده ۴۹۶ قانون مدنی<sup>۱</sup>) بطلان را در مفهوم انفساخ استعمال نموده است.

۱. ماده ۴۹۶: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود و...».

در پاسخ به این استدلال باید گفت که حمل واژه بطلان بر معنای انفساخ به قرینه روشنی نیاز دارد، همچنان که ماده ۴۹۶ قانون مدنی به صراحت بطلان اجاره را از تاریخ تلف دانسته است در حالی که از ماده ۸۱۶، نه تنها چنین مفهومی برداشت نمی‌شود، بلکه از نوشته برخی حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۸؛ امامی، ۱۳۷۹: ۳۹/۳؛ رهپیک، ۱۳۸۷: ۷۳) نیز استنباط می‌شود که قرارداد مشتری از روز نخست باطل می‌شود. پیشینه فقهی موضوع نیز مؤید این است که قانون‌گذار، اعمال حق شفیع را موجب بطلان معاملات مشتری از روز نخست دانسته است؛ زیرا به سختی می‌توان فقهی را یافت که طرفدار نظر ارائه‌شده باشد. حتی برخی از آنان ادعا نموده‌اند که همه فقها به اتفاق، نظر به بطلان چنین تصرفاتی دارند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۹۳/۱۸). افزون بر آن علامه حلی نیز در قواعد الاحکام توأمان از دو ضمانت اجرای «بطلان» و «انفساخ» استفاده نموده (۱۴۱۳: ۲۵۳/۲) که نشان می‌دهد استفاده از واژه «انفساخ» در معنای حقیقی کلمه نبوده است.

افزون بر این، فقیهان امامی در خصوص اختلاف نظر در خصوص ضمانت اجرای انفساخ و بطلان هیچ بحثی را مطرح نکرده‌اند، بلکه بسیاری از آن‌ها به صراحت نظریه بطلان را مطرح و بحثی در خصوص اختلاف تفسیر در خصوص انفساخ یا بطلان به میان نیاورده‌اند که این امر حاکی از بطلان تصرفات به واسطه اعمال حق شفیع است.

## ۲-۱-۱. قابلیت ابطال

### ۱-۲-۱-۱. تبیین نظریه

در خصوص تعریف وضعیت قابلیت ابطال در قراردادها میان حقوق دانان اختلاف نظر است. برخی از آن‌ها وضعیت اخیر را به سان وضعیت بطلان نسبی تلقی نموده‌اند (امامی، ۱۳۷۹: ۵۳/۴؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۱۱۸؛ برای ملاحظه نظر مشابه در حقوق مصر، ر.ک: سنهوری، بی‌تا: ۴۹۵)<sup>۱</sup> و آن را ناظر به حالتی می‌دانند که عقد در اصل خود صحیح بوده

۱. البته برخی اساتید پس از آنکه وضعیت بطلان نسبی را همچون عدم قابلیت استناد در قراردادها تعریف نموده‌اند، در جای دیگری از کتاب خود، وضعیت قابلیت ابطال را دقیقاً به معنای «بطلان نسبی» دانسته‌اند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۳۰).

اما به وسیله یک طرف یا هر دو طرف قرارداد، از روز نخست فسخ و منحل شود. با این حال باید توجه داشت که بطلان نسبی اصولاً قابلیت ابطال قرارداد به درخواست طرف یا طرفین قرارداد است که با حکم دادگاه انجام می‌شود (برای مطالعه در زمینه مفهوم بطلان نسبی ر.ک: محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹: ش ۲۵۶/۳۳). در همین راستا برخی حقوق‌دانان نیز ابطال عقد را ناظر به زمانی می‌دانند که مقام قضایی، حکم به ابطال عقد بدهد یا آنکه شخص ذی‌نفع با تمسک به قانون (مانند حق فسخ) عقد موجودی را از روز پیدایش کأن لم‌یکن گرداند (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۲۰). در این میان، تفاوتی نیست که عقد مزبور صحیح یا غیر نافذ باشد. البته نظر اخیر را این‌گونه باید اصلاح کرد که ابطال معامله در معاملات غیر نافذ و قابل فسخ جای ندارد؛ چرا که این وضعیت را باید ناظر به زمانی دانست که با رأی مقام قضایی یا اراده هر یک از طرفین معامله و یا شخص ثالث، عقد صحیح به عقد باطل تبدیل شود. بنابراین در معاملات قابل فسخ، وضعیت قابلیت ابطال وجود ندارد؛ زیرا در مواردی که عقد قابل فسخ است (مانند عقد لازم خیار و عقود جایز) از زمان فسخ، عقد منحل شده و به گذشته سرایت نخواهد کرد (طالب احمدی، ۱۳۸۴: ش ۱۴۸/۳).

با پذیرش تعریف اخیر از معاملات قابل ابطال، برخی نویسندگان، وضعیت حقوقی قراردادهای مشتری را مصداقی از معاملات قابل ابطال در این مفهوم قرار داده‌اند (همان: ۱۵۴). مطابق این نظر، قرارداد منعقدشده توسط مشتری کاملاً صحیح است و تا هنگامی که شفیع اقدام به اعمال حق خود ننماید، این قرارداد کلیه آثار خود را بر جای خواهد گذاشت اما هر گاه شفیع اخذ به شفعه نماید، همه معاملات مشتری از روز نخست کأن لم‌یکن خواهد شد.

#### ۱-۲-۲. نقد نظریه

در مقام نقد این نظر باید گفت که بر خلاف ادعای مطرح‌شده، این دیدگاه با ظاهر ماده ۸۱۶ قانون مدنی سازگار نیست؛ زیرا مطابق دیدگاه مزبور، برای ابطال معاملات مشتری، به ابطال قرارداد توسط شفیع نیاز است در حالی که به تصریح ماده قانونی، با اخذ به شفعه، معاملات صورت‌گرفته باطل می‌شود، نه اینکه علاوه بر اخذ به شفعه، به

عمل حقوقی دیگری نیز نیاز باشد. موضوع اخیر زمانی برجسته می‌شود که وضعیت قابلیت ابطال در مفهوم بطلان نسبی استعمال شود که در این حالت، واضح است که درخواست حکم از دادگاه ضروری است. حال آنکه برای ابطال معاملات مذکور چنین حکمی لازم نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۰). علاوه بر این، مفهوم قابلیت ابطال در حقوق مدنی، مفهومی نأمانوس می‌باشد و از این جنبه نیز با پیشینه فقهی خود ناسازگار است.<sup>۱</sup> به همین جهت پذیرش ضمانت اجرای مذکور دشوار است.

### ۱-۱-۳. عدم قابلیت استناد

#### ۱-۱-۳-۱. تبیین نظریه

دیدگاه دیگری که برای وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه ارائه شده است، عدم قابلیت استناد قرارداد مشتری نسبت به شفیع می‌باشد. برابر این نظر، هر گاه شفیع اقدام به اخذ شفعه نماید، قرارداد موجود میان طرفین باطل نمی‌شود بلکه توافق صورت گرفته میان مشتری و ثالث پابرجا و نافذ است و اثر معهود خود را دارد. به عبارت دیگر، معاملات خریدار صحیح بوده و تنها در برابر شفیع قابل استناد نمی‌باشد. بنابراین شفیع می‌تواند معامله انجام شده را کأن لم یکن تلقی کرده و عین مزبور را تملک نماید (همان: ۲۸۹؛ همچنین ر.ک: ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ش ۴۸/۲).

#### ۱-۱-۳-۲. نقد نظریه

همچنان که طرفداران این دیدگاه اذعان دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۰)، نظر ارائه شده خلاف ظاهر ماده ۸۱۹ قانون مدنی است. فقدان پیشینه فقهی نیز دلالت می‌کند که قانون‌گذار هرگز چنین دیدگاهی نداشته است. از سوی دیگر، وضعیت عدم قابلیت استناد،

۱. برای نمونه شهید ثانی بیان می‌دارد: «و کذا لا تسقط الشفعة بالعقود اللاحقة للبیع کما لو باع مشتری الشقص أو وهب، أو وقف لسبق حق الشفیع علی ما تأخر من العقود، بل للشفیع إبطال ذلك كله...» (عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۴۱۰/۱۲)، حال آنکه استفاده از واژه «ابطال» به هیچ عنوان به معنای ارائه شده نیست بلکه با اخذ به شفعه معاملات مشتری باطل می‌شود: «... فإذا أخذ الشفیع أبطال التصرف المنافی له» (ر.ک: همو، ۱۴۱۳: ۳۲۲/۱۲). بنابراین قابلیت ابطال مطرح شده توسط حقوق دانان با مفهوم ذکر شده متفاوت است.

بیشتر یک ضمانت اجرای تجاری است و خاستگاه آن را باید در امور تجاری جستجو کرد. افزون بر این، بر فرض پذیرش ورود چنین وضعیتی به نظام حقوق مدنی ایران، همچنان تفاوت‌های آشکاری با مفهوم اصیل خود در حقوق فرانسه دارد؛ زیرا وضعیت عدم قابلیت استناد در مواردی کاربرد دارد که قانون‌گذار قصد حمایت از اشخاص ثالثی را دارد که از قرارداد منعقد میان طرفین، بی‌اطلاع هستند و از این رهگذر، شخص ثالث متحمل ضرر خواهد شد، نه آنکه به طور کلی و در هر مورد، جهت حمایت از اشخاص ثالث (شفیع) از ضمانت اجرای مذکور استفاده شود.

بنابراین با توجه به مطالب پیشین و با عنایت به تصریح قانون‌گذار به باطل شدن معاملات مشتری در صورت اعمال حق شفعه توسط شفیع، بدون تردید اخذ به شفعه، قرارداد موجود را از روز نخست باطل می‌نماید، نه آنکه توافق صورت گرفته میان مشتری و ثالث همچنان به قوت خود باقی باشد اما در برابر شفیع غیر قابل استناد انگاشته شود.

## ۲-۱. دیدگاه عدم نفوذ تصرفات مشتری

در مقابل دیدگاه‌های قبلی که به گونه‌ای قراردادهای مشتری را قبل از اعمال حق شفعه صحیح می‌دانند، برخی معتقدند که هرچند مشتری به جهت مالکیتی که در مبیع پیدا می‌نماید، می‌تواند هر گونه تصرفی در ملک خود بنماید و آن را به غیر واگذار نماید، ولی از آنجا که مورد معامله در اثر حق شفعه، متعلق حق شفیع قرار گرفته است، همانند معاملات فضولی، «مراعی» به اجازه شفیع یا سقوط حق اوست. بنابراین چنانچه شفیع، معامله مشتری را اجازه کند، اجازه او کاشف از صحت معامله شریک خواهد بود. طبیعی است که هرگاه حق شفیع ساقط شود، مانع نفوذ معامله برطرف می‌شود و معامله مشتری مؤثر می‌گردد. اما چنانچه شفیع اخذ به شفعه نماید، مانند ردّ در معامله فضولی، معامله مشتری بلااثر می‌گردد. این نظریه وضعیت قرارداد مشتری را به سان عقد غیر نافذ می‌داند، به طوری که اخذ به شفعه را به منزله ردّ معاملات مشتری می‌انگارد (امامی، ۱۳۷۹: ۳/۳۹؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۵/۳۴).

این نظریه به این سؤال پاسخ نمی‌دهد که چگونه ممکن است قراردادی، صحیح انعقاد یابد اما در اثر یک واقعه حادث در آینده، باطل اعلام شود؛ زیرا اتفاق نظر وجود دارد



(حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۹۲-۵۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۱/۳۷) که قرارداد مشتری با خریدار صحیح تلقی می‌شود. از نشانه‌های بارز صحت معاملات مشتری این است که هر گاه شفیع از خریدار دوم، اخذ به شفعه نماید، معامله نخست صحیح خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۹). در نتیجه، پذیرش نظریه عدم نفوذ، خلاف این بیان است. به علاوه پذیرش این نظریه، با اشکال دیگری نیز مواجه است و آن اینکه چگونه می‌توان اخذ به شفعه را به منزله رد شفیع تلقی نمود، حال آنکه بسیار اتفاق می‌افتد شفیع بدون آگاهی از وجود قرارداد، اقدام به اخذ به شفعه می‌نماید. بنابراین انتساب چنین قصدی به شفیع قابل تأمل است. به این ترتیب، به نظر می‌رسد دیدگاه عدم نفوذ نیز با ماده ۸۱۶ قانون مدنی منطبق نباشد.

## ۲. دیدگاه برگزیده

با بررسی نظرات ارائه شده در خصوص وضع حقوقی معاملات مشتری آشکار شد که هیچ یک از آن‌ها، به این پرسش که چگونه ممکن است قرارداد صحیحی منعقد شود اما در اثر اعمال حق شفیع، قرارداد مزبور از روز نخست باطل تلقی شود، پاسخ قانع کننده‌ای نداده‌اند. بنابراین باید در جستجوی راهی بود که ضمن در نظر گرفتن حق مشتری نسبت به تصرف حقوقی در مال خود، حق شفیع را نیز در نظر داشته باشد. در این راستا و با الهام از متون فقهی، به نظر می‌رسد سخن گفتن از «وضعیت مراعی» می‌تواند در این خصوص راهگشا باشد. شناخت دقیق وضعیت مراعی به عنوان راه حل مطلوب در مسئله، از سویی نیازمند تبیین مفهومی آن است و از سوی دیگر نیازمند بررسی امکان جریان وضعیت مراعی در مورد معاملات مشتری می‌باشد.

### ۱-۲. مفهوم وضعیت مراعی

«مراعی» اسم مفعول از واژه «رعی رعياً» و به معنای مراقبت و حفظ است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۴۰۸). اینکه در زبان عربی بیان می‌شود که امر فلانی را مراعات نمایم به این معناست که مراقبت و ملاحظه نمایم که پایان کار چه خواهد شد.<sup>۱</sup> همچنین در

۱. «یراعی أمر فلان أي ينظر إلى ما يصير إليه أمره» (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۷).

ادبیات فقهی نیز این مفهوم به وفور دیده می‌شود، به طوری که گاه در معنایی نزدیک به تعلیق به کار می‌رود<sup>۱</sup> که البته با آن متفاوت است و گاه در معنای عقد غیر نافذ<sup>۲</sup> استعمال می‌شود که این نیز با وضعیت حقوقی مراعی تفاوت دارد؛<sup>۳</sup> چرا که وضعیت مراعی بیانگر مفهومی اعم از مفهوم اصطلاح غیر نافذ است.

همچنین با دقت در موارد استعمال اصطلاح مزبور، دو نکته مهم قابل استنباط است که در عنصرشناسی مفهوم وضعیت مراعی مفید بوده و از خلط وضعیت حقوقی مزبور با موارد مشابه جلوگیری می‌نماید: نخست آنکه واژه «مراعی» هنگامی به کار می‌رود که مشخص شدن وضعیت یک عمل حقوقی<sup>۴</sup> منوط به تعیین تکلیف وضعیت امر دیگری است. دوم آنکه وضعیت مراعی در مواردی استعمال می‌شود که عمل حقوقی از حیث مقتضی و ساختار قرارداد نقصانی نداشته باشد، هرچند وجود مانع، سبب شده است تا زمان تعیین وضعیت امر دیگر، قرارداد به صورت مراعی باقی بماند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۱). با این حال پس از آنکه وضعیت دیگر مشخص شود یا مانع

۱. «نعم، فی اشتراط عدم الثبوت کلاماً من جهة کون الشرط مخالفاً لمقتضى الإجارة، حیث أن مرجعه إلى استحقاق العمل علیه بعقد الإجارة بلا أجرة، فیکون مثل قوله: «أجرتک بلا أجرة» وإن کان ربما يمنع ذلك؛ نظراً إلى أن اشتراط سقوط الأجرة مخالف لمقتضى العقد فیما إذا کان منجزاً، وأما فیما إذا کان معلقاً علی تقدير یمکن أن یحصل ویمکن أن لا یحصل فلا یكون مخالفاً لمقتضاه مطلقاً، بل علی تقدير حصول ذلك الأمر وعلیه فلا بدّ من الحکم بكون العقد مراعی لا إبطاله من أول الأمر قبل تحقّق المعلق علیه» (ر.ک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴: ۱۱۱).

۲. «وإن لم یکن العاقد وکیلاً عن زید وقع البیع مراعی إلى أن یجیز زید أو یرد» (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۴/۱۱۶).  
 ۳. «الفرق بین المراعی والموقوف أن الإجازة فی الموقوف تكون شرطاً أو جزءاً والمراعی تكون کاشفة وقد یستعمل المراعی عن الموقوف وكذلك قد یستعمل الموقوف عن المراعی» (ر.ک: فقعی، بی تا: ۳۰۴).  
 همچنین برخی فقها در بحث آزادسازی برده به تفاوت‌های این سه نهاد حقوقی اشاره می‌کنند: «إذا عرف هذا فإن عقوده الناقله کالبیع والهبة تصحّ مع إجازة المرتهن، وهل عتقه یصحّ مع الإجازة؟ تردّد المصنّف فی ذلك من أن العتق لا یقع موقوفاً ولا یقبل التعليق فیقع باطلاً، لاشتراط التنجیز فیهِ، ومن أن العتق مبنيّ علی التغلب ولهذا یسری فی ملک غیره، فیقع صحیحاً ویكون مراعی والإجازة کاشفة، فإن أجاز المرتهن تبین وقوع العتق من حیثه» (صیمری، ۱۴۲۰: ۱۵۱).

۴. باید توجه داشت که وضعیت مراعی در ایقاعات نیز امکان‌پذیر است؛ برای نمونه، در مورد اخذ به شفعه در حالتی که در قرارداد واقع شده میان بایع (شریک) و مشتری، برای بایع درج خیار شده باشد که در چنین حالتی یکی از نظرات ارائه شده این است که امکان اخذ به شفعه برای شفیع وجود دارد اما اخذ به شفعه او مراعی به سقوط یا عدم سقوط خیار بایع است (برای مشاهده نظرات و تحلیل آن، ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۲۱).

موجود برطرف شود، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست چه سرنوشتی داشته است.

بنابراین در وضعیت مراعی عقد به طور صحیح انعقاد پیدا می‌کند اما به دلیل وجود یک مانع، قرارداد در صحت و بطلان به صورت معلق باقی می‌ماند تا وضعیت امر دیگر (عمدتاً حقوق اشخاص ثالث) مشخص شود. در نتیجه، وضعیت مراعی با مفهوم تعلیق در قرارداد نزدیک می‌شود اما با آن متفاوت است؛ زیرا تعلیق در مفهوم اخص خود به صورت قراردادی بوده و طرفین عقد با توافق یکدیگر، تأثیر عقد (تعلیق در منشأ) یا انفساخ آن (شرط فاسخ) را منوط به مشخص شدن واقعه دیگر می‌کنند. پس از معلوم شدن واقعه مزبور، اصولاً تأثیر عقد یا انفساخ آن از روز تحقق حادثه مزبور است. حال آنکه مانع موجود در وضعیت مراعی به صورت قراردادی نبوده و طرفین چنین توافقی را انجام نداده‌اند. علاوه بر اینکه با مشخص شدن وضعیت مراعی، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست چه وضعیتی داشته است (صحیح یا باطل بوده است)؛ برای مثال، برخی فقیهان قرارداد بیعی را که در لحظه انعقاد عقد، قابل تسلیم نباشد، اما امید و امکان وجود داشته باشد که در آینده تسلیم شود، «مراعی» تلقی کرده‌اند (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۶۳/۵؛ ناینی، ۱۴۱۳: ۴۷۲/۱؛ لاری، ۱۴۱۸: ۲۲۳/۲). به این صورت که قرارداد از حیث مقتضی عقد (قصد، رضا، اهلیت طرفین و معین بودن موضوع) کامل است. اما در اینکه مال مزبور در مدت مشخص تسلیم شود یا خیر، عقد با وضعیتی مراعی روبه‌روست. به این معنا که سرنوشت عقد بیع، منوط به مشخص شدن مانع مزبور (تسلیم یا عدم تسلیم مال) است و هر گاه وضعیت مانع معلوم شود، دانسته می‌شود که عقد از روز نخست صحیح یا باطل بوده است.<sup>۱</sup> بنابراین هر گاه در قرارداد

۱. این موضوع را شهید اول درباره بیع حیوانات ضالّه مطرح می‌کند که با تأیید و اقبال برخی از متأخران نیز مواجه شده است به طوری که آیه‌الله موسوی خویی پس از بررسی دلایل این موضوع می‌نویسد: «فحینئذ لا مانع عن التزام وقوع بیع کلّ ما یعجز عن تسلیمه مع رجاء التمكن منه مراعی بالتمكن منه فی زمان لا یفوت الانتفاع المعتد به» یا «وعلی هذا فلا مانع من الحكم بصحة البيع مراعی بالتسلم نظیر بیع السلم فإنه إن كان البائع قادراً علی التسليم إلى رأس المدة فيحكم بالصحة فلا خطر وإن لم يقدر علی تسلیمه وأيضاً لا غرر لكونه باطلاً من أصله» (بی‌تا: ۳۰۲). در نهایت بیان می‌دارد: «ومن هنا يعلم أنّ ما ذهب إليه الشهيد فی اللعنة من صحة البيع فيها إذا باع مراعی بالتسليم وجیه جداً» (همان: ۳۰۳).

با وضعیت احتمالی (عمدتاً احتمال نقض حقوق ثالث)<sup>۱</sup> روبه‌رو باشیم و نتوان در لحظه انعقاد قرارداد در خصوص صحت یا بطلان قرارداد تصمیم‌گیری نمود، وضعیت مراعی می‌تواند مطرح باشد.

با این توضیح مشخص می‌شود که وضعیت مراعی از وضعیت عدم نفوذ در قرارداد متفاوت است؛ زیرا در وضعیت اخیر مقتضی عقد کامل نبوده و قرارداد برای ورود به عرصه حیات نیاز به تأیید مالک دارد. در نتیجه، سرنوشت قرارداد منوط به تصمیم‌گیری اوست. اما در وضعیت مراعی، مقتضی عقد کامل است اما قرارداد معلق بر مشخص شدن واقعه دیگری مانند تسلیم مال، پرداخت دین و... است، نه آنکه رد شخص ثالث در قرارداد مؤثر باشد. بلکه صحت یا بطلان قرارداد وابسته به حادثه مذکور است (ساعتچی، ۱۳۹۲: ۳۱). به عبارت دیگر احتمال نقض حقوق احتمالی ثالث، سبب ایجاد وضعیت مراعی می‌شود، بر خلاف نقض حقوق عینی ثالث که موجب غیر نافذ شدن آن می‌گردد.

## ۲-۲. ارزیابی وضعیت مراعی در معاملات مشتری

با توجه به مفهوم «وضعیت مراعی» این سؤال مطرح می‌شود که آیا این امر در معاملات مشتری قابل اعمال است یا خیر؟ قبل از پاسخ به این سؤال، توجه به دو نکته ضروری است: نخست آنکه بر خلاف ادعای برخی حقوق‌دانان مبنی بر تشتت آرای فقها در زمینه وضعیت معاملات مشتری پس از اعمال حق شفعه (کربمی، ۱۳۹۱: ش ۱۶۶/۵۸)، به نظر می‌رسد اکثریت آن‌ها قائل به نظریه بطلان تصرفات مشتری پس از اعمال حق شفعه هستند. اما اینکه عده‌ای از آنان واژه «فسخ» و برخی «انفساخ» یا «ابطال» را به کار برده‌اند و یا برخی در یک کتاب خود از هر سه وضعیت حقوقی جهت تأثیر اعمال

۱. برای مثال در قرارداد رهن، اگر راهن پیش از فرا رسیدن موعد دین، اقدام به فروش مال مرهون نماید برخی معتقدند که قرارداد مزبور به صورت مراعی است؛ به این معنا که صحت یا بطلان (در مفهوم اعم) قرارداد در لحظه فروش مال مرهون مشخص نیست و می‌باید تا لحظه فرا رسیدن دین، قرارداد مراعی باشد، به این صورت که اگر در زمان مزبور دین مرتهن پرداخت شود، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست، صحیح منعقد شده است و اگر در آن زمان، دین مرتهن پرداخت نشود، کشف می‌شود که از روز نخست به صورت غیر نافذ بوده و در این هنگام مرتهن حق رد یا تنفیذ قرارداد را دارد.

حق شفعه بر معاملات مشتری استفاده نموده‌اند ناشی از آن است که فقهای مزبور در مقام بیان تفکیک میان ضمانت اجراهای مذکور نبوده‌اند<sup>۱</sup> و در اینکه اخذ به شفعه، موجب کأن لم یکن شدن معاملات مشتری می‌شود کسی تردید نکرده است (برای نمونه ر.ک: آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۲۳/۲۰؛ انصاری، ۱۴۲۱: ۱۷۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۴۷/۱؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۱۰۱/۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۴۰۴/۱؛ محقق داماد، ۱۴۲۶: ۸۶). در واقع، اعمال ضمانت اجرای صریح بطلان توسط قانون‌گذار، ناشی از همین تفکر بوده است. به طوری که نظریه مشورتی شماره ۱۳۸۴/۲/۱۸-۷/۸۹۵ اداره کل حقوقی قوه قضاییه و رأی اصراری شماره ۴۰ مورخ ۱۳۷۱/۹/۳ نیز مؤید این موضوع است (برای ملاحظه رأی مزبور ر.ک: اباذری فومشی، ۱۳۹۱: ۴۲۴-۴۲۵).

دوم آنکه برخی حقوق دانان، «وضعیت مراعی» را با «وضعیت عدم نفوذ»، یکی دانسته‌اند که باید از خلط این دو مفهوم اجتناب کرد. اینان در توضیح کلام خود می‌گویند:

ابطال قراردادی که تا زمان اخذ به شفعه نافذ بوده، در حقوق ما باعث شگفتی است:

۱. یکی از افرادی که ادعا شده از واژه «فسخ» و «انفساخ» استفاده کرده است صاحب جواهر است. اما با بررسی نظر این فقیه بزرگ به دست می‌آید که ایشان قائل به چنین دیدگاهی نیست. ایشان در کتاب خود از هر سه واژه «بطلان»، «انفساخ» و «فسخ» استفاده می‌نماید که کاملاً مشخص است که بدون توجه به تفکیک آثار این نظریات به بیان آن پرداخته است: «لکن تصرف مشتری یقع علی نوعین: أحدهما ما ثبت فيه الشفعة أيضًا كالبيع وثانيهما ما ليس كذلك؛ فإن كان الأول كما لو باع مشتری كان للشفيع فسخ البيع والأخذ من مشتری الأول، وله أن يأخذ من الثاني بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال لأن كلا منهما سبب تام في ثبوت الشفعة، فالتعيين إلى اختياره. وكذا لو زادت العقود عن الاثنين، فإن أخذ بالشراء الأول دفع الثمن وبطل المتأخر مطلقاً، وإن أخذ بالآخر أخذ بثنمه وصح السابق مطلقاً، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، وإن أخذ بالمتوسط أخذ بثنمه وصح ما تقدمه وبطل ما تأخر عنه، فلو باع مشتری بعشرة فباعه الآخر بعشرين فباعه الآخر أيضًا بثلاثين فإن أخذ من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأول بعشرين، لأن الشقص يؤخذ من الثالث، وقد انفسخ عقده وكذا الثاني، ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين وبطل الثالث، فيرجع بثلاثين، ولو أخذ من الثالث صحّت العقود ودفع ثلاثين كما هو واضح» (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۲/۳۷-۳۵۳). در پایان نیز بیان می‌دارد که مراد از فسخ، اعمال حق شفعه است نه اینکه شفیع بگوید: قرارداد را فسخ کرده‌ام: «نعم ينبغي أن يعلم أن فسخه يكون بشفعته، لأنه هو الثابت له من الأدلة ويكون انتقاله حينئذ إلى مشتری والشفعة به من الترتب الذاتيّ، بل لا يبعد القول بعدم أثر لقوله: «فسخت» متقدماً على الشفعة، لعدم الدليل عليه، بل لا يبعد بطلان الشفعة حينئذ بناء على منافاة مثل ذلك لفوريتها، كما تسمعه من بعضهم في مثل ذلك».

زیرا به طور معمول قرارداد از آغاز وقوع خود یا درست و نافذ است یا باطل و غیر نافذ. حالتی که عقد در حال وقوع مباح و نافذ باشد، ولی حادثه یا عمل حقوقی دیگر بتواند آن را از آغاز باطل کند رویدادی نامتعارف است. به همین جهت، در توجیه آن گفته می‌شود که «مراعی» است. این اصطلاح که گاه در مورد تنفیذ اعمال حقوقی ناقص و غیر نافذ به کار می‌رود، در فرضی که قرارداد کامل و نافذی ابطال می‌شود به سختی قابل فهم است و ساختار حقوقی آن را بیان نمی‌کند. چگونه می‌توان عملی را که در حدود مفاد خود نافذ است و از نظر کمال هیچ گونه کاستی ندارد، «مراعی» نامید و در حکم معامله فضولی شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۸).

به نظر می‌رسد منشأ این سخن گفته برخی دیگر از حقوق دانان است که لفظ عام «مراعی» را در خصوص وضعیت معاملات مشتری به کار برده‌اند (امامی، ۱۳۷۹: ۳۹) و موجب شده که دیگران نیز به همین مفهوم تمایل پیدا نمایند، حال آنکه تفاوت‌های عمده وضعیت عدم نفوذ و مراعی را بیان کردیم.

حال با توجه به دو نکته فوق باید به این سؤال پاسخ گفت که چگونه می‌توان وضعیت مراعی را در معاملات مشتری، قبل از اخذ به شفعه جاری دانست؟ بیشتر بیان شد که وضعیت مراعی هنگامی پدید می‌آید که مقتضی قرارداد کامل باشد. اما وجود یک مانع سبب می‌شود<sup>۱</sup> که از تصمیم‌گیری قاطع در این زمینه پرهیز شود. به عبارت بهتر، در دوران مشکوک، عقد به صورت متزلزل ایجاد شده است تا آنکه حقیقت بر ما روشن شود. بنابراین وضعیت مراعی، مساوی با وضعیت عدم نفوذ نیست که عقد برای حیات و ایجاد مقتضی، منتظر نظر مالک باشد، بلکه اجمالاً صحیح بوده اما به دلیل مواجهه با امر احتمالی (در این قسمت اجرای احتمالی اعمال حق شفعه) این امکان وجود دارد که عقد از روز نخست کأن لم یکن تلقی گردد. به عبارت دیگر، وضعیت مراعی همچون وضعیت تعلیق در قراردادها فرض می‌شود با این تفاوت که حصول معلّق علیه در وضعیت مراعی عموماً جنبه کاشفیت در قرارداد را دارد (کشف می‌کند که قرارداد از روز نخست صحیح یا باطل بوده است). بنابراین احتمال اعمال یا عدم اعمال

۱. برخی اندیشمندان فقهی در توضیح اینکه شفعه حق خود را نسبت به معاملات میانی اعمال می‌نماید، معاملات سابق را صحیح می‌دانند؛ چرا که مقتضی این قراردادها موجود بوده و تنها از حیث وجود مانع که همانا احتمال وجود حق شفعه است، قرارداد را متزلزل می‌دانند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۸/۱۸).

حق شفیع در معاملات مشتری، موجب این تردید شده که قرارداد صحیح یا باطل است که پس از مشخص شدن وضعیت اعمال حق شفیع، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست باطل یا صحیح بوده است. اما در خصوص تصرف یا عدم تصرف شخص ثالث در مال مورد نظر باید بر اساس ادله دیگر نظر داد؛ زیرا در برخی موارد که با وضعیت مراعی در قرارداد روبه‌رو هستیم، تصرف در مال مورد نظر، خلاف حقوق اشخاص ثالث است (مانند معاملات راهن نسبت به عین مرهونه)، اما در فرض حاضر، تصرف در مال مورد نظر با چنین مانعی روبه‌رو نیست و قیاس این مورد با رهن، قیاسی مع الفارق است و دلیل آن نیز اطلاق ادله مبنی بر مالکیت مشتری بر مال است که بر اساس آن، حق هر گونه تصرف در مال به او داده شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۵۲). به همین سبب، معامله مشتری با اشخاص ثالث همه آثار خود را بر جای می‌گذارد، اما وجود حقوق احتمالی اشخاص ثالث موجب می‌شود که قرارداد در وضعیت غیر مستقر قرار گیرد. در حقیقت، معاملات مشتری از ابتدا با قید اعمال یا عدم اعمال حق شفیع منعقد می‌شود.<sup>۱</sup>

در نتیجه برای تقریب به ذهن می‌توان وضعیت مراعی در معاملات مشتری را به سان عقد معلق با شرط فاسخ و با اثر قهقرایی دانست؛<sup>۲</sup> به این صورت که قرارداد مشتری با خریدار صحیح تلقی می‌شود و آثار خود را بر جای می‌گذارد، اما به دلیل احتمال اعمال حق شفیع توسط شفیع، صحت قرارداد مردد است و همین که تکلیف اعمال حق شفیع مشخص شود، کشف می‌شود که قرارداد از ابتدا صحیح یا باطل بوده است، همان گونه که در شرط فاسخ نیز سرنوشت قرارداد منوط به تعیین وضعیت معلق علیه

۱. برای مثال، برخی فقها به مراعی بودن این وضعیت در معنای اخص کلمه اشاره می‌کنند: «لو تصرف مشتری فیما اشتراه فإن كان بالبيع كان للشفيع الأخذ من المشتري الأول بما بذله من الثمن، فيبطل الشراء الثاني وله الأخذ من الثاني بما بذله من الثمن فيصح الأول. وكذا لو زادت البيوع على اثنين، فإن له الأخذ من المشتري الأول بما بذله من الثمن فيبطل البيوع اللاحقة، وله الأخذ من الأخير بما بذله من الثمن فصح جميع البيوع المتقدمة وله الأخذ من الوسط فصح كل ما تقدم وبطل كل ما تأخر وإن كان بغير البيع كالوقف وغير ذلك فله الأخذ بالشفعة وإبطال ما وقع من المشتري وإزالته، بل الظاهر أن صحتها مراعاة بعدم الأخذ بالشفعة وإلا فهي باطلة من أصلها» (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۲۲: ۳۸۶).

۲. جالب اینکه در نظام حقوقی فرانسه شرط فاسخ اثر قهقرایی دارد (ر.ک: قبولی درافشان، ۱۳۸۰: ۱۵۱ به بعد).

است. در واقع با پذیرش نظر ارائه‌شده، اشکالات مربوط در خصوص ظاهر ماده ۸۱۶ قانون مدنی برطرف می‌شود و نظر مزبور، موافق مبانی فقهی می‌گردد.

اما سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا با اعمال حق شفیع، قرارداد موجود باطل می‌شود یا لفظ بطلان، عام است و باید بر عدم نفوذ حمل نمود؟ در این باره همچنان که اشاره شد، عموم فقها معتقدند که با اعمال حق شفیع، معاملات مشتری از روز نخست باطل می‌باشد. اما اینکه چنین قراردادی قابل تنفیذ توسط شفیع است یا با اعمال حق او به کلی باطل می‌شود، شایسته بررسی است. در این خصوص به نظر می‌رسد نظریه تنفیذ قرارداد توسط شفیع موجه باشد. به این معنا که با اعمال اخذ به شفعه، قراردادهای مشتری از وضعیت مراعی خارج شده و به وضعیت عدم نفوذ باز می‌گردد و شفیع می‌تواند قرارداد مزبور را تأیید یا رد نماید.<sup>۱</sup> در حقیقت، این نظر مطابق با اصل استحکام معاملات و موافق حقوق شفیع است؛ زیرا در خصوص ابطال معاملات مشتری به موجب اخذ به شفعه، نص خاصی وجود ندارد. بلکه این موضوع، به جهت دفع ضرر از شفیع وضع شده است تا بتواند از شریک شدن با اشخاصی که انتظار آن را ندارد جلوگیری نماید (شوشتری، ۱۴۰۶: ۱۸۶).<sup>۲</sup> در واقع، معاملات مشتری در وضعیت صحت و عدم نفوذ به صورت مراعی است به این صورت که هر گاه وضعیت اعمال حق شفیع مشخص شود، قرارداد به حالت صحت خود ادامه می‌دهد یا کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست غیر نافذ بوده است.

### نتیجه‌گیری

دربارۀ وضع حقوقی معاملات مشتری در فرض وجود حق شفعه نسبت به مورد معامله باید گفت که از سویی در خصوص وضع حقوقی معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه برخی قائل به عدم نفوذ بوده و اکثریت فقها و حقوق‌دانان، معاملات مشتری در مورد

۱. «بل جاز للشفیع الأخذ من المشتري الأول بالثمن الأول فیبطل الثانی وتجزی الإجازة منه فی صحته له، وله الأخذ من المشتري الثانی بثمانه فیصح البیع الأول» (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۷۷/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۱۰۴/۲؛ حسینی روحانی، بی تا: ۱۳۳/۲).

۲. «لا نص فی جمیع ذلك فیمکن أن یقال: إنه لما كانت الشفعة علی خلاف الأصول فی تسلط الناس علی أموالهم وشرعت لدفع الضرر عن الشریک بأن یصیر شریکه شریکا غیر أهل...».



شفعه را صحیح می‌دانند. بدیهی است که اگر نظریه عدم نفوذ پذیرفته شود، تأثیر اخذ به شفعه بر معامله، ردّ و ابطال آن است. اما با توجه به پیدایش حق مالکیت برای مشتری نمی‌توان تصرفات حقوقی وی را غیر نافذ دانست و نظریه صحت معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه اقواست. بنابراین باید وضع حقوقی معاملات مزبور پس از اخذ به شفعه مشخص گردد. در این زمینه با توجه به ماده ۸۱۶ قانون مدنی، حقوق‌دانان نظرات مختلفی ارائه کرده‌اند، به گونه‌ای که اخذ به شفعه را موجب انفساخ، ابطال یا عدم قابلیت استناد قرارداد دانسته‌اند. جستار حاضر با بررسی نظرات مختلف و نقد و بررسی ادله هر یک و نیز ملاحظه پیشینه فقهی موضوع، به این نتیجه دست یافت که معاملات مشتری از روز نخست باطل (به مفهوم اخص کلمه) می‌شود. اما در تحلیل اینکه چگونه می‌توان قرارداد صحیح را از روز نخست باطل دانست، باید گفت که معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه هرچند به طور صحیح منعقد شده است، به جهت وجود یک مانع که همان احتمال اعمال یا عدم اعمال حق شفعه است، با وضعیت مراعی روبه‌رو بوده است. وضعیت مزبور که عموماً با عدم نفوذ خلط می‌شود، ناظر به زمانی است که قرارداد همچون عقد معلق، برای مشخص شدن وضعیت خود در استقرار یا اثرگذاری، نیاز به مشخص شدن وضعیت دیگر دارد. به دیگر سخن، هر گاه در خصوص وضعیت صحت و یا بطلان عقد در لحظه انعقاد، نتوان تصمیم‌گیری نمود، باید قرارداد مزبور را صحیح و سرنوشت آن را مراعی به مشخص شدن وضعیت دیگر دانست که در بحث حاضر، وضعیت قرارداد منوط به مشخص شدن وضعیت اعمال یا عدم اعمال حق شفیع است. این موضوع به مواردی که قرارداد به صورت شرط فاسخ با وصف کاشفیت منعقد می‌شود به طوری که با وقوع معلق علیه، قرارداد مزبور از روز نخست باطل تلقی می‌شود، شباهت زیادی دارد. اما هر گاه واقعه مورد نظر واقع نشود، قرارداد به حیات خود ادامه می‌دهد. البته تفاوت شرط فاسخ (به نحو کشف) با وضعیت مراعی در این است که شرط فاسخ منشأ قراردادی دارد، حال آنکه وضعیت مراعی در اثر حکم قانونی ایجاد شده است.

## کتاب‌شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۲. اباذری فومشی، منصور، *مجموعه کامل نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه در مسائل حقوقی*، تهران، خط سوم، ۱۳۹۱ ش.
۳. فقعی، زین‌الدین علی بن علی بن محمد بن طح، *المسائل الفقہیہ*، بی‌جا، بی‌تا.
۴. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقانیس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۵. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة (مع حواشی الامام الخميني)*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۷. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، ۱۳۷۹ ش.
۸. انصاری، محمدامین، *صیغ العقود والایقاعات*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۹. ایزانلو، محسن و صادق شریعی نسب، «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره نهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۰. بهرامی احمدی، حمید، *کلیات عقود و قراردادها*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی؛ رهن و صلح*، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۲. همو، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، مشعل آزادی، بی‌تا.
۱۳. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *منهاج الصالحین*، بی‌جا، بی‌تا.
۱۴. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، چاپ پنجم، قم، دفتر حضرت آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۵. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۶. حکیم، سیدمحسن، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. ره‌پیک، حسن، *حقوق مدنی؛ اخذ به شفعه*، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.
۱۹. ساعت‌چی، علی، *نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲ ش.
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۲. سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدني الجدید*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۲۳. شوشتری، محمدتقی، *النجمة فی شرح اللمعة*، تهران، کتاب فروشی صدوق، ۱۴۰۶ ق.
۲۴. صیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۲۵. طالب احمدی، حبیب، «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، دوره نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۴ ش.
۲۶. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۲۷. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، قم، کتاب‌فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۳۱. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی، *عقد معلق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق عليه السلام، ۱۳۸۰ ش.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۳۳. همو، *حقوق مدنی؛ نظریه عمومی ايقاع معین*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۳۴. کریمی، عباس، «تلاش برای سامان‌دهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۳۵. لاری، سیدعبدالحسین، *التعلیقه علی المکاسب*، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۸ ق.
۳۶. محسنی، سعید و سیدمحمد مهدی قبولی درافشان، «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، *مجله دانش و توسعه*، سال هفدهم، شماره ۳۳، ۱۳۸۹ ش.
۳۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *ایقاع، اخذ به شفعه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۳۸. مروج جزائری، محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۳۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه (المکاسب)*، بی‌جا، بی‌تا.
۴۰. همو، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۴۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *هدایة العباد*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. ناینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۳. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

