

## معاملات معارض با حق اولویت

| عباس کریمی\* | استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،  
دانشگاه تهران، تهران، ایران  
| سپیده راضی | دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه  
تهران، تهران، ایران

### چکیده

گاهی اشخاص به موجب داشتن حق اولویت در انجام یک عمل حقوقی یا استیفای حق از مال معینی بر دیگران تقدم دارند. منشأ این حق، گاه قراردادی است و گاه قانون‌گذار رأساً به دلایلی قائل بر وجود حق اولویت برای بعضی از اشخاص در موقعیت خاص شده است. حق اولویت ایجاد شده برای ذی‌نفع، مورد حمایت قانون‌گذار قرار گرفته و گاه به‌طور صریح انجام معامله معارض با آن منع شده است، این در حالی است که ضمانت اجرای این ممنوعیت، جز در بعضی موارد به روشنی بیان نشده است و در موارد بیان شده نیز میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد: عده‌ای معاملات معارض با حق اولویت را به دلیل اسقاط ضمنی حق انجام معامله منافعی با آن، باطل می‌دانند؛ در مقابل برخی این معاملات را صحیح دانسته و معتقدند صاحب حق اولویت صرفاً مستحق جبران خسارت است و در نهایت عده‌ای دیگر راه حل میانه را برگزیده و قائل به عدم نفوذ معامله معارض شده‌اند. با دقت در مصادیق حق اولویت این نتیجه کلی حاصل می‌شود که وضع معامله معارض با این حق، عدم نفوذ مرعی است. پذیرش ضمانت اجرای مذکور نه تنها حقوق صاحب اولویت بلکه حقوق طرفین معامله را نیز بهتر تأمین خواهد کرد.

واژگان کلیدی: معامله معارض، عدم نفوذ مرعی، حق اولویت

## مقدمه

گاهی اشخاص در خرید یا اجاره یا هر عمل حقوقی دیگر یا استیفای حق از مال معین حق اولویتی دارند که ممکن است این حق ناشی از توافق باشد، مانند حق تقدم متعهدله در تعهد به انتقال، حق تقدم بایع در بیع شرط و حق تقدم عینی مرتهن، یا ناشی از قانون باشد، مانند حق تقدم شفیع در اخذ به شفعه، حق تقدم مستأجر دارای حق سرقلمی، حق تقدم سهام‌داران شرکت در خرید سهام جدید. مصادیق حق اولویت و ضمانت اجرای نقض آن، جز در بعضی موارد به روشنی بیان نشده است و در خصوص وضعیت حقوقی معامله معارض با حق اولویت از جمله وضعیت بطلان، صحت، عدم نفوذ موقوف و مراعی<sup>۱</sup> میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معامله معارض با حق اولویت را صحیح، بعضی باطل و برخی قائل به وضعیت عدم نفوذ اعم از موقوف و مراعی هستند. به همین جهت نیاز به یک جمع‌بندی و بیان بارزترین مصادیق حق اولویت و رسیدن به یک ضمانت اجرای میانه در مواقع نقض آن، وجود دارد که تحقیق حاضر به همین منظور نگاشته شده است. سؤال اصلی تحقیق این است که نقض حق اولویت و انجام معامله معارض با آنچه حکمی دارد؟ برای پاسخ به این سؤال بهتر است در ابتدا رایج‌ترین مصادیق حق اولویت چه با منشأ ارادی و چه قانونی در مبحث نخست بیان و سپس وضع حقوقی این معاملات معارض در بحث دوم روشن گردد.

## ۱. مصادیق معامله معارض با حق اولویت

مصادیقی در حقوق یافت می‌شود که بیانگر حق اولویت شخص در تملک یک مال یا در استیفای حق از مال معینی است. این حق گاه از توافق ناشی می‌شود و گاه نشئت گرفته از قانون است که بارزترین موارد آن، به ترتیب در بند یکم و دوم این مبحث بیان خواهد شد.

## ۱-۱. معامله معارض با حق اولویت ناشی از توافق

## ۱-۱-۱. حق تقدم متعهدله در تعهد به انتقال

هنگامی که شخصی در برابر دیگری تعهد می‌کند که مال معینی را به او انتقال دهد، حق تقدم در تملک به نفع متعهدله ایجاد می‌کند. حال اگر متعهد از تعهد خود سرپیچی نموده و آن را به کسی دیگر انتقال دهد معامله دوم معارض با حق اولویت متعهدله خواهد بود. برای روشن شدن وضعیت

۱. عدم نفوذ مراعی وضعیت حقوقی مجهول عقد است که باید انتظار رفع آن را کشید تا اثر حقوقی بر آن مترتب شود (جعفری لنگرودی، ۵/۱۳۸۷: ۲۳۰۱) می‌توان گفت عدم نفوذ مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که از حیث مقتضی نقضی ندارد، ولی تعلق حق شخص یا اشخاص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ عقد یا تداوم آثار آن می‌گردد. بنابراین، از این جهت که انتظار رفع مانع را می‌کشد، مراعی است نه موقوف. این درحالی است که عدم نفوذ موقوف به دلیل فقدان پاره‌ای از شرایط تشکیل عقد، مقتضی تأثیر عقد کامل نیست و تأثیر عقد، موقوف به حصول آن شرط است به مانند عقد اکراهی و معامله فضولی (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۰-۱۵۹).

معامله دوم می‌بایست ماهیت حق تقدم ایجاد شده روشن شود. به عبارت دیگر باید به این سؤال پاسخ داده شود که تعهد به انتقال برای متعهدله حق عینی به وجود می‌آورد یا دینی. اگر گفته شود که تعهد به انتقال مال معین تنها موجب پیدایش حق دینی برای متعهدله است، قرارداد دوم صحیح می‌باشد. لیکن اگر قائل بر این باشیم که به موجب قرارداد نخست، نوعی حق عینی برای متعهدله به وجود آمده، تصرفات منافی با این حق، بدون اذن وی نافذ نیست (کریمی، ۱۳۹۱: ۲۲).

با این تفصیل که برخی حقوق‌دانان معتقدند در پی تعهد به انتقال، حق دینی برای متعهدله ایجاد می‌شود و او صرفاً حق الزام به انجام تعهد را به دست می‌آورد و در صورت انعقاد معامله معارض از سوی متعهد، ضمانت اجرای آن پرداخت مبلغی به عنوان خسارت ناشی از نقض حق اولویتی است که به نفع متعهدله ایجاد کرده بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۱۴۳؛ صفایی، ۱۳۹۶: ۴۵۰). برخی تعهد به انتقال مال معین را حق دینی دانسته و در عین حال معامله معارض با آن را قابل ابطال از سوی متعهد می‌دانند. با این استدلال که تعهد ایجاد حق تقدم مانند هر تعهد مشروع دیگری لازم‌الوفای است و متعهد مکلف به اجرای مفاد آن است و اینکه این تعهد به‌طور ضمنی حاوی شرط اسقاط حق تصرف مخالف با مفاد آن و نگهداری مال مذکور نیز است. بنابراین نباید خلاف آن معامله‌ای انجام گیرد؛ زیرا اگر چه متعهد حق مالکیت خود را انتقال داده است ولی با اعمال حق خود وسیله‌ی اضرار به دیگری را فراهم کرده است و این نوعی سوءاستفاده از حق می‌باشد که به موجب اصل ۴۰ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر قراردادهد»، ممنوع است. (کاتوزیان، ۱/۱۳۹۰: ش ۴۶)

در مقابل، برخی ماهیت این حق تقدم را حق عینی دانسته‌اند چراکه حقوق اشخاص به شیء معین را حقوق عینی می‌گویند. این حق هر چند حق مالکیت نیست ولی چون حق ایجاد شده به عین معینی تعلق گرفته و یک مالکیت بالقوه برای او نسبت به عین ایجاد شده به نظر می‌رسد که باید این حق تملک و مالکیت بالقوه را نوعی حق عینی دانست و تصرفات منافی با آن را منع کرد و معامله معارض با آن را غیرنافذ دانست (شهیدی، ۱۳۹۰: ۲۰؛ کریمی، ۱۳۹۱: ۲۲) نظر اخیر نسبت به اقوال بیان شده، قوی‌تر است. البته باید افزود، از آنجا که متعهدله مالکیت بالفعل نسبت به مال موضوع تعهد ندارد، تصرفات منافی متعهد، مشمول حکم معاملات فضولی نیست بلکه به خاطر مالکیت بالقوه متعهدله، معاملات معارض متعهد مراعی خواهد بود. در نتیجه اگر پس از انتقال مال موضوع تعهد به ثالث، متعهدله خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد را مطالبه کند، چون این امر نمایانگر عدم وجود قصد رد وی نسبت به معامله قبلی است، انتقال مزبور صحیح خواهد بود و اگر معامله دوم را رد کند، معامله معارض باطل می‌شود (کریمی، ۱۳۹۱: ۲۳).

## ۲-۱-۱. حق تقدم بايع در بيع شرط

مصدق دیگری که بیانگر نوعی حق تقدم در مالکیت است، حق تقدم بايع در بيع شرط است. در این بيع، بايع می‌تواند در مدت خيار ثمن را فراهم کرده و مبيع را پس بگیرد. به عبارتی برای فروشنده نوعی حق تقدم بر مالک شدن تا انقضای مدت تعیین شده وجود دارد و به همین جهت در ماده ۴۶۰ قانون مدنی مقرر شده است که مشتری نمی‌تواند در مبيع تصرفی که منافی خيار باشد از قبیل نقل و انتقال و... نماید. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۵۰؛ شهیدی، ۱۳۹۱: ۸۱)

حال اگر خریدار تصرفی منافی با حق فروشنده نماید، بر اساس نظر کسانی که معتقدند مالکیت تا زمان انقضاء مدت خيار به مشتری منتقل نمی‌شود، تکلیف معامله انجام شده روشن است و مشتری مال غیر را فروخته است و تابع معاملات فضولی است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲؛ ۸۴؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۱۶۰). لیکن قول مشهور در فقه اسلامی این است که مبيع به محض عقد به ملکیت مشتری درمی‌آید و اثر خيار، تنها تزلزل ملکیت به سبب قدرتی که بر رفع این سبب وجود دارد است. (انصاری، ۱۴۲۰: ۱۶۰) قانون‌گذار در ماده ۴۵۹ قانون مدنی قول مشهور را پذیرفته و مقرر می‌دارد: «در بيع شرط به مجرد عقد، مبيع ملک مشتری می‌شود...» و وجود خيار را مانع انتقال ملکیت نمی‌داند. البته باید توجه داشت، علی‌رغم انتقال مالکیت، طبق ماده ۴۶۰ قانون مدنی تصرفات منافی با حق بايع از سوی مشتری منع شده است، زیرا مادامی که بايع بتواند در زمان تعیین شده تمام ثمن را برگرداند، عین مبيع باید موجود باشد تا به ملکیت فروشنده بازگردد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۸۱). البته این استدلال اختصاص به بيع شرط ندارد و در هر موردی که صریحاً یا ضمناً حق انتقال سلب شده باشد، جاری است و چون هر خيار شرطی متضمن یک شرط ضمنی عدم انتقال است خواه بيع شرط باشد خواه نباشد از نقل و انتقال منع می‌شود (ایزانلو، ۱۳۹۴: ۴۰).

در حقوق فرانسه نیز که از اصطلاح *vendre a remere* استفاده شده است و آن بیعی است که بدون اینکه نیاز به توافق جدیدی باشد، فروشنده حق بازپس‌گیری مال فروخته شده را دارد (Planiol et Ripert, 2015: 203) در صورت انتقال مال از مشتری به اشخاص ثالث حقوق معتبری به آنها منتقل نمی‌شود؛ چراکه بايع در مال حق دارد، به همین جهت مخاطرات استرداد مبيع بر انتقال‌گیرنده تحمیل می‌شود (La cantineerie et Siagnat, 2011: 610). در حقوق مصر نیز بيع شرط را «بيع الوفاء» می‌نامند چراکه مشتری باید به عهد خود که همانا رد مبيع است، در هنگام استرداد ثمن وفا کند (مرسی بک، ۱۹۵۳: ۳۸۳).

حال اگر مشتری تصرفی منافی با حق تقدم بايع در مالکیت نماید، این بحث مطرح می‌شود که این تصرف چه وضعی دارد. برخی از فقها گفته‌اند که مبيع، ملک مشتری بوده لذا مالک می‌تواند

هرگونه تصرفی که بخواهد انجام دهد و در نهایت بدل آن را بدهد. عده‌ای دیگر این معامله را باطل می‌دانند؛ چراکه اصلاً قدرت بر تسلیم با وجود شرطی که مقرر شده، وجود ندارد، بنابراین اگر قدرت بر تسلیم نباشد، معامله باطل است. عده‌ای دیگر آن را غیرنافذ می‌دانند که شیخ انصاری نیز این قول را برمی‌گزیند و صحت و بطلان معامله معارض را مشروط به رد یا اجازه مشروطه می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۲۰/۶: ۶۰).

آنچه روشن است، این مسئله است که ممنوعیت بیان شده، به خاطر ملاحظه حق بایع می‌باشد، اگر بایع حق خود را اعمال نکند و مدت خیار بگذرد، توجیهی وجود ندارد که معامله معارض با حق بایع را نامعتبر بدانیم. به عبارتی مانع نفوذ معامله معارض، با عدم رد تمام ثمن در مدت مقرر، از بین می‌رود. بنابراین می‌توان گفت وضعیت حقوقی معامله دوم عدم نفوذ مراعی است، به این دلیل که ارکان معامله معارض صحیح است و مشتری مال خود را می‌فروشد لذا مشمول معاملات فضولی نمی‌شود با این تفاوت که مانع که همان حق اولویت بایع بر فسخ با پرداخت تمام ثمن در مدت مقرر وجود دارد، حال اگر بایع نتوانست ثمن را در مدت تعیین شده، فراهم کند دلیلی ندارد که معامله را بی‌اعتبار بدانیم، اما تا زمانی که مانع گفته‌شده برطرف نشده، عقد غیرنافذ است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود تا حق بایع نیز محفوظ بماند.

### ۳-۱-۱. پیمان حق تقدم

پیمان حق تقدم، قراردادی است که به موجب آن یک شخص متعهد می‌شود چنانچه تصمیم گرفت که قرارداد منعقد کند، به ذی‌نفع پیمان با رعایت حق اولویت پیشنهاد انعقاد قرارداد بدهد. به این معنا که برخلاف قولنامه، تعهدی بر انجام قرارداد وجود ندارد بلکه تنها زمانی که قصد انجام معامله داشت باید ابتدا به ذی‌نفع پیمان پیشنهاد دهد. این پیمان در اصلاحات جدید حقوق تعهدات فرانسه صراحتاً با عنوان «پیمان حق تقدم» در ماده ۱۱۲۳ قانون تعهدات فرانسه پیش‌بینی شده است.<sup>۱</sup> در حقوق ایران این نوع پیمان بیشتر در شرکت‌های تجاری دیده می‌شود که صاحبان سهام یا شرکاء، متعهد می‌شوند که اگر قصد فروش سهم یا سهم‌الشرکه خود را داشتند، سایر سهام‌داران یا شرکاء بر اشخاص ثالث مقدم باشند. به عبارتی سهام‌داران یا شرکای شرکت دارای حق تقدم در تملک سهام می‌باشند. در بند ۳ ماده ۹ اساسنامه یک شرکت سهامی مقرر شده است که «اگر صاحب سهم بخواهد سهم خود را انتقال دهد باید قصد خود را کتباً به وسیله پست سفارشی به هیئت مدیره شرکت اعلام و هیئت مدیره موظف است در ظرف یک ماه به وسائل مقتضی مراتب را با قید ضرب الاجل

1. Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la prevue des obligations.

(حداکثر یک ماه) به استحضار صاحبان سهام برساند. چنانچه عرضه کننده سهم پس از انقضای مدت تعیین شده، تقاضای مثبت یا منفی از سهام داران دریافت نکرد مجاز است که به هرکس که مایل باشد به فروش رساند».

حال اگر قراردادی با شخص ثالث با نقض پیمان حق تقدم منعقد شود، در رابطه با وضعیت آن قرارداد در حقوق فرانسه چنین آمده است که ذی نفع اگر بخواهد از حق تقدم خویش استفاده کند می‌تواند ابطال آن را از دادگاه بخواهد. البته اگر شخص ثالث جاهل به وجود پیمان حق تقدم باشد، ذی نفع پیمان تنها می‌تواند مطالبه خسارت کند. این همان وضعیتی است که در حقوق ایران عدم نفوذ مراعی نام دارد.<sup>۱</sup> در واقع قرارداد منعقدشده با ثالث از لحاظ ارکان صحت کامل است جز اینکه مانعی بر سر راه این نفوذ قرار دارد و آن مانع حق تقدم ذی نفع پیمان است که اگر از آن بگذرد یا به هر دلیلی رفع شود، معامله نافذ می‌گردد. در غیر این صورت معامله قابل ابطال است مگر اینکه منتقل الیه در معامله معارض از تعهد حق تقدم خبر نداشته باشد و شرایط اعمال ظهور مصحح اعمال حقوقی باشد که در این صورت معامله صحیح است و صاحب حق تنها می‌تواند خسارت بگیرد (کریمی و علاء، ۱۳۹۶: ۱۱).

#### ۴-۱-۱. حق تقدم مستأجر در اجاره به شرط تملیک

پیوند اجاره و بیع در حقوق که «اجاره به شرط تملیک» نامیده می‌شود، اولین بار در سال ۱۳۶۱ توسط شورای پول و اعتبار در حقوق ایران به کار گرفته شد، قراردادی است که به موجب آن، مورد معامله اجاره داده می‌شود و در ضمن آن شرط می‌شود که مالکیت مورد معامله در پایان مدت اجاره در صورت انجام شروط عقد و پرداخت همه اقساط مال الاجاره توسط مستأجر به وی انتقال یابد. مهد این قرارداد و منشأ آن حقوق کامن‌لا است. گرچه نظام کامن‌لا حقوق نوشته نیست، اما قانون‌گذار انگلیس تصمیم گرفت برای حمایت از طرف ضعیف این قرارداد، ماهیت و احکام آن را قانونمند سازد (Dobson, 2013: 405-6). اجاره به شرط تملیک به صورتی که امروزه مطرح است، سابقه فقهی ندارد. البته این نوع قرارداد که ترکیبی از اجاره و بیع است در متون فقهی امامیه مورد اشاره قرار گرفته است (حسینی عاملی، ۱۳۷۰: ۴/۷۵۲).<sup>۲</sup>

۱. در رأی شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران، با شماره پرونده ۹۶۰۹۹۸۰۲۲۶۴۰۰۴۱۸ و شماره دادنامه ۹۷۰۹۹۷۰۲۲۶۴۰۰۴۱۸ که در تاریخ ۱۳۹۷/۰۵/۰۱ صادر شده است به وضعیت عدم نفوذ مراعی در خصوص نقض پیمان حق تقدم طبق اساسنامه شرکت نامبرده، اشاره شده است.  
۲. «بجوز ان یجمع بین شئین مختلفین فماذا فی عقد، کبیع و سلف، او اجاره و بیع، او نکاح و بیع و اجاره...»

پس از بیان مقدمه فوق، همان طور که در تعریف اجاره به شرط تملیک گفته شد مالکیت منتقل نمی‌شود مگر پس از پرداخت تمامی اقساط. به عبارتی دیگر اقساط، بهای مبیع محسوب می‌شود. در مدت اجاره، مبیع از آن مالک است ولی این التزام را دارد که آن را به دیگری انتقال ندهد و آماده نگهدارند تا مستأجر با پرداخت اقساط ثمن، آن را تملک کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ش ۳۲) در واقع مستأجر در تملک مورد معامله حق اولویت دارد و به همین جهت باید ملتزم است که آن را به دیگری انتقال ندهد. حال اگر بایع معامله منافی با این حق تقدم مستأجر انجام دهد به دلیل وجود مانع معامله غیرنافذ است اما اگر مشتری به هر دلیلی نخواهد و یا نتواند مابقی ثمن را در پایان اجاره بپردازد دیگر مانعی بر سر راه نفوذ نیست و معامله خودبه‌خود صحیح می‌شود.

#### ۵-۱-۱. حق تقدم عینی مرتهن

رهن عبارت است از وثیقه‌ای که در صورت تعذر اخذ دین از مدیون، استیفای حق از آن نماید. (شیخ انصاری، ۱۴۲۱: ۸۷). به تعبیر دیگر، رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد تا در صورت عدم ایفای دین، دائن بتواند از ثمن فروش آن طلب خود را استیفاء بنماید. از این رو، در اثر عقد رهن برای مرتهن حق عینی نسبت به عین مرهونه ایجاد می‌شود که به او حق تعقیب می‌دهد و نسبت به استیفای حق خود از قیمت رهن، بر دیگر طلبکاران رجحان می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ش ۲۴۰؛ امامی، ۱/۱۳۹۲: ۵۷۲). حال در رابطه با اینکه معامله معارض با حق تقدم مرتهن چه وضعیتی دارد اختلاف نظر وجود دارد. بعضی فقها قائل به بطلان تصرفات منافی شده‌اند. شیخ انصاری در رابطه با بیع عین مرهونه توسط راهن می‌فرماید: «راهن در فروش عین مرهونه استقلال ندارد و این فتوا مورد اجماع علماست و تنها سخن در این است که آیا بیع عین مرهونه باطل است یا صحت آن منوط به اجازه مرتهن است» و در مقام پاسخ به این سؤال می‌فرماید: «از صراحت سخنان شیخ طوسی در نهاییه و ابن حمزه در وسیله و اکثر علمای متأخر موقوف بودن عقد بر اجازه یا سقوط حق مرتهن به روشنی قابل برداشت است و به نظر ما هم این نظر اقوی است». (انصاری دزفولی، ۱۲۷۵: ۱۸۱) مرحوم شیخ طوسی در این خصوص فرموده‌اند: «چنانچه راهن از طریق بیع یا هبه، در عین مرهونه تصرف نماید تصرفات وی باطل است». (شیخ طوسی، بی تا: ۲۳۱).

در حقوق موضوعه طبق ماده ۷۹۳ قانون مدنی راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن، فرقی نمی‌نماید که تصرف راهن در عین مرهونه عملیات حقوقی باشد یا تصرف مادی؛ زیرا در اثر رهن، عین مرهونه وثیقه دین راهن قرار می‌گیرد تا چنانچه راهن دین خود را در موعد مقرر تأدیه ننماید، مرتهن بتواند فروش آن را تقاضا کند و از ثمن معامله، استیفاء طلب نماید. حال بحث را به تصرفات حقوقی که معارض با حق اولویت مرتهن است متمرکز

می‌کنیم. تصرفات منافی با حق مرتهن ممنوع است مثلاً رهن نمی‌تواند عین مرهونه را بدون حفظ حقوق مرتهن بفروشد و یا صلح و هبه کند ولی می‌تواند عین مرهونه را با قید آنکه در رهن دیگری است به سببی از اسباب به شخص ثالث واگذار نماید در غیر این صورت صحت معامله منوط به اجازه مرتهن است (امامی، ۲/۱۳۹۲: ۳۶۹).

در خصوص فروش و انتقال سرقفلی منافی با حق مرتهن، رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ به این شرح صادر گردید: «مطابق مواد قانون مدنی گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت رهن نمی‌شود لکن برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌نماید که می‌تواند از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفاء کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود، اعم از اینکه معامله رهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه بنا به مراتب مذکور در جایی که بعد از تحقق رهن، مرتهن مال مرهونه را به تصرف رهن داده اقدام رهن در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه به شخص ثالث بدون اذن مرتهن از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست». بنابراین هم در ماده ۷۹۳ قانون مدنی و هم در رأی وحدت رویه وضعیت عدم نفوذ برای معاملات منافی با حق مرتهن مقرر شده است.

نکته‌ای که حائز اهمیت است وضعیت عدم نفوذ مراعی یک راه حل مناسب برای این معاملات معارض است؛ زیرا مراعی وضع حقوقی عقدی است که از حیث مقتضی نقصی ندارد، ولی تعلق حق شخص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ عقد یا تداوم آثار آن می‌گردد. بنابراین از این جهت که عقد با مانع حقوق اشخاص ثالث برخورد کرده است، غیرنافذ است نه باطل و از این جهت که انتظار رفع مانع می‌کشد مراعی است نه موقوف (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۰۱؛ کریمی، ۱۳۹۱: ۵). حال در مورد معاملات معارض با حق مرتهن نیز همین وضعیت جاری است. این معاملات هیچ نقصی از حیث مقتضی ندارند و مانع آن حق مرتهن است که اگر طلب مرتهن به طریقی پرداخت گردد، بیع خود به خود نافذ می‌شود و رد مرتهن نیز دیگر تأثیر نخواهد داشت. (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۷)

## ۲-۱. معامله معارض با حق اولویت ناشی از قانون

### ۲-۱-۱. حق تقدم شفیع در اخذ به شفعه

اختیار تملک سهم فروخته شده با جمع شرایط بیان شده در ماده ۸۰۸ قانون مدنی را حق شفعه گویند که یک حق مالی عینی است، زیرا حق تملک مستقیم مال را به شریک می‌دهد و نیازی به الزام خریدار به انتقال ندارد. البته شفیع ناچار است که برای احراز درستی و نفوذ اقدام خود و اعلام تحقق

تملك بر خریدار اقامه دعوی کند و رأی دادگاه اعلام‌کننده است نه مؤسس و نباید آن را سبب انتقال پنداشت. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۷)

حق شفعه حاوی حق تقدم در تملك است و اجرای این حق منوط به تسليم ثمن است و هرگونه اهمال در دادن ثمن باعث سقوط حق شفعه می‌شود و ناتوانی مالی نیز عذری نیست که بتواند از این سقوط جلوگیری کند، زیرا احتمال روبه‌رو شدن خریدار با شریک (شفیع) معسر و دفع این ضرر ناروا از انگیزه‌های اصلی منوط ساختن تملك به دادن ثمن است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ش ۲۱) حال اگر خریدار آنچه به‌دست آورده با استفاده از عقود تملیکی انتقال دهد، این معاملات معارض با حق شفیع چه حکمی دارد؟ قانون مدنی در ماده ۸۱۶ مقرر داشته: «شفیع با اخذ به شفعه هر معامله‌ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد باطل می‌نماید». حکم به بطلان معاملات خریدار احتمالاً بنابر نظر بعضی از فقیهان امامیه است که این معاملات را باطل دانسته‌اند. (شهیدثانی، ۴/۱۴۰۳: ۴۱۱؛ شیخ طوسی، ۳/۱۳۸۷: ۱۴۱) این درحالی است که قائل شدن بر وضع بطلان این معاملات معارض این نتیجه را در بردارد که این معاملات از ابتدا به دلیل نقضی که در ارکان معامله بوده باطل است، اما اولاً این معاملات تمامی ارکان صحت عقد را دارند ثانیاً همان طور که از ماده برمی‌آید معاملات پیش از اخذ به شفعه دارای نفوذ حقوقی و اثر است. بنابراین بهتر است قائل بر این شد که وضعیت این عقود عدم نفوذ مراعی است زیرا تمامی ارکان صحت معامله را دارند جز اینکه شفیع به‌موجب حقی که دارد می‌تواند با اخذ به شفعه مانعی بر سر راه نفوذ این معاملات ایجاد کند و اگر مانع به دلایلی مانند اسقاط حق، عدم امکان فراهم کردن ثمن، زائل شود این عقود دارای نفوذ حقوقی و اثر بوده و به حیات خود ادامه خواهد داد.

## ۲-۱-۲. حق تقدم سهام‌داران شرکت در خرید سهام جدید

حق تقدم سهام‌داران در پذیره‌نویسی در ماده ۱۶۶ لایحه قانونی اصلاح موادی از قانون تجارت ۱۳۴۷ مقرر شده است. این ماده بیانگر این مطلب است که هر سهام‌دار به نسبت سهامی که در شرکت مالک است در خرید سهام جدید حق تقدم دارد. این حق تقدم یک حق مالی است که تحت شرایطی هم قابل نقل و انتقال است، هم قابل اعراض و هم قابل سلب. ماده ۱۶۶ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «مهلتی که طی آن سهام‌داران می‌توانند حق تقدم مذکور را اعمال کنند کمتر از شصت روز نخواهد بود. این مهلت از روزی که برای پذیره‌نویسی تعیین می‌گردد شروع می‌شود». با توجه به امره بودن این قواعد، نمی‌توان سهام‌داران را وادار کرد قبل از مواعد مزبور از حق تقدم خود اعراض کنند یا آن را به دیگری منتقل کند. به عکس، مجمع عمومی یا هیئت مدیره، در صورتی که مجمع عمومی

تعیین مهلت را به هیئت مدیره واگذار کرده باشد، مجاز است مدتی بیش از شصت روز را برای اعراض یا انتقال حق تقدم تعیین کند (اسکینی، ۱۳۹۱: ۲۵۷).

حال اگر نمایندگان شرکت سهام را بدون رعایت حق تقدم سهام‌داران و رعایت مهلت به اشخاص دیگری منتقل کنند، گرچه عدم رعایت حق تقدم صاحبان سهام نسبت به پذیره‌نویسی سهام جدید موجب محکومیت رییس و اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل به جزای نقدی خواهد بود (فرحناکیان، ۱۳۹۱: ۸۲۲) لیکن این انتقال معارض به دلیل برخورد با حق تقدم سهام‌داران چه وضعیتی خواهد داشت. این معامله انتقال سهام از لحاظ شرایط عمومی صحت معاملات کامل است حال اگر سهام‌داران در مهلت قانونی از حق خود اعراض کنند و از آن استفاده نکنند و آن مانع رفع شود، به نظر می‌رسد دیگر مانعی برای بطلان این انتقال وجود ندارد. لذا بهتر است گفته شود وضع این انتقال عدم نفوذ مراعی است که در صورت رفع مانع به هر طریقی، معامله صحیح خواهد بود.

### ۳-۲-۱. حق تقدم مستأجر دارای حق سرقتی

حق سرقتی عبارت است از «حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد». در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت، عبارت است از: «حقی که تاجر یا صنعتگر در نتیجه جلب مشتری و شهرت و فعالیت خود، برای محل کارش قائل می‌شود.» (ستوده، ۱/۱۳۹۵: ۶۸؛ کشاورز، ۱۳۸۹: ۱۸ و ۳۷) همچنین در تعریف دیگری از حق کسب و پیشه و تجارت آمده است: «حقی است که تاجر و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند. این حق ناشی از تقدم در اجاره، حسن شهرت، جمع‌آوری مشتری و رونق کسبی است که بر اثر عملکرد مستأجر محل به وجود آمده است.» (احمدی، ۱۳۷۴: ۶۸).

حق کسب و پیشه که در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ پیش‌بینی شده، نوعی حق تقدم در اجاره محل کسب است. در واقع مؤسسات تجاری، اغلب اوقات در ساختمان‌هایی تأسیس می‌شوند که مالکیت آن‌ها متعلق به دیگران است. حال مستأجر با توجه به کوشش و فعالیت و پشتکاری که دارد و همچنین کیفیت و مرغوبیت کالا موجب جلب مشتری بیشتری می‌شود و همین موجب ایجاد حقی برای مستأجر نسبت به عین مستأجره می‌شود، زیرا تاجری که عده‌ای را به عنوان مشتری به محل کسب خود جلب کرده، ارزش محل را چند برابر نموده است، از این‌رو، هر کس جانشین او شود از نتیجه فعالیت سابق او استفاده خواهد کرد. از طرف دیگر، چنانچه مالک محل کار تاجر، آزادانه بتواند تاجر را از ملک خود بیرون کند، نه تنها تاجر را از حقوق مکتسبه خود محروم خواهد نمود، بلکه بلاجهت از نتیجه و ثمره فعالیت او استفاده خواهد کرد (ستوده، ۱/۱۳۹۵: ۸۹-۹۰).

قانون‌گذار در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ از این حق تقدم با عنوان حق سرقفلی یاد کرده است و بر اساس آن، هنگامی که مالک ملک تجاری با دریافت سرقفلی، ملک را اجاره می‌دهد، علاوه بر حق انتفاع از منافع ملک یاد شده، این امتیاز را به مستأجر می‌دهد که در پایان مدت اجاره، بتواند به اقامت خود در محل با اجاره‌بهای متعارفی ادامه دهد. در عین حال این امکان برای مستأجر فراهم است که به اجاره محل ادامه دهد یا در صورت انتقال اجاره به مستأجر مبلغی در مقابل این حق از او بگیرد و اگر قصد تخلیه محل و تحویل آن به موجر را نمود، از مالک مبلغی دریافت نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۱). برداشت عرف نیز همین طور است، وقتی مالکی ملک تجاری خود را با دریافت سرقفلی اجاره می‌دهد این‌گونه نیست که این سرقفلی جزئی از مال الاجاره باشد و بعد از اتمام مدت، مستأجر هیچ حقی نسبت به ملک نداشته باشد. بلکه از دید عرف، با چنین معامله‌ای فقط ملک در دست مالک باقی می‌ماند که می‌تواند اجاره‌بهای متعارف آن را دریافت نماید، ولی اداره محل، تخلیه آن یا واگذاری به مستأجر دیگر، در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که حق سرقفلی حقی است که حق تقدم در اجاره محل کسب برای مستأجر فراهم می‌کند. حال اگر موجر برخلاف این حق تقدم معامله معارضی انجام دهد، وضعیت این معامله معارض با این حق اولویت، عدم نفوذ مراعی است و در صورتی که مستأجر حق خویش را بگیرد خود به خود معامله نافذ می‌گردد.

#### ۴-۲-۱. حق تقدم طلبکاران بر مال بدهکار در معاملات به قصد فرار از دین

مهم‌ترین تکلیف بدهکار پرداخت دین است و به این منظور باید تلاش توأم با رعایت حقوق طلبکاران داشته باشد. مدیون اگرچه در معاملاتی که با اموال خود می‌نماید آزادی قراردادی دارد اما این آزادی تا جایی تحمل‌پذیر است که آلوده به نیرنگ نشود و حيله‌ای به همراه نداشته باشد. به این دلیل که طلبکاران نسبت به اموال مدیون حقی دارند و در واقع اموال مدیون وثیقه عمومی طلبکاران است (امامی، ۱/۱۳۹۲: ۲۲۷). بنابراین این حق محترم است و اگر متعهدی به قصد پنهان کردن دارایی خود و محروم ساختن طلبکاران معامله‌ای به قصد فرار از دین انجام دهد به این انگیزه که اجرای حق طلبکار را با مانعی واقعی و ارادی روبه‌رو سازد، این معاملات معارض با حق طلبکاران معتبر نخواهد بود. ماده ۲۱۸ چنین معامله‌ای را نافذ نمی‌داند ولی در اصلاح سال ۶۱ این ماده را کمیسیون قضایی مجلس حذف کرد. حال این سؤال مطرح می‌شود آیا بدهکار می‌تواند اموال خود را به قصد فرار از دین به دیگران انتقال دهد و با نیرنگ خویش را دور از دسترس طلبکاران قرار دهد؟

التزام به نفوذ معامله‌ای که مدیون برای اضرار طلبکاران انجام می‌دهد امری است نامعقول که قانون‌گذار نسبت داده نمی‌شود. در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت مالی پیشین (مصوب

۱۳۷۷) و سپس در ماده ۲۱ قانون جدید مصوب ۱۳۹۴ که با تغییر اندک همان حکم مقرر در ماده ۴ قانون پیشین را تکرار کرده است، در رابطه با وضعیت حقوقی معاملات به قصد فرار از دین که معارض با حق طلبکاران است، صراحتاً مطلبی بیان نشده است. ممکن است گفته شود با توجه به جنبه کیفری این معاملات، اساساً باطل هستند چراکه قواعد کیفری مربوط به نظم عمومی است و قراردادهای مخالف نظم عمومی اصولاً باطل و از درجه اعتبار ساقط است (ماده ۹۷۵ قانون مدنی) با وجود این، از آنجا که هدف قانون در درجه اول حمایت از منافع بستانکار است، نه دفاع از منافع عمومی و با توجه به عبارت قانون که از «ملکیت انتقال گیرنده» سخن گفته و بدین سان امکان انتقال مالکیت از طریق این معامله را شناخته است، استنباط می‌شود که معامله بین طرفین نافذ است و در عین حال، تنها بستانکار تا حدی که برای استیفای طلب او لازم باشد معامله را رد می‌کند، لذا وضعیت معامله عدم نفوذ مراعی است (صفایی، ۱۳۹۶: ۱۶۳).

همچنین در ماده ۶۵ قانون مدنی که مشابه با مورد بیان شده است: «صحت وقفی که به علت اضرار به دیان واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است» در واقع مفاد این ماده تعبیری دیگر از حکم ماده ۲۱۸ در مورد وقف است. منوط شدن صحت وقف به اجازه طلبکاران درست به معنی عدم نفوذ آن است (کاتوزیان، ۲/۱۳۹۲: ۲۷۴). عقد وقف خصوصیتی ندارد که ماده ۶۵ را ویژه آن کند پس باید گفت حکم معامله معارض با حق طلبکاران که به قصد فرار از دین و اضرار به طلبکاران واقع شده است منوط به اجازه طلبکاران است و نفوذ حقوقی ندارد، البته این عدم نفوذ مراعی است چراکه اگر مدیون طلب طلبکاران را به طریقی پرداخت کند، دلیلی بر نافذ نداشتن این معامله باقی نمی‌ماند و مانع عدم نفوذ برداشته می‌شود؛ زیرا معامله انجام شده از لحاظ تراضی و سایر ارکان داخلی آن نقصی ندارد جز اینکه معارض با حقوق طلبکاران است، لذا اگر این مانع برداشته شود و طلب به طریقی پرداخت گردد، معامله معتبر خواهد بود.

#### ۵-۲-۱. حق تقدم طلبکاران میت در ماترک نسبت به ورثه

وضعیت اموال مورث پس از فوت و پیش از تصفیه مقاداری پیچیده است، از یک سو در اثر فوت صلاحیت تملک را از دست داده است و دارایی به جامانده را نمی‌توان به او نسبت داد. از سوی دیگر مالکیت وارثان هنوز مراعی است و استقرار نیافته است. بیشتر نویسندگان چگونگی تعلق این حقوق را بر ترکه به وثیقه مانند کرده‌اند و بیان می‌دارند، ترکه وثیقه طلبکاران است و به همین جهت وارثان پیش از تصفیه و ادای دیون حق تصرف در ترکه را ندارند (امامی، ۳/۱۳۹۲، ش ۱۹۰؛ موسی عمید، ۱۳۴۲: ۷۸؛ حسینی عاملی، ۸/۱۳۷۹: ۸۹؛ شهید ثانی، ۲/۱۴۱۳: ۳۰۴) و تصرف ورثه قبل از ادای دیون را حرجی عظیم می‌دانند (بهبهانی، بی تا: ۵۱۱) و بعضی مؤلفان هم حق طلبکاران عادی را به

حقی که زوجه بر اعیان املاک و اشجار شوهر متوفای خود دارد مانند کرده‌اند، بدین تعبیر که اگر وارثان بدهی را نپردازند، آنان می‌توانند از عین ترکه استیفای طلب کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۵). بعضی نیز مبنای منع وارثان از تصرف در میراث تحقق‌یافته نیز وجود شخصیت حقوقی ترکه می‌دانند که مدیر و اقامتگاه و دارایی و دیون ویژه دارد. ارث با مرگ مورث تحقق می‌یابد، منتها آنچه به وارثان انتقال یافته، آورده آنان در شخصیت حقوقی و جزئی از دارایی آن است. بنابراین وارثان تا زمانی که شرکت منحل نشده است، حق تصرف ندارند و استقرار و کمال مالکیت آنان منوط به انحلال شخصیت حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۶۸).

بنا بر آنچه بیان شد، اگرچه در مورد مبنای منع وارثان اختلاف نظر است اما آنچه مسلم است، این واقعیت است که به دلیل حفظ حقوق طلبکاران، ورثه از تصرف منافی حقوق طلبکاران ممنوع هستند و در مقام نخست طلبکاران با وثیقه و سپس بستانکاران عادی دارای حق تقدم نسبت به وراثت در تملک دارایی هستند. حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر پیش از آنکه طلبکاران حق خود را از دارایی متوفی بستانند، وراثت تصرفات ممنوعه انجام دهند و معاملاتی نمایند که منافی حق طلبکاران است، حکم این معاملات معارض چه خواهد بود. اگر وراثت بتوانند مطالبات طلبکاران را پرداخت کنند و مانع صحت این معاملات برطرف شود دیگر دلیلی بر عدم نفوذ این معاملات وجود نخواهد داشت و پس از تأمین حقوق طلبکاران، معاملات خودبه‌خود صحیح می‌شوند.

## ۲. حکم معاملات معارض با حق اولویت

پس از بررسی مصادیقی از حق اولویت، این بحث مطرح می‌شود که معامله معارض با این حق، چه وضعیت حقوقی دارد. اگر چه ذیل مصادیق بیان شده، مطالبی در خصوص حکم معامله معارض و اختلاف نظرهایی که خاص همان مصداق بود بیان گردید، لیکن دسته‌بندی کلی و یکسان‌سازی حکم مترتب بر این معاملات معارض در مبحث حاضر بررسی می‌شود.

### ۲-۱. حکم به راه حل نهایی؛ صحت و بطلان

در مصادیق جمع‌آوری شده از حق اولویت، نظرات متعددی در رابطه با معاملات معارض با آن‌ها بیان گردیده است. به عقیده فقها و حقوق‌دانان وضعیت معامله معارض در مصادیقی صحت و در برخی بطلان است. به این بیان که برخی حق اولویت ایجاد شده را یک حق عینی نمی‌دانند. با این استدلال که حقوق عینی در حقوق ایران (ماده ۲۹ قانون مدنی) احصا شده‌اند و غیر از موارد احصائی حقوق عینی دیگری نیست، لذا معتقدند حق ایجاد شده برای متعهدله حق دینی است و طبق قاعده کلی، معاملات معارض با حق دینی صحیح است و فقط در صورت زیان متعهدله، متعهد باید زیان او را جبران نماید و در نتیجه چنین معامله‌ای را صحیح و متعهدله را مستحق جبران خسارت

می‌دانند. (صفایی، ۱۳۹۶: ۴۵۰؛ امامی، ۳/۱۳۹۲: ۳۶۹) البته در برخی مصادیق دیگر، مانند حق اولویت مرتهن عقیده دارند که اگر راهن بدون حفظ حقوق مرتهن مورد رهن را انتقال دهد، عقد زیان‌بار و غیرنافذ است و به عبارتی، راه حل میانه را برگزیده‌اند.

در مقابل، عده‌ای معتقدند تعهد ایجاد حق تقدم چه با منشأ قانونی و چه قراردادی مانند هر تعهد مشروع دیگری لازم‌الوفا است و متعهد مکلف به اجرای مفاد آن است. به عبارتی، این تعهد به‌طور ضمنی حاوی شرط اسقاط حق تصرف مخالف با مفاد آن و نگهداری مال مذکور نیز است. بنابراین نباید خلاف آن معامله‌ای انجام گیرد و با اعمال حق خود وسیله‌ی اضرار به دیگری گردد. به این دلیل که تصرف منافی، نوعی سوءاستفاده از حق می‌باشد که به‌موجب اصل ۴۰ قانون اساسی ممنوع است لذا معامله‌ی معارض با آن قابل ابطال است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ش ۲۷). لذا معتقدند حق ایجاد شده برای اشخاص چه ناشی از توافق باشد و چه قانون، محترم است و معامله‌ی معارض با آن باطل است. مانند معامله‌ی معارض با حق تقدم شریک در أخذ به شفعه که به جهت تنافی با حق شفیع، باطل می‌دانند. (شهید ثانی، ۲/۱۴۱۳: ۴۱۱؛ شیخ طوسی، ۳/۱۳۸۷: ۱۴۱)

اختلاف نظر در تعیین وضعیت معاملات معارض با حق اولویت نسبت به مصادیق مختلف، در حالی است که صورت مسئله واحد است و آن نقض حق اولویت ذی‌نفع با انجام معامله‌ی معارض با آن است، بنابراین یک وضعیت حقوقی واحد باید بر مصادیق مذکور جاری شود تا بتوان در تمام مصادیق که ویژگی اصلی واحدی دارند، حکم یکسانی بار کرد و این‌گونه اختلاف نظرها در مورد یک مسئله با ویژگی واحد، موجب تشتت در آراء دادگستری نیز خواهد شد.

## ۲-۲. حکم به راه حل میانه؛ عدم نفوذ مراعی

به‌منظور ساماندهی و تعیین وضعیت معامله‌ی معارض با حق اولویت آنچه حائز اهمیت است به خطر افتادن منافع صاحب حق اولویت با انجام معامله‌ی معارض است. اگر منافع طور دیگری تأمین شود و یا صاحب حق از آن بگذرد، دیگر دلیلی بر بطلان معامله‌ی معارض نیست و معامله‌ی نافذ و منشأ اثر می‌شود و در غیر این صورت معامله‌ی معارض از سوی ذی‌نفع قابل ابطال است. به عبارتی دیگر، در تمامی مصادیق یک تعهد چه با منشأ قانونی و چه توافق، بر ذمه‌ی متعهد ثابت است و در مقابل این تعهد، حتی به سود ذی‌نفع نسبت به مال متعلق به متعهد وجود دارد و اثر لازم‌الاجرا بودن تعهد مربوط به مال معین، بی‌اعتباری اعمال حقوقی است که با انجام تعهد مذکور منافات داشته باشد و در صورت انتقال به ثالث، عقد مزبور به‌لحاظ تصرف در حق عینی متعهدله غیرنافذ است چراکه بی‌تردید «از حکم وضعی لزوم اجرای تعهد، می‌توان عرفاً بی‌اعتباری عمل حقوقی ناسازگار با اجرای تعهد را استنباط کرد چه اینکه عرفاً نمی‌توان پذیرفت در عین حال که اجرای تعهدی مانند فروش

مالی معین به متعهدله قانوناً لازم باشد، انتقال آن مال به ثالث و منتفی کردن زمینه اجرای تعهد مزبور به وسیله شخص متعهد نیز معتبر و قانوناً ممکن باشد<sup>۱</sup>). (شهیدی، بی تا: ۷۸-۷۷)

بنابراین وضعیت معامله معارض با حق اولویت عدم نفوذ است از نوع مراعی یعنی وضعیتی که در آن، ارکان صحت عقد فراهم و به عبارتی مقتضی موجود است، جز اینکه بر سر راه این نفوذ، مانع که همان حق اولویت ذی نفع است، وجود دارد که در صورت رفع مانع و تأمین حق وی معامله خودبه خود صحیح می شود و دیگر دلیلی بر اعلام رد یا قبول ذی نفع وجود ندارد و در غیر این صورت قابل ابطال از سوی ذی نفع است. به همین جهت است که در عدم نفوذ مراعی برخلاف عدم نفوذ موقوف رد ابتدایی معامله را برهم نمی زند، بلکه نیاز به ابراز رد نهایی است. به عبارتی، در عدم نفوذ موقوف به محض رد کردن ذی نفع، عمل حقوقی باطل می شود ولی در عدم نفوذ مراعی با رد ابتدایی معامله از بین نمی رود مگر به مرحله ای برسد که حق ذی نفع تأمین نشود، در این صورت رد مؤثر واقع می شود. به همین جهت است که برخلاف معامله فضولی که در آن رد ابتدایی مبطل معامله است در معامله ای که عدم نفوذ مراعی است اگر معامله را رد کند، می تواند بعد از رد معامله، آن را اجازه کند و یا اگر به طریقی موجبات رد از بین رفت، مانع نفوذ برطرف و معامله خودبه خود صحیح می شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۳۹۷).

پس از روشن شدن وضعیت حقوقی معاملات معارض ذکر این نکته لازم است که در مواردی طرف معامله معارض اگر به ظاهر اعتماد کرده و اعتمادش هم نوعی باشد و پس از بررسی های لازم عمل حقوقی را منعقد نموده باشد، بهتر است به دلیل امنیت قضایی و تنظیم عادلانه روابط افراد در جامعه، این ظاهر را مصحح اعمال حقوقی دانست که در این صورت صاحب حق تنها می تواند مطالبه خسارت از متعهد کند. همان راه حلی که در اصلاحات حقوق تعهدات فرانسه در ماده ۱۱۲۳ در رابطه با نقض ضمانت اجرای پیمان حق تقدم گفته شده است. طبق این ماده اگر ثالث از حق تقدم ذی نفع مطلع باشد، می تواند دعوای بطلان معامله معارض را طرح نماید. لیکن اگر ثالث از حق تقدم هیچ اطلاعی نداشته باشد ذی نفع تنها می تواند مطالبه خسارت کند. (کریمی و علاء، ۱۳۹۶: ۱۱) البته در مصادیقی که حق اولویت منشأ قانونی دارد، شخص ثالث آگاه فرض می شود و تنها در مواردی که این حق ناشی از توافق است ثالث می تواند از تئوری ظهور بهره گیرد.

1. Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la prevue des obligations.

## نتیجه

حق اولویت اعم از اینکه منشأ ارادی یا قانونی داشته باشد، موجب ایجاد حق تقدم در انجام عمل حقوقی یا استیفای حق از مال معینی برای شخص ذی‌نفع می‌شود. مصادیق متعددی از حق اولویت در حقوق وجود دارد که بارزترین آن‌ها در پژوهش حاضر بیان شد. درخصوص ماهیت حق اولویت، برخی معتقدند حق دینی برای صاحب آن ایجاد می‌کند، این درحالی است که این حق چهره‌ای دوگانه دارد و در عین حال که حقی است دینی، برای ذی‌نفع، نسبت به مال متعهد حق تقدم در انجام عمل حقوقی یا در استیفای حق ایجاد می‌کند و ذی‌نفع مالکیت بالقوه بر آن مال پیدا می‌کند که نوعی حق عینی است. حال اگر این حق با انجام معامله معارض نقض شود، درخصوص وضعیت معامله معارض اختلاف نظر وجود دارد. کسانی که حق اولویت را موجب حق دینی می‌دانند معامله معارض با آن را صحیح و معتقدند ذی‌نفع مستحق جبران خسارت است. برخی نیز در مواردی، قائل بر بطلان معامله معارض هستند با این استدلال که تعهد اعم از قانونی یا قراردادی به‌طور ضمنی حاوی شرط اسقاط حق تصرف مخالف با مفاد آن و نگهداری مال مذکور است. آنچه روشن است میان مصادیق مختلف بیان شده یک ویژگی مشترک وجود دارد و آن به‌خطر افتادن منافع صاحب حق اولویت با انجام معامله معارض است که اگر منافع طور دیگری تأمین شد و یا صاحب حق از آن بگذرد، دیگر دلیلی بر بطلان معامله معارض نیست و معامله نافذ و منشأ اثر می‌شود و در غیر این صورت معامله معارض از سوی ذی‌نفع قابل ابطال است. به عبارتی، صحت قراردادها تا جایی که امکان دارد باید حفظ شود و در عین حال حق ذی‌نفع نیز تأمین گردد. به همین جهت، رد ابتدائی ذی‌نفع مؤثر نیست و اگر در نهایت حق صاحب اولویت به طریق دیگری تأمین نشود، می‌تواند معامله معارض را رد کند و این رد نهایی مؤثر واقع می‌شود که تعبیر حقوقی این معامله غیرنافذ مراعی است. بنابراین حکم به راه حل میانه یعنی وضعیت حقوقی عدم نفوذ مراعی برای معاملات معارض با حق اولویت مناسب و منطقی است که نه تنها حقوق ذی‌نفع را تأمین کند، موجب حفظ صحت قرارداد به‌منظور حفظ امنیت قضایی نیز می‌شود.

## منابع

## فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، جلد‌های ۱ و ۲، تهران: ناشر اسلامیه.
- احمدی، نعمت (۱۳۷۴)، بررسی قانون روابط موجر و مستأجر، تهران: انتشارات اطلس.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۱)، شرکت‌های تجاری، جلد دوم. تهران: انتشارات سمت.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، ج ۴ و ۵، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: رهن و صلح، چاپ سوم. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، کتاب ارث، تهران: نشر دانشگاه تهران
- خلیلی، حلیمه (۱۳۹۵)، «تصرف عین مرهونه از سوی راهن، در فقه امامیه و قوانین موضوعه»، مطالعات علوم انسانی، شماره ۲، دوره ۲.
- ستوده، حسن (۱۳۹۵)، حقوق تجارت، تهران: چاپ دادگستر.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۱)، «قرارداد تشکیل بیع»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، حقوق مدنی شش، تهران: مجد.
- صفایی، حسین (۱۳۹۶)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات میزان.
- عمید، موسی (۱۳۴۲)، ارث در حقوق مدنی ایران، تهران: کتابخانه مجلس شورای اسلامی.
- فرحناکیان، فرشید (۱۳۹۱)، حقوق تجارت در نظم حقوقی کنونی، تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث)، چاپ چهاردهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، اموال و مالکیت، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد)، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کشاورز، بهمن (۱۳۸۹)، حق سرفقلی و کسب و پیشه و تجارت، تهران: انتشارات کشاورز.
- کریمی، عباس (۱۳۹۱)، «تلاش برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های علوم قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.
- کریمی، عباس و مهدی علاء (۱۳۹۶)، «چالش حقوقی معاملات شخص با حسن نیت و راهکار آن»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، شماره ۷.

## عربی

- انصاری دزفولی، مرتضی (۱۴۲۱)، صیغ العقود و الایقات، قم: مجمع اندیشه اسلامی.

- انصاری دزفولی، مرتضی (۱۴۲۰)، مکاسب، جلد ۴ و ۶، قم: مؤسسه نشر آثار تفکر اسلامی.
- بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۸۹)، القواعد الفقهیه، نجف: مطبه الاداب.
- بهبهانی، وحید (بی تا)، مقام الفضل، نرم افزار فقه جامع اهل بیت، جلد ۲.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۳۷۹)، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد چهارم و هشتم، المطبعه العلمیه.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن (بی تا)، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، جلد ۴، قم: المطبعه العلمیه.
- شهید ثانی (۱۴۱۳)، مسالک الافهام، جلد ۲، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شهید ثانی (۱۴۰۳ق)، شرح لمعه، جلد ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المسبوط فی فقه الامامیه، جلدهای ۲ و ۴، قم: مکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، الخلاف، جلد ۲، قم: دار المعارف الاسلامیه.
- مرسى بك، محمد كامل (۱۹۵۳م)، شرح القانون المدنى الجديد العقود المسماه، الجزء السادس، مصر: المطبعه العالمیه.
- یزدی. محمد کاظم طباطبایی (۱۴۱۵)، سؤال و جواب (للسید یزدی)، قم: مرکز نشر العلوم الاسلامیه.

#### انگلیسی

- Dobson. Paul. (2013). "Char less worth's Business Law". 6th ed. London. Sweet and Maxwell. Electronic reproduction: Amazon Global Store UK.
- Planiol. Marcel et George. Ripert. (2015) "Traité pratique de Droit Civil". Volume 10. Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- La cantinerie. Baudry et Leo Siagnat. (2011). "Traité Théorique et pratique de Droit Civil De la Vente et De L'échanger". Electronic reproduction: HathiTrust Digital Library, 2011. MiAaHDL.
- Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la prevue des obligatiions. [www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte](http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte) 14:30,1397/10/30.