

# تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی

عباس کریمی<sup>1</sup>

(تاریخ دریافت: 1391/01/26 - تاریخ تصویب: 1391/04/14)

## چکیده:

در این مقاله تلاش‌هایی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی صورت گرفت و هدف از انجام آن کشف و شناسایی نظریه عدم نفوذ مراعی و ساماندهی آن و ایجاد قاعده‌ای بود که در حقوق امروزی ایران قابلیت اعمال داشته باشد. در این مقاله با این سؤال مواجه بودیم که از حیث احکام و آثار چه فرقی میان عدم نفوذ موقوف و مراعی وجود دارد و نظریه عدم نفوذ مراعی در چه مواردی اعمال می‌شود و به این نتیجه رسیدیم که برخلاف عقد موقوف، عقد مراعی برای نافذ شدن نیازمند اجازه کسی که حقی در موضوع قرارداد دارد نیست، بلکه تأمین بعدی حقوق وی، موجب کمال و صحت قرارداد خواهد شد و باید بر این نظر بود که در اینگونه موارد قرارداد خود به خود نافذ می‌شود؛ حتی اگر شخص ذینفع، قرارداد غیر نافذ مراعی را رد کرده باشد. همچنین عدم نفوذ مراعی در مواردی اعمال می‌شود که قراردادی به زیان شخص ثالث منعقد شود و طلب یا مالکیت بالقوه او را نادیده بگیرد. با مطالعه مصادیق این نهاد، به نظر می‌رسد که عدم نفوذ مندرج در رأی وحدت رویه شماره 620 مورخ 1376/9/20 را باید به معنای عدم نفوذ مراعی دانست. از طرف دیگر، نهاد عدم قابلیت استناد که با ترجمه تحت اللفظی اصطلاح «*inopposabilité*» وارد نظام حقوقی ایران شده، با وجود نهاد «عدم نفوذ مراعی» کارایی ندارد و پیشنهاد می‌شود اصطلاح اخیر به عنوان معادل بومی آن به کار گرفته شود.

**واژگان کلیدی:** عدم نفوذ، مراعی، موقوف، عدم قابلیت استناد، شخص ثالث.

1- استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

**مقدمه:**

در کنار صحت و بطلان، یکی از وضعیت‌های عقود عدم نفوذ است، ولی دقت در مصادیق متعدد آن نشان می‌دهد که تمام آنها از احکام و آثار واحدی پیروی نمی‌کنند. به عنوان مثال در عقد فضولی، به دلیل فقدان یکی از شرایط اعتبار عقد (رضایت مالک)، تا حصول آن شرط، عقد مزبور فاقد اثر است و فقط در صورت حصول آن شرط نافذ می‌گردد؛ ولی در جایی که راهن مورد رهن را می‌فروشد، شرایط لازم برای انعقاد عقد وجود دارد و فقط تعلق حق شخص ثالث مانع نفوذ آن می‌شود، بنابراین هرگاه مانع مرتفع گردد، به حکم عقل باید عقد مزبور مؤثر واقع شود، حتی اگر طلبکار به معامله مزبور رضایت ندهد و چه بسا آن را رد کرده باشد. در واقع، برخلاف مورد قبلی، برای عدم نفوذ چنین عقدی لازم نیست که ضمانت اجرای موقوف مقرر شود، بلکه طبق اصل صحت و اصل عدم زیادت، باید به ضمانت اجرای خفیف‌تر از آن، که برای حفظ حقوق اشخاص ثالث کافی باشد، بسنده کرد. دشواری کار دقیقاً از همین جا شروع می‌شود که چگونه می‌توان بین مصادیق متعدد عدم نفوذ تفکیک قائل شد. پاسخ به این سؤال جز با بررسی فقهی مسأله ممکن نیست، ولی از آنجا که در فقه امامیه به طور مستقل و جداگانه به این بحث پرداخته نشده، ناچار باید مصادیق مختلف را از منظر فقهی بررسی کرد و از تفاوت در آثار و احکام آنها اقدام به شناسایی قاعده نمود. خوشبختانه در بحث حاضر، هرچند بررسی عمیقی نه در فقه و نه در حقوق موضوعه راجع به این امر صورت نگرفته است، ولی جعل اصطلاح شده و تعداد معدودی از فقها مراعی را در برابر موقوف نهاده‌اند.

سؤال این است که بین عقد موقوف و مراعی از حیث احکام و آثار چه فرقی وجود دارد و موارد کاربرد آنها چیست؟ برای پاسخ به این سؤال بهتر است ابتدا مفهوم عدم نفوذ مراعی مشخص شود و تفاوت‌های آن با مفاهیم مشابه از حیث ماهیت و آثار معلوم گردد (مبحث اول) و سپس رایج‌ترین مصادیق آن مورد بررسی قرار گیرد (مبحث دوم) تا زمینه مناسب برای ساماندهی نظریه فراهم گردد.

### مبحث اول - مفهوم عدم نفوذ مراعی:

به منظور روشن نمودن مفهوم عدم نفوذ مراعی، طبیعی است که باید تعریف جامع و مانعی از آن به دست داد (بند اول)، لیکن تا زمانی که این نهاد با مفاهیم مشابه مقایسه نگردد، مرزهای این مفهوم ترسیم نخواهد شد (بند دوم).

### بند اول - تعریف عدم نفوذ مراعی:

به دلیل عدم توجه خاص به نظریه عدم نفوذ مراعی در فقه امامیه و حقوق موضوعه و مهجور ماندن آن، به عنوان تمهید مقدمه برای تعریف آن بهتر است ابتدا مفهوم «عدم نفوذ» و «مراعی» مشخص گردد تا آنگاه بتوان عبارت را در مجموع مورد بازشناسی قرار داد.

### الف) تعریف اجزای عدم نفوذ مراعی:

در اصطلاح حقوقی «عدم نفوذ» وصف عقد غیر نافذ است (جعفری لنگرودی، 1378، ج 4/2510). هر چند در خصوص صحت یا بطلان عقد غیر نافذ پیش از تنفیذ بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد (کاتوزیان، 1388، ج 3/345؛ شهیدی، 1388، ج 2/21-22)، ولی در مورد اثر عقد غیرنافذ اختلافی بین آنان مشاهده نمی‌شود و در تعریف آن گفته اند: عقد غیرنافذ عقدی است که فاقد اثر حقوقی است که قانون برای آن عقد در حالت نفوذ می‌شناسد، ولی با اجازه بعدی می‌توان آن را آغاز انعقاد تنفیذ کرد (شهیدی، همان، ص 22- جعفری لنگرودی، 1378، ص 4). برخی دیگر در تعریف عقد غیرنافذ می‌نویسند: عقدی است موقوف که اجازه به آن تحرک و نفوذ می‌بخشد (کاتوزیان، همان، ص 344). از این تعاریف چنین بر می‌آید که حقوقدانان، عقد غیرنافذ را بر مبنای عقد فضولی و اکراهی که مصادیق بارز عدم نفوذ موقوف هستند، تعریف کرده‌اند. در حالی که عدم نفوذ معنای عام‌تری دارد و می‌توان آن را به عدم نفوذ موقوف و عدم نفوذ مراعی تقسیم کرد و در تعریف آن گفت: عقد غیرنافذ عقدی است که واجد ارکان اساسی عقد است، لیکن

تأثیر آن منوط به کمال علت تامه عقد است. گاهی یکی از شرایطی که در کنار موجب، تشکیل مقتضی می‌دهد وجود ندارد و از این جهت علت تامه کامل نیست (همانند عدم رضایت مالک و یا مکره) و گاهی مقتضی کامل است، لیکن وجود مانع (حق ثالث) از تأثیر عقد جلوگیری می‌کند. این تعریف نشان می‌دهد که اولاً عدم نفوذ اعم است از موقوف و مراعی و ثانیاً در عدم نفوذ موقوف، تأثیر عقد موقوف بر حصول شرط است، اما در عدم نفوذ مراعی عقد در حالت انتظار برای رفع مانع است.

**5- «مراعی»** اسم مفعول از باب مفاعله است که مصدر آن مراعات (مراعاة) است. مراعاة در لغت به معنای نیک نگریستن، حفظ کردن و رعایت کردن حق کسی، دیدن پایان کار، مراقبت کردن در کاری و نگریستن به اینکه چگونه می‌گذرد و چه خواهد شد آمده است (دهخدا، 1377، ص 13، ذیل واژه مراعاة؛ معین، 1371، ص 3) ذیل واژه مراعات (مراعاة). با لحاظ همین معنای لغوی است که گفته شده مراعی به معنای منتظر و مراعات به معنای انتظار است (جعفری لنگرودی، 1378، ص 101).

با ملاحظه مطالب فوق باید گفت که معنی اصطلاحی مراعی از معنی لغوی آن دور نیفتاده است و می‌توان آن را انتظار برای رفع مانع دانست. در واقع حقوق اشخاص ثالث که به مورد معامله تعلق گرفته است، مانع از نفوذ و جریان آثار عقد یا مانع از تداوم آن<sup>1</sup> است. بنابراین در حالت انتظار برای رفع مانع به سر می‌برد.<sup>2</sup>

1- در برخی از مصادیق عدم نفوذ مراعی، مثل بیع عین مرهونه یا ترکه، تعلق حق ثالث مانع از نفوذ عقد است و برخی دیگر مثل تعلق حق شفیع به حصه فروخته شده، مانع از تداوم آثار آن است. به این معنی که شفیع می‌تواند با اخذ به شفعه از ادامه آثار عقد بیع جلوگیری کند.

2- از عبارت برخی از فقها نیز این امر برداشت می‌شود. مرحوم میرزای نائینی درخصوص اثر اجازه مرتهن می‌نویسد: «لان اجازه المرتهن توجب رفع المنع عن تأثیر بیع الراهن فالبیع الصادر عنه صادر عن اهله... الا ان تعلق حق المرتهن بمتعلقه كان اوقفه عن النفوذ فكان بیعه كان معلقا فی الهواء منتظراً فی تأثیره لرفع المنع عن تأثیر و هو حق المرتهن والاجازه توجب ارتفاع المنع عن تأثیره و بعد ارتفاعه یؤثر اثره لامحاله ان الوقوف عن تأثیره كان لاجل وجود المنع و لا محاله منتظره فی التأثیر بعد ارتفاعه» (نائینی، 1413ه.ق، ج 2/461-462).

### ب) تعریف ترکیبی عدم نفوذ مراعی:

از لحاظ اصطلاحی گفته شده است: «مراعی وضع حقوقی عقدی است که موجود شده، ولی مجمل است. پس از رفع جهل و کشف واقع عنوان مراعی (یا مراعات) را از دست می‌دهد. در مورد هر وضع حقوقی که مراعی است، سبب آن وضع حقوقی کاملاً محقق شده است و حالت انتظاری جز رفع جهل وجود ندارد» (جعفری لنگرودی، 1378، ص 101- جعفری لنگرودی، 1381، ج 5/2301).

می‌توان گفت عدم نفوذ مراعی وضعیت 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.<sup>1</sup> 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. بنابراین، عقد غیرنافذ مراعی عقدی است که علل اربعه تشکیل دهنده عقد اعم از فاعلی (اراده متعاقدین)، صوری (ایجاب و قبول)، مادی (موضوع معامله) و غایی (جهت معامله) محقق شده و مقتضی موجود است، لیکن حق شخص ثالث مانع نفوذ مقتضی است.

### بند دوم - مقایسه عدم نفوذ مراعی با مفاهیم مشابه:

این مقایسه نه تنها در ماهیت باید صورت گیرد (الف) که در احکام و آثار نیز باید به طور اجمالی چنین تطبیقی صورت پذیرد (ب).

### الف - مقایسه عدم نفوذ مراعی با مفاهیم مشابه از حیث ماهیت:

مقایسه اصلی باید بین مفهوم عدم نفوذ مراعی و عدم نفوذ موقوف صورت پذیرد، لیکن چون از طریق ترجمه اصطلاح *inopposabilité* نهاد «غیر قابلیت استناد» در حقوق

1- در عدم نفوذ موقوف یکی از شرایط تحقق عقد مفقود است. بنابراین مقتضی تشکیل عقد وجود ندارد و نفوذ عقد موقوف به حصول آن شرط است.

داخلی رواج پیدا کرده، باید بین این مفهوم مستعار از حقوق غرب با مفهوم بومی «عدم نفوذ مراعی» نیز تطبیق داده شود.

### 1) مقایسه عدم نفوذ مراعی و عدم نفوذ موقوف:

هرچند موقوف به جای مراعی و مراعی به جای موقوف در لسان فقها به کار می‌رود (فغانی، بی تا، 304)، ولی از این اختلاط باید پرهیز کرد. زیرا در عقد موقوف، آنچه حکم به صحت عقد، موقوف و منوط به آن است، شرط یا جزء سبب است؛ در حالی که مراعی کشف از چیزی می‌کند که در واقع صحیح است (حسینی عاملی، 1419، ج 360/15- نجفی، 1404، ج 199/25- فغانی، بی تا، ص 304).<sup>1</sup>

به زبان ساده‌تر، در عقد موقوف به دلیل فقدان پاره‌ای از شرایط تشکیل عقد، مقتضی تأثیر عقد کامل نیست و تأثیر عقد، موقوف به حصول آن شرط است. به عنوان مثال، در عقد فضولی به دلیل فقدان رضای مالک، نفوذ و تأثیر عقد موقوف به اجازه مالک است. در عقد اکراهی نیز به علت نقصی که در رضای یکی از طرفین وجود دارد، یکی از شرایط انعقاد عقد موجود نیست و تا زمانی که رضای مکره به آن عقد ملحق نشود، عقد مزبور اثری ندارد (جعفری لنگرودی، 1378، ج 2510/4). در عقد سفیه نیز به خاطر فقدان شرط اهلیت، نفوذ عقد موقوف به اجازه ولی یا قیم است. اما در عقد مراعی تمام شرایط تشکیل عقد فراهم است و فقط تعلق حق اشخاص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ عقد یا تداوم جریان آثار آن می‌شود. بنابراین به هر طریقی که حق شخص ثالث تأمین شود، مانع مزبور

1- «لفرق بین المراعی و الموقوف أن ما يتوقف عليه الحكم بالصحة في الموقوف يكون جزء سبب و في المراعی يكون كاشف عما هو صحيح في نفس الامر»: (حسین عاملی، 1419، 15، 360، نجفی، 1404، 25، 199)؛ «لفرق بین المراعی و الموقوف ان الاجازه فی الموقوف تكون شرطاً او جزئاً و المراعی تكون كاشفه و قد يستعمل المراعی عن الموقوف و كذلك قد يستعمل الموقوف عن المراعی»: (فغانی، بی تا، 304)؛ «ان الأمور العدمية لا توصف بأنها موقوفة بل يكون مراعاة و ما يدل على صحتها كاشف و الكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة و اما الموقوف عليه فهو من تمام العلة أعنى علة الصحة أو اللزوم»: (حلی، 1387، 2، 39-40).

منتفی می‌شود و مقتضی مزبور اثر خواهد کرد، حتی اگر اجازه‌ای از شخص ثالث صادر نشده باشد. همچنین رد شخص ثالث تا جایی معتبر است که او بخواهد از حق خود استفاده کند، وگرنه صرف رد او موجب بطلان معامله معارض نخواهد شد (جعفری لنگرودی، 1378، ص 105).

## 2) مقایسه عدم نفوذ مراعی و عدم قابلیت استناد:

طبق اصل اثر نسبی قرارداد (ماده 231 قانون مدنی)، هر عقد فقط نسبت به طرفین و قائم‌مقام آنها مؤثر است و برای اشخاص ثالث حق و تکلیفی ایجاد نمی‌کند. اما قرارداد به عنوان یک رویداد اجتماعی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است (شهیدی، 1386، ج 3/294-295؛ کاتوزیان، 1387، ج 3/242 و 273). با وجود این، درپاره‌ای موارد استثنایی قراردادی که بین دو طرف صحیح و نافذ است، در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد. در حقوق فرانسه، به چنین عقدی، عقد غیر قابل استناد و به چنین وضعیتی عدم قابلیت استناد (*inopposabilité*) گفته می‌شود. بنابراین قرارداد غیر قابل استناد، قراردادی است معتبر و دارای آثار حقوقی بین طرفین آن، اما به دلایلی که به تشکیل عقد ارتباط ندارد، نمی‌تواند در برابر اشخاص ثالث دارای اثر باشد. مقایسه دو تز دکتری که در فاصله نیم قرن از یکدیگر در حقوق فرانسه دفاع شده، نشان می‌دهد که به رغم تحول موضوع، ماهیت این نهاد دست نخورده باقی مانده (BASTIAN, 1929; BERTRAND, 1979) و نظریه عمومی قابلیت استناد قرارداد در قبال اشخاص ثالث (DUCLOS, 1984) در بعضی موارد با استثنائاتی مسلّم روبروست که از دهه هشتاد رسماً توسط دیوان عالی کشور فرانسه پذیرفته شد (Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 nov. 1976) و در دکترین حقوقی فرانسه جایگاه روشنی به خود اختصاص داد (TERRE, SIMLER et LEQVETTE, 1999, n°76). این نهاد با همان ماهیت و تعریف در حقوق داخلی ایران وارد شده و بنابراین به نظر نویسندگان حقوق مدنی ایران، برای سلب اعتبار از عقد غیر قابل استناد نسبت به اشخاص ثالث نیازی به ابطال

ایشان نیست و عقد ذاتاً در برابر آنها فاقد اعتبار است (شهیدی، 1388، ج 59/2). در واقع، همین که دو طرف نتوانند به قرارداد بین خودشان در برابر شخص یا اشخاص ثالث استناد کنند، برای حفظ حقوق آنها کافی است (میرزانژاد جویباری، 1390، ص 298). بنابراین لازمه غیرقابل استناد بودن قرارداد بطلان آن نمی‌باشد، هر چند که گاه اثر آن به بطلان می‌ماند (کاتوزیان، 1388، ج 414/2).

ممکن است در بادی امر چنین به نظر برسد که تفاوت میان عدم قابلیت استناد و عدم نفوذ مراعی مشخص است، چرا که در عدم نفوذ مراعی، قرارداد معارض با حق شخص ثالث قبل از سقوط حق ثالث یا اجازه او، حتی بین دو طرف آن نیز صحیح نمی‌باشد؛ در حالی که در عدم قابلیت استناد قرارداد، عقد بین دو طرف صحیح است و فقط در مقابل شخص ثالث باطل است و او می‌تواند وجود آن را نادیده بگیرد. لیکن تعمق دقیق در نهاد «عدم نفوذ مراعی» نیز حکایت از این امر دارد که در صورت عدم استناد شخص ثالث به حق خود و ایجاد مانع برای صحت عقد و یا در صورت تأمین حقوق وی، وضعیت عقد را باید صحیح دانست و نیازی به تنفیذ بعدی ثالث یا هر کس دیگری ندارد. در این صورت به نظر می‌رسد که بین نهاد عاریتی «عدم قابلیت استناد»، با نهاد بومی «عدم نفوذ مراعی» تفاوتی وجود نداشته باشد و نهاد اخیر در نظام حقوقی داخلی کفایت می‌نماید.

### ب) مقایسه عدم نفوذ مراعی با مفاهیم مشابه از حیث احکام و آثار:

**12- احکام و آثار عدم نفوذ مراعی در دو مرحله مختلف قابلیت مقایسه با نهادهای مشابه را دارد:** در زمان مراعی بودن عقد و در زمان اعمال حق ثالث. در حقیقت، سؤال این است که آیا معامله معارض حق ثالث در حالت مراعی صحیح است و آثار عقد صحیح بر آن بار می‌شود یا اثری در روابط طرفین ندارد؟ سؤال دیگر این است که اگر شخص ثالث بخواهد حق خود را اعمال کند، آیا معاملات معارض آن از ابتدا باطل می‌شود یا از حین

اعمال حق شخص ثالث از اثر می‌افتد؟ پاسخ به هر یک از دو سؤال مزبور به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### 1) وضعیت عقد معارض در حالت مراعی:

عقد معارض حق شخص ثالث تا زمان رفع مانع یا اعمال حق شخص ثالث وجود دارد و واقع شده، ولی بحث این است که آیا عقد مزبور دارای اثر هم می‌باشد یا مثل عقد موقوف بوده و اثری بر آن مترتب نمی‌شود؟ تا آنجا که بررسی شد، این بحث به طور خاص مورد توجه فقها قرار نگرفته و به دلیل عدم توجه به نظریه عدم نفوذ مراعی به عنوان یکی از وضعیت‌های عقد، در کنار عدم نفوذ موقوف، برخی از فقها به عدم نفوذ تصرفات منافی حق شخص ثالث بسنده کرده و همان آثار عقد فضولی را در آن جاری دانسته‌اند. برخی دیگر که متوجه تفاوت‌های آن دو شده‌اند، وارد جزئیات نظریه عدم نفوذ مراعی نشده و احکام و آثار آن را به طور مفصل مورد بررسی قرار نداده‌اند. حتی برخی از حقوقدانان نیز بیع عین مرهونه و ترکه را «شبه فضولی» دانسته و به جریان آثار و احکام عقد فضولی در آنها نظر داده‌اند (جعفری لنگرودی، 1386، ج 3/113).

با وجود این، به نظر می‌رسد که در خصوص وضعیت عقد معارض حق شخص ثالث در حالت مراعی باید بین مصادیق مختلف قائل به تفکیک شد: معاملاتی که خریدار در مال موضوع حق شفعه انجام می‌دهد، صحیح و نافذ است. چون او مالک میبع است و شفیع از خریدار اخذ به شفعه می‌کند نه از بایع. بنابراین نمی‌توان به بطلان تصرفات خریدار حکم داد، بلکه اخذ به شفعه موجب انفساخ عقد می‌شود (حسینی عاملی، 1419، ج 592/18؛ عاملی کرکی، 1414، ج 411/6؛ علامه حلی، 1414، ج 252/12-251؛ نجفی، 1404، ج 352/37؛ سبزواری، 1423، ج 547/1؛ علامه حلی، 1420، ج 575/4). حتی در سایر موارد، مثل معاملات راهن یا ورثه یا مفلس در مال موضوع حق شخص ثالث، به نظر می‌رسد که قبل از رضایت ثالث یا رفع مانع و سقوط حق وی، تصرفات منافی با آن در بین طرفین معامله موجب اثر

باشد<sup>1</sup> و فقط نسبت به شخص ثالث فاقد اثر است. بنابراین در همه این موارد، معاملات مالک از همان ابتدا به صورت مراعی و متزلزل و مقید به رفع مانع منعقد می‌شود<sup>2</sup> و همانند معامله فضولی صحت تأهلی دارد، و در روابط متعاملین با شخص ثالث، اثری بر آن بار نمی‌شود.

## (2) وضعیت عقد معارض پس از اعمال حق شخص ثالث:

همانگونه که گذشت، سقوط حق شخص ثالث به هر طریقی که باشد، موجب تنفیذ عقد سابق می‌شود و نیازی به اجازه شخص ثالث ندارد، چون حق شخص ثالث مانع نفوذ عقد بوده و با رفع مانع مقتضی اثر می‌کند. اما اگر شخص ثالث حقی را که بر مورد معامله دارد، اجرا کند، بررسی وضعیت حقوقی عقد سابق اهمیت پیدا می‌کند. بررسی متون فقهی نشان‌گر تشتت آرا و اختلاف نظر فقها در این زمینه است، به گونه‌ای که تمام وضعیت‌های قابل تصور برای یک عقد، یعنی بطلان، ابطال، فسخ، انفساخ و حتی صحت در فقه طرفداران سرشناسی دارد. این اختلافات به ویژه در عقد بیعی که خریدار نسبت به موضوع حق شفیع با دیگری منعقد می‌کند و سپس شفیع اخذ به شفعه می‌کند شدت می‌گیرد، به نحوی که فقیهی در یک کتاب خود از واژه بطلان یا ابطال و در کتاب دیگرش از اصطلاح انفساخ استفاده کرده است و حتی در یک کتاب خود تعابیر متفاوتی به کار برده و در صورت تعدد عقود برخی را منفسخ و برخی دیگر را باطل دانسته اند! (نجفی، 1404، ص 352؛ علامه حلی، 1414، ج 251/12 و 271؛ حسینی عاملی؛ 1419، ج 592/18؛ علامه حلی، 1420، ج 575/4).

1- به عبارت فنی، چنین قراردادهایی صحت فعلی ندارند، ولی صحت تأهلی دارند؛ به این معنا که قابلیت و اهلیت صحیح شدن را دارند.

2- عبارت برخی از فقها که عقد راهن بدون اذن مرتهن را معلق در هوا می‌دانند، این نظر را تأیید می‌کند (نائینی، 1413، ج 2/462-461).

به منظور دست‌یافتن به قاعده‌ای که در موارد مشابه نیز قابل اعمال باشد، بررسی نظریات فقها در بحث اخذ به شفعه، هرچند به اجمال ضرورت دارد. همانطور که گفته شد، فقها تصرفات خریدار پیش از اخذ به شفعه را صحیح می‌دانند، ولی اگر شفیع حق شفعه خود را اعمال کند، درخصوص اثر اعمال حق شفعه بر معاملات قبلی، فقها از تعبیر و واژگان متفاوت استفاده کرده‌اند و این امر دسترسی به پاسخ سؤال را دشوار می‌سازد. برخی از آنان معتقدند که شفیع می‌تواند تمام معاملات قبلی را ابطال کند (عاملی، 1410، ج 4/410، علامه حلی، 1414، ج 12/271 و 251؛ عاملی، 1413، ج 12/321؛ وجدانی فخر، 1426، ج 10/192). عده‌ای دیگر می‌گویند خریدار حق فسخ معاملات قبلی را دارد (علامه حلی، 1420، ج 4/575، سبزواری، 1423، ج 1/547؛ نجفی، 1404، ج 37/352). همچنین برخی اعتقاد دارند که اگر شفیع نسبت به بیع اول اخذ به شفعه کند، معاملات بعدی منفسخ می‌شود (علامه حلی، 1420، ج 4/575؛ عاملی کرکی، 1414، ج 12/251 و ج 6/411)، درحالی که بعضی دیگر معتقدند با اخذ به شفعه نسبت به معامله اول معاملات بعدی باطل می‌شود (علامه حلی، 1414، ج 12/251 و 271).

بعضی دیگر هرچند درخصوص بیع معتقدند با اخذ به شفعه معاملات قبلی باطل می‌شود، گفته‌اند: اگر مشتری مبیع را به دیگری هبه کند و شفیع نسبت به آن اخذ به شفعه کند، در هبه جایز ثمن متعلق به واهب است، ولی در هبه لازم در تعلق ثمن به واهب یا متهب اشکال وجود دارد. اگر ثمن را متعلق به واهب بدانیم، متهب به عوضی که داده رجوع می‌کند و اگر متعلق به متهب بدانیم، متهب بین ثمن و عوضی که به واهب داده مخیر است (علامه حلی، 1414، ج 12/251 و 271؛ حلی، 1387، ج 2/213 و 212). صاحب مفتاح الکرامه معتقد است که فرقی بین بیع و هبه وجود ندارد و در هر دو ابطال به مشتری دوم و متهب اختصاص پیدا می‌کند، آن هم نسبت به عین و نه ثمن. بنابراین در هبه ثمنی که شفیع می‌دهد، متعلق به متهب است و در بیع نیز اگر مشتری اول مبیع را به کمتر از قیمت خرید فروخته باشد، ثمن بیع اول متعلق به مشتری دوم است، نه ثمنی که خود او به مشتری اول

پرداخته است. ایشان می‌گویند: از یک طرف با اخذ به شفعه، به خاطر تقدم حق شفیع، هبه باطل می‌شود و از طرف دیگر هبه از طرف واهب لازم است و باید بین حق شفیع و حق متهب جمع کنیم و چون حق شفیع به عین تعلق گرفته و او حقی در ابطال اصل هبه ندارد، پس شفیع عین را می‌گیرد و هبه به حال خود باقی می‌ماند و ثمن مال متهب می‌شود. بنابراین مراد از ابطال، ابطالی است که اختصاص به متهب و نسبت به عین دارد نه ابطال اصل هبه (حسینی عاملی، 1419، ج 18/ 597-596). برخی دیگر از فقها معتقدند: هبه چه لازم باشد و چه جایز، چه معوض باشد و چه غیرمعوض، با اخذ به شفعه باطل یا منفسخ می‌شود و ثمن به واهب بر می‌گردد. زیرا اخذ نسبت به بیع اول صورت می‌گیرد و ضمان درک بر عهده بایع است و بقای هبه و ثبوت مالکیت متهب با آن منافات دارد. به علاوه، بطلان قرارداد نسبت به یکی از عوضین معقول نیست. بنابراین راهی جز ابطال هبه و بازگشت امور به حالت سابق باقی نمی‌ماند (نجفی، 1404، ج 353/37؛ عاملی کرکی، 1404، ج 411/16؛ عاملی، 1410، ج 410/4؛ عاملی، 1413، ج 321/12؛ وجدانی فخر، 1426، ج 192/10).

در مورد تصرف وراثت در ترکه نیز برخی از فقها معتقدند که در صورت تعذر استیفای طلب، دیان می‌توانند معاملات ورثه را فسخ کنند (عاملی، 1413، ج 505/13؛ عاملی کرکی، 1414، ج 217-216/5؛ نجفی، 1404، ج 352/37 و ج 91/26؛ حسینی عاملی، 1419، ج 333/15)؛ در حالی که عده‌ای دیگر آن را موافق جمع بین ادله نمی‌دانند (رشتی گیلانی، 1، 1401، 353-354). همچنین در خصوص تصرفات مفلس، در صورتی که تمام اموال وی صرف دیون وی شود، برخی از فقها معاملات قبلی را باطل دانسته‌اند (حسینی عاملی، 1419، ج 252/16؛ نجفی 1404، ج 285/25).

با ملاحظه مطالب فوق و با توجه به آنچه در خصوص وضعیت معاملات معارض در حالت مراعی گفته شد، به نظر می‌رسد باید بین تصرفات خریدار مال شفعه قبل از اخذ و انتقال مال به شخص دیگری غیر از ذینفع قولنامه از یک طرف و تصرفات ورثه در ترکه و

معاملات راهن در عین مرهونه و هم چنین تصرفات مفلس در مال موضوع حق دیان از طرف دیگر تفکیک قائل شد و معاملات مورد شفعه و نیز موضوع قولنامه خریدار را تا زمان اخذ به شفعه و اعمال حق ذینفع قولنامه صحیح و بعد از آن باطل دانست و به اصطلاح دقیق حقوقی با اخذ به شفعه و اعمال حق ذینفع قولنامه معاملات خریدار منفسخ می‌شود، زیرا تا زمان اعمال این حقوق، خریدار مالک بوده و تصرفات او صحیح است؛ به ویژه که شفیع نیز از خریدار اخذ به شفعه می‌کند 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 می‌شود که قرارداد مزبور از ابتدا باطل بوده است. در واقع، قبل از اجرای حق شخص ثالث قرارداد مزبور به علت برخورد با مانع حقوق اشخاص ثالث نسبت به وی دارای اثر نبوده تا پس از اعمال حق ثالث و از زمان اجرای آن منفسخ شود، بلکه به حکم طبیعت خود باید آن را از ابتدا باطل دانست.

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 قهقرایی دارد و معاملات را از آغاز باطل می‌کند، ولی اگر نسبت به منافع آن زمان حقی نداشته باشد، با اجرای حق عقد از ابتدا باطل نمی‌شود، بلکه از زمان اجرای حق منفسخ می‌گردد. مفاد ماده 819 قانون مدنی که منافع مبیع را قبل از اخذ به شفعه متعلق به خریدار می‌داند، این نظر را تقویت می‌کند. از طرف دیگر، گرچه ماده 786 قانون مدنی منافع منفصل را جزء رهن نمی‌داند، لیکن نباید فراموش کرد منافع متصل اعیان مرهونه که همراه با آنها در رهن مرتهن قرار می‌گیرند، دارای ارزش مالی قابل ملاحظه‌ای می‌باشند، به ویژه اگر منافع مربوط به استفاده از اموال با تفسیری معقول در ردیف منافع متصل قرار گیرند. بنابراین، دلیلی بر انفساخ عقد بیعی که مغایر حق رهن مرتهن است، از زمان رد معامله معارض وجود ندارد، بلکه به دلیل وجود مانع حقوق اشخاص ثالث در حین عقد باید قائل به بطلان آن بود. اینچنین است تمام مواردی که نهاد عدم نفوذ مراعی به

منظور تضمین پرداخت دیون ثالث تأسیس گردیده، برخلاف مواردی که در آنها هدف تضمین مالکیت بالقوه ثالث است.

### مبحث دوم- مصادیق عدم نفوذ مراعی:

هرچند مصادیق متعددی از ضمانت اجرای عدم نفوذ مراعی در فقه و حقوق موضوعه قابل ملاحظه است، اما در این مقاله سعی می‌شود که به مهم‌ترین و رایج‌ترین مصادیق آن پرداخته شود.

در پاره ای از مصادیق، نظریه عدم نفوذ مراعی، روشی برای توثیق دیونی است که به موضوع معامله تعلق گرفته است. در برخی دیگر، عدم نفوذ مراعی تضمین مالکیت بالقوه دیگری محسوب می‌شود، به این معنا که اگر برای شخصی امکان مالک شدن نسبت به عینی وجود داشته باشد، ولی دیگری آن را نادیده بگیرد و تصرف معارض با آن انجام دهد، تصرف مزبور مراعی است.

### بند اول - عدم نفوذ مراعی به عنوان روشی برای توثیق دین ثالث:

در سه مورد به طور ویژه می‌توان از وجود نهاد مزبور با هدف توثیق دین (طلب) دفاع نمود: معامله نسبت به عین مرهونه (الف)، معامله نسبت به ترکه (ب) و معامله مفلس (ج).

#### الف) معامله نسبت به عین مرهونه:

جز معدودی از فقهای امامیه، که معاملاتی نظیر بیع را منافی حق مرتهن نمی‌دانند (خویی، 1410، ج 2/25؛ تبریزی، 1416، ج 3/165؛ حسینی روحانی، بی تا، ج 2/45؛ طباطبایی قمی، 1400، ج 3/291-290؛ خویی، بی تا، ج 5/238-239)، سایرین اینگونه معاملات را مغایر حق مرتهن دانسته و آن را صحیح نمی‌دانند، ولی درخصوص بطلان یا عدم نفوذ آن اختلاف دارند. در حالی که برخی از آنان معتقدند که چنین تصرفاتی به دلیل اخبار وارده از

جمله «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» باطل هستند (طوسی، 1407، ج 227/3؛ حلبی، 1417، ص 243؛ طوسی، 1387، ج 200/2؛ ابن ادریس حلی، 1410، ج 417/2؛ مفید، 1413، ص 622؛ تستری، بی تا، صص 190-189)، جماعتی از فقهای امامیه ضمن رد ادله مورد استناد آنان<sup>1</sup> این گونه تصرفات را غیر نافذ دانسته‌اند (انصاری، 1415، ج 154/4؛ نائینی، 1413، ج 450/2؛ حکیم، بی تا، ص 389؛ خویی، بی تا، ج 240/5؛ نجفی، 1404، ج 199/25؛ طباطبایی حائری، 1418، ج 525/8؛ سبزواری، 1413، ج 95/2؛ عاملی، 1413، ج 47/4).

اگر چه فقهای طرفدار این گروه بیع راهن را موقوف دانسته و ظاهراً آن را تابع احکام معامله فضولی قرارداده‌اند، اما در ضمن مسائلی که در ذیل «بیع رهن» مطرح کرده‌اند، فروعی به چشم می‌خورد که تفاوت آن را با بیع فضولی و دلالت آن را بر مراعی بودن تصرف آشکار می‌سازد که از جمله آنها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

مورد اول امکان اجازه بعد از رد است. هر چند در معامله فضولی فقها اجماع دارند که اجازه بعد از رد اثر ندارد (خویی، بی تا، ج 249/5؛ طباطبایی قمی، 1400، ج 301/3)، اما در اجازه مرتهن جز معدودی از فقها (انصاری، 1415، ج 161/4؛ حکیم، بی تا، صص 391-390) اجازه بعد از رد را مؤثر دانسته، گفته‌اند: در معامله فضولی اجازه دهنده یکی از طرفین عقد است و با رد او انشای طرف دیگر باطل می‌شود، در نتیجه اجازه بعد از رد اثری ندارد. اما در بیع عین مرهونه، مرتهن طرف عقد نیست، بلکه ثالثی است که برای حفظ حقوق وی، رضایت او شرط دانسته شده است. رد مرتهن به معنای آن است که او حاضر به اسقاط حق خود نیست؛ بلکه می‌خواهد از آن استفاده کند و اجازه بعدی وی منافاتی با این امر ندارد (نائینی، 1413، ج 462/2؛ خویی، بی تا، ج 249/5؛ طباطبایی یزدی، 1415، ص 397؛ طباطبایی قمی، 1400، ج 301/3؛ اصفهانی، 1418، ج 268/3).

1- این دسته از فقها، خبر وادعه را ناظر به تصرفات استقلالی راهن می‌دانند. همچنین تصرفات مرتهن باطل نیست، بلکه غیرنافذ است و عطف مرتهن به راهن در این روایت اقتضا دارد که معاملات راهن نیز غیرنافذ باشد، به علاوه برای اثبات ادعای خود به پاره‌ای از احادیث نیز استناد کرده‌اند.

مورد دوم اثر فک رهن بر معاملات قبلی است. اگر بعد از فروش عین مرهونه، حق مرتهن به دلایلی از جمله پرداخت دین یا اسقاط حق رهن یا ابرای رهن ساقط شود، عده‌ای از فقهای امامیه معتقدند که به دلیل از بین رفتن موضوع اجازه مرتهن، نمی‌توان حکم به صحت عقد داد. به عبارت دیگر، بیع تنها در صورت اجازه مرتهن صحیح بوده که چنین اجازه‌ای حاصل نشده است، بلکه با فک رهن، موضوع صحت عقد بیع عین مرهونه که عبارت از بیع رهن با اجازه مرتهن است، منتفی می‌شود و با انتفای موضوع نمی‌توان حکم به صحت عقد داد (خویی، بی‌تا، ج 249/5-253).

اما، همانگونه که صاحب جواهر گفته است، بیع عین مرهونه قبل از فک محکوم به بطلان نبوده، پس چگونه ممکن است پس از فک باطل شود؛ به ویژه آنکه دلیلی که دلالت بر اشتراط اذن مرتهن در صحت عقد کند وجود ندارد، بلکه فقط رهن و مرتهن از تصرف منع شده‌اند (نجفی، 1404، ج 201/25). همچنین در بیع عین مرهونه، مقتضی عقد که همان انعقاد قرارداد توسط مالک است، وجود دارد و تعلق حق مرتهن مانع از آن می‌شود، پس با رفع مانع مقتضی اثر می‌کند. این در حالی است که در عقد فضولی رضایت مالک به عنوان یکی از شرایط انعقاد عقد مفقود است. بنابراین تا شرط مزبور حاصل نشود، عقد اثر ندارد. در نتیجه، در عقد غیر نافذ مراعی، چون مقتضی کامل است و فقط مانع تأثیر وجود دارد، هرگاه مانع مزبور منتفی شود، تأثیر عقد لازم می‌آید (انصاری، 1415، ج 162/4؛ نجفی، 1404، ج 201/25؛ نائینی، 1413، ج 462/2؛ موسوی خمینی، 1421، ج 284/3؛ حکیم، بی‌تا، ص 391؛ صافی گلپایگانی، 1416، ج 313/1).<sup>1</sup>

1- تا قبل از شیخ انصاری، فقها طلق بودن مورد معامله را یکی از شرایط صحت عقد می‌دانستند (بحرانی، 1405، ج 438/18؛ محقق حلی، 1408، ج 17/2؛ علامه حلی، 1413، ج 126/1؛ عاملی، 1410، ج 253/3)، اما شیخ انصاری معتقد است که تعلق حق غیر نسبت به مورد معامله مانع نفوذ عقد است، نه اینکه طلق بودن شرط صحت عقد باشد و ممنوعیت بیع عین مرهونه و موقوفه فرع بر آن، بلکه طلق بودن از انتفای این حقوق منتزع می‌شود (انصاری، 1415، ج 29/4-30).

سومین نکته قابل نقل این است که به تصریح بعضی از فقها، در عقد فضولی با رد مالک، انشای طرف دیگر عقد باطل می‌شود، در حالی که در عقد رهن، مرتهن طرف عقد نیست و رد او هم عرض رد مالک در عقد فضولی و مشابه فسخ ذوالخیار نیست، بلکه او در صورتی حق رد دارد که بخواهد طلب خود را از عین مرهونه استیفا کند. بنابراین اگر او عقد بیع را رد کند، ولی در مقام استیفای طلب خود نباشد، بیع صحیح است (نائینی، 1413، ج 462/2).

از آنچه ذکر شد، معلوم می‌شود که میان بیع فضولی و بیع رهن تفاوت اساسی وجود دارد و نمی‌توان احکام و آثار عقد فضولی را به طور کامل بر بیع مورد رهن جاری کرد. در واقع، اگر چه بیع فضولی و بیع عین مرهونه در عدم نفوذ مشترک هستند، اما عدم نفوذ بیع فضولی موقوف است و تا قبل از اجازه مالک اثر ندارد، اما عدم نفوذ بیع مال مرهون مراعی به پرداخت دین است و بنابراین با پرداخت دین، بیع خود به خود نافذ می‌شود و رد مرتهن نیز تأثیری در آن ندارد.

### ب) معامله نسبت به ترکه:

در خصوص نفوذ تصرفات ورثه در ترکه قبل از ادای دیون متوفی، اظهارنظرهای مختلفی در فقه مشاهده می‌شود که به نظر می‌رسد می‌توان آنها را در سه گروه جای داد: برخی معتقدند که تصرفات ورثه نافذ است، ولی در صورت عدم تأدیه دیون مورث، طلبکار می‌تواند تصرفات ورثه را فسخ کند (عاملی کرکی، 1414، ج 216/5؛ نجفی، 1404، ج 91/26 و 37، 352). عده دیگر بین فرضی که دیون به اندازه ترکه یا بیشتر از آن است و فرضی که دیون کمتر از ترکه است، فرق گذاشته و فقط در صورت اول وراثت را از تصرف منع کرده‌اند (نجفی، 1422، صص 24-27؛ تبریزی، 1421، ص 332؛ سبحانی تبریزی، 1424، ج 407/1-405). جمعی از فقها نیز به طور مطلق ورثه را از تصرف در ترکه منع کرده و تصرفات آنها را صحیح نمی‌دانند (حسینی عاملی، 1419، ج 334-336/15؛ طباطبایی یزدی، 1409، ج 1-580؛ رشتی گیلانی، 1401، ج 352/1؛ آملی، 1380، ج 67/10).

در مقام داوری بین این سه نظر، باید گفت که در عدم نفوذ تصرفات ورثه در فرضی که ترکه مستغرق دین است، نباید تردید کرد. براین نظر، پاره‌ای از فقها ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، 1413، ج 505/13؛ حلی، 1387، ج 342/4)، زیرا تمام ترکه متعلق حق دیان است و ورثه حقی در آن ندارند. البته از آنجا که وراث ملزم نیستند دیون متوفی را از ترکه ادا کنند، بلکه می‌توانند از اموال شخصی خویش دیون وی راپردازند، تصرفاتی را که هیچ ضرری برای غرما ندارد، مثل مبادله عین با عینی دیگر که از لحاظ قیمت و مالیت مساوی هستند را باید صحیح دانست (رشتی گیلانی، 1401، ج 353/1).

در صورتی که دیون کمتر از ترکه باشد، عده‌ای از فقها وراث را تا حد دین از تصرف در ترکه منع کرده و به دلایلی از جمله روایت بزنتی (کلینی، 1407، ج 43/7، صدوق، 1413، ج 230/4، طوسی، 1407، ج 164/9)، ضرر و حرج ورثه، بعید بودن منع از تصرف در مال بسیار زیاد به خاطر دین کم و سیره مردم استناد کرده‌اند (علامه حلی، 1414، ج 141/2 و ج 446/3 و ج 236/13، سبزواری، 1423، ج 807/2؛ عاملی، 1413، ج 62/13). برعکس، جمعی دیگر وراث را از تصرف در بخش مازاد بر دین نیز منع کرده و معتقدند که روایت مزبور از حیث سند و دلالت ضعیف است. از آن گذشته، بعد از اختصاص دین به ترکه، بعضی از ترکه نسبت به بعضی دیگر ترجیحی ندارد؛ تعلق دین به بخشی از ترکه مازاد بر آن را ملک طلق ورثه قرار نمی‌دهد، به نحوی که تلف آن جایز باشد؛ به خاطر اینکه میت صلاحیت ندارد که دین بر ذمه‌اش باقی بماند، لازم است که دین بر هر آنچه امکان استیفای طلب از آن وجود دارد، تعلق بگیرد و ضرر و حرج نیز با استیذان از طلبکار یا پرداخت دین به او دفع می‌شود (حسینی عاملی، 1419، ج 338-336؛ علامه حلی، 1413، ج 354/3؛ حلی، 1387، ج 18/2 و 62؛ عاملی، 1417، ج 352/2؛ فاضل هندی، 1416، ج 390/9). بنابراین تصرفات ورثه را در هر حال باید غیر نافذ دانست، اما این عدم نفوذ تابع احکام عدم نفوذ در بیع فضولی نیست، بلکه همانطور که برخی از فقها گفته‌اند، در صورت پرداخت طلب دیان تصرفات ورثه صحیح و نافذ است (حسینی عاملی، 1419، ج 335/15) و

رد دیان تأثیری در آن ندارد. به علاوه برخی از فقهای که تصرف وراثت در مازاد بر مقدار دین را نافذ دانسته‌اند، گفته‌اند تصرف مراعی به پرداخت دین است (عاملی، 1413، ج 61/13). آنچه در خصوص تصرف ورثه در ترکه متعلق حق دیان گفته شد، در مورد تصرف ورثه در موصی به قبل از قبول موصی له نیز جاری است (اردبیلی، بی تا، ص 651؛ ابن ادریس حلی، 1410، ج 200/3؛ علامه حلی، 1414، ج 436/2؛ حلی، 1387، ج 474/2؛ آشتیانی، 1425، ج 633/1).

### ج) معامله مفلس (ورشکسته):

اگر حکم حجر مدیونی توسط حاکم صادر شود، به اجماع فقها او نمی‌تواند در اموال موجود خویش تصرف کند (نجفی، 1404، ج 282/25). اما در خصوص بطلان یا عدم نفوذ معاملات مفلس از قبیل بیع، هبه و رهن، بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد، در حالی که برخی از آنان به دلیل سلب اهلیت مفلس در اثر صدور حکم حجر تصرفات وی را باطل دانسته‌اند (طوسی، 1387، ج 272/2؛ حلی، 1417، ص 247؛ محقق حلی، 1408، ج 89-90؛ علامه حلی، 1420، ج 509/2؛ حلی، 1387، ج 66-65)، عده‌ای دیگر معاملات مفلس را موقوف می‌دانند (عاملی کرکی، 1414، ج 229-228؛ عاملی، 1413، ج 90/4؛ علامه حلی، 1414، ج 25/14؛ نجفی، 1404، ج 284/25، هاشمی شاهرودی، 1423، ج 109/5). فقهای طرفدار نظر اخیر معقدند وقتی که بیع مال غیر، موقوف به اجازه مالک باشد، نمی‌توان قائل به بطلان تصرفات مفلس بود. زیرا تعلق حق غرما به اموال مفلس از حق مالکیت مالک شدیدتر نیست. در نتیجه این گونه تصرفات مانند عقد فضولی خواهد بود.

هرچند عدم نفوذ معاملات مفلس از بطلان آنها منطقی‌تر و موجه‌تر است، اما نمی‌توان احکام و آثار عدم نفوذ موقوف را در مورد آن جاری کرد و همان گونه که برخی از فقها گفته‌اند، اگر تمام اموال مدیون صرف پرداخت دیون وی نشود، بلکه بخشی از آن باقی

بماند،<sup>1</sup> تصرفات مفلس صحیح است، حتی اگر دیان آن معامله معارض را رد کرده باشند. در واقع، آنچه صحت یا بطلان تصرفات مفلس را معین می‌کند، اجازه یا رد غرما نیست، بلکه باید دید که آیا مال موضوع تصرف مفلس برای پرداخت دیون وی مورد استفاده قرار می‌گیرد یا خیر. در صورت اول تصرفات وی باطل و در صورت دوم صحیح است (نجفی، 1404، ج 285/25؛ حسینی عاملی، 1416، ج 252/16). بنابراین، همان گونه که صاحب مفتاح الکرامه گفته است، اجازه غرما موجب تنفیذ معاملات مفلس می‌شود، ولی رد آنها موجب انفساخ معاملات وی نمی‌شود (حسینی عاملی، 1419، ج 252/16). در نتیجه باید قائل به مراعی بودن معاملات مفلس بود (عاملی کرکی، 1414، ج 230/5).

### بند دوم-عدم نفوذ مراعی به عنوان تضمین مالکیت بالقوه شخص ثالث:

عدم نفوذ مراعی برای رعایت مالکیت بالقوه شفیع در معامله نسبت به مورد شفعه (الف) و مالکیت بالقوه (حق تملک) ذینفع قولنامه (ب) قابل دفاع می‌باشد.

### الف) معامله معارض با حق شفعه شفیع:

فقهای امامیه معتقدند حق شفعه شفیع مانع از تصرفات خریدار نمی‌شود و همان‌طور که در هبه قابل رجوع تصرفات متهب صحیح است و یا زوجه تا قبل از واقعه می‌تواند در کل مهر تصرف کند، تصرفات خریدار نیز قبل از اخذ به شفعه صحیح است؛ ولی این تصرفات مانع اعمال حق شفعه نمی‌شود، بلکه با اخذ به شفعه تصرفات قبلی ابطال، باطل یا منفسخ می‌شود (نجفی، 1404، ج 352/37؛ عاملی کرکی، 1414، ج 251/12 و ج 411/6؛ حسینی

1- یکی از شرایط صدور حکم حجر مدیون این است که اموال او برای ادای دیونش کافی نباشد و کمتر از آن باشد، اما بعد از صدور حکم حجر ممکن است قیمت اموال مدیون در بازار افزایش یابد یا برخی از طلبکاران مدیون را ابرا کنند یا برخی از طلبکاران فوت کرده و طلب آنها به مفلس به ارث برسد و در نتیجه اموال او از دیونش بیشتر شود (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ۵، ۲۲۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۵، ۲۸۴).

عاملی، 1419، ج 592/18؛ علامه حلی، 1414، ج 12/252-251؛ علامه حلی، 1420، ج 575/4؛ سبزواری، 1423، ج 547/1.

فقط پاره‌ای فقها تعلق حق شفعه به حصه خریداری شده را مانع از لزوم تصرفات خریدار دانسته‌اند (تستری، بی تا، 208) و برخی دیگر با اینکه تصرفات مشتری را صحیح می‌دانند، اما آن را موقوف به اجازه شفیع دانسته‌اند (عاملی، 1410، ج 4/410؛ وجدانی فخر، 1426، ج 10/192؛ تبریزی، 1416، ج 3/164).

به نظر می‌رسد، همان‌گونه که برخی از حقوقدانان گفته‌اند، هر چند که مشتری مالک مبیع است و می‌تواند در آن تصرف کند، ولی چون مبیع متعلق حق شفیع قرار گرفته است، تصرفات خریدار مراعی به اجازه شفیع یا سقوط حق او می‌باشد (امامی، 1384، ج 3/44). به این ترتیب اگر شفیع آن تصرفات را اجازه دهد یا به عللی از جمله تأخیر در اجرای حق یا اسقاط آن حق شفعه ساقط شود، باید قائل به صحت تصرفات خریدار بود. پاره‌ای از فقها نیز معتقدند اگر بایع و مشتری عقد بیع را اقاله کنند، اقاله مراعی به عفو شفیع است (نجفی، 1404، ج 37/437). به این معنی که اگر شفیع اقاله را اجازه دهد یا حق وی ساقط شد، اقاله نافذ است و آثار آن ادامه می‌یابد.<sup>1</sup> بنابراین هم معامله نسبت به مورد شفعه و هم حتی اقاله معامله سابق را می‌توان غیرنافذ مراعی و از مصادیق روشن این نهاد دانست که در ماده 816 قانون مدنی حکم آن تبیین شده است.

### ب) معامله معارض با قولنامه:

اگر شخص در برابر دیگری متعهد شود که مال معینی را در زمان مشخص و با شرایط معین به وی انتقال دهد، ولی از تعهد خود سرپیچی کرده و موضوع آن را به دیگری منتقل سازد، وضعیت حقوقی قرارداد دوم به طور کامل بستگی به این امر دارد که آیا در اثر

1- فقها معتقدند اگر بایع و مشتری بیع را اقاله کنند، شفیع می‌تواند اقاله را فسخ کند و با اخذ به شفعه و رد شفیع، اقاله از ابتدا باطل نمی‌شود (عاملی، 1413، ج 12/321؛ علامه حلی، 1413، ج 2/253؛ عاملی کرکی، 1414، ج 6/412-413؛ علامه حلی، 1420، ج 4/575).

قرارداد اول برای متعهد آن حق عینی ایجاد می‌شود یا خیر. اگر بپذیریم که تعهد به انتقال مالی معین، موجب پیدایش حق عینی برای متعهدله نمی‌شود، چون بایع مالک مال بوده و حق عینی شخص دیگری به آن تعلق نگرفته است، بنابراین قرارداد دوم صحیح است. ولی اگر قائل بر این امر باشیم که در اثر قرارداد اول، نوعی حق عینی برای متعهد له به وجود آمده است، تصرفاتی که منافی حق عینی او باشد، بدون اذن وی نافذ نیست.

برخی از حقوقدانان معتقدند که در اثر قرارداد تعهد به انتقال مال معین، هیچ حق عینی برای متعهدله (ذینفع) ایجاد نمی‌شود، بلکه او صرفاً حق پیدا می‌کند که اجرای تعهد را از متعهد بخواهد. بنابراین حق وی یک حق دینی است (کاتوزیان، 1387، ج 64/1). هرچند ایجاد حق دینی برای متعهدله و امکان الزام متعهد به اجرای تعهد قابل انکار نیست، اما از آنجا که تعهد متعهد ناظر به مال معینی است و متعهدله حق تملک آن مال را پیدا می‌کند و یک مالکیت بالقوه برای او نسبت به آن عین ایجاد می‌شود، به نظر می‌رسد که باید این حق تملک و مالکیت بالقوه را نوعی حق عینی دانست و تصرفات منافی با آن را منع کرد.

گذشته از آن، می‌توان گفت که طبق ماده 219 قانون مدنی، اجرای عقودی که طبق قانون واقع شده، لازم است و لازم الاجرا بودن قرارداد به معنی ثبوت تعهد و تکلیف قانونی برای متعهد نسبت به اجرای تعهد خویش است.<sup>1</sup> حال اگر به متعهد اجازه داده شود که با انتقال مال موضوع تعهد به شخص ثالث، زمینه اجرای تعهد خویش را منتفی سازد، این امر به منزله تأیید عمل متعهد و معتبر و قانونی دانستن آن است و این نقض غرض قانونگذار در ماده 219 مذکور است، زیرا قانون نمی‌تواند از یک طرف، شخص را مکلف به اجرای تعهد خود بداند و از طرف دیگر، او را مجاز به نقض عهد و تشویق به پیمان شکنی کند. در نتیجه چاره‌ای نیست جز اینکه متعهد پای بند به پیمان خود بوده و از تصرفاتی که منافی حق تملک متعهدله است، ممنوع باشد. البته از آنجا که متعهدله مالکیت بالفعل نسبت به مال

1- در خصوص مفاد ماده 219 قانون مدنی ر.ک: کاتوزیان، 1387، ج 218/3 به بعد؛ جعفری لنگرودی، 1389، ص 143؛ شهیدی، 1388، ج 254/2 به بعد.

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. همچنین است اگر متعهدله به هر دلیلی تقاضای ابطال معامله معارض را نکند. اما اگر بخواهد، می‌تواند ابطال معامله معارض و الزام متعهد به انتقال مال موضوع تعهد را به خود تقاضا کند. بنابراین آنچه که موجب صحت یا بطلان معامله معارض می‌شود، اجرا یا عدم اجرای تعهد و در نتیجه انتقال یا عدم انتقال مال موضوع تعهد به متعهدله است، نه صرف رد او.

### نتیجه گیری:

1- عدم نفوذ مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که به زیان شخص ثالث منعقد شده و طلب یا مالکیت بالقوه او را نادیده گرفته است. در این صورت او می‌تواند از حق خود بگذرد و عقد مزبور را اجازه کند. همچنین اگر به هر طریقی حق وی تأمین شود، عقد معارض قبلی خود به خود نافذ می‌شود و نیاز به تنفیذ شخص ثالث ندارد و از همین جاست که تفاوت عدم نفوذ موقوف و مراعی ظاهر می‌شود. در عقد موقوف یکی از شرایط تشکیل عقد وجود ندارد یا معیوب است و تا شرط مزبور محقق نگردد، عقد اثری ندارد. اما در عدم نفوذ مراعی تعلق حقوق شخص یا اشخاص ثالث مانع نفوذ عقد یا تداوم آثار آن است. بنابراین هر زمان مانع مزبور منتفی گردد، عقد اثر خود را به بار می‌آورد و نیازی به اجازه شخص ثالث ندارد؛ همانطور که رد او نیز، تا زمانی که در مقام اجرای حق خود برنیامده است، اثری ندارد.

2- معامله راهن نسبت به عین مرهونه، معامله ورثه نسبت به ترکه قبل از ادای دیون مورث، معامله مفلس، معامله معارض با حق شفیع شفیع و معامله معارض با قولنامه از مهم‌ترین و رایج‌ترین مصادیق ضمانت اجرای عدم نفوذ مراعی است. عدم نفوذ مراعی را نباید مختص

به موارد فوق دانست، بلکه باید بر آن بود که این موارد مصادیقی از یک قاعده عام است که به موجب آن هرگاه قراردادی به زیان شخص ثالث باشد و حق یا مالکیت بالقوه دیگری را نقض کند، وضعیت حقوقی آن عدم نفوذ مراعی است. اما اگر قراردادی مالکیت بالفعل کسی را نادیده بگیرد و معامله نسبت به مال غیر واقع شود، ضمانت اجرای آن عدم نفوذ موقوف است.

3- معامله معارض حق ثالث ممکن است صحت فعلی داشته باشد، به این معنی که بالفعل صحیح باشد، هر چند که تعلق حق شخص ثالث ممکن است مانع ادامه جریان آثار عقد باشد، مانند تعلق حق شفعه به حصه فروخته شده و ممکن است، مانند عدم نفوذ موقوف، صحت تأهلی داشته باشد، به این معنا که صلاحیت و اهلیت صحت را دارد، هر چند در حالت کنونی اثری بر آن مترتب نشود. معامله راهن بدون اذن مرتهن، معامله ورثه نسبت به ترکه و معامله ورثه از مصادیق بارز این قسم هستند. شخص ثالث که حق رد عقد را دارد، می‌تواند حق خود را اعمال کند و اجرای حق او موجب بطلان عقدی می‌شود که قبل از آن نفوذ حقوقی نداشته است، ولی در صورتی که عقد مزبور قبل از اعمال حق شخص ثالث صحیح باشد، اجرای حق شخص ثالث باعث انفساخ آن می‌شود. به عبارت دیگر، هرگاه نهاد عدم نفوذ مراعی، کارکردی حمایتی از طلب ثالث دارد، حکم آن در صورت اعمال حق ثالث بطلان است و هرگاه از حق بالقوه ثالث حمایت می‌کند، اعمال حق ثالث باید به انفساخ بینجامد.

4- در پایان پیشنهاد می‌شود که رویه قضایی با استعانت از منابع فقهی و اصول حقوقی از صدور حکم به ابطال معامله راهن به صرف رد مرتهن و قبل از سررسید دین، خودداری کند و در رأی وحدت رویه شماره 620 مورخ 1376/9/20 هیأت عمومی دیوان عالی کشور، که مقرر می‌دارد: «اقدام راهن در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهون به شخص ثالث بدون اذن مرتهن... نافذ نیست»، عدم نفوذ را به معنای عدم نفوذ مراعی بداند نه موقوف و احکام و آثار عدم نفوذ مراعی را بر آن بار کند. در حقیقت، ضمانت اجرای ماده

793 قانون مدنی را باید عدم نفوذ مراعی دانست نه موقوف، همانطور که در خصوص مواد 871 قانون مدنی و 418 قانون تجارت باید چنین شیوه‌ای را در پیش گرفت. همچنین پیشنهاد می‌گردد دکتین حقوقی ایران، با توجه به ساماندهی نهاد بومی «عدم نفوذ مراعی»، نهاد مزبور را جایگزین نهاد غربی «عدم قابلیت استناد» نماید تا در تعیین احکام و آثار دچار ابهام و سردرگمی نگردد و با ورود مفاهیم موازی عاریتی، در تعیین مرز نهادهای بومی و بیگانه به تکلف و مشقت نیفتد.

### منابع و مآخذ:

#### الف - منابع فارسی:

- 1- امامی، سید حسن، (1384)، **حقوق مدنی**، 6 جلدی، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات اسلامیه.
- 2- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (1389)، **دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات**، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
- 3- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (1378)، **حقوق مدنی: رهن و صلح**، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
- 4- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (1386)، **دایرة المعارف عمومی حقوق: الفارق**، 5 جلدی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- 5- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (1378)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، 5 جلدی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- 6- خدابخشی، عبدالله، «**تحلیلی دیگر از ماده 22 قانون ثبت اسناد و املاک**»، مجله حقوقی دادگستری، سال 74، شماره 71، پاییز 1389، 9-39.
- 7- دهخدا، علی اکبر، (1377)، **لغت نامه دهخدا**، 16 جلد، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

- 8- شهیدی، مهدی، (1388)، *حقوق مدنی*، 2: اصول قراردادها و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، مجد.
- 9- شهیدی، مهدی، (1386)، *حقوق مدنی*، 3: آثار قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، تهران، مجد.
- 10- کاتوزیان، ناصر، (1387)، *دوره عقود معین*، 1: معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- 11- کاتوزیان، ناصر، (1388)، *قواعد عمومی قراردادها*، 2: انعقاد و اعتبار قرارداد، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- 12- کاتوزیان، ناصر، (1387)، *قواعد عمومی قراردادها*، 3: آثار قرارداد، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- 13- معین، محمد، (1381)، *فرهنگ فارسی*، 6 جلد، چاپ هشتم، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
- 14- میرزا نژاد جویباری، اکبر، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه: بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 41، شماره 2، تابستان 1390، 281-299.
- 15- یزدانیان، علی‌رضا، «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق مدنی»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر 85، پاییز 1385، 111-129.

#### ب- منابع عربی:

- 1- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، (1425ه.ق)، *کتاب القضاء (ط - الحدیثه)*، 2 جلد، قم، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره.
- 2- آملی، میرزا محمد تقی، (1380ه.ق)، *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی*، 12 جلد، چاپ اول، تهران، مؤلف.

- 3- اردبیلی، احمد بن محمد، (بی تا)، زبدة البیان فی أحكام القرآن، یک جلد، چاپ اول، تهران، المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية.
- 4- اصفهانی، محمد بن حسن (فاضل هندی)، (1416ه.ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، 11 جلد، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- 5- اصفهانی، محمد حسین (کمپانی)، (1418ه.ق)، حاشیه کتاب المکاسب (ط - الحديثة)، 5 جلد، چاپ اول، أنوار الهدی، قم.
- 6- انصاری، مرتضی، (1415ه.ق)، کتاب المکاسب (ط - الحديثة)، 6 جلد، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- 7- بحرانی، یوسف بن احمد، (1405ه.ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، 25 جلد، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- 8- تبریزی، ابو طالب، (1421ه.ق)، التعليقة الاستدلالية على تحرير الوسيلة، در یک جلد، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- 9- تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب، 4 جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، سوم، 1416 ه.ق.
- 10- تستری، اسد الله، (بی تا)، مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، در یک جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
- 11- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، (1423ه.ق)، موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، 11 جلد، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام.
- 12- حسینی روحانی، سید صادق، (بی تا)، منهاج الصالحين (للروحانی)، 3 جلد، بی جا.

- 13- حسینی عاملی، سید جواد، (1419ه.ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، 23 جلد، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- 14- حلبی، حمزه بن علی حسینی (ابن زهره)، (1417ه.ق)، غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، در یک جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- 15- حلّی، جعفر بن حسن (محقق حلّی)، (1408)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، 4 جلدی، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- 16- حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، (1420ه.ق)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - الحديثة)، 6 جلدی، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- 17- حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، (1414ه.ق)، تذکرة الفقهاء (ط - الحديثة)، 14 جلدی، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- 18- حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، (1413ه.ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، 3 جلدی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- 19- حلّی، محمد بن حسن بن یوسف، (1387)، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، 4 جلدی، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- 20- حلّی، محمد بن منصور (ابن ادريس)، (1410ه.ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، 3 جلد، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- 21- حکیم، سید محسن، (1416ه.ق)، مستمسک العروة الوثقی، 14 جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه دارالتفسیر.
- 22- حکیم، سید محسن، (بی تا)، نهج الفقاهة، در یک جلد، چاپ اول، انتشارات 22 بهمن.
- 23- خویی، سید ابو القاسم، (بی تا)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، 7 جلد، بی جا.
- 24- خویی، سید ابو القاسم، (1410ه.ق)، منهاج الصالحین (للخوئی)، 2 جلد، قم، نشر مدینه العلم.
- 25- رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله، (1401ه.ق)، کتاب القضاء، 2 جلد، چاپ اول، قم، دارالقرآن الکریم.
- 26- سبحانی تبریزی، جعفر، (1424ه.ق)، الحج فی الشریعة الإسلامیة الغراء، 5 جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
- 27- سبزواری، سید عبد الأعلى، (1413ه.ق)، مهذب الأحکام، 30 جلد، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
- 28- سبزواری، محمد باقر، (1423ه.ق)، کفایة الأحکام، 2 جلد، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- 29- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، (1375ه.ق)، هداية الطالب إلى أسرار المکاسب، 3 جلد، چاپ اول، تبریز، چاپخانه اطلاعات.
- 30- صافی گلپایگانی، لطف الله، (1416ه.ق)، هداية العباد (للصافی)، در یک جلد، چاپ اول، قم، دارالقرآن الکریم.

- 31- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (قمی)، (1413ه.ق)، من لا يحضره الفقيه، 4 جلد، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- 32- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، (1418ه.ق)، ریاض المسائل (ط - الحديثة)، 16 جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- 33- طباطبایی قمی، سید تقی، (1400ه.ق)، دراساتنا من الفقه الجعفری، 2 جلد، چاپ اول، قم، مطبعه الخيام.
- 34- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (1415ه.ق)، سؤال و جواب (للسید الیزدی)، در یک جلد، چاپ اول، تهران، مرکز نشر العلوم الإسلامی.
- 35- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (1409ه.ق)، العروة الوثقی (للسید الیزدی)، 2 جلد، چاپ دوم، بیروت - لبنان، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
- 36- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، (1407ه.ق)، الخلاف، 6 جلد، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- 37- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، (1387ه.ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، 8 جلد، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
- 38- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (1410ه.ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، 10 جلد، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری.
- 39- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (1413ه.ق)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، 15 جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.

- 40- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (1417ه.ق)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، 3 جلد، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- 41- عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (1414ه.ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، 13 جلد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- 42- فقعی، علی بن علی بن محمد بن طی، (بی تا)، مسائل ابن طی - المسائل الفقهية، در یک جلد، بی جا.
- 43- کلینی، محمد بن یعقوب (ابو جعفر)، (1407ه.ق)، الکافی (ط - الإسلامية)، 8 جلد، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه.
- 44- لاری، سید عبد الحسین، (1418ه.ق)، التعلیقة علی مکاسب، در یک جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- 45- مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (بغدادی)، (1413ه.ق)، المقنعة (للشیخ المفید)، در یک جلد، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه.
- 46- موسوی خمینی، سید روح الله، (1421ه.ق)، کتاب البیع (للأمام الخمينی)، 5 جلد، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- 47- نائینی، میرزا محمد حسین، (1413ه.ق)، مکاسب و البیع، 2 جلد، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات.

- 48- نجفی، حسن بن جعفر بن خضر (کاشف الغطاء)، (1422ه.ق)، أنوار الفقاهة - كتاب الميراث (لكاشف الغطاء، حسن)، در يك جلد، چاپ اول، نجف اشرف - عراق، مؤسسه كاشف الغطاء.
- 49- نجفی، محمد حسن، (1404ه.ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، 43 جلد، چاپ هفتم، بيروت - لبنان، دار إحياء التراث العربي.
- 50- وجدانی فخر، قدرت الله، (1426ه.ق)، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية، 16 جلد، چاپ دوم، قم، انتشارات سمااء قلم.

### ج- منابع فرانسوی:

- 1-BASTIAN D., (1929), Essai d'une théorie générale de l'opposabilité, thèse Paris.
- 2-BERTRAND F., (1979), L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse paris .
- 3-Cass 1<sup>re</sup> civ, 23nov.1976: Bull.civ.,I . N°361, p.284.
- 4- Duclos J., (1984), l'opposabilité (Essai d'une théorie générale), thèse Rennes, éd.
- 5- TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., (1999), Droit civil – Les obligations, Dalloz.