

نسبت میان عقد استنادناپذیر و عقد غیر نافذ مراعی

پیام محمدی میر عزیز* محمد صالحی مازندرانی**

چکیده

طبق اصل نسبی بودن قراردادها، یک عقد نمی‌تواند حقوق اشخاص ثالث را متأثر کند. عکس این حالت نیز صادق است و حقوق اشخاص ثالث هم اثری بر عقد ندارد. با این حال، گاهی در حقوق وضعیتی ایجاد می‌شود که در آن، اگرچه عقد برای اشخاص ثالث حق و تکلیفی ایجاد نمی‌کند اما حقوق بالقوه ایشان را مورد تهدید قرار می‌دهد؛ مانند فروش عین مرهونه توسط راهن. برای بررسی چنین وضعیتی، دو نظریه ارائه شده است: استنادناپذیری و عدم نفوذ مراعی. حقوق دانسان در مورد نسبت میان این دو و مصادیق هریک از آنها اختلاف نظر دارند. پرسش اصلی مقاله‌ی پیش‌رو این است که آیا دو نهاد مذکور، یکسان هستند، یا دو نهاد متفاوت با ماهیت و اهداف و آثار جداگانه هستند؟ هدف از طرح این پرسش و پاسخ به آن، ایجاد یک وضوح نظری در حوزه برخورد حق ثالث با حقوق متعاملین است. بدیهی است که وضوح نظری، مقدمه ایجاد رویه واحد در تصمیم‌گیری‌های قضایی است. مدعای مقاله پیش‌رو این است که این دو نهاد یکی هستند. هر دوی این نهادها برای حفظ حقوق اشخاص ثالث ایجاد شده‌اند؛ در هر دوی آنها عقد، میان متعاملین صحیح اما در مقابل شخص ثالث بی‌اثر است. اعمال حق ثالث نیز حسب مورد ممکن است باعث انفساخ عقد شود یا بر آن اثری نداشته باشد.

واژگان کلیدی: استنادناپذیری، اصل نسبی بودن، شخص ثالث، عدم نفوذ مراعی.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

p.m.mirazizi@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران m_salehimazandarani@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۹/۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۲۵

سرآغاز

مطابق اصل نسبی بودن قراردادها، یک عقد تنها می‌تواند برای متعاملین حق و تکلیف ایجاد کند و قدرت تحمیل مفاد مثبت و منفی خود به اشخاص ثالث را ندارد؛^۱ اما مقنن در برخی موارد اجازه داده است که متعاملین، ضمن عقد، شرطی را به نفع ثالث بگنجانند و یا حتی یکی از عوضین را به نفع ثالثی مقرر کنند. از سوی دیگر، اشخاص ثالث نیز قدرت اثرگذاری بر عقد را ندارند. همان‌طور که یک قرارداد نمی‌تواند حقوق ایشان را متأثر کند، حقوق ایشان نیز نمی‌تواند قرارداد میان متعاملین را تحت تأثیر قرار دهد؛ اما این قاعده نیز مطلق نیست و در مواردی حقوق اشخاص ثالث می‌تواند بر قرارداد تأثیر بگذارد. اصل نسبی بودن قراردادها و استثنای آن به تفصیل بررسی شده اما عکس این اصل، یعنی نحوه تأثیر حقوق اشخاص ثالث بر اعمال و وضعیت‌های حقوقی، کمتر مورد تحلیل قرار گرفته است.

قاعده این است که حقوق اشخاص ثالث، اثری بر عقد ندارد؛ اما این اصل تا زمانی برقرار است که قرارداد، حقوق اشخاص ثالث را متأثر نکرده باشد. هنگامی که یک قرارداد به حوزه حقوق اشخاص ثالث وارد می‌شود و اصل نسبی بودن قراردادها را نقض می‌کند، اجازه دخالت متقابل اشخاص ثالث در عقد نیز صادر می‌شود. دخالت یک قرارداد در حقوق اشخاص ثالث گاه به سود ایشان است که موارد آن به‌عنوان استثنای اصل نسبی بودن قراردادها، به تفصیل بررسی شده است. گاه نیز این دخالت به زیان اشخاص ثالث است؛ یعنی طرفین عقد برای ثالث تکلیفی برقرار می‌کنند یا به نحوی از انحاء حق یا حقوق وی را نادیده می‌گیرند. اگر چنین تأثیری مستقیماً از قرارداد ناشی شود، یعنی قرارداد مستقیماً برای ثالث تکلیفی مقرر کنند، موضوع تحت

۱. نیروی الزام‌آور عقد از دو جهت نسبی است؛ نخست، از جهت موضوع که طرفین قرارداد را فقط به آنچه موضوع عقد است ملزم می‌کند و دوم، از جهت اشخاص که فقط طرفین عقد را ملزم می‌کند (سنهوری، ۱۳۹۰: ۳۸۶).

۲. اصل مذکور اگرچه در فقه به عنوان یک قاعده مطرح نشده اما به باور برخی حقوق‌دانان از بعضی قواعد و فروع فقهی قابل استنباط است (صادقی، ۱۳۸۳: ۳۶). از جمله‌ی این قواعد و فروع، به موارد زیر اشاره شده است:

الف: الغالب فی التملیکات تراضی اثنین و قد یکفی الواحد فی مواضع: کالأخذ بالشفعة (عاملی (شهید اول)، بی‌تا: ۳۵۰)
ب: لا یدخل فی ملک إنسان شیء قهراً إلا الإرث (سیوری، ۱۴۰۳: ۳۴۵).

عنوان فضولی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ اما گاه، قرارداد به‌طور غیرمستقیم، حقوق اشخاص ثالث را نقض می‌کند. موضوع پژوهش پیش‌رو، بررسی این‌گونه تأثیرات بر حقوق اشخاص ثالث است.

منظور از تأثیر غیرمستقیم این است که اگرچه از قرارداد، تکلیف و تعهدی برای ثالث ایجاد نمی‌شود اما قرارداد مذکور یکی از حقوق بالقوه شخص ثالث را مورد تهدید می‌دهد. در چنین عقدی اصلاً به شخص ثالث اشاره‌ای نمی‌شود اما موضوع عقد به نحوی است که با انجام آن، حق قانونی یا قراردادی شخص ثالثی پایمال می‌شود. برای مثال فرض کنید الف و ب در یک قرارداد توافق می‌کنند که شخص ج مقداری پول به یکی از آن‌ها یا ثالثی پرداخت کند. تکلیف مذکور، مستقیماً از عقد ناشی شده است و تحت عنوان فضولی مطرح می‌شود. حال فرض دیگری را در نظر آورید: راهن مال مرهونه را به شخصی غیر از مرتهن می‌فروشد. در عقد مذکور برای ثالث، یعنی مرتهن، حق و تکلیفی ایجاد نشده است؛ اما موضوع عقد، عملی است که با انجام آن، حق ثالث (مرتهن) برای فروش مال مرهون در صورت نپرداختن طلب در سر موعد، از بین می‌رود. در این فرض، قرارداد فروش مال مرهون مستقیماً تکلیفی متوجه شخص ثالث نکرده ولی با انعقاد این قرارداد، حق بالقوه او نادیده گرفته شده است.

در ادبیات حقوقی ما برای توضیح چنین وضعیتی، یعنی تعیین اثر حق شخص ثالث بر این‌گونه قراردادها، دو نظریه مهم ارائه شده است: استنادناپذیری و عدم نفوذ مراعی. هیچ‌یک از این دو عقد و ماهیت و آثار و تفاوت آن‌ها به‌طور صریح در قوانین شناسایی نشده و دکترین حقوقی بار توضیح و تبیین آن‌ها را بر دوش گرفته است. مقالات متعددی به‌طور خاص در توضیح هریک از این وضعیت‌ها نوشته شده و مقالات معدودی نیز کوشیده‌اند با مقایسه این دو، مرز مشخصی را بین آن‌ها ترسیم کنند.^۱ مشکل بسیار مهمی که در این خصوص وجود دارد، تعیین مصادیق عقد غیرنافذ

۱- در خصوص بررسی عقد استنادناپذیر، از جمله بنگرید به: (ایزائلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱؛ قبولی درافشان، ۱۳۸۹). در خصوص بررسی عقد غیرنافذ مراعی و تحلیل رابطه‌ی آن با عقد استنادناپذیر، رک: (کریمی، ۱۳۹۱؛ روشن، خوئینی، فلاحی، ۱۳۹۶).

مراعی و عقد استنادناپذیر است. تقریباً تمامی مصادیقی که به عنوان غیرنافذ مراعی معرفی شده‌اند، محل اختلاف هستند. البته عکس این حالت صادق نیست. مصادیق قطعی در مورد عقد استنادناپذیر وجود دارد که عمده‌تاً مرتبط با حقوق تجارت هستند؛ از جمله ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت و ماده ۱۱۶ قانون تجارت؛ اما به هر حال این اختلاف، نظریه‌پردازی را در مورد هر دو نوع عقد با مشکل روبرو می‌کند، زیرا یکی از مهم‌ترین روش‌ها در تعیین مفاهیم، بررسی مصادیق متعدد و استخراج مشابهت‌های آن‌ها است. هنگامی که هیچ مصداق مورد اتفاقی وجود نداشته باشد، این روش کارایی نخواهد داشت.

پرسش اصلی مقاله پیش‌رو این است که عقد غیرنافذ مراعی و عقد استنادناپذیر، نهادهایی یکسان هستند یا متفاوت؟ فرضیه پژوهش این است که نهادهای مذکور یکسان هستند و تفاوتی میان آن‌ها وجود ندارد. این فرضیه مبتنی بر چند پیش‌فرض است. پیش‌فرض نخست این است که مبنا و فلسفه وجودی این دو عقد یکسان است و هر دو برای محافظت از اصل نسبی بودن قراردادها و جلوگیری از تجاوز عقود به قلمرو دارایی اشخاص ثالث طراحی شده‌اند. پیش‌فرض دوم این است که با موارد مشابه، باید یکسان برخورد شود و هرگونه تمایزی میان موارد مشابه، نیازمند توجیه است؛ یعنی در صورتی می‌توان به تفاوت میان این دو نهاد رأی داد که تمایزی معقول میان آن‌ها وجود داشته باشد. پس اگر چنین تمایز موجهی وجود نداشته باشد، باید از غیریت میان این دو صرف‌نظر کرد و آن‌ها را یکسان محسوب کرد.

برای پاسخ به پرسش و بررسی فرضیه این پژوهش، نخست به بررسی انتقادی نظریات حقوقی ارائه‌شده درباره مفهوم و مصادیق این دو نهاد خواهیم پرداخت و سپس، تفاوت‌های طرح‌شده میان آن‌ها را نقد و بررسی می‌کنیم.

۱. عقد غیرنافذ مراعی

در این قسمت طی هفت بند، به بررسی ماهیت، آثار، مصادیق، مبنا و ویژگی‌های عقد غیرنافذ مراعی در دکترین و نقد و بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱-۱. تشریح مفهومی

دقت در مصادیق متعدد عقد غیرنافذ نشان می‌دهد که تمام آن‌ها از احکام و آثار واحدی پیروی نمی‌کنند. فقها با قرار دادن مراعی در مقابل موقوف به این تفاوت‌ها اشاره کرده‌اند^۱ (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۵۸). تفاوت اصلی میان موقوف و مراعی در این است که در عقد غیرنافذ موقوف، مانند عقد اکراهی و فضولی، ارکان اصلی عقد به‌طور کامل جمع نشده‌اند و لذا مقتضی به شکل تام موجود نیست^۲؛ ولی در مراعی، مقتضی و سبب کامل است و وجود یک مانع، یعنی تعلق حق شخص ثالث، از تأثیر عقد جلوگیری می‌کند^۳. پس در عقد غیرنافذ موقوف، تأثیر عقد متوقف بر حصول شرط است و در عدم نفوذ مراعی، عقد در حالت انتظار برای رفع مانع به سر می‌برد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۰). واژه مراعی وقتی به کار می‌رود که وضعیت یک عمل حقوقی منوط به تعیین تکلیف یک وضعیت دیگر است (محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۲۳). از آنجا که فقط تعلق حق ثالث مانع نفوذ عقد است، به هر طریقی حق ثالث تأمین شود، مانع منتفی می‌شود و مقتضی اثر خود را بر جای می‌گذارد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۳). در عقد غیرنافذ موقوف، شرط مفقود، حالتی بالفعل دارد؛ یعنی تأثیر شرط، قطعی است و با فقدان آن، عقد یقیناً از اثر بازخواهد ماند؛ اما حق ثالث در عقد غیرنافذ مراعی، جنبه بالقوه و احتمالی دارد. به همین خاطر است که عقد غیرنافذ مراعی در حالت انتظار به سر می‌برد تا سرنوشت این مانع احتمالی روشن شود. اگر مانع زایل شود معامله خودبه‌خود تنفیذ می‌شود و

۱. بعضی از حقوق‌دانان، اگرچه به تفاوت عقد مراعی با فضولی توجه داشته‌اند اما آن را در حکم فضولی تلقی کرده و احکام عقد فضولی را بر آن بار کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۵۴۹؛ امامی، ۱۳۸۴، ج ۳: ۴۴).

۲. برخی فقها معتقدند که ایجاب و قبول فضول و اصیل در عقد فضولی، سبب تام انتقال مالکیت است و اجازه مالک تنها نقش رفع مانع را دارد (رک: محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۱: ۳۳۲). ازجمله، شهید ثانی در مسالک اظهار می‌دارد: هو العقد الجامع للشرائط؛ و لیس ثم مانع إلا إذن المالك (عاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ۱۵۸). البته ایشان در شرح لمعه، رأی دیگری را برگزیده و اجازه را جزو سبب محسوب کرده‌اند: لأن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائطه و كلها كانت حاصله إلا رضاء المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰: ۲۲۹).

۳. در تفاوت شرط و مانع آورده‌اند: شرط، زمینه‌ساز تأثیر سبب، یعنی قصد طرفین است ولی فقدان مانع، دخالتی در تأثیر سبب ندارد؛ مثلاً فقدان اشتباه، فراهم‌کننده تأثیر عقد نیست بلکه وجود اشتباه، مانعی بر سر راه سبب است (شهیدی، ۱۳۹۰: ۲۱۸).

اگر مانع به ثمر بنشیند، از تصرفات منافی جلوگیری می‌کند (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۱۳۸۶). به همین علت مراعی را وضعیتی متزلزل محسوب کرده‌اند (روشن، خویشی و فلاحی، ۱۳۹۶: ۱۵۹)، زیرا ممکن است بدون نیاز به هیچ اقدامی، تنفیذ شود؛ مثلاً طلب ثالث پرداخت شود یا او اقدامی در جهت اعمال حق خود انجام ندهد. درحالی‌که عقد موقوف، برای تأثیر به الحاق شرط مفقود نیازمند است و از این لحاظ هیچ ابهام و تردیدی وجود ندارد. این عبارات، تفاوت ماهوی میان عقد غیرنافذ موقوف و مراعی را روشن می‌کند و دیگر اشتباهی در تفکیک مصادیق این دو از یکدیگر رخ نخواهد داد. احکام و آثار غیرنافذ موقوف نیز به تفصیل در آراء حقوق دانان بررسی شده است. آنچه بر جای می‌ماند تعیین احکام و آثار عقد غیرنافذ مراعی است.

۱-۲. وضعیت عقد مراعی میان طرفین

عقد موقوف در وضعیتی مطلقاً غیرنافذ به سر می‌برد؛ یعنی نسبت به همه از جمله خود متعاملین، بی‌اثر است اما در خصوص مراعی، اظهارنظرها با تردید همراه است. در جایی گفته شده اجرای حق ثالث در مراعی باعث بطلان عقدی می‌شود که پیش از آن نیز نفوذ حقوقی نداشته (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۸۰) و در جایی دیگری آمده است که در سایر مصادیق مراعی غیر از اخذ به شفعه نیز عقد، میان طرفین، به نحو متزلزل، واجد اثر است و از همان ابتدا مقید به رفع مانع منعقد می‌شود و صحت تأهلی^۱ دارد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۵ - ۱۶۶).

نظریه اخیر را باید تقویت کرد. به دلایل مختلف به نظر می‌رسد که قول صحت عقد غیرنافذ مراعی میان طرفین از استحکام بیشتری برخوردار است: دلیل نخست این است که همواره باید کوشید تا خفیف‌ترین ضمانت اجرا را در نظر گرفت. این یک اصل عقلایی است که با اصل صحت نیز پشتیبانی می‌شود؛ بنابراین هنگامی که به هر

۱. صحت تأهلی را به وضعیتی تعریف کرده‌اند که در آن ایجاب و قبول حاصل و شالوده عقد بنا شده است و آثاری بر آن بار می‌شود؛ هرچند کماکان برای کمال عقد عناصر دیگری لازم است. با انضمام عناصر مفقود، عقد مذکور صحت فعلی پیدا می‌کند. عقد اکرایی و فضولی دو مصداق این وضعیت هستند (کریمی و صمدی، ۱۳۹۷: ۱۶۶ و ۱۶۷).

علت ناچار می‌شویم که از صحت و نفوذ مطلق و تمام و کمال یک عقد دست برداریم، باید حتی‌الامکان سبک‌ترین ضمانت اجرا را در مورد آن اعمال کنیم. قبول صحت عقد میان طرفین و بی‌اثر دانستن آن در برابر ثالث، خفیف‌تر از آن است که عقد را مطلقاً نسبت به همه بی‌اثر بدانیم. دلیل دوم این است که با قبول صحت عقد میان طرفین، مصالح هر سه طرف، متعاملین و ثالث، جمع می‌شود؛ زیرا ممکن است شخص ثالث هرگز به اعمال خود مبادرت نرزد یا اینکه حق او به طریقی تأمین شود (مانند پرداخت دین مرتهن). لذا با عدم تسری آثار عقد به ثالث، وی از این قرارداد آسیبی نمی‌بیند و هرگاه بخواهد می‌تواند نسبت به اعمال حق خود اقدام کند. با قبول صحت و نفوذ عقد میان متعاملین، چنانچه ثالث حق خود را اعمال نکند یا حق وی تأمین شود، صحت عقد تداوم می‌یابد و در غیر این صورت منفسخ می‌شود. پس به لحاظ نظری می‌توان نفوذ عقد میان طرفین و عدم تسری آن به شخص ثالث را مطابق قواعد عمومی نظام حقوقی توجیه و تبیین کرد.

۳-۱. برطرف شدن ابهام در مراعی و اثر آن

به اعتقاد بسیاری از صاحب‌نظران، برطرف شدن ابهام در مراعی حالت کاشفیت دارد. با برطرف شدن ابهام، کشف می‌شود که عقد مراعی از روز نخست چه وضعی داشته است (محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۲۳)؛ یعنی تأمین بعدی حق ثالث و یا سقوط حق وی، کاشف از صحت عقد و اعمال حق او کاشف از بطلان عقد از لحظه انعقاد است (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۸۶). از این لحاظ میان مراعی و موقوف شباهت وجود دارد، زیرا در غیرنافذ موقوف نیز الحاق یا عدم الحاق شرط مفقود جنبه کاشفیت دارد. نظریه کشف در خصوص عقد مراعی، در فقه نیز نظری رایج است. محقق ثانی، اخذ به شفعه در بیع خیار را مراعی به اعمال یا عدم اعمال خیار دانسته و اعلام می‌دارد که با عدم فسخ، کشف می‌شود شفعه از ابتدا صحیح بوده است و با فسخ بیع، بطلان شفعه کشف می‌شود (عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴: ۳۹۶). در مورد زمان انتقال مالکیت در بیع خیار نیز اگرچه نظر مشهور فقهای امامیه انتقال از زمان عقد است، اما

برخی از فقها احتمال مراعی بودن انتقال ملکیت را نیز به عنوان یکی از نظرات طرح کرده و اعمال یا عدم اعمال خیار را کاشف از انتقال یا عدم انتقال مالکیت از زمان عقد محسوب کرده‌اند (حلی (علامه حلی)، ۱۴۱۴: ۵۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۴۵۱؛ عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷: ۳۶۲). در باب وصیت نیز در خصوص اینکه زمان انتقال مالکیت به موصی‌له، لحظه فوت موصی است یا لحظه قبول موصی‌له، به نظریه کشف اشاره شده است؛ به این معنا که موصی‌به با فوت موصی به نحو مراعی، به موصی‌له منتقل می‌شود و رد او کاشف از بطلان انتقال از زمان فوت موصی است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷: ۴۸۲).

با این حال به نظر می‌رسد به دلایل ذیل باید از نظریه کشف دست کشید و اثر برطرف شدن ابهام در عقد مراعی را به نحو دیگری تبیین کرد. اولین دلیل برای دست کشیدن از نظریه کشف، صحت عقد میان طرفین است. در قسمت قبل اثبات کردیم که عقد غیرنافذ مراعی میان طرفین، صحیح و نسبت به ثالث بی‌اثر است. در نظام فقهی و حقوقی ما یک عقد صحیح، نمی‌تواند متعاقباً باطل شود. از میان رفتن یک عقد صحیح، مطابق قواعد عمومی نظام فقهی و حقوقی ما تنها با انفساخ ممکن است. قبول انفساخ نیز با نظریه کشف سازگاری ندارد، زیرا نظریه کشف به صحت و بطلان عقد از روز نخست می‌پردازد و جنبه کاشفیت دارد و با انفساخ که امری حادث است سازگاری ندارد. به عبارت خلاصه‌تر، نظریه کشف با غیرنافذ بودن عقد میان طرفین تا لحظه تعیین تکلیف امر مراعی ملازمه دارد. دلیل دوم این است که عقد مراعی واجد ارکان صحت است و در موارد تردید نیز باید به قدر متیقن عمل کرد و خفیف‌ترین ضمانت اجرا را در نظر گرفت (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۲). روشن است که قبول اثر عقد میان طرفین و بی‌اثر بودن آن در برابر ثالث، ضمانت اجرای سبک‌تری از عدم نفوذ مطلق آن، چه میان متعاملین و چه در برابر ثالث، است. دلیل سوم این است که نظریه کشف، خلاف فهم عرفی است و پذیرش آن در مواردی مانند عقد فضولی، به علت نص خاص قانون مدنی است و نمی‌توان از آن قاعده ساخت^۱. دلیل چهارم این است که

۱. در عقد فضولی نیز به اعتقاد بیشتر فقها، نظریه نقل مطابق با قواعد فقهی و عموم ادله نقلی است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۱: ۳۶۸).

قبول نظریه کشف باعث می‌شود که عقد میان طرفین دستخوش ابهام و تزلزل باقی بماند، زیرا در بسیاری موارد، برای اعمال یا عدم اعمال حق ثالث، محدودیتی در نظر گرفته نشده است!

پاسخ به این سؤال، پرسش بعدی در نظریه مراعی را نیز حل می‌کند؛ یعنی اینکه پس از اعمال حق ثالث، وضعیت عقد مراعی چگونه خواهد بود. با قبول نظریه کشف باید گفت، اعمال حق ثالث باعث کشف بطلان عقد از روز انعقاد می‌شود و عدم اعمال حق ثالث باعث کشف صحت آن از روز انعقاد؛ اما با قبول صحت عقد میان طرفین باید قائل باشیم که اعمال حق ثالث باعث انفساخ عقد مراعی می‌شود و عدم اعمال حق او، اثری بر عقد نمی‌گذارد و صحت آن تداوم پیدا می‌کند.

۱-۴. اثر اعمال حق ثالث

گفته شده است که هرگاه کارکرد مراعی حمایت از طلب ثالث باشد، حکم آن در صورت اعمال حق ثالث، بطلان است ولی هنگامی از مالکیت بالقوه ثالث حمایت می‌کند، اعمال حق ثالث باعث انفساخ عقد می‌شود. پس می‌توان گفت تعلق حق ثالث گاه باعث عدم نفوذ عقد مراعی است، مانند بیع عین مرهونه و گاه مانع از تداوم آثار آن می‌شود، مانند اخذ به شفعه (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۰).

اما با توجه به توضیحاتی که در قسمت پیشین ارائه شد، تعیین تکلیف در مورد اثر اعمال حق ثالث در عقد غیرنافذ مراعی، بسته به تعیین تکلیف در یک مورد دیگر است: وضعیت حقوقی عقد مراعی میان طرفین تا پیش از اعمال یا سقوط حق ثالث. اگر گفته شود که عقد مذکور میان طرفین نیز غیرنافذ است و تنها پس از اعمال یا سقوط حق

۱. ماده ۲۵۲ قانون مدنی در خصوص عقد فضولی اشعار می‌دارد که لازم نیست رد یا اجازه فوری باشد اما اگر تأخیر، موجب ضرر طرف اصیل شود، او می‌تواند معامله را فسخ کند. ماده ۸۲۱ این قانون، فوریت را در اعمال حق شفعه ضروری می‌داند. در خصوص سایر مصادیق مانند معامله به قصد از فرار از دین و معاملات ورثه نسبت به ترکه پیش از تصفیه، مقرراتی وجود ندارد و مشخص نیست که حداکثر فرصت ثالث برای اعمال حق خود تا چه زمانی است و در صورت تأخیر ثالث آیا طرف معامله با مدیون ثالث، مانند خریدار ترکه، حق برهم زدن عقد را دارد یا خیر. چنین ابهام‌هایی، پیاده کردن نظریه کشف را به لحاظ عملی با دشواری روبرو می‌کند.

ثالث، کشف می‌شود که وضعیت این عقد از روز نخست چگونه بوده است باید بپذیریم که اعمال حق ثالث، جنبه کاشفیت دارد و باعث کشف بطلان عقد از روز نخست می‌شود. در مقابل، اگر نظریه کشف پذیرفته نشود و بر آن باشیم که عقد مراعی میان طرفین صحیح و نسبت به ثالث بی‌اثر است، آنگاه اعمال حق ثالث باعث انفساخ عقد میان طرفین می‌شود، زیرا عقد صحیح در نظام حقوقی ما، نمی‌تواند باطل شود. همان‌طور که در بخش پیشین با استدلال گفته شد، از نظر ما عقد مراعی میان طرفین صحیح است؛ بنابراین، ضمن کنار نهادن نظریه کشف باید گفت که اعمال حق ثالث باعث انفساخ عقد مراعی می‌شود؛ مگر در حالتی که اعمال حق ثالث و تداوم عقد میان طرفین با هم تعارضی نداشته باشند؛ مانند ماده ۱۱۶ قانون تجارت. در این ماده، توافق میان شرکا صحیح و در مقابل طلبکاران (ثالث)، غیر قابل استناد است و هرگز میان این دو تعارضی رخ نمی‌دهد. طلبکاران می‌توانند حق خود را به نحو تضامن از همه شرکا بگیرند و شرکا هم پس از پرداخت تضامنی طلب به ثالث می‌توانند مطابق توافق میان خود، به یکدیگر رجوع کنند.

۱-۵. مبنای غیرنافذ مراعی

مبنای غیرنافذ مراعی، حفظ حقوق اشخاص ثالث است؛ یعنی حفظ حقوق اشخاص ثالث باعث می‌شود عقدی که به لحاظ ارکان درونی کامل است از جهت تأثیر با اختلال روبرو شود. حقوق اشخاص ثالث گاه یک مالکیت بالقوه است، مانند حالتی که معاملات معارض با حق شفعه در حالت مراعی قرار می‌گیرند و گاه طلبی است که به نحوی به موضوع معامله تعلق گرفته است، مانند طلب مرتهن که باعث اختلال در آثار قرارداد انتقال مال مرهونه می‌شود (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۷۰؛ کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۹۸). علاوه بر حمایت از حقوق ثالث، دو مبنای دیگر نیز برای این نوع عقد برشمرده‌اند. یکی اینکه ایجاد وضعیت مراعی به‌نوعی جمع بین حقوق هر سه طرف، یعنی متعاملین و ثالث است. حق متعاملین رعایت می‌شود چون عقد باطل نشده و حق ثالث هم رعایت می‌شود چون حق وی احتمالی است و دلیلی ندارد که بر عقد مسلط

شود؛ بلکه استقرار حق وی باعث از میان رفتن آثار عقد می‌شود (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۹۲). مبنای سوم طرح شده برای این نوع عقد، حکم دادن به واقع است (محقق داماد، حقانی و ساعتچی، ۱۳۹۷: ۲۵ و ۲۶). منظور از حکم دادن به واقع را باید در پرتو نظریه کشف درک کرد. طبق این نظر، از آنجا که حق ثالث احتمالی است تا پیش از روشن شدن وضعیت آن نمی‌توان در مورد عقد حکم قطعی صادر کرد. لذا عقد در حالتی از ابهام، یعنی مراعی، قرار می‌گیرد تا واقعیت روشن شود و معلوم شود که آیا حق ثالث مستقر می‌شود یا نه. چنانچه عقد ثالث مستقر شود کشف می‌شود که عقد از روز انعقاد باطل بوده و الا معلوم می‌شود که عقد از روز انعقاد، صحیح بوده است. به‌طور خلاصه، وضعیت مراعی برای کشف صحت یا بطلان عقد از روز نخست است. با توجه به اینکه ما نظریه کشف را با استدلال کنار نهادیم، نمی‌توانیم مبنای اخیر را بپذیریم.

۱-۶. نحوه مداخله ثالث

موضوع دیگر نحوه مداخله ثالث در عقد مراعی است. ثالث می‌تواند عقد را اجازه دهد اما اجازه در عقد مراعی تفاوت مهمی با اجازه در عقد موقوف دارد. در عقد موقوف، اجازه شرط مفقودی است که با صدور آن آثار عقد نسبت به همگان جریان می‌یابد اما در عقد مراعی، اجازه رفع مانعی است که باعث جریان آثار عقد نسبت به ثالث می‌شود. البته این تفاوت در صورتی است که بپذیریم عقد مراعی میان طرفین صحیح است. در غیر این صورت، تفاوتی میان آثار اجازه در مراعی و موقوف باقی نمی‌ماند. در مورد رد، وضعیت عقد موقوف روشن است؛ اما به نظر می‌رسد حق رد در عقد مراعی برای ثالث وجود ندارد. او تنها می‌تواند در مقام اعمال حق خود برآید و هنگامی که حق خود را اعمال کرد، حسب مورد باعث انفساخ یا بطلان عقد مراعی می‌شود. تعیین اثر اعمال حق ثالث، یعنی انفساخ یا بطلان، بسته به موضعی است که در مورد صحت یا عدم نفوذ عقد در میان متعاملین و قبول یا رد نظریه کشف، اتخاذ می‌کنیم. اگر عقد میان ایشان صحیح باشد، اعمال حق ثالث به انفساخ آن می‌انجامد و

اگر عقد میان ایشان غیرنافذ باشد اعمال حق ثالث کاشف از بطلان عقد از روز انعقاد است. با توجه به اینکه در قسمت‌های پیشین نظریه کشف را رد و صحت عقد مراعی میان متعاملین پذیرفتیم، باید گفت: اثر اعمال حق ثالث در عقد غیرنافذ مراعی، انفساخ عقد است مگر در مواردی مانند ماده ۱۱۶ قانون تجارت که شرح آن گذشت.

۷-۱. مصادیق عقد غیرنافذ مراعی

همان‌طور که در مقدمه گذشت، تقریباً تمامی مصادیقی که به عنوان غیرنافذ مراعی معرفی شده‌اند، محل اختلاف هستند؛ یعنی هیچ مصداق مورد اتفاقی در خصوص این عقد وجود ندارد. تمام مصادیقی که توسط برخی حقوقدانان به عنوان غیرنافذ مراعی معرفی شده‌اند، توسط برخی دیگر از استادان، مصداق عقد استنادناپذیر به حساب آمده‌اند. این موضوع یکی از دشواری‌های تحلیل عقد غیرنافذ مراعی و به تبع آن تحلیل و بررسی عقد استنادناپذیر است.

۲. عقد استنادناپذیر

در این قسمت طی شش بند، به بررسی ماهیت، آثار، مصادیق و ویژگی‌های عقد استنادناپذیر و نقد و بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱-۲. تشریح مفهومی

در حقوق ایران می‌توان وضعیت‌های استنادناپذیر متعددی را در قوانین و مقررات مشاهده کرد: سند استنادناپذیر (موضوع ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی)، بطلان استنادناپذیر^۱ (موضوع ماده ۱۹۸ قانون تجارت و ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت)، استنادناپذیری فقدان اختیارات (موضوع ماده ۱۰۵ قانون تجارت و ۱۱۸ لایحه اصلاحی

۱. در این فرض، بی‌اعتباری عمل حقوقی، در برابر ثالث قابل استناد نیست. درحالی‌که در معنای مرسوم استنادناپذیر، صحت عقد میان طرفین در برابر ثالث قابلیت استناد ندارد (رباطی، محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۹۶: ۱۱۱ و ۱۱۲). عدم تسری آثار بی‌اعتباری شرکت به اشخاص ثالث، مبتنی بر اعتبار صحت ظاهری در حقوق تجارت است که خود، از شاخه‌های اصل ظاهر است که با اهداف بنیادین حقوق تجارت، مانند سرعت و امنیت، هماهنگی دارد (اسکینی و حیدری، ۱۳۹۵: ۲۳).

قسمتی از قانون تجارت)، استنادناپذیری انتصاب غیرقانونی (موضوع مواد ۱۲۶ و ۱۳۵ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت)، استنادناپذیری انحلال شرکت (موضوع ماده ۲۱۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت)، عقد استنادناپذیر (موضوع ماده ۱۱۶ قانون تجارت و ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت) و استنادناپذیری ایرادهای ناشی از معامله پایه در اسناد تجاری. مورد اخیر، به صراحت در قوانین پیش‌بینی نشده اما دکترین و رویه قضایی با قاطعیت آن را پذیرفته است. در میان حالات مختلف فوق، بررسی عقد استنادناپذیر موضوع پژوهش پیش‌رو است.

اصل نسبی بودن اثر عقود به زبان ساده به این معناست که هیچ فردی خارج از عقد، تعهد و مسئولیتی درباره آن بر دوش نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۵۶۳). این اصل از نتایج اصل آزادی قراردادها است که خود مستخرج از اصل حاکمیت اراده است. به موجب اصل آزادی قراردادها، اشخاص می‌توانند با هرکس و به هر نحو که مایل‌اند قرارداد منعقد کنند و به موجب اصل نسبی بودن اثر عقود، اشخاصی غیر از طرفین عقد هم آزادند و نباید بدون دخالت اراده خود از عقد میان متعاملین متأثر شوند. در واقع اصل نسبی بودن عقود جمع میان دو آزادی است (ایزنلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱: ۳۷ - ۳۸)؛ اما اصل مذکور به این معنا نیست که اشخاص ثالث می‌توانند قرارداد میان متعاملین را نادیده بگیرند. عقد پدیده‌ای است اجتماعی که بازتاب آن به دیگران می‌رسد. هریک از طرفین عقد پیوندهای گوناگونی با دیگران دارد که تعهد و طلب ناشی از قرارداد بر آن‌ها اثر می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰ الف: ۲۷۳).

عقود در برابر ثالث نیز قابل استناد هستند و این مسئله تعارضی با اصل نسبی بودن ندارد؛ بلکه مکمل آن است. قابلیت استناد مربوط به آثار بیرونی عقد است و اصل نسبی بودن، حاکی از آثار درونی عقد است (اسدی‌فرد، ۱۳۹۱: ۱۳۰). فرهنگ اصطلاحی کرنو در تعریفی دقیق از اصل قابلیت استناد اشعار می‌دارد: صلاحیت یک حق، یک عمل (قرارداد یا رأی)، یک موقعیت یا واقعه حقوقی است از این جهت که آثار خود را متوجه ثالث کند؛ نه از این راه که ثالث را تابع تعهدات مستقیم ناشی از خود کند؛ بلکه از این طریق که آن‌ها را ملزم به شناسایی آن وقایع و تحمل اثر آن می‌کند (قبولی

درافشان، ۱۳۸۹: ۲۵۶).

قابلیت استناد، حدود و وظایف قانونی اشخاص را نسبت به اختیارات صاحبان حقوق تعیین می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۹: ۳۲۶). قرارداد از آن جهت که یک پدیده حقوقی است دارای بازتاب‌ها و آثار غیرمستقیمی است که کم و بیش دامن‌گیر دیگران نیز می‌شود و آنان را منتفع یا متضرر می‌کند (اسدی، ۱۳۸۶: ۱۴۲). استنادپذیری یکی از اصول مهم قراردادهاست که باعث می‌شود آثار مذکور در جامعه به رسمیت شناخته شود. با انعقاد یک قرارداد میان دو طرف، تغییراتی در اوضاع حقوقی جامعه ایجاد می‌شود و موقعیت جدیدی حادث می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۵۰) که اشخاص ثالث باید به آن احترام بگذارند و وضع خود را با آن تطبیق دهند؛ بنابراین استنادپذیری وضعیتی معمول و مطابق قاعده است؛ اما این قاعده، در برخی موقعیت‌ها نیروی خود را از دست می‌دهد؛ یعنی عقدی که میان طرفین منعقد شده است در مقابل اشخاص ثالث قابلیت استناد نخواهد داشت. به نحو خلاصه، استنادپذیری وضعیتی است که در آن اشخاص ثالث به‌طور استثنایی، به عقد احترام نمی‌گذارند و می‌توانند مانع اجرای شایسته آن شوند (ایزنلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱: ۳۸).

برخی استادان از دو نوع عقد غیرنافذ مطلق و نسبی سخن گفته‌اند. از نظر ایشان، غیرنافذ مطلق عقدی است که نسبت به هیچ‌کس اثر ندارد و عقد غیرنافذ نسبی عقدی است که فقط نسبت به ثالث ذی‌حق بی‌اثر است؛ ایشان، تلویحاً غیرنافذ نسبی را در معنای غیر قابل استناد به‌کار برده‌اند (صفایی، ۱۳۹۲: ۱۵۳ و ۱۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۱۳). گستره مفهوم شخص ثالث نیز بسته به موقعیت متفاوت است. در معاملات معارض با حق شفعه، ثالث فقط یک نفر یعنی شفیع است و در برخی موارد مانند ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت می‌تواند هر شخصی را شامل شود (ایزنلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱: ۵۷ و ۵۸).

۲-۲. وضعیت عقد میان طرفین

استنادپذیری وضعیتی مرکب دارد و شامل دو رابطه حقوقی است. رابطه حقوقی

میان طرفین عقد (رابطه پایه) و رابطه حقوقی میان یکی از طرفین رابطه پایه با شخص یا اشخاص ثالث (رابطه حاکم). متعلق استنادناپذیری رابطه پایه و مبنای آن حمایت از رابطه حاکم است (محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۱۵ و ۱۶). بنابراین عقد استنادناپذیر عقدی است که میان متعاقدين صحيح و دارای اثر است اما این آثار دامن‌گیر شخص ثالث نمی‌شود و او می‌تواند چنان اقدام کند که گویی این عمل حقوقی اصلاً وجود ندارد. لذا، برخلاف عقد غیرنافذ مراعی، در خصوص وضعیت حقوقی عقد استنادناپذیر در میان متعاملین اختلاف نظری وجود ندارد و همگان متفق‌القول هستند که عقد مذکور میان متعاملین، صحيح و واجد اثر است.

۲-۳. اثر اعمال حق ثالث

حقوق دانانی که در این زمینه قلم زده‌اند به بررسی اثر اعمال حق ثالث بر قرارداد نپرداخته‌اند. دشواری پاسخ به این سؤال از آنجا ناشی می‌شود که نخست، مواد قانونی، در هیچ‌یک از مصادیق قطعی عقد استنادناپذیر متعرض این موضوع نشده‌اند و دوم، مصادیقی که می‌توان در آن‌ها وضعیت اعمال حق ثالث را بررسی کرد، غالباً به عنوان عقد استنادناپذیر مورد اتفاق نیستند؛ مانند معامله عین مرهونه و اخذ به شفعه. با این حال، می‌توان قاعده‌ای ارائه داد که با نظرات متفاوت در خصوص مصادیق مشتبه نیز سازگار باشد. به موجب این قاعده چنانچه موضوع اعمال حق ثالث مال یا اموال مشخصی باشد که میان طرفین عقد استنادناپذیر مورد معامله واقع شده است، مانند بیع عین مرهونه و معامله به قصد فرار از دین و معاملات تاجر ورشکسته و معاملات وراثت نسبت به ترکه پیش از تصفیه و انتقال سهام شرکت سهامی عام بدون ثبت در دفاتر شرکت، عقد استنادناپذیر منفسخ می‌شود، زیرا عقد مذکور تا پیش از اعمال حق ثالث صحيح بوده و اکنون که محل اجرای آن از بین رفته است باید به انفساخ آن حکم داد. در غیر این صورت، اعمال حق ثالث اثری بر عقد استنادناپذیر نخواهد داشت؛ یعنی عقد مذکور همچنان در حالت صحت و در عین حال استنادناپذیر نسبت به ثالث باقی خواهد ماند. مثال این وضعیت ماده ۱۱۶ قانون تجارت است که شرح آن گذشت.

۲-۴. مبنای عقد استنادناپذیر

مبنای اصلی عقد استنادناپذیر، حمایت و پشتیبانی از حقوق اشخاص ثالث در برابر عقود است. به عبارت خلاصه‌تر، ایجاد وضعیت استنادناپذیر جهت تضمین اصل نسبی بودن قراردادها است تا متعاملین با توافق خود، به دارایی و حقوق ایشان دست‌اندازی نکنند. همان‌طور که در بخش وضعیت عقد استنادناپذیر میان طرفین گذشت، استنادناپذیری شامل دو رابطه حقوقی است. رابطه حقوقی میان طرفین عقد (رابطه پایه) و رابطه حقوقی میان یکی از طرفین رابطه پایه با شخص یا اشخاص ثالث (رابطه حاکم). مبنای عقد استنادناپذیر، حمایت از رابطه حاکم است (محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۱۵ و ۱۶).

بعضی از حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند که سبب استنادناپذیری، تخطی و عدم رعایت شرایط شکلی اثباتی قرارداد است. شرایط شکلی اثباتی در مقابل شرایط شکلی ثبوتی قرار می‌گیرد. شرایط شکلی ثبوتی جزو ارکان عقد است و عمل حقوقی بدون آن ایجاد نمی‌شود یا به شکل ناقص به وجود می‌آید؛ اما شرایط شکلی اثباتی در تکوین عمل حقوقی نقش ندارند و فقدان آن‌ها تنها باعث استنادناپذیری عقد در مقابل ثالث می‌شود (محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۱۷). ظاهراً منظور از شرایط شکلی ثبوتی، همان رکن اضافی در عقود تشریفاتی است و منظور از شرایط شکلی اثباتی تشریفاتی است که رکنیتی در عقد ندارند اما مقنن آن‌ها را برای شناسایی آثار عقد نسبت به دیگران الزامی کرده است؛ مانند لزوم ثبت انتقال سهام شرکت سهامی عام در دفاتر شرکت مطابق ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت (کاویانی، ۱۳۹۳: ۲۵۲).^۱ به هر حال این مبنا در بعضی موارد، مثل مورد اخیر، صادق است؛ اما در مورد برخی مصادیق قطعی عقد استنادناپذیر صدق نمی‌کند؛ از جمله مواد ۱۱۶، ۱۲۵، ۱۴۳، ۱۵۵ و ۱۸۸ قانون تجارت.

۲-۵. نحوه مداخله ثالث

شخص ثالث هرگاه که بخواهد می‌تواند آثار عقد استنادناپذیر را نسبت به خود

۱. بعضی اساتید معامله مذکور را قراردادی تشریفاتی محسوب کرده‌اند (پاسبان، ۱۳۹۵: ۳۱۲).

بپذیرد^۱ یا به آن عقد استناد کند، زیرا وضعیت استنادناپذیر برای حمایت از او ایجاد شده است (ایزنلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۴۰). همچنین به نظر می‌رسد نباید برای ثالث حق رد قائل شد. ثالث تنها می‌تواند در مقام اعمال حق خود برآید و چنان رفتار کند که گویی عقد استنادناپذیر وجود ندارد. اگر ثالث در مقام اعمال حق خود برآید با توجه به نوع عقد، ممکن است باعث انفساخ آن شود یا اینکه هیچ‌گونه تأثیری بر آن نداشته باشد که شرح آن گذشت.

۲-۶. مصادیق عقد استنادناپذیر

دو مصداق قطعی این وضعیت در نظام حقوقی ایران، ماده ۱۱۶ قانون تجارت و ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت است. برخی حقوق دانان فروش مال مرهونه، معاملات معارض با حق شفعه و معامله به قصد فرار از دین را نیز استنادناپذیر به حساب آورده‌اند (ایزنلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۴۷ و ۴۸ و ۵۲). کلام برخی استادان در مورد استنادناپذیر بودن معاملات خریدار بر مال موضوع حق شفعه، صریح است (کاتوزیان، ۱۳۹۰ ب: ۳۴). برخی دیگر از حقوق دانان علاوه بر مورد قبل، معامله به قصد فرار از ادای دین و انتقال عین مرهونه را نیز جزو عقود استنادناپذیر دانسته‌اند (ایزنلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۴۷ و ۴۸ و ۵۱). به علت شباهت کامل وضعیت معاملات وراثت پیش از تصفیه ترکه و معاملات ورشکسته^۲ با وضعیت‌های مذکور، باید این دو مورد را نیز به

۱. ماهیت حقوقی چنین عملی می‌تواند محل اختلاف قرار گیرد. پرسش این است که آیا قبول ثالث جهت جریان آثار عقد نسبت به خود، یک عمل حقوقی است؟ مثالی از این وضعیت را می‌توان در ماده ۱۸ قانون پیش‌فروش ساختمان دید که به موجب آن انتقال قرارداد توسط پیش‌خریدار نسبت به پیش‌فروشنده قابل استناد نیست مگر با رضایت او. در مورد قبول مجال‌علیه در عقد حواله نیز می‌توان نظر مشابهی ارائه کرد، زیرا او نیز نسبت به عقد میان محیل و محتال، ثالث شمرده می‌شود. اگرچه اختلاف نظر در این مورد شدید است و برخی استادان عقد حواله را مرکب از دو ایجاب و قبول دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۰۴).

۲. صاحب نظران حقوق تجارت در خصوص وضعیت معاملات ورشکسته پس از صدور حکم ورشکستگی، نظر واحدی ارائه نداده‌اند. برخی به بطلان آن نظر دارند (اسکینی، ۱۳۸۴ ب: ۸۰)، برخی دیگر، بطلان را به معاملات مضر به حالت طلبکاران محدود کرده‌اند (سیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۱۲۸) و بعضی قائل به امکان تنفیذ یا ابطال آن شده‌اند (ستوده تهرانی، ۱۳۹۱: ۱۸۲ و ۱۸۳). با این حال به نظر نمی‌رسد این‌گونه معاملات به لحاظ ماهوی تفاوتی با فروش ترکه پیش از تصفیه یا معاملات به قصد فرار از دین داشته باشند. در تمامی این موارد، عمل حقوقی متنازع‌فیه، طلب اشخاص دیگر را نادیده انگاشته است.

آن‌ها الحاق کرد؛ اما برخی دیگر از حقوق‌دانان تمام مصادیق مذکور را جزو عقود غیرنافذ مراعی محسوب کرده‌اند (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۷۰، ۱۷۳، ۱۷۵ و ۱۷۶). برخی دیگر تنها متعرض معاملات معارض با حق شفعه شده‌اند و آن را به غیرنافذ مراعی شبیه‌تر دانسته‌اند (محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۲۷) و بعضی دیگر، تنها در خصوص انتقال مال مرهون اظهار نظر کرده و آن را استنادناپذیر به شمار آورده‌اند (میرزانه‌زاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۱). برخی حقوق‌دانان معامله با سند عادی در مورد املاک دارای سابقه ثبتی را نیز استنادناپذیر دانسته‌اند (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۳). پیش‌فرض نظریه مذکور این است که ثبت رسمی معامله، یک شرط اثباتی است که تخطی از آن موجب استنادناپذیری عقد در برابر اشخاص ثالث می‌شود^۱.

بنابراین، به‌جز ماده ۱۱۶ قانون تجارت و ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت که تعلقشان به عقود استنادناپذیر قطعی است، سایر مصادیق محل اختلاف هستند؛ اما چنانچه فرضیه ما یعنی یکسان بودن این دو نهاد، پذیرفته شود این اختلاف نظر سالبه به انتفاع موضوع خواهد بود.

۳. نسبت میان عقد استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی

نظریه غالب در حقوق ایران، دوگانگی و تفاوت میان این دو نهاد است (کریمی و شعبانی‌کندسری، ۱۳۹۶: ۶۸۹؛ روشن، خوئینی و فلاحی، ۱۳۹۶: ۱۵۷؛ محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۲۶). تنها یک نظر در تأیید یگانگی این دو نهاد ارائه شده است (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۴). این مقاله به طرح و توجیه نظریه اخیر خواهد پرداخت. مدعای نگارندگان این است که میان این دو نهاد هیچ تفاوتی نیست و یا اگر تفاوتی نیز میان آن‌ها وجود داشته باشد در حدی نیست که باعث دوگانگی آن‌ها شود. تفاوت‌ها اگر پذیرفته شوند نهایتاً ممکن است یک تقسیم‌بندی درونی ایجاد کنند نه اینکه باعث جدایی کامل آن‌ها شوند.

۱. چنانچه لزوم ثبت معاملات مربوط به مال غیرمنقول را شرطی ثبوتی بدانیم، عقد مذکور تشریفاتی خواهد بود و با عدم ثبت، باید قائل به بطلان معامله بود؛ اما از آنجا که هدف از ثبت معاملات مرتبط با مال غیرمنقول حفظ حقوق اشخاص ثالث است ضمانت اجرای تخطی از آن هم باید محدود به اشخاص ثالث باشد (امینی، ۱۳۸۸: ۲۳۷).

دو نهاد مذکور هرچند با نام و عنوانی متفاوت و از تبار و نظام‌های حقوقی مختلف یک فلسفه وجودی دارند. هر دو ایجاد شده‌اند که از اصل نسبی بودن عقود محافظت کنند و مانع تسری آثار قرارداد به حوزه دارایی اشخاص ثالث شوند. هدف پدیده‌های اعتباری از جمله حقوق و نهادهای آن، مقدم بر وجود آن‌هاست. ما ابتدا هدف و مأموریتی برای نهادها تعریف می‌کنیم و سپس آن‌ها را متناسب با مقاصد مذکور ایجاد می‌کنیم. بنابراین چرا باید دو نهاد، دقیقاً با یک هدف اما با آثار و مشخصات متفاوت وجود داشته باشند. اینکه هریک از این دو نهاد در دامن نظام‌های حقوقی متفاوتی پرورده شده‌اند و تاریخچه متفاوتی را از سر گذرانده‌اند، دلیلی کافی برای دوگانگی آن‌ها نیست. می‌توان گام را از این نیز فراتر نهاد و گفت حتی اگر میان این دو تفاوت‌هایی نیز وجود داشته باشد باید کوشید تا به مدد تفسیر، این اختلافات را کم‌رنگ کرد یا از میان برد، زیرا وجود دو نهاد با کارکرد یکسان اما مشخصات و آثار متفاوت، جز سردرگمی و بی‌نظمی در نظام حقوقی چیزی به بار نخواهد آورد. اولین نتیجه چنین وضعیتی اختلاف نظر در مصادیق است. هر مصداقی می‌تواند ذیل هر دو نهاد قرار گیرد. به‌ویژه در جایی که آثار آن مصداق به‌صراحت در قوانین پیش‌بینی نشده و نیازمند تفسیر باشد. امکان تعلق به دو نهاد متفاوت با آثار مختلف، تشتت و پراکندگی ایجاد می‌کند. گوشه‌ای از این پراکندگی در مباحث پیشین گذشت. اکثر مصادیقی که در آن‌ها دغدغه محافظت شخص ثالث از گزند قرارداد وجود دارد، میان غیرنافذ مراعی و عقد استنادناپذیر سرگردان‌اند. در ادامه می‌کوشیم تفاوت‌هایی که میان این دو نهاد برشمرده شده‌اند را نقد و تحلیل کنیم. چنانچه بتوان این تفاوت‌ها را رد کرد، با توجه به فلسفه وجودی یکسان آن‌ها، چاره‌ای جز قبول یگانگی این دو نهاد باقی نخواهد ماند.

۱-۳. تفاوت در وضعیت عقد میان متعاملین

تقریباً همگان متفق‌القول‌اند که عقد استنادناپذیر، میان متعاقدين صحیح و دارای آثار است؛ اما در مورد عقد غیرنافذ مراعی چنین اجماعی وجود ندارد. گفته شد که در عقد غیرنافذ مراعی، بسیاری از صاحب‌نظران برای تبیین وضعیت عقد میان طرفین به

نظریه کشف روی آورده‌اند. بنا بر این نظریه، در غیرنافذ مراعی هم مانند غیرنافذ موقوف، عقد میان طرفین بی‌اثر است؛ اما این حالت موقتی و تا زمانی است که تکلیف حق ثالث روشن شود؛ یعنی ثالث یا حق خود را اعمال کند و یا اینکه حق وی به طریقی تأمین یا اسقاط شود. با اعمال حق ثالث، کشف می‌شود عقد مراعی از روز نخست باطل بوده و در غیر این صورت کشف می‌شود که عقد مراعی از روز نخست صحیح بوده است.

اما به نظر ما باید به کل از نظریه کشف دست کشید و صحت و تأثیر عقد میان طرفین را پذیرفت. مهم‌ترین دلیل در پشتیبانی از نظریه مذکور این است که هدف در مراعی تلقی کردن عقد، حفظ حق شخص ثالث است که به این ترتیب حفظ می‌شود و دیگر نیازی به بی‌اثر کردن عقد میان متعاملین نیست؛ به عبارت دیگر اگر هدف، حفظ حق ثالث است، این مقصود با عدم نفوذ عقد نسبت به ثالث حاصل می‌شود؛ بنابراین بی‌اثر دانستن عقد در روابط متعاملین اقدامی غیرضروری و بیهوده است. طبق یک قاعده عقلانی، در ضمانت اجرا باید به قدر متیقن بسنده کرد. به‌ویژه که این نظریه مستظهر به اصل صحت نیز است. همچنین باید به خاطر داشت که عقد مراعی به لحاظ ارکان درونی کامل است. با صحیح تلقی کردن عقد میان متعاملین هیچ زیانی متوجه ثالث نخواهد شد، حتی اگر حق ثالث به عین موضوع معامله تعلق گرفته باشد، مانند انتقال مال مرهونه، زیرا در این حالت اعمال حق ثالث می‌تواند باعث انفساخ عقد مذکور شود؛ یعنی عقد مذکور که تا پیش از اعمال حق ثالث، میان متعاملین صحیح تلقی می‌شد از لحظه اعمال حق ثالث از میان می‌رود؛ بنابراین منافع مبیع و ثمن تا پیش از اعمال حق ثالث، متعلق به هریک از متعاملین است که به موجب عقد مالک آن شده‌اند. ضمن اینکه اگر حق ثالث اعمال نشود، صحت عقد مذکور تداوم می‌یابد و نیازی به تغییر وضعیت از عدم نفوذ به صحت نیست. با این استدلال، میان غیرنافذ مراعی و استنادناپذیر، به لحاظ وضعیت عقد میان متعاملین، تفاوتی باقی نمی‌ماند.

۲-۳. تفاوت در وضعیت عقد پس از اعمال حق ثالث

سؤال این است که پس از اعمال حق ثالث، چه بر سر عقد میان طرفین می‌آید. پاسخ به این سؤال بستگی کامل به پاسخ بخش پیش دارد و تابعی از آن است. لذا پاسخ به آن در مورد عقد استنادناپذیر روشن است. در این عقد چون قرارداد میان طرفین صحیح تلقی می‌شود، با اعمال بعدی حق ثالث، چاره‌ای جز قبول انفساخ آن نیست؛ اما در مورد عقد غیرنافذ مراعی، پاسخ به این سؤال بسته به قبول یا رد نظریه کشف است. اگر بپذیریم که عقدی میان طرفین صحیح است با اعمال بعدی حق ثالث، منفسخ می‌شود، زیرا باطل شدن عقد صحیح، با نظام حقوقی ما سازگاری ندارد^۱. اگر معتقد باشیم که عقد غیرنافذ مراعی میان طرفین نیز غیرنافذ است آنگاه باید نظریه کشف را بپذیریم؛ یعنی قبول کنیم که با اعمال حق ثالث، کشف می‌شود که عقد از روز انعقاد باطل بوده و با تأمین یا سقوط حق وی کشف می‌شود که عقد مذکور از روز نخست صحیح بوده است. مهم‌ترین ثمره عملی این اختلاف نظر در منافع عوضین تجلی می‌یابد. از آنجا که در بخش پیش با استدلال، صحت عقد در میان متعاملین را پذیرفتیم لذا در این موضع از ارائه استدلال بی‌نیاز هستیم. پس باید گفت با توجه به صحت عقد غیرنافذ مراعی و استنادناپذیر در میان طرفین، اعمال متعاقب حق ثالث باعث انفساخ این عقود می‌شود. البته همان‌طور که قبلاً اشاره کردیم اعمال حق ثالث تنها در صورتی موجب انفساخ عقد میان متعاملین می‌شود که به موضوع مورد معامله تعلق گرفته باشد؛ مانند ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت یا معاملات معارض با حق شفعه؛ در غیر این صورت هیچ تأثیری بر عقد ندارد، مانند ماده ۱۱۶ قانون تجارت. بنا بر این استدلال، از این جنبه هم تفاوتی میان عقد غیرنافذ مراعی و استنادناپذیر وجود ندارد.

۱. در نظام حقوقی ایران، مواردی استثنایی از عقود قابل ابطال یعنی عقودی که صحیحاً منعقد و سپس توسط یکی از متعاقدين باطل می‌شوند، وجود دارد که از حقوق خارجی اخذ شده است؛ مانند ماده ۱۳۱ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت و ماده ۱۷۹ قانون دریایی. عقود قابل ابطال با عنوان بطلان نسبی هم شناخته می‌شوند و مهم‌ترین تفاوت آن‌ها با عقد استنادناپذیر، به لحاظ ذی‌نفع است. در بطلان نسبی، ذی‌نفع یکی از متعاملین است و در استنادناپذیر، ذی‌نفع شخص ثالث است (قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۸۹: ۲۵۵).

۳-۳. تفاوت در مبنا

فلسفه وجودی عقد استنادناپذیر، حمایت از حقوق اشخاص ثالث است. در این مورد اختلاف نظری مشاهده نمی‌شود (ایزانلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱: ۴۰؛ کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۸۹؛ محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۲۵). در مورد عقد مراعی نیز این مبنا ملحوظ است اما برخی حقوق دانان، علاوه بر آن، به دو مبنا و علت دیگر نیز اشاره کرده‌اند: جمع حقین (روشن، خوئینی و فلاحی، ۱۳۹۶: ۱۵۷؛ کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۹۱؛ محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۲۵) و حکم دادن به واقع (محقق داماد، حقانی و ساعت‌چی، ۱۳۹۷: ۲۵ و ۲۶).

منظور از جمع حقین این است که مراعی انگاشتن وضعیت عقد باعث می‌شود که حقوق تمام طرفین، یعنی متعاملین و ثالث محفوظ بماند. به این ترتیب که چون حق ثالث احتمالی است دلیلی برای مسلط کردن او بر عقد و بطلان بی‌جهت قرارداد وجود ندارد؛ بلکه هر زمان که حق وی مستقر شد و او در راستای اعمال حق خود برآمد می‌تواند عقد را منحل کند. از این جهت، عقد مراعی با موقوف متفاوت است. چون در عقد موقوف شخص مکره یا مالک بر عقد مسلط هستند؛ اما این مبنا، عیناً در عقد استنادناپذیر نیز وجود دارد و ایجاد این وضعیت، برای جمع حقوق تمام اشخاص درگیر در این موقعیت طراحی شده است. در عقد استنادناپذیر نیز مانند مراعی، عقد میان طرفین صحیح است و ثالث تا پیش از اعمال حق خود، بر قرارداد مسلط نمی‌شود. لذا از این منظر نیز تفاوت مهمی میان این دو وضعیت وجود ندارد.

منظور از حکم دادن به واقع را پیش‌تر در بخش مبنای عقد غیرنافذ مراعی توضیح داده‌ایم. به‌طور خلاصه، این مبنا با نظریه کشف مرتبط است؛ یعنی مراعی قرار دادن این عقد برای آن است که وضعیت حق ثالث روشن شود و پس از تعیین تکلیف ثالث، واقعیت عقد غیرنافذ مراعی نیز روشن می‌شود. اگر ثالث حق خود را اعمال کرد، بطلان عقد و اگر اعمال نکرد، صحت عقد به عنوان واقع، کشف می‌شود. با رد نظریه کشف که پیش‌تر در خصوص آن استدلال کردیم این مبنا نیز از میان می‌رود. بنا بر آنچه گذشت، از لحاظ مبنایی نیز تفاوتی میان عقد غیرنافذ مراعی و استنادناپذیر وجود ندارد.

۳-۴. امکان طرح نظریه عمومی

برخی حقوق‌دانان کوشیده‌اند با بررسی مصادیق متعدد و پراکنده عقد استنادناپذیر و استخراج مشترکات آن‌ها در حقوق ایران، نظریه عامی در خصوص عقد استنادناپذیر ارائه دهند که بتواند بر تمام مصادیق آن حکومت کند (ایزنلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱: ۵۷ تا ۶۱)؛ اما بعضی دیگر از حقوق‌دانان تلاش کرده‌اند که این مهم را در مورد عقد غیرنافذ مراعی انجام دهند. از نظر ایشان، عقد استنادناپذیر حتی در حقوق غرب هم یک نظریه عام نیست و مصادیق روشنی ندارد. ضمن اینکه با توجه به پشتوانه عظیم فقهی در خصوص عقد غیرنافذ مراعی، اصولاً نیازی به طرح نظریه عام عقد استنادناپذیر وجود ندارد (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۸۹).

مهم‌ترین مشکلی که بر سر راه طرح نظریه عمومی در باب هر یک از این دو وجود دارد، مصادیق مشتبه است. در واقع هریک از دو نظریه فوق در فرآیند توجیه نظریه عام موردادعای خود، مصادیق مشترک زیادی را بررسی کرده‌اند. دست کم سه مصداق مشترک وجود دارد که هریک از این دو نظریه در توجیه ادعای خود از آن‌ها استفاده کرده‌اند: معاملات معارض با حق شفعه، انتقال عین مرهونه و معامله به قصد فرار از ادای دین. از آنجا که این مصادیق مورد اختلاف هستند، استفاده از آن‌ها به‌عنوان دلیل در توجیه یک نظریه صحیح نیست. ابتدا باید تعلق قطعی هریک از این مصادیق به گروه مورد ادعا اثبات شود؛ در غیر این صورت با ایراد صادره به مطلوب روبرو خواهیم بود؛ یعنی درحالی‌که تعلق یک مصداق به یک مفهوم محل تردید است از آن برای توجیه چارچوب مفهوم مذکور استفاده شود؛ اما اگر یگانگی این دو مفهوم، یعنی عقد استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی را بپذیریم اختلاف مذکور خودبه‌خود از میان خواهد رفت. در واقع، با طرح یک نظریه عام، تمام مصادیق این دو نوع عقد ذیل یک عنوان جمع می‌شوند و مشمول یک حکم واحد خواهند بود.

۳-۵. تفاوت در مصادیق

تقریباً در تمام مصادیق عقود که باعث تجاوز به حقوق اشخاص ثالث می‌شوند

اختلاف نظر وجود دارد و کمتر مصداقی یافت می‌شود که حقوق دانان در تعلق آن به یکی از دو نوع غیرنافذ مراعی و استنادناپذیر توافق داشته باشند. لذا می‌توان از منظر دیگری به این مصداق نگریست که ذیلاً به شرح آن می‌پردازیم.

با دقت در مصداق متعددی که در آن‌ها حقوق اشخاص ثالث بر عقد تأثیر می‌گذارد، می‌توان آن‌ها را به سه دسته تقسیم کرد: دسته نخست عقود هستند که در آن‌ها تأمین حق ثالث جز با انحلال عقد ممکن نیست؛ مانند معاملات معارض با حق شفعه یا انتقال سهام شرکت سهامی عام بدون ثبت در دفاتر شرکت. دسته دیگر عقود هستند که در آن‌ها علاوه بر انحلال عقد، طرق دیگری برای تأمین حق ثالث وجود دارد؛ مانند معامله وراثت بر ترکه پیش از تصفیه و معامله به قصد فرار از ادای دین و انتقال مال مرهونه. در این موارد می‌توان با پرداخت طلب شخص ثالث، عقد را از زیر سایه ایشان خارج کرد. دسته سوم عقود است که در آن تأمین حق ثالث هیچ برخوردی با عقد ندارد و هر دو می‌توانند به حیات خود ادامه دهند اما عقد مذکور همچنان نسبت به شخص ثالث قابلیت استناد نخواهد داشت؛ مانند ماده ۱۱۶ قانون تجارت که طی آن شرکای شرکت تضامنی توافق می‌کنند که طلب اشخاص ثالث را به نحو غیر تضامنی عهده‌دار شوند. اکنون پرسش این است که آیا وجود این سه دسته می‌تواند تفاوت عقد مراعی و استنادناپذیر را توجیه کند یا خیر.

به نظر نمی‌رسد این تفاوت نیز به گونه‌ای باشد که ایجاد دسته‌بندی‌های گوناگون را ضروری کند. در دسته دوم، به جز انحلال عقد طریق دیگری برای تأمین حق ثالث هست. لذا امکان دارد که عقد اعتبار خود را نسبت به ثالث باز یابد؛ اما این امکان در مورد عقود دسته نخست نیز وجود دارد. برای مثال در معاملات معارض با حق شفعه نیز ممکن است شفیع، حق شفعه را اعمال نکند و با گذشتن مدت زمان آن که فوریت دارد، تأثیر عقد بر ثالث نیز جریان یابد. در دسته سوم نیز عقد به هر حال میان طرفین صحیح خواهد بود اگرچه همچنان نسبت به ثالث دارای اثر نیست، اما ثالث می‌تواند با قبول آن توافق، جریان آثار عقد را نسبت به خود برقرار کند؛ بنابراین، اگرچه میان این سه دسته تفاوت وجود دارد اما این اختلاف به نحوی نیست که ایجاد نهادهای متعدد را

توجه کند؛ به عبارت دیگر این دسته‌بندی می‌تواند به عنوان شقوق مختلف در درون یک نهاد در نظر گرفته شود.

فرجام سخن

۱. مدعی پژوهش پیش‌رو این است که عقد غیرنافذ مراعی و عقد استنادناپذیر یکسان هستند و میان آن‌ها تفاوتی وجود ندارد. اگرچه این دو نهاد، با این اسامی خاص، در دامان دو نظام حقوقی مختلف پرورده شده‌اند اما فلسفه وجودی آن‌ها یکسان است. با توجه به علت و مبنای مشترک آن‌ها هیچ دلیلی وجود ندارد که بر تغایر آن‌ها اصرار بورزیم و از این رهگذر باعث ابهام و سردرگمی در نظام حقوقی شویم. در واقع هیچ دلیلی وجود ندارد که برای تنظیم یک حوزه از حقوق، یعنی تأثیر عقود بر دارایی اشخاص ثالث و تأثیر حقوق اشخاص ثالث بر عقد، دو نهاد مختلف با آثار متفاوت داشته باشیم. اولین زیان چنین دوگانگی اختلاف در مصادیق است. هر مصداقی که آثار آن به‌صراحت در قوانین نیامده باشد بالقوه می‌تواند در هر یک از این دو دسته جای گیرد و این موضوع جز تشتت و اختلاف نظر غیرضروری ثمره‌ای نخواهد داشت.

۲. در مورد مبنا و چرایی وجود این دو نهاد اشتراکات و اختلافاتی وجود دارد. هر دو برای حفظ حقوق اشخاص ثالث از دست‌اندازی عقود طراحی شده‌اند، اما برخی حقوقدانان برای غیرنافذ مراعی مبانی دیگری هم برشمرده‌اند: جمع میان حقین و حکم دادن به واقع. مبنای اخیر مبتنی بر نظریه کشف است و با کنار نهادن این نظریه، مبنای فوق هم از میان خواهد رفت. نظریه کشف بر آن است که عقد مراعی، میان طرفین نیز در حالت بی‌اثر و عدم نفوذ باقی می‌ماند تا سرنوشت حق ثالث روشن شود. چنانچه حق وی مستقر شد، کشف می‌شود که عقد از روز انعقاد باطل بوده و در غیر این صورت کشف می‌شود که عقد از روز انعقاد به طور صحیح ایجاد شده است. مبنای نظریه کشف، عدم نفوذ عقد مراعی میان متعاملین است؛ اما این نظر، علاوه بر اینکه هیچ پشتوانه‌ای در قوانین ندارد با اصل صحت نیز در تعارض است. عقد مراعی به لحاظ ارکان درونی کامل است و دلیلی برای عدم نفوذ آن میان متعاملین وجود ندارد.

تنها مسئله، حفظ حقوق اشخاص ثالث است که با بی‌اثر کردن عقد نسبت به ایشان حاصل می‌شود؛ لذا بی‌اثر نهادن عقد میان طرفین امری زائد است و ضمانت اجرایی شدید محسوب می‌شود که باید کنار نهاده شود. جمع حقیقین، یعنی حقوق متعاملین و ثالث نیز مبتنی بر صحت عقد میان طرفین عقد و بی‌اثر بودن نسبت به ثالث است که در عقد استنادناپذیر نیز وجود دارد. بنابراین دو نهاد مذکور در مبنا و فلسفه وجودی که مهم‌ترین رکن هر نهاد حقوقی است، تفاوتی ندارند.

۳. اختلاف دیگری که ممکن است میان این دو نهاد وجود داشته باشد، وضعیت عقد میان طرفین است. در مورد عقد استنادناپذیر تردیدی در صحت عقد میان طرفین وجود ندارد اما در خصوص عقد مراعی تنها یک اظهارنظر همراه با تردید وجود دارد و بقیه حقوق‌دانان از اظهار نظر در این مورد خودداری کرده‌اند. مطابق نظریه مذکور، عقد میان طرفین واجد اثر است. این نظر قابل تأیید است. همان‌طور که گذشت عقد مراعی واجد ارکان صحت است و در موارد تردید نیز باید به قدر متیقن عمل کرد و خفیف‌ترین ضمانت اجرا را در نظر گرفت. قدر متیقن، بی‌اثر بودن عقد نسبت به ثالث است؛ اما از این موضوع، عدم نفوذ عقد میان متعاملین نتیجه نمی‌شود. نظر مخالف قطعاً باید مبتنی بر نظریه کشف باشد که نقد آن در بند پیشین گذشت. بنابراین، از این لحاظ نیز تفاوتی میان این دو نهاد به چشم نمی‌خورد.

۴. مسئله دیگر، سرنوشت عقد پس از اعمال حق ثالث است. اظهارنظر در این خصوص بستگی تام به موضع‌گیری در مورد وضعیت عقد میان طرفین دارد. در مورد عقد استنادناپذیر که اختلافی در صحت عقد میان متعاملین وجود ندارد، باید گفت که اگر حق ثالث بر عین موضوع قرارداد تعلق گرفته باشد، اعمال حق وی، موجب انفساخ قرارداد می‌شود و در غیر این صورت اثری بر عقد استنادناپذیر ندارد. در عقد مراعی، چنانچه نظریه کشف پذیرفته شود، اعمال حق ثالث، کشف از بطلان عقد از روز نخست خواهد کرد؛ اما اگر این نظریه را کنار بگذاریم و به صحت عقد میان طرفین قائل شویم که نظریه قوی‌تر نیز همین است، سرنوشت مراعی پس از اعمال حق ثالث دقیقاً مانند عقد استنادناپذیر خواهد بود.

۵. پس به طور خلاصه می‌توان گفت: هرگاه یک عقد، حق قانونی یا قراردادی شخص ثالثی را نادیده بگیرد و بدون رضایت او هرگونه تغییری، مانند تغییر متعهد یا موضوع و میزان تعهد یا مالکیت موضوع تعهد در رابطه با این حق ایجاد کند در مقابل ثالث بی‌اثر و در میان متعاملین صحیح است. این نظریه عمومی، تمام مصادیق عقد غیرنافذ مراعی و عقد استنادناپذیر را در برمی‌گیرد و آن‌ها را تابع یک عنوان و تحت یک حکم واحد قرار می‌دهد.

منابع

الف. فارسی

- اسدی، محمدحسن (۱۳۸۶) «اصل قابلیت استناد قراردادها در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۵، صص ۱۷۲-۱۴۱.
- اسدی فرد، مهدی (۱۳۹۱) «مطالعه تطبیقی قابلیت استناد در حقوق ایران با نگاهی به حقوق انگلیس»، مجله کانون، شماره ۱۳۰، صص ۱۳۷-۱۰۶.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴ الف) حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴ ب) حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه اموال ورشکسته، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا؛ حیدری، محمد (۱۳۹۵) «ایرادات سازمانی شرکت‌های تجاری در برابر اشخاص ثالث»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۱۰۵، صص ۲۶-۳.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۴) حقوق مدنی، ج ۲، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۴) حقوق مدنی، ج ۳، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
- امینی، منصور (۱۳۸۸) «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، صص ۲۳۸-۲۱۱.
- ایزانلو، محسن؛ شریعتی‌نسب، صادق (۱۳۹۱) «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در

حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره دوم، صص ۶۶-۳۵.

پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۵) حقوق شرکت‌های تجاری، تهران: انتشارات سمت. خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹) «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱، صص ۴۰-۹.

رباطی، مهسا؛ محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمدمهدی (۱۳۹۶) «عدم قابلیت استناد بطلان در شرکت‌های تجاری»، مجله مطالعات حقوقی، دوره نهم، شماره ۴، صص ۱۳۰-۱۰۹.

روشن، محمد؛ خوئینی، غفور؛ فلاحی، آزاد (۱۳۹۶) «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، شماره نود و هفتم، صص ۱۶۲-۱۴۳.

ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۱) حقوق تجارت، ج ۴، تهران: نشر دادگستر. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۰) الوسیط فی شرح القانون المدني، ج ۱، ترجمه سید مهدی دادمرزی و حسین دانش‌کبا، قم: انتشارات دانشگاه قم. سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۷) حقوق ورشکستگی و تصفیه اموال ورشکسته، تهران: انتشارات میزان.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۹) آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰) تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد. صادقی، محمود (۱۳۸۳) تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق فرانسه، انگلیس، ایران و فقه امامیه، تهران: انتشارات امیرکبیر.

صفایی، سید حسین (۱۳۹۲) قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات میزان. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۸) اسناد تجاری، تهران: انتشارات مجد. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۹) اصول قراردادها و تعهدات، تهران: نشر دادگستر. قبولی درافشان، سید محمدمهدی (۱۳۸۹) «مفهوم و مبانی قابلیت استناد»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره ۱، صص ۲۷۴-۲۵۵.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸) قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹) عقود معین، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰ الف) قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰ ب) ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، تهران: انتشارات میزان.
 کاویانی، کورش (۱۳۹۳) حقوق شرکت‌های تجاری، تهران: انتشارات میزان.
 کاویانی، کورش (۱۳۹۴) حقوق اسناد تجاری، تهران: انتشارات میزان.
 کریمی، عباس (۱۳۹۱) «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، صص ۱۸۸-۱۵۶.

کریمی، عباس؛ صمدی، افروز (۱۳۹۷) «سامان‌دهی نظریه صحت تأهلی»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاه و یکم، شماره اول، صص ۱۶۸-۱۵۵.
 کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۶) «وضعیت حقوقی مراعی به منزله وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و هفتم، شماره ۴، صص ۷۰۲-۶۸۳.

محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی (۱۳۸۹) «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، شماره ۳۳، صص ۲۸۰-۲۵۴.

محقق داماد، سید مصطفی و دیگران (۱۳۹۱) حقوق قراردادها در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (ناشر همکار: سمت).

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سید مصطفی؛ حقانی، سعید؛ ساعت‌چی، علی (۱۳۹۷) «بازخوانی جایگاه وضعیت استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸۳، صص ۳۴-۱۱.

محقق داماد، سید مصطفی؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ ساعت‌چی، علی (۱۳۹۴) «تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه»، مجله آموزه‌های

فقه مدنی، شماره ۱۱، صص ۲۲-۳.

میرزائزاد جویباری، اکبر (۱۳۹۰) «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه؛ بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و یکم، شماره ۲، صص ۲۸۱-۳۰۰.

ب. عربی

حلی، محمد بن حسن (فخرالمحققین) (۱۳۸۷) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، قم: انتشارات موسسه اسماعیلیان.

حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی) (۱۴۱۴) تذکره الفقهاء، ج ۱۱، قم: انتشارات موسسه آل البيت عليهم السلام.

سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳) نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۰) الموتلف من المختلف بین ائمه السلف، ج ۱، مشهد: انتشارات مجمع البحوث الاسلامیه.

طوسی، ابوجعفر (شیخ طوسی) (۱۳۸۷) المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الأثر الجعفریه.

عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۱۷) الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (بی تا) القواعد و الفوائد، ج ۱، قم: کتابفروشی مفید.

عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰) الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۳، قم: کتابفروشی داورى.

عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳) مسالک الافهام الی تنقیح الشرائع الاسلام، ج ۳، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

عاملی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴) جامع المقاصد فی شرح القوائد، ج ۱۱، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام.