

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق

حقوق خصوصی

امکان سنجی جایگزین ضمانت اجرای عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد
در فقه امامیه و نظام حقوق ایران

استاد/استادان راهنما:

دکتر مهدی عاشوری

استاد/استادان مشاور

دکتر سعید صفی

پژوهشگر:

مصطفی خدای بروجنی

دی ماه ۱۴۰۲



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه. حقوق

پایان نامه آقای مصطفی خدای بروجنی جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی با عنوان : امکان سنجی جایگزین ضمانت اجرای عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد در فقه امامیه و نظام حقوق ایران

در تاریخ با حضور هیأت داوران زیر بررسی و با رتبه/نمره مورد تصویب نهایی قرار

گرفت

۱. استاد/استادان راهنمای پایان نامه دکتر مهدی عاشوری با مرتبه علمی امضاء

۲. استاد/استادان مشاور پایان نامه دکتر سعید صفی با مرتبه علمی امضاء

۳. استاد/استادان داور پایان نامه دکتر با مرتبه علمی امضاء

۴. استاد/استادان داور پایان نامه دکتر با مرتبه علمی امضاء

دکتر

معاون پژوهشی و تحصیلات تکمیلی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

به نام خدا

تعهدنامه

اینجانب مصطفی خدای بروجنی .دانشجوی رشته ی حقوق خصوصی .دانشکده ی ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد، اظهار می کنم که این پایان نامه حاصل پژوهش خودم بوده و در جاهایی که از منابع دیگران استفاده کرده ام، نشانی دقیق و مشخصات کامل آن را نوشته ام. همچنین تعهد می نمایم که بدون مجوز استاد یا اساتید راهنما دستاوردهای آن را منتشر ننموده و یا در اختیار غیر قرار ندهم. کلیه حقوق مادی و معنوی حاصله از نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری های ناشی از تحقیق موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه شهرکرد است.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضا:

تقدیر و تشکر

خدای را بسی شاکرم که از روی کرم، پدر و مادری فداکار نصیبم ساخته تا در سایه درخت پر بار وجودشان بیاسایم و از ریشه آنها شاخ و برگ گیرم و از سایه وجودشان در راه کسب علم و دانش تلاش نمایم. والدینی که بودنشان تاج افتخاری است بر سرم و نامشان دلیلی است بر بودنم، چرا که این دو وجود، پس از پروردگار، مایه هستی‌ام بوده‌اند دستم را گرفتند و راه رفتن را در این وادی زندگی پر از فراز و نشیب آموختند. آموزگارانی که برایم زندگی، بودن و انسان بودن را معنا کردند.

تقدیم به

شکر شایان نثار ایزد منان که توفیق را رفیق را هم ساخت تا این پایان نامه را به پایان برسانم. از استاد فاضل و اندیشمند جناب آقای دکتر مهدی عاشوری به عنوان استاد راهنما و جناب آقای دکتر سعید صفی به عنوان استاد مشاور که همواره نگارنده را مورد لطف و محبت خود قرار داده اند، کمال تشکر را دارم.

چکیده

وضعیت‌های حقوقی عقود در حقوق ایران به تبعیت از حقوق اسلامی، به سه وضعیت صحت، بطلان و عدم نفوذ تقسیم می‌گردد. علاوه بر موارد فوق می‌توان به ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد، قابل ابطال و مراعی اشاره نمود. گاهی شباهت میان وضعیت‌های حقوقی سبب شده تا حقوقدانان آن‌ها را به جای یکدیگر به کار گرفته و برخی را جایگزین برخی دیگر دانسته و یا در تشخیص ضمانت اجرای صحیح یک عمل حقوقی دچار اشتباه شوند. بررسی آثار حقوقدانان و نیز فقهای امامیه نشان می‌دهد، ایشان وضعیت حقوقی عدم نفوذ را، ضمانت اجرای بسیاری از اعمال حقوقی دانسته‌اند. فقهای امامیه و دکترین حقوقی ایران، دلایل متعددی اعم از فقدان رضای معتبر و حمایت از حقوق اشخاص ثالث را برای عدم نفوذ یک عقد بیان نموده‌اند. برخی از حقوقدانان در مواردی که از عدم نفوذ به عنوان ضمانت اجرای یک عمل حقوقی یاد شده است؛ از وضعیتی دیگر تحت عنوان مراعی سخن به میان آورده و آن را قسم یا در عرض عدم نفوذ دانسته‌اند. در تعریف وضعیت مراعی این‌گونه آمده است که، مراعی وضعیت عقدی است که از حیث مقتضی نقصانی نداشته، لکن تعلق حقوق اشخاص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ عقد یا تداوم آثار آن می‌گردد. شباهت ظاهری و ابتدایی وضعیت مراعی و عدم قابلیت استناد، عده‌ای را برآن داشته که این دو وضعیت حقوقی، یکسان بوده و می‌توان آن‌ها را جایگزین هم دانست؛ فلذا می‌توان در مواردی که ضمانت اجرای عدم نفوذ برای یک عمل حقوقی تعیین شده است، از عدم قابلیت استناد بهره جست. پرسش اصلی پژوهش حاضر آن است که امکان جایگزینی ضمانت اجرای عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه امکان پذیر است؟ با بررسی مصادیق، آثار و احکام وضعیت‌های عدم نفوذ، مراعی و عدم قابلیت استناد، متوجه تفاوت‌های بنیادین این سه وضعیت حقوقی خواهیم شد. مدعای پژوهش حاضر این است با توجه به وجود تفاوت‌های بنیادین میان این سه وضعیت حقوقی، امکان این جایگزینی در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه منتفی خواهد بود.

کلید واژگان: وضعیت حقوقی، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد مراعی

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	۵
الف: بیان مساله	۵
ب: اهمیت و ضرورت انجام تحقیق	۶
ج: سوال های تحقیق	۷
د: فرضیه های تحقیق	۷
ه: اهداف تحقیق	۷
و: پیشینه تحقیق	۸
ز: روش تحقیق	۸

فصل اول: کلیات

مفاهیم و مبانی	۹
بطلان	۱۰
عدم نفوذ	۱۱
عدم نفوذ موقوف	۱۳
عدم نفوذ مراعی	۱۳
صحت	۱۵
قابل ابطال	۱۵
عدم قابلیت استناد	۱۶

فصل دوم: عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران وفقه امامیه

الف: عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران وفقه امامیه	۱۸
اصل استناد پذیری اعمال حقوقی	۱۸
مفهوم استناد ناپذیری	۱۹
عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه	۱۹
مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه	۲۰

۲۱.....	عدم قابلیت استناد در حقوق ایران
۲۱.....	قانون ثبت اسناد و املاک
۲۳.....	قانون تجارت
۲۷.....	لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت
۲۸.....	قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶
۲۹.....	قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹
۳۱.....	در آراء قضایی
۳۳.....	مقایسه عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و حقوق فرانسه
۳۳.....	قواعد عمومی حاکم بر عدم قابلیت استناد
۳۵.....	عدم قابلیت استناد در فقه امامیه
۳۵.....	مصادیق عدم قابلیت استناد در فقه امامیه
۳۵.....	نمایندگی پنهان
۳۶.....	مبانی نظریه عدم قابلیت استناد در فقه
۳۶.....	قاعده لا ضرر
۳۷.....	قاعده غرور
۳۸.....	قاعده اقدام
۳۹.....	قاعده ظهور اعمال (ظاهر حال)
۳۹.....	اصل صحت
۴۰.....	قاعده منع اختلال نظام

فصل سوم: عدم نفوذ در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه

۴۱.....	عدم نفوذ در حقوق ایران
۴۲.....	مصادیق عدم نفوذ در حقوق ایران و فقه امامیه
۴۲.....	الف: معامله فضولی
۴۲.....	قلمرو معاملات فضولی
۴۳.....	ماهیت اجازه مالک در معاملات فضولی
۴۳.....	اثر اجازه مالک در معاملات فضولی در فقه امامیه

۴۴.....	اثر اجازه مالک در معامله فضولی در حقوق ایران
۴۴.....	ماهیت رد مالک معاملات فضولی
۴۴.....	ب: معامله اکراهی
۴۵.....	اثر اکراه بر اراده
۴۵.....	آثار و احکام اکراه بر اعمال حقوقی در حقوق ایران
۴۵.....	اثر اجازه در مکره
۴۶.....	ج: معامله محجورین
۴۶.....	تعریف حجر و محجور
۴۶.....	تعریف مفهوم صغار
۴۷.....	وضعیت حقوقی معاملات صغار
۴۷.....	الف: وضعیت حقوقی معاملات صغیر غیر ممیز
۴۷.....	ب: وضعیت حقوقی معاملات صغیر ممیز
۴۸.....	ج: وضعیت حقوقی معاملات سفیه
۴۹.....	د: وضعیت حقوقی نکاح دختر بالغه باکره
۵۰.....	مصادیق دیگر از وضعیت حقوقی عدم نفوذ
۵۰.....	معامله رهن نسبت به عین مرهونه
۵۱.....	وضعیت حقوقی معامله رهن نسبت به عین مرهونه در فقه امامیه
۵۳.....	وضعیت حقوقی معامله رهن نسبت به عین مرهونه در نظام حقوقی ایران
۵۵.....	وضعیت حقوقی معامله رهن نسبت به عین مرهونه در رویه قضایی
۵۶.....	معاملات ورثه نسبت به ترکه
۵۷.....	وضعیت حقوقی معاملات ورثه نسبت به ترکه در فقه امامیه
۵۸.....	وضعیت حقوقی معاملات ورثه نسبت به ترکه در نظام حقوقی ایران
۵۹.....	معامله به قصد فرار از دین
۶۰.....	وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین در فقه امامیه
۶۱.....	وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین در نظام حقوقی ایران
۶۲.....	اخذ به شفعه

۶۳.....	وضعیت حقوقی معاملات مشتری قبل از اعمال حق شفعه در فقه امامیه
۶۳.....	وضعیت حقوقی معاملات مشتری قبل از اعمال حق شفعه در نظام حقوقی ایران
۶۴.....	تصرفات منافی من علیه الخيار
۶۵.....	وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار در فقه امامیه
۶۶.....	وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار در نظام حقوقی ایران
۶۷.....	وضعیت حقوقی معاملات متعاقب بیع شرط
۶۹.....	وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار در رویه قضایی
۷۱.....	معاملات با شرط فاسخ
۷۲.....	بررسی جواز یا عدم جواز تصرفات من علیه الشرط و وضعیت حقوقی معاملات متعاقب
۷۳.....	بیع معلق
۷۳.....	وضعیت حقوقی تصرفات منافی نسبت به عقد معلق در فقه امامیه
۷۴.....	وضعیت حقوقی تصرفات منافی نسبت به عقد معلق در نظام حقوقی ایران
۷۵.....	بررسی و مقایسه مصادیق مختلف وضعیت حقوقی عدم نفوذ
۷۶.....	جایگاه وضعیت حقوقی مراعی در نظام حقوقی ایران
۷۶.....	تعریف مراعی
۷۷.....	فلسفه و مبنای وجود وضعیت حقوقی مراعی
۷۸.....	قواعد عمومی وضعیت حقوقی مراعی
۸۰.....	بررسی مصادیق وضعیت مراعی
۸۵.....	سایر مصادیق وضعیت مراعی
۸۵.....	مقایسه عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد
۸۶.....	مقایسه وضعیت مراعی با عدم قابلیت استناد
۸۸.....	نتیجه گیری
۹۰.....	منابع

مقدمه

پیش از پرداختن به موضوع اصلی و پاسخ به پرسش پژوهش حاضر، بیان مسائل مورد نظر در تحقیق و تعریف مفاهیم، اهمیت و ضرورت انجام تحقیق و مطالعات صورت گرفته در موضوع، سؤالات و فرضیات قابل طرح در خصوص موضوع این تحقیق، هدف از انجام تحقیق در پژوهش حاضر، پیشینه پژوهش های مرتبط با موضوع و در نهایت روش صورت گرفته در انجام تحقیق لازم و ضروری است.

الف: بیان مساله

حکم وضعی عقود در حقوق ایران به پیروی از فقه اسلامی، به سه حکم صحت، بطلان و عدم نفوذ منقسم می گردد. درباره ضمانت اجراهای صحت و بطلان و مصادیق آنها قضیه تا حدود زیادی روشن است ولی درباره ضمانت اجرای عدم نفوذ، با دقت در مصادیق متعدد آن به این نتیجه می رسیم که تمام آنها از آثار و احکام یکسانی تبعیت نمی کنند. این بحث بسیار حائز اهمیت است که چگونه می توان میان مصادیق متعدد عدم نفوذ قائل به تفکیک شد. برای جواب به این پرسش ناگزیر به مراجعه به فقه می باشیم تا با بررسی مصادیق متفاوت این ضمانت اجرا و فرق های آنها در آثار و احکام اقدام به شناسایی دقیق قاعده ای برای ضمانت اجرای عدم نفوذ باشیم. ضمانت اجرای عدم نفوذ معطوف به مواقعی است که حقوق یکی از دو طرف یا شخص ثالث نقض گردد. در این وضعیت قانونگذار ایران سرنوشت عقد را به شخص یادشده واگذار می کند که قادر است تنفیذ یا رد نماید. که موسوم به عدم نفوذ موقوف است. در عقد موقوف به سبب نبود بعضی از شرایط تشکیل عقد، مقتضی تأثیر عقد کامل نمی باشد و تأثیر عقد، به حصول آن شرط موقوف می باشد. برای مثال در عقد فضولی به سبب فقدان رضای مالک، نفوذ و تأثیر عقد، وابسته به اجازه ی مالک می باشد. لکن در پاره ای مواقع به حقوق احتمالی اشخاص ثالث تجاوز می گردد، با این توصیف که در برخی مواقع حقوق اشخاص ثالث در قبال مال مورد قرارداد توسط مالک، مستقر نگردیده و به شکلی با تزلزل همراه است و قابلیت ایجاد یا عدم ایجاد آن هست. درباره ی ضمانت اجرای چنین وضعیتی حقوقدانان با یکدیگر اختلاف نظر دارند، برخی ضمانت اجرای چنین وضعیتی را صحت و برخی دیگر عدم نفوذ می دانند. لیکن با بررسی در منابع و مبانی موجود می توان به این نتیجه دست یافت که نظر هر دو گروه از پژوهشگران حقوق درست نیست، بلکه باید قائل به وضعیتی تحت عنوان وضعیت مراعی بود. وضعیت حقوقی مراعی شرایط اساسی صحت عقد را که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده است را دارد و به عبارتی دیگر مقتضی عمل حقوقی موجود است، لکن مانعی بر سر راه نفوذ این عمل حقوقی وجود دارد که این مانع همان تعارض عمل حقوقی مذکور با حقوق شخص ثالث است، با این توصیف که چنانچه حقوق اشخاص ثالث به نوعی ادا گردد مشخص می شود که از روز نخست عمل حقوقی درست بوده است، در غیر اینصورت عمل حقوقی مزبور باطل است. در نتیجه ضمانت اجرای عدم نفوذ که در لسان فقیهان به کار می رود دارای دو قسم موقوف و مراعی است. از طرفی ضمانت اجرای دیگری که برای رعایت حقوق اشخاص ثالث در حقوق ایران مورد پذیرش واقع شده است، ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد است. ظهور واژه ی استناد ناپذیری و به تبع آن نظریه ی عدم قابلیت استناد برای اولین بار در حقوق فرانسه مطرح شده است. در قانون راجع به تشریفات ثبت رهن در دفتر اسناد رسمی، مصوب ۱۷ ژانویه ۱۸۵۵

فرانسه^۱ استناد ناپذیری جایگزین بطلان به عنوان ضمانت اجرای مرور زمان قانونی در مقابل اشخاص ثالث مطرح گردید. همچنین اولین بار در حقوق ایران در قانون راجع به ثبت شرکت‌ها که در سال ۱۳۱۰ تصویب شده و از حقوق تجارت فرانسه اقتباس شده است، مفهوم استناد ناپذیری به حقوق ایران راه یافت. قابل ذکر است که ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد خلاف شرع نبوده، چونکه بعد از انقلاب قوانینی همچون ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۹۴/۰۴/۲۱ که در بردارنده ضمانت اجرای استناد ناپذیری می‌باشد، به تأیید شورای نگهبان رسیده است. شاید در فقه و در کلام فقیهان نتوان به صراحت واژه عدم قابلیت استناد و اشاره به این نهاد حقوقی را مشاهده کرد باین حال فقیهان احکام و آثار بعضی از اعمال حقوقی را به گونه‌ای بیان کرده‌اند که منطبق بر احکام و آثار ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد است. شباهت‌هایی که میان ضمانت اجرای مراعی و عدم قابلیت استناد با یکدیگر دارند باعث شده تا بعضی از حقوقدانان این دو نهاد را مترادف دانسته و آثار و احکام آن‌ها را واحد بدانند. در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان بر این باورند این دو نهاد یکی نبوده و هر یک آثار و احکام مجزایی دارند. هم چنین شباهت این دو نهاد در حفظ حقوق اشخاص باعث شده تا در تعیین ضمانت اجرای بعضی از اعمال حقوقی میان دکترین حقوقی اختلاف شود، برای مثال، بعضی از اهالی حقوق ضمانت اجرای تصرفات ناقل در مال مرهونه همچون بیع مال مرهونه را عدم نفوذ مراعی دانسته و برخی دیگر ضمانت اجرای این عمل حقوقی را غیرقابل استناد دانسته‌اند. در این پژوهش کوشش می‌شود تا ضمن واکاوی دقیق مفاهیم مراعی و عدم قابلیت استناد، شناخت آثار و احکام هر کدام و جایگاه آن‌ها در نظام حقوقی ایران به این سؤال جواب دهیم که آیا این دو نهاد دارای مفهومی مترادف با یکدیگر می‌باشند یا اینکه دو نهاد مجزا با ماهیت مختلف می‌باشند؟ در صورت متفاوت بودن این دو نهاد وجه ممیزه این دو نهاد چه بوده تا بتوانیم به درستی ضمانت اجرای اعمال حقوقی را تعیین کنیم تا از تشتت رویه قضایی و دکترین حقوقی جلوگیری نماییم. در نهایت با بررسی اعمالی که برای آن‌ها ضمانت اجرای عدم نفوذ در نظر گرفته شده است، به این پرسش جواب می‌دهیم آیا امکان جایگزینی ضمانت اجرای عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد، به سبب ایجاد یک وحدت حقوقی میان دکترین و رویه قضایی امکان پذیر است یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن جواب چه تغییری در آثار و احکام آن اعمال حقوقی و حقوق طرفین و اشخاص ثالث ایجاد خواهد شد؟

ب: اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

زمانی که مقالات حقوقی و آرای قضایی را بررسی می‌کنیم این نکته را در می‌یابیم که هنوز برخی از قضات و حقوقدانان درک درستی از وضعیت مراعی و عدم قابلیت استناد نداشته و با آثار و احکام این دو ضمانت اجرا آشنا نمی‌باشند. این عدم شناخت درست باعث شده تا برای یک عمل حقوقی واحد برخی ضمانت اجرای مراعی و برخی ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد را اعمال کنند. این اختلاف سلیقه‌ها باعث تشتت آرای قضایی و به تبع آن باعث تضییق حقوق اشخاص خواهد شد. در این پژوهش سعی می‌شود تا ضمن تبیین ماهیت این دو نهاد، به امکان جایگزینی ضمانت اجرای عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد حقوقی پرداخته تا در صورت مثبت بودن این امکان، به این اختلافات پایان بخشیده، و در صورت عدم امکان این جایگزینی، به تفکیک و به صورت جامع اعمالی که ضمانت اجرای عدم نفوذ و عدم قابلیت استناد باید برای آن‌ها در نظر گرفته شود احصا خواهند شد.

¹ Loi sur la transcription en matiere hypothecaire adoptee le 17 janvier 1855, promulguee 23

ج: سوال‌های تحقیق

سوال اصلی

۱- آیا می‌توان ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد را جایگزین عدم نفوذ نمود؟

سوالات فرعی

۲- شباهت دو ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد و عدم نفوذ مراعی چه است؟

۳- تفاوت نهادهای عدم قابلیت استناد و عدم نفوذ مراعی چیست؟

۴- آیا می‌توان ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد را جایگزین نهاد مراعی نمود؟

د: فرضیه‌های تحقیق

فرضیه اصلی

۱- با توجه به تفاوت‌های بنیادینی که بر قواعد عمومی عدم نفوذ و عدم قابلیت استناد حاکم می‌باشد، پاسخ به این سوال منفی به نظر می‌رسد. در اعمال حقوقی که برای آن‌ها ضمانت اجرای عدم نفوذ در نظر گرفته شده است، یکی از شرایط اساسی تشکیل قراردادها مفقود می‌باشد و عقد دارای نقیصه است که قابل جبران خواهد بود. نقیصه موجود در این عقود به حدی بوده که حتی برخی در فقه امامیه نظر به بطلان چنین عقودی دارند در صورتی عدم قابلیت استناد ضمانت اجرای قراردادهایی است که در روابط میان طرفین آن صحیح بوده و دارای تمامی شرایط صحت معاملات بوده لکن به سبب عدم رعایت تشریفات شکلی، اشخاص ثالث بی‌اطلاع از وضعیت موجود، می‌توانند به قرارداد استناد نکنند.

فرضیات فرعی

۲- شباهت این دو نهاد در حمایت از حقوق اشخاص ثالث است در هر دو این وضعیت‌های حقوقی مقتضی عقد کامل است لکن وجود مانع که همان حقوق اشخاص ثالث است از نفوذ و تأثیر عقد جلوگیری می‌کند.

۳- علی‌رغم حمایت هر دو ضمانت اجرای مراعی و عدم قابلیت استناد از حقوق اشخاص ثالث، نوع حمایت آن‌ها از حقوق اشخاص ثالث متفاوت می‌باشد؛ عدم قابلیت استناد ضمانت اجرای عدم رعایت مقررات شکلی و ثبتی جهت اطلاع اشخاص ثالث می‌باشد، لکن وضعیت مراعی، ضمانت اجرای عقود است که اشخاص ثالث در مورد معامله آن دارای حقی می‌باشند. در عدم قابلیت استناد، اگر اشخاص ثالث به عمل حقوقی استناد نکنند، خللی در صحت قرارداد میان طرفین وارد نخواهد آمد؛ لکن در وضعیت مراعی اگر حقوق اشخاص ثالث تأمین نگردد، حسب مورد موجب انفساخ یا بطلان عمل حقوقی خواهد بود.

۴- عدم قابلیت استناد نمی‌تواند جایگزین نهاد مراعی شود، چونکه فرق این دو نهاد در آثار و احکام سبب می‌شود نه فقط در بعضی از مصادیق حقوق اشخاص ثالث تضییع شود بلکه حقوق طرفین عقد نیز ضایع شده و این موضوع سبب افزایش پرونده‌ها در محاکم و به تبع باعث سردرگمی قضات در تعیین سرنوشت عقد و آثار ناشی از آن خواهد شد.

ه: اهداف تحقیق

۱- تبیین شباهت دو نهاد ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد و عدم نفوذ مراعی

۲- تبیین تفاوت نهادهای عدم قابلیت استناد و عدم مراعی

۳- تبیین ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد

۴- تبیین نظریات فقیهان درباره تعیین ضمانت اجرایی برای یک عمل حقوقی

۵- بررسی امکان سنجی جایگزینی ضمانت اجرای عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه

و: پیشینه تحقیق

درباره ضمانت اجرای عدم نفوذ مراعی و عدم قابلیت استناد کتب و مقالاتی به رشته‌ی تحریر در آمده برای مثال می‌توان به مقالاتی تحت عناوین «واکاوی مفهوم استناد ناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه» از خانم مهسا رباطی و جمعی دیگر از نویسندگان، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی» از آقای عباس کریمی، «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه ی آن با نهاد های حقوقی مشابه » از محمد روشن و جمعی دیگر از نویسندگان و «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه» از محسن ایزانلو و صادق شریعتی نسب اشاره کرد لکن در این مقالات به شرح جامع از این دو نهاد پرداخته نشده و تنها یکی از آن‌ها را تبیین نموده و در نهایت به مقایسه مختصر آن‌ها دیگر ضمانت اجرای حقوقی پرداخته شده است، بی‌آن که به این نکته توجه شود که با توجه به ماهیت و ظرفیت‌های این دو نهاد آیا می‌توان آن‌ها را یکی دانست یا حتی با توجه به تفاوت‌های این دو نهاد حقوقی می‌توان ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد را جایگزین نهاد مراعی دانست. در این پژوهش ضمن پرداختن به هر دو نهاد و تبیین آن‌ها و بیان آثار و احکام آن‌ها به امکان یا عدم امکان جایگزینی ضمانت اجرای عدم نفوذ مراعی با عدم قابلیت استناد اشاره خواهد شد

ز: روش تحقیق

روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی است.

فصل اول

کلیات

مفاهیم و مبانی

منظور از وضعیت حقوقی، حکم وضعی است که در قانون برای عقد و به تبع آن برای تعهدی ثابت می‌شود. مهم‌ترین وضعیت‌های حقوقی قراردادها یا احکام وضعی عقد در حقوق ایران عبارت‌اند از: صحت، عدم نفوذ و بطلان و عمده مباحث موجود در خصوص وضعیت‌های حقوقی قراردادها در فقه و دکترین حقوقی پیرامون این سه وضعیت بوده و سایر وضعیت‌های حقوقی ذیل این سه وضعیت قرار گرفته و پیرامون آن‌ها تبادل نظر شده است.

برای نیل به پاسخ پرسش پژوهش حاضر لازم است تا وضعیت‌های حقوقی قراردادها در فقه و حقوق ایران به درستی تعریف شده، آثار، احکام و مصادیق آن‌ها تعیین گشته تا مرز دقیق میان آن‌ها مشخص شده تا از اختلاط آن‌ها با یکدیگر و نیز تعیین دو یا چند وضعیت حقوقی به عنوان ضمانت یک عمل حقوقی اجتناب گردد.

اهمیت این موضوع از آن جا روشن می‌شود که با عدم شناخت دقیق وضعیت‌های حقوقی، آثار و احکام آن‌ها، موجب می‌شود که آن‌ها را به جای یکدیگر استفاده نموده که نتیجه آن عدم تعیین وضعیت حقوقی مناسب به عنوان ضمانت اجرای قراردادی برای یک عمل حقوقی بوده یا دارای شباهت دانسته که نتیجه آن تعیین دو وضعیت حقوقی به عنوان ضمانت اجرای قراردادی برای یک عمل حقوقی می‌باشد. این موضوع باعث تشتت در آرای قضایی شده و به تبع آن موجب تضییع حقوق اصحاب دعوی و اشخاص ثالث خواهد شد. فلذا در ابتدا به تبیین دقیق وضعیت‌های حقوقی پذیرفته در فقه و نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

بطلان

بطلان وضعیت قراردادی است که در عالم اعتبار وجود و اثری ندارد. عقد در صورتی باطل است که فاقد یکی از شرایط اساسی صحت معاملات باشد. قانون مدنی در ماده ۱۹۰ شرایط اساسی صحت معاملات را بیان نموده است لکن توجه به این نکته ضروری است که فقدان رضای معتبر اگرچه یکی از شرایط اساسی صحت عقود معرفی شده اما فقدان آن عقد را باطل نمی‌سازد بلکه آن را غیر نافذ می‌کند. بطلان عقود می‌تواند علاوه بر فقدان یکی از شرایط اساسی عقود، ناشی از نقض یکی از قواعد مربوط به منافع عمومی و یا معلول منع قانونی باشد.

ضمانت اجرای بطلان خود به دو نوع بطلان مطلق و بطلان نسبی تقسیم می‌گردد. عقد باطل مطلق عقدی است که به دلیل فقدان قصد انشاء یا عدم مطابقت میان ایجاب و قبول یا فقدان پاره‌ای از شرایط صحت مطلقاً در هیچ زمانی هیچ اثری از آثار عقد بر آن مترتب نگردد. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷) بطلان مطلق هیچ‌گونه اثری در روابط اجتماعی افراد نداشته و در میان همه افراد جامعه قابل استناد است. برخلاف بطلان مطلق، بطلان نسبی در حقوق ایران و فقه امامیه فاقد سابقه بوده و تنها در مقرراتی که از حقوق کشورهای دیگر اقتباس شده است به نظام حقوقی ایران راه پیدا کرده است. فلذا برای بررسی آثار و احکام این ضمانت اجرای حقوقی ناگزیر به بررسی قواعد حقوقی خاستگاه این وضعیت حقوقی هستیم. بطلان نسبی، وضعیتی است که قانون‌گذار برای نقض قواعد مربوط به حمایت از شخص یا اشخاص معینی در نظر گرفته و به همین جهت فقط سرنوشت عقد را در اختیار ایشان قرار داده و تا زمانی که ذی‌نفع تعرضی نسبت به قرارداد ننماید، قرارداد صحیح بوده و تمام آثار خود را برجای می‌گذارد. اما اگر ابطال قرارداد به درخواست ذی‌نفع در مهلت مقرر از سوی دادگاه تأیید شود، اصولاً جز در موارد استثنایی قرارداد از ابتدا باطل گشته و آثار خود را از دست می‌دهد. (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۷) در خصوص این نکته که حکم دادگاه در خصوص بطلان عقد در بطلان نسبی دارای جنبه اعلامی است یا تأسیسی میان حقوق‌دانان فرانسوی و ایرانی اختلاف نظر وجود داشته اما بیان نظرات ایشان و تحلیل آن از حوصله این پژوهش خارج است.

مواد ۱۳۱ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت^۱ و ۱۷۹ از قانون دریایی^۲ را می‌توان از مصادیقی برشمرد که دارای وضعیت حقوقی بطلان نسبی بوده و از حقوق بیگانه به حقوق کشور ما راه پیدا کرده است. پس از بررسی وضعیت حقوقی بطلان اکنون به صورت مختصر به بیان وجوه افتراق و تشابه میان وضعیت‌های حقوقی بطلان، عدم قابلیت استناد و عدم نفوذ خواهیم پرداخت.

^۱ در صورتیکه معاملات مذکور در ماده ۱۲۹ این قانون بدون اجازه هیئت مدیره صورت گرفته باشد هر گاه مجمع عمومی شرکت آن‌ها را تصویب نکند آن معاملات قابل ابطال خواهد بود و شرکت می‌تواند تا سه سال از تاریخ انعقاد معامله و در صورتیکه معامله مخفیانه انجام گرفته باشد تا سه سال از تاریخ کشف آن بطلان معامله را از دادگاه صلاحیتدار درخواست کند. لیکن در هر حال مسئولیت مدیر و مدیران و یا مدیرعامل ذینفع در مقابل شرکت باقی خواهد بود. تصمیم به درخواست بطلان معامله با مجمع عمومی عادی صاحبان سهام است که پس از استماع گزارش بازرس مشعر بر عدم رعایت تشریفات لازم جهت انجام معامله در این مورد رأی خواهد داد. مدیر یا مدیرعامل ذی نفع در معامله حق شرکت در رأی نخواهد داشت. مجمع عمومی مذکور در این ماده به دعوت هیئت مدیره یا بازرس شرکت تشکیل خواهد شد.

^۲ هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید.

در خصوص وجوه افتراق میان بطلان مطلق و عدم قابلیت استناد پرواضح است که بطلان از ابتدا فاقد اثر حقوقی بوده لکن عدم قابلیت استناد از ابتدا دارای اثر بوده و تنها به دلیل حمایت از اشخاص ثالث حق نادیده گرفتن قرارداد را به شخص ثالث می‌دهد و این حق خللی به حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و صحت وارد نمی‌سازد.

اما در خصوص بطلان نسبی و بیان مشابهت با عدم قابلیت استناد می‌توان به این نکته اشاره نمود که هر دو برای حمایت و حفظ حقوق اشخاصی هستند که قانون‌گذار در صدد حمایت از آن‌ها است اما این دو وضعیت دارای وجوه افتراق عمده‌ای نیز می‌باشند از جمله آن که اشخاصی که قانون از آن‌ها حمایت می‌کند و به عبارتی ذی‌نفع این دو ضمانت اجرای حقوقی متفاوت بوده و در بطلان نسبی اصولاً ذی‌نفع طرفین قرارداد بوده لکن در عدم قابلیت استناد، ذی‌نفع شخص ثالثی به جز طرفین قرارداد است. تفاوت دیگر این دو نهاد آن است که ضمانت اجرای بطلان نسبی مربوط به زمانی است که یکی از شرایط اساسی عقد حین تشکیل آن مفقود باشد این در حالی است که در عدم قابلیت استناد شرایط اساسی عقد موجود و عقد به لحاظ مقتضی کامل بوده و فقط به لحاظ حمایت از اشخاص ثالث، قابلیت استناد در برابر آنان را نداشته و به بیان دیگر عدم قابلیت استناد مختص مواردی است که شرایط شکلی اثباتی نقض شده باشد، در حالی که بطلان نسبی مختص به مواردی است که شرایط شکلی ثبوتی مورد تخطی قرار گیرد. (محقق داماد، حقانی و ساعت چی، ۱۳۹۷، ص ۲۱) با توجه به تفاوت اخیر، تفاوت دیگر این دو وضعیت حقوقی در آن است که در بطلان نسبی پس از ابطال قرارداد عمل حقوقی نسبت به طرفین قرارداد فاقد اثر حقوقی می‌گردد لکن در عدم قابلیت استناد قرارداد نسبت به طرفین قرارداد حتی در صورت نادیده شدن آن توسط اشخاص ثالث معتبر است.

در خصوص بیان وجوه تشابه و تمایز وضعیت‌های حقوقی بطلان و عدم نفوذ، ابتدا در خصوص بطلان مطلق به سبب ماهیت آن نیازی به توضیح اضافی نیست اما در خصوص بطلان نسبی ذکر چند نکته حائز اهمیت است؛ اول آن که در خصوص تشابه سرنوشت عقد در هر دو وضعیت به دست یکی از طرفین یا هر دو که مورد حمایت قانون‌گذار بوده است، می‌باشد و در صورت رد در عقد غیر نافذ و ابطال در بطلان نسبی هردو از ابتدا فاقد هرگونه اثر حقوقی می‌باشند.

در خصوص تفاوت وضعیت‌های عدم نفوذ و بطلان نسبی می‌توان به مواردی اشاره داشت از جمله آن که در بطلان نسبی پیش از ابطال به درخواست ذی‌نفع، عقد معتبر بوده و تمامی آثار خود را بر جای می‌گذارد اما در عدم نفوذ پیش از تنفیذ عقد هیچ‌گونه اثری ندارد به علاوه آن که بطلان نسبی به لحاظ عدم رعایت شرایط اساسی تشکیل قرارداد امکان ابطال را به ذی‌نفع می‌دهد در صورتی در عدم نفوذ به لحاظ عدم الحاق رضای معتبر به قصد حین تشکیل قرارداد نفوذ حقوقی به عقد نداده و آن را منوط به تنفیذ یا رد ذی‌نفع با رضای معتبر دانسته است.

عدم نفوذ

یکی دیگر از وضعیت‌های حقوقی عدم نفوذ است. عدم نفوذ مرز میان صحت و بطلان بوده و در تعریف آن آمده است، عدم نفوذ، وضعیت عقدی است که ناقص بوده و فاقد اثر حقوقی است. علت عدم نفوذ عقد غیر نافذ عموماً این است که عقد فاقد رضای معتبر شخصی است که رضای او در عقد لازم شمرده شده است. عقد غیر نافذ که در فقه اسلامی با نام عقد موقوف مشهور شده، بدین معناست که یکی از عناصر تشکیل عقد در هنگام انعقاد قرارداد، مفقود باشد. در این وضعیت صحت عقد، وابسته به رفع آن نقیصه خواهد بود.

مطابق با ماده ۱۹۰ قانون مدنی برای صحت معاملات باید شرایط چهارگانه‌ای وجود داشته باشد. در غیر این صورت عقد یا با وضعیت بطلان مواجه خواهد شد یا عدم نفوذ.

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد عدم نفوذ عقدی است ناقص که فاقد رضای معتبر باشد. از عمده مواردی که در آن رضا معیوب بوده و در فقه امامیه و حقوق ایران پیرامون آن‌ها بحث و تبادل نظر شده است می‌توان به عقد فضولی، عقد اکراهی و قرارداد سفیه و صغیر ممیز اشاره نمود. در عقد اکراهی، فردی که مکره شده فاقد رضا بوده و در عقد فضولی رضای یکی از دو طرف عقد اعلام نشده. همچنین در قرارداد سفیه و صغیر ممیز، هرچند این اشخاص رضای خود را اعلام می‌کنند، اما این رضا از دیدگاه قانون نامعتبر و در حکم غیر موجود است. در واقع قانون‌گذار به جهت حمایت از اشخاصی که بر خوردار از سلامتی روانی کامل نیستند و سود و زیان خود را تمیز نمی‌دهند، اعمال حقوقی آن‌ها غیر نافذ منظور شده است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۳۲۹)

در این‌که عقد غیرنافذ، عقد صحیحی است یا باطل میان حقوق دانان و فقها اختلاف نظر وجود دارد دکتر جعفری لنگرودی، دکتر امامی و آقای مصطفی عدل به باطل بودن عقد غیر نافذ پیش از تنفیذ آن نظر دارند. دکتر کاتوزیان در تأیید این نظر در کتاب خود چنین آورده‌اند: عقد غیر نافذ در حالت عدم نفوذ مانند عقد باطل است با این تفاوت که سبب عدم نفوذ آن قابل رفع است. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۵۴) اما دکتر شهیدی در کتاب خود خلاف این نظر را بیان نموده و معتقدند عقد غیر نافذ یکی از اقسام عقد صحیح به شمار می‌رود. زیرا این عقد با اراده طرف‌های آن انشاء می‌شود و می‌تواند با انضمام بعدی رضای معتبر، کامل و دارای آثار قانونی شود، در نتیجه عقد غیر نافذ را باید با عنوان مرکب صحیح غیر نافذ معرفی کرد، نه عنوان باطل. (شهیدی، ۱۳۸۱، صص ۳۲-۳۳)

پیش‌تر گفته شد ضمانت اجرای عدم نفوذ گاه به علت فقدان رضا، عدم نمایندگی و گاهی به دلیل حجر حمایتی افراد است. در حقوق ایران و فقه امامیه اعمال حقوقی دیگری هستند که برای آنان ضمانت اجرای عدم نفوذ در نظر گرفته شده است. از جمله این موارد می‌توان به حکم قانون‌گذار اشاره نمود. مثالی که می‌توان برای این مورد بیان نمود ازدواج دختر بالغه باکره است بدین توضیح که دختر بالغه باکره که هجده سال تمام دارد بدون اجازه ولی ازدواج کند، نکاح او غیر نافذ است. (امامی، ۱۳۷۲، ص ۲۸۵) قانون مدنی در این خصوص و در ماده ۱۰۴۳ اینگونه مقرر نموده است: نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدر اوست و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آن‌ها قرار داده شده است پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

با این حال موارد پیش‌گفته شامل تمامی مصادیق عدم نفوذ نیست و در مواردی دیگر نیز قانون‌گذار از عبارت عدم نفوذ به عنوان ضمانت اجرای بعضی از اعمال حقوقی یاد کرده است.

در قانون ایران مصادیق دیگری وجود دارد که از عدم نفوذ به عنوان ضمانت اجرای اعمال حقوقی یاد شده است لکن دقت در مصادیق متعدد عدم نفوذ نشان می‌دهد که تمام آن‌ها از احکام و آثار واحدی پیروی نمی‌کنند. در برخی موارد به دلیل فقدان یکی از شرایط اعتبار عقد مثل فقدان رضای مالک سبب عدم نفوذ عقد خواهد شد و تا حصول آن شرط عقد مزبور فاقد اثر حقوقی خواهد بود و در صورت حصول شرط نافذ

می‌گردد. لکن در مواردی شرایط لازم برای انعقاد عقد فراهم است و فقط تعلق حق ثالث مانع نفوذ عقد می‌گردد، بنابراین هرگاه مانع مرتفع گردد عقد مؤثر واقع می‌گردد. چنین عقدی اگرچه به‌مانند عقد عدم نفوذ پیش از تنفیذ فاقد اثر حقوقی بوده لکن لازم نیست که ضمانت اجرای عدم نفوذ موقوف بر آن بار گردد چراکه در این مورد به خلاف عدم نفوذ موقوف مقتضی عقد موجود است و طبق اصل صحت و اصل عدم زیادت، باید به ضمانت اجرای خفیف‌تر از آن، که برای حفظ حقوق اشخاص ثالث کافی باشد، بسنده کرد. (کریمی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۸)

در لسان فقها برای تمایز انواع اقسام عدم نفوذ از عبارت مراعی در برابر موقوف بهره‌جسته‌اند. حال سؤال اساسی آن است که بین عقد موقوف و مراعی از حیث آثار و احکام چه فرقی وجود دارد و مصادیق آن‌ها در حقوق موضوعه ایران چه می‌باشند؟

عدم نفوذ موقوف

موقوف در لغت به معنی وقف‌شده، بازداشته شده، ایستادگی کرده شده می‌باشد. (عمید، ۱۳۷۳، ص ۱۱۷۷) در اصطلاح حقوقی عدم نفوذ موقوف همان مفهوم سنتی عدم نفوذ می‌باشد و حالتی است که در آن عقد اثر حقوقی ندارد ولی در اثر رضای مالک یا صاحب عقد، نفوذ لازم را پیدا می‌کند، به همین جهت آن را عقد موقوف نیز نامیده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶)

از عقود فضولی، اکراهی و معاملات افراد سفیه و صغیر ممیز می‌توان به‌عنوان مشهورترین مصادیق اعمال این ضمانت اجرا نام برد.

عدم نفوذ مراعی

مراعی مفهومی است که در حقوق موضوعه ایران کمتر به آن پرداخته شده است حتی در میان فقها نیز گاه، تفکیک میان دو مفهوم موقوف و مراعی رعایت نگردیده و در مواردی موقوف را به جای مراعی و مراعی را به جای موقوف به‌کاربرده‌اند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، ص ۳۶۰)

برای شناخت مفهوم مراعی باید ابتدا به فهم معنای لغوی و اصطلاحی آن پرداخته شود و بررسی گردد در فقه امامیه و دکتترین حقوقی چه آثار و احکامی برای این وضعیت حقوقی شناخته شده تا بتوان آن را از سایر وضعیت‌های حقوقی متمایز نمود و به‌راحتی مصادیق آن را از دیگر وضعیت‌های حقوقی تفکیک نمود.

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، ۱۳۷۷، ص ۱۳)

دکتر جعفری لنگرودی نیز در کتاب خود درباره معنای مراعی بیان داشته‌اند: مراعی به معنای منتظر و مراعات به معنای انتظار است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۱)

ایشان هم‌چنین در جایی دیگر از کتاب خود در خصوص تعریف وضعیت مراعی بیان داشته‌اند که: مراعی وضعیت حقوقی مجهول مال یا عقد است که باید انتظار رفع آن کشید تا اثر حقوقی را مترتب کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۵۹)

ایشان هم‌چنین در کتاب دیگر خود بیان می‌دارند: مراعی وضع حقوقی عقدی است که موجود شده ولی مجمل است و 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 و حالت انتظاری جز رفع جهل وجود ندارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۱)

با بررسی معنای لغوی و اصطلاحی بیان شده در خصوص وضعیت حقوقی مراعی می‌توان به این نتیجه رسید که مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که علی‌رغم وجود مقتضی عقد، فاقد اثر حقوقی است و وجود یک مانع از نفوذ و جریان عقد ممانعت به عمل آورده و برای مشخص شدن تکلیف عقد باید انتظار کشید تا تکلیف مانع مشخص گردد. مانعی که از آن در وضعیت حقوقی مراعی صحبت می‌شود، تعلق حقوق اشخاص ثالث به قراردادی است که فی‌مابین طرفین عقد منعقد می‌گردد. اگرچه مطابق اصل نسبی بودن قراردادها، یک عقد تنها می‌تواند برای متعاملین خود حق و تکلیف ایجاد کند و نمی‌تواند اشخاص ثالث را به جهات سلبی و ایجابی همانند آنچه برای طرفین مقرر شده الزام نماید. عکس این حالت نیز صادق است و حقوق اشخاص ثالث، اثری بر عقد ندارد؛ این اصل تا زمانی برقرار است که عقود منعقد شده میان طرفین، حقوق اشخاص ثالث را متأثر نکرده باشد. هنگامی که قراردادی حقوق اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار می‌دهد، باید این اجازه را به اشخاص ثالث داد تا نسبت به سرنوشت قرارداد حق دخالت داشته باشند. گاه ورود قرارداد به حوزه حقوق اشخاص ثالث به سود ایشان است که از آن به‌عنوان استثنای اصل نسبی بودن قراردادها یاد شده است. اما آنچه به موضوع این نوشتار مربوط می‌شود زمانی است که ورود قرارداد به حوزه حقوق اشخاص ثالث به زیان ایشان باشد. مثل آن که طرفین عقد ضمن آن برای شخص ثالثی تکالیفی را برقرار یا حقوقی را از ایشان نادیده بگیرند. اگر چنین تأثیری به‌صورت مستقیم از عقود طرفین ناشی گردد، موضوع تحت عنوان عقد موقوف مورد بررسی قرار می‌گیرد مثل عقد فضولی؛ اما گاهی قرارداد به‌صورت غیرمستقیم حقوق اشخاص ثالث را نقض یا نادیده می‌گیرد که در این موارد موضوع تحت عنوان عقد مراعی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. 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 قرار می‌دهد. (محمدی میر عزیزی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹، ص ۲۰۷)

در چنین مواردی شخص ثالث حق قطعی بر موضوع قرارداد ندارد، بلکه حق وی احتمالی است بنابراین غیرمنطقی است برای مواردی که حقوق محتمل و بالقوه اشخاص ثالث نادیده انگاشته و در معرض تضییع قرار گرفته می‌شود، ضمانت اجرایی همانند بطلان یا عدم نفوذ مقرر نمود که در موارد نقض شرایط اساسی صحت عقود یا تضییع حقوق مسلم افراد، مورد استفاده قرار می‌گیرند. در چنین مواردی باید از ضمانت اجرای خفیف‌تری بهره جست که هم به حقوق طرفین عقد لطمه‌ای وارد نسازد و هم حقوق اشخاص ثالث تأمین گردد.

فلذا با عنایت به مراتب فوق‌الذکر می‌توان به این نتیجه رسید معنی اصطلاحی وضعیت مراعی از معنی لغوی آن دور نیست و می‌توان آن را انتظار برای رفع مانع دانست.

یا این توضیح مختصر، تمایز میان عدم نفوذ موقوف و عدم نفوذ مراعی مشخص گردید. وقتی عقد با وضعیت عدم نفوذ موقوف روبرو باشد، سبب عقد دچار نقصان شده است. شبیه موردی که در عقد فضولی رضایت مالک مفقود بوده یا آن که اهلیت متعاملین نقصان داشته باشد، درحالی که در وضعیت مراعی سبب عقد محقق شده و فقط عقد با این مانع روبرو است که آیا مانع به وجود آمده مؤثر واقع می‌شود یا آن که مانع برطرف شده یا آن که اساساً وجود نداشته است. درواقع مراعی وضعیت گذر و مجهول است که مشخص شدن وضعیت عقد

به مشخص شدن وضعی دیگر بستگی دارد و با روشن شدن آن وضعیت، در خصوص وضعیت عقد علم به واقعیت آن حاصل می‌گردد. حال با این پرسش روبرو خواهیم شد که پس از مشخص شدن وضعیت مانع که همانا حقوق اشخاص ثالث باشد، وضعیت عقد مراعی چه خواهد شد؟ در عقد غیر نافذ موقوف، به عنوان مثال در عقد فضولی زمانی که مالک عقد را تنفیذ می‌کند، علی‌الاصول می‌بایست عقد از هنگام تنفیذ مؤثر واقع گردد و در اصطلاح حقوقی، اجازه ناقل باشد. ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط صحت عقود را بیان نموده و مراد از شرط در این ماده، همان معنای فلسفی آن است. یعنی همان چیزی که زمینه را برای تحقق مشروط که در ما نحن فیه عقود است فراهم نماید. در این تعریف از عدم شرط عدم مشروط حاصل می‌گردد. در معامله فضولی رضای بعدی مالک شرط متأخر است و به همین علت است که گفته می‌شود عقد باید از زمان تنفیذ دارای اثر گردد چرا که در غیر این صورت معلول بر علت مقدم گشته و این امری غیرمنطقی و عقلایی است. اما در قانون مدنی ایران اثر اجازه در عقود موقوف کاشف دانسته و حکمی استثنایی و خلاف قاعده مقرر نموده است. اما در وضعیت مراعی این وضعیت خلاف قاعده وجود ندارد چرا که مقتضی عقد از روز نخست موجود بوده و پس مشخص شدن وضعیت مانع (در فرض تأمین حقوق اشخاص ثالث یا عدم وجود حقی برای ایشان) عقد دارای حالت کشف حقیقی خواهد بود. (فلاحی، ۱۳۹۸، ص ۲۹).

صحت

صحت وضعیتی حقوقی عقدی است که در عالم اعتبار و حقوق، وجود و تحقق پیدا کرده و دارای اثر است. این وضعیت در مقابل وضعیت حقوقی بطلان و نقطه مقابل آن است. زمانی عقد به طور صحیح واقع می‌شود که دارای تمامی شرایط صحت قراردادهای بوده و مخالف با نظم عمومی، اخلاق حسنه یا منع قانونی نباشد. عقود جایز، لازم و قابل فسخ از اقسام عقود صحیح بوده و همان‌طور که پیش‌تر گفته شد بعضی از اساتید حقوق عقد غیر نافذ را از دیگر اقسام عقود صحیح می‌دانند.

قابل ابطال

میان حقوق دانان در خصوص تعریف وضعیت قابلیت ابطال در قراردادهای، اتفاق نظر وجود ندارد. در یک تعریف ابطال عقد، عبارت است از اینکه یک مقام قضایی نظر به کأن لم یکن بودن یک عقد بدهد و یا ذینفع به دستاویز قانون، مانند حق فسخ، موجودی را از روز پیدایش کأن لم یکن گرداند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۲۰). لذا معامله قابل ابطال به معامله صحیحی اطلاق می‌شود که ممکن است در نتیجه اراده صریح یا ضمنی هر یک از طرفین معامله یا شخص ثالث یا به تقاضای هر یک از ایشان و به موجب رأی دادگاه به معامله باطل تبدیل شود. رأی دادگاه ممکن است مستقیماً ناظر بر ابطال معامله باشد و یا بطلان معامله از آثار حکم قرار گیرد. (طالب احمدی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۸)

معاملات قابل ابطال جزء معاملات صحیح و نافذ می‌باشند و تنها پس از ابطال اثر حقوقی خود را از ابتدا دست می‌دهند. همین موضوع عقود قابل ابطال را از عقود قابل فسخ متمایز می‌سازد. چرا که با فسخ معامله، اثر عقد نسبت به آینده از بین می‌رود و تا هنگام فسخ، کلیه آثار بر معامله بار می‌شود و حال آن که با ابطال، کلیه آثار معامله در گذشته نیز از میان می‌رود و در آینده نیز اثری نخواهد داشت.

از مصادیق معاملات قابل ابطال در حقوق ایران می‌توان به ماده ۱۳۱ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت نام برد. البته بعضی از حقوق دانان عبارت قابل ابطال در ماده ۱۳۱ را به معنای عدم نفوذ دانسته‌اند. این اعتقاد می‌تواند دو دلیل داشته باشد: اول آن که عده‌ای بر این باورند و جود معاملات قابل ابطال در حقوق ایران با

قواعد حقوقی این سیستم سازگار نیست. دوم آن که چنین نهادی در فقه امامیه که از منابع حقوق ایران است فاقد سابقه می باشد.

اما به نظر می رسد این تفسیر از قابل ابطال در عبارت ماده صحیح نیست چراکه از عبارت انتهای ماده مذکور که مهلت سه ساله از زمان تشکیل معامله یا کشف آن در نظر گرفته شده است چنین استنباط می شود معامله صحیح بوده و تا آن زمان ذی نفع اختیار ابطال معامله را دارد و بعد از آن مهلت و در صورت عدم رد معامله توسط ذی نفع وضعیت سابق که همانا صحت معامله بوده استصحاب می گردد. در صورتی که اگر عبارت قابل ابطال را حمل بر عدم نفوذ کنیم علی الاصول تا پیش تنفیذ ذی نفع، معامله فاقد هرگونه اثر حقوقی می باشد.

به نظر می رسد وضعیت حقوقی قابل ابطال با توجه به اوصافی که بیان شد بسان همان وضعیت بطلان نسبی باشد و همان گونه پیش تر بیان شد با توجه به وجود مصادیقی که در خصوص بطلان نسبی و نوشتار اخیر بیان شد این دو وضعیت در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است.

عدم قابلیت استناد

یکی دیگر از وضعیت های حقوقی که در حقوق ایران مورد پذیرش قرار گرفته است، عدم قابلیت استناد است. این وضعیت حقوقی از حقوق فرانسه به حقوق ایران راه یافت و در حال حاضر مصادیق متعددی از این وضعیت حقوقی در قوانین ایران به چشم می خورد. در حقوق ایران برای اولین بار در قانون ثبت شرکت ها مصوب ۱۳۱۰ بود که به دلیل اقتباس از قانون تجارت فرانسه، مفهوم استناد پذیری به حقوق ایران ورود پیدا کرد. ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد خلاف شرع نیست، چراکه در قوانین بعد از انقلاب نیز موادی به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسید که متضمن ضمانت اجرای مذکور بودند. به علاوه آن که اگرچه در فقه امامیه به طور صریح در خصوص این وضعیت حقوقی صحبتی به میان نیامده است لکن مصادیقی از سوی فقها بیان شده که آثار و احکام بیان شده در خصوص آن ها منطبق بر آثار و احکام وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد بوده که خود نشانگر پذیرش اجمالی مفهوم استناد ناپذیری در فقه امامیه است. همان گونه که پیش تر نیز بیان شد این وضعیت حقوقی از حقوق فرانسه به حقوق ایران راه پیدا کرده است، لذا برای شناخت مفهوم و بررسی آثار و احکام این نهاد حقوقی ناگزیر به مراجعه به خاستگاه آن یعنی نظام حقوقی فرانسه هستیم.

هریک از عناصر و اجزای یک نظام حقوقی اعم از اعمال حقوقی، وقایع حقوقی، آرای قضایی، حق و به طور کلی هر عنصر حقوقی علاوه بر آثار مستقیم خود به صورت غیرمستقیم نیز آثاری بر جای می گذارد. آثار مستقیم، برای فرد یا افرادی که دخیل در پیدایش یک عنصر حقوقی هستند ایجاد حق و تکلیف می کنند و این افراد حق نادیده گرفتن این حقوق و تکالیف را ندارند. در مقابل آثار غیرمستقیم عناصر حقوقی، اشخاص ثالثی که دخیل در پیدایش آن نبوده را بدون آن که حق و تکلیفی به ایشان تحمیل نماید، ملزم به شناسایی و پذیرش آثار غیرمستقیم آن عنصر حقوقی می نماید. این وصف عناصر حقوقی، قابلیت استناد نامیده شده که به عنوان یک اصل کلی در نظام های حقوقی شناخته می شود.

گاهی اوقات اثر غیرمستقیم عنصر حقوقی، در برابر اشخاص ثالث به علت زیانی که به آنان می رساند منتفی می گردد، درواقع قانون گذار این حق را به افراد می دهد تا عنصر حقوقی را به سبب آثار زیان بار آن نادیده انگاشته؛ چنان که گویی اصلاً آن عنصر حقوقی به عالم اعتبار راه پیدا نکرده است. فلذا عدم قابلیت استناد،

ضمانت اجرایی است که از حقوق اشخاص ثالث که گاه تحت تأثیر عمل حقوقی واقع شده مابین طرفین آن مورد تضییع قرار گرفته حمایت می‌کند.

فصل دوم

عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران وفقه امامیه

الف: عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران وفقه امامیه

اصل استناد پذیری اعمال حقوقی

یکی از اصولی که در تمام نظام‌های حقوقی کشورها مورد پذیرش قرار گرفته است، اصل حاکمیت اراده است. از اصل حاکمیت اراده نتایج مهمی حاصل می‌گردد، از جمله آن‌ها می‌توان به اصل آزادی قراردادی اشاره کرد. بر اساس اصل آزادی قراردادی، هیچ‌کس را نمی‌توان برخلاف خواست و اراده‌اش پای بند به پیمانی کرد. یکی دیگر از نتایج اصل آزادی قراردادی اصل نسبی بودن قراردادهاست که از فروع اصل آزادی قراردادی است. همان‌گونه که طرفین در انعقاد قرارداد و انتخاب طرف قرارداد آزاد هستند، افراد دیگر نیز آزادند و نباید از توافق دیگران تحت تأثیر قرار گیرند. تعهد تنها برای دو طرف عقد ایجاد می‌شود و به دیگران در اثر قرارداد هیچ‌گونه حق و تکلیفی بار نمی‌گردد. با این وجود الزام‌آور نبودن قرارداد برای اشخاص ثالث، بدین معنا نیست که ایشان می‌توانند آن را نادیده بگیرند؛ عقود میان طرفین به‌عنوان یک رویداد اجتماعی در برابر دیگران به‌عنوان بخشی از اجتماع قابل استناد است و افراد باید به عمل حقوقی دیگران احترام گذاشته و مانع اجرای آن نشوند. این قابلیت را اصل قابل استناد بودن اعمال حقوقی یا قراردادها می‌نامند. این اصل، نتیجه ماهیت اجتماعی اعمال حقوقی است که آن‌ها را به‌عنوان پدیده‌های اجتماعی در برابر دیگران قابل ابراز و استناد می‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صص ۳۱۲ و ۳۱۳-۶۲۲-۶۳۰)

به دیگر سخن عناصر حقوقی دارای آثار مستقیم و غیرمستقیم بوده؛ آثار مستقیم سبب ایجاد حق و تکلیف برای طرفین قرارداد می‌شود و آثار غیرمستقیم راه را برای ورود عناصر حقوقی فی‌مابین طرفین به فضای عمومی حقوق می‌گشاید و موجب طرح و شناسایی آن‌ها در اجتماع می‌شود و اشخاص ثالث را نسبت به شناسایی و احترام به آثار مستقیم عناصر حقوقی ایجاد شده برای طرفین آن، ملزم می‌کند. فلذا قرارداد میان طرفین اعم از آن که موجد حق عینی یا دینی باشد، نمی‌تواند برای اشخاص ثالث حق یا تعهدی ایجاد کند،

اما در هر حال وضع جدیدی است که اشخاص مذکور نمی‌توانند وجود آن را انکار کنند و باید آن را محترم بشمارند. (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۱۶۸)

مفهوم استناد ناپذیری

همچنان که از معنای لفظی استناد ناپذیری پیداست، مفهوم مذکور جنبه منفی و سلبی استناد پذیری یا قابلیت استناد است. اصل بر استناد پذیر بودن روابط حقوقی است و غیرقابل استناد بودن قرارداد، امری خلاف اصل بوده که این موضوع امری شناخته شده در حقوق فرانسه است و از آنجا به نظام حقوقی ایران ورود پیدا کرده است. فلذا ناگزیر برای شناخت مفهوم استناد ناپذیری باید خاستگاه آن که همانا نظام حقوقی فرانسه است، مراجعه نمود. اما چرا و در چه مواردی اشخاص ثالث می‌توانند قرارداد منعقد شده میان طرفین آن را نادیده بگیرند؟ همان گونه پیش تر بیان شد هر قراردادی دارای آثار مستقیم و غیرمستقیم است؛ آثار مستقیم طرفین آن را ملزم به تعهدات ناشی شده از آن می‌نماید و آثار غیرمستقیم آن اشخاص ثالث را ملزم به شناسایی و احترام به قرارداد می‌نماید. اما گاهی قرارداد منعقد مابین طرفین آن حقوق اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار داده، به گونه‌ای که شناسایی آن توسط اشخاص ثالث باعث تضییع حقوق ایشان می‌گردد. در چنین مواردی به اشخاص ثالث این اختیار داده می‌شود که برای جلوگیری از تضییع حقوق خود، عمل حقوقی را نادیده انگاشته، به گونه‌ای که انگار از روز اول چنین عملی نسبت به اشخاص ثالث مذکور یا به عرصه وجود نگذاشته است. به عبارت دیگر، استناد ناپذیری حق رد آثار غیرمستقیم عمل حقوقی مورد نظر را برای اشخاص ثالث پدید می‌آورد، بدین معنا که آنان می‌توانند آثار عمل حقوقی را نسبت به خود بپذیرند یا رد کنند. بنابراین عدم قابلیت استناد دارای مبنای حمایتی از اشخاص ثالث است. در نتیجه برای برخورداری از استناد ناپذیری، علاوه بر آن که مستلزم ثالث بودن شخص است، منطقاً ذی‌نفع بودن وی را نیز می‌طلبد. (رباطی، محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۹۹، ص ۶۲).

با توجه به مراتب فوق‌الذکر، استناد ناپذیری را باید وضعیتی خلاف اصل و استثنایی بر قابلیت استناد دانست که در مواقعی که از آثار غیرمستقیم اعمال حقوقی منعقد شده فی‌مابین طرفین آن زیانی متوجه اشخاص ثالث می‌گردد، استناد ناپذیری آن، اثر غیرمستقیم زیان‌بار را منتفی می‌گرداند. نکته آخر این که زمانی که اشخاص ثالث ذی‌نفع به سبب استناد ناپذیری آثار غیرمستقیم عمل حقوقی را نسبت به خود زایل می‌گردانند، همچنان آثار مستقیم عمل حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم آن حفظ می‌گردد و همچنان عمل حقوقی میان طرفین آن واجد اثر و نافذ است. با عنایت به تعریف ارائه شده در می‌یابیم، استناد ناپذیری به اشخاص ثالث ذی‌نفع هنگامی که اثر عمل حقوقی زیانی متوجه ایشان می‌گرداند، به ایشان حق انتخاب می‌دهد که اثر حقوقی عمل حقوقی را نسبت به خود بپذیرند یا رد کنند، در هر صورت انتخاب ایشان تأثیری در حقوق و تکالیف طرفین عمل حقوقی ندارد.

عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه

در دکترین حقوقی فرانسه، عدم قابلیت استناد وضعیت عمل حقوقی است که ارکان داخلی آن کامل است. به همین دلیل هم میان طرفین خود اعتبار دارد. منتها چون قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث را نقض کرده در برابر آنان بی‌اعتبار است. این بی‌اعتباری بدان معناست که موقعیت ناشی از عمل مذکور، بر ضد آنان اثری ندارد اما اگر منافع اشخاص ثالث ایجاب کند، آنان همواره می‌توانند به عمل حقوقی استناد کنند چرا که

استناد ناپذیری برای حمایت از آنان است. بر اساس تعریف ارائه، استناد ناپذیری مخصوص اشخاص ثالث ذی نفع و برای حمایت از آنان می باشد.

مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه

برای درک بهتر مفهوم عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی فرانسه، باید به بررسی مصادیق عدم قابلیت استناد در آن نظام حقوقی پرداخت تا بدین ترتیب روشن شود از این نهاد در چه مواقعی استفاده می گردد و نیز آثار و احکام مترتب بر آن چیست. مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه، محدود و منحصر نیست و در مواردی که قواعدی برای حمایت از اشخاص ثالث وضع می گردد، استفاده می گردد.

۱. خودداری انتشار عمل حقوقی: هرگاه انعقاد عمل حقوقی بر موقعیت دیگران اثری برجسته بگذارد، این تغییر می باید منتشر شود تا به آگاهی آنان برسد. به ویژه درجایی که جهل به واقع، سبب اشتباه آنان خواهد شد. (JurisClasseur Civil, Fasc. 10, 2006, n. 36). به نقل از ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۰). قراردادهای مربوط به حق اختراع، علامت های ساخت و تجارت و خدمات، واگذاری هواپیما از جمله قراردادهایی است که گاه از انتشار آن خودداری به عمل می آید.

۲. فقدان شخصیت حقوقی شرکت: مطابق اصلاحیه قانون شرکت ها وفق ماده ۲۴ جولای ۱۹۹۶ و ۴ ژانویه ۱۹۷۸ باید میان تشکیل شرکت و ایجاد شخصیت حقوقی تفکیک قائل شد. در صورت نبود شخصیت حقوقی، شرکت موجود است، اما اثر آن محدود به رابطه میان شرکا است. بدین سان، از زمان تشکیل شرکت تا لحظه ثبت آن، قرارداد شرکت جز در رابطه میان شرکا اثری ندارد (بند ۲ ماده ۱۸۴۲ قانون مدنی)، این، یعنی استناد ناپذیر بودن شرکتی که فاقد شخصیت حقوقی است. (JurisClasseur Civil, Fasc. 60, 2011, N. 88). به نقل از ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۱).

۳. خودداری از ثبت معاملات غیرمنقول: در حقوق فرانسه، مجموعه مقررات ثبتی برای آگاه ساختن اشخاص ثالث از ایجاد و انتقال و اسقاط حقوق عینی در اموال غیرمنقول و اعلام حقوق ویژه بستانکاران ممتاز در آن وجود دارد. فلذا ضمانت اجرای عدم ثبت معاملات غیرمنقول، استناد ناپذیری آن ها نسبت به اشخاص ثالث است. بنابراین اعمال حقوقی که وفق مقررات به ثبت نرسیده باشند، علیه اشخاص ثالثی که نسبت به همان ملک، حقوق معارضی تحصیل و ثبت کرده اند، قابل استناد نیست. (JurisClasseur Civil, Fasc, p 59, N) 577-578. به نقل از ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۱).

۴. معامله پنهانی: معامله پنهانی، یک عمل حقوقی آشکار ولی غیرواقعی است که با وانمود کردن عملیاتی دروغین، در پی پنهان ساختن ماهیت یا مفاد واقعی رویداد دیگری است. باید دانست که اجباری نبودن انتشار اعمال حقوقی، به معنای جواز پنهانی بودن آن ها نیست. به بیان دیگر، طرفین نباید در پی پنهان ساختن یک واقعیت حقوقی نسبت به اشخاص ثالث باشند، واقعیتی که می تواند به سود یا زیان آنان باشد. (JurisClasseur Civil, Fasc. Unique, 2011, N. 12). به نقل از ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۱).

در نظام های حقوقی شکل گرا، تنها سند ظاهری به رسمیت شناخته می شود؛ اگرچه محتوای آن با اراده طرفین ایجادکننده آن متفاوت باشد. در چنین نظام هایی معاملات پنهانی دارای اعتبار نمی باشند. اما در نظام حقوقی فرانسه، به دلیل پذیرش اصل حاکمیت اراده، معامله پنهانی میان طرفین را پذیرفته ولی جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث و اعتماد مشروع ایشان، نسبت به آنان معامله آشکار را معتبر می داند (ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی). بنابراین در نظام حقوقی فرانسه، معامله پنهانی مابین طرفین آن، نافذ و منشأ اثر بوده و

اشخاص ثالث می‌توانند آن را نسبت به خود نپذیرند و رد کنند. (Ophe'le, 2000, p 2,6,10, به نقل از ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۲).

۵. دعوای پولین: به دعوایی گفته می‌شود که بستانکار علیه مدیون حيله‌گر طرح می‌کند؛ مدیونی که برای فرار از پرداخت دین، از اموال و دارایی خود، یا سهولت دسترسی به آن‌ها می‌کاهد. این دعوی برای حمایت از بستانکار در برابر حيله بدهکار است؛ خواه طرف رابطه با بدهکار نیز در این حيله مشارکت داشته یا خیر. (Mazeaud, 1998, p 1053, به نقل از ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۲).

اثر این دعوی، استناد ناپذیر شدن عمل مدیون در برابر بستانکار است؛ یعنی تغییراتی که در دارایی مدیون صورت گرفته است، نسبت به بستانکار بی‌اعتبار خواهد بود. منتها این نتیجه تنها در رابطه میان دائن و مدیون اثر دارد و بر صحت عمل حقوقی در رابطه مدیون و طرف معامله با او و سایر اشخاص ثالث اثر نمی‌گذارد. (Gautier et Pasqualini, 2006, p 15,16 ; Mazeaud, 1998, p 1054,1068 et p 1068-1071, به نقل از ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۲).

۶. پیمان معارض: هنگامی که شخصی با انعقاد قراردادی جدید، حقوق ناشی از قراردادی را که در گذشته با دیگری منعقد کرده، نقض می‌کند، باید قرارداد دوم را غیرقابل استناد دانست. فروش مالی که با دیگری قولنامه شده است، از این دست قراردادها است. (قبولی درافشان، ۱۳۸۶، صص ۲۵۱-۲۵۲)

عدم قابلیت استناد در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران به تبعیت از نظام حقوقی فرانسه مصادیقی از عدم قابلیت استناد به آن راه پیدا کرده است. به نظر می‌رسد نخستین بار در قانون راجع به ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰ بود که به دلیل اقتباس از قانون تجارت فرانسه، مفهوم استناد ناپذیری به حقوق ایران راه یافت و مصادیق متعددی را در قانون مذکور به خود اختصاص داده است. اما سؤالات مهمی در این خصوص مطرح می‌شود، مانند آن که قواعد عمومی، آثار و احکام این وضعیت حقوقی چیست؟ آیا عدم قابلیت استناد با همان آثار و احکام و ویژگی‌های ذکر شده برای آن در نظام حقوقی فرانسه به نظام حقوقی ایران راه پیدا کرده است؟ آیا عدم قابلیت استناد ضمانت اجرایی پذیرفته در فقه امامیه بوده و موافق با قواعد کلی قانون اساسی ایران است؟ برای پاسخ به پرسش‌های مطروحه باید مصادیق ذکر شده برای عدم قابلیت استناد در حقوق ایران را بررسی نمود. البته هر چند که میان حقوق دانان در مصادیق عدم قابلیت استناد اختلاف نظر وجود دارد و برای این نهاد حقوقی مصادیق پراکنده و متعددی بیان شده است، لکن تلاش می‌گردد با مراجعه به متون قانونی، مصادیق این نهاد حقوقی در حقوق ایران استخراج گردد. البته همان‌گونه که بیان شد، مصادیقی که ذیل آن‌ها اشاره خواهد شد، مصادیق قطعی عدم قابلیت استناد نمی‌باشند بلکه مصادیقی هستند که حقوق دانان آن‌ها را از مصادیق عدم قابلیت استناد دانسته اند یا در رویه قضایی در مورد آن‌ها از ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد استفاده شده است و یا از متون قانونی و بیان آثار و احکام آن مصادیق، بتوان نتیجه گرفت، ضمانت اجرای متناسب آن مصادیق، می‌تواند به عدم قابلیت استناد منطبق باشند.

قانون ثبت اسناد و املاک

در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ نیز می‌توان رد پایی از پذیرش وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد توسط قانون‌گذار ایران مشاهده نمود که ذیل آن به مواردی از آن اشاره خواهد گردید.

الف: در ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک کشور آمده است: همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مزبور از مالک رسمی به او ارث رسیده باشد مالک خواهد شناخت. این ماده در خصوص وضعیت معامله‌ای که با سند عادی صورت گرفته است، بیانی ندارد و صرفاً بیان می‌دارد معامله‌ای که با سند عادی صورت می‌پذیرد در برابر دولت قابل استناد نیست. این مقرر در خصوص وضعیت رابطه میان طرفین معامله با سند عادی حکمی ندارد و نمی‌توان مدعی شد نظر قانون‌گذار بر بطلان معاملات با سند عادی بوده است. نکته دیگری در خصوص این ماده وجود دارد این است که عبارت دولت در این ماده در معنا عام خود به کار رفته است و قرینه‌ای که معنای آن را ضیق نماید در عبارات ماده وجود ندارد، فلذا منظور از دولت شامل تمام اشخاص ثالثی که خارج از طرفین معامله با سند عادی است، می‌باشد. این ماده از حقوق اشخاص ثالثی که از مفاد معامله با سند عادی اطلاعی ندارند حمایت کرده و به آنان این اختیار را می‌دهد تا معامله مذکور را نسبت به خود نادیده بگیرند، چنان که گویی چنین معامله‌ای از ابتدا میان طرفین آن منعقد نشده است.

اما پرسش مهمی که ذهن را درگیر می‌کند این است که وضعیت معامله با سند عادی میان طرفین آن چگونه است؟ در ماده ۷۲ قانون ثبت و اسناد و املاک آمده است: کلیه معاملات راجعه به اموال غیر منقوله که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم مقام قانونی آن‌ها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود. از مفهوم مخالف این ماده چنین استنباط می‌شود که معامله‌ای که دارای سند عادی باشد دارای اعتبار ناقص است. اما منظور از اعتبار کامل و ناقص چیست؟ قراردادی که اعتبار کامل دارد، باید آثار کاملی هم داشته باشد؛ از جمله این آثار، تحقق حق مالکیت کامل است. دارنده سند رسمی در برابر همه می‌تواند ادعای مالکیت نماید، اما شخصی که چنین سندی را در دست ندارد، باوجود این که حق مالکیت دارد، حق او کامل نیست. (خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۱۵)

در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، اصل بر صحت معاملات است و بطلان آن نیاز به دلیل دارد. در معامله با سند عادی نیز تمامی شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی موجود است. مضاف بر این، اصل بر رضائی بودن معاملات بوده و تشریفاتی بودن نیاز به تصریح دارد و در قانون فوق الاشعار، مقرره‌ای که ثبت معاملات را از شرایط تشکیل و صحت معاملات بداند، وجود ندارد. بنابراین معامله با سند عادی صحیح بوده و میان طرفین آن نافذ و معتبر بوده لکن اعتبار آن مطابق مفهوم مخالف ماده ۷۲ قانون ثبت اسناد و املاک ناقص بوده، بدین توضیح که طرفین معامله با سند عادی، نمی‌توانند به مالکیت حاصل شده ناشی از آن در برابر اشخاص ثالث و به خصوص در برابر دارنده سند رسمی استناد نمایند. با توجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد بتوان عدم قابلیت استناد را به عنوان وضعیت حقوقی معاملات با سند عادی در نظر گرفت.

ب: پیش‌تر در خصوص موضع قانون ثبت اسناد و املاک در خصوص وضعیت معاملات ثبت نشده و دارای سند عادی ذیل ماده ۲۲ این قانون بحث شد. افزون بر این ماده، در ماده ۴۳ این قانون آمده است: هرگاه انتقال به موجب سند عادی بوده و انتقال‌دهنده معامله خود را به اداره ثبت اطلاع نداد چنانچه مدت اعتراض باقی است منتقل الیه مطابق مقررات عرض حال می‌دهد و چنانچه مدت منقضی شده منتقل الیه می‌تواند به وسیله اظهارنامه به انتقال‌دهنده اخطار نماید هرگاه مشارالیه، معامله را در ظرف مدت ده روز از تاریخ ابلاغ

اخطاریه تصدیق نمود ملک به نام انتقال گیرنده ثبت و الا ملک به نام انتقال دهنده ثبت و انتقال گیرنده به موجب ماده ۱۰۵ و ۱۱۴ می تواند انتقال دهنده را تعقیب نماید.... همان طور که در توضیحات ماده ۲۲ قانون مزبور آمد این ماده در خصوص وضعیت معامله با سند عادی بیانی ندارد اما از ماده ۴۳ این قانون چنین استنباط می شود که معامله با سند عادی صحیح تلقی می شود چراکه حسب مفاد این ماده منتقل الیه می تواند با دادن عرض حال الزام انتقال دهنده را به تصدیق معامله بخواهد و چنین الزامی از آثار معامله صحیح است ضمن آن که در ادامه ماده آمده است در صورتی که انتقال دهنده معامله را تصدیق ننماید ملک به نام او ثبت و منتقل الیه حق تعقیب کیفری او را خواهد داشت که این خود نشان دهنده اثر مملکت معامله با سند عادی است چراکه اگر معامله اثر مملکت نداشت، توجیهی ندارد که انتقال دهنده را به این جهت مورد تعقیب کیفری قرار دهیم و داشتن اثر مملکت نیز از آثار معامله صحیح است فلذا مطابق مقررات قانون ثبت اسناد و املاک، معامله با سند عادی صحیح بوده لکن در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد.

قانون تجارت

در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، برخی مواد وجود دارد که از وجود آنها می توان به پذیرش وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد بهره جست.

الف: در ماده ۳۹۵ این قانون در مورد تعریف قائم مقام تجاری چنین مقرر شده است: قائم مقام تجاری کسی است که رئیس تجارتخانه او را برای انجام کلیه امور مربوطه به تجارتخانه یا یکی از شعب آن نایب خود قرار داده و امضای او برای تجارتخانه الزام آور است. سمت مزبور ممکن است کتباً داده شود یا عملاً. در ادامه این مقرر قانون گذار حقوقی را برای اشخاص ثالث در نظر گرفته است. در ماده ۳۹۶ این قانون آمده است: تحدید اختیارات قائم مقام تجاری در مقابل اشخاصی که از آن اطلاع نداشته اند معتبر نیست. هم چنین در ماده ۳۹۷ آمده است: قائم مقام تجاری ممکن است به چند نفر مجتمعاً داده شود با قید اینکه تا تمام امضاء نکنند تجارتخانه ملزم نخواهد شد ولی در مقابل اشخاص ثالثی که از این قید اطلاع نداشته اند فقط در صورتی می توان از آن استفاده کرد که این قید مطابق مقررات وزارت عدلیه به ثبت رسیده و اعلان شده باشد. همان گونه ملاحظه می گردد قرارداد منعقد شده در این خصوص میان طرفین آن معتبر بوده و نافذ است چراکه از تمامی شرایط صحت قراردادها برخوردار بوده و تمام مفاد آن برای طرفین آن لازم الاتباع است. این قرارداد در شرایطی فقط اعتبار خود را در برابر اشخاص ثالث از دست می دهد. بی اعتباری این قرارداد در برابر اشخاص ثالث، همان عدم قابلیت استناد قرارداد در برابر ایشان است. این عدم استناد ناشی از عدم ثبت قرارداد و انتشار آن مطابق موازین قانونی است. قانون گذار به جهت حمایت از شخص ثالث ناآگاه، این حق را به ایشان داده تا بدون توجه به قرارداد جدید که اطلاع رسانی نشده است، مبادرت به انعقاد قرارداد با تجارتخانه نماید. نکته ی مهمی باید بدان اشاره کرد آن است که قرارداد جدید میان طرفین آن الزام آور بوده و عدم استناد به آن توسط شخص ثالث نیز خللی به صحت آن وارد نمی آورد.

ب: در ماده ۹۵ قانون تجارت در خصوص شرکت با مسئولیت محدود چنین مقرر گردیده: در اسم شرکت باید عبارت (با مسئولیت محدود) قید شود و الا آن شرکت در مقابل اشخاص ثالث تضامنی محسوب و تابع مقررات آن خواهد شد. اسم شرکت نباید متضمن اسم هیچ یک از شرکا باشد والا شریکی که اسم او در اسم شرکت قید شده در مقابل اشخاص ثالث حکم شریک ضامن در شرکت تضامنی را خواهد داشت. از مفاد این ماده چنین برداشت می شود که ماهیت شرکت و به تبع آن حدود مسئولیت هر یک از شرکا میان طرفین آن

مشخص بوده لکن قانون‌گذار به جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث ناآگاه از حدود مسئولیت شرکا که به سبب عدم آگاهی بخشی از ناحیه مسئولین شرکت بوده، به ایشان این حق را داده تا توافق میان شرکای شرکت را نادیده بگیرد؛ به عبارتی دیگر در برابر ایشان قابل استناد نباشد. در این خصوص نیز عدم استناد شخص ثالث به قرارداد میان شرکا، تأثیری در میزان مسئولیت ایشان در روابط فی‌مابین شرکا ندارد.

ج: در ماده ۱۰۰ قانون تجارت نیز چنین مقرر شده است: هر شرکت با مسئولیت محدود که برخلاف مواد ۹۶ و ۹۷ تشکیل شده باشد باطل و از درجه اعتبار ساقط است لیکن شرکاء در برابر اشخاص ثالث حق استناد به این بطلان ندارند. این مقرر نیز از حقوق اشخاص ثالث ناآگاه از وضع حادث حمایت نموده است. تفاوتی مهمی این ماده با مواد قبلی دارد این است که در مواد قبلی صحت قرارداد میان طرفین آن، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نبود ولی در این ماده بطلان قرارداد در برابر ایشان قابلیت استناد ندارد. نکته‌ی دیگر آن که عدم استناد اشخاص ثالث نسبت به بطلان شرکت به معنای معتبر بودن آن برای شرکای شرکت نیست و تنها برای حمایت از اشخاص ثالث چنین مقرره‌ای وضع شده است.

د: در ماده ۱۱۶ قانون تجارت این چنین آمده است: شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت اسم مخصوصی برای امور تجاری بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود، اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد هریک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است. هر قراری بین شرکا برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کأن لم یکن خواهد بود. هر چند عبارت قانون‌گذار مطلق بوده لکن به نظر می‌رسد در این خصوص نیز حمایت از اشخاص ثالث محدود به اشخاص ثالثی است که از قرارداد مذکور بی‌اطلاع باشند. قرارداد تحدید مسئولیت شرکا مابین شرکای شرکت صحیح بوده اما ایشان حق استناد به آن در برابر اشخاص ثالث را ندارند.

ه: در ماده ۱۲۵ قانون تجارت چنین بیان شده است: هر کس به‌عنوان شریک ضامن در شرکت تضامنی موجودی داخل شود متضامناً با سایر شرکاء مسئول قروضی هم خواهد بود که شرکت قبل از ورود او داشته اعم از اینکه در اسم شرکت تغییری داده شده باشد یا نشده باشد. هر قراردادی که بین شرکاء برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کأن لم یکن خواهد بود. کأن لم یکن بودن قرارداد در برابر اشخاص ثالث همان عدم قابلیت استناد قرارداد در برابر ایشان است؛ بدین توضیح که قرارداد مابین شرکا نافذ و در برابر اشخاص ثالث فاقد اعتبار است، چنان که گویی چنین قراردادی در عالم اعتبار محقق نگردیده است. و: ماده ۱۴۳ قانون تجارت مقرر می‌دارد: هر یک از شرکای با مسئولیت محدود که اسمش جزء اسم شرکت باشد در مقابل طلبکاران شرکت شریک ضامن محسوب خواهد شد. هر قراری که برخلاف این ترتیب بین شرکاء داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث بی‌اثر است. حسب مفاد این ماده هرگونه توافقی در مورد مسئولیت شریکی که اسم او در اسم شرکت آمده باشد، در مقابل اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و مسئولیت او در برابر اشخاص ثالث به‌هر حال تضامنی است.

ز: در ماده ۱۵۰ قانون تجارت آمده است: در مورد تعهداتی که شرکت مختلط غیر سهامی ممکن است قبل از ثبت شرکت کرده باشند شریک با مسئولیت محدود در مقابل اشخاص ثالث در حکم شریک ضامن خواهد بود مگر ثابت نماید که اشخاص مزبور از محدود بودن مسئولیت او اطلاع داشته‌اند. حسب مفاد این مقرر، قانون‌گذار به جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث ناآگاه از وضعیت شرکت به جهت عدم ثبت شرکت،

مسئولیت حداکثری را برای شرکا در نظر گرفته است و توافق میان شرکای شرکت در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست مگر آن که به طریقی این توافق به اطلاع ایشان برسد.

ح: ماده ۱۵۵ قانون تجارت چنین مقرر می‌دارد: هر کس به‌عنوان شریک با مسئولیت محدود در شرکت مختلط غیر سهامی موجودی داخل شود تا معادل سهم الشرکه خود مسئول قروضی خواهد بود که شرکت قبل از ورود او داشته خواه اسم شرکت عوض شده باشد یا نشده باشد. هر شرطی که برخلاف این ترتیب باشد در مقابل اشخاص ثالث کأن لم یکن خواهد بود. شریک با مسئولیت با محدود به‌هرحال تا میزان سهم الشرکه ی خود در برابر طلبکاران شرکت مسئول خواهد بود. اگرچه در این خصوص میان شرکای شرکت به گونه‌ای دیگر مقرر شده باشد؛ مانند آن که شریک با مسئولیت محدود در بدو ورود خود با دیگر شرکاء توافق کرده باشد، مسئولیت او تنها محدود به قروض بعد از ورود او به شرکت باشد. اگرچه توافق اخیر میان شرکای شرکت معتبر است لکن در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست.

ط: در ماده ۱۸۸ قانون تجارت آمده است: هر کس به‌عنوان شریک ضامن در شرکت نسبی موجودی داخل شود به نسبت سرمایه‌ای که در شرکت می‌گذارد مسئول قروضی است هم خواهد بود که شرکت قبل از ورود او داشته اعم از این که در اسم شرکت تغییری داده شده یا نشده باشد. قرار شرکاء بر خلاف این ترتیب نسبت به اشخاص ثالث اثر ندارد. تحلیل این ماده همانند تحلیل ماده ۱۵۵ قانون تجارت است که پیش‌ازین گذشت. ی: در ماده ۱۹۸ قانون تجارت چنین آمده است: اگر به علت عدم رعایت دستور دو ماده فوق بطلان عملیات شرکت اعلام شد هیچ‌یک از شرکاء نمی‌توانند این بطلان را در مقابل اشخاص ثالثی که با آن‌ها معامله کرده‌اند عذر قرار دهند. مواد ۱۹۶ و ۱۹۷ قانون تجارت مقررات مربوط به ثبت شرکت‌ها است. حال اگر بطلان شرکتی به جهت تخلف از مقررات راجع به ثبت شرکت‌ها توسط دادگاه اعلام گردد، نظر به این که به سبب بطلان شرکت زیانی متوجه اشخاص ثالثی خواهد شد که با شرکت معامله نموده‌اند، قانون‌گذار بطلان شرکت را در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نداشته است، چراکه کوتاهی شرکت نباید دست‌آویزی برای شرکای آن باشد تا از پرداخت حقوق اشخاص ثالث سرباز زنند. فلذا با غیرقابل استناد بودن بطلان شرکت در برابر اشخاص ثالث، گویا شرکت همچنان دارای شخصیت حقوقی و مکلف به پرداخت حقوق اشخاص ثالث است؛ اگرچه در واقعیت شرکت باطل و شخصیت حقوقی آن زایل شده است.

ک: در ماده ۲۲۰ قانون تجارت نیز چنین آمده است: هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به‌صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون درنیاورده و مطابق مقررات به آن شرکت عمل نماید شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد. هر شرکت تجاری ایرانی مذکور در این قانون و هر شرکت خارجی که بر طبق قانون ثبت شرکت‌ها مصوب خرداد ۱۳۱۰ مکلف به ثبت است باید در کلیه اسناد و صورت‌حساب‌ها و اعلانات و نشریات خطی یا چاپی خود در ایران تصریح نماید که در تحت چه نمره در ایران به ثبت رسیده و الا محکوم به جزای نقدی از دویست تا دو هزار ریال خواهد شد. این مجازات علاوه بر مجازاتی است که در قانون ثبت شرکت‌ها برای عدم ثبت مقرر شده. مطابق مفاد این ماده، اگر شرکتی تشکیل گردد و نوع آن شرکت مشخص نگردد، به جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث، مسئولیت تمام شرکای شرکت در برابر ایشان تضامنی خواهد بود و توافقاتی که شرکای شرکت در خصوص حدود مسئولیت خود با یکدیگر داشته‌اند، اگرچه میان خود

دارای نفوذ و اعتبار بوده لکن به جهت عدم رعایت مقررات قانونی و اطلاع‌رسانی عمومی در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد.

ل: در ماده ۱۰۵ قانون تجارت آمده است: مدیران شرکت کلیه اختیارات لازمه را برای نمایندگی و اداره شرکت خواهند داشت مگر اینکه در اساسنامه غیر این ترتیب مقرر شده باشد هر قرارداد راجع به محدود کردن اختیارات مدیر آن که در اساسنامه تصریح به آن نشده در مقابل اشخاص ثالث باطل و کأن لم یکن است. قانون‌گذار به جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث ناآگاه، قرارداد تحدید اختیارات مدیرانی که در اساسنامه تصریح نشده است، در برابر اشخاص ثالث، کأن لم یکن دانسته است. منظور از این عبارت همان قابلیت عدم استناد قرارداد نسبت به اشخاص ثالث است، اگرچه تحدید قرارداد مدیر شرکت در اساسنامه تصریح نگردیده است، لکن مفاد قرارداد تحدید اختیار ایشان برای مدیر و شخصیت حقوقی شرکت و شرکای آن لازم الاتباع است، لکن در برابر اشخاص ثالث در این حالت، چنین است که اصلاً قراردادی در خصوص تحدید اختیارات مدیر شرکت منعقد نگردیده است.

م: یکی دیگر از مواردی که می‌توان از مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق تجارت ایران نام برد، اصل تجریدی بودن اسناد تجاری است. وصف تجریدی در اسناد تجاری به معنای جدایی دو رابطه حقوقی است: رابطه‌ی حقوقی مبنای صدور سند تجاری که به آن تعهد پایه می‌گویند و رابطه‌ی حقوقی که با تنظیم سند شکل می‌گیرد. علاوه بر صدور سند تجاری، هرگونه انتقال سند تجاری نیز خود مبتنی بر یک تعهد پایه است که واگذاری بر مبنای آن صورت می‌پذیرد. در خصوص مبنای وصف تجریدی داشتن اسناد تجاری میان حقوق‌دانان اختلاف نظر است؛ یکی از مبانی آن را اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در مقابل اشخاص ثالث دانسته‌اند لکن چون بیان دیدگاه‌های مختلف دیگر در این خصوص از حوصله‌ی این پژوهش خارج است، صرفاً به تحلیل این مبنا (اصل عدم قابلیت استناد ایرادات در برابر اشخاص ثالث) در خصوص وصف تجریدی اسناد تجاری پرداخته می‌شود. در این مبنا، گردش سند تجاری و حضور شخص ثالث دارای حسن نیت، ایجاب می‌کند که ایرادات ایادی سابق نسبت به ایشان مسموع نباشد. درواقع با پذیرش این مبنا، یک جدایی میان تعهد پایه و تعهد گردش پدید می‌آید، بدین توضیح که با حضور و مداخله شخصی که با رابطه‌ی حقوقی پیشین بیگانه است، سند از وسیله‌ی ممتاز پرداخت تعهد پایه، بدل به ماهیت حقوقی مستقل می‌شود که در عالم حقوق، به تنهایی مورد حمایت قرار گرفته است (جنیدی و شریعتی نسب، ۱۳۹۲، ص ۲).

به‌عنوان مثال در ماده ۲۵۳ قانون تجارت این چنین آمده است که: اگر دارنده برات به برات دهنده یا کسی که برات را به او منتقل نموده است پولی غیر از آن نوع که در برات معین شده است بدهد و آن برات در نتیجه نکول یا امتناع از قبول و یا عدم تأدیه اعتراض شود دارنده برات می‌تواند از دهنده برات یا انتقال‌دهنده نوع پولی را که داده یا نوع پولی که در برات معین شده مطالبه کند ولی از سایر مسئولین وجه برات جز نوع پولی که در برات معین شده قابل مطالبه نیست. بنابراین، آنچه در رابطه خصوصی دو نفر مقرر شده است، نسبت به دیگران قابل استناد نیست. فلذا اگر توافقات شخصی با یکی از مسئولین سند تجاری نسبت به سایر مسئولین همان سند، قابلیت استناد نداشته باشد، به طریق اولی ایرادات و توافقات مربوط به تعهد پایه نباید در مقابل دارنده سند تجاری با حسن نیت و ناآگاه از توافقات مزبور قابل استناد باشد.

لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت

در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت نیز برخی مقررات قانونی وجود دارند که به ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد اشاره می‌کنند. ذیلاً به مواردی از آن‌ها اشاره می‌گردد:

الف: در ماده ۴۰ لایحه چنین آمده است: انتقال سهام با نام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد و انتقال‌دهنده یا وکیل یا نماینده قانونی او باید انتقال را در دفتر مزبور امضاء کند. در موردی که تمام مبلغ اسمی سهم پرداخت نشده است نشانی کامل انتقال گیرنده نیز در دفتر ثبت سهام شرکت قید و به امضای انتقال گیرنده یا وکیل یا نماینده قانونی او رسیده و از نظر اجرای تعهدات ناشی از نقل و انتقال سهم معتبر خواهد بود. هرگونه تغییر اقامتگاه نیز باید به همان ترتیب به ثبت رسیده و امضاء شود. هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است. مطابق مفاد این ماده عدم رعایت تشریفات قانونی در مورد انتقال سهام شرکت، سبب عدم قابلیت استناد این انتقال در برابر شرکت و اشخاص ثالث می‌گردد، اگرچه این انتقال میان طرفین آن صحیح است و به همین دلیل منتقل الیه می‌تواند الزام فروشنده را جهت انجام ترتیبات ثبت از دادگاه بخواهد و همچنین می‌تواند سود سهام را که پیش از ثبت انتقال، حاصل شده است از فروشنده مطالبه نماید.

ب: در ماده ۱۱۸ این چنین مقرر شده است: جز درباره موضوعاتی که به موجب مقررات این قانون اخذ تصمیم و اقدام درباره آن‌ها در صلاحیت خاص مجامع عمومی است مدیران شرت دارای کلیه اختیارات لازم برای اداره امور شرکت می‌باشند مشروط بر آن‌که تصمیمات و اقدامات آن‌ها در حدود موضوع شرکت باشد. محدود کردن اختیارات مدیران در اساسنامه یا به موجب تصمیمات مجامع عمومی فقط از لحاظ روابط بین مدیران و صاحبان سهام معتبر بوده و در مقابل اشخاص ثالث باطل و کأن لم یکن است. بطلان در برابر اشخاص ثالث، همان عدم قابلیت استناد در برابر ایشان است. لکن این بطلان سبب بطلان در برابر همه نیست و میان شرکت و شرکای آن لازم الاتباع است.

ج: در ماده ۱۲۶ لایحه نیز چنین آمده است: اشخاص مذکور در ماده ۱۱۱ نمی‌توانند به مدیریت عامل شرکت انتخاب شوند و همچنین هیچ‌کس نمی‌تواند در عین حال مدیریت عامل بیش از یک شرکت را داشته باشند. تصمیمات و اقدامات مدیرعاملی که برخلاف مفاد این ماده انتخاب شده است در مقابل صاحبان سهام و اشخاص ثالث معتبر و مسئولیت‌های سمت مدیریت عامل شامل حال او خواهد شد. حسب مفاد این ماده اگرچه مدیرعاملی که برخلاف مقررات این ماده انتخاب گردد، فاقد سمت بوده و به سبب فقدان سمت تصمیمات ایشان نمی‌تواند برای شرکت منشأ اثر گردد، لکن به سبب حمایت از اشخاص ثالث که از عدم رعایت مراتب قانونی انتخاب مدیرعامل بی‌اطلاع بوده و حسب اعتماد به ظاهر، فرد را به عنوان مدیرعامل شرکت شناسایی کرده‌اند، بطلان انتخاب مدیرعامل نمی‌تواند در برابر ایشان قابل استناد گردد و در اثر قرارداد میان مدیرعامل فاقد سمت و اشخاص ثالث شرکت متعهد می‌گردد لکن شرکت حق رجوع به مدیرعامل را خواهد داشت.

د: در ماده ۱۳۰ لایحه آمده است: معاملات مذکور در ماده ۱۲۹ در هر حال ولو آن‌که توسط مجمع عادی تصویب نشود در مقابل اشخاص ثالث معتبر است مگر در موارد تدلیس و تقلب که شخص ثالث در آن شرکت کرده باشد. در صورتی که بر اثر انجام معامله به شرکت خسارتی وارد آمده باشد جبران خسارت بر عهده هیئت‌مدیره یا مدیرعامل یا مدیران ذینفع و مدیرانی است که اجازه آن معامله را داده‌اند که همگی آن‌ها

متضامنا مسئول جبران خسارت وارده به شرکت هستند. در بیشتر مواردی که قانون‌گذار برای حمایت از اشخاص ثالث ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد را برای ایشان مقرر کرده است، مبنای حمایتی قانون‌گذار از اشخاص ثالث عدم آگاهی ایشان از واقعیت امر و اعتمادی مشروعی که به ظاهر داشته اند، بوده است. مبنای حمایتی این ماده نیز همین است. قانون‌گذار در این ماده موارد تدلیس و تقلب که شخص ثالث در آن شرکت کرده باشد، استثناء نموده است، چراکه در این موارد مبنای حمایتی که همانا عدم اطلاع شخص ثالث بوده از بین رفته و تدلیس و تقلب شخص ثالث بر علم و آگاهی ایشان از وضع موجود دلالت دارد.

ه: در ماده ۱۳۵ این لایحه نیز چنین آمده است: کلیه اعمال مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل اشخاص ثالث نافذ و معتبر است و نمی‌توان به عذر عدم اجرای تشریفات مربوط به طرز انتخاب آن‌ها اعمال و اقدامات آنان را غیر معتبر دانست. به طور خلاصه بطلان تصمیم در خصوص انتخاب مدیران، در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد نداشته و قرارداد میان شخص ثالث با مدیر فاقد سمت نیز شرکت را در برابر اشخاص ثالث متعهد می‌گرداند.

و: در ماده ۲۱۰ قانون این لایحه آمده است انحلال شرکت مادام که به ثبت نرسیده و اعلان نشده باشد نسبت به اشخاص ثالث بلااثر است. پس از تشکیل و ثبت شرکت فرض بر استمرار و بقای آن است و اشخاص ثالث به این ظاهر اعتماد و بر مبنای آن با شرکت مراوده می‌کنند، مادامی که انحلال شرکت به ثبت نرسد و اشخاص ثالث از این موضوع مطلع نگردند، نسبت به اشخاص ثالث غیرقابل استناد است.

ز: در ماده ۲۷۰ این لایحه نیز چنین آمده است: هرگاه مقررات قانونی در مورد تشکیل شرکت سهامی یا عملیات آن یا تصمیماتی که توسط هر یک از ارکان شرکت اتخاذ می‌گردد رعایت نشود بر حسب مورد بنا به درخواست هر ذینفع بطلان شرکت یا عملیات یا تصمیمات مذکور به حکم دادگاه اعلان خواهد شد لیکن مؤسسين و مدیران و بازرسان و صاحبان سهام نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند. از مفاد این مقرر نکات مهمی حاصل می‌گردد؛ از جمله آن که قانون‌گذار در این ماده از الفاظ بطلان یا کأن لم یکن استفاده نکرده و به صراحت از کلمه استناد بهره جسته است. نکته دیگر آن که در موارد پیشین مبنای حمایتی قانون‌گذار عدم علم اشخاص ثالث بود لکن در این مقرر به نظر می‌رسد حتی پس از اطلاع شخص ثالث پس از اعلان حکم بطلان شرکت، همچنان بطلان شرکت در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد.

قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶

در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری نیز مقرراتی وجود دارد که به وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد اشارت دارد. به عنوان مثال در ماده ۴۸ این قانون این طور آمده است: هرگونه تغییر در مالکیت اختراع، ثبت طرح صنعتی یا ثبت علائم تجاری یا علامت جمعی یا حق مالکیت ناشی از تسلیم اظهارنامه مربوط، به درخواست کتبی هر ذی‌نفع از اداره مالکیت صنعتی انجام شده و به ثبت می‌رسد و جز در مورد تغییر مالکیت اظهارنامه، توسط اداره مذکور آگهی می‌شود. تأثیر این گونه تغییرات نسبت به اشخاص ثالث منوط به تسلیم درخواست مذکور است. تغییر در مالکیت ثبت علامت یا علامت جمعی در صورتی که در مواردی مانند ماهیت، مبدأ، مراحل ساخت، خصوصیات یا تناسب با هدف کالاها یا خدمات سبب گمراهی یا فریب عمومی شود معتبر نیست. مطابق مفاد این مقرر، در صورتی که شرایط مقرر در این ماده رعایت نگردد هرگونه تغییری نسبت به اشخاص ثالث بی‌اثر است. این عدم تأثیر به معنای همان عبارت در برابر اشخاص ثالث باطل و کأن لم یکن بوده و در اصطلاح حقوقی یعنی در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد.

همچنین در ماده ۵۰ این قانون آمده است: هرگونه قرارداد اجازه بهره‌برداری از اختراع و طرح‌های صنعتی ثبت‌شده، یا علامت ثبت‌شده یا اظهارنامه مربوط به آن‌ها به اداره مالکیت صنعتی تسلیم می‌شود. اداره مالکیت صنعتی، مفاد قرارداد را به صورت محرمانه حفظ ولی اجازه بهره‌برداری را ثبت و آگهی می‌کند. تأثیر این گونه قراردادها نسبت به اشخاص ثالث منوط به مراعات مراتب فوق است.

قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹

برخی از حقوق‌دانان در آثار خود برخی از مقررات قانون پیش‌فروش ساختمان را از مواردی دانسته‌اند که می‌توان رد پای قابل استناد نبودن قرارداد نسبت به اشخاص ثالث را از آن‌ها استنباط نمود. (خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۲۱)

ایشان مواد ۱۷ و ۱۸ از قانون فوق را به عنوان شاهد مثال ادعای خود مطرح نموده‌اند. در ماده ۱۷ این قانون آمده است: واگذاری تمام یا بخشی از حقوق و تعهدات پیش‌فروشنده نسبت به واحد پیش‌فروش شده و عرصه آن پس از اخذ رضایت همه پیش‌خریداران یا قائم‌مقام قانونی آن‌ها بلامانع است. ایشان اگرچه در توضیح این مقررہ آورده‌اند که می‌توان ضمانت اجرای تخلف از این مقررہ را بطلان قرارداد دانست، لکن در ادامه بیان داشته است به نظر می‌رسد که قرارداد میان طرفین صحیح بوده و تنها در مقابل پیش‌خریداران یا قائم‌مقام آن‌ها قابل استناد نباشد؛ زیرا این ضمانت اجرا هدف قانون را برآورده می‌کند. (خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۲۲)

در ماده ۱۸ این قانون نیز آمده است: در صورت انتقال حقوق و تعهدات پیش‌خریدار نسبت به واحد پیش‌فروش شده بدون رضایت پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار عهده‌دار پرداخت بها یا عوض قرارداد خواهد بود. در خصوص این ماده نیز دو تحلیل ارائه شده است: اول آن که اعتقاد داشته این انتقال صحیح بوده و تعهد پیش‌خریدار به عنوان تضمین قرارداد باقی خواهد ماند. مطابق این تحلیل، انتقال صورت گرفته صحیح است و با انتقال صورت گرفته دو متعهد برای قرارداد به وجود خواهد آمد؛ پیش‌خریدار سابق و منتقل‌الیه جدید. در تحلیلی دیگری از مقررہ فوق می‌توان بیان داشت: قرارداد منعقد شده مابین پیش‌خریدار و منتقل‌الیه صحیح است ولی در برابر پیش‌فروشنده قابل استناد نیست. مطابق این تحلیل اگر پیش‌فروشنده به قرارداد استناد نماید، تعهدات از منتقل‌الیه قابل مطالبه خواهد بود، در صورتی که مطابق تحلیل اول، قرارداد صحیح بوده و حتی استناد پیش‌خریدار به آن، موجب منتفی شدن تعهدات پیش‌خریدار نمی‌گردد.

قراردادهایی از این قبیل تحت عنوان انتقال قرارداد مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرند. برخی از حقوق‌دانان نیز با بهره‌گیری از همین مقررات قانون پیش‌فروش ساختمان و مقرراتی دیگر در سایر قوانین، ضمانت اجرای انتقال قرارداد در برابر اشخاص ثالث را، عدم قابلیت استناد دانسته و رضایت طرف قرارداد به انتقال را شرط استناد پذیری انتقال در برابر ایشان دانسته است. (ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۹)

انتقال حقوق و تعهدات قراردادی آن است که شخص پس از انعقاد یک قرارداد، موقعیت خود را از لحاظ طرف پیمان بودن، به دیگری منتقل سازد. (غمامی، ۱۳۷۷، ص ۱۵)

در انتقال حقوق و تعهدات قراردادی، طرف قرارداد حقوقی تغییر می‌کند، بدین توضیح که یکی از طرفین رابطه‌ی حقوقی حذف می‌شود و فرد دیگری جایگزین او می‌شود. بعد از این انتقال، همین فرد جدید طرف قرارداد بوده و نسبت به حقوق ناشی از قرارداد ذی‌نفع تلقی می‌گردد و در مقابل تکالیف ناشی از عقد نیز مسئول است. نکته مهمی که باید بدان اشاره کرد آن است که انتقال قرارداد با تبدیل تعهد دو مفهوم جداگانه بوده و نباید آن‌ها را یکی پنداشت. در تبدیل تعهد موضوع ماده ۲۹۲ قانون مدنی، ابتدا تعهد سابق منحل

گردیده و تعهد جدیدی ایجاد می‌گردد، درحالی‌که در انتقال قرارداد تعهدات ناشی از عقد به همان صورت اولیه منتقل می‌گردد. انتقال قرارداد، زمانی که به‌صورت ارادی صورت پذیرد، با اصل نسبی بودن قراردادها منافات دارد. اما نکته‌ای که در این خصوص حائز اهمیت است این است که هر اصلی، استثنائاتی دارد و اصل نسبی بودن قراردادها نیز از این قاعده مستثنی نیست. انتقال قرارداد اقسامی دارد که ازجمله آن‌ها می‌توان به انتقال قرارداد قهری یا قانونی، انتقال قرارداد قضایی و انتقال قرارداد ارادی نام برد. در انتقال قهری یا قانونی، انتقال قرارداد به حکم قانون یا به‌صورت قهری صورت می‌پذیرد و ازجمله مواردی که می‌توان برای این نوع انتقال بیان نمود: ماده ۱۲ قانون کار و ماده ۶ در قانون بیمه اجباری خسارت وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه است. در خصوص انتقال قضایی، انتقال قرارداد ناشی از تصمیم مرجع قضایی است. یعنی با نظر مقام قضایی، قرارداد از یکی از طرفین به شخص ثالثی انتقال می‌گردد. در این خصوص نیز می‌توان به ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ اشاره نمود. در انتقال قرارداد ارادی، انتقال قرارداد به‌واسطه توافق طرفین صورت می‌پذیرد. قانون‌گذار در برخی از عقود امکان انتقال قرارداد به‌صورت ارادی را به طرفین آن واگذار نموده است مانند عقد مزارعه (ماده ۵۴۱ قانون مدنی)، مساقات (ماده ۵۴۵ قانون مدنی) و مضاربه (ماده ۵۵۴ قانون مدنی). از این امر می‌توان قاعده‌ای کلی برای امکان انتقال سایر قراردادها فراهم کرد. زیرا عقود یاد شده خصوصیتی ندارند تا حکم قانون را خاص آن‌ها بدانیم. (مقدم، عیسی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۶)

انتقال قرارداد به‌صورت قهری یا قانونی و قضایی منافاتی با اصل نسبی بودن قرارداد ندارند. چراکه همان‌گونه که بیان شده اصل نسبی بودن قراردادها یکی از نتایج اصل کلی‌تر حاکمیت اراده است، اما گاهی به حکم قانون به‌عنوان تجلی حاکمیت اراده خود عمل مشروعی برای محدودیت اراده افراد به سبب حمایت از نظم عمومی جامعه و اخلاق حسنه است. اما در خصوص توجیه منافات انتقال قراردادها به‌صورت ارادی با اصل نسبی بودن قراردادها کار دشوار است. اگر هر کس می‌تواند آزادانه طرف معامله خود را انتخاب کند، پس نمی‌توان پذیرفت که یکی از طرفین عقد بتواند با انتقال وضعیت قراردادی خود به بیگانه‌ای، طرف قرارداد خود را با او طرف سازد. بر این اساس شاید بتوان گفت که انتقال موقعیت قراردادی تنها در سایه رضایت طرف دیگر ممکن است که مواد ۵۴۱، ۵۴۵ و ۵۵۴ قانون مدنی نیز بر همین مبنا، به صراحت در متن ماده به لزوم اذن طرف قرارداد تأکید داشته‌اند. (انصاری نسب، مرادی و الماسی، ۱۳۹۷، ص ۱۸۱)

رضایت طرف دیگر قرارداد در انتقال ارادی حقوق و تعهدات گاه از شروط ضمن عقد، یا وجود توافقاتی دیگر خارج از قرارداد، گاه از اوضاع و احوال و شرایطی که قرارداد در آن منعقد شده و گاهی از ماهیت قرارداد استنباط می‌گردد. هم‌چنین رضایت طرف دیگر قرارداد به انتقال حقوق و تعهدات قراردادی و جواز آن ممکن است مبتنی بر عرف باشد؛ برای مثال، امروزه عرف هیچ‌گونه تردیدی در امکان انتقال حقوق و تعهدات قراردادی ناشی از پیش‌خرید آپارتمان و بسیاری از قراردادهای خدماتی شهری باقی نگذاشته است. (محمدی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۷)

فلذا با عنایت به مطالب فوق، در خصوص مقرر ماده ۱۷ قانون پیش‌فروش ساختمان، برای واگذاری تمام یا بخشی از حقوق و تعهدات پیش‌فروشنده بدون رضایت تمامی پیش‌خرداران، وضعیتی جز بطلان متصور نبوده، چراکه اگرچه انتقال قرارداد می‌تواند ارادی بوده یا به لحاظ گستردگی موضوع، عرف انتقال چنین قراردادهایی را مجاز بداند اما قانون‌گذار در راستای حفظ حقوق اشخاص مقررهی فوق را وضع نموده تا پیش

خریداران در هنگام انتقال قرارداد متحیر و سرگردان رها نشوند. در خصوص ماده ۱۸ این قانون نیز، به نظر می‌رسد قانون‌گذار در حکمی استثنایی انتقال قرارداد بدون رضایت طرف دیگر قرارداد را صحیح دانسته و تنها پیش خریدار را نیز به‌عنوان تضمین انتقال، قرار داده است بدین توضیح که این انتقال در برابر طرف دیگر قابل استناد بوده لکن به جهت تضمین حقوق پیش‌فروشنده، دو متعهد یعنی پیش خریدار سابق و منتقل‌الیه جدید را برای اجرای تعهدات در برابر پیش‌فروشنده در نظر گرفته است.

در آراء قضایی

دریافتیم که در دکترین حقوقی، عدم قابلیت استناد به‌عنوان یکی از وضعیت‌های حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است و در برخی از مقررات بدان اشاره گردیده است. حال پرسش مهمی مطرح می‌گردد این است که با وجود پذیرش این نهاد در میان حقوق‌دانان و اشاراتی که در بعضی از قوانین به این نهاد شده است، آیا در میان قضات و رویه قضایی نیز توانسته جایگاهی را به خود اختصاص دهد؟ با بررسی چندی از آراء قضایی می‌توان به این نتیجه رسید که این نهاد جایگاه خود را در رویه قضایی به دست آورده و در برخی از آراء قضایی بدان اشاره شده است که ذیلاً به چند مورد آن اشاره می‌شود.

همان‌طور که سابقاً بیان گردید، می‌توان از وصف تجریدی اسناد تجاری، به‌عنوان مثالی در خصوص پذیرش عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران بهره جست. در رأیی که از شعبه ۱۷۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر گردیده است به این مهم اشاره شده است. در این رأی آمده است: با توجه به وجود اصل چهار فقره چک در ید خواهان که حکایت از اشتغال ذمه خوانده در حق آن‌ها داشته و دفاع مؤثری صورت نگرفته و بر فرض تحصیل چک‌ها از طریق خیانت در امانت، ارتباطی با خواهان‌ها که دارنده با حسن نیت تلقی می‌گردند نداشته بنابراین با پذیرش خواسته مستنداً به مواد ۲۴۹ و ۳۱۴ قانون تجارت و مواد ۵۱۹-۵۱۵-۱۹۸ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خوانده را پرداخت به مبلغ... در حق آن‌ها محکوم می‌نماید.

در رأی دیگری آمده است: چون خواهان دعوی اصلی، دارنده اولیه چک مذکور نبوده بلکه این چک از طریق ظهرونی به وی واگذار شده، لذا به لحاظ عدم وجود رابطه پایه‌ای یا معاملاتی بین وی و صادرکننده چک و وجود رابطه برواتی بین آنان، ایرادات و اعتراضات صادرکننده چک (خوانده دعوی اصلی)، گرچه در مقابل دارنده اولیه آن قابلیت طرح و عنوان و توجه را داشته، ولی در مقابل خواهان دعوی اصلی با توجه به مجموع مقررات اسناد تجاری قانون تجارت، قابل استناد نبوده. (جمعی از قضات، ۱۳۷۴، صص ۵۳-۵۴)

هم‌چنین در رأیی دیگر آمده است: در پرونده حاضر، خواهان ثالث تلقی می‌شود، حقوق وی نسبت به محل چک ناشی از سند تجاری است، لذا رابطه بین صادرکننده (خوانده دعوی) با دارنده (خواهان) از نوع روابط بلافصل نیست... ادعای پرداخت قسمتی از دین و عدم زیادی تعهد به میزان مندرج در چک... صرفاً در روابط بلافصل قابل استناد بوده و در مقابل خواهان که ثالث با حسن نیت تلقی می‌شود... قابل استناد نیست (سایت مأوی، پرتال نشریه داخلی قوه قضاییه)

در رأی شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان کامیاران در خصوص عدم قابلیت استناد معاملات با اسناد عادی چنین استدلال شده است: راجع به دعوایی به خواسته ۱- ابطال سند رسمی، ۲- الزام خوانده ردیف نخست به تفکیک و تنظیم سند رسمی مساحت موصوف، ۳- خلع ید خوانده ردیف دوم از اراضی مورد ترافع به انضمام کلیه خسارات دادرسی متعلقه بدین شرح که وکیل محترم خواهان‌ها اظهار داشته مرحوم مورث موکلین حسب مبایعه‌نامه‌های مورخ ۱۳۷۰/۸/۲۵ و ۱۳۷۰/۸/۳۰ زمینی به مساحت ۳۵۰ مترمربع را از خوانده

ردیف نخست خریداری نموده اما ایشان متعاقباً طی اسناد رسمی فوق الاشعار مبادرت به واگذاری اراضی به خواننده ردیف دوم نموده است. متقابلاً وکیل محترم شرکت تعاونی ضمن ایراد طرح خواسته‌های متعدد در یک دادخواست در ماهیت ابراز داشته موکل اراضی مورد ترافع را سال‌ها قبل با رعایت تشریفات از مالک رسمی خریداری نموده و از زمان وقوع معامله متصرف این اراضی است و خواهان‌های مدعی خرید مقدم نه‌تنها هرگز استیلائی بر این اراضی نداشته بلکه در طول این سالیان نیز هرگز متعرض اقدامات موکل مبنی بر تغییر کاربری، تفکیک، واگذاری و احداث ساختمان نشده‌اند... به باور دادگاه نظم حقوقی کنونی با پذیرش این قاعده بنیادین که حقوق ثبت نشده در برابر کسانی که دارای حقوق معارض ثبت شده می‌باشند فاقد اعتبار است... زیرا قرارداد به‌مثابه یک واقعه اجتماعی با منافع و حقوق اشخاص ثالث مرتبط است و ایشان برای حفظ حقوق خود به آگاهی از وقوع، محتوا و طرفین عمل حقوقی به‌ویژه راجع به اموال غیرمنقول نیاز دارند و روشن است که در یک نظام حقوقی مبتنی بر اصلت رضا که صرف ایجاب و قبول ولو در نهان را برای تحقق عقد کافی می‌داند و برای تشکیل عمل حقوقی هیچ الزامی به استفاده از مظهر مشهود و قابل دسترسی برای همگان نیست سخن از امنیت حقوقی و اعتماد بی‌معناست. مصالح عمومی از جمله ضرورت امنیت در روابط حقوقی اقتضاء دارد مبتنی بر نظریه اصلت ظاهر از شخص با حسن نیتی که به‌صورت معقول و متعارف به ظواهر موجود در وضعیت‌های حقوقی اعتماد کرده حمایت شده و ظواهر موجود نسبت به وی دلالتی غیرقابل نقض بر حقیقت داشته باشد، متقابلاً معامله کننده با سند عادی که با نادیده گرفتن مقررات ثبتی اقدام به انعقاد معامله نموده و زمینه اعتماد دیگران به سند رسمی و اعتقاد به بلامعارض بودن مورد معامله را فراهم آورده نمی‌تواند انتظار حمایت داشته و از تقدم حق خود بر دارنده سند رسمی سخن گوید... قوانین لازم‌الاجرای کنونی به وضوح مبین رویکرد مقنن در حمایت از دارنده سند رسمی است. به تصریح ماده ۷۲ قانون ثبت: کلیه مقررات راجع به اموال غیرمنقول که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین و قائم مقام قانونی آن‌ها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود. بر این اساس اسناد رسمی تنظیم شده در مورد معاملات املاک نسبت به همه افراد دارای اعتبار بوده و به‌عنوان استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها مورد تأکید قرار گرفته است و در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نیز همین رویکرد دنبال شده و اصل استناد ناپذیری معاملات با سند عادی در برابر ثالث دارای سند رسمی به صراحت اعلام گردیده است. استثنای ذیل ماده ۶۲ قانون احکام دائمی که با عبارت مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است به امکان استناد پذیری اسناد عادی در برابر دارنده سند رسمی اشاره نموده منطقاً نمی‌تواند ناقض قاعده بنیادین صدر ماده و مستمسکی برای ابطال سند رسمی به صرف احراز ارکان عقد مقدم باشد... بر این اساس استثنا ماده ۶۲ را می‌بایست به‌مثابه تدبیر مقنن برای جلوگیری از امکان سوءاستفاده از الزامات شکلی و سوءنیت دارنده سند رسمی در اقدام به معامله معارض علی‌رغم آگاهی از وقوع معامله قبلی را سبب حرمان وی از حمایت قانون و استناد پذیری سند عادی در برابر وی دانست... النهایه مبتنی بر مراتب و مبانی پیش گفته دعوای مطروح را در مغایرت با قانون دانسته و با اعتقاد به عدم امکان ابطال اسناد رسمی مورد ترافع و استناد ناپذیری اسناد عادی خواهان‌ها مستند به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان دعوای مطروح صادر می‌گردد.^۱

^۱ دادنامه شماره ۱۴۰۰/۲/۳۰ مورخ ۱۴۰۰/۴/۳۰ شماره ۱۴۰۰/۴۸۳۹۰۰۰۰۶۱۱۸۴۹

مقایسه عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و حقوق فرانسه

با مقایسه مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه، به نظر می‌رسد که عدم قابلیت استناد با همان مفهومی که در نظام حقوقی فرانسه داشته، به نظام حقوقی ایران راه یافته است. با بررسی مصادیق عدم قابلیت استناد در هر دو نظام حقوقی، این نتیجه به دست می‌آید که عدم قابلیت استناد گاه به دلیل عدم رعایت تشریفات مورد نظر قانون‌گذار مانند قواعد مربوط به انتشار یا ثبت عمل حقوقی و گاه ناشی از پنهان بودن روابط حقوقی طرفین از نظر اشخاص ثالث، به جهت تضمین حقوق ایشان به عنوان ضمانت اجرای عمل حقوقی در نظر گرفته شده است. در هر دو مورد (عدم رعایت تشریفات قانونی یا پنهانی بودن عمل حقوقی)، شخص ثالث از واقعیت عمل حقوقی منعقد شده بین طرفین آن بی‌اطلاع است. در حقوق فرانسه یکی از مبانی استناد ناپذیری را حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت دانسته‌اند. اگرچه در قوانین موضوعه حقوق ایران به مفهوم حسن نیت پرداخته نشده لکن در دکترین حقوقی به این موضوع پرداخته شده است. با توجه به این که حسن نیت یک مفهوم عینی و ملموس نبوده، اثبات دارا بودن یا عدم آن در افراد بسیار دشوار است. دکترین حقوقی برای حل این معضل نظریاتی را مطرح نموده‌اند که از جمله آن می‌توان به نظریه ظهور اشاره کرد. به موجب این نظریه، چنانچه در اثر فعل یا ترک فعل شخص، ظاهری ایجاد گردد و ثالث با حسن نیت، با اعتماد به این ظاهر اقدام نماید، شخصی که ظهور به وی منتسب است، با پایبند شدن به آثار و نتایج وضعیت ظاهری، در برابر ثالث مسئولیت می‌یابد. (اسکینی و لطفی، ۱۳۹۳، ص ۹)

فلذا در مواردی که قانون‌گذار برای طرفین یک عمل حقوقی، تشریفات یا همچون ثبت یا انتشار عمل حقوقی جهت آگاهی بخشی به افراد و جلوگیری از تضییع حقوق ایشان مقرر نموده است و علی‌رغم تصریح قانونی، رعایت تشریفات از جانب طرفین نادیده گرفته شود، اگر از این رهگذر ورود ضرری به حقوق اشخاص محتمل گردد، قابلیت انتساب به طرفین عمل حقوقی را دارد، چراکه عدم رعایت تشریفات قانونی مقرر توسط ایشان، ترک فعلی بوده که مجاز به ترک آن نبوده‌اند و ضمانت اجرایی که قانون‌گذار برای این مورد مقرر کرده است، عدم قابلیت استناد عمل حقوقی طرفین در برابر اشخاص ثالث است. بنابراین در مواردی که شخص ثالث، علی‌رغم عدم اقدام طرفین عمل حقوقی به رعایت تشریفات قانونی، از حقیقت امر آگاه بوده و اقدام به معامله با ایشان نماید، دیگر از وصف حسن نیت برخوردار نبوده و با از بین رفتن مبنا حمایتی قانون‌گذار، امکان تمسک به عدم قابلیت استناد قرارداد به خود را ندارد.

قواعد عمومی حاکم بر عدم قابلیت استناد

با توجه به تعریف، مبانی و مصادیق بیان شده برای عدم قابلیت استناد می‌توان قواعد کلی را برای این وضعیت حقوقی برشمرد که ذیلأ به آن‌ها اشاره خواهد شد.

الف: زیان‌بار بودن عمل حقوقی

برای این که اشخاص ثالث بتوانند عمل حقوقی ایجاد شده بین طرفین آن را نسبت به خود نادیده انگارند، حتماً باید از استناد ایشان به عمل حقوقی ضرری حاصل گردد، چراکه اصل بر استناد پذیری اعمال حقوقی بوده و عدم قابلیت استناد استثناء بر اصل می‌باشد و برای تمسک به آن نیاز به دلیل بوده که در این مورد، دلیل همانا ورود ضرر به ثالث بوده و باید به قدر متیقن آن اکتفا شود. مبانی حمایت قانون‌گذار در این وضعیت حقوقی در تمام مصادیقی که برای آن‌ها ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد در نظر گرفته شده است، همین قابلیت ورود ضرر به دیگران است. فلذا همین که از فعل یا ترک فعل طرفین عمل حقوقی ضرری

متوجه اشخاص ثالث گردد، قانون‌گذار با به‌کارگیری این وضعیت حقوقی، از حقوق اشخاص ثالث حمایت می‌کند.

ب: مفهوم اشخاص ثالث و گستره آن

هرگاه در خصوص ضمانت اجرای یک عمل حقوقی سخن از وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد باشد، یعنی حقوقی از شخص یا اشخاص ثالثی از این عمل حقوقی متأثر گشته است. تنها اشخاص ثالث هستند که می‌توانند از عدم قابلیت استناد قرارداد نسبت به خود بهره‌جویند و این ضمانت اجرا مختص به ایشان بوده و طرفین یک عمل حقوقی هرگز نمی‌توانند بدان تمسک جسته و آثار عمل حقوقی مابین خود را نسبت به خود غیر قابل استناد بدانند. اما پرسش مهمی که در این خصوص به ذهن می‌رسد آن است که، شخص ثالث در یک عمل حقوقی چه تعریفی دارد و چه افرادی داخل در این تعریف خواهند بود؟ در یک تعریف ساده می‌توان بیان داشت، شخص ثالث به مفهوم تمامی اشخاص بیگانه نسبت به عمل حقوقی است؛ یعنی افرادی جزء طرفین عمل حقوقی نبوده و در ایجاد آن مشارکت نداشته‌اند. این تعریف، دربردارنده‌ی همه‌ی افرادی که دخیل در عمل حقوقی نیستند می‌شود اما گاهی گستره‌ی اشخاص ثالث شامل همه‌ی افراد جامعه نمی‌شود و تنها بخشی از افراد را شامل می‌شود. ملاکی که با آن می‌توان گستره‌ی اشخاص ثالثی که می‌توانند عمل حقوقی را نسبت خود قابل استناد ندانند، امکان ورود ضرر به ایشان از عمل حقوقی است. به‌عنوان مثال در معاملات با سند عادی که گاه در تعارض با اسناد رسمی و در نتیجه نظم عمومی جامعه است، همه افراد جامعه به‌عنوان اشخاصی که می‌توانند از وقوع این معامله متحمل ضرر شوند، امکان عدم استناد معامله نسبت به خود را دارند. اما در مواردی تنها افراد محدودی به‌عنوان شخص ثالث می‌توانند عمل حقوقی را نسبت به خود نادیده بگیرند به‌عنوان مثال در مقررات مربوط به شرکت‌های تجاری، اعمال حقوقی شرکت، تنها نسبت به شرکا و طلبکاران شرکت می‌تواند قابل استناد نباشد.

ج: وضعیت حقوقی مرکب

در وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد، درعین حال که عمل حقوقی در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد نداشته، لکن مفاد آن برای طرفین آن الزام‌آور خواهد بود. به بیان دیگر، عدم قابلیت استناد حالتی میان وجود و عدم وجود است؛ بدین معنا که گویا عمل حقوقی در برابر اشخاص ثالث معدوم، اما نسبت به طرفین خود، موجود باشد یا بالعکس. فلذا با توجه به توضیحات بیان شده می‌توان به این نتیجه رسید که استناد ناپذیری به دو شکل وجود دارد:

الف- استناد ناپذیری صحت: بدین توضیح که در این نوع استناد ناپذیری، عمل حقوقی بین طرفین آن صحیح و موجود بوده ولی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نبوده و معدوم و کأن لم یکن است.

ب- استناد ناپذیری بطلان: بدین توضیح که عمل حقوقی بین طرفین آن باطل بوده یا اصلاً از ابتدا عمل حقوقی فی مابین ایشان منعقد نگردیده لکن این عمل حقوقی در برابر اشخاص ثالث به‌صورت صحیح موجود بوده و بطلان یا عدم انعقاد عمل حقوقی در برابر ایشان قابلیت استناد ندارد.

اما چگونه یک عمل حقوقی می‌تواند در آن واحد می‌تواند نسبت به طرفین آن موجود و صحیح باشد و نسبت به اشخاص ثالث کالمعدوم و باطل باشد یا بالعکس؟ برای حل این تعارض بیان مقدمه ذیل ضروری است. شرایط شکلی در حقوق اروپایی به دو دسته تقسیم شده‌اند:

۱- شرایط شکلی ثبوتی: گاهی شرایط شکلی و تشریفاتی برای انجام یک عمل حقوقی پیش‌بینی می‌شوند که در ایجاد آن عمل حقوقی نقش دارند و بدون آن‌ها عمل حقوقی مزبور در عالم اعتبار ایجاد نمی‌شود یا ناقص به وجود می‌آید.

۲- شرایط شکلی اثباتی: برخلاف دسته نخست، شرایط اخیر هرچند در تکوین عمل حقوقی نقش ندارند و عمل حقوقی بدون آن‌ها نیز شکل می‌گیرد، ولی فقدان آن‌ها باعث استناد ناپذیری عمل حقوقی مورد بحث می‌شود. (Flour, Jacques et al., les obligations, tome 1 (1^{er} acte juridique), 13^e ed., 2008, Dalloz, Paris, به نقل از محقق داماد، حقانی و ساعت چی، ۱۳۹۷، ص ۱۷)

پیرو توضیحات فوق می‌توان این مطلب را بیان داشت که در عدم قابلیت استناد، عمل حقوقی فی‌مابین طرفین، در ساختار خود هیچ نقصی ندارد و از تمامی شرایط صحت معاملات برخوردار است لکن ایجاد این عمل حقوقی در برابر دیگران به اثبات نرسیده؛ یعنی به علت آن‌که طرفین قرارداد تشریفات اثباتی مقرر برای عمل حقوقی مثل ثبت یا انتشار آن را رعایت ننموده‌اند، اشخاص ثالث از وقوع عمل حقوقی بی‌اطلاع مانده و در برابر ایشان گویا اصلاً چنین عمل حقوقی ایجاد نشده است.

عدم قابلیت استناد در فقه امامیه

فقه امامیه یکی از اصلی‌ترین منابع در نظام حقوقی ایران است. بسیاری از مقررات قانونی در نظام حقوقی ایران ریشه در فقه امامیه دارد. این موضوع در مقررات قانون مدنی ایران از نمود بیشتری برخوردار است. علاوه بر آن، فقه امامیه و به‌طور کلی موازین اسلامی در نظام حقوقی ایران به‌عنوان یک معیار جهت بررسی پذیرش مقررات قانونی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در همین راستا در اصل ۴ قانون اساسی چنین آمده است: کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است. پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که آیا عدم قابلیت استناد به‌عنوان یک وضعیت حقوقی که از نظام حقوقی کشور فرانسه به نظام حقوقی ایران راه پیدا کرده است، به‌عنوان یک ضمانت اجرای مورد قبول در نظام اسلامی مورد پذیرش است یا خیر؟ به نظر می‌رسد دادن پاسخ به پرسش اخیر چندان مشکل نباشد چراکه مقرراتی در قوانین موضوعه ایران وجود دارد که وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد را برای ضمانت اجرای عملی برگزیده که این مقررات به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده است و این نوع ضمانت اجرا را فقهای شورای نگهبان مخالف شرع تشخیص نداده‌اند.

مصادیق عدم قابلیت استناد در فقه امامیه

با بررسی و تتبع در منابع فقهی درمی‌یابیم که به ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد به صراحت اشاره نشده است و در فقه با عنوان مشخصی از آن سخنی به میان نیامده است؛ اما می‌توان در فقه امامیه به مواردی اشاره نمود که قابلیت انطباق با عدم قابلیت استناد را داشته باشد و از مجموع آن‌ها می‌توان به وجود و پذیرش چنین ضمانت اجرایی در فقه امامیه نیز آگاه شد.

نمایندگی پنهان

یکی از مصادیقی که از وجود آن می‌توان به وجود سابقه فقهی عدم قابلیت استناد پی برد، نمایندگی پنهان است. گروهی از فقهای امامیه در فرض پنهان بودن وکالت و عدم بیان سمت از سوی وکیل، امکان رجوع طرف

قرارداد که از وکالت وکیل ناآگاه بوده به وکیل را پذیرفته‌اند. (محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۴۴۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ص ۲۳۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ص ۵۹۹)

در توجیه این حکم چنین بیان شده است که از دیدگاه طرف قرارداد (شخص ثالث در رابطه با وکیل و موکل)، عملکرد وکیل ظهور بر آن دارد که قرارداد برای شخص وکیل منعقد شده است و شخص ثالث حسب اعتماد به این ظهور با وکیل قرارداد منعقد نموده است و شایسته است از این اعتماد مشروع حمایت شده و طرف قرارداد را با یک بیگانه مواجه نکرد. به‌عنوان مثال در فرضی که وکیل کالایی را برای موکل خویش خریداری کرده و در قرارداد از ذکر این نکته خودداری نماید، فروشنده می‌تواند برای دریافت ثمن به وکیل مراجعه نماید، چراکه مباشرت وکیل در انعقاد قرارداد ظهور بر این دارد که قرارداد را برای خود منعقد نموده است. در این خصوص بیان شده است که جهل به وکالت تنها در حین عقد در نظر گرفته می‌شود و علم بعدی، نیز به دلیل استصحاب اثری ندارد ضمن آن‌که، ممکن است فروشنده از ابتدای عقد، نسبت به مواجهه با موکل رضایتی نداشته و تصور او بر این بوده که تنها با وکیل، به‌عنوان یک شخص اصیل، معامله کند. باید توجه داشت که هرگاه موکل اقرار نماید که عقد برای او واقع شده است باید به وی مراجعه شود و وکیل مسئولیتی ندارد، نمی‌توان در مقابل فروشنده به این موضوع استناد نمود؛ زیرا ممکن است برای سلب امکان رجوع به وکیل، میان وکیل و موکل تبانی شده باشد؛ چراکه در مواردی رجوع به وکیل مناسب‌تر است از رجوع به موکل. به عبارت دیگر، عقد مورد اقرار وکیل و موکل میان خود آن‌ها قابل استناد است، اما در مقابل ثالث اعتباری ندارد. (نجفی، بی تا، ج ۲۷، صص ۴۴۰-۴۴۴)

مبانی نظریه عدم قابلیت استناد در فقه

با ملاحظه مصادیقی همچون نمایندگی پنهان در فقه امامیه می‌توان به این نتیجه دست یافت که عدم قابلیت استناد در این نظام مفهومی بیگانه‌ای نبوده و علی‌رغم اینکه این نهاد حقوقی از نظام حقوقی فرانسه به نظام حقوقی ایران راه پیدا کرده است، دارای سابقه و مورد پذیرش نظام حقوقی اسلامی و به تبع آن نظام حقوقی ایران بوده است. اما پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که عدم قابلیت استناد در فقه امامیه بر چه مبنایی استوار و پذیرفته شده است؟ در میان قواعد فقهی از قاعده لا ضرر، قاعده غرور، قاعده اقدام، قاعده ظهور حال، اصل صحت و منع اختلال نظام به‌عنوان مبانی عدم قابلیت استناد نام برده‌اند که به طور مختصر به توضیح آن‌ها خواهیم پرداخت.

قاعده لا ضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند ابواب عبادات و معاملات به آن استناد می‌شود، قاعده لا ضرر است که مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب می‌شود. مستند فقهی قاعده لا ضرر، عبارت (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) می‌باشد. در خصوص معنای ضرر و ضرار در عبارت فقهی قاعده، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد لکن نظری که در این خصوص اختیار شده است آن است که در بررسی موارد استعمال واژه‌های ضرر و ضرار در منابع اسلامی نشان می‌دهد که ضرر شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌های وارده بر اشخاص است، ولی ضرار مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به سوءاستفاده از حق تعبیر می‌شود. (محقق داماد، ۱۴۰۱، ص ۱۸۱)

در خصوص مفهوم قاعده لاضرر، چهار نظریه مشهور در میان فقهای امامیه وجود دارد که در زیر به اختصار به بیان آنها خواهیم پرداخت.

الف: نظریه مرحوم شیخ مرتضی انصاری

شیخ انصاری در آثار خود که به این موضوع اشاره داشته است، بیان نموده است: ضرر موضوعی است که در عالم خارج وجود دارد، فلذا لا در عبارت فقهی قاعده، لای نفی جنس حقیقی نیست، فلذا در عبارت فقهی قاعده لاضرر واژه حکم را باید در تقدیر گرفته و بگوییم منظور از عبارت فقهی قاعده این است که حکم ضرری در دین اسلام وجود ندارد، فلذا هر حکمی از ناحیه شارع صادر گردد که دارای ضرر باشد یا از اجرای آن برای مردم ضرری ایجاد گردد، به وسیله قاعده لاضرر، اجرای آن حکم و تکلیف به آن از مردم برداشته می شود (شیخ انصاری، به نقل از محقق داماد، ۱۴۰۱، صص ۱۸۲-۱۸۳).

ب: نظریه مرحوم محقق خراسانی

محقق خراسانی در کفایه آورده است، در عبارت فقهی قاعده لا ضرر، نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع. به دیگر سخن، موضوعاتی که دارای احکامی هستند، اگر عناوین اولیه آنها باعث ضرر بشوند، حکمشان برداشته می شود. (آخوند خراسانی، به نقل از محقق داماد، ۱۴۰۱، ص ۱۸۳)

ج: نظریه مرحوم شریعت اصفهانی

بنا به نظر ایشان کلمه لا در عبارت فقهی قاعده، دلالت بر نفی نداشته و در معنای مجازی استعمال گردیده و در مقام نهی است. ایشان برای اثبات نظر خود به روایاتی استناد داشته در کتاب و سنت آمده است. (شریعت اصفهانی، به نقل از محقق داماد، ۱۴۰۱، صص ۱۸۴-۱۸۵)

د: نظریه مرحوم نراقی

مرحوم نراقی به خلاف مرحوم شریعت اصفهانی معتقد است استعمال لا در عبارت فقهی قاعده در معنای حقیقی خود بوده لکن ضرر را در عبارت قاعده، به معنای ضرر غیر متدارک دانسته اند؛ یعنی ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد. ایشان معتقد است، شارع مقدس با این قاعده، افراد را به جبران خسارت الزام نموده است، بدین توضیح که هر کس با عمل خود به دیگری ضرر و زبانی برساند، باید آن را جبران کند، فلذا اضرار به غیر را یکی از موجبات ضمان دانسته اند. (نراقی، به نقل از محقق داماد، ۱۴۰۱، صص ۱۸۵-۱۸۶)

بررسی عدم قابلیت استناد بیانگر آن است که این نهاد حقوقی با تمامی نظریات مطروحه در خصوص قاعده لا ضرر مطابقت دارد. بدین توضیح که بین نهی از فعل ضرری با وجوب جبران ضرر شرعاً ملازمه وجود دارد، چراکه جبران نکردن ضرر، خود ضرر بوده و حرام است. فلذا در مواردی که قابلیت استناد یک رابطه حقوقی برای شخصی زیان بار باشد، چنانچه قاعده لا ضرر به معنای نفی حکم ضرری باشد، حکم قابلیت استناد به عنوان حکم ضرری، برداشته می شود، هم چنین هر گاه استناد اشخاص به یک رابطه حقوقی موجب تضرر ایشان گردد، حکم استناد پذیری به نسبت به آن رابطه حقوقی برداشته می شود. در نتیجه رابطه حقوقی قابلیت استناد به آن شخص را ندارد.

قاعده غرور

به موجب این قاعده، هرگاه از شخصی عملی صورت گیرد که باعث فریب خوردن شخص دیگر شود، و به موجب آن، ضرر و زبانی به شخص دیگری برسد، شخصی که عمل او باعث فریب دیگری شده است، به موجب این قاعده ضامن است و باید خسارات ناشی از عمل خود را به که فرد فریب خورده وارد آمده است، جبران

کند. شخصی که با عمل خود موجب فریب دیگری شده، غار (فریب‌دهنده) و شخص فریب‌خورده را مغرور (فریب‌خورده) می‌گویند. مطابق این قاعده، لازم نیست شخص فریب‌دهنده، قصد فریب شخص دیگر را داشته باشد و چه بسا خود نیز از عمل دیگری فریب‌خورده باشد. در صورتی که مغرور از وجود ضرر در فعل غار آگاه باشد، از قاعده غرور خروج موضوعی دارد. چراکه در این صورت، مغرور می‌دانسته عملی که از غار سر زده موجب فریب او می‌شود با این، مطابق رفتار او عمل کرده و به نوعی عالما و عامدا اقدامی علیه خود نموده که متضمن ضرر برای او بوده است. (محقق داماد، ۱۴۰۱، صص ۲۱۱-۲۱۷) در عدم قابلیت استناد نیز، شخص ثالث با حسن نیت همچون مغروری است که به واسطه ظاهر قابل اعتماد غار (فریب‌دهنده) فریب‌خورده و متحمل زیان گشته است، فلذا می‌تواند از فرد فریب‌دهنده مطالبه خسارت نماید. همان‌گونه که گفته شد، برای شمول قاعده غرور، مغرور باید جاهل باشد و با بررسی مقررات مربوط به عدم قابلیت استناد همواره حمایت قانون‌گذار از شخص ثالث ناآگاه بوده است و از این جهت نیز عدم قابلیت استناد با قاعده غرور هماهنگی می‌یابد.

قاعده اقدام

قاعده اقدام در اصطلاح فقهی به دو معنا آمده است، الف- اقدام به زیان ب- اقدام به ضمان

الف - اقدام به زیان

هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان به او گردد، اگر وارد آورنده زیان، شخص دیگری باشد، او مسئول خسارت نخواهد بود. چراکه فرد با این اقدام خود مانعی برای اجرای قواعد ضمان قهری شده و با عمل خود به نوعی رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار و ضرر حادث را قطع نموده است.

ب - اقدام به ضمان

در عقود معاوضی، هر طرف معامله ملزم است که در مقابل عوضی به دست می‌آورد، عوضی پرداخت نماید. حال اگر عقد فاسد (باطل) باشد، دیگر چنین التزامی برای طرفین وجود ندارد و اگر یکی از طرفین، عوض معامله را از طرف دیگر دریافت نموده باشد و عوض دریافتی در ید او تلف شود، دریافت‌کننده ضامن مثل یا قیمت عوض خواهد بود. چراکه مقصود از دریافت عوض توسط طرف معامله، پرداخت عوض دیگر معامله به طرف دیگر قرارداد بوده و حال که معامله فاسد بوده و طرف معامله با علم به فساد معامله، اقدام به دریافت عوض آن نموده است، علیه خود اقدام نموده و ضامن عوض خواهد بود. (محقق داماد، ۱۴۰۱، صص ۲۹۵-۲۹۷)

در فرضی که افراد با عدم رعایت الزامات قانونی مثل عدم انتشار عمل حقوقی، عدم ثبت آن و به‌طور کلی عدم اطلاع‌رسانی به عموم، به گونه‌ای عمل نمایند که سایر افراد با اعتماد به شرایط موجود، اقدام به معامله به ایشان کنند، نمی‌توانند در برابر آن افراد به آن واقعه حقوقی که از انتشار آن خودداری نموده‌اند؛ استناد کنند چراکه طرفین آن عمل حقوقی با تقصیر در عدم رعایت تشریفات یا سایر تکالیف قانونی، علیه خود اقدام کرده و آثار و تبعات آن را نیز باید بپذیرند. در آن سوی قضیه نیز، اگر شخص ثالث با وجود آگاهی از واقع، اقدام به انجام معامله نماید، نمی‌تواند به علت عدم رعایت تشریفات قانونی، خواستار عدم استناد عمل حقوقی نسبت به خویش شود، زیرا ایشان با آگاهی علیه خود اقدام نموده و عدم قابلیت استناد مبنای خود را از دست می‌دهد.

قاعده ظهور اعمال (ظاهر حال)

در فقه امامیه، ظاهر آن چیزی است که باعث ایجاد ظن می‌گردد. ظن در علم اصول به خودی خود حجیت ندارد چراکه توان نمایاندن واقع را ندارد، اما از آن جا که احتمال قوی ناظر به واقع است، قابلیت آن را دارد که از سوی شارع حجت شناخته شود. حجیت ظاهر تا جایی است که خلاف آن ثابت نگردد. ظهور در فقه امامیه دارای انواعی است که عبارت‌اند از ظهور الفاظ، ظهور اعمال و ظهور اشیاء. در میان اقسام ظهور، ظهور اعمال با عدم قابلیت استناد قابلیت تطبیق دارد. بدین توضیح که ظاهر اعمال افراد افاده ظن می‌کند. حال اگر این ظهور ناشی از دلیل شرعی باشد، حجت است لکن اگر ناشی از قرائن و عرف و عادت یا شیوع و غلبه باشد دلیل قطعی بر حجیت آن وجود ندارد در این حالت، از آن به ظهور عرفی یا ظاهر حال یاد می‌شود. (گیلانی قمی، بی تا، ص ۳۸۴) عدم قابلیت استناد به این جهت به ظهور اعمال قرابت دارد که در هر دو، ظاهر در دید شخص ناآگاه اعتبار می‌یابد لکن یک تفاوت مهم در این خصوص وجود دارد. بیان شد که ظاهر تا زمانی دارای حجت است که خلاف آن اثبات نگردد. لکن در عدم قابلیت استناد، به سبب حمایت قانون‌گذار از شخص ثالث ناآگاه که به ظاهر مشروع اعتماد کرده است، این حق را می‌دهد که پس از کشف واقع، عمل حقوقی همچنان نسبت به ایشان قابلیت استناد را نداشته باشد مگر آن که شخص ثالث خواهان پذیرش عمل حقوقی نسبت به خود باشد.

اصل صحت

اصل صحت در فقه امامیه به دو معنا مشهور شده است: الف- اصل صحت به مفهوم جواز تکلیفی ب- اصل صحت به مفهوم وضعی

الف- اصل صحت به مفهوم جواز تکلیفی

اصل صحت در این معنا یعنی، اعمال افراد را اصولاً باید صحیح، مشروع و حلال تلقی کرد و مادامی دلیلی خلاف آن پیدا نشده است، معتبر خواهد بود. به عنوان مثال وقتی فردی را مشاهده می‌کنیم که مایعی را می‌نوشد و تردید داشتیم که آن مایع آب بوده یا شراب؟ مطابق با اصل صحت عمل فرد را باید نوشیدن مایع حلال، مثل آب دانست. (محقق داماد، ۱۴۰۱، ص ۲۶۵)

ب- اصل صحت به مفهوم وضعی

اصل در این معنا مقابل فساد است. این معنا، در تلقی نسبت به اعمال دیگران، در ایفا یا اسقاط تکالیف و تنظیم روابط عبادی یا حقوقی مؤثر است. به عنوان مثال هرگاه تردیدی ایجاد شد که آیا عقد یا ایقاع صورت پذیرفته به طور صحیح واقع شده است یا خیر؟ مطابق اصل صحت، باید آن عقد یا ایقاع را صحیح دانست. (محقق داماد، ۱۴۰۱، ص ۲۶۸)

با این تعاریف از اصل صحت، این نتیجه حاصل می‌گردد که عدم قابلیت استناد با این اصل نیز قرابت دارد و می‌توان از آن به عنوان مبنایی برای عدم قابلیت استناد استفاده کرد. بدین شرح که گاهی اشخاص با اعتماد به ظاهر مشروع عمل حقوقی، اقدام به انجام معامله می‌کند، لکن ممکن است در خلال معامله شک کند که آیا مقررات و تشریفات قانونی در خصوص آن عمل حقوقی به درستی رعایت شده است یا خیر؟ در اینجا مطابق با اصل صحت، باید عمل حقوقی را محمول بر صحت بدانند. به عنوان مثال، زمانی که اشخاص ثالث با مدیرعامل شرکت معامله نموده، لکن در این خصوص که اختیارات مدیرعامل توسط قراردادی که به ثبت نرسیده محدود گشته و آیا اصلاً امکان انعقاد عقد را داشته است یا نه، تردید حاصل گردد؛ مطابق اصل صحت به مفهوم جواز

تکلیفی، باید عمل مدیرعامل را صحیح انگاشته و او را دارای اختیار انجام عمل حقوقی دانست و نیز مطابق اصل صحت به مفهوم وضعی معامله اشخاص ثالث با مدیرعامل شخص حقوقی را صحیح انگاشت.

قاعده منع اختلال نظام

مفهوم این قاعده آن است که در تشریع احکام، هیچ حکمی که بر هم زننده نظام‌های حاکم بر زندگی مردم باشد، وضع نشده است. اموری که موجب نابسامانی و اختلال زندگی اجتماعی می‌گردد، در مرحله وضع احکام و نیز اجرای آن‌ها، مورد نفی و نهی شارع قرار گرفته است. عدم قابلیت استناد از این جهت با این قاعده فقهی قرابت می‌یابد که عدم پذیرش آن، موجب بی‌اعتباری اعتماد مشروع اشخاص و ناامنی روابط حقوقی و اختلال نظام اجتماعی می‌گردد. به‌عنوان مثال، در معاملات اموال غیرمنقول، استناد پذیری معاملات با سند عادی نسبت به ایشان سبب اختلال در نظام اجتماعی معاملات می‌گردد؛ بدین توضیح که، در این‌گونه معاملات در وهله اول ممکن است، شخص با چند نفر که نفر که هرکدام مدعی مالکیت ملک هستند، روبرو گردد؛ هرکدام از آن‌ها برای اثبات مالکیت خود ناچار به طرح دعاوی متعدد و صرف هزینه‌های گزاف و زمان زیادی خواهند بود؛ فلذا برای جلوگیری از این مشکلات شخص ناگزیر به فحص و جست‌وجو در خصوص تمامی معاملاتی خواهد بود که ممکن است نسبت به ملک صورت گرفته باشد، امری که به نظر ناممکن بوده و موجب تکلف اشخاص و اختلال در معاملات و روابط اجتماعی افراد خواهد بود. استناد پذیری معاملات با سند عادی در برابر اشخاص ثالث، به معنای استناد پذیری یک عمل پنهان در برابر ایشان خواهد بود؛ واقعیتی که به سبب تقصیر اشخاص مستقیم معامله آشکار نشده است و این امر نه تنها معاملات افراد را دچار اختلال می‌کند بلکه سبب بی‌اعتباری اسناد رسمی نیز خواهد شد. فلذا در معاملات با سند عادی افرادی که بدون توجه به حقوق اشخاص ثالث اقدام به ایجاد عنصر حقوقی می‌کنند، باید قائل بر این دیدگاه بود که در روابط داخلی آن‌ها عنصر حقوقی واجد اثر است و هیچ خللی در رابطه آن‌ها ایجاد نمی‌شود اما در مقابل اشخاص ثالث نمی‌توان به آن استناد کرد و حقوق آن‌ها را تضییع ساخت. چنین نتیجه‌ای را از قاعده فقهی من له الغنم فعلیه الغرم نیز می‌توان استنباط کرد. (ناصری، ۱۳۹۸، ص ۱۷۸) با توجه به مطالب بیان شده می‌توان به این نتیجه رسید که در فقه امامیه نیز مانند نظام‌های حقوقی دیگر عدم قابلیت استناد، به‌عنوان نهادی که حافظ حقوق اشخاص به لحاظ اقتصادی و سایر جهات است، در پرتو قواعدی همچون لا ضرر، غرور، ظهور، صحت و... پذیرفته شده است.

فصل سوم

عدم نفوذ در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه

عدم نفوذ در حقوق ایران

یکی از وضعیت‌های عقود در نظام حقوقی ایران، عدم نفوذ است. عدم نفوذ عقود دارای علل متفاوتی است. گاه علت عدم نفوذ یک عقد، فقدان رضای معتبر است. از جمله عقودی که می‌توان در این خصوص نام برد، می‌توان به عقود فضولی، اکراهی و معاملات اشخاص صغیر ممیز و اشخاص سفیه در عقود مالی نام برد. گاه علت عدم نفوذ یک عقد، حمایت از حقوق اشخاص ثالث و غیر دخیل در عقد است. از جمله عقودی که می‌توان در این خصوص نام برد، می‌توان به بیع عین مرهونه، معامله به قصد فرار از دین و امثالهم اشاره نمود. نفوذ در لغت به معنای اثر داشتن و عدم نفوذ به معنای بی‌اثری است. در اصطلاح حقوقی، عدم نفوذ به تزلزل یک عمل حقوقی به علت فقدان پاره‌ای از شرایطی که به صحت آن خللی نرساند، گفته می‌شود. در دکترین حقوقی نیز تعاریف مختلفی از عدم نفوذ آمده است. به عنوان نمونه آورده‌اند، عدم نفوذ حالتی است که در آن عقد هیچ اثر حقوقی ندارد ولی با اجازه بعدی می‌توان آن را از آغاز تنفیذ کرد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۳۴۴) عقد غیر نافذ برزخ بین عقد باطل و عقد صحیح کامل است. در این اصطلاح نفوذ عقد به معنی الحاق امضاء و تأیید عاقد یا مالک یا ولی قانونی به عقد غیر نافذ است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، صص ۴۶۰-۴۶۱) عقد غیر نافذ باطل و کأن لم یکن نیست و دارای گونه‌ای هستی ناقصی است که با تنفیذ شخص کامل می‌شود و با رد او، آن موجود ناقص هم از بین می‌رود. (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۳۴)

در ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط اساسی برای صحت هر معامله‌ای بیان شده است و با تعاریف فوق چنین برمی‌آید که عدم نفوذ، وضعیت معامله‌ای است که شرایط چهارگانه مقرر در این ماده را به طور کامل دارا

نباشد ولی این قابلیت را داشته باشد که در آینده نقص موجود را رفع کرده و به‌طور صحیح آثار خود را بر جای بگذارد.

مصادیق عدم نفوذ در حقوق ایران و فقه امامیه

الف: معامله فضولی

معامله فضولی، معامله بیگانه برای دیگری و به مال غیر است. (قاسم زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۰۶) فضول در لغت به معنای آن است که کسی بدون داشتن سلطه و ولایت بر انجام کاری به آن اشتغال ورزد لذا در معامله فضولی فرد بدون آن که مالک مالی باشد و نیز اذنی از جانب مالک آن داشته باشد، اقدام به انعقاد معامله نسبت به آن مال و برای مالک آن می‌نماید. شخص فضول با این اقدام خود، یک رابطه حقوقی بین مالک مال و شخص بیگانه‌ای که با او معامله کرده است، ایجاد می‌کند. یکی از شرایط بیان شده برای صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد طرفین و رضای آن‌ها بیان شده است. در معامله فضولی قصد انشاء معامله به‌وسیله شخص فضول محقق شده لکن رضای مالک در این خصوص مفقود است اما به جهت وجود قصد فضول و دادن اعتباری همچون قصد اصیل به آن، گفته می‌شود معامله محقق شده لکن ناقص بوده و برای تکمیل آن نیاز به الحاق رضای مالک به قصد فضول وجود دارد. در ماده ۲۴۷ قانون مدنی این‌گونه آمده است: معامله به مال غیر جز به‌عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم‌مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود. برحسب این مقرر دلیلی عدم نفوذ معاملات فضولی، عدم داشتن سمت و نمایندگی شخص فضول از جانب مالک است. علی‌رغم اینکه شخص فضول، نماینده مالک نبوده لکن قانون‌گذار اعتبار ناقصی به معاملات ایشان بخشیده و به مالک این امکان را داده است که معاملات او را نسبت به اموال خود بپذیرد یا رد کند. در صورت تنفیذ معامله از جانب مالک، معامله صحیح و الا باطل خواهد بود.

قلمرو معاملات فضولی

پرسش‌های مهمی که در این خصوص ممکن است به ذهن برسد این است که معاملات فضولی و تنفیذ آن مطابق با قاعده عمومی قراردادها است و نسبت به تمامی عقود حاکم بوده یا مخالف با قواعد عمومی مربوط به قراردادها بوده و تنها نسبت به موارد مصرح در فقه امامیه همچون بیع و نکاح اختصاص دارد؟ آیا قواعد حاکم بر معاملات فضولی تنها نسبت به عقود جریان داشته یا شامل ایقاعات نیز می‌گردد؟ در پاسخ به این پرسش میان فقهای امامیه اتفاق نظر وجود ندارد. در خصوص پرسش اول، گروهی قواعد مربوط به معاملات فضولی را به‌عنوان یک قاعده عمومی دانسته و معتقدند که ادله عام صحت و درستی عقود مانند (اوفوا بالعقود) و (احل الله البیع) شامل تمامی عقود که به‌صورت فضولی منعقد می‌شود، خواهد بود. در مقابل عده‌ای از فقها بر این باورند که این ادله شامل تمامی عقود نبوده و اعتقاد به درستی معامله فضولی پس از تنفیذ، مغایر با اصل فساد و اصل عدم نقل و انتقال است که با توجه به احکام استثنایی مصرح در خصوص بیع و نکاح فضولی، تنها باید به قدر متیقن اکتفا نمود. در خصوص پرسش دوم نیز میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بیشتر فقها نظر به صحت ایقاع فضولی دارند لکن شیخ انصاری نظری مخالف داشته و نظر به بطلان آن دارد. در حقوق ایران نیز نظرات دکترین حقوقی مؤید آن است که احکام مترتب بر عقد فضولی حاکم بر کلیه اعمال حقوقی بوده و در این باره هیچ فرقی وجود ندارد. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، صص ۳۱۱-۳۱۴)

ماهیت اجازه مالک در معاملات فضولی

معامله فضولی قراردادی ناقص بوده که برای اثرگذاری نیازمند اجازه مالک بوده و پیش از آن فاقد اثر حقوقی است. در خصوص ماهیت اجازه و تعیین نقش آن در معامله فضولی، نظر واحدی وجود ندارد. برخی معتقدند اجازه، رضای ساده مالک بوده و ماهیت انشایی ندارد. اگر اجازه را رضای ساده بدانیم، رضای باطنی مالک کافی است لکن اگر معتقد باشیم اجازه دارای جنبه انشایی بوده، از زمره اعمال حقوقی بوده و مانند سایر امور انشایی باید ابراز و اعلام شود. تحلیل نظریات ارائه شده از حوصله این بحث خارج بوده و تنها به بیان نظر مشهور میان فقها و دکترین حقوقی اکتفا می‌گردد. آنچه میان فقهای امامیه و دکترین به عنوان نظر برگزیده در این خصوص پذیرفته شده است آن است که اجازه وجود انشایی ندارد و چیزی جز رضایت قلبی نیست؛ آنچه عقد را تشکیل می‌دهد قصد انشاست نه رضایت شخص رضا تنها شرط اعتبار و نفوذ معامله‌ای است که قبلاً در عالم اعتبار مورد قصد انشا قرار گرفته است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، صص ۳۳۳-۳۳۶)

اثر اجازه مالک در معاملات فضولی در فقه امامیه

همان گونه که پیش‌تر بیان شد، معامله فضولی، پیش از اعلام رضایت مالک ناقص بوده و اثر حقوقی ندارد. با تنفیذ مالک عقد نفوذ حقوقی پیدا کرده و در میان طرفین آن معتبر و الزام‌آور است. پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می‌گردد آن است که زمانی که رضای مالک به قصد فضول ملحق گردیده و عقد تشکیل می‌گردد آثار عقد از چه زمانی جریان پیدا می‌کند؟ به عنوان نمونه در عقد بیع فضولی، پس از تنفیذ مالک، اثر آن که همانا انتقال مالکیت عین و منافع بوده از چه زمانی منتقل می‌گردد؟ در این خصوص نیز نظر واحدی وجود ندارد. اگر اجازه را جزئی از اجزای عقد تلقی کنیم که با وقوع آن، انتقال آثار عقد محقق گردد؛ بدین معنا که عقد بدون رضا فاقد اثر بوده و از زمان اجتماع میان قصد و رضا تشکیل شده و واجد اثر گشته، در این صورت اجازه ناقل خواهد بود. اما اگر عقد میان فضول و خریدار را کامل دانسته و رضای مالک را شرط نفوذ و نه جزئی از عقد بدانیم، اجازه کاشف خواهد بود؛ بدین معنا که انتقال مالکیت عین و منافع از زمان عقد صورت می‌پذیرد نه از زمان اجازه.

در خصوص نظریه کشف اقسامی را بیان نموده‌اند، از جمله:

- ۱- کشف محض: منظور از کشف محض آن است که اجازه کاشف از تحقق عقد از زمان انعقاد آن است و نشان می‌دهد که عقد سبب تام ملکیت بوده و از ابتدا به طور کامل منعقد شده است.
- ۲- کشف از امر مقارن با عقد: به این معنا که اجازه، کاشف از رضای تقدیری مالک یا کاشف از تعقب عقد بر رضا است. درواقع آنچه شرط است اجازه نیست، بلکه تعقب عقد بر رضا یا رضای تقدیری مالک است. این نظریه برای فرار از اشکال شرط متأخر مطرح شده و شیخ انصاری آن را کشف حقیقی خوانده است.
- ۳- کشف لمی به نحو کشف علت از معلول: به این معنا که اجازه متأخر، شرط حقیقی در تأثیر عقد است. به نظر می‌رسد ظاهر نظریه تمام کسانی که شرط متأخر را معقول می‌دانند، همین دیدگاه در کشف است. به همین دلیل برخی این نظریه را به مشهور فقهای امامیه نسبت داده‌اند. شیخ انصاری این نظریه را نیز کشف حقیقی نامیده است.

- ۴- کشف انقلابی: به این معنا که اجازه متأخر، موجد تأثیر عقد فضولی است و عقد را سبب تام تأثیر قرار می‌دهد. درواقع عقد در زمان حدوث و انعقاد این ویژگی را نداشته و با اجازه مالک سبب تام تأثیر می‌شود.

۵- کشف حکمی: به این معنا که قبل از اجازه، ملکیت حاصل نمی‌شود، بلکه با اجازه مالک صرفاً آثار ملکیت از ابتدا بر عقد فضولی بار می‌شود. در مقابل برخی از فقهای امامیه معتقدند که اجازه، جنبه کاشفیت ندارد و به گذشته سرایت نمی‌کند، زیرا برای تحقق عقد مؤثر، وجود دو عنصر قصد و رضا ضرورت دارد. در معامله فضولی، عنصر قصد وجود دارد، لکن به دلیل فقدان رضای مالک، عقد سبب ناقصی است که بدون اجازه و رضایت مالک نفوذ پیدا نمی‌کند. از این رو اجازه، یا به عنوان جزء سبب یا به عنوان شرط تأثیر برای ایجاد عقد مؤثر ضروری است و قبل از اجازه این سبب ناقص نمی‌تواند ایجاد انتقال کند. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، صص ۳۵۹-۳۶۰)

اثر اجازه مالک در معامله فضولی در حقوق ایران

در حقوق ایران و به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، در صورت تنفیذ عقد توسط مالک، اثر عقد از حیث انتقال منافع و نمائات مورد معامله از زمان انشای عقد جریان پیدا می‌کند؛ چنان‌که گویی عقد از همان زمان ایجاد و انعقاد آن، کامل و دارای آثار قانونی بوده است. در همین راستا در ماده ۲۵۸ قانون مدنی چنین مقرر شده است: نسبت به منافع مالی که موضوع معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود.

ماهیت رد مالک معاملات فضولی

بیشتر فقهای امامیه برخلاف اجازه، برای رد معامله فضولی اعتقاد به ماهیت انشایی آن دارند. رد عقد فضولی، سبب زوال قابلیت انضمام رضایت مالک به آن می‌شود و از این جهت دارای جنبه تأسیسی است. با رد عقد فضولی توسط مالک، وجود ناقص عقد فضولی از بین می‌رود و دیگر امکان الحاق اجازه بعدی مالک برای اثر بخشیدن به عقد فضولی وجود ندارد. به همین علت است که در ماده ۲۵۰ قانون مدنی چنین آمده است: اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد.

ب: معامله اکراهی

اکراه از مشتقات واژه کره و به معنای امری که ناخوشایند انسان است، می‌باشد. اگرچه در قانون مدنی اکراه تعریف نشده است اما از جمع مواد قانون مدنی در تعریف اکراه می‌توان گفت اکراه، فشاری غیرعادی و نامشروعی است که تحت تأثیر ترس منطقی ناشی از آن، شخص در وضعیتی قرار می‌گیرد که برای نجات دادن خود یا نزدیکانش از خطر جانی، مالی یا حیثیتی قریب‌الوقوع و جدی، مجبور به انشای عمل حقوقی معین می‌شود. عملی که با اکراه از سوی فرد سر می‌زند، در واقع شخص راضی به انجام آن نبوده ولی به ناچار به آن تن داده است؛ فلذا مبنای عدم نفوذ در معاملات اکراهی فقدان رضا است. رضا در لغت به معنای موافقت، سرور قلب و در مقابل سخط و اکراه است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۳۲۳) و در اصطلاح فقیهان، به طیب نفس و اختیار در مقابل اکراه اطلاق می‌شود. در قانون مدنی و در مواد ۱۹۰ و ۱۹۳ از دو واژه قصد و رضا در کنار هم استفاده شده که به نظر می‌رسد این دو واژه در نظر قانون‌گذار به معنای واحدی می‌باشند. اما با دقت در ماده ۱۹۰ که قصد و رضا را عامل صحت عقد دانسته و ماده ۳۴۶ قانون مدنی که رضا را عامل نفوذ معامله دانسته است، مشخص می‌گردد که استفاده این دو کلمه در کنار یکدیگر تسامحی بوده و قصد و رضا دارای دو معنای متفاوت می‌باشند. رضا در مقابل اکراه آمده است و در تعریف اکراه نیز آمده است: واداشتن دیگری به کاری که به آن تمایل ندارد، در صورتی که همراه با تهدید باشد. (عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۱۷۳) در ماده ۲۰۲ قانون مدنی اکراه تعریف نشده بلکه به بیان شرایط آن اشاره نموده است. در این ماده این‌گونه آمده

است: اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص باشعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید نظر گرفته شود.

اثر اکراه بر اراده

فقه‌های امامیه مسئله اکراه را در ذیل مباحث مربوط به شرایط متعاقدين مورد بحث قرار می‌دهند. یکی از شرایط متعاقدين اختیار است؛ با این توضیح که شخص باید در تصمیمات خود، آزاد و مختار بوده و قصد انشای او بر مبنای رضا و طیب نفس باشد؛ فلذا اکراه از آن جهت که رضای شخص در خصوص قصد انشای او را برای انجام یک عمل حقوقی را مخدوش می‌سازد، مورد بحث قرار گرفته و شخصی که از روی اکراه و بدون رضایت عملی را قصد کند، عمل او فاقد نفوذ حقوقی است.

آثار و احکام اکراه بر اعمال حقوقی در حقوق ایران

در حقوق ایران به تبعیت از نظر مشهور در فقه امامیه، نظریه عدم نفوذ معاملات اکراهی پذیرفته شده، در ماده ۲۰۹ قانون مدنی درباره معامله اکراهی آمده شده: امضاء معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است. این مقرر، اکراه را در حقوق ایران، سبب معیوب شدن رضا دانسته است. مکره می‌تواند پس از زوال اکراه، عقد را تنفیذ نماید. اگر اکراه به میزانی باشد که قدرت اراده فرد را از بین ببرد و سبب فقدان قصد در فرد گردد، دیگر نمی‌توان گفت، عقد غیر نافذ بوده، بلکه باید آن را باطل دانست. به عنوان مثال چنانچه فردی تحت شکنجه یا به اجبار، قراردادی را بپذیرد و به نوعی آن را تحمیل کنند، در این موارد به علت فقدان قصد و نبوده اراده در شخص، عقد باطل است. در همین راستا در ماده ۱۹۵ قانون مدنی آمده است: اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است. هم چنین در ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی نیز چنین مقرر شده که: رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال کره عقد را اجازه کند نافذ است مگر اینکه اکراه به درجه ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد.

اثر اجازه در مکره

همان طور که گفته شد، نظریه نفوذ عقد اکراهی با رضای بعدی مکره، نظریه رایج و پذیرفته شده در فقه امامیه و حقوق ایران است. اما پرسش مهمی در این خصوص مطرح می‌شود این است که اجازه اکراه شونده عقد را از آغاز انعقاد معتبر می‌سازد یا اثر آن نسبت به آینده است؛ به سخن دیگر آیا اجازه ناقل است یا کاشف؟ در این خصوص هم مثل اثر اجازه مالک در بیع فضولی میان فقه‌های امامیه اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای ناقل بودن رضا را مقتضای قاعده دانسته‌اند و عده‌ای دیگر با استناد به ادله نقلی و روایاتی که در خصوص عقد فضولی وجود دارد، نظریه کشف را پذیرفته‌اند. هر چند در قانون مدنی و در ماده ۲۵۸ آن در خصوص عقد فضولی تکلیف اثر اجازه را مشخص نموده لکن در خصوص اثر اجازه در خصوص معاملات اکراهی مقرره‌ای وضع نکرده و به اصطلاح قانون در این خصوص ساکت است؛ لکن به نظر می‌رسد بتوان با وحدت ملاک از مقرره‌ی فوق در خصوص معامله فضولی و نیز با تبعیت از نظر مشهور فقه‌های امامیه، قائل به کاشف بودن اجازه در معاملات اکراهی در نظام حقوقی ایران بود.

ج: معامله محجورین

تعریف حجر و محجور

آدمی از آن جهت که دارای شخصیت انسانی است می‌تواند از انواع حقوق برخوردار باشد؛ ولی برای اینکه بتواند این حقوق را در سطح جامعه به کار گیرد و آن‌ها را به‌طور مستقل استفاده کند باید از نیروی ادراک لازم برای قصد انشاء و نیز رشد فکری جهت تشخیص منافع و مضار خویش بهره‌مند باشد. در صورتی که فردی فاقد چنین قوای دماغی باشد، مصلحت او در آن است که استقلال عمل ایشان در اجرای حقوق خود محدود گردد تا از این رهگذر خساراتی جبران‌ناپذیر به اموالش وارد نشود. دارا بودن شخصیت انسانی که معیار بهره‌مند شدن از حقوق است و همچنین برخورداری از نیروی ادراک لازم در جهت استقلال در تصرف، ویژگی‌هایی را در طرفین عقد پدید می‌آورند که از هر کدام به اهلیت به تعبیر می‌گردد. در فقه اسلامی، شخصی که فاقد اهلیت باشد، محجور می‌نامند. حجر به معنای منع بوده و محجور کسی است که حاکم شرع وی را ممنوع از تصرف در اموال خویش اعلام کرده است. اهلیت به دو قسم اهلیت تمتع به معنای شایستگی دارا شدن حقوق و اهلیت استیفا به معنای صلاحیت اجرای حق تقسیم می‌شود. یکی از مهم‌ترین حقوق افراد در جامعه، توانایی انجام معامله با دیگران است؛ بدین توضیح که فرد بتواند مال خود را به دیگری واگذار نماید یا تعهد بر امری نماید. در همین راستا و در ماده ۲۱۰ قانون مدنی چنین آمده است که: متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند. و در ادامه ضوابطی را برای اینکه چه افرادی اهل محسوب می‌شوند را نیز در ماده ۲۱۱ قانون مدنی بیان نموده است. در این ماده آمده است: برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند. گفته شد افرادی که فاقد اهلیت باشند، محجور نامیده می‌شوند. در قانون مدنی و در ماده ۱۲۰۷ اشخاص محجور احصاء شده‌اند. در این ماده آمده است: اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱- صغار ۲- اشخاص غیر رشید ۳- مجانین

وضعیت حقوقی معاملات اشخاص محجور

به‌طور کلی اشخاص فاقد اهلیت را می‌توان از جهت وضعیت معاملاتشان به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول: اشخاصی که به علت فقدان تمیز قصد ندارند و نمی‌توانند انشاء معامله‌ای را اراده نمایند مانند مجنون و صغیر غیر ممیز. معامله این اشخاص به علت فقدان قصد انشاء در این افراد، به‌صورت کلی باطل و فاقد اثر قانونی است.

دسته دوم: اشخاصی که دارای قوه تمیز هستند اما بلوغ یا رشد ندارند. معاملات این اشخاص دارای وضعیت حقوقی واحدی نبوده و حسب مورد دارای وضعیت‌های حقوقی صحت، بطلان و عدم نفوذ خواهد بود.

تعریف مفهوم صغار

صغیر در فقه امامیه و در نظام حقوقی ایران دارای معنای یکسانی بوده و به معنای شخصی است که به سن بلوغ نرسیده است. صغیر از لحاظ استعداد عقلی به دو نوع صغیر ممیز و صغیر غیر ممیز تقسیم می‌گردد. صغیر غیر ممیز این‌گونه تعریف شده است: صغیر غیر ممیز نابالغی است که دارای قوه درک و تمیز نیست، زشت و زیبا و سود را از زیان تشخیص نمی‌دهد و نمی‌تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد. (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۷، ص ۱۷۵) در ادامه و در تعریف صغیر ممیز نیز آمده است: کودکی است که شعور کافی و قدرت اراده کردن را دارا است و خوب و بد و زشت و زیبا را از یکدیگر تمیز می‌دهد.

وضعیت حقوقی معاملات صغار

الف: وضعیت حقوقی معاملات صغیر غیر ممیز

اعمال حقوقی صغار غیر ممیز فاقد نفوذ حقوقی بوده و بی اعتبار است. علت این بی اعتباری در ناتوانی اندیشه، فقدان قوه تمیز و تشخیص و در نتیجه فقدان قصد در انعقاد اعمال حقوقی است. در نتیجه تمامی اعمال حقوقی صغار غیر ممیز محکوم به بطلان بوده و نفوذ حقوقی ندارند.

ب: وضعیت حقوقی معاملات صغیر ممیز

در فقه امامیه عده‌ای از فقها نظر بر بطلان معاملات صغیر ممیز دارند و برای اثبات ادعای خویش به حدیث رفع، روایات وارده در این خصوص و مسلوب الاراده بوده صغار استناد نموده‌اند و عده‌ای نیز این نظر را به مشهور فقها نسبت داده و ادعای اجماع نموده‌اند و برخی دیگر اعمال حقوقی صغار بیش از ده سال را صحیح انگاشته و روایات وارده در این خصوص را مستند صحت ادعای خود دانسته‌اند. باین حال صحت یا بطلان مطلق اعمال حقوقی صغار ممیز طرفداران چندانی نداشته و بیشتر فقها قائل به تفصیل اعمال حقوقی این اشخاص شده و به نظریه عدم نفوذ معاملات صغیر ممیز تمایل پیدا کرده که با تنفیذ ولی دارای آثار قانونی می‌شوند. (سامت، ۱۳۹۰، ص ۱۴۲)

گفته شد صغیر ممیز، کودکی است که به آن حد از رشد رسیده که مفهوم قرارداد و آثار آن را تشخیص می‌دهد و توانایی انشای عقد را دارد، هر چند هنوز نتواند سود و زیان خویش را به طور کامل تشخیص دهد. با از تعریف فوق برمی‌آید که نقص صغیر ممیز در قصد انشای او نیست فلذا نمی‌توان ادعا نمود تمامی معاملات ایشان محکوم به بطلان است. در ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی در این خصوص آمده است: اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد، باطل و بلا اثر است مع ذلک صغیر ممیز می‌تواند تملک بلاعوض کند مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیات مباحات. صغیر ممیز معاملاتی از این دست را که در ماده مزبور به آن‌ها اشاره شده است را می‌تواند قصد کند و چون در این معاملات هیچ گونه ضرری برای ایشان متصور نیست، اراده و رضای خودشان کافی است که عقد را معتبر سازد؛ بدون آن که نیازی به رضایت ولی ایشان باشد. البته در خصوص وضعیت معاملات اشخاص صغیر دو مقرر دیگر نیز در قانون مدنی وجود دارد مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی نیز به وضع مقرراتی در این خصوص پرداخته است. در ماده ۲۱۲ قانون مدنی آمده است: معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است. هم چنین در ماده ۲۱۳ چنین مقرر شده: معامله محجورین نافذ نیست. در نگاه اول این ماده با یکدیگر تعارض داشته چرا که در ماده ۲۱۲ قانون مدنی معاملات محجورین را باطل و در ماده‌ی بعدی معاملات ایشان را غیر نافذ دانسته است. برای رفع این تعارض ظاهری دکترین حقوقی نظرات متعددی را بیان نموده‌اند که به اختصار به آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

دکتر جعفری لنگرودی با استفاده از مفاد ماده ۸۶ قانون امور حسبی که مقرر نموده: محجور ممیز می‌تواند اموال و منافعی را که به سعی خود او حاصل شده است با اذن ولی یا قیم اداره نماید. که مؤخر بر قانون مدنی به تصویب رسیده و ناظر به صغیر ممیز و سفیه است، می‌توان کلمه محجورین مندرج در ماده ۲۱۳ قانون مدنی را به محجور ممیز تعبیر و تفسیر نمود. در این صورت حکم ماده ۲۱۲ قانون مدنی به محجور غیر ممیز اختصاص می‌یابد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۳۶۰)

دکتر کاتوزیان اعتقاد دارد رابطه بین مادتين ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی با مواد ۱۲۰۷ به بعد این قانون رابطه مجمل و مبين است. بدین توضیح که مادتين ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی اهلیت متعاملین را در انجام معاملات به نحو اجمال بیان نموده است و در جلد دوم قانون مدنی از مواد ۱۲۰۷ به بعد به تبیین و تفصیل کامل آن پرداخته است. ضمناً مراد قانون‌گذار از کلمه محجورین در ماده ۲۱۳ قانون مدنی اشخاصی از قبیل مفلس، راهن و مریض بوده که حجر آنان ذاتی نیست، بلکه به لحاظ مصلحت و رعایت غبطه دیگران از تصرف در مال خویش ممنوع‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۳)

دکتر شهیدی بر این عقیده‌اند که طبق ظاهر ماده ۲۱۲ قانون مدنی معاملات و اعمال حقوقی مستقل اشخاص فاقد اهلیت (صغیر اعم از ممیز و غیر ممیز، مجنون و سفیه)، بدون تأیید سرپرست باطل است و بر اساس ماده ۲۱۳ قانون مدنی منظور از عدم نفوذ معامله محجورین، معامله در حال بلا تکلیفی (پیش از معلوم شدن استقلال یا عدم آن و یا پیش از تنفیذ یا رد سرپرست قانونی) اشخاص دارای قصد انشاء است که نقص آنان متوجه حجرشان است. (شهیدی، ۱۳۷۷، صص ۲۷۱-۲۷۲)

برخی دیگر از اساتید حقوق، ضمن آنکه بر این عقیده بوده که واژگان بطلان و عدم نفوذ در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی در معنی عام (نادرست و غیر مؤثر) به کار رفته اند، با تردید اظهار نظر نموده‌اند که ماده ۲۱۲ قانون مدنی حکم معامله طرف مقابل محجور را نسبت به وی تبیین می‌نماید ولی ماده ۲۱۳ قانون مرقوم، ناظر بر شخص محجور است. بدین ترتیب چون معامله یک رابطه حقوقی است که نمی‌تواند از یک طرف درست و از طرف دیگر نادرست باشد، معامله با محجور از هر دو طرف باطل یا غیر نافذ است. (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۷، ص ۱۹۸)

با توجه به جمیع مطالب فوق و با توجه به مفاد ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی می‌توان عدم نفوذ معاملات صغیر را به‌عنوان یک قاعده عمومی استنباط نمود. این قاعده، استثنائاتی نیز دارد، از جمله معاملاتی که به نفع محجور بوده و در آن‌ها ضرری برای ایشان متصور نیست (معاملات صرفاً نافع) که مثال آن‌ها در ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی آمده است. نکته قابل ذکر در خصوص این ماده آن است که مصادیق مطروحه در این ماده از باب تمثیل بوده و حصری نیست و صغیر ممیز می‌تواند هرگونه معامله به سود خویش را بدون نیاز به تنفیذ سرپرست قانونی خویش انشاء نماید مثل اینکه حق انتفاع ایجاد شده به نفع خویش را بپذیرد، یا به‌عنوان موقوف علیه، عقد وقف را قبول کند. آن دسته از معاملات محجورین که احتمال سود و زیان در آن‌ها وجود دارد غیر نافذ بوده و برای دارا شدن نفوذ حقوقی نیاز به تنفیذ سرپرست قانونی محجور دارد. از طرفی با عنایت به اینکه حجر صغار ممیز دارای مبنای حمایتی بوده و ناشی نقصان قصد انشاء در ایشان نیست و غیر نافذ شمردن اعمال صغار ممیز با مبنای حمایتی از ایشان سازگار بیشتری دارد تا اینکه معاملات ایشان را به‌طور کلی و حسب مفاد ماده ۲۱۲ قانون مدنی باطل انگاریم. مضاف بر آن که مواد ۸۵ و ۸۶ قانون امور حسبی که مؤخر بر مقررات قانون مدنی به تصویب رسیده‌اند تا حدودی از ابهام موجود در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی کاسته‌اند و با تفویض اختیار به صغیر ممیز دایر بر اداره اموال و منافع حاصل از کار و پیشه خویش و با اذن سرپرست خود، انجام هرگونه عمل حقوقی از جانب ایشان را نافذ دانسته است. (سامت، ۱۳۹۰، ص ۱۴۲)

ج: وضعیت حقوقی معاملات سفیه

سفیه مصدر ثلاثی مجرد و به معنای اختلال عقل است و به‌نحوی که افعال سفیه را از راه و روش عقلا و آنچه عادت اغلب مردم باشد، خارج می‌سازد. فلذا سفیه کسی است که اموالش را در غیر اغراض صحیح و عقلایی

مصرف می‌کند. سفیه در مقابل رشید قرار می‌گیرد، فلذا سفیه کسی است که رشد ندارد، رشد یکی از شرایط نفوذ و اعتبار عقد است. در تعریف رشد آمده است که درجه‌ای از کمال عقل است که شخص را از تباه ساختن مال خویش و تصرف بیهوده در آن باز می‌دارد. سفیه نیز همچون صغیر ممیز نیاز به حمایت دارد تا با اعمال حقوقی که منعقد می‌کند، اموال خود را تباه نسازد. با تعریفی از که سفیه بیان شد، ایشان تنها در امور مالی خود اهلیت لازم برای انعقاد اعمال حقوقی را نداشته و در سایر امور، اعمال ایشان دارای اعتبار و نفوذ حقوقی است. در ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی نیز در تعریف سفیه آمده است: غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد. در خصوص وضعیت معاملات سفیه باید معاملات ایشان را به دو دسته معاملاتی که دربردارنده امور مالی بوده و معاملاتی که فاقد جنبه مالی هستند، تقسیم نمود. سفیه برای معاملات دسته اول دارای اهلیت کامل بوده و معاملات صحیح و معتبر است ولی در معاملات دسته دوم چون دارای نقصان اهلیت بوده و محجور شناخته می‌شود؛ فلذا برای حمایت از ایشان، مصلحت اقتضای عدم نفوذ معاملات ایشان را دارد. در همین راستا در ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی مقرر شده است: معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از اینکه این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل، مع ذلک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است. از قسمت ذیل ماده مزبور نیز می‌توان نتیجه گرفت که برای معاملات سفیه نیز همچون معاملات صغیر ممیز باید قائل به تفکیک شد؛ بدین توضیح که در معاملات صرفاً نافع نیازی به تنفیذ سرپرست قانونی نیست و به‌تنهایی سفیه در این خصوص قادر به انشای عمل حقوقی است. در دیگر اعمال حقوقی که احتمال سود و زیان در آنها می‌رود برای نفوذ عمل حقوقی سفیه، به تنفیذ سرپرست قانونی او نیاز خواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰)

د: وضعیت حقوقی نکاح دختر بالغه باکره

بحث مزبور در ذیل مباحث مربوط به عقود غیر نافذ به لحاظ عدم اهلیت کامل آمده است. ممکن است این اشکال مطرح گردد که دختر بالغه باکره دارای اهلیت کامل بوده؛ پس چرا باید نکاح ایشان غیر نافذ شمرده شود؟ در پاسخ به این پرسش باید بیان داشت، دختر بالغه باکره دارای آن‌چنان اهلیتی نیست که بتواند به‌درستی خیر و صلاح خود را در عقد ازدواج تشخیص دهد؛ فلذا در این برهه حساس از زندگی که می‌خواهد سرنوشت خود را رقم بزند احتیاج به یک فرد با تجربه و درعین حال دلسوز دارد و چه کسی را می‌توان در این مورد بهتر از پدر و جد پدری پیدا نمود. دختر بالغه باکره برای انعقاد تمامی عقود دارای اهلیت کامل بوده و تمامی اعمال حقوقی او نافذ و معتبر بوده است. لکن در امر نکاح به لحاظ اهمیتی که دارد، شارع مقدس آزادی عمل و اهلیت ایشان را محدود نموده و نکاح دختر بالغه باکره را بدون اذن ولی به خاطر ولایت پدر و صرفه و صلاح دختر غیر نافذ دانسته است. البته در فقه امامیه در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد؛ به گونه ای که می‌توان نظرات ایشان را در موارد ذیل خلاصه نمود:

الف) ثبوت ولایت پدر و جد پدری بر دختر به صورت مستقل و مطلق.

ب) استقلال دختر به صورت مطلق و عدم ولایت پدر و جد پدری.

ج) ثبوت ولایت پدر و جد پدری بر دختر به صورت اشتراک؛ یعنی اذن دختر و اذن ولی با هم معتبر باشد.

د) تفصیل بین نکاح دائم و منقطع و ثبوت ولایت پدر و جد پدری در دائم بدون موقت.

ه) ثبوت ولایت پدر و جد پدری در نکاح موقت بدون دائم

و) ثبوت تشریک بین دختر و پدر به صورت خاص بدون حق برای جد یا دیگر اولیاء.

ز) احتیاط واجب در اذن ولی

از میان اقوال فوق دو نظر اول از شهرت بیشتری برخوردار هستند. (ویشته، ۱۳۸۸، صص ۱۸۸-۱۸۹)

به عنوان نمونه شیخ طوسی در این باره اینگونه اظهار نظر می نماید: دختر باکره، بدون اجازه پدر نمی تواند عقد نکاح دائم منعقد کند و اگر عقد نکاح دائم بدون اجازه پدر منعقد نمود، عقد موقوف بر رضایت پدر می باشد. اگر پدر آن را امضاء نمود، صحیح و اگر اجازه نداد، عقد فسخ می شود. اگر پدر مانع ازدواج دختر شد و در زمانی که افراد هم کفو به خواستگاریش آمدند او را شوهر نداد، دختر می تواند عقد نکاح را برای خودش منعقد کند، هر چند پدر راضی نشود؛ در این صورت کراهت پدر تأثیری ندارد. (شیخ طوسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۲۵۳) در مقابل اما شیخ مفید اینگونه اشعار داشته است: زمانی که دختر از نظر عقلی کامل و در اراده اش استوار باشد (رسیده)؛ در مورد معامله برای خودش نسبت به دیگران ارجحیت دارد؛ اعم از خرید و فروش، تملیک، هبه، وقف، صدقه دادن و دیگر تصرفات، غیر از این که اگر باکره باشد و پدر یا جد پدری داشته، سنت است (مستحب است) پدر یا اگر پدر نباشد، جد پدری عقد ازدواج او را بعد از این که از دختر اجازه گرفت و دختر راضی بود، بر عهده بگیرد، اما اگر دختر بدون اجازه پدر عقد را منعقد نمود، عقد صحیح است، هر چند که بر خلاف سنت رفتار شده است. اگر دختر غیر باکره باشد، حق دارد بدون اجازه پدر، عقد منعقد کند و انجام این کار خلاف سنت نیست. (شیخ مفید، بی تا، ص ۳۶) در حقوق ایران و در قانون مدنی از نظر شیخ طوسی و دیگر قائلین به این نظر پیروی شده است و در این خصوص ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر داشته است: نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هر وقت پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آن ها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

مصادیق دیگر از وضعیت حقوقی عدم نفوذ

پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می گردد این است که آیا مصادیق وضعیت حقوقی عدم نفوذ در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه منحصر در مواردی است که پیش تر ذکر شد؟ با بررسی دکترین حقوقی در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه به نظر می رسد مصادیق این وضعیت حقوقی منحصر به موارد ذکر شده نباشد و مصادیق دیگری از اعمالی که برای آن ها وضعیت حقوقی عدم نفوذ در نظر گرفته شده در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه وجود داشته باشد که ذیلاً به برخی از آن ها اشاره خواهد گردید.

معامله رهن نسبت به عین مرهونه

یکی از عقود که به تبع وجود دین و برای ایجاد وثیقه در خصوص بازپرداخت دین تشریع شده و مورد پذیرش قانون گذار ایران قرار گرفته است، عقد رهن است. این عقد در فقه امامیه نیز دارای سابقه بوده و فقهای امامیه عقد رهن را عقدی دانسته اند که برای استیثاق دین تشریع شده است. در بیشتر موارد این شخصیت مدیون و کل میزان دارایی اوست که پشتوانه ای برای پرداخت دین دائن است؛ چراکه دین بر ذمه شخص مدیون تعلق گرفته است. اما گاهی دائن به تضمین عام اکتفا ننموده و برای اطمینان بیشتر جهت پرداخت طلب خویش، خواستار آن است که مالی خاص از دارایی مدیون وثیقه طلب او قرار گیرد. یعنی مال مزبور در رهن او قرار گیرد، تا در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین، دست طلبکار نسبت به مال مرهونه باز باشد و بتواند از آن احقاق حق نماید. در قانون مدنی و در ماده ۷۷۱ آن چنین مقرر شده است: رهن عقدی

است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند. این عقد به موجب ماده ۷۸۷ قانون مدنی نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن لازم است. نکته قابل‌توجهی که باید به آن اشاره نمود آن است که با انعقاد عقد رهن، حق مالکیت مال در عین مرهونه برای رهن حفظ خواهد شد و تنها حقی که از این رهگذر برای مرتهن ایجاد خواهد شد، حق عینی تبعی خواهد بود. پرسش مهمی که در این خصوص ذهن را درگیر می‌کند آن است که در مدتی که مال در رهن است آیا رهن که مالک عین است، می‌تواند تصرفات ناقله که مصداق بارز آن بیع است، نسبت به عین مرهونه انجام دهد یا خیر؟ اگر پاسخ این پرسش مثبت باشد، حقوق مرتهن چگونه تأمین می‌شود؟ آیا این بیع نیازمند اذن مرتهن خواهد بود؟ در قانون مدنی و در ماده ۷۹۳ آن، این‌گونه مقرر شده که: رهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، قانون مدنی ایران به صراحت در این خصوص اظهارنظر نکرده و مشخص نکرده است اقدام رهن در انتقال و بیع مال مرهونه آیا منافی حق مرتهن است یا خیر؟ به همین دلیل برای پاسخ به پرسش‌های فوق میان فقهای امامیه، حقوقدانان و قضات در محاکم دادگستری اختلاف نظر زیادی وجود دارد و نظرات گوناگونی را در این خصوص مطرح نموده که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

وضعیت حقوقی معامله رهن نسبت به عین مرهونه در فقه امامیه

تعداد زیادی از فقهای امامیه معامله ناقله رهن نسبت به عین مرهونه را مغایر با حقوق مرتهن دانسته و آن را صحیح نمی‌دانند. این گروه از فقهای امامیه خود به دو دسته تقسیم می‌شوند و عده‌ای این‌گونه معاملات را باطل دانسته و عده‌ای دیگر آن‌ها را غیر نافذ می‌دانند. فقهای که نظر به بطلان این معاملات دارند به روایاتی که در این خصوص آمده، از جمله (الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف) استناد می‌کنند. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۱۷؛ تستری، بی تا، صص ۱۸۹-۱۹۰) ایشان معتقدند فروش مال مرهونه منافی حق مرتهن بوده و رهن حق انجام این‌گونه تصرفات را بدون اجازه مرتهن نداشته چراکه این‌گونه تصرفات باعث زوال مالکیت رهن و در نتیجه زوال حق مرتهن خواهند بود.

اما گروهی دیگر از فقهای امامیه ضمن رد استدلال فوق، این‌گونه تصرفات را غیر نافذ دانسته‌اند. این گروه از فقها در نقد نظر قائلین به بطلان بیان می‌دارند حدیث مزبور از نظر سند ضعیف بوده و حدیث مزبور از نوع مرسل است. همچنین بیان می‌دارند فرض حدیث ناظر به حالتی است که رهن بدون اجازه و رضای مرتهن اقدام به فروش عین مرهونه نماید. درواقع این دسته از فقها، روایت فوق را ناظر به تصرفات استقلالی (بدون رضایت مرتهن) می‌دانند. همچنین بیان می‌دارند چون تصرفات مرتهن باطل نیست بلکه غیر نافذ است و عطف مرتهن به رهن در این روایت اقتضا دارد که معاملات رهن نیز غیر نافذ باشد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۸۴)

این گروه از فقها همچنین معتقدند بطلان این‌گونه تصرفات رهن، با ماهیت عقد رهن مخالف است؛ چراکه هدف اصلی رهن، توثیق است و در این حالت رهن همچنان مالک عین مرهونه بوده و نمی‌توان او را از تصرفات مالکانه در ملک خویش منع نمود. این دسته از فقها اگرچه بیع عین مرهونه را موقوف دانسته و آن را تابع عقد فضولی دانسته‌اند اما در خلال مباحثی در این خصوص مطرح نموده‌اند مسائلی را بیان کرده که به خوبی نشان می‌دهد بیع عین مرهونه در بعضی احکام با عقد فضولی متفاوت است. یکی از مسائلی که در این زمینه بیان نموده‌اند، امکان اجازه بعد از رد است؛ در صورتی که در معامله فضولی فقها اجماع دارند که اجازه

بعد از رد اثر ندارد. به عبارت دیگر، معنای رد معامله صرف نظر نکردن از حق یا طلب از سوی مرتهن است و مرتهن نیز همیشه می تواند حق خود را ساقط کند و انگهی این رد با رد معامله فضولی شباهت ندارد؛ زیرا اجازه دهنده یا رد کننده در معامله فضولی طرف عقد است که طبعاً با اعلام رد از سوی وی قرارداد باطل می شود در حالی که مرتهن نسبت به قرارداد فروش منعقد میان راهن و خریدار، بیگانه و به تعبیر حقوقی شخص ثالث تلقی می شود. لذا با وجود رد قبلی، اجازه ممکن است و قرارداد فروش مال مرهونه را نباید از این حیث تابع مقررات عقد فضولی دانست. این فقیه در ادامه بیان نموده است، با توجه به عموم ادله ای نظیر (اوفوا بالعقود) و (الناس مسلطون علی اموالهم)، همچنین از آنجا که دلیل عدم نفوذ قرارداد برخورد با حق مرتهن به عنوان مانع و مزاحم است و طبعاً با از بین رفتن عنصر مزاحم و مانع باید سبب یا مقتضی تأثیر خود را بگذارد، لذا باید معتقد بود که قرارداد فروش مال مرهونه در صورت سقوط حق مرتهن به حیات خود ادامه می دهد و رد قبلی آن از سوی وی باعث بی اعتباری آن نمی شود. (شیخ انصاری، همان، صص ۱۸۴-۱۹۰)

مسئله دیگری که در خصوص تفاوت احکام بیع عین مرهونه و عقد فضولی مطرح کرده اند، 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 راهن ساقط شود، عده ای از فقهای امامیه معتقدند که به دلیل از بین رفتن موضوع اجازه مرتهن نمی توان حکم به صحت عقد داد. به عبارت دیگر، بیع تنها در صورت اجازه مرتهن صحیح بوده که چنین اجازه ای حاصل نشده است، بلکه با فک رهن، موضوع صحت عقد بیع عین مرهونه که عبارت از بیع راهن با اجازه مرتهن است، منتفی می شود و با انتفای موضوع نمی توان حکم به صحت عقد داد. (خویی، بی تا، ج ۵، صص ۲۴۹-۲۵۳) اما صاحب جواهر در پاسخ به این استدلال این گونه بیان نموده که بیع عین مرهونه قبل از فک محکوم به بطلان نبوده، پس چگونه ممکن است پس از فک رهن باطل شود؛ به ویژه آن که دلیلی که دلالت بر اشتراط اذن مرتهن در صحت عقد کند وجود ندارد، بلکه فقط راهن و مرتهن از تصرف منع شده اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۰۱) مسئله دیگری که فقها در این خصوص به آن اشاره داشته اند آن است که در عقد فضولی با رد مالک، انشای طرف دیگر عقد باطل می شود، در حالی که در عقد رهن، مرتهن طرف عقد نیست و رد او، هم عرض رد مالک و در عقد فضولی و مشابه فسخ ذوالخیار نیست، بلکه او در صورتی حق 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، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۶۲) با توجه به مسائلی که بیشتر مطرح گردید، این نتیجه حاصل می گردد که میان عقد فضولی و بیع عین مرهونه تفاوت های اساسی وجود دارد و نمی توان احکام و آثار عقد فضولی را به طور کامل بر بیع عین مرهونه جاری ساخت و برخی از فقهای امامیه به حق به این تفاوت ها اشاره کرده اند.

تعداد بسیار اندکی نیز در بین فقهای امامیه، نظر به صحت تصرفات ناقله راهن و در نتیجه بیع عین مرهونه دارند. به عنوان مثال مرحوم خوئی اعتقاد دارد اساساً بیع مال مرهونه منافاتی با رهن ندارد به دلیل اینکه اولاً، اجماع منقول مبنی بر عدم جواز بیع با فرض قبول حجیت آن وجود ندارد. ثانیاً، حدیث نبوی (الرهن و المرتهن ممنوعان من التصرف) هم از لحاظ سند و هم از لحاظ دلالت ضعیف است و شهرت هم موجب جبران ضعف روایت نمی شود. ثالثاً، مفهوم رهن که عبارت است از اینکه عین مالی وثیقه دین دیگری باشد نیز منافاتی با بیع مال مرهونه ندارد؛ چرا که می توان در قرارداد شرط کرد که مبیع آزاد نبوده و متعلق حق دیگری است و باید فک شود. بدیهی است در صورت عدم فک، مشتری خیار تخلف شرط خواهد داشت و

حتی اگر شرط هم نشده باشد، مبیع معیوب فرض شده و مشتری می‌تواند از خیار عیب استفاده کند. (خویی، ۱۴۱۲، ص ۲۱۱) همان‌گونه مشاهده می‌شود هر سه وضعیت حقوقی بطلان، عدم نفوذ و صحت برای بیع عین مرهونه در فقه امامیه طرفدارانی دارد. اما گروهی دیگر از فقهای امامیه اگرچه خود معتقد به یکی از سه وضعیت فوق در این خصوص هستند؛ لکن نظر دیگری را در این خصوص بیان نموده و بدان تمایل بیشتری داشته‌اند. این دسته از فقها معتقدند بیع عین مرهونه دارای وضعیت حقوقی مراعی است، این وضعیت حقوقی هم در فقه امامیه و هم در نظام حقوقی ایران مهجور مانده است و کمتر مورد استناد فقها و دکترین حقوقی قرار گرفته است. در ادامه با بیان نظر فقهای امامیه در این خصوص بیشتر در خصوص وضعیت حقوقی مراعی سخن خواهیم گفت؛ اما فی الحال در خصوص بیع عین مرهونه، بعضی از فقها معتقدند در این خصوص، 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 به‌عنوان 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. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۶۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۳۱۳)

وضعیت حقوقی معامله رهن نسبت به عین مرهونه در نظام حقوقی ایران

قانون مدنی ایران در این خصوص مقرره‌ای صریح که وضعیت این عمل حقوقی را روشن کند، ندارد. تنها در ماده ۷۰۳ قانون مدنی آمده است: رهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن. درواقع قانون‌گذار با وضع یک مقرره عام، قضاوت در این خصوص را به حقوقدانان و بالأخص به قضات واگذار نموده است. اصل قضیه در این خصوص تشخیص همین موضوع است که چه اعمالی منافی حق مرتهن است و قانون‌گذار باید با وضع ضوابط خاصی در این خصوص تکلیف را روشن می‌کرد؛ لکن به نظر می‌رسد به دلیل اختلاف نظرهایی که میان نویسندگان قانون مدنی و نیز فقهای امامیه در این خصوص وجود داشت، کلامی در این خصوص بیان نکرده و در این خصوص قانون ساکت است. هم‌چنین باید در خصوص ماهیت اذن مرتهن و تأثیر آن و عدم اجازه مرتهن مقرراتی وضع می‌کرد تا از این سردرگمی و اقوال و تفاسیر حقوقدانان در این خصوص جلوگیری می‌کرد. حال که چنین نیست باید به نظریات دکترین حقوقی نگریست تا موضع ایشان در این خصوص را دریافت. برخی از حقوقدانان معتقدند در هر حال تصرف رهن ممنوع است، ولو اینکه ضرری برای مرتهن نداشته باشد. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۴۰۵) دکتر کاتوزیان با وجود اینکه از لحاظ نظری بیع مال مرهونه را منافی رهن نمی‌داند ولی با تکیه بر برخی مواد قانونی نظیر ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی و ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و همین‌طور شهرت میان فقهای امامیه بیع مال مرهونه را غیر نافذ می‌داند و تصریح می‌کند معامله‌ای که بدین ترتیب انجام شود، خواه مطلق یا با قید حق مرتهن باشد، در حکم فضولی است. (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۵۸۴) مرحوم امامی نیز در نظری مشابه با دکتر کاتوزیان معتقد است اگرچه بیع مال مرهونه از سوی مالک صورت می‌گیرد، ولی چون مورد آن متعلق حق غیر است و در انتقال، حق او رعایت نشده است، در حکم فضولی است. (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۷۰) دکتر جعفری لنگرودی نیز در یکی از تألیفات خود، پس از بیان تفاوت‌های میان بیع مرهونه و معامله فضولی، در این خصوص بیان نموده است، از آثار عقد فضولی این است که هرگاه ذی‌نفع آن را رد کند باطل می‌شود حال اینکه در مورد عقد رهن فضولی تحقیق این است که رد مرتهن تأثیری ندارد و عقد

مزبور به حال موقوف باقی می‌ماند و هرگاه راهن به نحو دیگری از دین براءت حاصل کرد و رهنه برای ادای دین مرتهن به فروش نرفت، به محض فک رهن، خود به خود عقد فضولی راهن نافذ می‌شود؛ زیرا برای حفظ حق مرتهن، موقوف بودن عقد فضولی کافی است و روح ماده ۷۹۳ قانون مدنی شامل این مورد هم می‌شود. در فقه هم نصی برخلاف این نظر دیده نمی‌شود و حدیث (لا ضرر و لا ضرار) مؤید این نظر است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۱۰۵)

به نظر می‌رسد از دیدگاه دکتر لنگرودی، بیع مال مرهونه صحیح بوده و صرفاً به خاطر حفظ حقوق مرتهن با مانعی مواجه بوده که هرگاه مانع مزبور، برطرف شود، معامله به قوت خود باقی خواهد بود. ایشان هم‌چنین در کتاب دیگر خود از عبارت عقد شبه فضولی برای قرارداد فروش مال مرهونه و موارد مشابه آن، نظیر وصیت مازاد بر ثلث، استفاده نموده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۸۰) برخی دیگر از حقوق‌دانان، نظراتی متفاوت از اساتید فوق‌الذکر دارند. ایشان اعتقاد دارند، بیع عین مرهونه غیرقابل استناد است و برای صحت ادعای خود به قاعده لاضرر استناد نموده و بیان داشته وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه باید به‌گونه‌ای تحلیل شود که حتی‌الامکان قاعده لاضرر در مورد هر یک از سه طرف مرتبط با قضیه (راهن، مرتهن و خریدار) رعایت شده و از ورود ضرر و زیان غیر لازم و نامعقول به یکی از آن‌ها اجتناب شود. به عقیده ایشان، اعتقاد به عدم نفوذ و بی‌اعتباری کامل قرارداد فروش، موجب ضرر و زیانی به راهن و خریدار می‌شود که ضرورتی نداشته و غیر نافذ دانستن قرارداد، اقدامی فراتر از حفظ معقول و منطقی حقوق مرتهن است و زمانی که برای یک عمل حقوقی ضمانت اجراهای متعددی قابل تصور است؛ باید ضمانت اجرایی را برگزید که خفیف‌تر بوده و کمترین خللی به صحت قرارداد وارد نماید. ایشان در ادامه ضمن بیان این نکته که عدم قابلیت استناد، مفهومی پذیرفته شده در نظامی حقوقی ایران است، تصریح نموده؛ اینکه فقهای امامیه با وجود اینکه به تفاوت میان احکام معامله فضولی و بیع مال مرهونه توجه داشته ولی به این نظر متمایل نشده‌اند به این علت است که ایشان با مفهوم عدم قابلیت استناد آشنا نبوده‌اند. (میرزا نژاد جویباری، ۱۳۹۰، صص ۲۹۱-۲۹۳) در مقابل عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان، با مقایسه معاملات غیر نافذ با معامله راهن نسبت به عین مرهونه، نظر به مراعی بودن وضعیت حقوقی بیع مال مرهونه داشته‌اند. ایشان در توجیه استدلال خویش بیان نموده‌اند، تأثیر اجازه و رد در معاملات غیر نافذ متفاوت با معامله راهن است. زیرا اجازه مرتهن در بیع عین مرهونه فقط از باب رفع مانعیت منشاء اثر است به خلاف تأثیر اجازه در بیع فضولی یا اکراهی که سبب انتساب قرارداد به مالک می‌شود. ایشان در ادامه بیان نموده‌اند که در عقد فضولی یکی از شرایط اساسی صحت قرارداد مفقود و مقتضی تشکیل عقد موجود نیست اما در معامله راهن مقتضی عقد، به صورت کامل موجود است، لیکن برای اعمال اثر مقتضی با مانعی مواجه گشته است. هم‌چنین در ادامه اظهار داشته‌اند که نقطه قوت مراعی دانستن معامله راهن آن است که به کمک آن جمع حقیق امکان‌پذیر است؛ بدین توضیح که با پذیرش این نظر، حقوق هر سه طرف درگیر عین مرهونه یعنی، راهن (مالک)، خریدار و مرتهن (صاحب حق عینی) حفظ خواهد شد؛ بدین توضیح که معامله راهن و خریدار اصولاً صحیح بوده اما تا زمانی که وضعیت دین مرتهن مشخص نشده است، کلیه آثار قرارداد صحیح بر آن جاری نمی‌شود؛ در صورت ادای دین مرتهن، عقد صحیح و در غیر این صورت عقد باطل خواهد بود. (فلاحی و فلاحی، ۱۳۹۹، صص ۱۲۵-۱۲۸)

وضعیت حقوقی معامله رهن نسبت به عین مرهونه در رویه قضایی

به دلیل ابهام و اجمال موجود در عبارت قانونی ماده ۷۹۳ قانون مدنی، در میان قضات دادگستری همانند دکترین حقوقی، در خصوص اینکه آیا فروش مال مرهونه منافاتی با حقوق مرتهن دارد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. این اختلافات به حدی زیاد بود که سبب صدور آرای متعارض در محاکم گردیده بود تا نهایتاً موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردید و منتج به رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۰۸/۲۰ گردید. در این رأی آمده است: مطابق مواد قانون مدنی گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت رهن نمی‌شود لکن برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌نماید که می‌توان از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفاء کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود، اعم از اینکه معامله رهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه بنا به مراتب مذکور در جایی که بعد از تحقق رهن، مرتهن مال مرهونه را به تصرف رهن داده اقدام رهن در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه به شخص ثالث بدون اذن مرتهن از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست،... این رأی وحدت رویه نیز نتوانست ابهامات موجود در خصوص منافات بیع مرهونه با حقوق مرتهن را برطرف کند و فقط به بیان عبارت کلی اینکه معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود، بسنده نموده و مطلب جدیدی را بیان ننموده است. مضاف بر آن که آرای وحدت رویه در نظام حقوقی ایران، قاعده ساز نبوده و نمی‌توان از آن ملاک گرفت و نتیجه گرفت چون انتقال سرقفلی منافی با حقوق مرتهن است فلذا با قیاس اولویت فروش مال مرهونه نیز منافی با حقوق مرتهن است. با وجود صدور رأی وحدت رویه نیز اختلافات کماکان پابرجا ماند تا اینکه چهار ماه پس از صدور رأی وحدت رویه، رأی اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این زمینه صادر گردید که مفاد آن مخالف با مفاد رأی وحدت رویه است. مطابق این رأی اصراری: نظر به این که به شرح دادخواست ابتدایی، خواهان علاوه بر الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی انتقال، الزام آنان را هم به انجام شرایط و مفاد مبیعه‌نامه به تاریخ ۲۸ اسفند ۱۳۷۲ و تخلیه و تحویل مبیع، مورد لحوق دعوا قرار داده است و با توجه به اینکه به شرح بند ۵ شرایط ضمن معامله، فروشنده پرداخت همه دیون قبلی مورد معامله به اشخاص حقیقی و حقوقی و همچنین تهیه مدارک لازم را به منظور تنظیم سند رسمی انتقال، تعهد کرده است و نظر به اینکه از جمله دیون مربوط به مورد معامله، دینی است که با رهن گذاردن ملک از بانک ملی اصفهان به عنوان وام اخذ شده، بنابراین مراتب، با لحاظ کیفیت طرح دعوا و تعهدات خوانده (تجدیدنظرخواه)، دادنامه شماره ۴۲۱۲ به تاریخ ۱۱ بهمن ۱۳۷۵ شعبه ۶ دادگاه عمومی شهرستان اصفهان که در عین حال متضمن الزام خوانده به فک رهن و همچنین الزام وی به تنظیم سند رسمی انتقال است، با رعایت حقوق مرتهن و مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی منافات ندارد و با اقتضای مدارک پرونده و موازین قانونی تطبیق می‌کند و به اکثریت آرا تأیید و الزام می‌شود. باین وجود، اختلافات در این خصوص همچنان میان محاکم ادامه یافت تا سرانجام رأی وحدت رویه جدیدی در این خصوص صادر گردید. مبنای صدور رأی وحدت رویه جدید، اختلاف نظر شعبه بیست و دوم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران و پنجاه و دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در خصوص دعوی الزام فروشنده مال مرهونه به فک رهن (با پرداخت حقوق مرتهن) است. بدین توضیح که شعبه بیست و دوم با این استدلال که رهن در زمان انعقاد عقد بیع، حقی بر نقل و انتقال مال مرهونه نداشته و آن را منافی حق مرتهن دانسته است و با استناد به ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت

رویه شماره ۶۲۰ معتقد به بطلان (عدم نفوذ) معامله بوده و بر همین اساس حکم به رد دعوای الزام به فک رهن صادر کرده است، درحالی که شعبه پنجاه و دوم در مورد مشابه حکم صادره مبنی بر الزام به فک رهن را تأیید کرده است. همین اختلاف نظر در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردید تا نهایتاً منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰ گردید. مطابق مفاد این رأی وحدت رویه: نظر به اینکه با تحقق عقد رهن، مالکیت عین، کماکان متعلق به راهن است و مرتهن به تبع طلب خود نسبت به عین مرهونه، حق عینی دارد و به استناد این حق، می تواند از محل فروش آن با رعایت تشریفات قانونی طلب خود را استیفاء نماید، چنانچه حقوق مرتهن به نحوی از انحاء تأمین یا طلب وی تأدیه شود، انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط راهن منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ ندارد و دعوای الزام به فک رهن به طرفیت فروشنده مال مرهونه قابلیت پذیرش را دارد... به نظر می رسد مطابق این رأی وحدت رویه جدید، قضات دیوان عالی کشور به پذیرش صحت فروش مال مرهونه تحت شرایطی تمایل پیدا کرده اند. باین وجود همچنان انتقاداتی به این رأی وارد است. از جمله آن که در این رأی فروش مال مرهونه به شرط تأمین حقوق مرتهن منافی حقوق مرتهن دانسته نشده و خواسته خواهان که در پرونده هایی که منجر به صدور این رأی شده، خریداران مال مرهونه بوده اند، مبنی الزام به تنظیم سند رسمی و فک رهن بوده، مورد پذیرش واقع شده است. حال اگر به هر دلیلی حقوق مرتهن تأمین نشد چه؟ تکلیف فروش مال مرهون از سوی راهن چه می شود؟ وضعیت حقوقی این بیع چیست؟ به نظر می رسد این موضوع همچنان مسکوت مانده است. آیا در صورت عدم تأمین حقوق مرتهن بیع صورت گرفته، باطل است یا غیر نافذ؟ اگر غیر نافذ است، منوط به تنفیذ مرتهن است؟ ایراد دیگری که به رأی وارد است، حذف شرط ذینفع بودن و سمت داشتن خواهان در امکان اقامه دعوی است. همان گونه که پیش تر بیان شد، خواهان پرونده های فوق الذکر که منجر به صدور رأی وحدت رویه شده بود، خریداران مال مرهونه بودند. خریدار مال مرهونه که بیگانه ای در رابطه ای راهن و مرتهن محسوب می گردد، چه سمتی دارد که بتواند حکم به الزام فک رهن و تسویه دین مرتهن را از راهن تقاضا نماید؟ خریدار مال مرهونه حتی ذینفع محسوب نمی شود؛ زیرا منظور از ذی نفع در قانون آیین دادرسی مدنی، ذی نفع مستقیم است و شخص ثالث در رابطه راهن و مرتهن ذینفع نیست. اگر نفع غیرمستقیم را ملاک بدانیم، تمام مردم حق دارند تقاضای ابطال هر یک از قراردادهای بانکی را بنمایند؛ زیرا اگرچه به صورت مستقیم، ذی نفع قرارداد رهنی نیستند، اما در آینده می توانند به صورت احتمالی خریدار ملکی گردند که در رهن بوده و حقوق آن ها را تحت تأثیر قرار دهد. علی رغم صدور این رأی وحدت رویه جدید، به نظر می رسد نظام حقوقی ایران همچنان از یک خلأ برای تبیین معاملاتی از این قبیل رنج می برد.

معاملات ورثه نسبت به ترکه

ترکه، دارایی به جا مانده از متوفی است که دارای دو جنبه مثبت و منفی است. جنبه مثبت دارایی متوفی، مطالبات و اموالی است که به وراثت متوفی تعلق می گیرد و جنبه منفی آن، شامل دیون و تعهدات متوفی است که باید از محل ترکه پرداخت گردد. تفکیک میان این دو وجه از دارایی متوفی زمانی صورت می گیرد که ترکه تصفیه گردد و آنگاه هر یک از وراثت نسبت به سهم خود مالک می شود. ماده ۸۶۸ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد: مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی شود مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق گرفته. ذی نفعان ترکه شامل سه گروه طلبکاران متوفی، موصی لهم و وراثت متوفی

می‌باشند. ممکن است متوفی دیونی داشته باشد یا متوفی قبل از فوت به نفع اشخاصی وصیت کرده باشد. دارایی متوفی باید به ترتیب مقرر در قانون مدنی صرف گردد. در ماده ۸۶۹ قانون مدنی آمده است: حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود از قرار ذیل است:

(۱) قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق به اعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است

(۲) دیون و واجبات مالی متوفی

(۳) وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه آن‌ها

فلذا قبل از پرداخت حقوق و دیون متوفی به شرح فوق، نمی‌توان وراثت را مالک ترکه دانست و به تبع آن نباید بتوانند تصرفات مالکانه در اعیان ترکه داشته باشند. با این حال قانون مدنی در ماده ۶۰۶ اجازه تقسیم ترکه پیش از ادای دیون را به وراثت تحت شرایطی داده است. در ماده ۶۰۶ آمده است: هرگاه ترکه میت قبل از ادای دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است طلبکار باید به هر یک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراثت معسر شده باشند طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع کند. وراثت ملزم نیستند چیزی غیر از ترکه به طلبکاران بدهند و دین ایشان تنها به شخصیت حقوقی ترکه تعلق می‌گیرد و درواقع شخصیت حقوقی ترکه، وثیقه عمومی برای پرداخت بدهی متوفی به طلبکاران است.

وضعیت حقوقی معاملات ورثه نسبت به ترکه در فقه امامیه

در خصوص وضعیت حقوقی معاملات وراثت در ترکه قبل ادای دیون متوفی با توجه به اینکه مالکیت ایشان همچنان بر اعیان ترکه مستقر نشده است، در میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای امامیه معتقدند، تصرفات ورثه در این حالت نافذ است، ولی در صورت عدم تأدیه دیون متوفی، طلبکاران می‌توانند تصرفات ورثه را فسخ کنند. (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۲۱۶) عده‌ای از فقها قائل به تفصیل در این خصوص هستند؛ بدین توضیح که گاهی وضعیت ترکه به گونه‌ای است که دیون متوفی بیش از مقدار ترکه ایشان یا به اندازه آن است یا گاهی میزان دیون کمتر از ترکه است. این دسته از فقها در حالتی که میزان دیون متوفی بیشتر از میزان ترکه یا برابر با آن باشد، ورثه را از تصرف در ترکه منع نموده‌اند (نجفی، ۱۴۲۲، صص ۲۴-۲۷). این گروه از فقها معتقدند در چنین حالتی کلیه ترکه، متعلق حقوق طلبکاران است و تصرف وراثت در آن موجب زیان طلبکاران خواهد بود. اما در حالتی که میزان دیون متوفی کمتر از میزان ترکه باشد، در خصوص وضعیت حقوقی تصرفات ورثه در ترکه میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای در این حالت، طلبکاران و وراثت را در ترکه شریک دانسته و همان گونه که شرکاء بدون اذن و اجازه سایرین نمی‌توانند در مال الشریکه تصرف نمایند، ورثه نیز بدون اجازه طلبکاران حق تصرف در ورثه را ندارند. عده‌ای دیگر نیز وضعیت طلبکار را همانند مرتهن دانسته و همان گونه که راهن از تصرفات منافی منع شده است، در ترکه نیز ورثه از تصرفات منافی منع شده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۹۰) برخی دیگر به طور کلی و بدون هیچ گونه تفصیلی قائل به بطلان تصرفات ورثه بوده و ایشان را قبل از پرداخت دیون متوفی از تصرف در ترکه منع نموده‌اند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، صص ۳۳۴-۳۳۶) برخی دیگر از فقهای امامیه به طور کلی نظر به صحت تصرفات ورثه در ترکه دارند و تصرفات ایشان را مقید به ضمان آن‌ها نسبت به عدم پرداخت دیون طلبکاران می‌دانند. (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۱۱) به نظر می‌رسد در میان نظرات فوق، نظری که قائل به تفصیل بوده و تصرفات ورثه در صورتی که میزان دیون برابر یا بیشتر از میزان ترکه بوده را، نافذ ندانسته است، باید

منطقی دانست؛ زیرا در این حالت تمام ترکه متعلق حق دیان است و ورثه حقی در آن ندارند. اما این عدم نفوذ تابع احکام عدم نفوذ در بیع فضولی نیست، بلکه همان طور که برخی از فقها گفته‌اند، در صورت پرداخت طلب دیان تصرفات ورثه صحیح و نافذ است و رد دیان تأثیری در آن ندارد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، ص ۳۳۵) در نهایت برخی از فقهای که تصرف وراث در مازاد بر مقدار دین را نافذ دانسته‌اند، گفته‌اند تصرف مراعی به پرداخت دین است. (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۶۱؛ علامه حلی، بی تا، ج ۱۳، ص ۲۳۶)

وضعیت حقوقی معاملات ورثه نسبت به ترکه در نظام حقوقی ایران

مطابق مقررات قانون مدنی، ذی‌نفعان ترکه متوفی را باید شامل سه گروه طلبکاران، موصی لهم و وراث متوفی دانست. قانون مدنی در ماده ۸۶۹ ترتیبی را مقرر کرده که حسب آن باید ترکه متوفی را تقسیم نمود. فلذا وراث ابتدا باید دیونی که به ترکه تعلق گرفته و وصیتی که به آن شده است را اداء نمایند تا بتوانند پس از تقسیم ترکه، مالکیت خود را نسبت به آن مستقر و قطعی نمایند. پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می‌گردد آن است که در صورتی که وراث پیش از آنکه دیون متوفی و طلبکاران ترکه را بپردازند یا پیش از قبول یا رد موصی لهم اقدام به انجام معامله نسبت به اعیان ترکه نمایند، وضعیت حقوقی معامله ایشان در نظام حقوقی ایران چه خواهد بود؟ در این خصوص قانون مدنی در ماده ۸۷۱ مقررهای دارد که به موجب آن: هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبور نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را بر هم بزنند. همان گونه مشاهده می‌گردد قانون‌گذار حکم چنین معاملاتی را غیر نافذ دانسته است. حال باید بررسی نمود، عدم نفوذ در این ماده به معنای همان عدم نفوذ سنتی در قانون که به عنوان ضمانت اجرای معاملات فضولی و اکراهی مقرر شده است، می‌باشد و همان شرایط و آثار و احکام را دارد، یا متفاوت از آن است؟ در پاسخ به این پرسش و تفسیر ماده مزبور در میان دکترین حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. دکتر کاتوزیان معتقدند وضعیت معاملات انجام شده از سوی وراث در این حالت، دارای وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد است. ایشان در ادامه بیان نموده‌اند، دعوی عدم نفوذ معامله تنها از سوی طلبکاران پذیرفته می‌شود و هیچ‌یک از طرفین قرارداد (وراث و خریداران) نمی‌توانند به این بطلان استناد کنند. بدین ترتیب، باید گفت معامله انجام شده بین دو طرف نافذ و در برابر طلبکاران غیرقابل استناد است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۵۳۲) نکته‌ای که در خصوص نظر این استاد حقوق باید بیان داشت آن است که عدم قابلیت استناد قرارداد با تفسیر ایشان در حقوق فرانسه موجود نبوده و این وضعیت حقوقی با همان تعریفی که در نظام حقوقی فرانسه داشته که پیش‌تر قواعد مربوط به آن نیز گذشت، به نظام حقوقی ما راه پیدا کرده است و این تفسیر از وضع معاملات منطبق با تعریف پذیرفته شده از وضعیت عدم قابلیت استناد، چه در حقوق فرانسه و چه در حقوق ایران نیست. تفسیر ایشان از وضعیت حقوقی این معاملات را می‌توان بر وضعیت حقوقی قابل ابطال مطابقت نمود. مطابق این نظر، معاملات وراث پیش از ادای دیون متوفی، تا هنگامی ذی‌نفعان ترکه به آن معاملات تعرضی نداشته باشند، نافذ بوده اما پس از اقدام ذی‌نفعان ترکه مبنی بر فسخ قرارداد، معاملات وراث از ابتدا باطل خواهند گشت. دکتر امامی عقیده داشته این معاملات در حکم عین مرهونه است و ترکه وثیقه طلبکاران است و به همین جهت وارثان پیش از تصفیه و ادای دیون، حق تصرف در ترکه را ندارند. (امامی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۱۹۰) در واقع دکتر امامی وضعیت این معاملات را همچون معاملات عین مرهونه، غیرنافذ دانسته و تنها با اجازه طلبکاران متوفی، معاملات مزبور را نافذ دانسته است. عده‌ای از حقوقدانان وضعیت معاملات مزبور را مراعی دانسته‌اند. ایشان با بهره‌گیری از نظرات فقهای امامیه، تصرفات

ورثه را مراعی به پرداخت دین دانسته‌اند. مطابق با این نظر، تصرفات ورثه اصولاً صحیح بوده لکن مراعی به پرداخت دین طلبکاران است؛ بدین توضیح که اگر حقوق ایشان پرداخت شد، معاملات وراثت صحیح و در غیر این صورت باطل خواهد بود. ایشان همچنین وضعیت حقوقی تصرفات ورثه در خصوص مورد وصیت پیش از قبول یا رد موصی‌له را نیز مراعی می‌دانند؛ بدین توضیح که با انشای وصیت مالکیت بالقوه نسبت به موصی‌به برای موصی‌له حاصل می‌شود و رعایت حق تملک وی اقتضاء می‌کند که تصرفات منافی، مراعی به قبول و رد وصیت باشند. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۶، صص ۶۹۵-۶۹۶)

معامله به قصد فرار از دین

کسی که دینی بر عهده دارد به لحاظ شرعی و قانونی مکلف است دین خود را پرداخت نماید. با این حال افرادی هستند که با انگیزه متقلبانه و به قصد فرار از دین با انجام معاملاتی اموالشان را به دیگران منتقل می‌کنند تا بدین وسیله به هنگام فرا رسیدن موعد پرداخت دین، ادعای اعسار نموده و از توقیف اموالشان توسط طلبکاران جلوگیری کرده و نهایتاً از پرداخت طلب طلبکاران امتناع می‌کنند. چنین معاملاتی در نظام حقوقی ایران، به معاملات به قصد فرار از پرداخت دین اشتهار یافته‌اند. قانون مدنی در مورد این دست از معاملات مقرراتی داشت که در طول زمان این مقررات دستخوش تغییراتی شد. در ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی در این خصوص این چنین مقرر شده بود: هرگاه معلوم شود معامله به قصد فرار از دین واقع شده است، آن معامله نافذ نیست. این ماده که از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده بود، با وجود فوایدی که به دلیل حمایت از حقوق طلبکاران و مبارزه با نیت سوء برخی افراد مدیون در محروم کردن طلبکاران از رسیدن به طلب خود در برداشت، اما به گمان اینکه خلاف موازین شرعی است، در اصلاحیه دی ماه سال ۱۳۶۱ از قانون مدنی حذف شد و بدین ترتیب نظام حقوقی ما در این خصوص با خلأ قانونی مواجه گردید. به همین دلیل قانون‌گذار بار دیگر ماده ۲۱۸ قانون مدنی را به این شرح اصلاح کرد: هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل می‌باشد. نکته قابل توجه در خصوص این مقررہ آن است که در این مقررہ حکم معامله به قصد فرار از دین به صورت صوری بیان شده و حکم وضعی این معاملات به صورت مستقل بیان نشده و معامله صوری با معامله به قصد فرار از دین متفاوت است. در معامله صوری طرفین، قصد و اراده حقیقی بر انعقاد عقد ندارند و معامله منعقد شده تنها ظاهر و صورت یک عقد را دارد. چنین معامله ای را حقوقدانان به لحاظ عدم وجود شرایط صحت معاملات و یکی از شرایط اساسی تشکیل قراردادها مقرر در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که همانا قصد است، باطل می‌دانند. فلذا هر معامله صوری حتی اگر به جهت فرار از پرداخت دین نباشد، محکوم به بطلان می‌باشد. حال پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می‌گردد آن است که وضعیت حقوقی معامله‌ای که به قصد فرار از دین و به طور واقعی و نه به صورت صوری منعقد می‌گردد چیست؟ در چنین معامله‌ای قصد واقعی بر انجام معامله وجود دارد و فروشنده واقعاً قصد انتقال مال خود را به دیگری دارد، اما نیت و انگیزه او از انعقاد چنین معامله‌ای، از دسترس خارج کردن اموال خود به منظور عدم پرداخت دین و مواجه کردن طلبکاران با اعسار خود است. با تصویب مواد ۲۱۸ و ۲۱۹ مکرر نیز ابهام حاصل از حذف ماده ۲۱۸ سابق از قانون مدنی در خصوص وضعیت حقوقی معاملات فرار از دین رفع نگردید. در ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی آمده است: هرگاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده دلایل اقامه نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال

را نخواهد داشت. نکته‌ای که در خصوص این مقرر به نظر می‌رسد آن است که در فرض این مقرر اصلاً معامله‌ای به وقوع نپیوسته که بخواهیم وضعیت حقوقی آن را تعیین کنیم. این مقرر فقط در صورتی که طلبکاران ثابت کنند مدیون قصد فروش اموال خود را به جهت فرار از دین دارد، در یک اقدام پیشگیرانه اموال او را توقیف و از فروش آن‌ها جلوگیری می‌کند. فلذا تصویب این دو ماده در قانون مدنی چیزی از ابهام موجود در این خصوص نکاست؛ البته که با تصویب این دو مقرر نظر دکتترین حقوقی در آن زمان متمایل به بطلان این گونه معاملات شد؛ لکن به نظر نگارنده حتی با وجود مواد فوق‌الذکر نیز نمی‌توانست در آن زمان هم معتقد به بطلان چنین معاملاتی بود. اختلافات همچنان در این خصوص ادامه داشت تا اینکه قانون‌گذار در سال ۱۳۷۷ اقدام به جرم‌انگاری انجام چنین معاملاتی نمود. ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ در این خصوص مقرر کرده بود: هر کس با قصد فرار از دین و تعهدات دین و تعهدات مالی موضوع اسناد لازم الاجراء و کلیه محکومیت‌های مالی، مال خود را به دیگری انتقال دهد به نحوی که باقیمانده اموالش برای پرداخت بدهی او کافی نباشد عمل او جرم تلقی و مرتکب به چهار ماه تا دو سال حبس تعزیری محکوم خواهد شد و در صورتی که انتقال گیرنده نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد شریک جرم محسوب می‌گردد و در این صورت اگر مال در ملکیت انتقال گیرنده باشد عین آن و در غیر این صورت قیمت یا مثل آن از اموال انتقال گیرنده بابت تأدیه دین استیفا خواهد شد. با تصویب این مقرر عده‌ای بر این باور بودند که با توجه به وضع مجازات برای چنین معاملاتی، نظر قانون‌گذار بر ممنوعیت چنین معاملاتی بوده و در نتیجه نظریه بطلان این معاملات تقویت می‌گردد. اما به نظر می‌رسد تعیین و اعمال مجازات در این فرض، ارتباطی به بحث مدنی نداشته باشد و نباید تصور کرد اگر قانون‌گذار، چنین معاملاتی را جرم‌انگاری کرده و برای آن مجازات در نظر گرفته است، به معنی بطلان چنین معاملاتی است. در آخر لازم به ذکر است قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ به موجب قانون جدیدالتصویب با همین عنوان نسخ گردیده و مقرر متناظر با ماده ۴ قانون سابق در ماده ۲۱ قانون جدید بدین شکل اصلاح گردیده است: انتقال مال به دیگری به هر نحو به وسیله مدیون با انگیزه فرار از دین به نحوی که باقیمانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد، موجب حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل نصف محکوم به یا هر دو مجازات می‌شود و در صورتی که منتقل الیه نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد در حکم شریک جرم است. در این صورت عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفاء خواهد شد.

وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین در فقه امامیه

در خصوص وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین، به صورت مستقل در فقه امامیه مورد توجه و بررسی فقها قرار نگرفته است. اما می‌توان به صورت جست‌وجوی مطالبی از میان اقوال فقها در این خصوص مشاهده نمود. در فقه امامیه به شخصی که بدهی او فزونی از اموالش داشته باشد مفلس گفته می‌شود، افلاس در فقه امامیه یکی از اسباب حجر بوده و در کتب فقهی مفلس به دو گونه تعریف شده است:

الف: تعریفی که ناظر بر معنای لغوی آن است، مانند آن که گفته شده، مفلس کسی است که برگزیده و خوبی مالش از بین رفته و آنچه برایش باقی مانده، پول سیاه است و کم‌ارزش. (شیخ طوسی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۲۱۰)

چراکه مفلس از ماده فلس و به معنای پول سیاه و بی‌ارزش است.

ب: تعریف دوم مفلس که ناظر بر معنا و مفهوم شرعی آن است، بدین معنا که مفلس کسی است که دیونی بر عهده‌اش ثابت شده است و دارایی او برای پرداخت آن‌ها کافی نیستند. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۴۷)

مفلس نیز در کتب فقهی چنین تعریف شده: مفلس کسی است که توسط حاکم از تصرف در دارایی‌اش ممنوع شده است. (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۸۵)

در خصوص وضعیت حقوقی معاملات شخص مفلس اقوال متعددی وجود دارد، عده‌ای از فقهای امامیه معتقدند به‌طور کلی هرگونه معامله‌ای که مدیون قبل از صدور حکم حجر انجام دهد صحیح است. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۴۷)، این گروه از فقها برای اثبات صحت ادعای خود به قاعده تسلیط استناد نموده و بیان نموده‌اند تا زمانی که حکم حجر مدیون از ناحیه حاکم شارع صادر نشده باشد، هرگونه تصرف مالی حتی اگر سبب خروج تمامی اموال مدیون و اعسار کامل وی گردد، صحیح و نافذ است. در مقابل عده‌ای از فقها چنین معاملاتی را صحیح نمی‌دانند و این قبیل معاملات را ضد وجوب ادای دین و در نتیجه حرام و باطل دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۳۴، ج ۲، ص ۲۱). فقهای دیگری که معتقد به این نظر هستند نیز برای صحت استدلال خود به قاعده لاضرر و نامشروع بودن این معاملات استناد می‌کنند. صاحب عروه، صلح را به قصد فرار از دین صحیح نمی‌داند و بیان می‌دارد که اظهر عدم صحت است یا به دلیل اینکه ادله صلح از آن منصرف است یا به دلیل قاعده لا ضرر یا به خاطر روایاتی که دلالت بر نهی از بیع عنب برای ساخت خمر می‌کنند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵، ص ۲۴۷)

وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین در نظام حقوقی ایران

در خصوص وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین با توجه به تغییراتی که در سوابق تقنینی در این خصوص وجود دارد و نیز اجمالی که در مقررات قانونی موجود هست، در دکترین حقوقی در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای از حقوقدانان با استناد به ماده ۶۵ قانون مدنی معتقدند حکم این ماده یکی از موارد اعمال قاعده در معاملات به قصد فرار از دین است و بر اساس آن، معامله منوط به اجازه طلبکاران و عدم نفوذ معامله به اعتبار ملازمه با تضییع حق ایشان است. (امامی، ۱۳۸۵، ص ۲۳۳) در مقابل برخی از حقوقدانان با استناد به ماده ۲۱۸ قانون مدنی سابق معتقدند، معامله به قصد فرار از دین (از منظر قانون گذار) از نظر مشروعیت جهت اشکالی ندارد و گرنه باید باطل تلقی می‌شد و از این رهگذر نظر به صحت چنین معاملاتی داشته‌اند. (شیروی، ۱۳۹۶، ص ۹۰) گروهی از حقوق دانان با استناد به ماده ۲۱۸ قانون مدنی نظر به بطلان معاملات به قصد فرار از دین داشته و عده‌ای جرم انگاری این گونه معاملات را در قانون نحوه اجرای محکومیت مالی مصوب ۱۳۹۴ مهر تأییدی بر نظر خود دانسته‌اند. (افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۱۶۵) برخی نظر به عدم قابل استناد بودن چنین معاملاتی دارند، از نظر ایشان امکان وصول طلب یا محکوم به از عین مال یا معادل قیمت از اموال انتقال گیرنده در عبارت ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ که این عبارت در ماده ۲۱ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت مالی نیز تکرار گردیده است، بدین معناست که در نظر قانون‌گذار این معاملات صحیح بوده و تنها در برابر دائن یا محکوم له قابلیت استناد ندارد. ایشان در ادامه برای مزیت نظر خود بیان داشته‌اند، استنادناپذیری معامله تا میزان طلب دائن است. پس نسبت به مازاد طلب، معامله اثر می‌کند و مال در مالکیت انتقال گیرنده باقی می‌ماند. (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۳). عده‌ای دیگر از حقوق دانان که نظری موافق نظر قبلی داشته با بیان استدلال مشابهی اظهار داشته‌اند، در عبارت ماده فوق‌الذکر از عین یا مثل و قیمت مال انتقال یافته سخن می‌گوید و هیچ‌گاه انتقال گیرنده را ضامن منافع

ندانسته است؛ درحالی که با رد معامله غیر نافذ، انتقال گیرنده در حکم غاصب و یدش ضمانی است. (ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۸) در مقابل عده‌ای دیگر نظر به مراعی بودن چنین معاملاتی دارند. ایشان در انتقاد به اتخاذ وضعیت حقوقی عدم نفوذ سنتی به‌عنوان ضمانت اجرای این قبیل معاملات بیان نموده‌اند، غیرنافذ دانستن تصرفات بدهکار، این امکان را برای دیان فراهم می‌آورد تا در خصوص سرنوشت قرارداد تصمیم‌گیری نمایند و در اغلب موارد نیز قرارداد انجام شده از سوی این افراد رد می‌شود. درحالی که ممکن است تا هنگام فرا رسیدن موعد پرداخت دین، حقوق ایشان به صورتی تأمین گردد. ایشان با پذیرش وضعیت مراعی در این مورد بیان نموده، قرارداد میان بدهکار و مشتری اصولاً صحیح بوده و مقتضی آن موجود است، اما به جهت ضرر احتمالی طلبکاران، چنین قراردادی با وضعیت مراعی مواجه شده است و تا هنگامی که وضعیت پرداخت یا عدم پرداخت دین مشخص نشده باشد، عقد به همان وضعیت باقی خواهد ماند. اگر در زمان مقرر، دین طلبکار پرداخت نشود، کشف می‌گردد معامله از روز نخست به ضرر طلبکاران منعقد شده و آن‌ها می‌توانند قرارداد را تنفیذ یا رد نمایند. در صورتی که دین طلبکار به هر نحوی پرداخت شود، معامله از روز نخست صحیح فرض می‌شود. (فلاحی، ۱۳۹۸، ص ۹۶) مبنایی که ایشان را به این نظر متمایل کرده، جمع میان حقین است؛ بدین توضیح که با مراعی دانستن این معاملات از ورود ضرر ناروا به بدهکار و نیز طلبکاران جلوگیری می‌گردد. اگر اختیار معاملات همچون معاملات فضولی، در دست طلبکاران باشد، آنان در بیشتر مواقع و برای تأمین منافع خود، چنین معاملاتی را تنفیذ نمی‌کنند؛ در صورتی که ممکن است دین ایشان مؤجل بوده و یا بدهکار با اتخاذ تدابیری به تأمین حقوق دیان اقدام نماید و رد این معاملات بدون در نظر گرفتن ملاحظات فوق، ضرر ناروا به بدهکار بوده؛ چراکه چه بسا بدهکار با این معامله، عوض بهتر و باارزشی کسب کند که هم به نفع طلبکاران بوده و هم به دارایی بدهکار افزوده نماید.

اخذ به شفعه

یکی از حقوق شناخته شده در حقوق مدنی، اخذ به شفعه بوده که قانون مدنی، اخذ به شفعه را یکی از اسباب تملک دانسته اما تعریف دقیقی از آن ننموده است. شفعه حقی مالی و در زمره حقوق عینی می‌باشد و اخذ به شفعه به‌عنوان یکی از ایقاعات، مطابق ماده ۱۴۰ قانون مدنی یکی از اسباب تملک شناخته شده است. در ماده ۸۰۸ قانون مدنی در این خصوص آمده است: هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. مشتری قبل از اعمال حق شفعه توسط شفیع، مالک سهم خریداری شده است و می‌تواند هرگونه تصرفات مالکانه در آن داشته باشد، به‌عنوان مثال می‌تواند معاملاتی نسبت به مبیع انجام دهد و مالکیت مبیع را به دیگری منتقل نماید. سؤال مهمی که در این خصوص می‌تواند مطرح گردد آن است که وضعیت حقوقی معاملاتی که قبل و پس از اعمال حق شفعه منعقد می‌گردد، چگونه است؟ قانون مدنی در این خصوص مقرره‌ای دارد. در ماده ۸۱۶ این قانون آمده: اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید. در تفسیر ماده مزبور و مفهوم بطلان در این ماده، میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود داشته و بطلان مندرج در ماده را به معانی مختلفی تفسیر نموده‌اند.

وضعیت حقوقی معاملات مشتری قبل از اعمال حق شفعه در فقه امامیه

گروهی از فقهای امامیه معتقدند معاملات مشتری در مال مورد شفعه قبل از اعمال حق شفعه صحیح و معتبر است چراکه تصرف مشتری در ملک خود و به عنوان مالک بوده است و معتقدند که مشتری قبل از آنکه شفعه حق شفعه خود را اعمال کند، حق هرگونه تصرفی را در مبیع دارد، فلذا معاملاتی که در مال مورد شفعه انجام می‌دهد صحیح است. (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ص ۳۲۳) این گروه از فقها بر این باورند، پس از اعمال حق شفعه توسط شفیع، کلیه معاملاتی که خریدار پیش از آن انجام داده است منفسخ می‌گردد؛ چراکه تصرفات ایشان مالکانه بوده و شفیع از خریدار اخذ به شفعه می‌کند نه از بایع، فلذا دلیلی بر بطلان معاملات ایشان از ابتدا وجود ندارد. گروهی دیگر از فقهای امامیه نظر به عدم نفوذ معاملات مشتری در مال مورد شفعه پیش از اعمال حق شفعه دارند. این گروه از فقهای برای توجیه صحت ادعای خویش بیان نموده‌اند، اگرچه خریدار به جهت مالکیتی در مبیع پیدا می‌کند، توانایی هرگونه تصرفی از جمله فروش آن را قبل از اعمال حق شفعه دارد، ولی از آنجا که مورد معامله می‌تواند با اخذ به شفعه شفیع، متعلق حق او قرار بگیرد، صحت معاملات مزبور همانند آنچه در معاملات فضولی بیان شده است، منوط به اجازه شفیع است. بنابراین مطابق این نظر، معاملات مشتری قبل از اعمال حق شفعه، غیر نافذ و بی اثر است و اخذ به شفعه شفیع در حکم رد معاملات مزبور به شمار می‌آید. (طاهری، ۱۴۱۸، ص ۳۴) برخی از فقها نیز نظر به بطلان چنین معاملاتی دارند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۵۹۳)

وضعیت حقوقی معاملات مشتری قبل از اعمال حق شفعه در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه، در میان دکترین حقوقی اختلاف نظر وجود دارد و حقوقدانان تفاسیر متعددی از مفاد ماده ۸۱۶ قانون مدنی بیان داشته‌اند. عده‌ای نظر به عدم نفوذ این معاملات داشته و معتقد بوده کلمه بطلان در این ماده به مفهوم عام خود استفاده شده است. (امامی، ۱۳۹۰، ص ۴۴) مطابق این نظر اگرچه در اثر بیع، خریدار، مالک مبیع بوده لکن به جهت اینکه مورد معامله در اثر حق شفعه متعلق حق شفیع قرار گرفته است، به جهت حمایت از حقوق شفیع معاملات خریدار غیرنافذ بوده و اعمال حق شفعه در حکم رد معاملات خریداران مورد معامله خواهد بود. دکتر جعفری لنگرودی نظری مشابه این نظر ولی با استدلال متفاوت داشته‌اند و ایشان در این خصوص بیان نموده‌اند، تصرفات و معاملات مشتری قبل از اعمال حق شفعه زیر چتر شبه فضولی قرار می‌گیرد و فضولی محسوب نمی‌شود، چراکه در این مورد معامله به مال غیر نشده تا فضولی به شمار آید اما چون تجاوز به حق غیر صورت گرفته، یعنی مالی را که ملک طلق وی نبوده است مورد معامله قرار داده است و تحت عنوان شبه فضولی قرار می‌گیرد، چراکه تعلق حق غیر سلطه لازم برای معامله را سلب می‌کند از این جهت احکام فضولی در آن جاری است و معامله غیر نافذ محسوب می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، صص ۲۰۹-۲۱۰) برخی از حقوقدانان نظر به قابل ابطال بودن چنین معاملاتی دارند و در خصوص تبیین ماهیت وضعیت حقوقی قابل ابطال پیش‌تر مطالبی بیان گردید؛ مطابق این نظر قرارداد منعقد شده توسط مشتری کاملاً صحیح است و تا هنگامی که شفیع اقدام به اعمال حق خود ننماید، این قرارداد کلیه آثار خود را بر جای خواهد گذاشت اما هرگاه شفیع اخذ به شفعه نماید، همه معاملات مشتری از روز نخست کأن لم یکن خواهد شد. (طالب احمدی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۴) عده‌ای دیگر از حقوقدانان به عدم قابلیت استناد چنین معاملاتی نظر داشته‌اند. ایشان معتقدند حتی پیش از اخذ به شفعه، معاملات خریدار بر مبیع، در برابر شفیع قابلیت استناد ندارد و به همین دلیل است که شفیع می‌تواند

از کسی که دیگر مالک نیست مانند زمانی که مورد شفعه دو بار یا بیشتر مورد معامله قرار گیرد و در این حالت از خریدار اول اخذ به شفعه نموده و به طور قهری مورد معامله را تملیک نماید. مطابق این دیدگاه با اخذ به شفعه شفیع، قرارداد میان مالک و خریدار باطل نمی‌شود، بلکه قرارداد به قوت خود باقی بوده و میان طرفین آن نافذ و معتبر بوده و تنها در برابر شفیع قابل استناد نیست. (ایزائلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱، صص ۴۸-۴۹) و در نهایت عده‌ای نظر به مراعی بودن وضعیت چنین معاملاتی دارند. مطابق این دیدگاه معاملات مشتری بر مال مورد شفعه از لحاظ مقتضی کامل بوده و وجود مانع سبب می‌شود که از تصمیم‌گیری قاطع در خصوص وضعیت عقد پرهیز شود و عقد به صورت متزلزل ایجاد شود. مانعی که در این حالت از آن بحث می‌شود اجرای احتمالی اعمال حق شفعه توسط شفیع است. پس از مشخص شدن وضعیت اعمال حق شفیع، کشف می‌گردد که قرارداد از روز نخست باطل یا صحیح بوده است. (محقق داماد، قبولی درافشان و ساعت چی، ۱۳۹۴، صص ۱۶-۱۷)

تصرفات منافی من علیه الخيار

در مواردی که طرف قرارداد، اختیار فسخ معامله را در اثر وجود خيارات قانونی دارا باشد، تصرفات طرف دیگر قرارداد در مال مورد معامله، تصرف من علیه الخيار نامیده می‌شود. وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار یکی از موضوعات اختلافی در فقه امامیه و دکترین حقوقی ایران است. در واقع پرسش اساسی در این خصوص آن است که اگر مالکیت شخصی در اثر عقد ناقلی همچون بیع حاصل شده باشد و بایع به سبب وجود برخی از خيارات همچون خيار مجلس، خيار حیوان، خيار عیب یا خيار شرط، توانایی بر هم زدن عقد را داشته باشد؛ در این صورت آیا خریدار (من علیه الخيار) به جهت مالکیتی که در اثر بیع پیدا نموده است، می‌تواند هرگونه تصرفی از جمله تصرفات ناقله در مورد معامله انجام دهد؟ در جواز تصرفاتی که هیچ‌گونه منافاتی با حق صاحب خيار ندارد، تردیدی وجود ندارد. سؤال اصلی آن است که آیا مشتری می‌تواند در این حالت مورد معامله را بفروشد؟ اگر فروخت وضعیت حقوقی این معاملات چه خواهد بود؟ در صورت فسخ قرارداد، تکلیف وضعیت حقوقی معامله دوم و حقوق خریدار دوم چیست؟ قانون مدنی در این خصوص پس از بیان انواع خيارات، در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ به این موضوع اشاراتی داشته لکن حکم قضیه را به روشنی بیان نکرده و همچنان ابهاماتی در این زمینه باقی مانده است. در ماده ۴۵۴ قانون مدنی آمده است: هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است. در ماده ۴۵۵ نیز چنین مقرر شده: اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. به نظر می‌رسد با توجه به عبارت ابتدای هر دو ماده، نظر قانون‌گذار بر پذیرش این‌گونه تصرفات در زمان وجود خيار بوده و فسخ بعدی عقد اول در اثر اعمال خيار را بی‌تأثیر در وضعیت حقوقی عقد دوم دانسته است؛ اما در ذیل ماده ۴۵۴ سخن از بطلان اجاره من علیه الخيار در فرض وجود شرط عدم تصرف ناقله به میان آمده است. از مفهوم واژه بطلان در این ماده تفاسیر متعددی شده است؛ برخی آن را به معنای انفساخ، برخی به معنای عدم نفوذ و برخی آن را به معنای بطلان به معنای اخص آورده‌اند. نتیجه این اختلاف‌نظرها باعث اختلاف نظر در جواز یا عدم جواز تصرفات ناقله در زمان خيار شده است. که ذیلاً به بیان نظرات مختلف در این خصوص خواهیم پرداخت.

وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار در فقه امامیه

در میان فقهای امامیه نیز در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای قائل به عدم جواز این گونه تصرفات هستند. دلیلی که این گروه از فقها برای نظر خود بیان نموده‌اند آن است که با وجود خيار در عقد، مالکیت منتقل الیه متزلزل بوده، از آن جا که حق ذوالخيار به عین تعلق گرفته است، تصرفات در متعلق حق دیگری بوده و غیر نافذ است. (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۱۴۸) عده‌ای دیگری از فقهای امامیه، نظر به جواز چنین تصرفاتی دارند که خود به دو گروه تقسیم می‌شوند. گروه اول برای صحت ادعای خود بیان می‌دارند که با انتقال مالکیت مبیع به مشتری، مقتضای صحت و نفوذ تصرفات در مورد وی وجود دارد و تصرفات من علیه الخيار به طور مطلق صحیح است؛ چراکه خيار علی‌الاصول به عقد تعلق می‌گیرد و به مال موضوع عقد تعلق ندارد، فلذا ثبوت خيار برای شخص، موجد حقی برای او در مال موضوع عقد نمی‌گردد تا موجب محدودیت سلطه مالک و در نتیجه عدم نفوذ تصرفات وی گردد و ماهیت فسخ نیز چیزی جز برهم زدن رابطه اعتباری و گشودن گره عقد نیست. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۲۸۰) مطابق با این نظر اگر مال موضوع معامله به موجب تصرفات ناقله من علیه الخيار از ملکیت او خارج شده باشد و سپس ذوالخيار از اختیار خود استفاده نموده و معامله را فسخ نماید، چون خيار به آن تعلق نگرفته و حقی برای ذوالخيار در مورد معامله متصور نیست، تنها بدل مورد معامله باید به ذوالخيار برگردانده شود. گروه دوم اگرچه نظر به صحت و جواز تصرفات من علیه الخيار دارند لکن معتقدند به دلیل آن که عقد دوم بر پایه عقد اصلی شکل گرفته است، اگر بایع اولیه یعنی صاحب خيار، عقد میان خود و من علیه الخيار را فسخ نماید، عقد دوم منحل می‌گردد. این گروه از فقها خود نیز به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ عده‌ای معتقدند با فسخ عقد نخست، عقد دوم از ابتدا باطل می‌گردد. (موسوی خویی، ۱۴۱۵، ج ۷، ص ۴۶۹) ایشان برای اثبات صحت ادعای خویش این گونه استدلال کرده‌اند که با توجه به این که ذوالخيار با اعمال خيار خود، مال را از مالکیت طرف معامله خود یعنی من علیه الخيار خارج می‌کند، نه از مالکیت ثالث (طرف عقد دوم)؛ پس لازم می‌آید که بیع دوم از تاریخ وقوع خود منحل گردد تا بر اثر اعمال خيار، فسخ به طرفیت مشتری اول یا همان من علیه الخيار صورت پذیرد. گروهی دیگر بر این باورند با فسخ عقد نخست، عقد دوم از حین فسخ منفسخ می‌گردد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۱۵۸) این گروه از فقهای امامیه نیز در توجیه نظر خود این گونه استدلال کرده که عقد دوم مبتنی و فرع بر عقد اول است، لذا با فسخ معامله اول، عقد دوم از زمان انحلال عقد اول، منحل می‌گردد. گروهی دیگر از فقهای امامیه نیز قائل به تفصیل شده‌اند؛ بدین توضیح که عده‌ای قائل به عدم جواز تصرفات در خيارات بالفعل و جواز تصرفات در خيارات بالقوه شده‌اند؛ منظور از خيارات بالفعل یا منجز، خياراتی است که به محض انعقاد عقد، فعلیت دارند مانند: خيار حیوان یا خيار شرط متصل به عقد و در مقابل خيار بالقوه، به خياراتی اطلاق می‌گردد که فعلیت آن‌ها پس از انعقاد عقد صورت می‌گیرد مانند: خيار تأخیر ثمن، خيار تفلیس، خيار غبن یا خيار شرط غیر متصل به عقد. (نایینی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۹) عده‌ای دیگر از فقهای امامیه به شکل دیگری قائل به تفصیل بوده و نظر به عدم صحت تصرفات ناقله من علیه الخيار در خيارات قراردادی و نفوذ آن‌ها در خيارات قانونی دارند؛ بدین توضیح که خياراتی همچون خيار مجلس، خيار عیب و خيار غبن را خيار قانونی و خياراتی که به واسطه توافق طرفین در عقد قرار داده شده‌اند را خيارات قراردادی دانسته‌اند. وجود یکی از خيارات قانونی مانع از صحت تصرفات من علیه الخيار نیست ولی در صورت وجود خيار ناشی از شرط (خيارات قراردادی)، تصرفات ناقله من علیه الخيار با مانع روبرو بوده و موجب عدم نفوذ آن‌ها خواهد بود.

دلیلی که این گروه از فقها برای صحت ادعای خود بیان نموده‌اند، آن است که خیارات قانونی به خود عقد تعلق گرفته نه به مال مورد معامله، فلذا ذوالخيار در این موارد حقی نسبت به مال مورد معامله ندارد. لکن در مورد خیارات قراردادی، خيار به مال مورد معامله تعلق داشته و حق صاحب خيار به عین تعلق می‌گیرد، فلذا تصرفات من علیه الخيار با مانع مواجه بوده و تصرفات ایشان، تصرف در متعلق حق غیر محسوب می‌شود. (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۱۵۰).

در خصوص اینکه منظور از عدم جواز تصرفات ناقله من علیه الخيار چیست نیز میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد، عده‌ای بر این باورند منظور از عدم جواز، بطلان تصرفات وی بوده؛ زیرا بیع از زمان تشکیل آن با مانع همراه بوده و مقتضای وجود مانع از حین عقد این است که تأثیر مانع از همان زمان ایجاد شود و اگر بطلان را از ابتدا ندانیم، مستلزم تخلف معلول از علت است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۵۵۰) در این حالت عقد دوم حتی با اجازه ذوالخيار معتبر نخواهد بود. در مقابل اما عده‌ای دیگر از فقها بر این باورند معاملات من علیه الخيار شبیه معاملات فضولی بوده و بطلان این تصرفات را به معنای عدم نفوذ دانسته‌اند. در نتیجه در صورت عدم اعمال خيار توسط ذوالخيار یا سقوط حق ایشان، معامله من علیه الخيار به دلیل رفع مانع خود به خود تنفیذ می‌شود. (نایینی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۸)

وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار در نظام حقوقی ایران

در حقوق ایران و میان حقوقدانان در این خصوص نظر واحدی اتخاذ نگردیده و هر یک از حقوقدانان در خصوص وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار با توجه به نظرات فقهای امامیه و تفاسیری که از عبارات مواد قانون مدنی در این خصوص آمده قائل به نظری شده‌اند. مرحوم امامی در این زمینه بیان نموده‌اند که مالکیت مشتری در بیع شرط به دلیل وجود خيار، متزلزل بوده و تصرفات وی عنوان فضولی خواهد داشت. (امامی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۵۵۰) از عبارات ایشان چنین استنباط می‌شود که نظر ایشان بر عدم جواز تصرفات من علیه الخيار بوده و وضعیت معاملات متعاقب بر آن را در صورت مخالفت ذوالخيار باطل می‌دانند. لکن ایشان در ادامه چنین اظهار داشته که در صورتی که بایع، بیع را فسخ کند، صحت عمل مشتری منوط به اجازه بایع است و هرگاه آن را اجازه ندهد و رد کند، عقد دوم باطل خواهد بود. (امامی، همان ص ۵۵۱) نتیجه این دیدگاه مخالف با دیدگاه نخست ایشان است؛ چراکه مطابق با سخن اخیر ایشان، من علیه الخيار جواز تصرفات ناقله داشته و در صورت فسخ عقد اول، عقد دوم منحل خواهد شد. دکتر صفائی نیز در شرح ماده ۴۵۴ قانون مدنی چنین بیان نموده‌اند که اگر مشتری از اجازه منع نشده باشد، فسخ معامله موجب بطلان اجازه وی نخواهد بود؛ زیرا مشتری در ملک خود و طبق قانون تصرف کرده و این تصرف معتبر و نافذ است. در این صورت اگر بایع، بیع را فسخ کند، علاوه بر عین مال که به بایع برمی‌گردد، مال الاجاره نیز از تاریخ فسخ به بعد باید به او داده شود (صفایی، ۱۳۸۲، ص ۳۱۱) به نظر می‌رسد ایشان نیز نظر به جواز تصرفات من علیه الخيار داشته ولی اظهارات ایشان در خصوص وضعیت معامله متعاقب معامله اول در صورت فسخ آن متناقض با نظر ایشان در خصوص جواز یا عدم جواز تصرفات من علیه الخيار است؛ بدین توضیح که اگر معتقد به عدم بطلان اجازه مشتری باشیم در نتیجه مال الاجاره به ملکیت ایشان درخواهد آمد و مشتری باید در صورت فسخ معامله اول، اجرت‌المثل منافی را که به دلیل تملیک به مستأجر قابل بازگشت به بایع نیست را به وی بپردازد. به بیان دیگر از عبارت انتهایی ایشان چنین برداشت می‌شود که در صورت فسخ معامله اول، معامله دوم از ابتدا باطل خواهد شد؛ نتیجه‌ای که برخلاف نظر مختار ایشان است. با بررسی آثار دکتر

کاتوزیان متوجه این موضوع خواهیم شد که ایشان نیز نظر واحدی را در این خصوص اتخاذ ننموده‌اند؛ ایشان در یکی از آثار خود چنین آورده‌اند که در خیار شرط، دو طرف تراضی می‌کنند که خریدار ملک را آماده بازگرداندن به فروشنده نگاه دارد و لازمه مفاد تراضی این است که از تصرف منافعی با اعمال خیار بهره‌برداری پس شرط خیار را باید در زمره مواردی آورد که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری به طور ضمنی شرط شده است. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۸۰) از عبارات ایشان عدم جواز تصرفات من علیه الخیار در بیع شرط و در صورت تراضی بر این امر نتیجه می‌گردد. لکن ایشان در جایی دیگر این چنین اظهار داشته‌اند که اگر مشتری خیار، حق فروشنده را رعایت نکند، باید میان زمان اجازه تا فسخ و از زمان فسخ به بعد تفاوت گذارد. تا وقتی فروشنده بیع را فسخ نکرده است، هرچند حق او نیز محفوظ نباشد، اجاره درست است؛ زیرا مبیع شرطی در حکم ملک مشتری است و منافع آن هم به او تعلق دارد؛ ولی از تاریخ فسخ به بعد، اگر حق فروشنده حفظ نشده باشد، اجاره در حکم فضولی است و فروشنده می‌تواند آن را تنفیذ یا رد کند. قانون مدنی در ماده ۵۰۰ اصطلاح بطلان را درست به کار نبرده است و شایسته بود عقد را تنها نسبت به زمان بعد از فسخ، غیر نافذ اعلام کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۷۸) مطابق با این دیدگاه، به نظر می‌رسد ایشان به صحت تصرفات من علیه الخیار متمایل گشته و در خصوص وضعیت حقوقی معاملات متعاقب معامله خیار پس از فسخ، نظر به عدم نفوذ آن‌ها داشته‌اند. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، حتی حقوقدانان بزرگ نیز نتوانسته‌اند نظری قاطع در این خصوص ارائه دهند و دلیل این موضوع را باید در ابهاماتی که در عبارات قانونی در این خصوص وجود دارد، جست‌وجو نمود. بهترین نوع تفسیر از مقررات قانونی آن است که ما را به مراد قانون‌گذار از وضع آن قانون برساند، فلذا به نظر می‌رسد برای آن‌که به دیدگاه منتخب قانون مدنی در این خصوص برسیم ناگزیر به مراجعه به فقه امامیه خواهیم بود. نظرات فقهای امامیه به اختصار در مبحث قبلی بیان شد در ادامه بر آنیم تا با مطابقت مقررات قانون مدنی و نظرات فقهای امامیه در این خصوص به نظر منتخب قانون مدنی برسیم. از عبارات صدر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی که اشعار داشته در فرض اعمال خیار، تصرف واقع شده از سوی طرف مقابل از میان نمی‌رود، می‌توان نتیجه گرفت که اصل بر صحت و نفوذ تصرفات من علیه الخیار است، مگر آن‌که صراحتاً یا ضمناً بر من علیه الخیار شرط عدم تصرف شده باشد. باین‌وجود اختلافات در این خصوص همچنان پابرجاست. برخی از حقوقدانان معتقدند بر اساس قول مشهور فقها، صرف وجود خیار برای یکی از طرفین معامله ناقل ملکیت، نمی‌تواند مانع تصرفات حقوقی طرف معامله در مال موضوع عقد گردد و نه تنها تصرف واقع شده صحیح و نافذ است، بلکه با فسخ عقد اصلی نیز از میان نرفته، به قوت خود باقی می‌ماند و در این صورت، چاره کار رجوع فسخ‌کننده به بدل موضوع اصلی عقد است؛ ایشان در ادامه و در خصوص ذیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی بیان داشته‌اند، تصرفات منافعی ذوالخیار حتی پیش از فسخ عقد اصلی غیرنافذند و اگر ذوالخیار هیچ‌گاه به دنبال فسخ عقد برنیاید و مدت خیار منقضی شود و یا خیار خود را اسقاط نماید، مانع نفوذ عقد من علیه الخیار برداشته شده، عقد غیر نافذ وی از ابتدا خود به خود تنفیذ می‌گردد. (الشریف، جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱، ۱۲۹-۱۳۰)

وضعیت حقوقی معاملات متعاقب بیع شرط

در خصوص وضعیت معاملات خریدار مبیع شرطی نیز همچون تصرفات من علیه الخیار اقوال گوناگونی در میان فقهای امامیه و دکترین حقوقی ایران وجود دارد. دیدگاه‌های مطرح شده در این خصوص در فقه امامیه مشابه با آنچه در خصوص تصرفات من علیه الخیار آمده است، می‌باشد لذا از تکرار آن‌ها خودداری می‌گردد.

در خصوص ماهیت بیع شرط در حقوق ایران چنین بیان شده است: بیع شرط (بیع الوفا، بیع الخيار، بیع بلائمن، بیع شرطی، بیع با خيار شرط) عبارت است از بیع عین شخصی، (غالباً غیر منقول)، به شرط آن که اگر بایع ثمن را پس بدهد بتواند استرداد مبیع کند. در این بیع عمداً موازنه‌ی ارزش عوضین به هم می‌خورد و برخی از حقوقدانان حتی در صدق ماهیت بیع بر آن تردید نموده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۷۰) در قانون مدنی و در مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ مقرراتی در این خصوص وضع گردیده است. در ماده ۴۶۰ قانون مدنی چنین آمده است: در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافعی خيار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید. عبارت ماده ۵۰۰ قانون مدنی نیز چنین است: در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خيار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافعی با حق خيار بایع باشد به‌وسیله‌ی جعل خيار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافعی با حق بایع باشد باطل خواهد بود. مفاد این مقررات و مقایسه آن با مفاد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی سبب شده تا در خصوص تفسیر مقررات فوق و تعیین وضعیت تصرفات من علیه الخيار و من علیه الشرط، اقوال گوناگونی میان حقوقدانان وجود داشته باشد که توضیح برخی از آن‌ها در قسمت قبلی گذشت. عبارات مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی و تناقضی که در مفاد آن وجود دارد، موجب شده تا برخی از حقوقدانان برای تفسیر مواد فوق‌الذکر و بیان حکم تصرفات من علیه الخيار قائل به تفکیک خيارات از یکدیگر شده و برای هر گروه از آن‌ها حکم جداگانه‌ای را بیان نموده‌اند. به اعتقاد ایشان اگر خيار اصلی (که از طریق شرع و قانون ثابت است) باشد به علت عدم معین بودن و معین نبودن زمان ایجاد سبب آن، تصرف در مدت خيار جایز است؛ چراکه در حقوق ایران، قاعده کلی این است که مالکیت از زمان انعقاد عقد تحقق پیدا می‌کند و به سبب وجود خيار نمی‌توان مالکیت من علیه الخيار را مالکیتی متزلزل دانست؛ بدین علت که قانون‌گذار به تبعیت از نظر مشهور در فقه امامیه مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ در قانون مدنی را وضع نموده و حکم این موارد را روشن ساخته است. اما در مورد خيار اشتراط (در مقابل خيار اصلی) تصرف جایز نیست زیرا اراده ضمنی طرفین با قرار دادن خيار بر عدم انجام تصرفات ناقله بر من علیه الخيار بوده است. آن چه از تقریرات دکتر جعفری لنگرودی در این خصوص برداشت می‌شود آن است که ایشان تصرفات من علیه الخيار را جایز ندانسته و دلیلی که برای این نظر ارائه نموده اند آن است که در خيار، اعاده مالکیت طرفین، اصل اساسی می‌باشد. پس خيار بایع باب اعاده مالکیت را مفتوح می‌خواهد و حال آن که، معاملات مشتری با ثالث، در جهت سد باب اعاده است. اگرچه ایشان در ادامه قدر مسلم در این خصوص را در بیع شرط دانسته اند؛ چرا که قصد استرداد مبیع مصرح در عقد بیع شرط است. البته ایشان در ادامه، تصرفات حقوقی خریدار بیع شرطی با ثالث بدون کسب اذن از بایع را در صورتی صحیح می‌دانند که با حفظ حقوق بایع صورت گیرد. مثلاً مبیع را که خانه است اجاره بدهد به مدتی زیاده از خيار بایع ولی به مستأجر بگوید که بایع در فلان مدت، خيار دارد، اگر فسخ بیع کند اجاره هم تبعا در زاید بر آن مدت منفسخ است اگر اجاره را تنفیذ نکند و اگر تنفیذ کند عقد اجاره تا پایان مدت می‌ماند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، صص ۱۶۶-۱۶۷ و ۲۲۷-۲۲۸) دکتر شهیدی نیز در این خصوص این‌طور اظهار داشته‌اند که در خيار شرط، مشروط علیه، حق انتقال و تغییر و اتلاف مورد معامله را ندارد؛ زیرا در خيار شرط، در حقیقت مالکیت خریدار نسبت به مبیع کاملاً استقرار پیدا نکرده و رابطه فروشنده با مبیع، کاملاً قطع نشده است؛ بنابراین به دلیل وجود یک نوع علاقه، بین فروشنده و مبیع، خریدار نمی‌تواند در مبیع تصرفی کند که با حق بایع منافات داشته باشد، به‌طوری که هرگاه اراده کند عقد را فسخ کند، نتواند عین مبیع را با همان وضعیت قبل از عقد

پس بگیرد؛ اما در مورد سایر اختیارات وضع چنین نیست و خریدار می‌تواند با وجود خیار برای فروشنده، هر نوع تصرفی که بخواهد در مبیع انجام دهد؛ طرفین وجود حق فسخ را برای دارنده آن اراده نکرده‌اند و حق فسخ مزبور به حکم قانون برای این شخص به وجود آمده است. (شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۷۶) در خصوص وضعیت حقوقی معاملات متعاقب بیع شرط و نیز ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم تصرف ناقل، نیز میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. ریشه این اختلاف نظر را باید در مفهوم عبارت بطلان در ماده ۴۵۴ قانون مدنی جست‌وجو نمود. دکتر کاتوزیان بطلان در این ماده را به معنای قابل ابطال دانسته و در توضیح آن بیان نموده‌اند، در صورتی که شرط مزبور در قالب شرط ترک فعل حقوقی باشد و منتقل الیه بر طبق مفاد آن شرط، تعهد نماید که از انتقال مال خودداری کند، ضمانت اجرای تخلف از آن، بطلان انتقال نیست. زیرا، مالک حق عینی متعلق به خود را انتقال داده است و التزام شخصی وی نمی‌تواند به معامله ثالث (طرف معامله دوم) صدمه بزند. بلکه تخلف از تعهد مذکور تنها به مشروط له اختیار فسخ معامله به استناد خیار تخلف از شرط را می‌دهد و البته فسخ قرارداد مانع از مطالبه خسارت ناشی از عهدشکنی مشروط علیه نیست. اما اگر شرط مانع انتقال به این صورت درج گردد که حق انتقال گیرنده را از مالک سلب و ساقط نماید، در نتیجه محدودیت مزبور در برابر هر انتقال گیرنده‌ای قابل استناد است. لذا اگر مشروط علیه از شرط تخلف نماید و مال را به دیگری انتقال دهد، مشروط له می‌تواند به چند وسیله برای حفظ حقوق خود دست زند:

الف: فسخ قرارداد اصلی به استناد تخلف از شرط؛ اخذ خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، هر چند که موضوع تعهد در فرض مزبور منفی است. منتها باید توجه داشت که با فسخ قرارداد اصلی یا ابطال معامله مالک، بخشی از خسارت جبران و وی تنها می‌تواند خسارت بخش جبران نشده را بستاند.

ب: درخواست ابطال انتقال از دادگاه. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۴۰)

گروهی دیگر از حقوقدانان در این خصوص بیان نموده‌اند که به نظر می‌رسد در صورتی که شرط ضمن عقد، ترک فعل حقوقی باشد و مشروط علیه از مفاد شرط تخلف کند، فعل حقوقی انجام شده باطل است. (قاسم زاده و همکاران، ۱۳۹۳، صص ۱۶۹-۱۷۰) برخی دیگر از حقوقدانان نیز این طور نظر داده‌اند که در چنین معاملاتی، سرنوشت معامله در اختیار ذوالخیار قرار داده شود و قائل به این شد که معامله مزبور به قیاس اولویت، حداقل در حکم معاملات فضولی به معنای اعم باشد؛ بنابراین در صورت عدم تنفیذ از سوی او معامله محکوم به بطلان باشد و در غیر این صورت، معامله صحیح تلقی شود. (محقق داماد، ۱۳۹۳، صص ۲۷۴-۲۷۵)

وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخیار در رویه قضایی

همان‌گونه که ملاحظه گردید ابهام و اجمال موجود در مقررات قانون مدنی در خصوص جواز یا عدم جواز تصرفات من علیه الخیار و نیز وضعیت حقوقی معاملات متعاقب تصرفات ناقله من علیه الخیار، سبب ایجاد تفاسیر متعدد از این مقررات قانونی و اختلاف نظر حقوقدانان در این زمینه شده است. به تبع اختلاف نظرهای موجود در این زمینه، قضات و در نتیجه رویه قضایی در این زمینه نیز دچار اختلاف نظر شده و نتیجه این اختلاف نظرها سبب صدور آرای مشتت از محاکم در این خصوص گردیده است. تشتت آرا در این خصوص به حدی بود که باعث شد موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردد و نهایتاً رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ در این خصوص اصدار گردد. منطوق رأی وحدت رویه موصوف چنین است: مستفاد از مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵ و ۴۵۴ قانون مدنی، چنانچه در ضمن عقد بیع، شرط شود در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین شده، فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد، با تحقق شرط و اعمال حق

فسخ ولو اینکه خریدار بدون در نظر گرفتن حق فسخ، مبیع را به شخص دیگری فروخته باشد، مبیع باید به بایع مسترد شود و عدم اطلاع خریدار بعدی از شرط مذکور با توجه به درج آن در متن قرارداد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص و حق تقدم مالک، موجب بی‌اثر شدن شرط و زوال حق مالک اولیه نسبت به عین مال نخواهد بود...

از مفاد رأی وحدت رویه مذکور چنین مستفاد می‌شود که هرگاه به دلایلی امکان اطلاع خریدار از خیار تخلف از شرط وجود نداشته باشد، انحلال قرارداد اول بر اثر فسخ ذوالخیار، تأثیری بر قراردادهای بعدی از جمله تصرفات ناقله من علیه الخیار ندارد. با بررسی پرونده‌هایی که زمینه‌ساز طرح موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور و نتیجتاً صدور رأی وحدت رویه گردیده است می‌توان نتیجه گرفت، آنچه در آن پرونده‌ها برای انحلال عقد در صورت عدم پرداخت ثمن در موعد معین مورد توافق طرفین بوده، ماهیتاً خیار تخلف از شرط است. با توجه به اینکه قضات دیوان عالی کشور برای مستندات نظر خود در رأی وحدت رویه مزبور به مواد ۲۲۵ و ۴۵۴ قانون مدنی اشاره نموده‌اند، به نظر می‌رسد قضات دیوان عالی کشور نیز نظر به تفکیک خیارات و تقسیم آن‌ها به خیارات قانونی و قراردادی داشته و در خیارات قراردادی مثل خیار شرط و خیار تخلف از شرط، عرف مسلم و قطعی افراد جامعه را در این خصوص، بر استرداد عین معامله در صورت فسخ قرارداد و شرط بقای عین و انجام ندادن تصرفات ناقله توسط من علیه الخیار دانسته‌اند. زمانی که دیوان عالی کشور در خیار تخلف از شرط حق بایع را بر خریدار ثالث مقدم شمرده است، به قیاس اولویت و با توجه به مفاد مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی، می‌توان نتیجه گرفت دیوان در خصوص خیار شرط و بیع شرط نیز در صورت طرح موضوع در آن، همین نظر را خواهد داشت. نکته مهمی دیگری که باید در خصوص این رأی وحدت رویه به آن اشاره نمود آن است که حق تقدم بایع در استرداد مبیع نسبت به اشخاص ثالث انتقال گیرنده مطلق نیست و این حق تحت شرایطی به بایع تعلق می‌گیرد؛ بدین توضیح با توجه به عبارت رأی وحدت رویه مزبور برای اعمال حق تقدم بایع، باید حق فسخ در قرارداد درج شده باشد. درج حق فسخ به سبب اطلاع خریدار از این موضوع است و به‌تنهایی موضوعیت ندارد و چه بسا این حق در قرارداد گنجانده نشده باشد ولی به‌صورت شفاهی چنین شرطی بر خریدار شده باشد در این صورت با توجه به آگاهی خریدار به مفاد شرط (حق فسخ) در صورت انتقال مبیع مشمول حکم رأی وحدت رویه خواهد شد. از طرفی اگر حق فسخ در قرارداد درج شده باشد ولی خریدار از مفاد آن آگاهی پیدا نکند، با توجه به اینکه افراد متعارف در جامعه هنگام انعقاد معامله از تمام شروط مندرج در آن آگاهی می‌یابند؛ فلذا در این صورت عدم آگاهی خریدار باعث خروج معامله ایشان از حکم مقرر در رأی وحدت رویه نمی‌شود. این موضوع از عبارت (به اقتضای رفتار متعارف اشخاص) از حیث اطلاع از مفاد شرط، برداشت می‌شود. اما علی‌رغم آن که انتظار می‌رفت صدور رأی وحدت رویه پایانی بر تمامی اختلاف‌نظرها در خصوص جواز یا عدم جواز تصرفات من علیه الخیار و وضعیت حقوقی معاملات متعاقب ایشان باشد؛ لکن رأی وحدت رویه مزبور به وضعیت حقوقی معاملات متعاقب فسخ قرارداد اولیه به جهت اعمال خیار ذوالخیار و نیز وضعیت حقوقی معاملات متعاقب بیع شرط هیچ‌گونه اشاره‌ای نداشته و وضعیت قراردادهای بعدی را در صورت انحلال قرارداد نخست مشخص نکرده است و صرفاً به امکان استرداد مبیع توسط بایع نخست اشاره نموده است؛ درحالی که استرداد مبیع فرع بر بطلان یا انحلال قرارداد بعدی است و تا زمانی که قراردادهای بعدی صحیح هستند، امکان استرداد مبیع از خریداران لاحق وجود ندارد. در خصوص وضعیت حقوقی این قبیل معاملات سابقاً نظریات فقهی و حقوقی بیان گردید و در این بخش تنها به

ذکر این نکته بسنده خواهد شد که برخی از حقوقدانان با بهره‌گیری از سابقه فقهی و نیز سابقه تقنینی رأی وحدت رویه مزبور، وضعیت حقوقی مناسب برای این‌گونه معاملات را، وضعیت مراعی دانسته و بیان نموده‌اند، صاحب‌خیار (فروشنده) حق بالفعل در موضوع معامله ندارد تا برای حمایت از آن ضمانت اجرای عدم نفوذ مقرر شود؛ بلکه حق وی بالقوه است و ضمانت اجرای مناسب این وضعیت، نظریه مراعی است. ایشان همچنین در ادامه بیان نموده‌اند که در مورد بیع شرط نیز، اگرچه ماده ۴۶۰ قانون مدنی وضعیت حقوقی معامله منافی با خیار بایع را مشخص نکرده است، اما این تصرفات را نیز باید مراعی دانست. ایشان در ادامه و در پاسخ به این پرسش که اگر صاحب‌خیار (بایع) حق خیار خویش را اعمال کند و معامله را برهم بزند، آیا معامله خریدار بر مبیع از آغاز باطل می‌شود یا نسبت به پس از فسخ عقد نخست منفسخ می‌شود؟ چنین پاسخ داده‌اند که با انحلال عقد نخست کشف می‌شود که مشتری از ابتدا حق انجام معامله بر مبیع را نداشته و در نتیجه معامله دوم باطل بوده... چراکه با اعمال حق فسخ و انحلال عقد اول، حق تملک بایع و مالکیت بالقوه او به مالکیت بالفعل تبدیل می‌شود که به دلیل شرط قراردادی، مالکیت مبیع به بایع برگشته است؛ و از این رو کشف می‌شود که معامله خریدار در مبیع، در حقیقت معامله نسبت به مال فروشنده بوده است. در نتیجه از این به بعد، قواعد معامله فضولی اجرا می‌شود... منتها عقود بعدی از حین فسخ عقد نخست توسط بایع و نسبت به آینده باطل می‌شوند، نه اینکه از ابتدا باطل باشد، چراکه خریدار تا زمان فسخ معامله نخست، مالک مبیع بوده و تصرفات او در ملک خود درست بوده و دلیلی بر بطلان آن‌ها از آغاز انعقاد عقد وجود ندارد. (جواهرکلام، ۱۴۰۱، صص ۲۰۲-۲۰۴) لازم به ذکر است در پیش‌نویس رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ نیز نظریه مراعی به عنوان وضعیت معاملاتی که قبل از فسخ عقد نخست منعقد شده، پذیرفته شده، اما در متن نهایی حذف شده است. عبارت متن پیش‌نویس رأی وحدت رویه بدین شکل بود: چنان‌چه خریدار تا پیش از انقضای مواعد مذکور و انتفای شرط، مبیع را به دیگری منتقل کند، به لحاظ آن که مبیع متعلق حق فروشنده است، چنین انتقالی نافذ نیست (مراعی است)...

معاملات با شرط فاسخ

در ادامه مباحث فوق لازم است تا به وضعیت این قبیل معاملات نیز پرداخته شود. اگرچه در فقه امامیه مبحث مستقلاً تحت این عنوان مطرح نگردیده است. اما فقهای امامیه ذیل بیان وضعیت حقوقی تصرفات من علیه‌الخیار در این خصوص نیز اظهارنظر نموده‌اند. اختلافاتی که در خصوص وضعیت حقوقی معاملات من علیه‌الخیار و من علیه‌الشرط در بیع شرط، در فقه امامیه و حقوق ایران بیان شد، در خصوص وضعیت حقوقی من علیه‌الشرط (شرط فاسخ) نیز وجود دارد. در خصوص ماهیت شرط فاسخ گفته شده، معلق کردن انفساخ معامله بر فعل یا ترک فعل است. امروزه استفاده از شرط فاسخ به‌عنوان ابزاری برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد و متعادل نمودن حقوق طرفین قرارداد امری رایجی شده است. شرط فاسخ معمولاً به این صورت در معاملات گنجانده می‌شود که اگر خریدار در موعد مقرر ثمن معامله را پرداخت ننماید، بیع منفسخ شود. فلسفه ایجاد شرط فاسخ در معاملات، حمایت از فروشنده در زمان اعسار بایع و جلوگیری از سوءاستفاده خریداران سودجو است. با توجه به مشابهت این مبحث با مباحث وضعیت معاملات تصرفات من علیه‌الخیار و بیع شرط، از بیان مبسوط نظرات فقهی و حقوقی در این خصوص امتناع نموده و به اختصار به بیان نظرات فقهی و حقوقی در این خصوص خواهیم پرداخت.

بررسی جواز یا عدم جواز تصرفات من علیه الشرط و وضعیت حقوقی معاملات متعاقب

برخی از حقوقدانان معتقدند، اثر شرط فاسخ، سقوط تعهد و تحقق آن به صورت قهری و ناظر به آینده است و در روابط قراردادی سابق میان متعاقدين اثری ندارد. اثر شرط فاسخ مانند خيارات قانونی است و به نظر می‌رسد نظریه‌ای که در فقه امامیه در خصوص وضعیت حقوقی معامله مشتری نسبت به مورد مبیع در دوران خيار غبن و پس از اعمال فسخ از سوی بايع را صحيح دانسته و مورد معامله را در حکم تلف می‌داند، صحيح باشد. (صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴، ص ۷۷) این گروه از حقوقدانان نظر به جواز تصرفات ناقله من علیه الشرط فاسخ داشته و معاملات ایشان را صحيح دانسته و در صورت انفساخ معامله اول، مشتری (مشروط علیه) مکلف به بازگرداندن بدل مورد معامله است. برخی از حقوقدانان و فقهای امامیه نظر به بطلان تصرفات و عدم جواز من علیه الشرط فاسخ دارند. ایشان معتقدند در عقد با شرط فاسخ، نسبت به مورد معامله برای مشروط له حقی بوده و مورد معامله ملک طلق خریدار نبوده؛ فلذا تصرف در آن، تصرف در مال غیر بوده و محکوم به بطلان است. عده‌ای دیگر از حقوقدانان نظر به غیرقابل استناد بودن چنین معاملاتی دارند و برای توجیه نظر خود چنین بیان نموده‌اند که به نظر می‌رسد اقتضای قاعده جمع حقوق مشروط له و اشخاص ثالث و مشروط علیه و همچنین اصل نسبی بودن اثر قراردادها این است که چنین معاملاتی را غیرقابل استناد یا غیر نافذ نسبی تلقی کرد یعنی عقد مزبور در رابطه با طرفین معامله (من علیه الشرط و خریدار ثالث) نافذ و معتبر بوده ولی در برابر مشروط له در حکم باطل بوده و غیرقابل استناد است. (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۷) برخی از حقوقدانان بعد از اینکه بیان نموده‌اند در حالتی که عقد همراه با شرط فاسخ باشد نوعی حق عینی برای مشروط له در مبیع ایجاد و آن را از حالت طلق بودن خارج می‌کند؛ فلذا مالکیت خریدار متزلزل بوده و از انجام تصرفاتی که منافی حق بايع است ممنوع می‌شود و در صورت اقدام منافی از سوی مشتری باید قائل به عدم نفوذ معامله معارض با شرط فاسخ بود. (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۵) ایشان در ادامه بیان نموده‌اند که اگرچه معامله معارض انجام شده از سوی مشتری رضای مالک را به همراه دارد، ولی فاقد رضای صاحب حق است؛ بنابراین، معامله غیر نافذ است و در صورت اجازه مشروط له (بايع معامله اول) نافذ می‌شود و در صورت رد وی باطل می‌گردد. برخی دیگر از حقوقدانان، وضعیت معاملات مزبور را مراعی می‌دانند. ایشان برای اثبات ادعای خویش اظهار داشته‌اند که در وضعیت مراعی، هدف تضمین حقوق ذی‌نفع ثالث (مالک بالقوه) است. قاعده نیز این است که در صورت مردد بودن میان ضمانت اجرای خفیف و شدید باید ضمانت اجرای خفیف را انتخاب کرد. وضعیت مراعی از وضعیت موقوف (عدم نفوذ) خفیف‌تر است، زیرا در عقد موقوف به دلیل نبود یکی از شرایط اعتبار عقد، عقد تا حصول شرط یاد شده فاقد اثر دانسته می‌شود و فقط هنگامی که عقد نافذ می‌شود که شرط مفقود، حاصل گردد؛ مانند معامله فضولی. اما مراعی وضع معامله‌ای است که آن معامله دارای تمام شرایط صحت بوده و صرفاً شخص ثالثی در مال دارای حق است. در معامله معارض با شرط فاسخ، معامله از حیث مقتضی هیچ مشکلی ندارد، زیرا تمامی شرایط صحت معامله در آن موجود است؛ ولی به علت اینکه شرط ضمنی موجود در معامله برای مشروط له حق عینی ایجاد می‌کند، مانعی در آن وجود دارد که همان تعلق حق مشروط له نسبت به مورد معامله است و معامله یاد شده در وضعیت مراعی قرار دارد. (نیک نژاد، ۱۴۰۱، صص ۲۵۴-۲۵۵)

بیع معلق

مطابق مقررات قانون مدنی و در تعریف عقد معلق باید بیان داشت عقدی است که تأثیر آن برحسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد. درواقع در بیع معلق با تعلیق در منشأ، اثر عقد قبل از تحقق معلق علیه حاصل نمی‌شود. اگرچه در بیع معلق، اثر آن پس از تحقق معلق علیه محقق می‌گردد ولی این امر بدین معنا نیست که عقد معلق پیش از حصول شرط تعلیقی هیچ‌گونه اثری نداشته باشد. به‌عنوان مثال در عقود تملیکی معلق همچون بیع معلق نوعی مالکیت متزلزل برای خریدار به وجود می‌آید. پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می‌گردد آن است که با توجه به مالکیت تعلیقی که قبل از حصول معلق علیه برای خریدار به وجود می‌آید، آیا می‌تواند در مبیع تصرفات ناقله صورت دهد و مبیع را به دیگری واگذار نماید؟ اگر چنین اختیاری دارد، وضعیت حقوقی معاملات متعاقب خریدار در بیع معلق چه خواهد بود؟ در گفتار پیش رو پاسخ پرسش‌های ذیل را در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران بررسی خواهیم نمود.

وضعیت حقوقی تصرفات منافی نسبت به عقد معلق در فقه امامیه

با بررسی منابع فقهی متوجه خواهیم شد فقهای امامیه به‌صورت مبسوط و مجزا به این مسئله نپرداخته و بیشتر به مسئله صحت و بطلان عقد معلق تمرکز داشته‌اند و پیرامون این موضوع نظریات مختلفی را بیان کرده‌اند. عده‌ای از فقهای امامیه با قبول این مسئله که در بیع معلق نوعی حق عینی برای خریدار ایجاد می‌شود، حکم تصرفات منافی با حق عینی را به این معاملات تسری می‌دهند. اگرچه در این مورد نیز میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. برخی از ایشان معاملات معارض با حق عینی را باطل دانسته و برای اثبات صحت ادعای خود این چنین استدلال کرده‌اند که دلیل بطلان عبارت است از تعلق حق مشروط له به مورد شرط است و تصرف مشروط علیه، تصرف در متعلق حق غیر است. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۲) عده‌ای دیگر از فقهای امامیه نیز که نظر به بطلان چنین معاملاتی دارند برای اثبات ادعای خود چنین استدلال کرده‌اند که قرارداد متعارض متعلق نهی قرار گرفته است، فلذا با توجه به اینکه انجام تعهد و وفای به عهد اقتضای نهی از تصرفات معارض را دارد و مقتضای نهی از معامله معارض، بطلان آن است. درواقع حکم تکلیفی نهی به اثر وضعی معامله سرایت داشته و اثر آن بطلان معامله شده است. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، صص ۲۳۲-۲۳۳) گروهی دیگر از فقهای امامیه با مقایسه معامله فضولی با معاملات معارض حق عینی این‌گونه نتیجه گرفته‌اند که چون در معامله فضولی که برای فضول در مال مورد معامله هیچ حقی اعم از عینی و دینی وجود ندارد و معامله او نسبت به مال غیر بوده و در حالی که مطابق نظر مشهور در میان فقهای امامیه عدم نفوذ چنین معاملاتی است؛ فلذا به طریق اولی در معاملات معارض حق عینی نیز باید نظر به عدم نفوذ این معاملات داشت نه بطلان آن‌ها، چراکه در این معاملات شخص حق مالکیت هرچند به‌صورت محدود در مال مورد معامله دارد. در مقابل عده‌ای دیگر از فقهای امامیه نظر به صحت چنین معاملاتی داشته و برای توجیه نظر خود چنین بیان نموده که در این معاملات، چون مالکیت مال مورد معامله برای متعهد حق عینی است، فلذا مطابق با قاعده سلطنت حق هرگونه تصرفی را در مال خویش داشته و تصرفات ایشان نمی‌تواند باطل یا غیر نافذ باشد (بهرامی خوشکار و عسگری، ۱۳۹۸، صص ۳۴-۳۵).

وضعیت حقوقی تصرفات منافی نسبت به عقد معلق در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران و در میان آثار حقوقدانان نیز به سبب عدم وجود پیشینه فقهی و نیز عدم وجود مقرراتی در این خصوص، کمتر به این موضوع و جزئیات آن پرداخته شده. با این وجود می‌توان اشاراتی در این خصوص در آثار برخی از حقوقدانان بزرگ در این زمینه مشاهده نمود. به عنوان نمونه یکی از حقوقدانان بزرگ در این زمینه این گونه اظهار نظر نموده که پس از انشای عقد معلق ناقل مربوط به عین معین و پیش از وقوع معلق علیه، وضعیت حقوقی نهایی هر نوع معامله موجب انتقال عین یا منفعت یا حق مربوط به عین مزبور، که به وسیله مالک منعقد می‌شود، نامعلوم است. اگر معلق علیه تحقق پیدا کند، ماهیت عقد معلق نیز محقق می‌شود و مورد معامله به مالکیت طرف عقد معلق در خواهد آمد و در نتیجه عقد دوم باید غیر نافذ دانسته شود که با تنفیذ مالک فعلی نافذ می‌گردد و هرگاه معلق علیه واقع نشود، عقد معلق نیز تحقق پیدا نمی‌کند و عقد دوم در این صورت، نافذ است، اما صرف نظر از سرنوشت نهایی عقد دوم باید دید عقد دوم پیش از حصول معلق علیه عقد اول از نظر حقوقی چه وضعیتی دارد. ناپیدا بودن وضعیت نهایی عقد معلق ملازمه با مجهول بودن وضعیت فعلی عقد دوم ندارد. تحقق ماهیت عقد معلق را به علت وابسته بودن تحقق آن به امر دیگر، باید پیش از وقوع معلق علیه، منتفی دانست که بر این اساس نمی‌توان آن را نافذ یا غیر نافذ تلقی کرد. اما عقد دوم که به طور منجز انشاء شده است، در هر حال باید، از نظر حقوقی وضعیتی داشته و صحیح، نافذ یا باطل باشد. روشن است که آن را نمی‌توان باطل دانست زیرا در صورت بطلان، حتی پس از معلوم شدن عدم حصول معلق علیه عقد نخست نیز عقد دوم کأن لم یکن خواهد بود و نمی‌تواند اعتبار پیدا کند. همچنین بی‌تردید عقد مزبور نافذ هم نمی‌تواند باشد چون پس از حصول معلق علیه عقد اول، مورد عقد متعلق به منتقل الیه آن عقد معلق خواهد بود که بر اساس قول کشف نسبت به منافع و نمائات مورد معامله در فاصله انشاء تا تحقق معلق علیه، هیچ قسمت از منافع مورد معامله را نمی‌توان متعلق به خریدار دوم دانست. بنابراین، عقد دوم را در حالت پیش از تحقق معلق علیه عقد نخست، باید غیر نافذ تلقی کرد، زیرا عدم نفوذ وضعیت هر عقدی است که فاقد رضای شخص مالک و دارنده حق نسبت به مورد عقد باشد. (شهیدی، ۱۳۷۷، صص ۱۰۴-۱۰۵) گروهی دیگر از حقوقدانان نظر به صحت قراردادهای مزبور دارند و پس بیان انتقادات نسبت به نظریات بطلان و عدم نفوذ قراردادهای مزبور اظهار داشته‌اند که نمی‌توان قرارداد معارض را باطل دانست، چرا که ممکن است معلق علیه هیچ‌گاه حاصل نشود و در این صورت با باطل قلمداد کردن قرارداد معارض، منافع متعهد در معلق به خطر بیفتد. ایشان در ادامه بیان نموده‌اند که موضوع معامله (در عقد معلق) به همراه همان عقد عینی غیر بر روی آن به متعهد له قرارداد معارض منتقل می‌شود و لذا معامله ثانیه را با وجود حق عینی غیر، صحیح تلقی می‌نماییم. ایشان در خصوص حقوق منتقل الیه نیز بیان داشته‌اند، اگر دانسته اقدام به انعقاد معامله نماید که علیه خود اقدام نموده و اگر دانسته اقدام به انعقاد معامله نموده باشد دارای اختیار است و خیارش دفعاً لاضرر بوده و از شعب خیار عیب است. (بهرامی خوشکار و عسگری، ۱۳۹۸، صص ۴۴-۴۵) در نهایت اما گروهی دیگر از حقوقدانان نظر به مراعی بودن وضعیت چنین معاملاتی دارند. ایشان برای توجیه استدلال خویش بیان نموده‌اند معامله مذکور (معامله معارض با عقد معلق) توسط بایع از مصادیق بیع مالی است که طلق نیست و نه از قبیل معاملات فضولی و بالطبع دارای همان ضمانت اجرای معامله نسبت به مالی است که طلق نباشد. ایشان در ادامه بیان نموده، واژه مراعی هنگامی به کار می‌رود که مشخص شدن وضعیت یک عمل حقوقی منوط به تعیین تکلیف وضعیت امر دیگری است؛

ضمناً، وضعیت مراعی در مواردی استعمال می‌شود که عمل حقوقی از حیث مقتضی و ساختار نقصانی نداشته باشد. از نظر ایشان تعیین تکلیف حقوق منتقل الیه مانعی است که پس از مشخص شدن وضعیت معلق علیه تکلیف معامله مزبور روشن خواهد شد. ایشان در ادامه و در خصوص وضعیت عقد معارض که مراعی بوده قبل از تحقق معلق علیه، این چنین آورده‌اند که پاسخ این مسئله، فرع بر این است که آیا تحقق معلق علیه کاشف است یا ناقل. چنانچه تحقق معلق علیه ناقل باشد، معامله معارض بایع از تاریخ تحقق معلق علیه منفسخ می‌شود؛ زیرا قبل از آن عقد موصوف هیچ مشکلی ندارد؛ ولی اگر تحقق معلق علیه کاشف باشد، در این صورت با تحقق معلق علیه کشف می‌شود که معامله معارض از روز اول غیر نافذ بوده است. (نیک نژاد، ۱۳۹۶، صص ۱۶۵-۱۶۹)

بررسی و مقایسه مصادیق مختلف وضعیت حقوقی عدم نفوذ

همان‌گونه که در مطالب پیشین عنوان گردید، به جز مصادیقی که برای وضعیت حقوقی عدم نفوذ میان حقوقدانان و نیز در فقه امامیه، شهرت یافته است؛ مصادیقی دیگری وجود دارد که در فقه امامیه و نیز حقوقدانان برای آن‌ها ضمانت اجرای عدم نفوذ را مناسب دیده‌اند. قانون‌گذار نیز در برخی از مقررات قانون مدنی برای وضعیت یک عمل حقوقی از عبارت عدم نفوذ بهره برده است. به‌عنوان مثال در ماده ۸۷۱ قانون مدنی آمده است: هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبوره نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را برهم زنند. البته که در تفسیر مفهوم عدم نفوذ در این ماده میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد، لکن برخی آن را به عدم نفوذ اصطلاحی تعبیر نموده‌اند. گاهی نیز قانون‌گذار از عباراتی بهره جسته که حقوقدانان از آن به عدم نفوذ تعبیر کرده‌اند. به‌عنوان مثال، در ماده ۴۶۰ قانون مدنی آمده است: در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافعی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید. به عقیده برخی از حقوقدانان، مقصود از عبارت نمی‌تواند در این ماده، عدم قدرت وضعی و ضمانت اجرای آن عدم نفوذ است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۵۴) اما به‌راستی آیا تمام مصادیقی که حقوقدانان برای آن‌ها وضعیت حقوقی عدم نفوذ را برگزیده‌اند، همگی دارای خصوصیات واحد بوده و دارای آثار و احکام یکسان هستند؟ آیا اعمال حقوقی مثل معاملات فضولی و اکراهی و دیگر مصادیقی که برخی از حقوقدانان برای آن‌ها ضمانت اجرای عدم نفوذ در نظر گرفته‌اند مثل معاملات به‌قصد فرار از دین، معاملات متعاقب عقود خیاری یا دارای شرط فاسخ، معاملات ورثه متوفی پیش از پرداخت دیون و سایر اعمال حقوقی که توضیح آن‌ها گذشت، دارای شرایط مشابه بوده که بتوان همه را تحت حکم واحد عدم نفوذ قرار داد؟ با بررسی مصادیق فوق‌الذکر به نظر می‌رسد پاسخ به پرسش فوق منفی باشد. در معاملات فضولی و اکراهی، و پیش از تنفیذ معامله، عقد فاقد هرگونه اثر حقوقی بوده و تنها پس از تنفیذ است که از ابتدا واجد اثر می‌شود. به عبارت دیگر در این عقود به دلیل فقدان برخی از شرایط اساسی صحت معاملات که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده است، مقتضی تأثیر عقد کامل نیست و تشکیل عقد و واجد اثر شدن آن موقوف به حصول شرط که در معاملات مذکور اجازه مالک است، می‌باشد. این در حالی است که با تدقیق در سایر مصادیق عدم نفوذ همچون معاملات به قصد فرار از دین، معاملات متعاقب عقود خیاری یا دارای شرط فاسخ، معاملات ورثه متوفی پیش از پرداخت دیون، می‌توان به این نتیجه رسید که این عقود از حیث مقتضی هیچ‌گونه نقصی ندارند و برخلاف معاملات فضولی و اکراهی دارای تمامی شرایط صحت و اساسی تشکیل عقود می‌باشند. تنها چیزی که باعث شده تا برخی از فقهای امامیه و حقوقدانان این معاملات را در زمره مصادیق وضعیت حقوقی

عدم نفوذ قرار دهند، تعلق حقوق اشخاص ثالث به مورد معامله است. تعلق حقوق اشخاص ثالث به مورد معامله باعث می‌شود که مورد معامله از حالت آزاد بودن آن یا به اصطلاح طلق بودن خارج گردد؛ بنا به نظر مشهور در میان فقهای امامیه و آنچه در قانون مدنی مقرر شده، طلق بودن مورد معامله از شرایط صحت و اساسی تشکیل معاملات بشمار نیامده و به نظر می‌رسد فقدان آن تنها سبب ایجاد مانعی از تأثیر معاملات باشد. در این معاملات تمام شرایط صحت و اساسی تشکیل معاملات موجود است و تنها تعلق حقوق اشخاص ثالث به مورد معامله، مانع نفوذ عقد می‌شود. فقهای امامیه و به تبع ایشان، حقوقدانان، وضعیت حقوقی این قبیل معاملات را مراعی دانسته‌اند. فلذا به صورت اجمالی، مراعی را وضعیت عقدی دانسته‌اند که تمام شرایط صحت معاملات را داراست لکن مانعی سبب تأثیر عقد است. در خصوص اینکه رابطه عدم نفوذ اصطلاحی و وضعیت حقوقی مراعی چیست، میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی آن دو را قسیم یکدیگر دانسته و به نوعی عدم نفوذ را مفهومی عام دانسته که به دو نوع عدم نفوذ موقوف و عدم نفوذ مراعی تقسیم می‌شود. (رک: کریمی، ۱۳۹۱) برخی دیگر به عکس اعتقاد دارند وضعیت مراعی بیانگر مفهومی اعم از مفهوم اصطلاح غیر نافذ است. (رک: محق داماد و همکاران، ۱۳۹۴) و در نهایت عده‌ای نیز معتقدند مراعی، وضعیتی مستقل بوده و در عرض سایر وضعیت‌های حقوقی دیگر همچون صحت، بطلان و عدم نفوذ است. (رک: کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶) صرف نظر از ارتباط وضعیت حقوقی مراعی با وضعیت عدم نفوذ، تلاش می‌گردد تا در ادامه مفهوم و ماهیت وضعیت حقوقی مراعی تبیین گردد تا با مشخص شدن شرایط، احکام و آثار آن، به دقت مصادیق آن استخراج گردیده و از خلط آن با سایر وضعیت‌های حقوقی ممانعت به عمل آورده تا به پاسخ پرسش این پژوهش رهنمون گردیم.

جایگاه وضعیت حقوقی مراعی در نظام حقوقی ایران

شاید بتوان این‌گونه ادعا کرد که حقوقدانان معدودی به تبیین ماهیت این وضعیت حقوقی به شکل مبسوط پرداخته و به بیان آثار و احکام آن و نیز مشخص نمودن مصادیق آن در نظام حقوقی ایران اهتمام ورزیده باشند. این وضعیت حقوقی حتی امروزه در دانشگاه‌های حقوق نیز مهجور واقع شده است و این ناآشنایی با مفهوم حقوقی وضعیت مراعی باعث شده تا حقوقدانان در تعیین ضمانت اجرای مناسب برای بسیاری از اعمال حقوقی به اشتباه رفته و با تعیین ضمانت اجرای نامناسب در بعضی موارد منطق حقوقی در آن موارد را نادیده انگاشته باشند. فلذا نیاز است تا با ارائه تعریفی دقیق این مفهوم حقوقی از دیگر وضعیت‌های مشابه بازشناخته شده و مصادیق آن مشخص شود تا جامعه حقوقی و علی‌الخصوص قضات در محاکم با تعیین صحیح ضمانت اجرای حقوقی اعمال حقوقی از تضییع حقوق افراد جلوگیری کنند.

تعریف مراعی

مراعی اسم مفعول از باب مفاعله و مصدر آن مراعات است و مراعات در لغت به معنای حفظ کردن، مراقبت کردن و منتظر ماندن به اینکه عاقبت و سرانجام امور چه خواهد شد آمده است. معنای اصطلاحی وضعیت حقوقی مراعی به نوعی برگرفته از معنای لغوی آن است و در تعریف اصطلاحی آن آمده است، مراعی وضعیت حقوقی مجهول مال یا عقد است که باید انتظار رفع آن را کشید تا اثر حقوقی را مترتب کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۵، ص ۲۳۰۱) هم‌چنین تعریف دیگری نیز از این وضعیت حقوقی بدین نحو که ارائه شده که، 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، ۱۳۷۸، ص ۱۰۱) با توجه به تعاریف فوق مراعی را باید وضعیت حقوقی عقدی دانست که مقتضی آن موجود است و تنها مانعی بر سر راه نفوذ آن وجود دارد. عده‌ای از حقوق‌دانان با توجه به تعاریف فوق، این‌گونه وضعیت حقوقی مراعی را تعریف کرده‌اند که، مراعی را باید وضعیت حقوقی عقدی دانست که علل اربعه تشکیل‌دهنده آن اعم از فاعلی (اراده متعاقدين)، صوری (ایجاب و قبول)، مادی (موضوع معامله) و غایی (جهت معامله) محقق شده و مقتضی موجود است، اما حق شخص ثالث که جنبه احتمالی دارد، مانع نفوذ مقتضی است. (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶، ص ۶۸۵) به عبارت دیگر مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که تمام شرایط صحت و اساسی تشکیل معاملات را داراست و تنها مانعی بر سر راه نفوذ خود دارد. به همین دلیل عقد در یک دوران مجهول به سر می‌برد و باید منتظر ماند تا تکلیف مانع مشخص شود تا عقد از حالت مجهول خود خارج گردد. اگر مانع برطرف شد کشف می‌گردد عقد از روز نخست انعقاد خود صحیح بوده و در غیر این صورت نتیجه‌ای که به عمل می‌آید بطلان آن خواهد بود. عدم نفوذ عقد در حالت مراعی به سبب وجود مانع نباید این تصور را در ما ایجاد کند که معاملات فضولی و اکراهی نیز به سبب عدم نفوذ خود پیش تنفیذ، مراعی خواهند بود؛ چراکه در عقود غیر نافذ همچون عقود فضولی و اکراهی، شرایط صحت و اساسی تشکیل قراردادها به طور کامل موجود نیستند و این عقود به دلیل فقدان پاره‌ای از این شرایط صحت و اساسی تشکیل قراردادها، اعتبار پیدا نمی‌کنند. در واقع در این عقود به خلاف وضعیت مراعی، مقتضی تأثیر عقد کامل نیست و عقد در این حالت زمانی اعتبار پیدا می‌کند که نقیصه آن برطرف شود. در عقد غیر نافذ، تأثیر عقد متوقف بر حصول شرط (به‌عنوان مثال اجازه مالک در معامله فضولی) است و در مراعی، عقد در حالت انتظار برای رفع مانع به سر می‌برد. در تفاوت شرط و مانع آورده‌اند که شرط، زمینه ساز 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، ص ۲۱۸) آنچه تفاوت این دو نهاد حقوقی از یکدیگر را پررنگ‌تر می‌کند آن است که در عدم نفوذ، شرط مفقود، حالتی بالفعل دارد؛ مانند عقد فضولی که حق مالک، بالفعل بر مورد معامله تعلق گرفته و با فقدان شرط که همانا اجازه مالک باشد، عقد فاقد هرگونه اثر است. لکن در وضعیت مراعی، مانع که همانا حقوق اشخاص ثالث بر مورد معامله است، جنبه بالقوه و احتمالی دارد و ممکن است این حق محقق شود یا اصلاً هیچ‌گاه قطعی نشود. در فقه امامیه نیز تعاریفی مشابهی از مراعی توسط برخی از فقها ارائه شده است. در لسان فقها عدم نفوذ، به عقد موقوف شهرت دارد و فقها برای بیان تفاوت میان موقوف و مراعی بیان نموده‌اند که در عقد موقوف، آنچه حکم به صحت عقد موقوف و منوط به آن است، شرط یا جزء سبب است؛ درحالی‌که در مراعی کشف از چیزی می‌کند که درواقع صحیح است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، ص ۳۶۰).

فلسفه و مبنای وجود وضعیت حقوقی مراعی

همان‌گونه که از تعاریف وضعیت مراعی برمی‌آید، مبنای وضعیت مراعی حمایت از حقوق اشخاص ثالث که معامله اشخاص دیگر، آن را تحت تأثیر قرار داده است. اگرچه مطابق اصل نسبی بودن قراردادها که خود برگرفته از اصل آزادی قراردادها است، طرفین در انعقاد قرارداد با افراد آزاد هستند و دیگران نیز نباید از توافقی دیگران متأثر شوند. لکن به این اصول به‌سان بسیاری از اصول دیگر، استثنائاتی وارد آمده که مثال‌های آن پیش‌تر بیان گردیده است. وضعیت مراعی از حقوق اشخاص ثالثی که با معامله طرفین آن، تحت تأثیر قرار

گرفت، حمایت می‌کند. مانند حق مرتهن که با معامله راهن بر عین مرهونه ممکن است مورد تضییع قرار بگیرد. در این حالت وضعیت مراعی مانع تأثیر معامله می‌گردد تا تکلیف حق مرتهن مشخص شود. وضعیت مراعی علاوه بر آن که از حقوق ثالث حمایت و از حقوق طرفین معامله نیز حمایت می‌کند. با توجه به این که حقوق ثالث قطعی نبوده بلکه احتمالی است، به بطلان معامله طرفین آن، حکم نمی‌دهد؛ بلکه حالت انتظاری ایجاد می‌کند تا حقوق ثالث تعیین تکلیف شود، سپس حکم به واقع داده و کشف می‌کند معامله از روز نخست چه سرنوشتی داشته است. فلذا اولاً با مراعی دانستن معاملات، مالک بی‌جهت از دخل و تصرف در اموال خویش منع نمی‌گردد. در ثانی منتقل الیه تا زمان مشخص شدن حقوق ثالث حق دخل و تصرف در مورد معامله را داشته، البته با این قید که مورد معامله با حق ثالث به او منتقل شده و در صورت عدم تأمین حق ثالث و فرض بطلان معامله، ضامن است و در آخر حق ثالث نیز به نحو مناسبی حمایت و تضمین می‌گردد.

قواعد عمومی وضعیت حقوقی مراعی

برای اینکه بتوان برای یک وضعیت حقوقی یک قاعده عمومی استخراج نمود باید به بیان آثار و احکام آن وضعیت حقوقی پرداخته شود تا بدین طریق مصادیق دقیق آن مشخص شود و از تداخل وضعیت‌های حقوقی مختلف جلوگیری شود. قطعاً اینکه برای یک عمل حقوقی چندین ضمانت اجرا توسط دکترین حقوقی مطرح می‌گردد؛ بدین علت است که ماهیت عمل حقوقی و احکام و آثار وضعیت حقوقی به‌درستی تبیین نگردیده و این موضوع می‌تواند باعث سردرگمی حقوقدانان و بالأخص قضات محاکم شود و با تشتت آرا زمینه بی‌اعتمادی افراد جامعه به دستگاه عدلیه و نیز موجب تضییع حقوق افراد شود. در این قسمت بر آنیم تا با تبیین وضعیت مراعی در اعمال حقوقی، این وضعیت حقوقی را بهتر بشناسیم و در ادامه مصادیق آن را شناسایی نماییم. احکام و آثار وضعیت حقوقی مراعی در دو مرحله قابل بررسی است:

الف: در زمان مراعی بودن عقد و در زمانی که مانعی (وجود حق ثالث) از تأثیر عقد جلوگیری می‌کند.

ب: زمانی مانع برطرف شود یا بالعکس مانع محقق شود و ثالث در جهت احقاق حق خود برآید.

الف: وضعیت عقود در حالت مراعی

هنگامی که عقدی منعقد می‌گردد که حقوق اشخاص ثالث را متأثر می‌نماید، عقد به دلیل برخورد با مانع حقوق ثالث مراعی می‌گردد و به همین دلیل به چنین عقدی، عقدی معارض با حق ثالث نیز گفته می‌شود. در چنین عقود ما همواره با سه شخص مواجه هستیم:

الف- آن که نسبت به انعقاد معامله معارض با حق ثالث اقدام می‌نماید.

ب- آن که طرف معامله با نفر اول است

ج- شخص یا اشخاص ثالثی هستند که حقوق ایشان به موجب انعقاد معامله نفرات اول و دوم تحت تأثیر قرار می‌گیرد.

گفته شد در تعریف وضعیت حقوقی مراعی، عقد به طور صحیح انعقاد پیدا می‌کند، لکن به دلیل وجود یک مانع، سرنوشت نهایی عقد مشخص نیست. پرسش مهمی که در این خصوص مطرح می‌گردد، آن است که وضعیت عقد مراعی میان طرفین آن چگونه است؟ آیا دارای اثر و نفوذ بوده یا همچون عقد غیر نافذ فاقد اثر است؟ در تعریف وضعیت حقوقی مراعی گفته شد، عقدی است که تمامی شرایط صحت را داراست؛ فلذا به نظر می‌رسد عقد میان طرفین صحیح بوده و تمام آثار صحت معاملات بر روابط ایشان حاکم می‌گردد.

به عنوان مثال منافع مورد معامله به ملکیت خریدار درآمده و او می تواند در منافع دخل و تصرف نماید. نکته مهمی که در این خصوص باید بدان توجه نمود آن است که، این انتقال منافع با قید تعلق حق ثالث صورت می گیرد.

ب: وضعیت عقود معارض پس از اعمال حق شخص ثالث

گفته شد در وضعیت مراعی، وضعیت عقد دارای یک ابهام بوده و مجمل است و برای آن که سرنوشت نهایی عقد مشخص گردد باید تکلیف حقوق اشخاص ثالث مشخص گردد. درواقع در وضعیت مراعی، وضعیت عقد همچون وضعیت عقد معلق است بدین توضیح که در وضعیت مراعی با حصول معلق علیه که همانا مشخص شدن وضعیت مانع است، تکلیف نهایی عقد مراعی مشخص خواهد. تفاوت مهمی که وضعیت مراعی با عقد معلق دارد آن است که سرنوشت عقد با توافق طرفین منوط به وقوع حادثه ای در آینده شده و اثر آن پس از تحقق معلق علیه و ناظر به آینده است. لکن در وضعیت مراعی مانع با توافق طرفین به وجود نمی آید بلکه حقوق اشخاص ثالث است که پس از تعیین تکلیف آن، به خلاف عقد معلق دارای جنبه کاشفیت بوده و مشخص می کند عقد از روز نخست چه وضعیتی داشته است. البته در این خصوص که پس از اعمال حق ثالث عقد چه سرنوشتی خواهد داشت میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد، اگر بخواهیم به طور خلاصه نظرات مختلف حقوقدانان در این خصوص را بیان کنیم، باید گفت، اگر حق ثالث به گونه ای تأمین شده یا حق وی ساقط گردد، کشف می گردد عقد از روز نخست صحیحاً واقع گردیده و اگر ثالث در راستای اعمال حق خود اقدام نماید و بخواهد حق خود را از مورد معامله تأمین نماید، کشف می گردد معامله از روز نخست باطل، منفسخ یا غیر نافذ بوده است. برخی در این زمینه قائل به تفکیک شده و بیان نموده اند هرگاه کارکرد مراعی حمایت از طلب ثالث باشد، حکم آن در صورت اعمال حق ثالث، بطلان است ولی هنگامی که از مالکیت بالقوه ثالث حمایت می کند، حق ثالث باعث انفساخ عقد می شود. ایشان در توجیه نظر خود آورده اند معیار تمیز 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 قهقرای دارد و معاملات را از آغاز باطل می کند، ولی اگر نسبت به منافع آن زمان حقی نداشته باشد، با اجرای حق عقد از ابتدا باطل نمی شود، بلکه از زمان اجرای حق منفسخ می شود. (کریمی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۹) عده ای دیگر با این استدلال که وضعیت مراعی به این جهت ایجاد شده که تا آن جا که ممکن است از رد بیهوده قراردادهای جلوگیری شود و در عین حال توجه به این موضوع شود که حقوق اشخاص نیز در این رهگذر مورد حمایت قرار بگیرد و نتیجه گرفته اند، پس از اعمال حق ثالث، وضعیت عقد مراعی به حالت عدم نفوذ بازمی گردد. ایشان در ادامه استدلال خود بیان نموده اند، به واقع امر در وضعیت مراعی، قرارداد معلق و منوط به وضعیت دیگر شده است که با عدم حصول آن وضعیت کشف می شود که قرارداد به همراه مانع حقوق اشخاص ثالث منعقد شده است، و به دلیل آن که یکی از اهداف عمده (در وضعیت مراعی) حمایت از حقوق اشخاص ثالث بوده است، طبیعی خواهد بود که سرنوشت قرارداد به این افراد واگذار شود. (فلاحی، ۱۳۹۸، ص ۱۴۶) نکته مهمی در این خصوص باید بدان اشاره کرد آن است که در وضعیت مراعی، ثالث حقی بالقوه و احتمالی بر مورد معامله دارد و چه بسا این حق، بالفعل نگردیده و هیچ گاه قطعی نگردد؛ به خلاف عدم نفوذ که در آن مالک حق قطعی بر مورد معامله دارد. به همین جهت به خلاف عدم نفوذ سرنوشت عقد به طور کامل در اختیار ثالث نیست و منوط به تنفیذ یا رد ثالث نیست، بلکه منوط به

تعیین وضعیت یا واقعهای است؛ به بیان دیگر تعیین تکلیف وضعیت عقد منوط به تعیین وضعیت حقوق اشخاص ثالث است نه اجازه ایشان.

بررسی مصادیق وضعیت مراعی

با توجه به اینکه در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، به وضعیت حقوقی مراعی آن طور که باید و شاید پرداخته نشده است، در نتیجه برای پیدا کردن مصادیق دقیق این وضعیت حقوقی با دشواری‌هایی روبه‌رو خواهیم بود. علی‌رغم اینکه فقهای امامیه و حقوقدانان درصدد بیان شرایط، آثار و احکام یک عمل حقوقی، به بیان شرایط، آثار و احکام وضعیت مراعی اشاره داشته‌اند، لکن به سبب ناآشنایی با چنین مفهومی از ضمانت اجرای عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد برای بیان وضعیت حقوقی یک عقد استفاده نکرده‌اند. حتی برخی با علم به اینکه احکام این عقود با وضعیت‌های حقوقی دیگر همچون عدم نفوذ مطابقت نداشته لکن به دلیل ناآگاهی از ویژگی‌های وضعیت مراعی، وضعیت حقوقی این گونه معاملات را موجد احکام شبه فضولی دانسته‌اند. به هر روی می‌توان با بهره‌گیری از قواعد عمومی بیان شده برای وضعیت حقوقی مراعی، آن را ضمانت اجرایی مناسب برای برخی از اعمال حقوقی دانست. اعمالی که در شرایط اساسی تشکیل و ارکان صحت خود نقصی نداشته و مقتضی آن‌ها موجود است لکن به علت تعلق حق ثالث به مورد معامله مانعی بر سر راه تأثیر خود دارند. در ادامه به بیان مصادیقی که دارای چنین شرایطی هستند، اشاره خواهد گردید.

الف: وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخيار

هرگاه برای فردی در اثر انعقاد یکی از عقود ناقل، مالکیتی حاصل گردد و ناقل مالکیت به واسطه وجود یکی از اختیارات قانونی یا قراردادی یا وجود شرط فاسخ توانایی بر هم زدن عقد را داشته باشد، آیا خریدار می‌تواند به سبب مالکیت خود، مورد معامله را به دیگری انتقال دهد؟ نظریات مختلف در این خصوص سابقاً بیان شد و در این وهله تنها به مطابقت وضعیت مراعی با وضعیت حقوقی این عقود اشاره خواهد گردید. عقود که شخص من علیه الخيار یا من علیه الشرط با دیگری منعقد می‌نماید، به لحاظ مقتضی هیچ مشکلی ندارند. من علیه الخيار، مالک قانونی بوده، طرفین معامله دارای قصد و رضا جهت انجام معامله بوده و نقصی از جهات دیگر نداشته و تنها مانعی که می‌توان برای نفوذ چنین معامله‌ای تصور نمود، حق ذوالخيار بر مورد معامله است. بدین توضیح که اگر مورد معامله توسط من علیه الخيار به ثالث منتقل گردید و ذوالخيار در راستای اعمال حق خيار خود برآمد، تکلیف معامله من علیه الخيار چه خواهد شد؟ آنچه مسلم است آن است که معامله من علیه الخيار به لحاظ مقتضی هیچ مشکلی ندارد و مانع موجود که همانا اعمال حق ذوالخيار است امری احتمالی است و چه بسا هیچ‌گاه از جانب وی اعمال نشود و حقوق ایشان به مانند مالک در معامله فضولی در مورد معامله قطعی نیست، فلذا منطقی نیست به‌سان عدم نفوذ سرنوشت عقد را به ذوالخيار بسپاریم. بنابراین بهترین وضعیت حقوقی که می‌توان برای چنین معاملاتی در نظر گرفت، وضعیت مراعی است؛ چراکه با مراعی دانستن تصرفات منافی، حق ذوالخيار محفوظ می‌ماند و نیز آزادی مالک در گردش اموال و ثروت در جامعه برای حقی احتمالی بی‌جهت محدود نمی‌گردد. با مراعی دانستن این معاملات، در صورتی که فروشنده از خيار خود استفاده نکند و معامله را فسخ ننماید یا شرط فاسخ تحقق پیدا نکند، معاملات من علیه الخيار یا من علیه الشرط، بدون اجازه ذوالخيار (فروشنده) درست است و رد بایع هیچ تأثیری در وضعیت معامله ندارد. اما در حالتی که ذوالخيار، حق خویش را اعمال نماید و معامله را فسخ کند در خصوص وضعیت حقوقی معامله من علیه الخيار میان حقوقدانان و فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد.

عده‌ای بر این باورند با انحلال عقد نخست کشف می‌شود که مشتری (من علیه الخيار) از ابتدا حق انجام معامله بر مبیع را نداشته و در نتیجه، معامله دوم باطل بوده است. (روحانی، ۱۴۲۹، ج ۶، ص ۴۰۳) در مقابل اما عده‌ای معتقدند با فسخ معامله اول، حق تملک بایع و مالکیت بالقوه او به مالکیت بالفعل تبدیل می‌شود و معلوم می‌شود که به دلیل شرط قراردادی، مالکیت مبیع به بایع برگشته است؛ و از این رو کشف می‌شود که معامله خریدار در مبیع، در حقیقت معامله نسبت به مال فروشنده بوده است. بدین ترتیب، باید پذیرفت که با فسخ بیع نخست توسط بایع یا انفساخ آن در اثر تحقق شرط فاسخ، معامله خریدار بر مبیع، فضولی (موقوف) و منوط به تنفیذ بایع است و با رد او، باطل می‌شود؛ منتها عقود بعدی از حین فسخ عقد نخست توسط بایع و نسبت به آینده باطل می‌شود. (جواهرکلام، ۱۴۰۱، ص ۲۰۴) گروهی دیگر از حقوقدانان پس تفکیک خیارات قانونی و قراردادی بیان داشته‌اند، تصرفات منافی با حق ذوالخیار که مشمول ذیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی قرار می‌گیرند، حتی پیش از فسخ عقد اصلی نیز غیرنافذند. فسخ معامله اصلی توسط ذوالخیار باعث می‌گردد، معامله غیر نافذ من علیه الخيار، به عقد باطل به معنای دقیق کلمه تبدیل گردد. در نقطه مقابل، اگر ذوالخیار هیچ‌گاه به دنبال فسخ عقد برنیاید و مدت خیار منقضی شود و یا خیار خود را اسقاط نماید، مانع نفوذ عقد من علیه الخيار برداشته، عقد غیر نافذ وی از ابتدا خود به خود تنفیذ می‌گردد. (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۰) اما به نظر می‌رسد نظر فوق صحیح نباشد؛ چراکه وضعیت حقوقی عدم نفوذ در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه با کمترین اختلاف نظری در بین فقهای امامیه و حقوقدانان مورد تبیین واقع شده و در تعریف آن آمده است، وضعیت حقوقی عقدی است به دلیل فقدان برخی از شرایط اساسی تشکیل و صحت معاملات، مقتضی تأثیر عقد کامل نیست و تأثیر عقد، موقوف به حصول شرط است و مثال مشهور آن، معاملات فضولی است که عدم نفوذ آن به علت فقدان رضای معتبر است. در چنین عقود تنها با حصول شرط مثل الحاق رضای معتبر در معاملات فضولی است که عقد غیر نافذ پا به عرصه اعتبار می‌نهد؛ فلذا این‌که چگونه عقدی خودبه‌خود تنفیذ می‌گردد، جای بسی سؤال دارد. شاید در پاسخ گفته شود منظور تنفیذ خود به خودی معامله، همان رضایت مشروط له یا ذوالخیار بوده که عدم استفاده از حق خیار خود در مدت اعتبار آن یا اسقاط حق وی، رضایت ضمنی خود بر معاملات بعدی را اعلام داشته است. اما این پاسخ نیز با منطق حقوقی پذیرفته در خصوص معاملات غیر نافذ سازگاری ندارد؛ چراکه پس از سقوط حق خیار یا زوال شرط فاسخ، فروشنده (ذوالخیار) دیگر حقی نسبت به مورد معامله ندارد تا اجازه وی مؤثر در سرنوشت عقد باشد و به هیچ طریق ممکن ایشان با مالک در معامله فضولی قابل قیاس نیست (نیک نژاد، ۱۴۰۱، ص ۲۵۳).

ب: وضعیت حقوقی معاملات فرار از دین

در خصوص وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین با توجه به پیشینه قانون‌گذاری در مورد آن، اختلافات زیادی را در خصوص وضعیت حقوقی این معاملات در میان حقوقدانان پدید آورده است. فارغ از نظریات مختلفی که در این خصوص وجود دارد، با بررسی دقیق این معاملات به این نتیجه می‌رسیم که این معاملات به لحاظ مقتضی هیچ مشکلی ندارند. معامله مدیونی که اقدام به انتقال اموال خود می‌کند، دارای تمام شرایط صحت معاملات مقرر در ماده ۱۹۰ قانون مدنی است. حتی اگر بپذیریم جهت این معاملات نامشروع است، برای اینکه بتوان بدین سبب بطلان این معاملات را نتیجه گرفت، نیازمند تصریح جهت معامله است که چنین موضوعی در این معاملات منتفی است؛ چراکه هیچ‌گاه مدیون به چنین امری در معامله معترف نمی‌گردد. اما آنچه سبب تردید در صحت این معاملات شده است، تعلق حق طلبکاران مدیون است که به اموال او اختصاص

پیدا کرده است. نکات مهمی که باید بدان اشاره داشت این است که حفظ حقوق طلبکاران از موضوعاتی نیست که مربوط به نظم عمومی جامعه باشد که نادیده گرفتن آن بتواند موجب بطلان معامله شود. مضاف بر این که حق طلبکاران، یک حق احتمالی است و چه بسا به هر طریقی دین ایشان از مدیون ساقط گردد و یا به هر طریق دیگر من جمله از اموال دیگر مدیون قابل توقیف باشد. فلذا نمی‌توان با یک حق احتمالی برای طلبکاران سلطنتی به‌سان مالک در معاملات فضولی مقرر نمود که سرنوشت معامله در دستان ایشان باشد، بلکه معامله مراعی خواهد بود تا وضعیت پرداخت دین طلبکاران مشخص شود، اگر دین طلبکاران در موعد مقرر پرداخت شد، کشف می‌گردد که معامله از روز نخست صحیح بوده ولی اگر اموال مدیون تکافوی پرداخت دین او را نداشت، بنا به دیدگاه منتخب در خصوص وضعیت حقوقی مراعی پس از اعمال حق ثالث، می‌توان قائل به انفساخ، بطلان یا بازگشت معامله به عدم نفوذ و اختیار تنفیذ یا رد آن به طلبکاران بود. با مراعی دانستن معامله به قصد فرار از دین، هم حقوق منتقل‌الیه، هم مدیون و هم بستانکاران تأمین می‌شود و آزادی عمل مدیون در گردش اقتصادی دارایی ایشان بی‌جهت محدود نمی‌گردد.

ج: وضعیت حقوقی معاملات ورثه در ترکه قبل از ادای دیون متوفی

پس از فوت متوفی، دارایی که همان ماترک نامیده می‌شود، از ایشان برجای می‌ماند. ماترک به دو دسته دارایی‌های مثبت و منفی تقسیم می‌شود. دارایی مثبت شامل اموال منقول و غیرمنقولی است که بین وراثت تقسیم می‌شود و دارایی منفی به بدهی‌ها و دیونی که بر ذمه متوفی است، اطلاق می‌گردد. اگر دارایی ترکه به جا مانده از متوفی، دارای دیونی باشد، مالکیت قطعی ورثه به نسبت سهم‌الارث، پس از پرداخت حقوق و دیونی است که به ترکه متوفی تعلق گرفته است. اگرچه مالکیت قطعی نسبت به سهم‌الارث پس از پرداخت دیون متوفی برای ورثه حاصل می‌گردد، لکن این امر مانع از آن نیست که برای ایشان، مالکیتی مشاع و متزلزل در اعیان ترکه ایجاد گردد. گروهی از فقهای امامیه نیز بر این نظرند و معتقدند به محض فوت مورث، ترکه به ورثه منتقل می‌شود اعم از اینکه دیون، مستوعب ترکه باشد یا مستوعب آن نباشد ولی حق طلبکاران به ترکه تعلق گرفته و در نتیجه مالکیت ورثه نسبت به ترکه تا زمان پرداخت دیون، متزلزل و مراعی است. (فاضل هندی، ۱۴۲۳، ج ۹، ص ۳۹۰) به همین دلیل است که قانون‌گذار در قانون امور حسبی مقرر نموده است که وراثت می‌توانند دیون طلبکاران را از اموال خود، غیر از ترکه پرداخت نمایند. فلذا با توجه به مالکیت متزلزل ورثه، تصرفات ایشان در ملک خود بوده و معاملات ایشان به لحاظ مقتضی کامل بوده و تنها برای تأثیر خود با مانع پرداخت طلب بستانکاران مواجه خواهد بود که به لحاظ احتمالی بودن حقوق ایشان، امکان پرداخت طلب از اموال خود ورثه، اسقاط یا هر دلیل دیگری نمی‌توان به طلبکاران در خصوص تعیین سرنوشت معاملات ورثه اختیار تام بخشید. فلذا معاملات ورثه در اعیان ترکه پیش از ادای دیون مراعی به پرداخت دین بوده، اگر دیون متوفی به طلبکاران پرداخت گردید، کشف می‌گردد مالکیت ورثه نسبت به ترکه قطعی بوده و معاملات ایشان از روز اول صحیح بوده و اگر به هر دلیلی من جمله اعسار وراثت، دیون متوفی پرداخت نشد، کشف می‌گردد تصرفات وراثت از روز نخست باطل، منفسخ یا غیر نافذ بوده که برای تنفیذ نیازمند اجازه طلبکاران است.

د: وضعیت حقوقی معاملات معارض با عقد معلق

در عقد معلق، طرفین ضمن عقد توافق می‌کنند که آثار عقد بعد از تحقق شرایطی در آینده محقق گردد؛ در واقع آثار عقد تنها بعد از حصول شرط تعلیقی ظاهر می‌گردد. با توجه به تعریفی از عقد معلق شده است؛ آیا

پیش از تحقق معلق علیه خریدار حق هیچ‌گونه تصرفی در مورد معامله ندارد؟ در پاسخ به این پرسش بیان شده برای خریدار در عقد معلق و پیش از حصول معلق علیه، نوعی مالکیت تعلیقی ایجاد می‌گردد. با توجه به اینکه مالکیت خریدار بر مورد معامله قطعی نیست، نمی‌توان به صحت تصرفات ناقله او نظر داشت؛ از طرفی تحقق معلق علیه منوط به حادثه یا شرط احتمالی در آینده است و نمی‌توان برای یک امر احتمالی ضمانت اجرایی که برای امور حتمی و حقوق قطعی افراد در نظر گرفته می‌شود، مثل عدم نفوذ را، مورد استفاده قرار داد. فلذا بهترین ضمانت اجرایی که می‌توان برای وضعیت حقوقی این معاملات در نظر گرفت، وضعیت مراعی است. بدین ترتیب، هم از مالکیت معلق خریدار حمایت شده و همچنین از حقوق بایع حمایت شده و از تحدید آزادی او در تصرف در اموال خویش ممانعت بعمل خواهد آمد، بدین توضیح که با حصول معلق علیه، مورد معامله به ملکیت خریدار درآمده و کشف می‌گردد که معامله بایع، معامله بر روی مال غیر بوده و حسب مورد معامله بایع، باطل، منفسخ یا غیر نافذ خواهد گردید. برخی از حقوقدانان نظر به صحت این‌گونه معاملات داشته و برای توجیه نظر خود این‌گونه استدلال کرده‌اند که، ممکن است معلق علیه هیچ‌گاه حاصل نشود و در این صورت با باطل قلمداد کردن قرارداد معارض، منافع متعهد (بایع در بیع معلق) در عقد معلق بیش از پیش در خطر می‌افتد. ایشان در ادامه استدلال خود آورده‌اند، موضوع معامله به همراه همان حق عینی غیر بر روی آن به متعهد له قرارداد معارض منتقل می‌شود و لذا معامله ثانیه را با وجود حق عینی غیر صحیح تلقی می‌نماییم... منتقل الیه نیز اگر دانسته اقدام به انعقاد معامله نموده باشد دارای خیار است و خیارش دفعاً لاضرر بوده و از شعب خیار عیب است. ایشان در آخر اظهار نموده‌اند، البته برای تعیین سرنوشت نهایی قرارداد معارض باید منتظر وضعیت نهایی حصول یا عدم حصول معلق علیه ماند. در صورت عدم حصول معلق علیه، حق عینی خریدار عقد معلق بر روی مورد معامله از بین می‌رود و در صورت حصول معلق علیه باید دید آثار عقد معلق از چه زمانی بر آن بار می‌شود، و میان ناقلیت و کاشفیت حصول معلق علیه تمایز قائل شد. (بهرامی خوشکار، عسگری، ۱۳۹۸، صص ۴۴-۴۶) عبارت این حقوقدانان در تبیین وضعیت عقود معارض عقد معلق دقیقاً منطبق با وضعیت حقوقی مراعی است؛ اینکه در خلال پژوهش خود اشاره‌ای به وضعیت مراعی نداشته‌اند می‌تواند از عدم آشنایی ایشان با این نهاد حقوقی باشد. فلذا نتیجه پژوهش دقیقاً با نتیجه پژوهش افرادی که وضعیت حقوقی این معاملات را مراعی دانسته‌اند، یکسان است. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، برخی ضمانت اجرای چنین معاملاتی را، عدم نفوذ دانسته‌اند. ایرادی که به این نظر می‌توان گرفت مشابه ایرادی که در قسمت انتهایی تصرفات من علیه الخیار در انتقاد از پذیرش نظریه عدم نفوذ آمد، است.

ه: تصرفات منافی حق شفیع

شفعه حقی است که به‌موجب آن شفیع می‌تواند مال مشتری را بدون اراده وی تملک نماید. حق شفعه به حکم قانون و برای شخص نسبت به مبیع ایجاد می‌شود. گاهی قبل از اعمال حق شفعه توسط شفیع، خریدار نسبت به مبیع، معاملاتی انجام می‌دهد. پرسش مهمی که در این خصوص وجود دارد آن است که در صورت اعمال حق شفعه، تکلیف معامله خریدار چه خواهد شد؟ پر واضح است که معامله خریدار مال مشاع، به لحاظ مقتضی عقد کامل است؛ زیرا او مالک مبیع بوده و ملک خود را به دیگری انتقال داده است. اما این انتقال برای آن که قطعی تلقی گردد، باید منتظر بماند که آیا شریک دیگر حق شفعه خود را اعمال می‌کند یا خیر؟ فی الواقع معامله خریدار دارای تمام شرایط صحت و اساسی تشکیل قراردادها است و تنها حق شفیع به مورد معامله قرار گرفته است؛ لذا تصرفات خریدار مراعی خواهد بود تا تکلیف حق شفیع مشخص گردد. اگر حق

شفعه شفیع به هر علت ساقط شد، کشف می‌گردد معامله از روز نخست به صورت صحیح واقع شده است و بالعکس اگر شفیع حق خود را اعمال نمود، کشف می‌گردد معامله از روز نخست حسب دیدگاه‌های موجود در این زمینه، باطل، منفسخ یا غیر نافذ، بوده است. نکته دیگری در این خصوص مطرح می‌گردد وضعیت اقاله بیع قبل از اعمال حق شفعه است. بدین توضیح که وقتی خریدار و فروشنده قبل از اخذ به شفعه شفیع، بیع را اقاله کنند، وضعیت اخذ به شفعه چه خواهد بود؟ در این خصوص میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای امامیه و نیز برخی از حقوقدانان معتقدند، اقاله حق شفعه را ساقط می‌کند؛ چراکه اقاله معامله نیست تا با اعمال شفعه، کأن لم یکن گردد، بلکه اثر اقاله، انحلال عقد است و با تحقق آن، مبیع به ملکیت بایع بازمی‌گردد. لذا موضوع شفعه منتفی می‌گردد. (موسوی خمینی، بی تا، ص ۵۹۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۱۳) گروهی دیگر از فقهای امامیه براین باورند، حق شفیع با بیع ایجاد شده و از نظر زمانی مقدم است، فلذا اقاله بیع به حق شفعه ضرری نمی‌رساند، بلکه شفیع می‌تواند اقاله را فسخ کند، یعنی با اخذ به شفعه و رد شفیع، اقاله از ابتدا باطل نمی‌شود. (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۱۲) و در نهایت، عده‌ای اقاله را مراعی به عفو شفیع دانسته‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۷) بدین توضیح که اگر حق شفعه شفیع ساقط شود یا شریک مال مشاع، حق شفعه خود را اعمال ننماید، کشف می‌گردد که اقاله از روز نخست صحیح بوده و بالعکس اگر شفیع حق خود را اعمال نماید حسب دیدگاه برگزیده، اقاله، منفسخ یا باطل خواهد بود. اقاله میان متبایعین از حیث مقتضی و ساختار نقضی ندارد. تنها مانعی که بر سر تأثیر اقاله وجود دارد، احتمال اخذ به شفعه توسط شفیع است. این نظر با توجه به مالکیت بالقوه شفیع و مفاد ماده ۸۱۶ قانون مدنی، موجه می‌نماید.

ز: تصرفات منافی با حقوق مرتهن

در عقد رهن، مال الرهانه وثیقه پرداخت دین طلبکاران است. لکن با عقد رهن مالکیت مال الرهانه به ملکیت مرتهن در نمی‌آید و همچنان در ملکیت رهن باقی می‌ماند. مرتهن بر مال الرهانه حقوق عینی پیدا می‌کند و به همین دلیل قلمرو تصرفات مالکانه رهن بر مال مرهونه محدود می‌شود. در خصوص میزان محدودیت تصرفات و به خصوص در مورد وضعیت حقوقی تصرفات ناقله از جمله بیع عین مرهونه میان حقوقدانان و فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. با بررسی دقیق فروش عین مرهونه متوجه می‌شویم، ویژگی‌های این معامله، منطبق بر وضعیت حقوقی مراعی است. در این معامله، رهن مال خود را مورد معامله قرار داده و معامله به مال غیر انجام نداده است. معامله دارای تمامی ارکان اساسی صحت و تشکیل قراردادها است و تنها حقوق مرتهن است که به این معامله تعلق گرفته و آن را تحت تأثیر قرار داده است. نکته مهمی که در این خصوص وجود دارد آن است که، حقوق مرتهن در مورد معامله، از حقوق احتمالی است؛ بدین توضیح که ممکن است حقوق ایشان به طرق دیگر پرداخت و یا به طور کلی ساقط گردد. فلذا معامله بین رهن و منتقل الیه فی الجمله صحیح است، لکن وضعیت نهایی معامله ایشان مبهم بوده و باید به انتظار نشست تا تکلیف حقوق مرتهن مشخص گردد. اگر حقوق ایشان در موعد مقرر پرداخت گردید، کشف می‌گردد معامله از روز نخست به صورت صحیح منعقد شده است و در صورتی که حقوق مرتهن اداء نگردد، با توجه به اینکه حقوق مرتهن به مال مرهونه تعلق گرفته و باید از محل آن تأمین گردد، کشف می‌گردد معامله از روز نخست باطل بوده است. نکته دیگری باید به آن اشاره داشت آن است که، نظر مشهور در خصوص وضعیت حقوقی تصرفات ناقله در مورد عین مرهونه، در فقه امامیه و به تبع آن در میان حقوقدانان که به آرای قضایی نیز سیرایت

داشته است، عدم نفوذ چنین تصرفاتی است. لکن با تدقیق در ماهیت حقوق مرتهن و ویژگی عدم نفوذ مشخص می‌شود که عدم نفوذ نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی برای این عمل حقوقی باشد. حقوق مرتهن اگرچه از حقوق عینی است لکن احتمالی بوده و نمی‌توان اذعان داشت دارای همان سلطنتی که مالک در معاملات فضولی غیر نافذ دارد را، داراست. اجازه مرتهن در بیع عین مرهونه فقط از باب رفع مانعیت منشاء اثر است، نه آن که به‌عنوان رکنی از ارکان اساسی آن باشد که به سبب الحاق آن، موجب تنفیذ معامله گردد. در همین راستا یکی از فقهای امامیه پس از بیان نظر مشهور در میان فقهای امامیه در خصوص بیع عین مرهونه، اظهار داشته است که عدم نفوذ در این جا بیشتر به معنای مراعی و متوقف بودن عقد است. به همین دلیل مرتهن می‌تواند عقد بیع را تنفیذ نکند، ولی نمی‌تواند آن را رد کند. زیرا امتناع از تنفیذ، حق وی است تا از ضررش جلوگیری کند و متوقف بودن عقد، از ضرر وی جلوگیری می‌کند و حق وی با توقف عقد تأمین می‌شود. بنابراین، بیش از این حق نداشته و نمی‌تواند عقد بیع را رد کند. (بازالبنانی، ۱۳۴۱، ص ۴۱۳) از نکات مهم دیگری باید به آن اشاره داشت، وضعیت عقد، پس از اعمال حقوق مرتهن است. علی‌رغم اختلافات بیان شده در این خصوص، یکی از فقهای امامیه در خصوص تأثیر اجازه مرتهن با مقایسه اجازه مالک در عقد فضولی و اجازه مرتهن بیان نموده است که اگر اجازه مالک در عقد فضولی، کاشف باشد، اجازه مرتهن به طریق اولی کاشف است. زیرا اجازه مالک در عقد فضولی جزء مقتضی است، ولی اجازه مرتهن، رفع مانع است. بنابراین، هرگاه در عقد فضولی تقدم عقد بر اجازه مالک (که جزء مقتضی و در اول سلسله اجزای علت عقد قرار دارد) جایز باشد، تقدم آن بر اجازه مرتهن (که نقش آن رفع مانع است و نه مقتضی و نه شرط و نه سبب است) به طریق اولی، صحیح است. (شیخ انصاری، ۱۳۷۵، ص ۱۸۳) بنابراین، مقتضی اجازه در بیع عین مرهونه کشف است، برخلاف عقد فضولی که مقتضی آن نقل است. (موسوی خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۲۸۰)

سایر مصادیق وضعیت مراعی

به نظر می‌رسد، به‌عنوان یک قاعده کلی زمانی که عمل حقوقی از حیث مقتضی کامل بوده و هیچ نقضی نداشته باشد و تنها تعلق حقوق اشخاص ثالث به مورد معامله مانعی جهت تأثیر معامله باشد، بتوان وضعیت مراعی را ضمانت اجرایی مناسب برای آن عمل حقوقی دانست. به‌عنوان مثال می‌توان به تصرفات حقوقی متهم با ثالث در مواردی که برای واهب حق رجوع وجود دارد، معامله جاعل نسبت به جعل قبل از انجام عمل و برخی از معاملات تجار ورشکسته به‌عنوان مصادیق وضعیت مراعی نام برد.

مقایسه عدم نفوذ با عدم قابلیت استناد

بهترین روش برای مقایسه این دو نهاد حقوقی، مراجعه به تعاریف این دو نهاد است. عدم نفوذ، وضعیت عقدی است که فاقد برخی از شرایط اساسی صحت و تشکیل قراردادها است. نقضی که در تشکیل عقد در وضعیت عدم نفوذ وجود دارد، اساسی نیست که موجب بطلان عقد گردد، بلکه قابل ترمیم است. لکن عقد در حالت عدم نفوذ فاقد هرگونه اثری است. در مقابل اما عدم قابلیت استناد، وضعیت عقدی است که میان طرفین خود صحیح و معتبر است، لکن در برابر دیگران و به جهت حمایت از حقوق ایشان، قابل استناد نیست. چنان‌که گویی اصلاً چنین عقدی میان طرفین آن منعقد نشده است. اولین تفاوتی که از مقایسه این دو تعریف برداشت می‌شود آن است که عدم قابلیت استناد، زمانی می‌تواند به‌عنوان وضعیت حقوقی یک عقد مطرح گردد که بخواهیم از حقوق شخص یا اشخاص ثالثی حمایت کنیم. در صورتی در عدم نفوذ شخص ثالثی وجود ندارد و هدف آن صرفاً حمایت از اصیل (طرف قرارداد) در قراردادها است. درواقع نباید این تصور ایجاد

شود که چون در معاملات فضولی یا اکراهی، سه نفر در فرآیند تشکیل معامله دخیل هستند، فلذا هدف از عدم نفوذ معامله نیز، حمایت از اشخاص ثالث است؛ بلکه باید در نظر داشت، فضول یا مکره وجود مستقلی در این معاملات نداشته تا بتوان از آن‌ها به‌عنوان یک طرف قرارداد یاد کرد، نقش ایشان بنا به نظر مشهور تنها نماینده مالک بوده و به جای ایشان قصد معامله را ابراز می‌نماید و به نوعی قائم‌مقام ایشان است. مهم‌ترین تفاوتی دیگری که میان این دو نهاد حقوقی وجود دارد آن است که در وضعیت عدم نفوذ و زمانی که هنوز مورد تنفیذ یا رد واقع نشده است، فاقد هرگونه اثری است؛ چه میان طرفین آن و چه در عالم اعتبار و در برابر دیگر اشخاص. درحالی‌که در وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد، قرارداد تنها در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد و در برابر ایشان فاقد اثر است، لکن نسبت به اشخاص مستقیم قرارداد نافذ و معتبر بوده و طرفین آن، پای بند به مفاد آن می‌باشند. در عمل حقوقی غیر نافذ، ذی‌نفع می‌تواند با رد عمل حقوقی، آن را باطل کند درحالی‌که در استنادناپذیری، ثالث نمی‌تواند به اثر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم و سایر اشخاص ثالث تعرضی کند، بلکه تنها می‌تواند اثر آن را نسبت به خود انکار کند. (رباطی، محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۹۹، ص ۷۰) در واقع عدم استناد شخص ثالث به عمل حقوقی، تأثیری در نفوذ عمل حقوقی فی‌مابین طرفین آن ندارد. و در نهایت رد عمل حقوقی غیرنافذ توسط اصیل (مالک) دارای ماهیت انشایی می‌باشد چرا که با رد عمل حقوقی غیرنافذ، آن اعتبار ناقصی که قابلیت انضمام رضای مالک به آن و تبدیل آن به یک عمل حقوقی صحیح و کمال را داشت، زایل می‌گردد بنابراین، رد عمل حقوقی در این مورد دارای جنبه خصوصی می‌باشد. در حالی در وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد، رد آن توسط اشخاص ثالث و عدم استناد به عمل حقوقی توسط ایشان، هیچ‌گونه خللی به صحت قرارداد فی‌مابین طرفین ندارد و رد اشخاص ثالث تنها جنبه اعلامی داشته و به عبارتی دیگر اشخاص ثالث با عدم استناد به عمل حقوقی، اعلام می‌دارند عمل حقوقی در نظر آن‌ها انگار وجود خارجی ندارد.

مقایسه وضعیت مراعی با عدم قابلیت استناد

با توجه به تعاریفی که در خصوص این دو وضعیت حقوقی آمده است ممکن است در بادی امر چنین به نظر برسد، که این دو نهاد حقوقی مشابه یکدیگر بوده و می‌توان این دو را به جای یکدیگر استفاده نمود و با وجود وضعیت حقوقی مراعی به‌عنوان نهادی که سابقه فقهی داشته نیازی به نهاد عاریتی عدم قابل استناد که از نظام حقوقی بیگانه وارد نظام حقوقی ما شده است، نیست. (برای تأیید این دیدگاه، رک: کریمی، ۱۳۹۱) لکن به نظر می‌رسد باید این تفکر را از ذهن زدود؛ چراکه علی‌رغم مشابهت‌هایی که این دو نظام حقوقی با یکدیگر دارند، تفاوت‌های اساسی نیز با یکدیگر داشته که این دو نهاد حقوقی را از یکدیگر متمایز کرده و نظام حقوقی ایران را نیازمند هر دو وضعیت حقوقی می‌کند. درست است که هدف هر دو وضعیت حقوقی، حمایت از حقوق اشخاص ثالث است، اما مبنا و نحوه حمایت آن‌ها از حقوق اشخاص ثالث، متفاوت است. عدم قابلیت استناد تنها از اشخاص ثالث ناآگاه از عمل حقوقی حمایت می‌کند، بدون آنکه در معامله طرفین آن، حقی داشته باشند. در مقابل، وضعیت مراعی از حقوق اشخاص ثالثی حمایت می‌کند که در معامله طرفین و آنچه که معامله طرفین بر آن واقع می‌شود، دارای حقی باشند. تفاوت دیگری که می‌توان بدان اشاره داشت آن است که عمل حقوقی استنادناپذیر در رابطه میان طرفین آن معتبر و صحیح بالفعل است، در حالی در وضعیت مراعی به دلیل مانع حقوق اشخاص ثالث، عمل حقوقی میان طرفین آن دارای نفوذ کامل نیست و وجود مانع، سبب عدم تأثیر عقد در روابط میان طرفین عقد و اشخاص ثالث می‌گردد. مضاف بر اینکه در عدم

قابلیت استناد، به سبب آن که اشخاص ثالث حقی در مورد معامله طرفین ندارند، عدم استناد ایشان به قرارداد منعقد شده میان طرفین آن، تأثیری در صحت قرارداد میان متعاملین ندارد و عمل حقوقی را در روابط آنان هم چنان صحیح باقی می‌گذارد؛ در حالی در وضعیت مراعی به سبب تأمین حقوق اشخاص ثالث از مورد معامله، اگر ایشان در راستای اعمال حق خود برآیند، معامله میان طرفین، حسب مورد باطل، منفسخ یا بازگشت به حالت عدم نفوذ خواهد داشت. عدم توجه به این تفاوت مهم میان این دو ضمانت اجرا سبب شده تا برخی این دو ضمانت اجرا را یکی دانسته و مصادیق مراعی را به عنوان مصادیق عدم قابلیت استناد تلقی کرده باشند. به عنوان مثال اگر ضمانت اجرای معامله متعاقب بیع خیاری را عدم قابل استناد دانستیم، منتقل الیه (خریدار در معامله دوم) نمی‌تواند در مقابل فروشنده (معامله اول) که خیار به نفع او بوده، به معامله‌ای که میان وی و خریدار معامله اول (من علیه الخیار، یعنی همان فروشنده در معامله دوم)، منعقد شده و در نتیجه به مالکیت خویش در مقابل فروشنده یادشده (معامله اول) استناد کند و در نتیجه، مانعی بر سر راه استرداد مبیع وجود نخواهد داشت و از این نظر واجد اثر و فایده برای ذوالخیار است، ولی معلوم نیست اعتبار قرارداد فی‌مابین و عدم قابلیت استناد آن در برابر ثالث (ذوالخیار) در عمل چه فایده‌ای برای طرفین عقد دوم (معارض بیع خیاری) یعنی میان خریدار (من علیه الخیار) و منتقل الیه به بار می‌آورد و این‌ها به خاطر عدم درک تفاوت‌های این دو نهاد حقوقی است. این انتقاد به تمام مواردی که از مصادیق وضعیت مراعی بوده و به اشتباه از عدم قابلیت استناد به عنوان ضمانت اجرای آن‌ها یاد شده، وارد است. تفاوت دیگری که برخی از حقوقدانان به آن اشاره نموده‌اند آن است که عدم قابلیت استناد را ضمانت اجرایی تجاری دانسته و قلمرو آن را در حقوق تجارت دانسته‌اند و مراعی را در حوزه حقوق مدنی کارگشا دانسته‌اند. (رک: کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶؛ محقق داماد، حقانی و ساعت چی، ۱۳۹۷) این در حالی است که پیش‌تر مشاهده شد عدم قابلیت استناد در حوزه حقوق قراردادها و حقوق مدنی نیز کاربرد دارد. به عقیده برخی از حقوقدانان وجود مانع در وضعیت مراعی و احتمال اثرگذاری یا عدم آن، موجب می‌شود که کلیه آثار عقد بر آن مترتب نشود. به عنوان نمونه در صورتی که عقد واقع شده در وضعیت مراعی به سر ببرد اصولاً تسلیم مال مورد قرارداد به خریدار، عمدتاً در تعارض با حقوق ثالث است. اما در وضعیت غیرقابل استناد به جهت آنکه قرارداد واقع شده میان طرفین صحیح تلقی می‌شود، تسلیم مال به خریدار با مانع جدی روبه رو نخواهد بود. (ساعت چی، ۱۳۹۲، ص ۴۰) اما به نظر می‌رسد تسلیم قرارداد در وضعیت مراعی نیز با مشکل چندانی روبرو نباشد؛ چراکه گفته شد، یکی از مبانی وضعیت مراعی، حمایت از حقوق همه افراد اعم از طرفین عمل حقوقی و شخص ثالث است، مضاف بر اینکه در وضعیت مراعی، وضعیت قرارداد منعقد شده میان طرفین آن اجمالاً صحیح است، فلذا نباید تسلیم مورد معامله به خریدار با مشکلی مواجه باشد؛ به ویژه که در وضعیت مراعی با اعمال حق ثالث حسب مورد عقد منفسخ یا باطل می‌گردد و حق ثالث به این شکل تأمین می‌گردد. تفاوت مهم دیگری میان این دو وضعیت حقوقی وجود دارد آن است که هنگامی یکی از اشخاص ثالث در وضعیت مراعی حق خود را اعمال نماید، عقد میان طرفین باطل یا منفسخ می‌گردد و این ابطال در برابر سایر اشخاص ثالث ذی‌حق نیز قابل استناد است و برای بطلان یا انفساخ عقد نیازی نیست تمامی بستانکاران در دعوای منتهی به حکم ابطال معامله، شرکت داشته باشند. در صورتی که عدم قابلیت استناد، معامله طرفین تنها در صورتی نسبت به اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد، که استناد ایشان به قرارداد به زیان ایشان باشد. عدم استناد یکی از اشخاص ثالث اثری به استناد قرارداد نسبت به سایر اشخاص ندارد.

نتیجه‌گیری

در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا، ضمانت اجرا مهم‌ترین رکن یک قاعده حقوقی را تشکیل می‌دهد. نقض قاعده حقوقی اعم از اینکه قانونی یا قراردادی باشد، ضمانت اجرا را به دنبال خواهد داشت. در خصوص قراردادها ضرورت ضمانت اجرا، دوچندان می‌شود؛ زیرا قرارداد مهم‌ترین ابزار انتقال ثروت و توسعه روابط اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی جوامع بشری است. در این پژوهش تلاش گردید تا با بیان تعاریف دقیق و بیان قواعد عمومی حاکم بر ضمانت اجرای قراردادی، نقاط اشتراک و افتراق آن‌ها تعیین گردد. در طول تحقیق بارها به مواردی اشاره شده که حقوقدانان در تعاریف و قواعد عمومی برخی از ضمانت اجرای حقوقی به اشتباه رفته‌اند و در این اشتباه تا به حدی پیش رفته‌اند که برخی از قواعد و آثار و احکام آن وضعیت حقوقی را دستخوش تغییر کرده و یک وضعیت حقوقی جدیدی را ابداع نموده‌اند. ثمره این گمراهی تعیین مصادیق نادرست برای یک وضعیت حقوقی یا تعیین بیش از یک ضمانت اجرا برای یک عمل حقوقی خواهد بود. درواقع می‌توان با شناسایی دقیق وضعیت‌هایی حقوقی از اختلاط آن‌ها جلوگیری نمود. تعارض نظرات حقوقدانان در خصوص ماهیت ضمانت اجرای حقوقی و به تبع آن، تعارض نظرات در خصوص ضمانت اجرای مناسب برای هر عمل حقوقی، سبب اختلاف‌نظر در محاکم دادگستری شده است. مهم‌ترین ثمره این اختلاف‌نظرها، تشتت آرا قضایی، بی‌اعتمادی مردم به دستگاه قضا و تضییع حقوق افراد خواهد بود. در این پژوهش، ابتدا به تعریف، قواعد عمومی و مصادیق عدم نفوذ در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه پرداخته شد. سپس به تعریف وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد اشاره شد. این نکته حائز اهمیت است که این وضعیت حقوقی، یک وضعیت بومی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران نیست بلکه وضعیتی است که از نظام حقوقی یک کشور بیگانه وارد نظام حقوقی ما شده است و با توجه به این که با اصول و موازین فقهی منطبق بوده و مخالفتی با آن نداشته است، به‌عنوان یک ضمانت اجرای قراردادی در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است. نکته مهمی که باید در این خصوص اشاره داشت آن است که با توجه به آن که این وضعیت حقوقی دارای خاستگاه خارجی است، باید با توجه به همان خاستگاه خارجی خود، مورد تعریف و تبیین واقع شود و بر آن اساس مصادیق آن، در نظام حقوق داخلی مشخص گردد. اگر در قواعد کلی این وضعیت حقوقی دخل و تصرفی شود دیگر نمی‌توان آن وضعیت حقوقی را همان وضعیتی دانست که از نظام حقوقی بیگانه وارد کشور شده و وضعیت حقوقی جدیدی خواهد بود. چنان‌که اشاره شد برخی حقوقدانان برای وضعیت عدم قابلیت استناد، تعاریفی بیان نموده که با آنچه در تعریف این وضعیت حقوقی در نظام حقوقی خاستگاه آن آمده، متفاوت است. به تبع این تعریف متفاوت، مصادیقی برای این وضعیت حقوقی ذکر شده که با منطق حقوقی حاکم بر نظام حقوقی ایران و حتی نظام حقوقی خاستگاه سازگار نیست. در ادامه با توجه به شباهتی که میان وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد با وضعیت مراعی وجود داشت، به تبیین این وضعیت حقوقی پرداخته شد. مشاهده گردید برخی این نهاد با سابقه فقهی را مشابه با وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد دانسته‌اند و مصادیق این دو وضعیت حقوقی را مشابه با یکدیگر دانسته‌اند. اما این اختلاط به سبب عدم فهم تعریف درست این دو وضعیت حقوقی بوده است که با اندکی تدقیق در تعاریف و قواعد عمومی حاکم بر آن‌ها، تفاوت‌های این دو وضعیت حقوقی آشکار گردید و مشخص گردید هرکدام دارای مصادیق ویژه خود بوده و قلمرو خاص مورد استفاده خود را دارند. النهایه با توجه به تفاوت‌های بنیادینی که میان وضعیت‌های حقوقی عدم نفوذ و عدم قابلیت استناد وجود دارد، امکان جایگزینی آن‌ها با یکدیگر منتفی است؛ چرا که عدم نفوذ

وضعیتی عقدی است که فاقد برخی از شرایط اساسی تشکیل قرارداد هاست و پیش از تنفیذ فاقد حیات حقوقی می باشد، این در حالی است که عدم قابلیت استناد عقد صحیحی بوده که میان طرفین آن معتبر می باشد. هدف از عدم نفوذ عقد، حمایت از اصیل(طرف قرارداد) بوده در حالی که هدف از عدم قابلیت استناد قرارداد، حمایت از حقوق اشخاص ثالث می باشد. از طرفی اگر بر آن باشیم که وضعیت عدم نفوذ خود به دو نوع موقوف و مراعی تقسیم می شود، با توجه به تفاوت هایی که میان وضعیت حقوقی مراعی و عدم قابلیت استناد وجود دارد، باید قائل بر آن بود که این دو وضعیت حقوقی نیز امکان جایگزینی یکدیگر را ندارند و اگر قائل به نظری باشیم که مراعی را نه نوعی از عدم نفوذ بلکه آن را در عرض دیگر وضعیت های حقوقی همچون بطلان یا عدم نفوذ بدانیم، از موضوع پژوهش حاضر خروج موضوعی دارد.

منابع

الف: کتاب‌ها

۱. افتخاری، جواد، حقوق مدنی^۳، کلیات عقود و تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۶، تهران: نشر کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۶
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۳، نشر انتشارات اسلامیة، ۱۳۹۰
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ هشتم، کتاب فروشی اسلامیة_چاپخانه اسلامیة، ۱۳۷۷
۵. بروجرودی عبده، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، نشر طه، ۱۳۸۰
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چ اول، نشر انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق_تئوری موازنه، چاپ چهارم، تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۹۹
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت_حقوق تعهدات عقود و ایقاعات، نشر بنیاد راستاد، ۱۳۵۷
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۳، تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۹۱
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، نشر کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی_رهن و صلح، چاپ سوم، نشر گنج دانش، ۱۳۷۸
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، چاپ اول، نشر گنج دانش، ۱۳۷۸
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸
۱۴. جمعی از قضات، گزیده آراء دادگاه های حقوقی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۴
۱۵. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، جلد شانزدهم، چاپ دوم، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۷۷
۱۶. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، جلد دوم، چاپ دوم، نشر انتشارات مجد، ۱۳۸۱
۱۷. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷
۱۸. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی^۶، تهران، انتشارات حقوقی مجد، ۱۳۸۴
۱۹. شیروی، عبدالحسین، حقوق قراردادها، چاپ اول، تهران: نشر سمت، ۱۳۹۶
۲۰. صفایی، سید حسن، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قرارداد ها، جلد دوم، چاپ دهم، نشر میزان، ۱۳۸۹
۲۱. صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲
۲۲. صفائی، سیدحسین؛ قاسم زاده، مرتضی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، چاپ سوم، نشر انتشارات سمت، ۱۳۷۷
۲۳. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، جلد پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی
۲۴. عمید، حسن، فرهنگ عمید، چاپ چهارم، نشر مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۳
۲۵. فلاحی، آزاد، حقوق مدنی پیشرفته(مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی مراعی)، چ اول، انتشارات مجد، ۱۳۹۸

۲۶. قاسم زاده و همکاران، سید مرتضی و همکاران، تفسیر قانون مدنی، تهران، انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۹۳
۲۷. قاسم زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، نشر دادگستر، ۱۳۸۵
۲۸. کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۶۹
۲۹. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع، چاپ یازدهم، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳
۳۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود اذنی و وثیقه های دین)، دوره عقود معین ۳، چ اول، نشر انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴
۳۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قرارداد ها، جلد دوم، چاپ ششم، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا
۳۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات تملیکی-عقود معوض، تهران: نشر شرکت انتشار، ۱۳۷۴
۳۳. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چ شانزدهم، نشر میزان، ۱۳۸۶
۳۴. محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج اول، چ چهارم، نشر سمت، ۱۳۹۲
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم، چاپ سوم، نشر سمت، ۱۳۹۳
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی، ایقاع اخذ به شفعه، تهران: نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴
۳۷. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۳
۳۸. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعدفقه، بخش مدنی (مالکیت/مسئولیت)، چاپ شست و یکم، نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۱
- ب: مقاله ها**
۳۹. اسکینی، ربیعا؛ لطفی، احسان، گفتاری در نقد و بررسی نظریه حقوقی عمل به ظاهر، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶
۴۰. انصاری نسب، مصطفی؛ مرادی، حسن؛ الماسی، نجادعلی، انتقال حقوق و تعهدات قراردادی در حقوق ایران و اسناد بین المللی، آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۷
۴۱. ایزانلو، محسن؛ شریعتی نسب، صادق، مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه، مجله حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره بیست و یکم، پاییز و زمستان ۱۳۹۱
۴۲. بهرامی خوشکار، محمد؛ عسگری، عباس، وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقد معلق، فصلنامه فقه و حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۸
۴۳. جنیدی، لعیا؛ شریعتی نسب، صادق، وصف تجریدی در حقوق ایران با تأکید بر رویه قضایی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۱، بهار ۱۳۹۲
۴۴. جواهرکلام، محمدهادی، اثر فسخ قرارداد نخست بر معاملات بعدی، تحلیل و تفسیر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، فصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی، دوره اول، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۴۰۱

۴۵. خدابخشی، عبدالله، تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۷۱، پاییز ۱۳۸۹
۴۶. رباطی، مهسا؛ محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی، واکاوی مفهوم استنادناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۰، شماره ۱، بهار ۱۳۹۹
۴۷. سامت، محمدعلی، اعمال حقوقی صغیر ممیز، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، سال دوم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۰
۴۸. سکوتی نسیمی، رضا، شرط عدم تصرفات ناقله در مبیع و ثمن، مجله دیدگاه های حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی، شماره ۶۷، ۱۳۹۳
۴۹. الشریف، محمد مهدی؛ جعفری خسروآبادی، نصراله، تصرفات من علیه الخيار در قانون مدنی و فقه امامیه (پژوهشی در مبانی مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی)، حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳، تابستان ۱۳۹۱
۵۰. صدیقیان، عبدالله؛ جعفری ندوشن، جواد، قلمرو نفوذ شرط فاسخ، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۹، ۱۳۹۴
۵۱. طالب احمدی، حبیب، معاملات قابل ابطال در حقوق ایران، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۴
۵۲. غمامی، مجید، آزادی گزینش طرف قرارداد، مجله تحصیلات تکمیلی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱،
۵۳. فلاحی، آزاد؛ فلاحی، فرزاد، نگرشی نو بر معامله راهن به عین مرهونه (با مطالعه تطبیقی)، مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۴۳، بهار ۱۳۹۹
۵۴. کریمی، عباس، تلاشی برای سامان دهی عدم نفوذ مراعی، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان ۵۸
۵۵. کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی، وضعیت حقوقی مراعی به منزله وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۶
۵۶. محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی، مفهوم و آثار بطلان نسبی، مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، شماره ۳۳، زمستان ۱۳۸۹
۵۷. محقق داماد، سید مصطفی؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ ساعت چی، علی، تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه، آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۱، بهار- تابستان ۱۳۹۴
۵۸. محقق داماد، سید مصطفی؛ حقانی، سعید؛ ساعت چی، علی، بازخوانی جایگاه وضعیت استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸۳، تابستان ۱۳۹۷
۵۹. محمدی میرعزیزی، پیام؛ صالحی مازندرانی، محمد، نسبت میان عقد استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی، مجله مطالعات حقوقی، سال دوازدهم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۹۹
۶۰. محمدی، عبدالعلی، اصل آزادی انتقال قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۲، ۱۳۸۶
۶۱. مقدم، عیسی، انتقال قرارداد، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۶

۶۲. میرزائزاد جویباری، اکبر، وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و یکم، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۰
۶۳. ناصری، مرتضی، واکاوی عدم قابلیت استناد در فقه، نشریه علم و وکالت، سال دوم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۸
۶۴. نیک نژاد، جواد، تصرفات حقوقی منافی حق مشتری در بیع معلق، مجله حقوق اسلامی، شماره ۵۳، تابستان ۱۳۹۶
۶۵. نیک نژاد، جواد، وضعیت فقهی- حقوقی معامله معارض با شرط فاسخ، نشریه علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال سیزدهم، شماره ۲۷، تابستان ۱۴۰۱
۶۶. ویسته، عباس، بازنگری، حقوقی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، فصلنامه شورای فرهنگی، اجتماعی زنان، سال دوازدهم، شماره چهل و پنج، پاییز ۱۳۸۸
- ج: پایان نامه ها**

۶۷. ساعت چی، علی، نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۹۲
۶۸. قبولی درافشان، سید محمدمهدی، قابلیت استناد قرارداد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، رساله دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶

منابع عربی

۶۹. ابن منظور، ابوالفضل محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴
۷۰. اصفهانی، محمدحسین (کمپانی)، حاشیه المکاسب، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسه طیبه لاهیات التراث، ۱۴۱۸
۷۱. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات دارالذخائر، ۱۴۱۱
۷۲. انصاری، شیخ مرتضی، رساله فی الموارث (للشیخ انصاری)، کنگره جهانی بزرگ شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵
۷۳. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، چاپ دوم، تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵
۷۴. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، جلد پنجم و ششم، چاپ هشتم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸
۷۵. باز اللبنانی، سلیم رستم، شرح المجله، چاپ سوم، بیروت: مطبعه الادبیه، ۱۹۲۳
۷۶. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد بیستم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۷۷. تستری، اسدالله، مقابس الانوار و نفائس الاسرار، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت، بی تا
۷۸. حسینی عاملی، سیدجواد، مفتاح الکرامه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹
۷۹. حلبی، ابن زهره، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، چاپ اول، قم: مؤسسه الامام الصادق، ۱۴۱۷
۸۰. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، تذکره الفقهاء، جلد سیزدهم، قم: مؤسسه آل البيت، بی تا
۸۱. حلی، محمد بن منصور (ابن ادریس)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰

۸۲. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، جلد اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا
۸۳. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۴
۸۴. روحانی(حسینی)، سیدصادق، منهاج الفقاهه، جلد ششم، چاپ پنجم، قم: انوارالهدی، ۱۴۲۹
۸۵. صافی گلپایگانی، لطف الله، هدایه العباد(للصافی)، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۶
۸۶. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم(صاحب عروه)، حاشیه المکاسب، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱
۸۷. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، العروه الوثقی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، جلد ششم، ۱۴۲۳
۸۸. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر العلوم الاسلامی، ۱۴۱۵
۸۹. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۷
۹۰. طوسی، محمد بن حسن(شیخ طوسی)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۲۵
۹۱. عاملی کرکی، علی بن حسین(محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴
۹۲. عاملی، زین الدین بن علی(شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳
۹۳. عاملی، محمدجواد، مفتاح الکرامه، قم: مؤسسه آل البيت، بی تا
۹۴. عکبری بغدادی(شیخ مفید)، محمد بن نعمان، احکام النساء، چاپ اول، قم: المؤتمر العالمی الالفیه الشیخ المفید، بی تا
۹۵. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، جلد نهم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳
۹۶. گیلانی قمی، ابی القاسم بن الحسن، جامع الشتات، تهران: نشر شرکه الرضوان، بی تا
۹۷. محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: انتشارات استقلال، چاپ دوم، جلد دوم، ۱۴۰۹
۹۸. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، جلد نهم، ۱۴۱۲
۹۹. موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱
۱۰۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد هفتم، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۵
۱۰۱. نایینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۳
۱۰۲. نائینی، میرزا محمدحسین، المکاسب و البیع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات، ۱۴۱۳
۱۰۳. نجفی، حسن بن جعفر بن خضر(کاشف الغطاء)، انوار الفقاهه، کتاب المیراث(لکاشف الغطاء، حسن)، چاپ اول، نجف اشرف، عراق، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲
۱۰۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد بیست و ششم و بیست و هفتم، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۴۰۴



Shahrekord University
Faculty of Literature and Humanities
Department of Law

The thesis of Mr. Mostafa Khoddami Borujeni for obtaining a master's degree in the field of private law with the title Feasibility Study of Replacing the Sanction of Invalidity with the Inability to Invoke in the Feghh and Iranian Legal System was evaluated in the presence of the following thesis committee and finally It was approved with grade/rank .

1- Supervisor/Thesis supervisor:

Dr. Mehdi Ashuri, (assistant) signature

2- Dissertation advisor/consultant:

Dr. Saeed Safi, (assistant) signature

3- Thesis examiner/examiners:

Dr., (assistant) signature

4- Thesis examiner/examiners:

Dr., (assistant) signature

Dr

Deputy of Research and Postgraduate Studies

Faculty of engineering (Times New Roman Bold 12)



Shahrekord University

Faculty of Literature and Humanities

M.Sc of law Department of Private law

Title of thesis

**Feasibility Study of Replacing the Sanction of Invalidity with
the Inability to Invoke in the Feghh and Iranian Legal System**

Supervisor:

Dr. . Mehdi Ashuri

advisor:

Dr. Saeed Safi

Full name:

Mr. Mustafa Khodami Borujeni

2024

Abstract

According to Islamic law, the legal statuses of contracts in Iranian law are divided into three statuses: validity, invalidity, and unauthorized. In addition to the above, it is possible to refer to the guarantee of non-repudiation, revocable and non-revocable performances. Sometimes, the similarity between legal situations has caused lawyers to use them interchangeably and to consider some as substitutes for others, or to make a mistake in distinguishing the guarantee of the correct execution of a legal act. Examining the works of jurists and Imami jurists shows that they considered the legal status of unauthorized as a guarantee for the implementation of many legal acts. Imamiyyah jurists and Iranian legal doctrine have stated several reasons, including the lack of valid consent and protection of the rights of third parties, for the unauthorized of a contract. Some jurists in cases where unauthorized is mentioned as a guarantee for the implementation of a legal act. Imamiyyah jurists and Iranian legal doctrine have stated several reasons, including the lack of valid consent and the protection of the rights of third parties, for the non-influence of a contract. Some jurists in cases where unauthorized is mentioned as a guarantee for the implementation of a legal act; They have mentioned another situation under the title of Mora'i and considered it Qasim or in the unauthorized. In the definition of the condition of mora'i, it is stated that, mora'i is the condition of a contract that has no defects in terms of necessity, but the rights of third parties to the transaction prevent the penetration of the contract or the continuation of its effects. The apparent and basic similarity of the status of Mora'i and non-repudiation has led some to believe that these two legal statuses are the same and can be considered as alternatives. Therefore, in cases where the non-intrusion guarantee is established for a legal act, it is possible to take advantage of the non-repudiation capability. The main question of the current research is whether it is possible to replace the guarantee of unauthorized with the non-repudiation in Iran's legal system and Imami jurisprudence. By examining the examples, effects and rulings of non-influence, unauthorized, and non-competence situations, we will understand the fundamental differences between these three legal situations. Due to the existence of fundamental differences between these three legal situations, the possibility of this replacement will be ruled out in Iran's legal system and Imami jurisprudence.