

## مطالعه تطبیقی "عدم قابلیت استناد" در حقوق ایران و فرانسه

محسن ایزانلو<sup>۱\*</sup>، صادق شریعتی نسب<sup>۲</sup>

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۹۱/۶/۱۲؛ تاریخ تصویب: ۹۱/۱۰/۱۰)

### چکیده

"عدم قابلیت استناد" یکی از وضعیت‌های اعمال حقوقی است. قدر مشترک همه اعمال غیرقابل استناد، "اعتبار" میان طرفین عمل حقوقی و "بی‌اعتباری" نسبت به تمام یا برخی از اشخاص ثالث است. در حقوق ایران، مصادیق پراکنده‌ای از این مفهوم به چشم می‌خورد. با وجود این، گاهی مرز "عدم قابلیت استناد" با دیگر مفاهیم مشابه در می‌آمیزد. مصادیق نیز گاهی از دیده‌ها پنهان مانده‌اند. از این‌ها گذشته، به تدوین "قاعده‌ای عمومی" نیاز است تا با بهره‌گیری از احکام پراکنده، راهنمای موارد مبهم باشد و در سکوت قانون به کار آید. عمده مشابهت‌ها، با "عدم نفوذ" و "بطال نسبی" است. بیشترین مصادیق‌ها نیز در سه شاخه حقوق مدنی و تجارت و مالکیت فکری قابل مشاهده‌اند. هم‌چنین، در زمینه "تأثیر انگیزه"، "گستره مفهوم شخص ثالث"، "نوع عمل حقوقی"، "تأثیر معاملات متعاقب"، "وضعی یا شخصی بودن"، "اثر قهقرایی"، می‌توان قواعدی عمومی پایه‌ریزی کرد. از آنجا که این مفهوم از حقوق فرانسه به حقوق ما راه پیدا کرده است، مطالعه کنونی جنبه تطبیقی با حقوق فرانسه دارد.

### واژگان کلیدی

عدم قابلیت استناد، اشخاص ثالث، ضمانت اجرا، استناد ناپذیری، حقوق فرانسه.

## مقدمه

عدم قابلیت استناد<sup>۱</sup> در کنار ضمانت اجراهای مشهور "بطلان" و "صحت" و "عدم نفوذ"، وضعیت دیگری برای اعمال حقوقی است. این وضعیت، جمع میان "صحت" و "بطلان" است و به این اعتبار، ضمانت اجرایی خفیف‌تر از عدم نفوذ به حساب می‌آید (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۳ و ۱۵۴؛ ایزانلو، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰): صحت و اعتبار میان طرفین عمل حقوقی، و بی‌اعتباری و نیستی در برابر اشخاص ثالث.

شاید در آغاز، تصور وجود چنین مفهومی در حقوق ایران به‌سختی ممکن بود و با مفاهیم سنتی وفق نمی‌نمود. اما امروز در قوانین مختلف و به‌گونه پراکنده، به تکرار می‌توان این موقعیت را به عنوان یک ضمانت اجرا دید. با این حال، در حقوق ایران هیچ قاعده عامی بر مفهوم و مصادیق این نهاد حکومت نمی‌کند و هیچ ماده قانونی به اصول آن نظم نمی‌دهد. تنگنا از این هم فراتر است: اساساً قوانین از به‌کار بردن نام این نهاد نیز ابا دارند و احتمالاً برای اینکه نظام سنتی را در هم نریزند، می‌کوشند مفهوم نو را با اصطلاحات کهنه اراده کنند. این پرهیز، یافتن مصادیق حقیقی "غیرقابل استناد" را دشوار می‌سازد. گاهی نیز ظاهر قانون به‌گونه‌ای است که همواره جایی برای قول مخالف می‌گذارد.

بنابراین، وجود پرسش‌هایی درباره عدم قابلیت استناد طبیعی است؛ اینکه: مفهوم دقیق آن چیست و در میان ضمانت اجراهای سنتی، کجا قرار می‌گیرد؟ پذیرش آن چه اصولی را نقض می‌کند و با کدام قواعد سازگار است؟ اجرای آن چه هدفی را تأمین می‌کند و در

۱. پیشوندهای «عدم قابل» یا «غیرقابل» که برای بیان ناتوانی یا نداشتن شایستگی به کار می‌روند، واژگان زیبایی نیستند و از این گذشته، سبب درازی عبارت می‌شوند و ایجاز را از کلام می‌گیرند (نجفی، ۱۳۸۱، ص ۲۸۴ و ۳۰۰). برای این معنا، می‌توان از پسوند فارسی «ناپذیر» استفاده کرد (نجفی، ۱۳۸۱، ص ۲۸۴ و ۳۰۰). از این‌رو پیشنهاد می‌شود به‌جای ترکیب «عدم قابلیت استناد»، از «استناد ناپذیری» استفاده شود. هم‌چنین می‌توان به‌جای «غیرقابل استناد»، «استناد ناپذیر» را به کار برد. با وجود این، چون این دو اصطلاحاتی جا افتاده هستند، برای آنکه مفاهیم در خطر نیفتند، در این نوشتار از زیاده‌روی می‌پرهیزیم و به آزمودن واژگان نو، بسنده می‌کنیم.

نتیجه، کجا باید دیدن آن را انتظار کشید؟ چه مصادیق قاطع یا مشتبهی را می‌توان برای آن برشمرد، یا دست‌کم استفاده از آن را در کدام فروض می‌توان به جامعه حقوقی پیشنهاد کرد؟ بر اقسام پراکنده و مصادیق گوناگون عدم قابلیت استناد، چه قواعد عمومی حاکم است تا در موارد سکوت، اجمال و ابهام به کار آید؟

هدف این نوشته، مطالعه "استناد ناپذیری" به‌عنوان یک ضمانت اجرای حقوقی است. در این مقام، هر اندازه بر حقوق داخلی تأکید شود، نمی‌توان از خاستگاه این نهاد یعنی حقوق فرانسه، غافل شد. پس استفاده از تحلیل‌های حقوق مادر و تطبیق آن با مفاهیم حقوق داخلی، ناگزیر می‌نماید. در یک نمای کلی، نخست باید مفهوم این وضعیت حقوقی را شناخت. بررسی مصادیق استناد ناپذیری، دومین گام برای تحلیل این ضمانت اجرا است. در نهایت، باید با استفاده از مفهوم برگزیده و نیز مقررات پراکنده‌ای که در مصادیق گوناگون آمده، قواعد عمومی حاکم بر این نهاد را استخراج کرد تا در موارد مشتبه و مسکوت راه‌گشا باشد.

### مفهوم عدم قابلیت استناد

در این قسمت، به مفهوم استناد ناپذیری می‌پردازیم تا با روشن شدن موضوع بحث، زمینه بررسی مصادیق این ماهیت در حقوق ایران فراهم شود.

#### اصل استناد پذیری اعمال حقوقی<sup>۱</sup>

اصل آزادی قراردادی<sup>۲</sup> که خود شاخه‌ای از اصل کلی‌تر «حاکمیت اراده»<sup>۳</sup> است، از دیرباز در عالم حقوق به رسمیت شناخته شده است. بر اساس آن، هیچ‌کس را نمی‌توان برخلاف خواست و اراده‌اش پای‌بند به پیمانی کرد. اصل "نسبی بودن قراردادها"<sup>۴</sup> خود از فروع اصل آزادی قراردادی است؛ زیرا همان‌گونه که طرفین در بستن قرارداد آزاد هستند، کسان دیگر نیز آزادند و نباید از توافق دیگران متأثر شوند. جمع این دو آزادی بدین شکل

1. Oposabilité
2. La liberté de contracter
3. Autonomie de la volonté
4. Effet relatif des contrats

است که هر پیمانی تنها طرفین خود را پای‌بند سازد و نسبت به سایرین اثر نکند. پس اصل نسبی بودن قراردادها، مرز میان دو آزادی است: آزادی طرفین قرارداد از یک سو و آزادی دیگران از سویی دیگر.

الزام‌آور نبودن قرارداد برای اشخاص ثالث، به این معنا نیست که ایشان می‌توانند آن را نادیده بگیرند؛ آنان باید به عمل حقوقی احترام بگذارند و مانع اجرای آن نشوند. پس قرارداد اصولاً نسبت به آنان "قابل استناد" است (قبولی ذرافشان، ۱۳۸۶، ص ۲۶۲ و ۲۶۳). این قابلیت را "اصل قابل استناد بودن اعمال حقوقی یا قراردادها" می‌نامند. این اصل، نتیجه ماهیت اجتماعی اعمال حقوقی است که آنها را به عنوان پدیده‌های اجتماعی در برابر دیگران قابل ابراز و استناد می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۰۲ و ۳۱۲ و ۶۲۲ — ۶۳۰). نیروی الزام‌آور عقد نیز حداقلی از اعتبار را نسبت به اشخاص ثالث ایجاب می‌کند تا قرارداد وارد صحنه اجتماع شود و اعتبار محض نباشد (قبولی ذرافشان، ۱۳۸۶، ص ۲۶۳).

بنابراین، استنادناپذیری عمل حقوقی، منطبق با فرضی است که اشخاص ثالث "به‌طور استثنایی" به قرارداد احترام نمی‌گذارند و می‌توانند مانع اجرای شایسته آن شوند. به بیان دیگر، عدم قابلیت استناد وضع عمل حقوقی است که افراد می‌توانند آن را نادیده بگیرند (JurisClasseur Civil, Fasc. 10, 2006, N. 35). پس از شناخت "اصل"، باید مفهوم و قلمرو آن را تعیین کرد. اما پیش از آن لازم است مفاهیم مشابه از هم بازشناخته شوند و جایگاه هرکدام معلوم شود.

#### عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه

برای شناخت مفهوم عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه، نخست باید تفاوت آن را با بطلان مطلق<sup>۱</sup> و نسبی<sup>۲</sup> دانست. زیرا ممکن است با یکدیگر مشتبه شوند. پس از شناختن مفهوم هرکدام از این ضمانت اجراها، مصادیق عمده استنادناپذیری را در حقوق فرانسه بررسی می‌کنیم.

- 
1. Nullité absolue
  2. Nullité relative

## جایگاه استناد ناپذیری در حقوق فرانسه

"بطلان" و "عدم قابلیت استناد" از نظری به هم شبیه‌اند، زیرا هر دو اشاره به موقعیتی دارند که نسبت به اشخاص ثالث یا دسته‌ای از آنها، اثری ندارد یا ممکن است نادیده گرفته شود (Picod, 2004, p 1). اما جدای از این نگاه کلی، در شرایط تحقق و دامنه آثار، تفاوت آن‌ها بارز است: بطلان مربوط به نقص ارکان داخلی عمل است. منتها بسته به اینکه این ارکان دارای چه درجه‌ای از اهمیت باشند و هدف از آنها چه باشد، نوع بطلان فرق می‌کند: "بطلان مطلق" مناسب عملی است که دارای شرایط ضروری انعقاد نیست. پس بطلان هنگامی مطلق است که این شرایط، اساسی و ناظر به حمایت از منفعت عمومی، یا نظم عمومی، یا اخلاق حسنه باشند (Flour, Aubert et Savaux, 2000, N. 328). اثر چنین بطلانی نیز در برابر همگان است (JurisClasseur Civil, Fasc. 10, 2006, N 35).

اما بطلان نسبی وضع عملی است که با داشتن "شرایط اساسی صحت معامله"، فاقد "شرایط حافظ منافع طرفین" یا یکی از دو طرف است (Flour, Aubert et Savaux, 2000, N. 328). از این‌رو، دامنه این بطلان طرفینی و "نسبی" است و تنها شخص مورد حمایت، حق "ابطال" عمل را دارد: اگر او ظرف مهلت مقرر عمل را ابطال نکند، آثار حقوقی آن عمل ادامه خواهد یافت. عمل حقوقی قابل ابطال جزء اعمال صحیح و نافذ است و تنها با رد کسی که حق ابطال آن را دارد، آثار معامله از روز نخست از میان می‌رود؛ گویی هیچ‌گاه وجود نداشته است.<sup>۱</sup> همچنین تأیید عمل<sup>۲</sup>، با طرح نشدن دعوای ابطال در مدت معین محقق می‌شود و بیش از آن‌که مانند تنفیذ، عملی "مثبت" باشد، جنبه "منفی" دارد (Flour, Aubert et Savaux, 2000, N. 325-326).

اما عدم قابلیت استناد<sup>۳</sup> 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

۱. البته در خصوص اثر «ابطال» در قراردادهای مستمر (Contrats successifs) در حقوق فرانسه اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای اعتقاد به انحلال آنها نسبت به آینده دارند. برای مطالعه بیشتر رک. شهیدی، ۱۳۸۱، ش ۲۹، ص ۵۹ و ۶۰.

2. Confirmation
3. Inopposabilité

را نقض کرده، در برابر آنان بی اعتبار است (Lexique de termes juridiques, N.323). این بی اعتباری بدان معنا است که موقعیت ناشی از عمل مذکور، "برضد" آنان تأثیری ندارد. اما اگر منافع اشخاص ثالث ایجاب کند، آنان همواره می توانند به عمل استناد کنند؛ زیرا استناد ناپذیری، برای حمایت از آنها است (JurisClasseur Civil, Fasc. 2006, 10, N. 36). پس این ضمانت اجرا همواره از سوی شخصی خارج از طرفین عمل حقوقی طلب می شود و در بیان همین معنا است که گفته می شود: «استناد ناپذیری، وضعیتی ویژه اشخاص ثالث است» (Lexique de termes juridiques, N. 35).

### مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه

مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه، محدود و منحصر نیست. ولی محل اجرای آن در جایی است که قواعدی برای حمایت از اشخاص ثالث وضع می گردد. موارد زیر نمونه هایی از آن است:

۱. خودداری از انتشار عمل حقوقی: هرگاه انعقاد عمل حقوقی بر موقعیت دیگران اثری برجسته بگذارد، این تغییر موقعیت می باید منتشر شود تا به آگاهی آنان برسد. به ویژه در جایی که جهل به واقع، سبب اشتباه آنان خواهد شد (JurisClasseur Civil, Fasc. 10, N. 36, 2006). از این جمله است قراردادهای مربوط به حق اختراع؛ علامت های ساخت و تجارت و خدمات؛ واگذاری هواپیما و رهن؛ قراردادهای مربوط به ناوها و کشتی ها؛ تعهد فروش خودروها و... گاهی نیز ضمانت اجرای عدم انتشار، استناد ناپذیری خود قرارداد نیست؛ بلکه تنها یکی از آثار قرارداد، اعتبار خود را در برابر اشخاص ویژه ای از دست می دهد (JurisClasseur Contrats, Fasc. 1987, 100, N. 223).

۲. "فقدان شخصیت حقوقی شرکت": مطابق اصلاحیه قانون شرکت ها وفق قوانین ۲۴ جولای ۱۹۹۶ و ۴ ژانویه ۱۹۷۸ باید میان "تشکیل" شرکت و "ایجاد شخصیت حقوقی"، تفکیک قایل 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 استنادناپذیر بودن شرکتی که فاقد شخصیت حقوقی است (JurisClasseur Civil, Fasc. 60, 2011, N. 88).

۳. خودداری از ثبت معاملات غیرمنقول<sup>۱</sup>: در حقوق فرانسه، مجموعه مقرراتی 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 (Fournier, p 5, N 18). ضمانت اجرای ثبت معاملات غیرمنقول، استنادناپذیری آنها نسبت به اشخاص ثالث است (JurisClasseur Civil, Fasc, p 59, N 570-571). بنابراین اعمال حقوقی که وفق مقررات به ثبت نرسیده باشند، علیه اشخاص ثالثی که نسبت به همان ملک، حقوق معارضی تحصیل و ثبت کرده‌اند، قابل استناد نیست (JurisClasseur Civil, Fasc, p 59, N 577-578).

۴. معامله پنهانی<sup>۲</sup>: 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 (Ophèle, 2000, p 2, N 2). باید دانست که اجباری نبودن انتشار اعمال حقوقی، به معنای جواز پنهانی بودن آنها نیست. به بیان دیگر، طرفین نباید در پی پنهان ساختن یک واقعیت حقوقی نسبت به اشخاص ثالث باشند؛ واقعیتی که می‌تواند به سود یا به زیان آنان باشد.<sup>۳</sup>

حقوق روم، به‌خاطر شکل‌گرایی خود<sup>۴</sup> به سند ظاهری بها می‌داد؛ اگرچه با اراده واقعی طرفین منطبق نمی‌بود. بنابراین به قرارداد سرّی واقعی نمی‌نهاد. اما قانون مدنی فرانسه به دلیل احترامی که برای حاکمیت اراده قائل است، معامله پنهانی را میان طرفین پذیرفته<sup>۵</sup> و در مقابل، برای حمایت از اعتماد مشروع دیگران، نسبت به آنان عمل آشکار را معتبر

1. Publicité Foncière

2. Simulation

۳. برای دیدن نمونه‌ای از پنهان‌سازی موقعیت قراردادی میان همسران، رک. (JurisClasseur Civil, Fasc. Unique, 2011, N. 12).

4. Formalisme

۵. البته به شرطی که قرارداد پنهانی خود نامشروع نباشد. وگرنه پنهانی بودن، نمی‌تواند عمل باطلی را صحیح کند (Ophèle, 2000, p 7,8, N 39,43).

می‌داند (ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی). از این گذشته، رویه قضایی نیز اشخاص ثالث را مختار گذارده تا از میان عمل آشکار و پنهانی، آن را که به نفع خود می‌بینند انتخاب کنند (Ophèle, 2000, p 2,6,10).<sup>۱</sup>

۵. دعوی پولین:<sup>۲</sup> به دعوایی گفته می‌شود که بستانکار علیه مدیون حیل‌گر طرح می‌کند؛ مدیونی که برای فرار از ادای دین، از اموال و دارایی خود، یا سهولت دسترسی به آنها می‌کاهد. این دعوی برای حمایت از بستانکار در برابر حیل‌گر بدهکار است؛ خواه طرف رابطه با بدهکار نیز در این حیل‌گر مشارکت داشته باشد یا خیر (Mazeaud, 1998, p 1053). تکلیف دوری‌گزیدن از نیرنگ، تنها در برابر طرف مستقیم قرارداد نیست: هر کسی این تکلیف را در برابر بستانکاران خود نیز دارد. این امر نشان از جنبه شخصی تعهد در کنار جنبه نوعی آن دارد؛ تعهدی که علاوه بر رابطه میان دو دارایی، رابطه میان اشخاص نیز هست و به همان اندازه که تکلیفی حقوقی است، ریشه در اخلاق دارد (Ripert, 1927, p 313).

دعوی پولین، با دعوی که بستانکار به قائم‌مقامی از بدهکار خویش طرح می‌کند<sup>۳</sup> فرق دارد: زیرا این دعوی به نام خود بستانکار اقامه می‌شود و به همین دلیل هم آثار آن اصولاً به سایر بستانکارانی که در دعوی شرکت نداشته‌اند تسری نمی‌یابد. هم‌چنین شرط دعوی پولین قصد فرار از دین بدهکار است (Gautier et Pasqualini, 2006, p 2,3,15). اثر این دعوی، استنادناپذیر شدن عمل مدیون در برابر بستانکار است؛ یعنی تغییراتی که در دارایی مدیون صورت گرفته، نسبت به بستانکار بی‌اعتبار خواهد بود. منتها این نتیجه تنها در رابطه میان "داین" و "مدیون" اثر دارد و بر صحت عمل حقوقی در رابطه مدیون و طرف معامله با او و سایر اشخاص ثالث اثر نمی‌گذارد (Mazeaud, 1998, p 1054, 1068 et p 1068-1071).

۱. در حقوق ایتالیا، بلژیک و پرتغال، مقررات مشابه حقوق فرانسه است و ثالث را در انتخاب آزاد می‌گذارد. اما قانون مدنی آلمان (BGB) به عکس آنچه گفته شد، عمل پنهانی را در برابر همگان صحیح و عمل آشکار را همواره باطل می‌داند؛ به این استدلال که اصل با حاکمیت اراده واقعی است (Ophèle, 2000, p 3, N 5). این، شبیه موضعی است که حقوق ایران در معاملات «صوری» برگزیده.

2. Action Paulienne

3. Action Oblique

۶. پیمان معارض: هنگامی که شخصی با انعقاد قراردادی جدید، حقوق ناشی از قراردادی را که سابقاً با دیگری منعقد کرده نقض می‌کند، باید قرارداد دوم را غیرقابل استناد دانست؛ به‌ویژه جایی که قرارداد دوم حایز آثاری باشد که لطمه‌ای به نخستین قرارداد وارد نمی‌کند. فروش مالی که با دیگری "قولنامه" شده است، از این دست قراردادها است (قبولی دُرافشان، ۱۳۸۶، ص ۲۵۱ و ۲۵۲).

### گزینش اصطلاح در حقوق ایران

در حقوق فرانسه هریک از ضمانت اجراهای مرسوم، مفهومی ویژه دارند و به همان اعتبار، نامی درخور نیز یافته‌اند. اما آیا ما نیز در حقوق داخلی ناگزیر از این نام‌گذاری هستیم؟ پاسخ، منفی به نظر می‌رسد: همان‌گونه که ما مفاهیم ویژه و سنتی حقوق خویش (مانند عدم نفوذ) را داریم، در اصطلاح‌سازی برای آنها نیز مقید به حقوق بیگانه نیستیم. حتی اگر اصل ماهیتی را از منبع خارجی برگرفته باشیم، ناچار نیستیم نام آن را نیز که قطعاً بنا به پیشینه تاریخی و موازی با سایر نهادهای حقوقی وضع شده است، به حقوق داخلی منتقل کنیم. با این مقدمه، بر مبنای استقراء از مواد پراکنده‌ای که در قوانین مختلف وجود دارد، حقوق ما می‌تواند هریک از این نام‌ها را برای نهادهای مستقل و ویژه به‌کار ببرد:

### الف) عدم نفوذ

"غیرنافذ" وضع عمل حقوقی‌ای است که هیچ اثری برجای نمی‌گذارد. اما چون ارکان صحت در آن گرد آمده و نقص آن اساسی نیست، قابل ترمیم است. بنابراین می‌توان به آن حیات حقوقی بخشید. با این حال پیش از تنفیذ<sup>۱</sup>، از لحاظ اثر با بطلان تفاوتی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۹۷ - ۳۲۱). در حقوق فرانسه نیز برای دسته‌ای از اعمال حقوقی، ضمانت اجرایی مشابه عدم نفوذ پیش‌بینی شده است. "قرارداد برای دیگری"<sup>۲</sup> که شبیه به معامله فصولی در حقوق ایران است، بدین‌گونه است (برای مطالعه بیشتر رک. ایزانلو، ۱۳۸۶، ص ۲).

1. Ratification
2. Contrat pour autrui

## ب) بطلان نسبی

بطلان نسبی در حقوق فرانسه وضع عمل حقوقی صحیح و نافذی است که ممکن است از سوی یکی از طرفین ابطال شود. در واقع بطلان نسبی در حقوق فرانسه، اشاره به عملی دارد که «مراعی» میان صحت و بطلان است: با ردّ ذینفع، از روز نخست باطل می‌شود و با سکوت یا تأیید او، نافذ می‌ماند (Flour, Aubert et Savaux, 2000, N. 325-).<sup>۱</sup> چنین عملی را «قابل ابطال» نیز می‌نامند تا نمایان‌گر وضع عمل صحیحی باشد که ممکن است معدوم شود.<sup>۲</sup> پس نام شایسته این موقعیت، همان «قابل ابطال» است (در تأیید این نام‌گذاری، رک. جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۹ - ۱۲۱؛ السنهوری، بی‌تا، ص ۳۹۶ - ۳۹۸، ش ۳۰۰). این نهاد در حقوق ایران نیز چونان حقوق فرانسه، جایی مطرح می‌شود که معامله‌ای صحیح است و آثار خود را نیز برجای می‌گذارد و با این حال، یکی از طرفین، برای مدتی حق برهم زدن آن را به گونه‌ای قاطع دارد؛ گویی از روز نخست چنین معامله‌ای وجود نداشته و اثر نکرده است. چنین مفهومی، با همه غرابت و نامأنوسی که در حقوق ایران دارد، بدون مصداق هم نیست.<sup>۳</sup>

۱. ماده ۱۳۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت مقرر می‌دارد: «در صورتی که معاملات مذکور در ماده ۱۲۹ این قانون بدون اجازه هیأت مدیره صورت گرفته باشد، هرگاه مجمع عمومی عادی شرکت آنها را تصویب نکند آن معاملات قابل ابطال خواهد بود و شرکت می‌تواند تا سه سال از تاریخ انعقاد معامله... بطلان معامله را از دادگاه صلاحیت‌دار

۱. سنهوری، نظریه العقد، ص ۶۱۸، حاشیه شماره ۱، به نقل از: السنهوری، بی‌تا، همان، ص ۳۹۸، پانویس ۱.

۲. و این جاست که «عدم نفوذ» از «بطلان نسبی» به خوبی تشخیص داده می‌شود. زیرا اگر معیار نام‌گذاری، اثر تصمیم ذینفع باشد، آن‌گاه باید نام عمل غیرنافذ را «قابل تنفیذ» یا «قابل تصحیح» نهاد، که نقطه مقابل «قابل ابطال» است. و برای دیدن نظری که عنوان می‌کند: «...معامله قابل ابطال همانند غیرنافذ می‌باشد»، رک. نوروزی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۷.

۳. برای دیدن نظر مخالف، رک. شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۵۱ - ۵۴ و ۵۶ و ۵۷. و برای دیدن نظر موافق، رک. کاتوزیان، ۱۳۸۳ (الف)، ص ۳۰۷ - ۳۰۹.

درخواست کند...». بنابراین، ضمانت اجرای مقرر در این ماده، امکان ابطال قرارداد توسط یکی از طرفین آن است؛<sup>۱</sup> طرفی که قانون در پی حفظ منافع اوست.

۲. بخش نخست از ماده ۱۷۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳، در مورد قرارداد «کمک و نجات در دریا» که قراردادی است برای کمک به کشتی‌ها و نجات اشیاء در دریا، اعلام می‌دارد: «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 هریک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود». به این ترتیب، صرف‌نظر از امکان "تغییر" (تعدیل قرارداد)، قرارداد نجات قراردادی قابل ابطال است (طالب احمدی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۲ - ۱۵۴).<sup>۲</sup> منتها با این ویژگی که مرجع تشخیص و اعمال آن دادگاه است نه یکی از طرفین. با این حال دادگاه نمی‌تواند رأساً نسبت به ابطال آن اقدام کند و این امر نیازمند تقاضای طرف ذی‌نفع است. این قید، بیانگر آن است که بطلان، در نهایت برای حفظ منافع طرف معامله است نه ضمانت اجرای نقض قواعد آمره.

اما در حقوق ایران، وضعیت حقوقی دیگری نیز می‌توان یافت که با هیچ‌یک از عناوین شناخته‌شده وفق نمی‌دهد؛ یعنی حالتی که عمل حقوقی میان طرفین خود باطل و بلا اثر است، اما در برابر دیگران معتبر و دارای اثر. پس این بار برخلاف عمل استنادناپذیر، "بطلان عمل" علیه دیگران قابل استناد نیست نه "صحت آن". نام چنین وضعیتی را نیز می‌توان بطلان نسبی گذارد؛ زیرا در آن بطلان نسبی است و جز در میان طرفین عمل حقوقی، در

۱. در تأیید این نظر، رک. کاتوزیان، ۱۳۸۳ (الف)، ص ۳۰۸، و برای دیدن نظر مخالف که عبارت «قابل ابطال» مذکور در ماده را به معنای «عدم نفوذ» می‌داند، رک. شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۵۶ و ۵۷.

۲. ممکن است مبنای این ماده را سوءاستفاده از اضطرار دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۵ (ب)، ص ۵۱۱). اما در این فرض، ضمانت اجرا باید عدم نفوذ باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵ (ب)، ص ۴۹۹ - ۵۰۰، و ص ۵۱۰). اگرچه در نگاه نخست به نظر می‌رسد بتوان لفظ «باطل» را در این ماده به «غیرنافذ» تعبیر کرد و به این وسیله از نامأنوسی آن با حقوق داخلی کاست، قرار گرفتن آن در کنار نهاد نامأنوس‌تر تعدیل (تغییر) قرارداد، این برداشت را تضعیف می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵ (ب)، ص ۵۱۲). غرابت عنوان ماده که از «فسخ» سخن می‌گوید نیز می‌تواند نشان دیگری بر وارداتی بودن آن از حقوق خارجی باشد.

برابر کسی قابل استناد نیست (یعنی باطل نسبت به طرفین).<sup>۱</sup> برای جعل اصطلاحی که از بطلان نسبی در حقوق ایران شد، نمونه‌هایی آورده می‌شود تا توجیه‌گر آن باشد. با وجود این، این تعبیر از بطلان نسبی را نباید با مفهوم فرانسوی آن اشتباه گرفت: معنای مرسوم بطلان نسبی، همان است که گفته شد.

۱. ماده ۱۰۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «هر شرکت با مسؤولیت محدود که برخلاف مواد ۹۶ و ۹۷ تشکیل شده باشد، باطل و از درجه اعتبار ساقط است لیکن شرکا در مقابل اشخاص ثالث حق استناد به این بطلان ندارند». بدین ترتیب، ضمانت اجرای رعایت مواد ۹۶ و ۹۷ قانون تجارت، بطلان تشکیل شرکت است. اما این بطلان نسبت به سایرین قابل استناد نیست (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۷۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳ (الف)، ص ۳۰۶).

۲. ماده ۲۷۰ از لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ نیز در مورد ضمانت اجرای تشریفات تشکیل شرکت سهامی اعلام می‌دارد: «... بنا به درخواست هر ذی‌نفع بطلان شرکت... به حکم دادگاه اعلام خواهد شد. لیکن مؤسسين و مدیران و بازرسان و صاحبان سهام شرکت نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند» (برای دیدن حکم مشابه، ن.ک. ماده ۱۹۸ قانون تجارت).

#### عدم قابلیت استناد

این نهاد، در حقوق ایران نیز اشاره به موقعیتی دارد که در آن عمل حقوقی میان طرفین خود معتبر است، ولی بنا به دلایلی نسبت به دیگران قابل استناد نیست.<sup>۲</sup>

#### مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق ایران

در حقوق ایران، می‌توان موارد پراکنده‌ای از استنادناپذیری را یافت. در ادامه تلاش

۱. چون از حیث ارکان داخلی، عمل حقوقی صحیح نیست و مطابق قاعده نمی‌باید اثر کند، در نام‌گذاری، وضع اولیه آن را که «بطلان» است مد نظر قرار دادیم. برخی این موقعیت را «صحیح نسبی» نامیده‌اند؛ به این اعتبار که نسبت به اشخاص ثالث صحیح محسوب می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۱، ص. ۷۴).
۲. السنهوری، همان، ص ۳۹۵، ش ۲۹۹: «و قد يكون العقد صحيحاً ينتج اثره فيما بين المتعاقدين، و لكنه لا يسرى في حق الغير».

خواهد شد تا جای ممکن موارد پراکنده گردآوری شوند و مجموعه‌ای قابل قبول از آنان در کنار هم گرد آید.

### حقوق مدنی

در حقوق مدنی ایران، می‌توان مصادیق متعددی را از عدم قابلیت استناد برشمرد. در زیر به عمده این موارد اشاره خواهد شد.

#### معامله به قصد فرار از دین

تا پیش از اصلاحات سال ۱۳۶۱ در قانون مدنی، ماده ۲۱۸ این قانون (مصوب ۱۳۱۳) مقرر می‌داشت: «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده، آن معامله نافذ نیست» و به این ترتیب، هیچ تردید و بحثی در ضمانت اجرای چنین معاملاتی باقی نمی‌گذاشت. اما در ادامه، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در سال ۱۳۵۱ تصویب و در سال ۱۳۷۷ اصلاح شد. ماده ۴ اصلاحی این قانون مقرر می‌دارد: «هرکس به قصد فرار از ادای دین... مال خود را به دیگری انتقال دهد به نحوی که باقی‌مانده اموالش برای پرداخت بدهی او کافی نباشد، عمل او جرم تلقی... و انتقال‌گیرنده نیز در صورتی که با علم به موضوع اقدام کرده باشد، شریک جرم محسوب می‌گردد و در این صورت اگر مال در مالکیت انتقال‌گیرنده باشد، عین آن و در غیر این صورت قیمت یا مثل آن از اموال انتقال‌گیرنده بابت تأدیة دین استیفا خواهد شد».

در این ماده سخنی از عدم نفوذ یا بطلان نیست؛ فقط به امکان وصول طلب یا محکوم‌به از عین مال یا معادل قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده اشاره شده است. به عبارتی، در نظر قانون‌گذار معامله صحیح است و تنها در برابر داین یا محکوم‌له قابلیت استناد ندارد. سخن گفتن از بقای مال در "مالکیت انتقال‌گیرنده"<sup>۱</sup> نیز تأیید دیگری بر این واقعیت است (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۲ و ۱۵۳). استنادناپذیری معاملات به قصد فرار از دین، از حیث آثار امتیازاتی نسبت به عدم نفوذ آن دارد. از جمله اینکه:

۱. به جای تعبیر «در تصرف» وی.

۱. استنادناپذیری معامله، تا میزان طلب داین است. پس نسبت به مازاد طلب، معامله اثر می‌کند و مال در مالکیت انتقال‌گیرنده باقی می‌ماند (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۹۵؛ در حقوق فرانسه (Gautier et Pasqualini, 2006, p 16, N 8)). اما در عدم نفوذ، با رد معامله کل آن بی‌اثر می‌شود. ۲. ماده از "عین" یا "مثل و قیمت" مال انتقال‌یافته سخن می‌گوید و هیچ‌گاه انتقال‌گیرنده را ضامن "منافع" آن ندانسته است.<sup>۱</sup> در حالی که با رد معامله غیرنافذ، انتقال‌گیرنده در حکم غاصب و یدش ضمانتی است. ۳. آثار استنادناپذیری معامله، فقط نسبت به محکوم‌له یا داینی است که متعرض آن شده است و به دیگران تسری نمی‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۹۳؛ درویش خادم، ۱۳۷۰، ص ۲۷ و ۲۸). در صورتی که در عدم نفوذ، رد و در نتیجه بطلان عمل، در برابر همگان قابل استناد است.

### معاملات خریدار در برابر شفیع

ماده ۸۱۶ قانون مدنی در باب اخذ به شفعه مقرر می‌دارد: «اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید». بدین ترتیب حتی پیش از اخذ به شفعه، معاملات خریدار بر مبیع، در برابر شفیع قابل استناد نیست و به همین دلیل است که او می‌تواند از کسی که اکنون دیگر مالک نیست (نخستین خریدار) به‌طور قهری تملک کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۳۴ و ۲۳۵).

لفظ "باطل" در این ماده، سبب شده عده‌ای ضمانت اجرای حق شفیع را "قابل ابطال" بودن معاملات مشتری بدانند (طالب احمدی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۲ و ۱۵۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۸۴ - ۸۶). اما باید دانست نهاد "قابل ابطال" ضمانت اجرایی است برای حمایت از منافع طرفین معامله و بنابراین تنها توسط خود ایشان قابل استفاده است (نعمت‌اللهی اردستانی، ۱۳۸۸، ص ۳۷؛ طباطبایی، ۱۳۳۱، ص ۴۵)؛ در حالی که شفیع نسبت به تمامی این معاملات، "شخص ثالث" محسوب می‌شود. باید پذیرفت این معاملات تنها "علیه" شفیع

۱. در حقوق فرانسه، در موردی که منتقل‌آلیه سوءنیت (آگاهی) دارد، از همان هنگام، ضامن منافع نیز هست (Gautier, 2006, p 15). در نقد موضع قانونگذار ایرانی در فرض سوء نیت انتقال‌گیرنده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۲).

استنادناپذیرند. به همین دلیل او می‌تواند از دومین خریدار (یا خریداران بعدی) اخذ به شفعه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۸۸ و ۲۸۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۸۲ - ۸۶؛ جعفری لنگرودی<sup>۱</sup>، ۱۳۸۱، ص ۱۹۵) و به این ترتیب، به معامله مشتری "استناد" کند.

### انتقال قرارداد<sup>۲</sup>

انتقال قرارداد، به معنای انتقال موقعیت قراردادی است: حقوق و تعهدات، هر دو را در بر می‌گیرد و بیگانه‌ای را جانشین یکی از طرفین قرارداد می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۹۲ - ۲۹۴). اشکال عمده ناشی از انتقال قرارداد، تحمیل یک بیگانه به طرف دیگر قرارداد است؛ بیگانه‌ای که ممکن است مراوده با او، برای طرف قرارداد خوش آیند نباشد. این تحمیل، برخلاف اصل آزادی قراردادها است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۰۰). بنابراین، باید موارد استفاده از این حق را قاعده‌مند ساخت تا آزادی هر دو طرف قرارداد محفوظ بماند. در حقوق ایران، قواعد ویژه‌ای در باب انتقال قرارداد به چشم نمی‌خورد. با این حال، رضایت طرف قرارداد به انتقال را باید شرط استنادپذیری آن در برابر وی دانست: نسبی بودن اثر قراردادها مانع از آن است که افراد بتوانند با توافقات خصوصی‌شان، روابط حقوقی دیگران را دگرگون سازند و ارکان آن را برخلاف میل آنان تغییر دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴، ۳۰۷ و ۳۰۸). با وجود این، قرارداد انتقال میان طرفین خود پابرجا است و این، روی دیگر اصل نسبی بودن قراردادها است.<sup>۳</sup> در زیر، به دو نمونه قانونی از این موقعیت در حقوق ایران اشاره می‌شود:

۱. در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، نظر به جایگاه ویژه پیش‌فروشنده و اهمیت مهارت و امکانات او، واگذاری قرارداد (مجموعه حقوق و تعهدات) از سوی وی

۱. ایشان امکان اعمال حق شفعه نسبت به هر یک از بیع‌ها را، «ابطال» بیع مقدم بر آن، به معنای اصطلاحی نمی‌دانند و در این تعبیر، اشاره‌ای ضمنی به مفهوم غیرقابل استناد هست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۹۵، پانوش ۴).

### 2. Cession de contrat

۳. برای دیدن همین مضمون که در واقع به «عدم نفوذ نسبی» اشاره دارد (شعاریان، ۱۳۸۸، ص ۳۳۴).

تنها در صورتی معتبر است که همه پیش‌خریداران به آن رضایت داده باشند (ماده ۱۷).<sup>۱</sup> اما در رابطه با انتقال قرارداد از سوی پیش‌خریدار، قانونگذار موضع ملایم‌تری دارد؛ یعنی بدون رضای پیش‌فروشنده، این انتقال تنها در برابر وی قابل استناد نیست. پس در برابر او، همچنان انتقال‌دهنده (پیش‌خریدار) مسؤول پرداخت "بها" یا "عوض" قرارداد است (ماده ۱۸).

۲. در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ واگذاری و انتقال منافع از سوی مستأجر، مستلزم اجازه کتبی موجر است (ماده ۱۰). اما ضمانت اجرای این الزام چیست؟ بطلان، عدم نفوذ، یا عدم قابلیت استناد؟

گذشته از ضمانت اجرای فسخ (نسبت به عقد اجاره) یا حق تخلیه‌ای که در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ این قانون به سود موجر پیش‌بینی شده، پاسخ این است که قرارداد واگذاری، علیه موجر قابل استناد نیست. با وجود این، مالک توان استناد به آن را دارد: به این صورت که می‌تواند پس از فسخ اجاره اصلی یا پایان مدت آن، نسبت به تنظیم قرارداد با منتقل‌آلیه (مستأجر دوم) اقدام کند (ماده ۱۰).

### قرارداد حق‌الوکاله

قرارداد حق‌الوکاله برای وکالت در دعاوی، در شرایطی نسبت به دیگران قابل استناد نیست. ماده ۱ از «آیین‌نامه تعرفه حق‌الوکاله، حق‌المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری و وکلای موضوع ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۸۵/۴/۲۷ رئیس قوه قضاییه، در این زمینه مقرر می‌دارد: «قرارداد حق‌الوکاله... بین وکیل و موکل معتبر است. در تعیین حق‌الوکاله در صورتی که قرارداد در بین نباشد، در مورد محکوم‌علیه، مالیات و سهم تعاون، این تعرفه معتبر خواهد بود. چنانچه قرارداد حق‌الوکاله کمتر از میزان تعرفه وکالتی باشد، در مورد محکوم‌علیه، مبلغ کمتر ملاک خواهد بود».

۱. طبق اصول، ضمانت اجرای این مقرر را باید عدم نفوذ دانست؛ یعنی در فرض الحاق رضای همگی پیش‌خریداران، انتقال از آغاز تنفیذ و در غیر این صورت، باطل می‌شود. برای دیدن نظری که گرایش به عدم قابلیت استناد دارد (خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۲۱ و ۲۲).

بنابراین قرارداد حق‌الوکاله میان طرفین آن معتبر است اما نسبت به دیگران، اصولاً قابل استناد نیست مگر آنکه: نخست؛ اگر مبلغ آن بیشتر از میزان مقرر در تعرفه باشد، از حیث مطالبه مالیات معتبر است و ثانیاً؛ اگر مبلغ مندرج کمتر از تعرفه باشد، نسبت به محکوم‌علیه، همان مبلغ معتبر است (ماده ۱۹ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳). پس می‌توان گفت قرارداد حق‌الوکاله، «علیه» دیگران (دولت و محکوم‌علیه) قابل استناد نیست. اما اینان حسب مورد می‌توانند به نفع خود به آن استناد کنند.<sup>۱</sup>

### فروش مال مرهون از سوی راهن

در مورد وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهون از سوی راهن بدون اذن مرتهن، اختلاف نظر فراوان است: عده‌ای آن را باطل (موسوی خویی، بی‌تا، ص ۲۴۵؛ یزدانیان، ۱۳۸۶، ص ۱۱۳ - ۱۱۴)؛ عده‌ای غیرنافذ (حکیم، بی‌تا، ص ۳۸۷؛ نوین، ۱۳۷۸، ص ۲۱۰ و ۲۱۱؛ بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۴۰۵ و ۴۰۶؛ امامی، ۱۳۸۹، ص ۴۵۹) و عده دیگری صحیح دانسته‌اند (موسوی خویی، بی‌تا، ص ۲۳۸؛ یزدانیان، همان، ص ۱۱۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵ (الف)، ص ۵۸۲ و ۵۸۳).<sup>۲</sup> گروهی نیز بدون ذکر ضمانت اجرا، تنها از «عدم جواز» چنین قراردادی سخن گفته‌اند (صادقی تهرانی، ۱۳۸۴، ص ۲۶۵ و ۲۶۶، مسأله ۵۸۴ و ۵۸۸). قانون مدنی، تنها ضابطه عام غیرنافذ بودن «تصرفات نافذ مرتهن» را عنوان کرده (ماده ۷۹۳) اما به‌طور مشخص در مورد فروش مال مرهون، سخنی نگفته است. رویه قضایی هم موضع چندان روشنی ندارد: پاره‌ای از آراء، تنها بازگویی قاعده عام مذکور در قانون مدنی هستند.<sup>۳</sup> پاره‌ای نیز راهن فروشنده را ملزم به فک رهن از عین

۱. در ماده ۱ و ۲ «آیین‌نامه تعرفه حق‌الوکاله و هزینه سفر وکلای دادگستری» مصوب ۱۳۷۸، این مضمون صراحت بیشتری داشت.

۲. برای دیدن گرایش به صحت، رک. جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۷، ش ۴۸۷.

۳. رک. متین، ۱۳۸۱، ص ۲۴۵: رأی شماره ۱۱۸۰، مورخ ۱۳۱۸/۵/۳۰، شعبه ۴ دیوان عالی: «... معاملات مالک نسبت به آن مال در صورتی که منافی حق مرتهن باشد، بدون اجازه او یا فک رهن نافذ نیست...».

مرهونه، و سپس انتقال آن به منتقل‌آلیه (با تنظیم سند رسمی) نموده‌اند و بدون اینکه پاسخی به پرسش ارائه کنند، جمع بین مصالح کرده‌اند.<sup>۱</sup> آرای دسته اخیر، مبتنی بر نظریه‌ای فقهی است که در پی جمع حقوق هر سه طرف (راهن و مرتهن و خریدار) است (موسوی خوئی، بی تا، ص ۲۵۴). رأی وحدت رویه‌ای نیز در خصوص "واگذاری سرقفلی مغازه" بدون اذن مرتهن صادر شده و چنین انتقالی را "غیرنافذ" اعلام کرده است (قربانی، ۱۳۷۹، ص ۷۹۷: رأی شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۸/۲۰).

از نظر اصولی، باید به دسته‌ای پیوست که چنین معامله‌ای را صحیح می‌پندارند؛ زیرا صحت بیع، هیچ منافاتی با "حق عینی" مرتهن بر رهینه ندارد و ضرری نیز نمی‌تواند از آن برای مرتهن برخیزد (موسوی خوئی، بی تا، ص ۲۳۸ و ۲۳۹؛ ایزانلو، ۱۳۹۱، ص ۱۰۸).<sup>۲</sup> ماده ۴۵ قانون دریایی به خوبی گویای این حقیقت است: «حق رهن از حقوق عینی است و با فروش و انتقال کشتی از بین نمی‌رود...».

اما بنا به فرض که بر تنافی این فروش با حقوق مرتهن اصرار شود، باید آن را مصداقی از معاملات استناد ناپذیر دانست. به این معنا که برای خنثی‌سازی ضرری که بنا به فرض از چنین معامله‌ای بر می‌خیزد، متناسب‌ترین ضمانت اجرا، عدم قابلیت استناد است و هم‌او کفایت می‌کند (ایزانلو، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰؛ میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰، ص ۲۹۱ تا ۲۹۴، بندهای ۲، ۳ و ۹). در همین حال، قرارداد فروش نسبت به دیگران صحیح و قابل استناد است و میان خریدار و فروشنده نیز آثار بیع پابرجا است: دعوی مطالبه ثمن و مبیع مسموع است و دعوی خلع ید فروشنده علیه خریدار، شنیده نمی‌شود (ایزانلو، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰). هم‌چنین رأی وحدت رویه را باید ویژه "واگذاری سرقفلی" دانست (ایزانلو، ۱۳۹۱، ص

۱. برای دیدن آراء، رک. میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰، ص ۲۸۹ و ۲۹۰. و برای دیدن آراء مشابهی که پذیرش دعوی الزام به تنظیم سند را موکول به فک رهن کرده‌اند، رک. قاسم‌زاده و دیگران، ۱۳۸۹، ص ۲۶۱، بند ۲ ذیل ماده ۷۹۳؛ باختر، ۱۳۸۶، ص ۸۳، رأی اصراری شماره ۴۲-۱۳۶۶/۸/۱۲، ردیف ۲۸/۶۵.

۲. در حقوق فرانسه، هبه مال مرهون را صحیح می‌دانند با این استدلال که از حقوق مرتهن نمی‌کاهد؛ زیرا او حق تعقیب دارد (Gautier, 2006, p 3).

۱۰۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۷۲ و ۷۳، ش ۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۸۴ - ۵۸۵).

### انتقال املاک با سند عادی

ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ مقرر می‌دارد: «همین‌که ملک مطابقت 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... مالک خواهد شناخت». با این حال روندی که در انتقال املاک با سند عادی تثبیت شده، برداشت‌ها را از این ماده دشوار کرده و سبب شده آرای قضایی، به اندازه متن قانون قاطع نباشد.

اگرچه حکم ظاهری این ماده و نیز ماده ۴۸ همان قانون حاکی از بی‌اعتباری سند عادی در انتقال اموال غیرمنقول است (کاتوزیان، ۱۳۸۴ (الف)، ص ۲۵۶ - ۲۵۵)، گاهی نظرات حقوقی یا آرا قضایی، اعتبار مطلق چنین سندی را پذیرفته‌اند. در این میان، استناد ناپذیری سند عادی علیه اشخاص ثالث از یک سو، و اعتبار آن میان طرفین قرارداد از سوی دیگر، دست‌کم متعادل‌تر است و البته نظریه هم به حساب نمی‌آید.<sup>۱</sup> در حقوق فرانسه نیز جدیدی وضع بر همین منوال است و خودداری از ثبت، انتقال را در برابر ثالث بی‌اعتبار می‌سازد (Fournier, p 59, N 570-578).

البته این تحلیل برای معاملات معارضی که فروشنده با سند عادی بر ملک خویش انجام داده، راهکاری ندارد؛ زیرا تمامی خریداران نسبت به یکدیگر ثالث محسوب می‌شوند.

در حقوق فرانسه، عملی را که زودتر به ثبت رسیده معتبر می‌شناسند؛ اگرچه واپسین معامله باشد. این حکم ویژه را "قاعده تقدم ثبت"<sup>۲</sup> می‌نامند که در حقوق ایران نیز

۱. امامی، ۱۳۲۰، ص ۱۱۳ و ۱۱۴: «... ابراز انتقال‌نامه در دادگاه‌ها راجع به املاکی که به ثبت رسیده، کافی برای اثبات مالکیت انتقال‌گیرنده در مقابل اشخاص ثالث نخواهد بود». و برای دیدن بیانی نو از این نظریه، رک. خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۹ تا ۳۹.

2. L reyle de l'antériorité de la publication

پذیرفتنی است (امامی، ۱۳۲۰، ص ۱۱۴). همچنین در حقوق فرانسه اگر نسبت به یک ملک همزمان دو سند رسمی تنظیم شود، هیچ‌یک از خریداران نسبت به دیگری "ثالث" محسوب نمی‌شود و سندها اثر یکدیگر را خنثی می‌کنند. در این صورت، به اصل عمومی باز می‌گردند: اینکه «هرکس در زمان مقدم است، در حق مرجح است».<sup>۱</sup> پس برای تعیین اولویت، باید به تاریخ اسناد عادی نگاه کرد (Fournier, p 60, N 584). در حقوق ایران نیز می‌توان همین قاعده منطقی را پذیرفت و در فرض همزمانی درخواست ثبت از سوی دارندگان سند عادی، بیع مقدم را معتبر شمرد.

### در حقوق تجارت

در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و نیز لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ می‌توان موارد پراکنده‌ای را از عدم قابلیت استناد دید. در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود:

**الف:** در ماده ۴۰ از لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت آمده است: «انتقال سهام بانام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد... هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است». بنابراین، انتقال سهام بانام بدون رعایت تشریفات، تنها میان ناقل و منتقل‌آلیه معتبر است و نسبت به دیگران قابل استناد نیست.

**ب:** ماده ۱۰۵ قانون تجارت در خصوص اختیارات مدیران شرکت با مسؤولیت محدود مقرر می‌دارد: «... هر قرارداد راجع به محدود کردن اختیارات مدیران که در اساسنامه تصریح به آن نشده، در مقابل اشخاص ثالث باطل و کأن لم یکن است». مطابق این ماده، قرارداد خصوصی میان شرکا و مدیران شرکت، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست. با وجود این، به جای غیرقابل استناد، از عبارت "باطل و کأن لم یکن" استفاده شده است

۱. در فقه قاعده‌ای با نام "سبق" آمده که تا حدودی شبیه به قاعده فرانسوی است: «من سبق الی ما لم یسبقه احد، فهو احق به». مضمون قاعده، شناختن حق اولویت برای کسی است که پیش از دیگران به کاری اقدام کرده (رک. مکارم شیرازی، ص ۱۳۷ تا ۱۵۶).

(کاتوزیان، ۱۳۸۳ (الف)، ص ۳۰۷، پانوش ۲۲). در خصوص شرکت‌های سهامی، شبیه همین متن در ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی آمده است.

**ج:** مطابق ماده ۱۱۶ قانون تجارت، تأسیس شرکت تضامنی «ملازمه» با مسئولیت هریک از شرکا نسبت به تمام دیون شرکت دارد. پس برای اینکه نقض غرضی روی نداده باشد، قسمت اخیر این ماده عنوان داشته: «هر قراری که بین شرکا برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کأن لم یکن خواهد بود» (هم‌چنین رک. ماده ۱۲۵ قانون تجارت). در ماده ۱۸۸ شبیه همین عبارت در مورد شرکت نسبی هم تکرار شده با این تفاوت که در انتهای آن می‌خوانیم: «قرار شرکا برخلاف این ترتیب، نسبت به اشخاص ثالث اثر ندارد» و این تعبیر، گویاتر به مضمون (استناد ناپذیری) است.

**د:** همان اشخاصی که شخص حقوقی را به وجود آورده‌اند، توانایی انحلال آن را نیز دارند. بنابراین اگر تشکیل شرکت را به توافق و "قرارداد" تعبیر کنیم، انحلال ارادی آن را هم باید "اقاله" بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۳ (ب)، ص ۳۴۲ و ۳۴۳). منتها چون 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 این اقاله نیز چونان توافق مربوط به تشکیل شرکت به ثبت نرسد، نسبت به دیگران اثری ندارد. ماده ۲۱۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت در بیان همین معنا عنوان می‌دارد: «انحلال شرکت مادام که به ثبت نرسیده و اعلان نشده باشد، نسبت به اشخاص ثالث بلا اثر است».<sup>۱</sup>

### در حقوق مالکیت فکری

در قانون «ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری»، مصوب ۱۳۸۶/۸/۷ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، دو مورد عدم قابلیت استناد پیش‌بینی شده که ضمانت اجرای "ثبت" و "آگهی" پاره‌ای عملیات و اقدامات است.

۱. برای دیدن شرح پاره‌ای از این مواد، رک. شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۷۳ و ۷۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳ (الف)، ص ۳۰۵ و ۳۰۷. همچنین برای دیدن مواردی دیگر، رک. خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۱۶ - ۲۰.

الف: این قانون، اعتبار هرگونه تغییر در مالکیت اختراع، طرح صنعتی، علامت تجاری، علامت جمعی یا مالکیت ناشی از تسلیم اظهارنامه را نسبت به اشخاص ثالث، منوط به درخواست کتبی از اداره مالکیت صنعتی نموده است. همچنین این تغییر می‌باید ثبت و آگهی شود. ماده ۴۸ قانون در این زمینه چنین مقرر داشته است: «... تأثیر این‌گونه تغییر نسبت به اشخاص ثالث منوط به تسلیم درخواست مذکور است».

ب: یکی از حقوقی که بر اساس این قانون برای مالک طرح‌ها و علائم صنعتی پیش‌بینی شده، «حق بهره‌برداری» است. این حق با رضای مالک، قابل واگذاری به غیر نیز هست (بند الف و ب ماده ۲۸؛ و ماده ۴۰ و ۴۴). اما این واگذاری که در قانون «قرارداد اجازه بهره‌برداری» نامیده شده، در صورتی نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد است که تحقق آن به وسیله اداره مالکیت صنعتی، ثبت و آگهی شده باشد (ماده ۵۰).

ج: در حقوق فرانسه نیز مقررات مشابهی در قانون مالکیت فکری<sup>۱</sup> به چشم می‌خورد. به عنوان نمونه، ماده L623-14 این قانون مقرر می‌دارد: «اظهارنامه ثبت گونه‌های گیاهی، قراردادهای تسلیم گواهینامه اختراع، همچنین تمام قراردادهای مربوط به واگذاری یا تغییر حقوق وابسته به یک تقاضانامه ثبت اختراع یا یک گواهی اختراع، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست مگر اینکه وفق مقررات... انتشار یابد». در ماده L513-3 آمده است: «هرگونه عمل حقوقی که سبب تغییر یا انتقال حقوق مربوط به یک "طرح" یا "نمونه" (مدل) گردد، نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد نیست مگر اینکه در دفتر ثبت ملی طرح‌ها و نمونه‌ها درج شده باشد...». ماده L613-9 نیز در مورد "اظهارنامه ثبت اختراع" و "گواهینامه اختراع"، مقررات مشابهی پیش‌بینی کرده است.<sup>۲</sup>

### قواعد عمومی حاکم بر "عدم قابلیت استناد"

پرسش این است که آیا می‌توان بر مصادیق پراکنده عدم قابلیت استناد، قواعدی عمومی

1. Code de la propriété intellectuelle

۲. برای دیدن موارد دیگر، ن.ک. مواد L614-29 و L623-15 همین قانون.

حاکم دانست؛ احکامی که به‌عنوان قاعده، بر هر مصداقی از اعمال حقوقی استنادناپذیر بار شوند؟ چنین بررسی، دو فایده دارد: نخست اینکه؛ استقراء ما را کمال می‌بخشد و به آن وجهه‌ای کاربردی‌تر می‌دهد. دوم آنکه؛ حکم معلوم پاره‌ای مصادیق را به موارد ساکت یا مشکوک تسری می‌دهد. در ادامه، قاعده عمومی اعمال استنادناپذیر را از حیث: "تأثیر انگیزه"، "گستره مفهوم شخص ثالث"، "نوع عمل حقوقی"، "تأثیر معاملات متعاقب"، "شخصی یا وضعی بودن"، "اثر قهقرایی" مطالعه می‌کنیم.

#### تأثیر انگیزه بر عدم قابلیت استناد

آیا استنادناپذیر شدن عمل حقوقی، منوط به تبانی اطراف آن یا وجود نیت خاصی در آن‌ها است؟ در این زمینه، همه مصادیق وضع مشابهی ندارند. در مورد معامله به قصد فرار از دین، ماده ۴ قانون اجرای محکومیت‌های مالی، سوءنیت (قصد فرار از دین) انتقال‌دهنده و «علم» انتقال‌گیرنده را شرط غیرقابل استناد بودن قرارداد در برابر بستانکار دانسته است. اما در سایر مصادیق چنین قیدی نیست و حسب مورد، انجام عمل غیرمجاز (مثلاً انتقال قرارداد اجاره) یا خودداری از انجام عمل لازم (مثل لزوم ثبت انتقال سهام بانام)، عمل مربوط را استنادناپذیر می‌سازد. در مقام استخراج قاعده، باید گفت استنادناپذیر شمردن یک عمل، بیش از آنکه در پی مکافات نیت پلید اطراف معامله باشد، به‌دنبال حمایت از حقوق محترم شخص ثالث است. پس همان‌گونه که استقراء مصادیق مختلف نیز بر آن صحه می‌گذارد، علم و سوءنیت در استنادناپذیری شرط نیست و همین نکته را باید قاعده عمومی این ضمانت اجرا دانست.

#### گستره مفهوم شخص ثالث

عمل حقوقی نسبت به کدام دسته از اشخاص ثالث استنادناپذیر است؟ تمام یا گروه مشخصی از آنها؟ گستره مفهومی "شخص ثالث" همواره یکسان نیست و بستگی به جایگاه عمل حقوقی و ارتباط آن با هدف حمایتی قانون‌گذار دارد.<sup>۱</sup> گاهی هدف قانون

۱. در حقوق فرانسه نیز در مصادیق مختلف، منظور از شخص ثالث تفاوت می‌کند ( Fournier, p 58, N 559-562).

ایجاب می‌کند که عمل تنها در برابر شخص واحدی غیرقابل استناد باشد. به عنوان مثال معاملات خریدار تنها نسبت به شفیع قابلیت استناد ندارد. هم‌چنین است "انتقال قرارداد" و "فروش مال مرهونه" که به ترتیب، تنها نسبت به طرف اصیل قرارداد و مرتبه غیرقابل استناد هستند.

اما گاهی نیز حق مورد حمایت به‌گونه‌ای است که منافع عده بیشتری را در بر می‌گیرد و محدود به یک تن نیست. به عنوان مثال در ماده ۴۰ از لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، انتقال سهام بانام بدون ثبت در دفتر سهام شرکت، علاوه بر شرکت، نسبت به همگان استنادناپذیر است. هم‌چنین است ماده ۴۸ و ۵۰ قانون "ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری" که هرگونه قرارداد تغییر مالکیت یا اجازه بهره‌برداری را بدون ثبت و آگهی، در برابر همه استنادناپذیر می‌داند.

در مواردی نیز "شخص ثالث" به هیأت بستانکاران یا اطراف بالقوه معامله اشاره دارد. یعنی قانون‌گذار نوع خاصی از معاملات را نسبت به هر ذینفع احتمالی، استنادناپذیر اعلام می‌کند؛ به هر تعدادی که باشند. به عنوان نمونه، از ماده ۱۰۵ قانون تجارت که محدود ساختن اختیارات مدیران شرکت را در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نمی‌داند، چنین برداشت می‌شود که منظور اشخاص ثالثی هستند که با شرکت "معامله" می‌کنند. زیرا خروج مدیران از حدود اختیارات خویش، تنها در برابر اینان متصور است. منظور از شخص ثالث در ماده ۱۱۶ قانون تجارت نیز چنین مفهومی است.

به عنوان قاعده می‌توان گفت دامنه "شخص ثالث" را باید با توجه به هدف وضع ضمانت اجرا تعیین کرد؛ هدفی که می‌تواند از حفظ حقوق فردی، تا حفظ حقوق جمعی بستانکاران یا تأمین امنیت معاملاتی جامعه متفاوت باشد. دسته نخست را بیشتر در حقوق مدنی می‌توان یافت، و دو دسته اخیر، در حقوق تجارت نمود بیشتری دارند. وجود خصیصه سرعت و امنیت در معاملات تجاری، و غلبه روح فردی در حقوق مدنی، سبب چنین تفاوتی است. با این حال، در موارد سکوت یا تردید، باید "شخص ثالث" را به‌گونه‌ای تفسیر کرد که تا جای ممکن در بر گیرنده افراد کم‌تری باشد، زیرا حفظ استحکام معاملات و رعایت اصل صحت چنین اقتضا دارند. محدود ساختن بی‌اعتباری

"معاملات به قصد فرار از دین" به بستانکار معترض، نمونه‌ای از این تفسیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۳ (الف)، ص ۲۹۳).<sup>۱</sup>

### نوع عمل حقوقی

عمده مصادیق عدم قابلیت استناد، مربوط به قراردادها است. این امر ممکن است سبب پدید آمدن این تصور شود که استنادناپذیری، در ایقاع مصداقی ندارد یا ممکن نیست.<sup>۲</sup> اما به این استقرا ناقص نباید اعتنا کرد؛ از دیدگاه نظری هیچ منعی بر کاربرد این ضمانت اجرا در ایقاعات وجود ندارد. در عمل هم می‌توان مصادیقی برای آن یافت. ماده ۳۹۹ قانون تجارت در مورد "عزل" قائم‌مقام تجاری که که یک ایقاع است، ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد پیش‌بینی کرده. به شکلی که به ثبت نرساندن این عزل، آن را در برابر ثالث بی‌اطلاع، بی‌اعتبار می‌سازد و نسبت به او، وکالت همچنان باقی محسوب می‌شود (ماده ۳۹۹ ق.ت). پس عقد بودن، از قواعد عمومی عدم قابلیت استناد نیست و این ضمانت اجرا را می‌توان در تمام انواع اعمال حقوقی به شکل برابر تصور نمود.

### وضع معاملات متعاقب

هنگامی که عملی «غیرنافذ» باشد، تمامی اعمال بعدی مترتب بر آن نیز به همین سرنوشت دچارند و بدون تنفیذ اعتباری ندارند؛ مانند بیع‌های متعددی که پس از معامله اکراهی واقع شود. اکنون می‌توان تصور نمود که بر مبنای یک عمل استنادناپذیر، اعمال حقوقی دیگری نیز واقع شوند. پس با این پرسش روبه‌رو می‌شویم که آیا سلسله عدم قابلیت استناد در این اعمال متعاقب ادامه می‌یابد، یا اینکه عملیات بعدی صحیح و قابل استنادند؟ استقراء از موارد پراکنده، نشان از این دارد که بنا به قاعده، سلسله استنادناپذیری معاملات ادامه می‌یابد و محدود به نخستین عمل نمی‌شود. به‌عنوان مثال، هر تعداد معامله

۱. برای دیدن نظری که آن را در برابر همه بستانکاران غیرقابل استناد می‌داند، رک. درویش خادم، ۱۳۷۰، ص ۲۷ و ۲۸.

۲. نعمت‌اللهی اردستانی، ۱۳۸۸، ص ۳۰: «... عدم قابلیت استناد فقط در عقود اعمال می‌گردد».

که نسبت به مورد شفعه واقع شود، در برابر شفعه استناد ناپذیر است و او می‌تواند مال را در دست هرکدام از خریداران بیابد، تملک کند. همچنین است در انتقال قرارداد. پس هر چند بار که محل کسب از سوی مستأجران متعاقب به اجاره واگذار شود، نسبت به مالک استناد ناپذیر است. فروش عین مرهونه نیز هر چند بار که تکرار شود، در برابر مرتهن غیرقابل استناد است. به همین قیاس، انتقال‌های متعدد سهام بانام بدون ثبت در دفتر شرکت، همگی در برابر شرکت و اشخاص ثالث استناد ناپذیرند.

نکته‌ای که باید افزود این است که هرگاه ترتب عدم قابلیت استناد بر یک عمل حقوقی، مبتنی بر مصلحت ویژه‌ای باشد، تسری این ضمانت اجرا به عملیات متعاقب نیز مستلزم همان مصلحت است. به عنوان نمونه، در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که "علم انتقال‌گیرنده" قید ضروری برای استناد ناپذیری معامله است، منطقیاً وجود همین قید برای غیرقابل استناد بودن دومین واگذاری نیز شرط است (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳ (الف)، ص ۲۹۰، ش ۴۶۰؛ و ص ۲۹۴، ش ۴۶۳). زیرا مصلحت حمایت از انتقال‌گیرنده با حسن نیت، در مورد دومین انتقال‌گیرنده (که رابطه مستقیمی هم با مدیون ندارد) فزون‌تر است. در حقوق فرانسه نیز رویه قضایی برای حمایت از شخص ثالث، شرایط بی‌اعتباری را در دومین معامله نیز ضروری می‌داند (Gautier et Pasqualini, 2006, p 11). بنابراین می‌توان گفت: تداوم وضعیت عمل حقوقی نخست در معاملات بعدی، قاعده عمومی عدم قابلیت استناد است.

#### شخصی یا وضعی بودن ضمانت اجرا

عمل حقوقی غیرنافذ، جز با تنفیذ صاحب حق اثربخش نخواهد شد؛ زیرا هدف در آن، ترمیم نقصان اراده او است (ایزانلو، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹). پس از فوت او نیز نمایندگان قانونی، به نیابت عمل می‌کنند (ماده ۲۵۳ ق.م). بنابراین، عدم نفوذ از این نظر ضمانت اجرایی شخصی است. اما در عمل استنادناپذیر، هرگاه و به هر طریقی که منافع اشخاص ثالث از میان برود یا تأمین شود، عمل حقوقی اثر معهود خود را برجای خواهد گذاشت و "قابل استناد" خواهد شد. پس عدم قابلیت استناد، ضمانت اجرایی وضعی (ناظر به وضعیت) و تابع موقعیت است.

بر همین اساس، هرگاه راهن یا شخص ثالثی طلب مرتهن را به او بپردازد، فروش مال

مرهون در برابر او قابل استناد می‌شود (ایزانلو، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰). وضعیت در خصوص معامله به قصد فرار از دین نیز چنین است و با پرداخت طلب بستانکار، معامله در برابر او اعتبار می‌یابد. در شفعه هم هرگاه بیع قبل از اخذ به شفعه فسخ شود، حق شفعه از میان می‌رود و هم بیع و هم فسخ در برابر شفیع قابل استناد خواهند بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴ (ب)، ص ۲۳۷ و ۲۳۸). باری به نظر می‌رسد باید اقاله بیع پیش از اخذ به شفعه را نیز علیه شفیع قابل استناد و موجب زوال حق شفعه شمرد؛ زیرا اسباب ضرر شفیع را برمی‌چیند (در تمایل به این نظر رک. محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۸۶ تا ۸۸؛ موسوی الخمینی، بی‌تا، ص ۵۵۹. و برای نظر مخالف، رک. کاتوزیان، ۱۳۸۴ (ب)، ص ۲۳۵ و ۲۳۶).<sup>۱</sup> بنابراین، عدم قابلیت استناد تابع موقعیت (زیان ثالث) است و شخصیت ذینفع، در آن به حساب نمی‌آید.

### اثر قهقرایی

عدم قابلیت استناد، از هنگام گرد آمدن شرایط خود، بر عمل حقوقی اثر می‌گذارد. بنابراین استنادناپذیری را باید به گذشته سرایت داد. پس اگر کسی مال غیر را با آگاهی از قصد او به فرار از دین بخرد، بستانکاران این خریدار نمی‌توانند در فاصله میان معامله و اصدار حکم دادگاه، مدعی حقی نسبت به مال شوند (Gautier et Pasqualini, 2006, p 15, N 96). هم‌چنین است وضع معاملات خریدار در برابر شفیع. پس همانند عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد نیز اثری قهقرایی دارد.

### نتیجه

۱. عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه، اشاره به وضعیت عملی دارد که میان طرفین خود صحیح و معتبر است، ولی این صحت و اعتبار علیه همگان یا دسته مشخصی از افراد قابل استناد نیست. چنین مفهومی با عدم نفوذ و بطلان نسبی و قابلیت ابطال متفاوت است و باید مرز آنها را نگاه داشت.

۱. عده‌ای فسخ بیع را حتی پس از اخذ به شفعه نیز در برابر شفیع استنادپذیر می‌دانند. رک. شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۴۰۱ و ۴۰۲.

۲. عمده مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه، مربوط به ضمانت اجرای مقررات ثبت یا انتشار اعمال حقوقی است. گاهی نیز پنهان‌کاری، نیت فرار از دین، یا انعقاد پیمان معارض چنین نتیجه‌ای در بر دارد.

۳. در حقوق ایران نیز به‌ویژه در حقوق مدنی و تجارت و مالکیت فکری، می‌توان مصادیق متعددی از استناد ناپذیری عمل حقوقی را دید. پاره‌ای از این موارد، به متن قانون متکی هستند؛ مانند مقررات قانون تجارت و مالکیت صنعتی و نحوه اجرای محکومیت‌های مالی. برخی مصادیق را نیز علمای حقوق یا رویه قضایی توصیه کرده‌اند. وضع معاملات خریدار نسبت به شفیع، و فروش مال مرهون بی اذن مرتهن را می‌توان به ترتیب، از این موارد دانست.

۴. با استفاده از همین مصادیق پراکنده، می‌توان قواعدی عمومی پایه ریزی کرد؛ اینکه بنا به قاعده: ۱. انگیزه طرفین عمل حقوقی، در استناد ناپذیری آن نقشی ندارد؛ ۲. گستره شخص ثالث را باید با توجه به شاخه حقوق مربوط و نیز هدف از وضع ضمانت اجرا تعیین کرد؛ ۳. عقد و ایقاع در امکان دچار شدن به استناد ناپذیری یکسانند؛ ۴. استناد ناپذیری، در معاملات متعاقب تکرار می‌شود و استمرار می‌یابد؛ ۵. استناد ناپذیری ضمانت اجرایی وضعی و تابع موقعیت است؛ ۶. اثری قهقرایی دارد.

## منابع و مأخذ

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۲۰)، شرح قانون ثبت اسناد و املاک، تهران، شرکت کانون کتاب.
۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ ۲۲، تهران، انتشارات اسلامی.
۳. ایزانلو، محسن (۱۳۸۶)، تعهد به فعل ثالث، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۳۷، شماره ۱، بهار ۱۳۸۶، صفحات ۱ - ۳۸.
۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱)، ضمانت اجرای فروش عین مرهونه توسط راهن: عدم قابلیت استناد، نقد رویه قضایی در امور مدنی (مجموعه مقالات)، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، صفحات ۱۰۵ - ۱۱۱.
۵. باختر، سیداحمد (۱۳۸۶)، مجموعه آراء اصراری دیوان عالی کشور (حقوقی - جزایی)، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه.
۶. بروجردی عبده، محمد (۱۳۲۹)، حقوق مدنی، بی جا، کتابفروشی محمدعلی علمی.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶)، دائره المعارف عمومی حقوق، الفارق، جلد سوم، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، رهن و صلح، چاپ چهارم (نوبت سوم)، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۱. جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران با همکاری مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران.
۱۲. حکیم، محسن طباطبایی (بی تا)، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۳. خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹)، تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۷۱، پاییز ۱۳۸۹، صفحات ۹ - ۳۹.

۱۴. درویش خادم، بهرام (۱۳۷۰)، *معامله به قصد فرار از دین*، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۶، آذر ۱۳۷۰، صفحات ۱ - ۳۰.
۱۵. سنهوری، عبدالرزاق (بی تا)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، الجزء الأول، مصادر الالتزام، (بی جا).
۱۶. شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸)، *انتقال قرارداد*، چاپ اول، تبریز، انتشارات فروزش.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۰ ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، حاشیه کلانتر، جلد چهارم، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری.
۱۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، جلد اول (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۱)، *حقوق مدنی*، جلد دوم (اصول قراردادها و تعهدات)، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
۲۰. صادقی تهرانی، مرحوم آیت الله محمد (۱۳۸۴)، *رساله توضیح المسائل نوین*، چاپ سوم، تهران، امید فردا.
۲۱. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۷)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، نشر میزان.
۲۲. طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۴)، *معاملات قابل ابطال در حقوق ایران*، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۴، صفحات ۱۴۵ - ۱۶۲.
۲۳. طباطبایی، علی محمد (۱۳۳۱)، *بطلان، انحلال و فسخ عقد*، مجله کانون وکلا، دوره اول، شماره ۲۹، بهمن و اسفند ۱۳۳۱، صفحات ۴۲ - ۴۹.
۲۴. قاسم زاده، سید مرتضی و دیگران (۱۳۸۹)، *تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه های حقوقی*، چاپ چهارم، تهران، سمت.
۲۵. قبولی ذرافشان، سید محمد مهدی (۱۳۸۶)، *قابلیت استناد قرارداد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه*، رساله دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، به راهنمایی دکتر علی حسین مصلحی عراقی، شهریور ۱۳۸۶.
۲۶. قبولی ذرافشان، سید محمد مهدی (۱۳۸۹)، *مفهوم و مبانی قابلیت استناد قرارداد*،

- فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹، صفحات ۲۵۵ - ۲۷۴.
۲۷. قربانی، فرج‌اله (۱۳۷۹)، مجموعه آراء وحدت رویه حقوقی، چاپ ششم، تهران، انتشارات فردوسی.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۳ الف)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۳ ب)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴ الف)، حقوق مدنی، دوره عقود معین، جلد اول، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴ ب)، حقوق مدنی، ایقاع، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
۳۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵ الف)، حقوق مدنی، دوره عقود معین، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵ ب)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۵. متین، احمد (۱۳۸۱)، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، چاپ اول، تهران، رهام.
۳۶. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۴)، ایقاع اخذ به شفعه، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ق)، القواعد الفقہیہ، جلد دوم، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین.
۳۸. موسوی خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، جلد اول، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۳۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا)، مصباح الفقاهه، جلد پنجم، بی‌جا، بی‌نا.
۴۰. میرزائزاد جویباری، اکبر (۱۳۹۰)، وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه «بطالان»

- عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰، صفحات ۲۸۱ - ۲۹۹.
۴۱. نجفی، ابوالحسن (۱۳۸۱)، *غلط نویسیم (فرهنگ دشواری‌های زبان فارسی)*، چاپ دهم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۴۲. نعمت‌اللهی اردستانی، ریحانه (۱۳۸۸)، *بررسی وضعیت عدم نفوذ در اعمال حقوقی و مقایسه آن با بطلان نسبی*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، به راهنمایی دکتر محسن ایزانلو، زمستان ۱۳۸۸.
۴۳. نوروزی، بهروز (۱۳۸۲)، *وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین*، ماهنامه کانون، سال چهل و ششم، دوره دوم، شماره ۴۵، شهریور و مهر ۱۳۸۲، صفحات ۹۹ - ۱۰۸.
۴۴. نوین، پرویز (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی ۷*، عقود معین ۲، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۴۵. یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶)، *بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق مدنی*، فصلنامه مقالات و بررسی‌ها، شماره ۸۵ پاییز ۱۳۸۶، صفحات ۱۱۱ - ۱۲۹.
46. Flour, Jacques, Aubert, Jean –Luc et Savaux, Eric (2000), *Les obligations, v.1: L'acte juridique*, Arman Colin.
47. Fournier, Alain (2007), *Publicité foncière*, Rép. Immo. Dalloz, Février 2007.
48. Gautier, Pierre-Yves et Pasqualini, François (2006), *Action paulienne*, Rép. Civ. Dalloz.
49. Juris Classeur contrats, Fasc. 100 (1987), *distribution*, Contrats, formes du contrat.
50. Juris Classeur civil, Fasc. Unique (2011), *Contrat de mariage*, forme.
51. Juris Classeur civil, Fasc. 60 (2011), *Successions*, indivision.
52. Juris Classeur civil, Fasc. 10 (2006), *Contrats et obligations*, nullité ou rescision des conventions.
53. Lexique de termes juridiques (1981), *sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent*, cinquième édition, Dalloz.
54. Mazeaud, Henry, Léon et Jean (1998), *Leçons de droit civil*, T. II, premier volume, obligations, 9 édition, par Françoise Chabas.
55. Ophèle, Claude (2000), *Simulation*, Rép. Civ. Dalloz.
56. Picod, Yves (2004), *Nullité*, encyclopédie civil, Dalloz.
57. Ripert, Georges (1927), *La règle morale dans les obligations civiles*, deuxième édition, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence.