

واکاوی مفهوم استنادناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه

مهسا رباطی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

سعید محسنی*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد

سید محمدمهدی قبولی دُرافشان

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۲/۱۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۹/۶)

چکیده

با بررسی متون قانونی، دکترین و رویه قضایی ایران، مصادیق متعددی را می‌توان یافت که در آن از «عدم قابلیت استناد» یا استنادناپذیری، نه در مقام اثبات دعوا، بلکه در مقام ثبوت و وجود پدیده‌های حقوقی، سخن به میان آمده است. این مفهوم از استنادناپذیری که نوعی ضمانت اجرای حقوقی محسوب می‌شود، با وجود انعکاس و استفاده در حقوق داخلی، همچنان مبهم مانده و مفهوم‌شناسی دقیقی از آن صورت نگرفته است. به‌علاوه جایگاه این ضمانت اجرا در کنار سایر ضمانت‌اجراهای حقوقی موجود در نظام داخلی نیز مشخص نیست و در نتیجه این ابهام، کارایی و کاربرد این ضمانت اجرا در حقوق داخلی، به‌دلیل خلط این مفهوم با مفاهیم موجود، گاه مورد تردید و بعضاً رد قرار گرفته است. این پژوهش درصدد است از سویی با مفهوم‌شناسی استنادناپذیری در خاستگاه خود یعنی حقوق فرانسه، اجمال و ابهام این مفهوم در حقوق ایران را مرتفع سازد و از سوی دیگر، با مقایسه این نهاد حقوقی با مفاهیم مشابه و تمیز مرزهای مفاهیم، جایگاه این ضمانت اجرا در حقوق داخلی را تبیین و از خلط مفاهیم موجود در این زمینه جلوگیری کند.

واژگان کلیدی

بطلان نسبی، عدم قابلیت استناد، عدم نفوذنسبی، فقدان اثر نسبی، مراعی.

۱. مقدمه

آنچه در نگاه نخست از اصطلاح «استنادناپذیری» به ذهن می‌رسد، مسئله استنادناپذیری در ادله اثبات دعواست که از آن به استنادناپذیری اثباتی تعبیر می‌شود و آن در مواردی است که در مقام دعوا «نمایش وجود» عنصر حقوقی یا به عبارت دیگر «دلیلی» که حکایت از وجود یک عنصر حقوقی دارد، از قابلیت استناد برخوردار نباشد. لیکن مفهومی که این جستار در پی تبیین آن است، استنادناپذیری ذاتی نامیده می‌شود که در آن «وجود» عنصر حقوقی و نتایج آن قابلیت استناد ندارد و به عبارت دیگر این مفهوم ناظر بر آثار «ثبوتی» عنصر حقوقی است. به نظر می‌رسد اصطلاح «غیرقابل استناد»^۱ نخستین بار در قانون ۱ ژانویه ۱۹۲۴ که قانونگذاری مدنی فرانسوی را در بخش‌های Haut-Rhin, Bas-Rhin و Moselle کشور فرانسه (که بنا به ملاحظات تاریخی، دارای حقوق محلی‌اند (ری: Heck, 1993:157-169)، وارد کرد^۲، به کار رفته است. البته پیش از سال ۱۹۲۴، در مواد ۳۱۱، ۳۶۸، ۱۲۹۸ و ۲۰۰۸ قانون مدنی وقت فرانسه، عبارات مترادفی همچون «قابل استناد نیست»^۳ یا «نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد»^۴ دیده می‌شد که اغلب حاصل اصلاح قانون مذکور توسط قوانین مؤخر بر آن بود.^۵ از این رو می‌توان گفت ظهور نواژه «استنادناپذیری»^۶ حاصل دکتترین حقوقی فرانسه است و به نظر نخستین بار، نویسندگان حقوق تجارت این کشور، این لفظ را برای تبیین نظریه عدم قابلیت استناد ایرادات^۷ به کار برده‌اند. ظهور مفهوم استنادناپذیری نیز چندان قدیمی‌تر از پیدایش لفظ آن نیست، بلکه در قانون ۱۸۵۵^۸ فرانسه بود که تعیین استنادناپذیری (و نه بطلان)، به عنوان ضمانت اجرای مرور زمان قانونی در برابر اشخاص ثالث، مطرح شد (Bastian, 1929:1-2). ضمانت اجرای استنادناپذیری در حقوق فعلی (۲۰۱۸) فرانسه در مواد متعددی قانون مدنی و تجارت این کشور تصریح شده است.

در حقوق ایران، به نظر می‌رسد نخستین بار در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و به نوعی در قانون راجع به ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰ بود که به دلیل اقتباس از قانون تجارت فرانسه،

1. Inopposable

2. Loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

3. N'est pas opposable

4. Ne peut être opposé

۵. قانون ۶ فوریه ۱۸۹۳، ماده ۳۱۱ و قانون ۱۹ ژوئن ۱۹۲۳، ماده ۳۶۸ قانون مدنی وقت فرانسه را اصلاح و عبارات مذکور را در این قوانین منعکس می‌کند (Bastian, 1929:1).

6. Inopposabilité

7. Théorie de l'inopposabilité des exeptions

8. Loi sur la transcription en matière hypothécaire adoptée le 17 janvier 1855, promulguée 23 mars 1855.

ضمانت اجرای ع.ق.ا. در ماده ۳ این قانون دیده می‌شود (cf. Troplong, 1856:162 et s.).

مفهوم استنادناپذیری به صورت گسترده به حقوق ایران راه یافت و مصادیق متعددی را در قانون مذکور به خود اختصاص داد. گفتنی است ضمانت اجرای مذکور خلاف شرع نیست، زیرا از سویی بعد از انقلاب قوانینی همچون ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی قدیم (مصوب ۱۰ آبان‌ماه ۱۳۷۷) که متضمن ضمانت اجرای استنادناپذیری است، به تأیید شورای نگهبان رسید (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۲). از سوی دیگر، وجود برخی مصادیق فقهی^۱ نیز بیانگر پذیرش اجمالی مفهوم استنادناپذیری است. همچنین وجود مصادیق متعدد در متون قانونی و دکترین حقوقی^۲ پذیرش چنین مفهومی را در نظام حقوقی ایران واقعیتی انکارناپذیر می‌کند. با این همه در حقوق ایران مفهوم‌شناسی دقیقی از نهاد استنادناپذیری صورت نگرفته و این مفهوم با وجود انعکاس در حقوق داخلی، همچنان مبهم مانده است. بررسی‌های صورت گرفته تاکنون نیز یا تنها به مناسبت موضوع، از استنادناپذیری سخن گفته‌اند و به طور خاص به مفهوم استنادناپذیری پرداخته‌اند (ر.ک: کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۷۰۲-۶۸۳؛ روشن و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۶۴-۱۶۳) یا آنکه علی‌رغم بحث از استنادناپذیری (ر.ک: محقق‌داماد و دیگران، ۱۳۹۷: ۳۴-۱۱)، مفهوم دقیقی از این وضعیت حقوقی ارائه نداده، بلکه به طور کلی به ذکر عناصر و مقایسه آن پرداخته‌اند، درحالی‌که این پژوهش با مطالعه منابع تخصصی فرانسوی^۳ در این زمینه و بر

۱. مانند نظر برخی فقها در خصوص آثار وکالت ظاهری یا افشانشده (انصاری، ۴۱۵: ۳۹۱؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۴۴۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۴۴۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۳۰۳-۳۰۲؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۲۳۴)، یمین مردوده (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶۵-۴۶۶؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ج ۱۲: ۹۱؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ج ۸: ۳۱۱؛ موسوی عاملی، بی‌تا: ۳۵ و ۳۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷۸؛ نجفی، ۱۳۷۴: ۱۶۴-۱۶۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۸: ۳۰۰)، معاملات مشتری پس از اخذ به شفعه (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۴: ۲۵۳) اقرار مفسس به دین (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۵: ۳۲۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۹) و بر عهده گرفتن ثمن یا صدق از سوی شخص اخیر (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۵: ۳۱۸).
۲. درخصوص ضمانت اجرای انتقال املاک با سند عادی ر.ک. امینی، ۱۳۸۸: ۲۲۹ به بعد؛ خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۲-۱۳؛ میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۱: ۳۰۳ و در خصوص ضمانت‌اجرای فروش عین مرهونه ر.ک. ایزانلو، ۱۳۹۱: ۱۱۰؛ میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۰-۲۹۱ و در خصوص وضعیت معامله به قصد فرار از دین با توجه به ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سابق ر.ک. صفایی، ۱۳۸۹: ۱۵۲-۱۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۹۱-۲۹۲؛ نوروزی، ۱۳۸۲: ۱۰۶ و در خصوص ضمانت‌اجرای تقلب نسبت به قانون ر.ک. کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۶۳-۲۶۵ و در خصوص وضعیت طلاق در مرض منجر به موت (ماده ۹۴۴ قانون مدنی) ر.ک. کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۶۴-۲۶۵؛ طباطبائی و قاسمی، ۱۳۹۰: ۱۵۱ و در خصوص عقود تدلیسی ر.ک. طباطبائی و قاسمی، ۱۳۹۰: ۱۵۰ در خصوص وضعیت انتقال قرارداد و وضعیت قرارداد حق‌الوکاله در برخی شرایط ر.ک. ایزانلو و شرعی‌نسب، ۱۳۹۱: ۴۹-۵۱ و در خصوص وضعیت معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۲۸۹-۲۹۰.
۳. بررسی کتاب‌ها و پایان‌نامه‌های فرانسوی که در آن از استنادناپذیری نام برده شده، نشان می‌دهد که گویا نخستین و تنها پژوهشگری که به بررسی جامع استنادناپذیری پرداخته، آقای Bastian در کتاب *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité* است. این کتاب که در حقیقت تز دکتری نویسنده است، به تعبیر برخی استادان حقوق فرانسه (Roblot, 1967: 710)، تزی استادانه درخصوص استنادناپذیری است به گونه‌ای که در بیشتر کتاب‌ها و پایان‌نامه‌ها، مطالعه بیشتر در زمینه این مفهوم، به کتاب مذکور ارجاع داده شده است. حتی در کتاب‌ها و پایان‌نامه‌های سال‌های اخیر فرانسه نیز چنین ارجاعی دیده می‌شود (برای نمونه ر.ک. Boureima Soumana, 2015: 140) که نشان از این دارد که کار جدیدتری در زمینه این مفهوم حداقل با چنین جامعیتی، تا کنون صورت نگرفته است.

مبنای پیشینه این مفهوم در حقوق فرانسه، به مفهوم‌شناسی مبسوط و تخصصی استنادپذیری در حقوق ایران پرداخته است. در این زمینه پژوهش حاضر درصدد است تا از سویی به این پرسش پاسخ دهد که مفهوم استنادناپذیری در خاستگاه آن یعنی حقوق فرانسه و نیز مفهوم آن در موارد منعکس شده در حقوق ایران چیست؟ و از سوی دیگر، بررسی کند که با توجه به آنکه استنادناپذیری یکی از ضمانت‌اجراهای حقوقی محسوب می‌شود و از آنجا که در عالم حقوق و به‌ویژه فقه و حقوق ایران، مفاهیم مشابه دیگری نیز با کارکرد ضمانت اجرا دیده می‌شود، چه تفاوتی میان استنادناپذیری با مفاهیم با مفاهیم یادشده وجود دارد؟

۲. مفهوم استنادناپذیری

همچنان‌که در شکل لفظی «استنادناپذیری» پیداست، مفهوم مذکور جنبه منفی و سلبی «استنادپذیری» یا قابلیت استناد است. به‌عبارت دیگر، استنادناپذیری ضمانت اجرایی منفی و استثنایی است که شکل مثبت آن قابلیت استناد است (Duclos, 1984: 30). از این رو می‌توان با ارائه تعریفی مخالف تعریف قابلیت استناد، به مفهوم استنادناپذیری دست یافت. بنابراین پیش از تبیین مفهوم «استنادناپذیری» و بلکه برای تسهیل فهم آن، به‌اختصار به مفهوم «قابلیت استناد» اشاره می‌شود. پس از روشن شدن مفهوم قابلیت استناد، می‌توان با بررسی، نقد و تحلیل تعاریفی که سایر حقوقدانان از مفهوم استنادناپذیری ارائه داده‌اند و نیز تعریف منفی از قابلیت استناد، به تعریفی جامع و مانع از استنادناپذیری دست یافت.

۲.۱. مفهوم «قابلیت استناد»

اعمال حقوقی، وقایع حقوقی، آرای قضایی، حق و به‌طور کلی وضعیت‌های حقوقی را می‌توان عناصر هر نظام حقوقی دانست که آثار مستقیم و نیز غیرمستقیم دارند. آثار غیرمستقیم این عناصر حقوقی راه را برای ورود آنها به فضای عمومی حقوق می‌گشاید (Duclos, 1984: 22) و موجب طرح و شناسایی آنها در اجتماع می‌شود، بدین‌نحو که شناسایی و احترام به آثار مستقیم این عناصر حقوقی را بر اشخاص ثالث نسبت بدان، الزام‌آور می‌کند (Cornu, 1992: 577). «قابلیت استناد» به ویژگی یادشده عناصر حقوقی گفته می‌شود و اصلی کلی را تشکیل می‌دهد (رباطی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۱۸).

بنابراین «اثر غیرمستقیم» را باید خصوصیت و مؤلفه اصلی قابلیت استناد دانست که با درنظر گرفتن دو بُعد اعتباری درونی و بیرونی برای عناصر و اجزای نظام حقوقی قابل درک است؛ توضیح اینکه بُعد درونی هر عنصر حقوقی، قلمرو آثار مستقیم آن را ترسیم می‌کند و دربرگیرنده اشخاصی است که عنصر حقوقی موردنظر به آنان منتسب یا در ارتباط مستقیم با

آنان است که می‌توان به‌طور کلی آنان را «عوامل مستقیم»^۱ نامید. این رابطه درونی می‌تواند بین اشخاص متعدد مانند طرفین قرارداد یا بین یک شخص و شیء باشد، مانند طرفین حقوق عینی یا حقوق مالکیت فکری. بعد بیرونی این عناصر و اجزای نظام حقوقی آثار غیرمستقیم را در می‌گیرد که قلمرو خاص قابلیت استناد محسوب می‌شود و در نتیجه اشخاصی را متأثر می‌کند که عاملان مستقیم عنصر حقوقی نیستند و نسبت به آن بیگانه‌اند و اشخاص ثالث تلقی می‌شوند. تعیین قلمرو و مفهوم دقیق اثر غیرمستقیم، به ماهیت و ساختار عنصر حقوقی موردنظر بستگی دارد. با این همه اثر غیرمستقیم را به‌طور کلی و مختصر می‌توان به پایبندی اشخاص به عناصر غیر مرتبط به خویش و خودداری از ایراد ضرر به عناصر مذکور تعریف کرد، زیرا قابلیت استناد ناشی از این حقیقت است که اشخاص به یکدیگر وابسته‌اند و نمی‌توانند با انکار دیگری به شیوه مستقل عمل کنند (Duclos, 1984: 23-24).

اگر قابلیت استناد بیانگر اثر «غیرمستقیم» عنصر حقوقی در برابر اشخاص ثالث باشد، «اصل اثر نسبی» عناصر حقوقی با محدود کردن اثر «مستقیم» عنصر حقوقی به اشخاص مستقیم، ثالث را از اثر مستقیم عنصر حقوقی حفظ می‌کند (Duclos, 1984: 26). برای مثال قابلیت استناد قرارداد بدین معناست که قرارداد میان طرفین اعم از آنکه مورد 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: ۱۶۸). در نتیجه، این دو اصل مکمل یکدیگرند و نباید قابلیت استناد را استثنایی بر اثر نسبی عناصر حقوقی به‌ویژه قراردادها دانست (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۶۹).

حال با روشن شدن مفهوم قابلیت استناد، می‌توان ضمن نقد و تحلیل تعاریف ارائه‌شده توسط سایر نویسندگان از مفهوم استنادناپذیری، این مفهوم را با ارائه تعریفی عکس از قابلیت استناد، تبیین کرد.

۲.۲. واکاوی مفهوم «استنادناپذیری»

استنادناپذیری از نگاه نخستین پژوهشگر در این زمینه، عبارت است از «فقدان اثر حق ایجادشده به‌دنبال انعقاد یا بطلان یک عمل حقوقی در برابر اشخاص ثالث»^۲ (Bastian, 1929: 3).

1. Sujets directs

استفاده از این اصطلاح به جای اصطلاح «طرفین» (parties) که معمولاً تنها در مورد اعمال حقوقی مطرح می‌شود، مناسب‌تر به‌نظر می‌رسد، زیرا اصطلاح مذکور قلمرو گسترده‌تری داشته و نه تنها اعمال حقوقی بلکه وقایع حقوقی، حقوق موضوعه و وضعیت‌های حقوقی را نیز دربرمی‌گیرد (Duclos, 1984: 23). از این پس از عبارت «اشخاص مستقیم» برای اشاره به مفهوم پیش‌گفته در برابر «اشخاص ثالث» استفاده می‌شود.

2. «L'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique» (Bastian, 1929: 3).

برخی (Malaurie et al., 2009:334) نیز آن را «فقدان اثر عمل حقوقی یا حق، در برابر اشخاص ثالث» تعریف کرده‌اند. برخی دیگر (Cornu, 1992:430) در تعریف آن گفته‌اند: «فقدان اثر عمل حقوقی در برابر اشخاص ثالث که به آنان امکان نادیده گرفتن وجود عمل حقوقی و انکار آثار آن را می‌دهد، امری که به معنی عدم ایجاد تعهد مستقیم برای اشخاص ثالث که نسبت به عمل حقوقی بیگانه محسوب می‌گردند، نیست (نتیجه خاص اثر نسبی) بلکه حاصل آن است که عمل حقوقی فاقد یکی از شرایطی است که موجب الحاق آن به نظم حقوقی می‌گردد (فقدان ثقل، پنهان نبودن، لزوم رعایت تشریفات انتشار و ...)».

با توجه به تعریف ارائه شده از قابلیت استناد، باید استنادناپذیری را همچون تعاریف مذکور «فقدان اثر» غیرمستقیم عنصر حقوقی موردنظر «در برابر اشخاص ثالث» دانست. با این حال در نقد تعریف اخیر باید گفت از سویی این فقدان اثر نتیجه «عدم الحاق به نظم حقوقی» نیست، بلکه حاصل عدم رعایت قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث است (Wintgen, 2004:117). به همین سبب استنادناپذیری امری الزامی و قطعی نیست، بلکه با توجه به مبنای حمایتی آن، بسته به انتخاب شخص ثالث است. به عبارت دیگر، استنادناپذیری حق رد آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی موردنظر را برای اشخاص ثالث پدید می‌آورد، بدین معنا که آنان می‌توانند آثار عنصر حقوقی غیرقابل استناد را نسبت به خود بپذیرند یا رد کنند. از سوی دیگر، برخلاف تعریف پیش گفته که «وجود» عنصر حقوقی و آثار آن در برابر اشخاص ثالث را انکار می‌کند و به نوعی مفهوم «عدم وجود نسبی» عنصر حقوقی را یادآور می‌شود، باید گفت استنادناپذیری خود عنصر حقوقی را مورد تعرض قرار نمی‌دهد، بلکه موضوع آن «آثار» عنصر حقوقی است. به علاوه ممکن است «تمامی آثار» یک عنصر حقوقی را نیز در برنگیرد، بلکه فقط آثار زیانبار، غیرقابل استناد باشند. به عبارت دیگر استنادناپذیری ممکن است «جزئی» باشد. در نتیجه تنها در فرضی که تمام آثار عنصر حقوقی بتواند مورد رد ثالث قرار گیرد، می‌توان گفت که اشخاص ثالث امکان نادیده گرفتن «وجود» عنصر حقوقی را دارند (Wintgen, 2004:117).

همچنین گفتنی است، برخورداری از استنادناپذیری، علاوه بر آنکه مستلزم «ثالث بودن» شخص است، منطقی «ذی نفع بودن» وی را نیز می‌طلبد. از این رو قلمرو شخصی حق مذکور ممکن است «تمام یا برخی از اشخاص ثالث» را در برگیرد. به علاوه از حیث قلمرو موضوعی نیز اگرچه تعاریف مذکور استنادناپذیری را به حق یا اعمال حقوقی محدود می‌کند، اما قلمرو آن گسترده است و قابلیت طرح در خصوص تمامی عناصر حقوقی یک نظام حقوقی را اعم از حق، عمل حقوقی، واقعه حقوقی، رأی و... دارد.

با توجه به آنچه بیان شد، استنادناپذیری را باید وضعیتی خلاف اصل و استثنایی بر «قابلیت استناد» دانست که به دلیل زیان اشخاص ثالث از قابلیت استناد عنصر حقوقی، اثر

غیرمستقیم عنصر یادشده را در برابر اشخاص ثالث ذی‌نفع منتفی می‌گرداند. در این زمینه استنادناپذیری با دادن «حق انتخاب»^۱ یا «حق انتقاد»^۲ به اشخاص ثالث، امکان انکار عنصر حقوقی و نادیده گرفتن آن را به اشخاص ثالث می‌دهد. از این‌رو استنادناپذیری را باید سقوط تمام یا بخشی (استنادناپذیری جزئی)^۳ از آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی در برابر تمام یا بخشی از اشخاصی که نسبت به عنصر یادشده بیگانه محسوب شده و از قابلیت استناد آن متضرر می‌شوند (اشخاص ثالث ذی‌نفع) دانست که در صورت تمایل اشخاص یادشده به رد و انکار آثار عنصر حقوقی، اعمال می‌شود (Nguyen Xuan, 1977:2 & 3). باید توجه داشت که با توسل اشخاص ثالث ذی‌نفع به استنادناپذیری تنها آثار غیرمستقیم عناصر یادشده زایل می‌شود، از این‌رو آثار مستقیم این عناصر همچنان نسبت به اشخاص مستقیم آن حفظ می‌گردد. به عبارت دیگر، چنین عنصری در برابر اشخاص ثالث ذی‌نفع فاقد اثر اما نسبت به اشخاص مستقیم همچنان واجد اثر است (فقدان اثر نسبی) (رباطی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۱۹-۱۱۸).

بر اساس تعریف ارائه‌شده، استنادناپذیری عناصر متعددی مانند زیانبار بودن، اشخاص ثالث ذی‌نفع، حق انتخاب (انتقاد) ایشان و فقدان اثر نسبی عنصر حقوقی غیرقابل استناد دارد که در ادامه بررسی می‌شود.

۲.۲.۱. زیانبار بودن

زیانبار بودن عنصر حقوقی برای برقراری استنادناپذیری، با توجه به مبنای حمایتی وضعیت مذکور، همواره شرط است. با این حال ممکن است در برخی موارد قانونگذار وجود ضرر را «مفروض» در نظر گرفته باشد، بدین‌نحو که نیازی به اثبات آن نباشد. فرض زیانبار بودن ممکن است خلاف‌پذیر یا خلاف‌ناپذیر باشد. در مقابل ممکن است در موارد دیگر، قانونگذار «اثبات» ضرر برای برقراری استنادناپذیری را شرط بداند. برای مثال در حقوق فرانسه (Nguyen Xuan, 1977:472) استثنائاً در خصوص برخی عناصر حقوقی واقع‌شده در دوران توقف، ذی‌نفع استنادناپذیری (طلبکاران تاجر ورشکسته) برای استفاده از وضعیت مذکور، نیاز به اثبات زیانبار بودن ندارند، درحالی‌که اصولاً استنادناپذیری اعمال حقوقی تاجر در دوران توقف مشروط به اثبات زیانبار بودن برای طلبکاران است (Nguyen Xuan, 1977:465).

در نظام حقوقی ایران نیز به اعتقاد برخی حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۴۳)، حکم قانونگذار نسبت به استنادناپذیری در برابر اشخاص ثالث، مبتنی بر فرض حقوقی ضرری بودن است. اگرچه ممکن است فرض مذکور خلاف واقع باشد، از آنجا که «قانونگذار در مقام

1. Droit d'option
2. Droit de critique
3. Inopposabilité partielle

مصلحت‌اندیشی است نه اصابت به واقع، از این‌رو در برخی موارد خلاف فرض را نمی‌پذیرد و قابل اثبات نمی‌داند.

با اینکه در نظر گرفتن شرط زیانبار بودن به صورت فرض قانونی شایسته است، زیرا با برداشتن بار اثبات زیانبار بودن از دوش ثالث، از وی حمایت بیشتری به عمل می‌آورد و این امر با مبنای حمایتی استنادناپذیری کاملاً همسوست و آن را تقویت می‌کند، ممکن است گفته شود این مبنای حمایتی اقتضای آن را دارد که در صورت مفروض گرفتن ضرر، فرض مزبور خلاف‌پذیر باشد، چه آنکه چنانچه ضرری محتمل نباشد، حمایت معنا نمی‌یابد و مقتضی استنادناپذیری مفقود است. در پاسخ باید گفت که استنادناپذیری وضعیتی پیشگیرانه است، یعنی از ورود ضرر جلوگیری می‌کند، از این‌رو در حالی برقرار می‌شود که هنوز ضرری واقع نشده اما تحقق آن محتمل است. قانونگذار ممکن است در مواردی این احتمال را ضعیف اما ممکن بداند. در این موارد، استنادناپذیری با اثبات زیانبار بودن برقرار می‌شود. اما در مواردی که احتمال زیانبار بودن را بیشتر می‌دهد، ضرر را مفروض می‌گیرد. در این حالت نیز در مواردی که این فرض را قطعی می‌داند، فرض مزبور را خلاف‌ناپذیر برقرار می‌کند و در مواردی که احتمال ورود ضرر زیاد اما قطعی نیست، راه را برای اثبات خلاف فرض باز می‌گذارد.

همچنین گفتنی است از آنجا که حمایت از اشخاص ثالث تنها به میزان ضرری است که فرض یا اثبات می‌شود، از این‌رو در میان آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی تنها آن دسته از آثاری قابلیت رد از سوی ثالث را می‌یابند که به طریق پیش‌گفته برای وی زیانبار باشند. در نتیجه آثاری که زیان مفروض یا اثبات‌شده‌ای در پی ندارند، همچنان به قوت خود باقی بوده و قابل استنادند.

۲.۲.۲. مفهوم «اشخاص ثالث ذی‌نفع» و «حق انتخاب» آنان

مفهوم شخص ثالث به‌طور کلی دربرگیرنده تمامی اشخاص بیگانه نسبت به عنصر حقوقی معین است. وصف خارجی بودن می‌تواند با فقدان مشارکت این افراد در ایجاد عنصر حقوقی موردنظر تعریف شود (Duclos, 1984: 25). از این‌رو شخص ثالث مفهومی نسبی دارد که با توجه به عنصر حقوقی، می‌تواند متفاوت باشد. برای مثال در اعمال حقوقی، مفهوم شخص ثالث را می‌توان با ارائه تعریفی منفی از طرفین عمل حقوقی به‌دست آورد. اما در بین این اشخاص ثالث نیز قلمرو شخصی استنادناپذیری، عملاً محدود به اشخاص ثالثی می‌شود که با وجود عدم مداخله در انعقاد عمل حقوقی، چه به صورت مستقیم و چه به واسطه نمایندگان، روابط حقوقی مختلف، آنان را به طرفین پیوند می‌دهد که به آنان اشخاص ثالث در مفهوم

تخصصی^۱ یا اشخاص ثالث ذی نفع گفته می‌شود (Campion, 1909: 15; cité par Bastian, 1929: 5). در مقابل عمل حقوقی در برابر اشخاص ثالث مطلق^۲ یعنی اشخاص ثالثی که هیچ رابطه حقوقی با طرفین نداشته و نخواهند داشت، هیچ اثری ندارد؛ نه اثر مستقیم و نه غیرمستقیم. اثر مستقیم براساس قاعده نسبی بودن آثار اعمال حقوقی منتفی است و اثر غیرمستقیم (قابلیت استناد) نیز با توجه به نبود رابطه میان اشخاص مذکور با طرفین، عملاً مصداق نمی‌یابد.

مفهوم «ذی‌نفعی» و «حق انتخاب» اشخاص ثالث را می‌توان در پاسخ به این پرسش یافت که چه ضرورتی وجود دارد که عنصر حقوقی اثر خود را در برابر این اشخاص از دست بدهد؟ به عبارت دیگر، علت «فقدان اثر» عنصر حقوقی غیرقابل استناد در برابر اشخاص ثالث چیست؟ توضیح اینکه قابلیت استناد عناصر حقوقی که از سوی قانونگذار به اشخاص ثالث تحمیل می‌شود، ممکن است گاهی موقعیت و وضعیت اشخاص مذکور را به مخاطره اندازد. به این ترتیب قانونگذار شیوه‌هایی برای حمایت از آنان در پیش می‌گیرد. در مواردی به آنان اجازه می‌دهد که بتوانند در زمان انعقاد یا ایجاد عناصر حقوقی مزبور ورود پیدا کنند. برای مثال اگر عنصر زیانبار رأی یا حکم قضایی باشد، اشخاص ثالث می‌توانند از طریق ورود شخص ثالث در جریان دعوا وارد شوند و بدین ترتیب برای جلوگیری از ایجاد آثار زیانبار نسبت به خود، تلاش کنند. اما در مورد سایر عناصر زیانبار، باید گفت که راه‌های مداخله اشخاص ثالث در زمان ایجاد این عناصر بسیار محدود است؛ مهر و موم اموال تاجر ورشکسته بعد از صدور حکم ورشکستگی (Bastian, 1929: 9) که مانع دخل و تصرف تاجر ورشکسته در اموالش می‌گردد و تدابیر تأمینی از قبیل دستور موقت از این قبیل است. ربا این همه تنها حمایت از اشخاص ثالث در مرحله پیش از ایجاد و انعقاد عناصر حقوقی کافی نیست، زیرا از سویی در همه فروض امکان چنین حمایتی وجود ندارد و از سوی دیگر، در مواردی نیز که امکان مزبور وجود دارد، اشخاص ثالث معمولاً بسیار دیر و پس از آنکه برای مثال قرارداد منعقد می‌شود یا دعوا خاتمه می‌یابد، از آن آگاهی می‌یابند. بنابراین حمایت کامل از اشخاص ثالث اقتضای ورود قانونگذار در این مرحله را نیز دارد. از این رو قانونگذار با مشروط کردن قابلیت استناد عناصر حقوقی به برخی قواعد شکلی یا ماهوی، درصدد تأمین حمایت از اشخاص ثالث برمی‌آید و مقرر می‌کند که اگر عنصر حقوقی برخلاف قواعد موردنظر قانونگذار (قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث) ایجاد شود، نسبت به اشخاص ثالث اثری نخواهد داشت (Bastian, 1929: 9). بدین ترتیب استنادناپذیری، اشخاص ثالث را حاکم بر اثر بیرونی عناصر و اجزای نظام حقوقی می‌کند، اثری که تا پیش از آن به اشخاص مذکور تحمیل می‌شد و آنان را مکلف

1. Tiers au sens technique
2. Les tiers absolus (penitus extranei)

به احترام به عناصر مزبور می‌کرد. در نتیجه در اثر استنادناپذیری، اشخاص ثالث بین اینکه عنصر حقوقی در برابر آنان اثرگذار باشد یا هیچ اثری ایجاد نکند، «حق انتخاب» می‌یابند و تنها محدودیتی که بر حق انتخاب آنان وارد می‌شود، لزوم پابندی اشخاص مذکور به نتایج انتخاب خود است (Nguyen Xuan, 1977:3).

۳.۲.۲. فقدان اثر نسبی^۱

استنادناپذیری با سلب اثر غیرمستقیم عناصر حقوقی موردنظر در برابر اشخاص ثالث، در عین باقی گذاردن اثر مستقیم آن نسبت به شخص یا اشخاص مستقیم، حالتی میان «وجود» و «عدم» به این عناصر و اجزا می‌بخشد، به این معنا که گویا در برابر اشخاص ثالث معدوم، اما نسبت به شخص یا اشخاص مستقیم موجودند. اما چگونه یک عنصر حقوقی واحد در عین حال می‌تواند نسبت به برخی موجود، اما در برابر برخی دیگر معدوم باشد؟ هنگامی که قانونگذار به آثار عناصر حقوقی در برابر اشخاص ثالث می‌پردازد، خود را در برابر دو نفع متعارض می‌یابد: نفع طرفین که مقتضی اثر داشتن عنصر حقوقی در برابر همگان است و نفع اشخاص ثالث که اقتضای نادیده گرفتن آن را دارد (Bastian, 1929: 11).

در چنین حالتی قانونگذار برای حل تعارض، به خود عنصر حقوقی تعرض نمی‌کند، بلکه آثار آن را هدف قرار می‌دهد، زیرا آنچه به اشخاص ثالث زیان می‌رساند، آثار عناصر مذکور است و نه خود عنصر حقوقی. در واقع اگرچه خود عنصر حقوقی از دو حال خارج نیست و آن وجود یا عدم آن نسبت به همگان است، ولی چنانچه آثار عناصر حقوقی قابلیت جداسازی و تجزیه را داشته باشد، هر یک از آثار می‌تواند جدا از سایرین در نظر گرفته شود. به این ترتیب، به شرط قابلیت تجزیه، می‌توان آثار زیانبار عناصر حقوقی را با حفظ سایر آثار حذف کرد. این امر به نحو شایسته موجب جمع میان دو مصلحت به‌ظاهر متعارض (حفظ منافع اشخاص مستقیم و حمایت از اشخاص ثالث) می‌شود. از این رو آنچه در برابر اشخاص ثالث استنادناپذیر می‌گردد، خود عنصر حقوقی نیست بلکه آثاری است که از آن ناشی می‌شود (Bastian, 1929: 12-13) در نتیجه می‌توان استنادناپذیری را «فقدان اثر نسبی» عنصر حقوقی دانست.

بنابراین در فرض قابلیت تجزیه آثار عنصر حقوقی، به‌جای بطلان عنصر حقوقی که به معنای سلب تمام آثار عنصر حقوقی از آن است، استنادناپذیری برقرار می‌گردد. به عبارت دیگر برای حفظ حقوق اشخاص ثالث در خصوص عناصر حقوقی که منافع آنان را به مخاطره می‌اندازد، همین که آن عنصر در برابر آنان قابل‌استناد نباشد، کفایت می‌کند و لزومی بر بطلان و سلب اعتبار کلی از آن عناصر نیست (Flour et al., 2002: 231).

1. Inefficacité relative

در پایان گفتنی است که فقدان اثر نسبی در استنادناپذیری با فقدان اثر نسبی در اثر نسبی قراردادها متفاوت است، زیرا در اثر نسبی قراردادها، منظور فقدان اثر «مستقیم» نسبت به اشخاص ثالث است، درحالی که استنادناپذیری، فقدان اثر «غیرمستقیم» نسبت به اشخاص مزبور را مطرح می کند.

۳. تفاوت استنادناپذیری با مفاهیم مشابه

از میان ضمانت اجراهای حقوقی، استنادناپذیری بیش از همه با بطلان (اعم از مطلق و نسبی) و عدم نفوذ شباهت می یابد. به علاوه می توان از وضعیت دیگری به نام «مراعی» نیز نام برد که به دلیل نزدیکی با استنادناپذیری، مقایسه آن با مفهوم اخیر شایسته است.

۳.۱. بطلان مطلق

مفاهیم استنادناپذیری و بطلان مطلق از جهات متعدد با یکدیگر تفاوت می یابند، اما مهم ترین تفاوت آنها را باید در آثار آن دو دانست. توضیح اینکه بطلان، ضمانت اجرای شدیدی است که عمل حقوقی را در برابر همگان، حتی طرفین آن، از اعتبار می اندازد. عمل حقوقی باطل مطلق نه تنها ابتدائاً فاقد اثر وجودی است، بلکه قابل اصلاح نیز نیست و هیچ گاه آثار وجود بر آن بار نمی گردد (ر.ک: محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹: ۱۰۸-۱۰۷). درحالی که استنادناپذیری عنصر حقوقی را تا حد امکان باقی می گذارد، بدین ترتیب که آثار مستقیم آن را نسبت به شخص یا اشخاص مستقیم خود حفظ می کند، اما برای حمایت از ثالث، آثار غیرمستقیم زیان بار آن را نسبت به وی مرتفع می کند (Terré et al., 1996:72). گفتنی است نهاد استنادناپذیری حتی می تواند ناظر به خود بطلان باشد (برای ملاحظه استنادناپذیری بطلان، ر.ک: رباطی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۴۰-۱۱۷).

۳.۲. بطلان نسبی

بطلان نسبی وضعیت عمل حقوقی است که در عین دارا بودن شرایط اساسی مربوط به وجود عمل حقوقی، فاقد شرایطی است که فرانسویان از آن به شرایط اعتبار عمل حقوقی یاد می کنند که اغلب شرایطی است که قانونگذار به منظور حمایت از منافع خصوصی طرفین یا یکی از دو طرف عمل حقوقی، یا استثنائاً برخی از اشخاص ثالث در نظر گرفته است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۷۲ محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹: ۲۴۸). به همین دلیل، قانونگذار در این موارد، سرنوشت عمل حقوقی را فقط در اختیار اشخاص ذی نفع مذکور قرار می دهد. به این ترتیب تا زمانی که آنان تعرضی نسبت به عمل حقوقی ننمایند، عمل حقوقی صحیح است و تمام آثار خود را برجای می گذارد. اما اگر ابطال قرارداد به درخواست ذی نفع در مهلت مقرر مطرح و مورد حکم دادگاه قرار گیرد، اصولاً جز در موارد استثنایی، قرارداد از ابتدا باطل می شود و آثار خود را از دست

می‌دهد (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹: ۲۳۸-۲۳۷). بنابراین بطلان نسبی به صرف اراده ذی‌نفع واقع نمی‌شود، بلکه لاجرم نیازمند حکم دادگاه است (Marty et Raynaud, 1988:222; Mazeaud *et al.*, 1985:300). اقامه دعوی ابطال نیز دارای مرور زمان است و چنانچه در مهلت اقامه نشود، عمل حقوقی باطل نسبی به صورت ضمنی تأیید می‌شود (Flour *et al.*, 2002: 325-326). بطلان نسبی با همان مفهوم فرانسوی آن به حقوق ایران نیز راه یافته و مصادیقی را به خود اختصاص داده است (ر.ک: قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۱: ۱۰۳-۹۵).

نزدیکی مفهوم بطلان نسبی با استنادناپذیری، موجب شده که برخی حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۰۵؛ عینی تفرشی، ۱۳۷۸: ۱۸۰؛ ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۴۶-۴۵؛ حیدرپور، ۱۳۸۲: ۱۴۶-۱۴۵) مواردی را که در حقیقت در قلمرو استنادناپذیری است، از مصادیق بطلان نسبی برشمارند. چنانکه برای مثال برخی از ایشان (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۰۵ و ۳۰۷) مواد ۴۰ ل.ا.ق.ت. و ۱۰۵ قانون تجارت را مواردی از بطلان نسبی دانسته‌اند، درحالی‌که این موارد مشمول مفهوم استنادناپذیری هستند. به نظر می‌رسد این وضعیت ناشی از صفت «نسبی» است که به طور مطلق در ترکیب «بطلان نسبی» آورده شده است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۷۲).

برخی حقوقدانان (ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۴۵) نیز در اثر طرح مفهوم دیگری از بطلان نسبی در حقوق ایران، قلمرو بطلان نسبی را گسترش داده و مصادیقی را که در حقیقت نوعی استنادناپذیری هستند، بطلان نسبی تحلیل کرده‌اند. توضیح اینکه ایشان وضعیت عمل حقوقی را که نسبت به طرفین خود فاقد اثر و باطل اما نسبت به اشخاص ثالث دارای اعتبار است، نوعی بطلان نسبی می‌دانند و معتقدند که این وضعیت، وضعیتی برخلاف استنادناپذیری است که در آن «بطلان» عمل حقوقی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست و نه «صحت» آن. با این استدلال که این وضعیت «جز در میان طرفین عمل حقوقی، در برابر کسی قابل استناد نیست (باطل نسبت به طرفین)». در ادامه ایشان (ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۴۶) برای طرح مفهوم مذکور در حقوق ایران، به‌رغم تصریح بر عدم تطبیق وضعیت مزبور با مفهوم مرسوم بطلان نسبی در حقوق فرانسه، به ماده ۱۰۰ قانون تجارت و ماده ۲۷۰ ل.ا.ق.ت. استناد می‌کنند. صرف نظر از اینکه برخی (شهیدی، ۱۳۸۵: ۷۴؛ عرفانی، ۱۳۷۳: ۱۵۱-۱۵۰)، منظور از بطلان در وضعیت مذکور را بطلان مطلق دانسته‌اند و نه نسبی، در فرض حمل بطلان در مواد یادشده بر بطلان نسبی نیز بطلان مزبور همان مفهوم مرسوم از بطلان نسبی را خواهد داشت، منتها بطلان یادشده، خواه مطلق خواه نسبی، به استناد ذیل مواد یادشده، قابلیت استناد در برابر ثالث را ندارد. در حقیقت وضعیت مذکور یکی از انواع «استنادناپذیری» یعنی «استنادناپذیری بطلان یا بی‌اعتباری» در حقوق فرانسه است (Bastian, 1929: 10) که در حقوق ایران نیز راه یافته و وضعیتی است که در آن عنصر حقوقی نسبت به شخص یا اشخاص مستقیم خود باطل و

بی‌اعتبار است و هیچ اثری ندارد، درحالی‌که در نگاه اشخاص ثالث همچون عنصر حقوقی صحیح، معتبر و واجد اثر است (برای ملاحظه استنادناپذیری بطلان، ر.ک: رباطی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۴۰-۱۱۷). توضیح اینکه همچنان‌که بیان شد، عدم قابلیت استناد به لحاظ موضوعی، قلمرو گسترده‌ای داشته و قابلیت طرح در مورد کلیه عناصر حقوقی اعم از اعمال حقوقی، وقایع حقوقی، حق، رأی و وضعیت‌های حقوقی مانند بطلان را دارد. البته گفتنی است عمده مصادیق عدم قابلیت استناد در مواردی مطرح است که عنصر حقوقی نسبت به شخص یا اشخاص مستقیم خود معتبر است، اما به دلیل آثار زیان‌بار برای اشخاص ثالث، این اعتبار در برابر اشخاص مذکور قابل استناد نیست. شایسته است تأکید شود که عکس مورد اخیر یعنی فرضی که عنصر حقوقی، فاقد اعتبار و باطل بوده و این عدم اعتبار موجب تضرر اشخاص ثالث گردد نیز امکان‌پذیر است و می‌تواند موجب عدم قابلیت استناد شود. به عبارت دیگر در فرض اخیر اعتبار عنصر حقوقی به نفع اشخاص ثالث و بی‌اعتباری آن برای ایشان زیان‌بار است. در این موارد نیز قانونگذار به حمایت از اشخاص ثالث برمی‌خیزد و در شرایط مشخصی در برابر زیان حاصل از بطلان و بی‌اعتباری عناصر حقوقی نیز آنان را مورد حمایت قرار می‌دهد (Bastian, 1929: 10).

در بیان مهم‌ترین تفاوت بطلان نسبی با استنادناپذیری که از حیث آثار است، باید گفت بطلان نسبی، پس از اعلام از سوی دادگاه، اثری به شدت بطلان مطلق دارد و خود عمل حقوقی را مورد تعرض قرار می‌دهد و آن را در نگاه همه از اعتبار می‌اندازد. درحالی‌که استنادناپذیری، خود عنصر حقوقی و آثار عنصر حقوقی را نسبت به اشخاص مستقیم آن حفظ می‌کند (Roblot, 1967:710) و تنها آثار آن را نسبت به اشخاص ثالث منتفی می‌کند.

۳.۳. عدم نفوذ

عدم نفوذ در معنای خاص وضعیت عمل حقوقی فاقد اثری است که قابل اصلاح بوده، با تنفیذ بعدی ذی‌نفع اعتبار می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۹۸؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴). عمل حقوقی غیرنافذ فاقد رضای معتبر است (محسنی، ۱۳۹۰: ۳۱۷) و تا قبل از تنفیذ اثر حقوقی ندارد و در صورت تنفیذ، کامل و دارای اثر می‌گردد و در صورت رد توسط ذی‌نفع، عقد، باطل مطلق خواهد شد.

گفتنی است علاوه بر مفهوم رایج عدم نفوذ، برخی (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۳-۱۵۹) معنای دیگری نیز از آن ارائه می‌دهند. با این توضیح که عدم نفوذ وصف عمل حقوقی است که دارای شرایط اساسی است، اما علت تامه آن به دلیل «فقدان شرط» یا «وجود مانع»، کامل و مؤثر نیست. بدین ترتیب گاه عدم نفوذ به علت نبود یکی از شرایط است، مانند فقدان رضا و گاه به علت

وجود مانع مانند حقوق اشخاص ثالث. فقدان شرط، نفوذ عقد را موقوف به حصول آن می‌کند و از این رو باید آن را «عدم نفوذ موقوف» نامید؛ مانند عدم نفوذ عقد فضولی و اکراهی. اما وجود مانع، نفوذ عقد را موقوف به رفع مانع نمی‌کند، بلکه آن را «مراعی» یعنی در حالت انتظار برای رفع مانع قرار می‌دهد و از نفوذ یا ادامه اثر عمل حقوقی جلوگیری می‌کند، مانند عدم نفوذ بیع عین مرهونه. بنابراین عدم نفوذ اعم از موقوف و مراعی است.

اثر چنین تفکیکی آن است که در عدم نفوذ مراعی چنانچه به هر طریقی حق شخص ثالث تأمین شود، ضمانت اجرای مذکور مرتفع شده و عمل حقوقی خودبه‌خود نافذ و مؤثر می‌گردد، حتی اگر اجازه‌ای از سوی ثالث صادر نشده باشد یا حتی در فرضی که ثالث آن را رد کرده باشد. درحالی‌که عدم نفوذ موقوف، نیازمند اجازه ذی‌نفع است و بدون آن اعتبار نمی‌یابد.

با ارائه چنین مفهوم و اثری از «عدم نفوذ مراعی»، ایشان (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۳-۱۶۲) نتیجه می‌گیرند که با وجود چنین مفهومی در فقه و حقوق داخلی، دیگر نیازی به نهاد فرانسوی استنادناپذیری نیست و مفهوم اخیر در حقوق داخلی کارایی ندارد. به‌رغم این نظر، نهاد یادشده با استنادناپذیری متفاوت است و نمی‌تواند خلأ نهاد استنادناپذیری در حقوق داخلی را پر کند. زیرا اولاً عمل حقوقی استنادناپذیر در رابطه میان طرفین آن معتبر و صحیح بالفعل است، درحالی‌که برای عدم نفوذ مراعی «صحت تأهلی» در نظر گرفته شده (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۶) و در نتیجه عمل حقوقی حتی در روابط طرفین نیز نفوذ کامل ندارد؛ ثانیاً استناد ثالث به حق خود در استنادناپذیری تأثیری در روابط متعاملین ندارد، بلکه عمل حقوقی را در روابط آنان هم چنان صحیح باقی می‌گذارد، درحالی‌که در خصوص عدم نفوذ مراعی گفته شده است (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۹) که با رد ثالث، عقد حسب مورد باطل و یا منفسخ می‌شود.

گذشته از تقسیم اخیر از عدم نفوذ، به‌طور کلی دو ضمانت اجرای عدم نفوذ و استنادناپذیری از جهات متعدد با یکدیگر تفاوت می‌بایند که مهم‌ترین آنها را باید از جهت آثار دانست؛ توضیح اینکه عمل حقوقی غیرنافذ تا زمانی‌که تنفیذ یا رد نشده است، چه در برابر طرفین و چه اشخاص ثالث فاقد اثر است. درحالی‌که استنادناپذیری تنها اثر عنصر حقوقی را در برابر اشخاص ثالث منتفی می‌کند. همچنین در عمل حقوقی غیرنافذ، ذی‌نفع می‌تواند با رد عمل حقوقی آن را باطل کند درحالی‌که در استنادناپذیری، ثالث نمی‌تواند به اثر عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم و سایر اشخاص ثالث تعرضی کند، بلکه تنها می‌تواند اثر آن را نسبت به خود انکار کند. از این رو استنادناپذیری را باید ضمانت اجرایی خفیف‌تر از عدم نفوذ دانست (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۵۴-۱۵۳؛ ایزانلو، ۱۳۹۱: ۱۱۰).

۳.۴. وضعیت مراعی

در اصطلاح، مراعی در دو معنی عام و خاص به کار رفته است که در معنای اخیر نوعی وضعیت حقوقی را تشکیل می‌دهد. مراعی در معنای خاص خود عبارت است از وضعیت اعمال حقوقی که در آن، اثر عمل حقوقی معلق به تعیین وضعیت دیگری (اغلب حقوق اشخاص ثالث) است، به گونه‌ای که با مشخص شدن مورد اخیر، وضعیت عمل حقوقی مراعی نیز کشف می‌گردد^۱ (محقق‌داماد و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳-۱۲). بدین ترتیب وضعیت مراعی، وضعیتی است که در نتیجه وجود مانع، بر عمل حقوقی بار می‌گردد، اما با رفع آن، وضعیت عمل حقوقی از ابتدا معلوم می‌شود.

با این تعریف، وضعیت مراعی از وضعیت عدم نفوذ تفاوت می‌یابد، زیرا از سویی عمل حقوقی غیرنافذ دارای نقص در مقتضی خود (فقدان رضا) است، درحالی که در وضعیت مراعی، مقتضی عمل حقوقی کامل بوده و فقط مانعی در بین است که اغلب حقوق اشخاص ثالث است. از سوی دیگر، با توجه به نبود شرط رضا در عدم نفوذ، سرنوشت قرارداد در دست شخصی است که رضایت وی مفقود است و تا وی عمل حقوقی را تنفیذ نکند، صحت یا بطلان آن کشف نمی‌شود، درحالی که در وضعیت مراعی، اثر عمل حقوقی معلق بر امر دیگری است که با تحقق آن، عمل حقوقی خودبه‌خود اعتبار می‌یابد، بی‌آنکه به رد یا تأیید ذی‌نفع وابسته باشد (محقق‌داماد و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۴).

با توجه به تعریف مذکور از وضعیت مراعی، مهم‌ترین تفاوت این دو مفهوم را در آثار آن دو می‌توان یافت. توضیح اینکه عمل حقوقی مراعی تا زمانی که وضعیت امر دیگر مشخص نشده، چه در برابر طرفین و چه در برابر اشخاص ثالث فاقد اثر است. به عبارت دیگر، مانع مذکور در مراعی، کلیه آثار عمل حقوقی را معلق می‌کند، درحالی که عنصر حقوقی غیرقابل استناد نسبت به اشخاص مستقیم خود دارای اثر است و نهاد استنادناپذیری تعرضی به این آثار مستقیم ندارد و فقط آثار غیرمستقیم در برابر اشخاص ثالث را هدف می‌گیرد و اختیار آن را به دست ذی‌نفع می‌سپارد. بنابراین استنادناپذیری ضمانت اجرایی خفیف‌تر از مراعی است.

۴. نتیجه

«استنادناپذیری» یا عدم قابلیت استناد وضعیتی خلاف اصل و استثنایی بر «استنادپذیری» یا قابلیت استناد است که به موجب آن، اثر غیرمستقیم عنصر حقوقی غیرقابل استناد، به دلیل زیانبار بودن برای اشخاص ثالث، در برابر آنان منتفی می‌شود، بدین معنا که اشخاص ثالث این «حق انتخاب» یا «حق انتقاد» را می‌یابند که عنصر مذکور را انکار کنند و آن را کأن لم یکن در

۱. برای ملاحظه سایر تعاریف از وضعیت مراعی، ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۲۵۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۰۱.

نظر بگیرند. بنابراین استنادناپذیری، محروم کردن عنصر حقوقی از تمام یا بخشی (استنادناپذیری جزئی) از آثار غیرمستقیم خود در برابر تمام یا بخشی از اشخاصی است که نسبت به موارد مذکور بیگانه محسوب می‌شوند (اشخاص ثالث ذی‌نفع) و تمایل بر رد آثار عنصر حقوقی موردنظر دارند. البته به‌رغم انتفای اثر غیرمستقیم عنصر حقوقی در برابر اشخاص ثالث، آثار مستقیم این عنصر نسبت به اشخاص مستقیم آن حفظ شده و در نتیجه چنین عنصری با وجود فقدان اثر در برابر اشخاص ثالث ذی‌نفع، همچنان نسبت به عاملان مستقیم خود واجد اثر است (فقدان اثر نسبی).

مهم‌ترین تفاوت استنادناپذیری با ضمانت اجراهای موجود در حقوق ایران از حیث آثار است. در تفاوت استنادناپذیری با بطلان باید گفت بطلان مطلق و بطلان نسبی، البته پس از اعلام بطلان در مورد اخیر از سوی دادگاه، ضمانت اجرای شدیدی است که عمل حقوقی را در برابر همگان، حتی طرفین آن، از اعتبار می‌اندازد. درحالی‌که استنادناپذیری عنصر حقوقی را تا حد امکان باقی می‌گذارد، بدین ترتیب که آثار مستقیم آن را نسبت به شخص یا اشخاص مستقیم خود حفظ می‌کند، اما برای حمایت از ثالث، آثار غیرمستقیم زیانبار آن را نسبت به وی مرتفع می‌کند. استنادناپذیری با عدم نفوذ نیز این تفاوت را می‌یابد که عمل حقوقی غیرنافذ تا زمانی که تنفیذ یا رد نشده، چه در برابر طرفین و چه اشخاص ثالث فاقد اثر است. درحالی‌که استنادناپذیری تنها اثر عنصر حقوقی را در برابر اشخاص ثالث منتفی می‌کند. همچنین در عمل حقوقی غیرنافذ، ذی‌نفع می‌تواند با رد عمل حقوقی آن را باطل کند، درحالی‌که در استنادناپذیری، ثالث نمی‌تواند به اثر عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم و سایر اشخاص ثالث تعرضی کند، بلکه تنها می‌تواند اثر آن را نسبت به خود انکار کند. در وضعیت مراعی نیز عمل حقوقی مراعی تا زمانی که وضعیت امر دیگر مشخص نشده، چه در برابر طرفین و چه در برابر اشخاص ثالث فاقد اثر است. به‌عبارت دیگر، مانع مذکور در مراعی، کلیه آثار عمل حقوقی را معلق می‌کند درحالی‌که عنصر حقوقی غیرقابل استناد نسبت به اشخاص مستقیم خود دارای اثر است و نهاد استنادناپذیری تعرضی به این آثار مستقیم ندارد و فقط آثار غیرمستقیم در برابر اشخاص ثالث را هدف می‌گیرد و اختیار آن را به دست ذی‌نفع می‌سپارد.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۹). حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری، ج ۲، چ سیزدهم، تهران: سمت.
۲. امینی، منصور (۱۳۸۸). «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۹، ص ۲۳۸-۲۱۱.

۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب، ج ۳، چ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. ایزانلو، محسن (۱۳۹۱). «ضمانت اجرای فروش عین مرهونه توسط راهن: عدم قابلیت استناد»، نقد رویه قضایی در امور مدنی (مجموعه مقالات)، زیر نظر دکتر ناصر کاتوزیان، چ ۱، تهران: جنگل-جاودانه، ص ۱۱۱-۱۰۵.
۵. ایزانلو، محسن؛ شریعتی نسب، صادق (۱۳۹۱). «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۹، ش ۲، ص ۶۶-۳۵.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحدائق الناصره فی أحكام العترة الطاهره، ج ۲۱، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، چ اول، تهران: گنج دانش.
۸. ----- (۱۳۷۰). حقوق مدنی: رهن و صلح، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. حسینی عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). «مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه»، ج ۵، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. حسینی عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). «مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه»، ج ۸، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. حسینی عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). «مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه»، ج ۱۴، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. حیدرپور، البرز (۱۳۸۲). محدودیت‌های مدیران شرکت‌ها در انجام معاملات: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس، چ اول، تهران: مه‌زیار.
۱۳. خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹). «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، ش ۷۱، ص ۳۹-۹.
۱۴. رباطی، مهسا؛ محسنی، سعید؛ قبولی‌درافشان، سید محمد مهدی (۱۳۹۶). «عدم قابلیت استناد بطلان در شرکت‌های تجاری»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۹، ش ۴، ص ۱۴۰-۱۱۷.
۱۵. روشن، محمد؛ خوئینی، غفور؛ فلاحی، آزاد (۱۳۹۶). «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۱، ش ۹۷، ص ۱۶۴-۱۴۳.
۱۶. شهید ثانی (۱۴۱۴ق). مسالک الأفهام الی تنقیح شرایع الإسلام، ج ۵، چ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). حقوق مدنی، ج ۲ (اصول قراردادها و تعهدات)، چ چهارم، تهران: مجد.
۱۸. صفایی، سید حسین (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲ (قواعد عمومی قراردادها)، چ ۱۰، تهران: نشر میزان.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳ق). العروة الوثقی، ج ۶، چ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۰. طباطبایی، سید محمدصادق و قاسمی، رسول (۱۳۹۰). «قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی»، حقوق اسلامی، سال ۸، ش ۳۱، صص ۱۲۷-۱۵۵.
۲۱. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی) (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، چ دوم، مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع).
۲۲. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی) (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۸، چ دوم، مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع).
۲۳. عرفانی، محمود (۱۳۷۳). حقوق تجارت، ج ۲، چ اول، تهران: جهاد دانشگاهی (ماجد).
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸ق). تذکره الفقهاء، ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویه.
۲۵. عیسی تفرشی، محمد (۱۳۷۸). مباحث تحلیلی از حقوق شرکتهای تجاری، ج ۱، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
۲۶. فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۸، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. قبولی‌درافشان، سید محمد مهدی؛ محسنی، سعید (۱۳۹۱). نظریه عمومی بطلان در قراردادها (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و فرانسه)، تهران: جنگل.

۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰). *ایقاع: نظریه عمومی-ایقاع معین*، ج اول، تهران: یلدا.
۲۹. ----- (۱۳۷۶). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۰. ----- (۱۳۷۹). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، چ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۱. کاشانی، سید محمود (۱۳۵۴). *نظریه تقلب نسبت به قانون «حیل»*، چ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران.
۳۲. کریمی، عباس (۱۳۹۱). «تلاشی برای سازمان‌دهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، دیدگاه‌های علوم قضایی، ش ۵۸، ص ۱۸۸-۱۵۶.
۳۳. کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۶). «وضعیت حقوقی مراعی به‌عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴، ش ۴، ص ۶۸۳-۷۰۲.
۳۴. محسنی، سعید، (۱۳۹۰). *اشتباه در شخص طرف قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، چ ۱، تهران: دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام).
۳۵. محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمدهدی (۱۳۸۹). «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، *دانش و توسعه*، سال سیزدهم، ش ۳۳، ص ۲۷۱-۲۴۵.
۳۶. محقق حلی (۱۴۰۹ق). *شرایح الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ج ۲، دوم، تهران: انتشارات استقلال.
۳۷. محقق داماد، سید مصطفی؛ حقانی، سعید؛ ساعتچی، علی (۱۳۹۷). «بازخوانی جایگاه وضعیت حقوقی استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ش ۸۳، ص ۱۱-۳۴.
۳۸. محقق داماد، سید مصطفی؛ قبولی درافشان، سید محمدهدی؛ ساعتچی، علی (۱۳۹۴). «تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۱، ص ۳-۲۱.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی؛ قنوتی، جلیل، وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی‌پور فرد، ابراهیم، (۱۳۷۹). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، ج ۱، تهران: سمت.
۴۰. موسوی عاملی، محمد، (بی‌تا). *نهایه المرام فی شرح المختصر شرائع الإسلام*، ج ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، (۱۳۹۰ق). *تحریر الوسیله*، ج ۲، دوم، نجف: مطبعه الآداب.
۴۲. میرزائزاد جویباری، علی اکبر (۱۳۹۰). «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه: بطلان، عدم نفوذ یا استنادناپذیری»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۲، ص ۲۹۹-۲۸۱.
۴۳. میرزائزاد جویباری، علی اکبر (۱۳۹۱). «ضمانت اجرای بیع با سند عادی (بی‌اعتنایی به قانون ثبت؛ غفلت یا تغافل؟)»، *نقد رویه قضایی در امور مدنی (مجموعه مقالات)*، زیر نظر ناصر کاتوزیان، چ اول، تهران: انتشارات جنگل-جوادانه، ص ۳۰۷-۲۹۳.
۴۴. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۷۴ق). *جواهر الکلام*، ج ۲۹، سوم، تهران: المکتبه الإسلامیه.
۴۵. ----- (۱۳۹۴ق). *جواهر الکلام*، ج ۲۷، چ ششم، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۶. نوروزی، بهروز (۱۳۸۲). «وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین»، *ماهنامه کانون*، سال بیست‌وششم، دوره ۲، ش ۲۵، ص ۱۰۸-۹۹.

ب) خارجی

47. Bastian, Daniel (1929), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, Recueil Sirey.
48. Boureima Soumana, Saadatou (2015), *La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés*. Thèse de doctorat en Droit privé, Sous la direction de Bernard Saintourens, Soutenue le 10-12-2015, Université de Bordeaux, École Doctorale de Droit.
49. Cornu, Gérard (1992), *Vocabulaire juridique*. 3^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France.

50. Duclos, José (1984), *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
51. Flour, Jacques, Aubert, Jean-Luc et Savaux, Éric (2002), *Les obligations, l'acte juridique*. 2^{ème} éd., Paris, Armand Colin et Delta.
52. Heck, Jacques (1993), « Regards sur le droit local », Académie nationale de Metz, pp. 157-169.
53. Loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.
54. Loi sur la transcription en matière hypothécaire adoptée le 17 janvier 1855, promulguée 23 mars 1855.
55. Malaurie, Philippe, Stoffel-Munck, Philippe et Aynès, Laurent (2009), *Les obligations*. 4^{ème} éd., Paris: Defrénois-Lextenso éd.
56. Marty, Gabriel et Raynaud, Pierre (1988), *Droit civil, les obligations*. T. 1, 2^{ème} éd., Paris, Sirey.
57. Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon, Mazeaud, Jean et Chabas, François (1985), *Leçons de droit civil*. T.2, V.1, 7^{ème} éd., Paris, Montchrestien.
58. Nguyen Xuan, Chanh (1977). *De l'application de la notion d'inopposabilité en droit commercial*. Sous la direction de Jean Stoufflet, thèse de Doctorat D'ETAT: Droit privé: Clermont Ferrand 1, France, S.I.: s.n.
59. Roblot, René (1967), « Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial », Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp.710-736.
60. Terré, François, Simler, Philippe et Lequette, Yves (1996), *Droit civil: les obligations*. 6^{ème} éd., Paris, Dalloz.
61. Troplong, M. (Raymond-Théodore) (1856), *Privilèges et hypothèques: commentaire de la Loi 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*. Paris, Charles Hingray.
62. Wintgen, Robert (2004). *Étude critique de la notion d'opposabilité: les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*. Paris: LGDJ.