

بازخوانی جایگاه وضعیت استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه

سید مصطفی محقق داماد*

سعید حقانی**

علی ساعتچی***

تاریخ پذیرش: ۹۷/۵/۲۹

تاریخ دریافت: ۹۶/۱۲/۲۳

چکیده

استنادناپذیری گونه‌ای وضعیت حقوقی مربوط به اعمال حقوقی است که با دیگر ضمانت‌اجراهای قراردادی متفاوت است. این وضعیت حقوقی بیشتر ضمانت‌اجرایی شکلی، مرکب و ناشی از عدم رعایت شرایط شکلی اثباتی است. مبنای استنادناپذیری در اصولی همچون امنیت حقوقی معاملات و کارآمدی مقررات حقوقی است و از همین رو خاستگاه آن را نه در حقوق مدنی، بلکه در حقوق تجارت باید سراغ گرفت. تئوری عمل به ظاهر و لزوم حمایت از اشخاص ثالث (با حسن نیت) علت موجهه به کارگیری این وضعیت حقوقی به شمار می‌روند. به نظر می‌رسد این وضعیت حقوقی گاه مورد بی‌مهری واقع شده و گاه موضوع برداشت‌های نادرست برخی حقوق‌دانان قرار گرفته است. از این رو لازم است نگاهی دوباره بدین نهاد حائز اهمیت انداخت و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده آن را بازشناخته، ماهیت مستقل آن در مقایسه با نهادهای مشابه را بررسی کرد. برای به انجام رساندن این مهم، پیش از همه لازم است عناصر تشکیل‌دهنده استنادناپذیری را

* دکترای تخصصی استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

mdamad@ias.ac.ir

** دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه شهید بهشتی

haghani_saeed@yahoo.co.uk

*** دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه شهید بهشتی

alisaatchi68@yahoo.com

بازشناخت. مطالعه پیش‌رو نشان از آن دارد که استنادناپذیری قرارداد را نباید با وضعیت حقوقی مراعی و بطلان یا عدم نفوذ نسبی به هم آمیخت؛ امری که پاره‌ای از نویسندگان حقوق ایران از آن غفلت کرده‌اند.

کلیدواژه‌گان:

استنادناپذیری، بطلان نسبی، شرایط شکلی اثباتی، وضعیت حقوقی قرارداد، وضعیت مراعی.

مقدمه

قرارداد همواره مشمول وضعیتی حقوقی است. در حقوق ایران عموماً از وضعیت‌های حقوقی همچون صحت، بطلان و عدم نفوذ سخن رانده می‌شود. یکی از وضعیت‌های حقوقی قرارداد که از آن کمتر سخن گفته شده، استنادناپذیری است؛ وضعیتی که در ادبیات حقوقی ایران عموماً با عناوینی همچون «عدم قابلیت استناد» و «قابل استناد نبودن» شناخته می‌شود. استنادناپذیری که از حقوق خارجی وارد ادبیات حقوق ایران شده، از جمله با هدف تضمین حقوق اشخاص ثالث در عرض سایر موارد پیش‌بینی شده است. پرسشی که در این زمینه مطرح می‌شود آن است که با وجود کاربرد وسیع آن در ادبیات حقوق داخلی و به‌طور ویژه حقوق مدنی، مفهوم دقیق آن چیست. به همین منظور برای تبیین ابعاد مفهومی آن، نخست سعی در به دست دادن دیدگاهی در خصوص چهارچوب مفهومی این وضعیت حقوقی خواهیم داشت (۱) و سپس پاره‌ای از خلط‌های واقع شده در خصوص این مفهوم را طرح خواهیم نمود (۲).

۱. مفهوم استنادناپذیری

با عنایت به فقر ادبیات حقوقی داخلی در خصوص موضوع مورد بررسی، در این گفتار پس از بررسی عناصر استنادناپذیری (۱.۱)، به مقایسه آن با نهادهای مشابه (۱.۲) خواهیم پرداخت.

۱.۱. عنصرشناسی استنادناپذیری

آنچه تحت عنوان استنادناپذیری^۱ مطرح شده، جای خود را در حقوق مدنی باز کرده است. با این حال استنادناپذیری پیش از آنکه در حقوق مدنی مطرح باشد، در حقوق تجارت مطرح است و بیش از آنکه با اصول حقوق مدنی تناسب داشته باشد، با اصول حقوق تجارت متناسب است. در واقع، حقوق تجارت بر سه اصل «سرعت»، «امنیت» و «کارآمدی» بنا شده است؛^۲ اصولی که با اعمال ضمانت‌اجرایی همچون استنادناپذیری بیشتر و بهتر قابل تضمین‌اند. همچنین «تئوری

1. L'inopposabilité.

2. Decocq, Georges, *Droit commercial*, 3e éd., 2007, Dalloz, Paris, no 27, p 23.

عمل به ظاهر» مبنایی برای این وضعیت حقوقی است و می‌دانیم که این تئوری نیز در چهارچوب حقوق تجارت رشد، نمو و کاربرد فراوان داشته است.^۱

در حقوق کشور ما، بحث‌های مفصل و تئوریک پیرامون استنادناپذیری، صرف‌نظر از بحث‌های پراکنده‌ای که در رابطه با «عدم قابلیت استناد ایرادات» در اسناد تجاری و گاه با عنوان «عدم توجه ایرادات» مطرح شده‌اند، عموماً در حقوق مدنی انجام پذیرفته است. در حقوق مدنی نیز جایی بهتر از دو مبحث نسبی بودن قراردادها (ذیل تفاوت آن با قابل استناد بودن آنها) و ضمانت‌اجرای شرایط اساسی صحت قراردادها برای طرح این مباحث نیافتند. این شیوه که به پیروی از بعضی نویسندگان فرانسوی پی‌ریزی شده، در آثار برخی نویسندگان داخلی مشهود است.^۲

ابهامات موجود و نیز ضرورت دستیابی به یک مفهوم تئوریک و عام با ارکان و شرایط خاص، موجب می‌شود که در پی کشف پایه‌ها و ارکان استنادناپذیری برآییم. در این راستا شیوه‌ای استقرائی^۳-تحلیلی در پیش خواهیم گرفت. البته «حق بود قانون‌گذار به چنین کاری دست می‌زد یا دادگاه‌ها به تدریج استخوان‌بندی آن را معین می‌ساختند. ولی، اکنون که چنین راهنمایی در دست نداریم، نخستین گام‌ها بایستی با احتیاط برداشته شود.»^۴ با این مقدمات می‌توان موارد زیر را مطرح نمود.

۱. در این خصوص، نک: مسعودی تفرشی، بابک، **انتقال ظاهری حق؛ مبنای حمایت از حقوق طرفهای ثالث در رژیم تجاری ایران**، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، پانیز و زمستان ۸۷، شماره ۳۳ و ۳۴.
۲. برای نمونه نک: کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵، صص ۴۶۵ به بعد. با این حال برخی دیگر از نویسندگان مدنی زبان اعتراض بر گروه نخست گشوده (شهیدی، مهدی، **اصول قراردادها و تعهدات**، تهران: مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۳، شماره ۲۸، ص ۵۶). و به جای عنوان مزبور، عنوان «وضعیت حقوقی عقد» را پیشنهاد کرده‌اند (همان، شماره ۲، ص ۲۱).
۳. مقایسه کنید با: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مسائل منطق حقوق و منطق موازنه**، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۴، شماره ۱۳۹، ص ۹۰ و شماره‌های ۱۲۶ به بعد، صص ۸۳ به بعد.
۴. کاتوزیان، ناصر، **وقایع حقوقی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۵، شماره ۲۱۹، ص ۲۵۶. برخی از نویسندگان داخلی سعی کرده‌اند با بهره‌گیری از مطالب مربوط به «دعوی پولین» (موضوع ماده ۱۶۹ ق.م. فرانسه) استنادناپذیری را تشریح نمایند (نک: زینل‌زاده، اسماعیل، «وضعیت حقوقی معاملات غیرقابل استناد»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه آزاد تهران مرکز، بهار ۱۳۹۰). این رویکرد نه فقط به لحاظ تحلیلی صحیح نیست و وضعیت حقوقی را با سبب دعوا در می‌آمیزد، به لحاظ گزارش آنچه در حقوق فرانسه به وجود آمده نیز با کاستی همراه است؛ چه دعوی پولین (action paulienne) در حقوق فرانسه توسط برخی از نویسندگان معادل یا نزدیک به دعوی ←

۲. رابطه حقوقی

در ابتدا باید استنادناپذیری متعلقی داشته باشد تا بتوانیم درباره آن سخن به میان آوریم. متعلق استنادناپذیری، رابطه حقوقی ناشی از قرارداد و لوازم و آثار آن است.^۱ به نظر می‌رسد استنادناپذیری را نباید به قراردادها محدود نمود، بلکه موارد فراوانی یافت می‌شوند که در آنها رابطه حقوقی غیرقراردادی و آثار آن در مقابل ثالث استنادناپذیر خواهد بود.^۲ شاید محدود کردن استنادناپذیری به قراردادها ناشی از نگاه و شیوه طرح حقوق دانانی باشد که از منظر حقوق مدنی (به‌طور خاص حقوق قراردادها) به بحث از این نهاد حقوقی پرداخته‌اند.^۳ در حالی که اگر خاستگاه این نهاد را در حقوق تجارت بیابیم و هدف آن را دستیابی به اصول حقوق تجارت (سرعت، امنیت و کارآمدی) بدانیم، بی‌تردید محدود کردن آن به قرارداد فاقد مبنای تحلیلی خواهد بود.

۳. تعدد روابط حقوقی

رکن دیگری که در موارد استنادناپذیری مشهود است، وجود سه طرف است. اما بین این سه، همیشه دو گونه رابطه حقوقی وجود دارد: ۱. رابطه نخست، بین طرفین رابطه اول (الف/ب) است که می‌توان از آن به «رابطه پایه» یاد کرد. ۲. رابطه دوم بین یکی از طرفین رابطه نخست (ب) و شخص ثالث (ج) است که می‌توانیم آن را «رابطه حاکم» بنامیم. در این میان شخص (ب) در هر

→ استنادناپذیری دانسته شده، ولی توسط برخی دیگر نزدیک به دعوی بطلان شناخته شده است. لذا همان‌گونه که برخی از نویسندگان گفته‌اند، باید به استقلال این دعوا در مقابل دعوی بطلان/ابطال و استنادناپذیری نظر داد (Starck, Boris, *Droit civil ; obligations*, Librairies Techniques, Paris, 1972, n° 2582, p 782).

۱. ختلاف حقوق دانان ایرانی در خصوص واسطه قرار گرفتن «ماهیت حقوقی» بین «عقد» و «آثار» آن یا عدم وجود چنین ماهیتی ارتباطی به بحث حاضر پیدا نکرده و خارج از بحث است. برای دیدن اختلاف نظر موجود در این خصوص، نک: شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۲، شماره ۱۰، ص ۳۹؛ کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۳، شماره ۱۶، ص ۱۸.

۲. گاه رابطه حقوقی پایه می‌تواند ناشی از غیرعقد باشد. برای نمونه، نک: مواد ۴۰، ۱۳۵ و ۲۷۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (از این پس، لایحه ۱۳۴۷).

۳. این موضوع در برخی نوشته‌های حقوقی فرانسوی نیز دیده می‌شود. برای نمونه، نک: Marty, Gabriel et Raynaud, *Pierre, Droit civil : les obligations*, t. 1, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, n° 271, p 284.

دو رابطه نقش دارد. اما باید توجه داشت که آنچه موضوع/متعلق وضعیت حقوقی استنادناپذیری واقع می‌شود، همان رابطه پایه (و نه رابطه حاکم) است.

۴. وضعیت حقوقی مرکب

همان‌طور که اشاره شد، آنچه محل بحث است، رابطه حقوقی پایه (رابطه میان الف و ب) است. همین رابطه است که بین (الف) و (ب) استنادپذیر بوده، ولی در برابر (ج) استنادناپذیر است. این مطلب را به بیانی دیگر نیز می‌توان ارائه کرد: رابطه مزبور وضعیت حقوقی «مرکب» دارد: نخست، این وضعیت از یک طرف رابطه‌ای صحیح و الزام‌آور و از طرف دیگر غیرصحیح است. دوم، این دو وضعیت با یکدیگر در تعارض نیستند؛ چراکه از لحاظ مرحله ثبوت رابطه مزبور یک وضعیت بیشتر ندارد، ولی این وضعیت از لحاظ اثباتی در مقابل (ج) کأن لم یکن تلقی می‌گردد.^۱ از همین‌رو برخی اشاره کرده‌اند که:

«در چنین مواردی، به منظور تأمین امنیت حقوقی اشخاص ثالث، به ایشان اجازه داده می‌شود که دارنده ظاهری را به‌عنوان دارنده واقعی بپندارند. مالکیت واقعی در برابر ایشان قابل استناد نخواهد بود. مالکیت اصلی بی‌اثر شده و تبدیل به حق مطالبه خسارت می‌شود. این خسارت بایستی از جانب شخصی پرداخت شود که عمل وی موجب دوگانگی بین مالکیت واقعی و ظاهر فریبنده مزبور شده است.»^۲

پیرو توضیحات فوق می‌توان این مطلب را بیان داشت که استنادناپذیری ممکن است دو شکل به خود بگیرد: ۱- استنادناپذیری صحت: رابطه‌ای بین (الف) و (ب) وجود دارد که در بین ایشان صحیح و قابل استناد است ولی از سوی هر یک از ایشان در مقابل (ج) این رابطه استنادپذیر نیست و کأن لم یکن فرض می‌شود. این موارد عموماً با عباراتی نظیر «کأن لم یکن خواهد بود» بیان می‌شود. ماده ۴۰ لایحه ۱۳۴۷ از مصادیق استنادناپذیری صحت است. ۲- استنادناپذیری بطلان: بین (الف) و (ب) رابطه‌ای صحیح و استنادپذیر وجود ندارد، بلکه رابطه

۱. اگر برخی از تعاریفی را که از «فرض قانونی» به‌عمل آمده است و مثلاً گفته‌اند: «تمام قواعدی که قانون‌گذار ماهیتی را در حکم ماهیت دیگر قرار می‌دهد، فرض مجازی است» (کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵، شماره ۳۵۲، ص ۱۵۹)، پذیرفته شود، می‌توان مانحن فیه را هم یک فرض قانونی دانست (برای تعریف دیگر، نک: شمس، عبدالله، *آئین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: دراک، چاپ نهم، ۱۳۸۶، شماره ۶۰۶، ص ۳۶۱).

2. Savatier, René, *la théorie des obligations*, Dalloz, Paris, 3e éd., 1974, no 65, p 83.

موجود باطل است. ولی مقنن چنین بطلان و عدم وجودی را در برابر (ج) قابل استناد ندانسته و رابطه بین (الف) و (ب) را کالموجود دانسته است. ماده ۲۷۰ همان لایحه نمونه‌ای برای استنادناپذیری بطلان است.

۵. مبنای حکم به استنادناپذیری

از بررسی موارد مختلف استنادناپذیری، می‌توان مبنای مشترکی را برداشت کرد و آن عبارت است از «حمایت رابطه حقوقی (ب) و (ج)» که آن را «رابطه حاکم» نام نهاده‌ایم. در نتیجه حکم استنادناپذیری، عموماً نوعی «حمایت از ثالث» خواهد بود. با این حال، این حمایت از ثالث با اهداف و انگیزه‌های گوناگونی به عمل می‌آید و در بسیاری از موارد این حمایت به دلیل «ناآگاهی» ثالث صورت می‌پذیرد.

سرانجام باید بدین مطلب اشاره نمود که استنادناپذیری عموماً ضمانت‌اجرائی است که برای موارد تخطی از «شرایط شکلی اثباتی» در تشکیل قرارداد در نظر گرفته می‌شود. توضیح آنکه: شرایط شکلی در حقوق اروپایی به دو دسته تقسیم شده‌اند:^۱ - شرایط شکلی ثبوتی:^۲ گاهی شرایط شکلی و تشریفاتی برای انجام یک عمل حقوقی پیش‌بینی می‌شوند که در ایجاد آن عمل حقوقی نقش دارند و بدون آنها عمل حقوقی مزبور در عالم اعتبار ایجاد نمی‌شود یا ناقص به وجود می‌آید. ۲- شرایط شکلی اثباتی:^۳ برخلاف دسته نخست، شرایط اخیر هرچند در تکوین عمل حقوقی نقش ندارد و عمل حقوقی بدون آنها نیز شکل می‌گیرد، ولی فقدان آنها باعث استنادناپذیری عمل حقوقی مورد بحث می‌شود. استنادناپذیری ضمانت‌اجرائی است که برای عدم رعایت شرایط شکلی دسته دوم (اثباتی) در نظر گرفته می‌شود و همان‌گونه که خواهیم دید، برای دسته نخست عمدتاً از ضمانت‌اجرای بطلان نسبی بهره می‌گیرند.^۴ نمونه بارز چنین شرطی را می‌توان در شرط انتشار معامله/عمل حقوقی دید.^۱

۱. در این خصوص، نک: حقانی، سعید، «گروه منفعت اقتصادی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، بهمن ۱۳۸۹، ص ۹۵.

2. Ad solemnitatem / Ad validitatem.

3. Ad probationem.

4. Flour, Jacques et al., les obligations, tome 1 (l'acte juridique), 13^e éd., 2008, Dalloz, Paris, n^o 323, p 280.

۱.۲. مقایسه استنادناپذیری با نهادهای مشابه

از میان ضمانت‌های اجرایی قراردادهای، بیش از همه باید به مقایسه استنادناپذیری با بطلان (به‌ویژه بطلان نسبی) و فسخ (به‌ویژه فسخ قهقرایی) پرداخت.

همان‌گونه که پیش از این اشاره کرده‌ایم (نک: حقانی، سعید، **گروه منفعت اقتصادی؛ ماهیت و ساختار**، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۱، شماره ۱۳۴)، دو دسته از دیدگاه‌های حقوق‌دانان در خصوص تأثیر شرط ثبت معاملات غیرمنقول می‌تواند به خوبی نشانگر تأثیر این تمییز باشد. آنان که نظر بر بطلان معامله ثبت نشده دارند، شرط را از نوع «شکلی ثبوتی» دانسته‌اند و آنان که نظر بر استنادناپذیری (با وجود صحت) معامله ثبت نشده دارند، شرط را از نوع «شکلی اثباتی» دانسته‌اند.

۱. باید توجه داشت آنچه در بالا ذکر شد (تفکیک بین شرایط شکلی اثباتی و ثبوتی) در خصوص شرایط موجد وضعیت حقوقی استنادناپذیری است و ارتباطی به انواع استنادناپذیری مذکور از سوی برخی نویسندگان ندارد. توضیح آنکه یکی از نویسندگان با استناد به پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی فرانسوی بیان داشته‌اند:

«... منظور فرانسویان از قابل استناد نبودن بیع ثبت نشده در برابر اشخاص ثالث، قابل استناد نبودن «شکلی» نیست، بلکه منظور قابل استناد نبودن «ماهوی» است: ... در غیر قابل استناد بودن ماهوی، خود عقد بیع قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث را از دست می‌دهد، اما در غیر قابل استناد بودن شکلی، سند عادی بیع، به عنوان دلیل وقوع بیع، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد می‌گردد» (امینی، منصور، **نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران**، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹، ص ۲۲۱).

در اینجا، صرف‌نظر از درستی/نادرستی مطلب یادشده، به ذکر چند نکته بسنده می‌کنیم: نخست، عدم قابلیت استناد شکلی را نمی‌توان به واقع گونه‌ای «وضعیت حقوقی قرارداد/عمل حقوقی» دانست. همان‌گونه که ملاحظه گردید، عدم قابلیت استناد شکلی نه به خود «عقد بیع»، بلکه به «سند عادی بیع» ارتباط می‌یابد و بحث از قابلیت پذیرش «سند» در «دادگاه» است (در این خصوص، نک: شمس، عبدالله، **آئین دادرسی مدنی**، جلد ۳، شماره‌های ۲۶۴-۴-۲۶۰، صص ۱۵۷-۱۵۵؛ همو، **ادله اثبات دعوا**، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۸۷، شماره‌های ۱۵۰-۱۴۸، صص ۹۹-۹۷). در حالی که در بحث از وضعیت حقوقی قرارداد، از خود قرارداد سخن به میان می‌آید. از این‌رو سخن از عدم قابلیت استناد به‌مثابه یکی از وضعیت‌های حقوقی قرارداد، همان است که با عنوان عدم قابلیت استناد ماهوی در نظر نویسنده یادشده آمده است.

دوم، دست‌کم از برخی نوشته‌های حقوقی فرانسوی مورد ارجاع نویسنده مزبور چنین تفکیکی برداشت نمی‌شود (Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., 1996, puf, Paris, pp 441 et 442. / Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent, *les Suretés ; la publicité foncière*, Defrenois, Paris, 3^e éd., 2008, n° 647, p 285 / Simler, Philippe et Delebecque, Philippe, *Droit civil ; les Suretés, la publicité foncière*, (Dalloz, Paris, 5^e éd, 2009, n° 707, pp 617 et 618).

با این حال هم‌رأی با نویسنده فوق می‌پذیریم که برخی دیگر از نویسندگان فرانسوی به تقسیم بین «استنادپذیری اثباتی» (opposabilité probatoire) و «استنادپذیری ماهوی» (opposabilité substantielle) پرداخته‌اند (Marty, Boyer, Laurent et (Gabriel et Raynaud, Pierre, *Op. Cit.*, n° 271, pp 284 et 285). هر چند دسته‌ای دیگر از نویسندگان فرانسوی فقط یک معنا برای استنادناپذیری قائل شده و آن را در برابر استنادپذیری سند قرار داده‌اند (Roland, Henri, *Dictionnaire des expressions juridiques*, l'hermès, Lyon, 1983, p 250).

سوم، به هر روی بحث ما در متن مربوط به مواردی است که در نظر قانون‌گذار عدم قابلیت استناد را در پی خواهد داشت و ملاحظه شد که عدم رعایت «شرایط شکلی اثباتی» این وضعیت را در پی خواهد داشت. اما اینکه عدم قابلیت استناد به دو نوع شکلی و ماهوی تقسیم می‌شود، بحث دیگری است که ارتباطی به اصل تمایز شرایط شکلی اثباتی و ثبوتی ندارد. به دیگر سخن، باید بحث از سبب را از بحث مسبب جدا ساخت.

۱.۲.۱. بطلان

بطلان یکی از وضعیت‌های حقوقی حاکم بر عقد است که به موجب آن به علت فقد یک یا چند عنصر تشکیل‌دهنده، قرارداد مورد بحث به صورت قهقرایی از بین می‌رود.^۱ به دیگر سخن،^۲ بطلان دو ویژگی اصلی دارد که باعث تمایز آن از سایر ضمانت‌اجراهای (وضعیت‌های حقوقی) حاکم بر قراردادها می‌شود. نخست، در مرحله علل، بطلان در پی عدم رعایت یکی از شرایط اساسی تشکیل رخ می‌دهد. دوم، در مرحله آثار، بطلان اثری قهقرایی دارد و عطف به‌ماسبق می‌شود.^۳ این دو ویژگی موجب تمایز بطلان از دو نهاد مشابه می‌شوند.

ویژگی نخست، باعث تمایز بطلان از فسخ (پسانگر) محسوب می‌شود؛ زیرا فسخ ناظر به عیبی پس از تشکیل و در زمان حیات عقد و عمدتاً ناشی از «عدم اجرا»ی تعهد قراردادی است.^۴ ویژگی دوم آن را از استنادناپذیری متمایز می‌سازد؛ چه در عقد باطل وضعیتی ایجاد می‌شود که عقد گویا از ابتدا تشکیل نشده است، در حالی که در استنادناپذیری چنین فرضی وجود ندارد. به همین دلیل استنادناپذیری از این نظر با بطلان همسان است که ضمانت‌اجرای برای عدم رعایت یکی از شرایط زمان تشکیل یا نزدیک آن می‌باشد. با این حال از این لحاظ که قرارداد به کلی از بین نمی‌رود و بین طرفین موجود فرض می‌شود، با بطلان متفاوت است.

1 Guillien, Raymond et Vincent, Jean, *Lexique des termes juridiques*, 16e éd., 2007, Dalloz, Paris, p 446.

2 Flour, Jacques *et al.*, *Op.Cit.*, no 322, p 273.

۳. از همین ویژگی تشابه بطلان با فسخ پسانگر مشخص می‌شود؛ چه هر دو موجب از میان رفتن عقد از ابتدا (*Ab initio*) می‌شوند. شاید همین تشابه موجب شده است برخی نویسندگان داخلی در تعبیر از ماده ۱۱۸۴ سابق ق.م.ف. (درخصوص فسخ) گاه از عبارت «ابطال عقد» و گاه از عنوان «حق فسخ» یاری جویند (کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، شماره‌های ۶۱۵ و ۶۱۶، صص ۲۳۳ و ۲۳۷). برخی دیگر در خصوص واژه *avoidance* در کنوانسیون بیع بین‌الملل از تعابیری همچون «بطلان» و «اجتناب از قرارداد» بهره گرفته‌اند. (به ترتیب نک: شیروی، عبدالحسین، پیشین، ص ۵۴. گروه نویسندگان، *تفسیری بر کنوانسیون بیع بین‌المللی*، ترجمه مه‌راب داراب پور، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۴، جلد ۱، ص ۳۸۷، جلد ۲، صص ۲۰۰ و ۳۴۲، جلد ۳، صص ۲۷۴ و ۲۸۱).

4 Cabrillac, Rémy, *Droit des obligations*, 7^e éd., 2006, Dalloz, Paris, n° 101, p 74.

از همین رو بسیاری از نویسندگان به مواردی همچون تأثیر متفاوت این دو بر شروط فرعی (*Clauses accessoires*) قراردادی (همچون وجه التزام) اشاره نموده‌اند (Picod, Yves, 'Nullité', *Répertoire Dalloz*, Classeur civil, (mise à jour septembre 2004, n° 15, p 4).

با این حال به مواردی اشاره شده است که در آنها بطلان قرارداد نه به دلیل بروز مشکلی در مرحله تشکیل، بلکه به علتی در حیات عقد حادث می‌شود (flour, Jacques *et al.*, *Op.Cit.*, n 323, p 281).

با این حال آیا این مختصر برای تمییز استنادناپذیری از بطلان کفایت می‌کند؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است، به‌ویژه در فرضی که با «بطلان نسبی» مواجه هستیم. توضیح آنکه بطلان در سیستم حقوقی فرانسه بر دو گونه «بطلان مطلق»^۱ و «بطلان نسبی»^۲ تقسیم می‌شود.^۳

دکترین معاصر فرانسه مبنای تفاوت این دو را در حق موضوع حمایت می‌یابد. اگر قاعده مورد تجاوز برای حمایت از نفعی جمعی ایجاد شده باشد، این تعدی با بطلان مطلق قرارداد مواجه خواهد شد. در حالی که اگر حق موضوع تجاوز نفعی فردی باشد، بطلان نسبی ضمانت اجرای مناسب خواهد بود.^۴ هرچند این دیدگاه نیز خالی از اشکال نیست، ولی در ماده ۱-۱۱۲۹ پیش‌نویس کاتالا مورد پذیرش واقع شده^۵ و نهایتاً در ماده ۱۱۷۹ جدید قانون مدنی فرانسه منعکس شده است. در نگرش جدید، حکم بطلان در هر حال اعلامی خواهد بود؛ زیرا قاضی وقوع بطلان را احراز و اعلام می‌کند، هرچند دست قاضی در احراز بطلان نسبی آزادتر باشد. از این‌رو تعبیر به «عقد قابل ابطال» در خصوص بطلان نسبی صحیح به نظر نمی‌رسد.^۶

1. Nullité absolue.

2. Nullité relative.

۳. سابقاً سه ویژگی موجب تمایز این دوگونه بطلان می‌شد: نخست، مطلق بودن بطلان در حالت اول و در نتیجه اعلامی بودن حکم دادگاه و نسبی بودن بطلان دوم و در نتیجه تأسیسی بودن حکم دادگاه. از این‌رو از بطلان نسبی به «قابلیت ابطال» نیز یاد می‌کردند. دوم، بطلان قرارداد در بطلان مطلق از سوی هر ذی‌نفع قابل درخواست بود؛ در حالی که در بطلان نسبی فقط از سوی افراد خاصی که قصد حمایت از آنها وجود داشت، بطلان قابل طرح دانسته می‌شد. سوم، عقد موضوع بطلان مطلق قابل اصلاح نبود؛ در حالی که عقد موضوع بطلان نسبی قابل تصحیح از طریق تأیید بود.

اجمالاً دکترین سابق فرانسوی بطلان مطلق را در موارد فقد «شرایط وجودی» عقد و بطلان نسبی را در موارد فقد «شرایط اعتبار» عقد جاری می‌دانستند. از بطلان مطلق به «مُرده‌زاد» تعبیر و از بطلان نسبی به «بیمار قابل درمان» یاد می‌کردند. (Pour un point de vue nuancé, v. savatier, René, Op.Cit., no 183, pp 237 et 238).

۴. از همین‌رو می‌توان برخی از نوشته‌های حقوقی داخلی را نقد نمود که در تفاوت بطلان (به‌طور مطلق) و فسخ، بیان داشته‌اند: «منظور و هدف قانون‌گذار در مورد فسخ آن است که به حقوق طرفین یا یکی از متعاقدين لطمه‌ای وارد نیاید، در صورتی که در مورد بطلان جلوگیری از تجاوز به منافع عموم مطرح می‌باشد.» (کیانوری، کمال‌الدین، **بطلان و عدم نفوذ و آثار هر یک از آن دو در قراردادها از نظر قانون مدنی ایران و فقه اسلامی**، بی تا، بی نا، ص ۱۸۰). همچنین کلام برخی دیگر از نویسندگان قابل نقد است که ریشه استنادناپذیری را در نقض شرایط شکلی نمی‌بینند و معتقدند «نظم عمومی به‌عنوان یک قاعده و نیاز عمومی می‌تواند مبنایی برای مفهوم عدم قابلیت استناد قرارداد به شمار رود.» (زینل زاده، اسماعیل، پیشین، ص ۱۰۰).

5. Catala, Pierre, *avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, la documentation française, Paris, 2006. Catala, Pierre (dir.), *proposals for reform of the law of obligations*, translated by John Cartwright & Simon Wittaker, Oxford, UK, 2007.

6 Flour, jacques *et al.*, *Op.Cit.*, no 329 – 331, pp 286 et 287.

به هر روی، برخلاف بطلان مطلق که حق تأیید برای هیچ کس وجود ندارد، در بطلان نسبی این حق به دلیل شخصی بودن منفعت نقض شده وجود دارد. حال حق تأیید مزبور این پرسش را پیش می‌کشد که آیا بطلان نسبی مشابه استنادناپذیری است یا خیر. مگر نه این است که در استنادناپذیری نیز ذی‌نفع می‌تواند قراردادی را کال موجود بداند و بدان استناد کند یا آن را کال معدم بداند و استناد بدان قرارداد را در مقابل خود نپذیرد؟ پاسخ بدین پرسش در چهارچوب نظری ما مشخص است؛ استنادناپذیری به دو دلیل از بطلان نسبی متمایز می‌شود: نخست، از نظر علل ایجاد؛ دیدیم که استنادناپذیری عمدتاً مختص مواردی است که «شرایط شکلی اثباتی» نقض شده باشند؛ در حالی که بطلان نسبی مختص به مواردی است که «شرایط شکلی ثبوتی» مورد تخطی واقع می‌شوند. دوم، از نظر آثار: بطلان نسبی ضمانت اجرایی ماهوی است در حالی که استنادناپذیری ضمانت اجرایی شکلی و مرکب است.

۱.۲.۲. فسخ

فسخ در معنای عام آن در حقوق فرانسه به دو گونه تقسیم می‌شود که ذیلاً به مقایسه هر یک از این دو با استنادناپذیری خواهیم پرداخت.

۱.۲.۲.۱. فسخ پسانگر^۱

نویسندگان حقوقی فرانسوی به حق «فسخ قهقرایی/پسانگر» به عنوان ضمانت‌اجرای عدم اجرای تعهدات قراردادی اشاره کرده‌اند.^۲ ایشان در تعریف این حق گفته‌اند: «ضمانت‌اجرابی است که موجب از بین بردن ناظر به گذشته تعهدات ناشی از یک قرارداد معوض در صورت عدم اجرای تعهدات قراردادی یکی از طرفین می‌شود.» تمییز حق فسخ پسانگر از استنادناپذیری مشکل چندانی در پی نخواهد داشت؛ چراکه حق فسخی است که به صورت ماهوی اثر داشرد و عقد را از ابتدا بر می‌دارد و از این رو با استنادناپذیری متفاوت می‌شود.

^۲ Guillien, Raymond et Vincent, Jean, *Op. Cit.*, p 575.

^۲ Guillien, Raymond et Vincent, Jean, *Op. Cit.*, p 575.

۱.۲.۲.۲. حق فسخ آینده‌گرا^۱:

این گونه فسخ عبارت است از «از میان برداشتن یک قرارداد مستمر در آینده به دلیل عدم ایفای تعهدات توسط یکی از طرفین»^۲ این فسخ عموماً درباره قراردادهای با قراردادهای با اجرای مستمر مطرح می‌گردد.^۳

۲. نظریات رقیب در تحلیل ماهیت استنادناپذیری

سه رویکرد نادرست از سوی حقوقدانان در تحلیل ماهیت استنادناپذیری ابراز شده است که ذیلاً به طرح آن‌ها می‌پردازیم.

۲.۱. استنادناپذیری به مثابه عدم نفوذ مراعی

پاره‌ای از دکترین حقوقی ایران، عدم نفوذ مراعی را عیناً به‌مثابه استنادناپذیری قرار داده و پیشنهاد کرده‌اند به جای استفاده از «نهاد عارضیتی عدم قابلیت استناد»، نهاد عدم نفوذ مراعی مورد استفاده قرار گیرد.^۴ اما با دقت در مبانی ارائه شده در خصوص مفهوم استنادناپذیری و بررسی مبانی عدم نفوذ مراعی، تفاوت‌های آشکار این دو نظریه را ملاحظه خواهیم کرد. به همین سبب، در این بند برآنیم ابتدا به بررسی اجمالی مفهوم و مبانی نظریه عدم نفوذ مراعی بپردازیم و در ادامه بحث، به تفاوت‌های بنیادین این دو نظریه خواهیم پرداخت.

باید در آغاز یادآور شد که از این وضعیت در متون فقهی عموماً با واژه «مراعی» یاد می‌شود. واژه‌شناسان این لفظ را اسم مفعول (رعی رعياً) دانسته‌اند که به معنای مراقبت و حفظ آمده

1. Résiliation.

2. Guillien, Raymond et Vincent, Jean, *Op.Cit., Loc.Cit.*

۳. در این خصوص، نک: امینی، منصور و حقانی، سعید، *سیر تکوین حق فسخ ناشی از اجرائشدن (نقض) تعهد قراردادی*

در حقوق اروپایی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۱، پاره‌ای ۴، صص ۶ و ۷.

۴. کریمی، عباس، *تلاش برای سامان‌دهی نظریه عدم نفوذ مراعی*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۸۱. با این حال نویسنده مذکور اخیراً در نوشته دیگر، دیدگاه خود را اصلاح کرده است. برای مشاهده آن، نک: کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی، *وضعیت حقوقی «مراعی» به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ*، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۴، ص ۶۸۴.

است^۱ و این که بیان می‌شود «امر فلان کس را مراعات کنیم»، به این معناست که مراقبت و ملاحظه نماییم که پایان کار چه خواهد شد.^۲ در زبان فقها نیز این مفهوم به فراوانی دیده می‌شود؛ به طوری که گاه در معنایی نزدیک به تعلیق به کار می‌رود^۳ که البته با آن متفاوت است^۴ و گاه در معنای عقد غیرنافذ^۵ استعمال می‌شود که این مورد نیز با وضعیت حقوقی مراعی تفاوت دارد.^۶

با دقت در موارد استعمال این واژه حقوقی، به خوبی دو نکته مهم برداشت می‌شود که در عنصرشناسی مفهوم وضعیت مراعی مفید فایده است: نخست آنکه واژه «مراعی» هنگامی به کار می‌رود که مشخص شدن وضعیت یک عمل حقوقی^۷ منوط به تعیین تکلیف وضعیت دیگر دارد و دوم آنکه وضعیت مراعی از حیث مقتضی و ساختار قرارداد با نقصان مواجه نیست، هرچند وجود یک مانع سبب می‌شود تا تعیین وضعیت دیگر، قرارداد به صورت مراعی باقی بماند. با این حال، پس از آنکه وضعیت دیگر مشخص یا مانع بر طرف شود، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست چه سرنوشتی داشته است. در نتیجه، این که برخی از فقها وضعیت مراعی را در معنای عقد غیرنافذ به کار برده‌اند، ناشی از همین تفکر است که عقد غیرنافذ منوط به تصمیم‌گیری مالک است و اجازه و رد او کشف می‌کند که قرارداد از روز نخست به چه منوالی بوده است.^۸ با این حال نباید از یاد برد که وضعیت مراعی- برخلاف وضعیت عدم نفوذ- ناظر به هنگامی است که قرارداد از حیث مقتضی دچار نقصان نمی‌باشد.

۱. ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا، *معجم مقانیس اللغة*، جلد ۲، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق، ص ۴۰۸.
۲. نک: ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۱۴، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۲۷.
۳. نک: لنکرانی، محمد فاضل موجدی، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (الإجارة)*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق، ص ۱۱۱.
۴. در ادامه بحث به تفاوت وضعیت تعلیق و مراعی پرداخته خواهد شد (نک: در ادامه، شماره ۱۴).
۵. «و إن لم یکن العاقد وکیلا عن زید وقع البیع مراعی الی أن یجیز زید أو یرد.» جزائری، محمد جعفر مروج، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۴، مؤسسه دار الکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق، ص ۱۱۶.
۶. «الفرق بین المراعی و الموقوف ان الاجازه فی الموقوف تكون شرطا او جزئاً و المراعی تكون کاشفه و قد يستعمل المراعی عن الموقوف و كذلك قد يستعمل الموقوف عن المراعی» نک: ابن طی، *المسائل الفقهیة*، بی‌جا، بی‌تا، ص ۳۰۴. برای دیدن نظری مشابه، نک: صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، جلد ۲، بیروت: دار الهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق، ص ۱۵۱.
۷. باید توجه داشت که وضعیت مراعی در ایقاعات نیز امکان ایجاد دارد، به عنوان نمونه، نک: کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۴، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق، ص ۹۹.
۸. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، جلد ۲۲، ص ۲۸۹.

بنابراین به نظر می‌رسد تعریف صحیحی که می‌توان از وضعیت مراعی ارائه داد، این است که هرگاه قرارداد از حیث شرایط اساسی صحت عقد کامل باشد، اما به دلیل وجود یک مانع وضعیت آن مشخص نباشد، با مفهوم مراعی مواجه است و تا هنگامی که آن وضعیت مشخص نشده است، این حالت پابرجا خواهد بود. برای نمونه، در قرارداد رهن نسبت به عین مرهونه تا قبل از فرا رسیدن موعد دین، ثالث یا مرتهن دارای یک حق عینی تبعی است؛ به این صورت که اگر در هنگام فرا رسیدن دین، طلب مرتهن پرداخت نشود، او می‌تواند از مال موجود، طلب خود را استیفا نماید. بنابراین در صورت پذیرش وضعیت مراعی، این نتیجه حاصل می‌شود که اولاً تعیین سرنوشت قرارداد، منوط به پرداخت یا عدم پرداخت دین مرتهن است و شخص مزبور نسبت به قرارداد رهن تا قبل از مشخص شدن وضعیت پرداخت دین سلطنتی ندارد^۱ و ثانیاً قرارداد از حیث مقتضی تشکیل عقد دچار نقصان نمی‌باشد^۲. هر چند نقض حقوق احتمالی ثالث (عدم پرداخت دین در موعد مشخص و برداشت طلب از عین مرهونه) موجب توقف قرارداد می‌شود، هرگاه وضعیت مانع مشخص شود، طبق نظریه مراعی، کشف می‌شود که از ابتدا قرارداد رهن صحیح است یا آنکه چنین قراردادی برخلاف حقوق مرتهن است و باید غیرنافذ تلقی شود. بنابراین مطلب، رد قرارداد رهن منوط به مشخص شدن یک وضعیت دیگر است و هرگاه مشخص شود طلب مرتهن در سررسید دین پرداخت نشده است، می‌تواند از محل عین، طلب خود را وصول نماید. همان‌گونه که از مثال اخیر برمی‌آید، وضعیت مراعی همچون وضعیت عقد معلق است؛ با این تفاوت که در عقد معلق، طرفین قرارداد اثر عقد را منوط به حادثه دیگر می‌نمایند؛ در حالی که وضعیت مراعی اصولاً به سبب حقوق احتمالی اشخاص ثالث^۳ ایجاد می‌شود. همچنین در عقد معلق، اراده طرفین ناظر به اثر قرارداد از هنگام تحقق معلق علیه است، مگر آنکه خلاف آن ثابت

۱. غروی نائینی، محمد حسین، *المکاسب و البیع*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۳۱.

۲. نک: ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، *حاشیه المکاسب (لایروانی)*، جلد ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق، ص ۱۹۱.

۳. احتمال نقض حقوق ثالث ایجاد وضعیت مراعی می‌کند، برخلاف نقض حقوق عینی ثالث که باعث می‌شود قرارداد غیرنافذ تلقی شود. همچنین در موارد دیگر نیز که با وضعیت احتمالی در عقد مواجه باشیم، فقها نظر به وضعیت مراعی داده‌اند. به عنوان نمونه، شهید اول در خصوص بیع حیوانات ضاله وضعیت مراعی را مطرح می‌کند که با تأیید و اقبال برخی از متأخرین مواجه شده است (در این خصوص، نک: موسوی خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه (المکاسب)*، جلد ۵، بی‌جا، بی‌تا، صص ۲۶۳، ۳۰۲ و ۳۰۳).

شود. در مقابل، وضعیت مراعی همیشه با وصف کاشفیت همراه است؛ به این معنا که با وقوع امر دیگر مشخص می‌شود که قرارداد در روز نخست صحیح انعقاد یافته یا آنکه چنین قراردادی بر خلاف حقوق اشخاص ثالث بوده است. بنابراین، وضعیت مراعی از این نظر همچون عقد معلق است که قرارداد میان طرفین به‌طور صحیح انعقاد یافته، اما به دلیل وجود مانع، موقتاً از اثر افتاده و تعیین تکلیف قرارداد منوط به مشخص شدن وضعیت معلق‌علیه (که در مثال مطرح شده، این وضعیت همانا پرداخت دین و حمایت از حقوق مرتهن است)^۱.

در نتیجه، فلسفه وجودی وضعیت مراعی حکم به واقع دادن و جمع میان حقوق است، نه آنکه به دلیل برخی امور ظاهری (در بحث حاضر، احتمال تضییع حقوق مرتهن) به‌طور شتاب‌زده حکم به عدم نفوذ عقد و سرنوشت قرارداد را به مرتهن واگذار کنیم. در مقابل، وضعیت استنادناپذیری به دلیل حمایت از اشخاص ثالث که عمدتاً به دلیل عدم اطلاع از وضعیتی مشخص (همچون عدم اطلاع از محدود بودن اختیارات مدیران در شرکت‌های تجاری به دلیل عدم ثبت این محدودیت‌ها) به وجود می‌آید که همگی حاکی از این است که فلسفه تقنین استنادناپذیری، حمایت از شخص ثالث با حسن نیت (به معنای عدم اطلاع از وضعیت به وجود آمده) است که عموماً این تقنین برای تأمین اصول حاکم بر حقوق تجارت به عمل می‌آید^۲ (نک: پیش از این، شماره ۳). بنابراین ثالثی که در چتر حمایتی قانون‌گذار قرار می‌گیرد، این توانایی را خواهد داشت که قرارداد واقع شده میان طرفین (که اصولاً صحیح است) را نادیده انگارد. در حالی که در وضعیت مراعی دانسته شد که اولاً تکلیف قرارداد حتی میان طرفین، سردهوا و معلق است و ثانیاً تا زمان کشف واقع، مرتهن حق نادیده انگاشتن قرارداد را نخواهد داشت؛ بلکه فقط می‌تواند وضعیت موجود را بپذیرد و از حق خود کناره‌گیری نماید و یا آنکه تا موعد دین به انتظار بنشیند تا ببیند دین او پرداخت خواهد شد یا خیر.^۳

بنابراین با توجه به بررسی مختصر نظریه عدم نفوذ مراعی و مقایسه آن با استنادناپذیری باید بر آن بود که این دو نهاد حقوقی با یکدیگر متفاوت‌اند و اصولاً نهاد حقوقی استنادناپذیری باید

۱. نک: غروی نائینی، محمد حسین، پیشین، جلد ۲، ص ۴۶۲.

2. Decocq, Georges, *Op.Cit.*, n° 27, p 23.

۳. البته مرتهن می‌تواند در دوره‌ای که قرارداد در وضعیت مراعی به سر می‌برد، اقدامات تأمینی مناسب را در صورت نیاز درخواست نماید؛ از جمله توقیف مال که این امر موجب خواهد شد از تضییع مال مرهونه تا هنگام تعیین تکلیف قرارداد جلوگیری شود.

در حوزه مادر خود که همانا حقوق تجارت است. جاری باشد و نهاد حقوقی مراعی می‌تواند عمدتاً در حوزه حقوق مدنی اعمال شود. به نظر می‌رسد، علت خلط و یکی پنداشتن این دو نهاد حقوقی در این باشد که وضعیت استنادناپذیری به سبب عدم رعایت شرایط شکلی اثباتی در مرحله تشکیل عقد ایجاد می‌شود؛ حال آنکه وضعیت مراعی یک وضعیت اثباتی^۱ اما در حوزه ماهوی به حساب می‌آید. توضیح آن که هرگاه شرایط ثبوتی ماهوی عقد رعایت نشود، عقد با وضعیت بطلان یا عدم نفوذ روبه‌رو است. اما در برخی موارد این امکان وجود دارد این شرایط ماهوی هنگام انشای عقد مجهول باشد که در این صورت، عقد با وضعیت مراعی مواجه است که آیا آن شرط ماهوی (در مثال ما تعلق حقوق اشخاص ثالث) وجود دارد یا خیر و در صورتی که کشف شود این شرط ماهوی مفقود است، عقد با وضعیت عدم نفوذ مواجه می‌شود و برای جریان در عالم حقوق، نیاز به اجازه صاحب حق دارد. اما در مقابل، هرگاه کشف شود چنین شرطی وجود نداشته است، به دلیل آنکه عقد از حیث مقتضی خود دچار نقصان نبوده است، از روز نخست صحیح انگاشته می‌شود.

البته باید توجه داشت که عدم توجه به ماهیت شکلی استنادناپذیری در خصوص معاملات معارض حق شفعه پس از انعقاد بیع، از سوی برخی از نویسندگان روی داده است که قراردادهای مزبور را غیرقابل استناد دانسته‌اند.^۲ به نظر می‌رسد وضعیت مزبور در شفعه به نظریه مراعی

۱. دکتر لنگرودی پس از تعریف وضعیت مراعی می‌نویسد: مراعی در زمینه‌های اثباتی به کار می‌رود؛ بر عکس موقوف (فضولی) که در زمینه‌های ثبوتی استعمال دارد (نک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، شماره ۱۲۵۹). البته مثالی که نویسنده مزبور در وضعیت مراعی در قراردادها ارائه کرده است، حاکی از این موضوع است که وضعیت مراعی، اگرچه در زمینه اثباتی به کار می‌رود، به گونه‌ای نیست که در عالم ثبوت واقع شده باشد و برای ما مجهول باشد، بلکه به صورت فرض قانونی مطرح است؛ به این معنا که وضعیت مراعی ناظر به حالتی است که قرارداد به واقع هنوز سر در هوا است، اما با تعیین وضعیت، دیگر از مراعی بودن خارج می‌شود و مثال ایشان در این زمینه ناظر به هنگامی است که در صورت پذیرش عقد بودن وصیت، تا تعیین تکلیف قبول یا رد موصی له، قرارداد وضعیت مراعی دارد که این مثال به خوبی نشان می‌دهد که وصیت به گونه‌ای نیست که در عالم ثبوت به محض انشای موصی ایجاد شود، بلکه منوط به مشخص شدن وضعیت موصی له دارد، اما به سبب آثار آن از روز قرارداد واقع می‌شود، وضعیت مراعی را مورد استفاده قرار می‌دهند و همچنین مثال‌های متعدد دیگری که در متون فقهی است، مؤید این موضوع می‌باشد.

۲. کاتوزیان، ناصر، **درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۵، شماره ۱۵، صص ۲۷ و ۲۸.

شباهت بیشتری دارد.^۱ وانگهی، از نقطه نظر تحلیلی باید پرسید که استنادناپذیری بر اساس عدم رعایت کدام شرط شکلی اثباتی برای این وضعیت مناسب دانسته شده است.

۲.۲. استنادناپذیری به مثابه بطلان نسبی

یکی از نویسندگان حقوق مدنی داخلی به اشتباه بین «عدم قابلیت استناد» و «بطلان نسبی» خلط نموده و این خطا باعث اشتباهات عدیده‌ای در نوشته‌های حقوق مدنی ایران گردیده است. در عین حال به نظر می‌رسد این اشتباه - برخلاف مورد گذشته - بیشتر تغییر در اصطلاح و امری شکلی (و نه امری ماهوی) است.^۲

در خصوص اصطلاح بطلان نسبی در حقوق داخلی ایران اختلاف تعریف و تعبیر ملاحظه می‌شود که می‌توان در سه دسته بدین صورت بیان نمود:

۱. برخی عباراتی به کار برده‌اند که می‌تواند تعریف عقد غیرنافذ باشد و نه قرارداد باطل نسبی. یکی از نویسندگان می‌نویسد: «عقدی که باطل نسبی است، قابل اصلاح است و شخص ذی‌نفع می‌تواند آن را اصلاح و تنفیذ کند.»^۳ البته نویسنده نامبرده در ادامه در بیان تفاوت عقد غیرنافذ و عقد باطل نسبی از این گفته عدول کرده، می‌افزاید: «... در عدم نفوذ، عقد غیرنافذ معلق و پا در هواست تا ذی‌نفع عقد مزبور را اجازه یا رد کند، در حالی که در بطلان نسبی، عقد درست است و نیازی به اجازه ندارد و کافی است که

۱. در این زمینه، نک: ساعتچی، علی، «نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۱۳۹۲، صص ۹۵-۹۰.

۲. در عین حال مقایسه کنید با برخی دیگر از نوشته‌های حقوقی از جمله این عبارات: «بنابراین بهتر است این گونه استدلال نماییم که معامله به نحو واقعی هم قابل ابطال یا در واقع غیرقابل استناد در برابر طلبکاران باشد» (حسینی، نیما، **معامله به قصد فرار از دین**، نشریه دادرسی، شماره ۳۷ فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۲، ص ۷۲). حتی به نظر می‌رسد گاه استنادناپذیری با عدم نفوذ نیز خلط شده و از این دست است عبارات یکی از نویسندگان: «معاملات تبرعی و محاباتی مدیون به استناد ماده (۶۵) قانون مدنی و با توجه به حکم مندرج در آن عدم نفوذ (یا عدم قابلیت استناد) خواهد بود ... درخصوص معاملات معوض به قصد فرار از دین ... در حقوق ما نظریه صحت و نظریه بطلان مطلق این معاملات جایی ندارد ... می‌ماند نظریه عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد که با اندک اختلاف نظر بین حقوق دانان طرف‌داران زیادی پیدا کرده است» (فتحی دهرودی، امیر، **معامله به قصد فرار از دین و ضمانت اجرای آن**، قسمت دوم، نشریه دادرسی، آذر و دی ۱۳۸۵، شماره ۵۹، صص ۳۲ و ۳۳).

۳. بهرامی احمدی، حمید، **کلیات عقود و قراردادها**، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۱۶.

ذی نفع به بطلان نسبی استناد نماید تا عقد به حیات خود ادامه دهد.^۱ لذا به نظر می‌رسد باید تعریف مزبور را حمل بر مسامحه در تعبیر نماییم.

۲. بیشتر حقوق دانان در تعریف بطلان نسبی از همان اصطلاحات متداول در حقوق فرانسه و همان تعریف پیروی کرده‌اند که پیش‌تر ذکر شد.

۳. اما اصطلاحات به کار گرفته شده توسط یکی از اساتید حقوق، متفاوت بوده و تاحدی مبهم است و در ادامه خواهیم دید که این تغییر اصطلاح باعث برداشت‌های اشتباه از کلام ایشان شده است. لذا لازم است تعابیر ایشان بررسی شود تا موجب اشتباه نشود.

به نظر می‌رسد ایشان عبارت «بطلان نسبی» را دقیقاً برای عقود «غیر قابل استناد» به کار برده‌اند و ذیل عنوان «بطلان نسبی» چنین می‌نویسند:

«در حقوق مدنی، بطلان عقد مطلق است و به دشواری می‌توان تصور موردی را کرد که عقد بین دو طرف نافذ و در برابر بیگانگان باطل باشد، یا برعکس، بین دو طرف باطل و نسبت به اشخاص ثالث معتبر باشد. با وجود این، گاه به‌طور استثنائی به موردی برخورد می‌شود که عقد نافذ بین دو طرف در برابر طلبکاران قابل استناد نیست، زیرا قانون‌گذار می‌خواهد از تقلب بدهکار درباره طلبکاران جلوگیری کند.»^۲

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ایشان ذیل عنوان «بطلان نسبی» به بیان «عقد غیرقابل استناد» پرداخته‌اند و نیز همان‌طور که از این متن برداشت می‌شود، وجه تسمیه مزبور این است که در عقود غیرقابل استناد هم عقد نسبت به ثالث کأن یکن لم است، در حالی که بین طرفین نافذ است. پس می‌توان گفت که عقد نسبی است: نسبت به طرفین نافذ و نسبت به ثالث بی‌اعتبار است.

مؤید دیگری که می‌توانیم بر ادعای خود (به‌کارگیری اصطلاح بطلان نسبی به جای عدم قابلیت استناد) ارائه نماییم، این است که ایشان موادی از جمله ۸۲، ۱۰۰ و ۱۰۵ قانون تجارت را گاهی تحت عنوان بطلان نسبی آورده‌اند^۳ و در جای دیگر ذیل عنوان «عدم قابلیت استناد» از آن بحث کرده‌اند.^۴

۱. همان، همانجا. همچنین نک: بهرامی احمدی، حمید، دیدگاهی دیگر در تفسیر ماده ۲۰۰ قانون مدنی، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۲، شماره ۱۷، ص ۲۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، جلد ۲، شماره ۴۶۹، ص ۳۰۵.

۳. همان، شماره ۴۶۹.

۴. همان، شماره ۴۶۱.

اما پرسشی که ممکن است پیش آید، این است که اگر ایشان اصطلاح «بطال نسبی» را به معنای «عدم قابلیت استناد» گرفته‌اند، چه واژه‌ای را برای اشاره به مفهوم بطلان نسبی (در مفهومی که در حقوق فرانسه مطرح است) برگزیده‌اند. در پاسخ باید گفت، به نظر می‌رسد که ایشان از اصطلاح «قابلیت ابطال» عقد برای بیان این مفهوم سود جسته‌اند.^۱

دیدیم (نک: پیش از این، شماره ۱۰) که دکترین گذشته فرانسوی نیز از اصطلاح «قابل ابطال» برای تعبیر از عقود موضوع بطلان نسبی یاد می‌کرد؛ کاربردی که به مرور زمان استقبال از آن رو به کاهش نهاد. شاید نویسنده مزبور عبارت «قابل ابطال» را از ماده ۱۳۱ لایحه ۱۳۴۷ برداشت کرده‌اند، آنجا که مقرر می‌دارد: «... هرگاه مجمع عمومی عادی شرکت آنها را تصویب نکند، آن معاملات قابل ابطال خواهد بود...» با این توضیح که در نظر ایشان، ماده مزبور بیانگر یکی از مصادیق بطلان نسبی (در مفهوم حقوق فرانسه) است.

در مقام انصاف باید گفت که حتی اگر این تغییر اصطلاح و وجه تسمیه مزبور از سوی ایشان صحیح و بجا باشد، نباید این کلام برخی از نویسندگان را فراموش کرد که: «اصطلاحات هر علمی را چنان که هست باید مورد بحث قرارداد. تغییر اصطلاح باعث به هم ریختگی مطالب و بی‌نظمی مباحث می‌شود و در نتیجه در کار تفهیم و درک مطلب اشکالاتی به وجود خواهد آورد.»^۲

۲.۳. استنادناپذیری به مثابه عدم نفوذ نسبی

پیش‌تر پاره‌ای دیگر از نویسندگان حقوقی استنادناپذیری را به منزله «عدم نفوذ نسبی» دانسته‌اند. این نویسندگان پس از اصلاح ماده ۲۱۸ ق.م.، برای یافتن راه‌حل مقابله با «معاملات

۱. این مطلب را می‌توان از کلام ایشان در خصوص تفاوت دو وضعیت قابلیت ابطال و عدم نفوذ عقد برداشت کرد، آنجا که می‌فرمایند: «قابلیت ابطال با عدم نفوذ شباهت دارد، زیرا در هر دو مورد شخصی که مورد حمایت قرار گرفته است، می‌تواند عقد را تنفیذ کند. ولی این شباهت نایستی باعث اختلاط این دو مفهوم شود: عقد قابل ابطال، پیش از تنفیذ نیز نفوذ حقوقی دارد و حکم دادگاه (یا اعلام ذی‌نفع) آن را باطل می‌کند. درخواست ابطال هم تنها از شخصی پذیرفته می‌شود که حمایت از او مبنای حکم «قابلیت ابطال» قرار گرفته است. در حالی که عقد غیرنافذ پیش از تنفیذ هیچ اثر حقوقی ندارد و هر ذی‌نفع می‌تواند به این «عدم نفوذ» استناد کند. منتها، هرگاه این استناد در برابر شخصی باشد که حق تنفیذ عقد را دارد، او می‌تواند با اجازه عقد ناقص این ادعا را خنثی سازد» (همان، شماره ۴۰۷، صص ۳۰۸ و ۳۰۹) و نیز می‌گویند: «... عقد قابل ابطال عقدی است که از آغاز انعقاد به وسیله اشخاص مورد حمایت قانون‌گذار قابل حذف است و به همین جهت نیز آن را در شمار عقدهای باطل آورده‌اند، جز اینکه بطلان آن نسبی است.» (همان، شماره ۴۰۷، ص ۳۰۷)

۲. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیستم، ۱۳۸۴، شماره ۱۰۸، ص ۹۹.

به قصد فرار از دین» به سراغ ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی گذشته رفته و سعی در یافتن راه‌حل از مجرای این نص نموده‌اند.^۱ در نظر این نویسندگان، «به موجب این ماده ضمانت‌اجرای معامله به قصد فرار از دین عدم نفوذ نسبی یا عدم قابلیت استناد است، نه عدم نفوذ سنتی.»^۲

با توجه به مطالبی که پیش‌تر در خصوص استنادناپذیری گفته شد، این رویکرد خالی از اشکال نیست. نویسندگان مزبور استنادناپذیری را به مثابه ضمانت‌اجرائی در نظر گرفته‌اند که تأثیری «ماهوی» بر عقد به جای می‌گذارد. بنابراین از یک سو، از امکان «رد» معامله در صورت وجود مال در دست انتقال‌گیرنده صحبت به میان آورده و تصریح کرده‌اند این گونه معاملات «... قابل ابطال است»^۳ و از دیگر سو، در صورت عدم وجود مال در دست وی قرارداد را «قابل رد یا ابطال» ندانسته‌اند.^۴

۱. باید توجه داشت که پاره‌ای دیگر از نویسندگان از ماده ۴ پیش‌گفته، ضمانت‌اجرای «انفساخ» را استنباط نموده‌اند. برای دیدن این نظر، نک: قلی‌زاده، احد و رهبری، ابراهیم، **بررسی وضعیت حقوقی معاملات به انگیزه فرار از دین**، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، سال ۱۶، شماره ۲ بهار و تابستان ۱۳۸۳، شماره ۳۳، ص ۱۱۶.

۲. صفایی، حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد ۲ (قواعد عمومی قراردادها)، تهران: نشر میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۹، ص ۱۵۳. باید توجه داشت که دو گونه خوانش از عدم نفوذ نسبی قابل ملاحظه است: گونه نخست «عدم نفوذ نسبی به مثابه استنادناپذیری» است که موضوع مباحث این نوشته را تشکیل می‌دهد. خوانش دوم «عدم نفوذ نسبی را به مثابه ضمانت‌اجرائی مستقل» در نظر می‌گیرد. گونه اخیر- صرف‌نظر از درستی یا نادرستی آن- خارج از چهارچوب بحث پیش‌روست. (در خصوص خوانش‌های پیش‌گفته، نک: صفائی، حسین، پیشین، صص ۱۵۳ و ۱۵۴ / کاتوزیان، ناصر، پیشین، جلد ۲، شماره ۴۶۱، ص ۲۹۲ / درویش‌خادم، بهرام، **معامله به قصد فرار از دین**، تهران: کیهان، ۱۳۶۹، ص ۹۷ / زینل-زاده، اسماعیل، پیشین، صص ۱۳۹ و ۱۴۰).

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، جلد ۲، شماره ۴۶۱، ص ۲۹۲.

۴. صفائی، حسین، پیشین، ص ۱۵۳. با این حال، نویسنده اخیر با وجود صراحت قانون‌گذار جدید در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ معتقد است با توجه به استفاده از کلمه «به عنوان جریمه» در قانون یادشده، این گونه معاملات نافذ و صحیح است (صفایی، سید حسین، **معامله به قصد از فرار دین در حقوق اسلامی و تحول آن در قوانین موضوعه**، مجموعه مقالات به مناسبت بزرگداشت مقام علمی دکتر سید مصطفی محقق داماد، فرهنگستان علوم، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۳۰۳).

نتیجه گیری

استنادناپذیری برخلاف دیگر وضعیت‌های حقوقی قراردادهای، گونه‌ای ضمانت‌اجرای شکلی و مرکب است که با سایر وضعیت‌های حقوقی ماهوی ترکیب می‌شود و وضعیت حقوقی مرکبی ایجاد می‌کند. این وضعیت حقوقی برای تضمین «امنیت حقوقی معاملات» ابداع شده و جای خود را عمدتاً در حقوق تجارت یافته است؛ چه نیاز به تضمین امنیت حقوقی روابط در حقوق تجارت به مراتب بیشتر است.

استنادناپذیری همچون بطلان عمدتاً ناشی از عدم رعایت شرایط تشکیل قراردادها یا نزدیک به زمان تشکیل است. هرچند افتراق این ضمانت‌اجرای قراردادها از بطلان مطلق چندان مشکلی در پی ندارد، با این حال تمییز آن از بطلان نسبی مسائل پیچیده‌ای به دنبال دارد. به نظر می‌رسد دو نکته مهم فارق این دو وضعیت حقوقی از یکدیگر هستند: نخست، در مقام علل ایجاد استنادناپذیری باید دانست که این وضعیت عمدتاً به دلیل عدم رعایت «شرایط شکلی اثباتی» به وقوع می‌پیوندد، در حالی که بطلان نسبی عمدتاً به دلیل عدم رعایت «شرایط شکلی ثبوتی» به بار می‌آید. دوم، در مقام آثار، عدم قابلیت استناد ضمانت‌اجرایی ماهوی نبوده و شکلی و مرکب است، در حالی که بطلان نسبی ضمانت‌اجرایی ماهوی تلقی می‌شود.

تمییز عدم قابلیت استناد از دو ضمانت‌اجرایی «فسخ پسانگر» و «فسخ آینده‌نگر» مشکل ماهوی چندان‌ی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا این دو از یک سو ناظر به مرحله اجرای قرارداد هستند و نه ایجاد آن. از دیگر سو، فسخ در هر حال ضمانت‌اجرایی ماهوی است، در حالی که استنادناپذیری ضمانت‌اجرایی شکلی و مرکب محسوب می‌شود.

متأسفانه حقوق‌دانان ایرانی توجه لازم را به استنادناپذیری ندارند و از این‌رو این وضعیت حقوقی کارآمد جایگاه خود را نیافته است. به علاوه آن دسته از نویسندگانی نیز که بدین ضمانت‌اجرایی توجه نموده‌اند، در تحلیل ماهیت این وضعیت حقوقی دچار اشتباهات قابل توجهی شده‌اند. به‌ویژه سه رویکرد قابل اشاره است: نخست، رویکرد کسانی که به اشتباه استنادناپذیری را با وضعیت مراعی در فقه در آمیخته‌اند. دوم، رهیافت کسانی که آن را با بطلان نسبی یکی دانسته‌اند. سوم، دیدگاه اشخاصی که با جعل اصطلاح عدم نفوذ نسبی، آن را به معنای استنادناپذیری تلقی کرده‌اند.

فهرست منابع الف) منابع فارسی کتاب

۱. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمدبن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۱۴، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
۲. ابوالحسن، احمدبن فارس بن زکریا، *معجم مقاییس اللغة*، جلد ۲، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
۳. اصفهانی، ابوالحسن، *وسيلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
۴. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، *حاشیه المکاسب (للایروانی)*، جلد ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
۵. بهرامی احمدی، حمید، *کلیات عقود و قراردادهای*، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱، چاپ اول.
۶. جزائری، محمد جعفر مروج، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۴، قم: مؤسسه دار الکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مسائل منطق حقوق و منطق موازنه*، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۹. حقانی، سعید، *گروه منفعت اقتصادی؛ ماهیت و ساختار*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۱۰. شمس، عبدالله، *ادله اثبات دعوا*، تهران: دراک، چاپ دوم ۱۳۸۷.
۱۱. شمس، عبدالله، *آئین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: دراک، چاپ نهم، ۱۳۸۶.
۱۲. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
۱۳. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ سوم ۱۳۸۲.
۱۴. صفایی، حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد ۲ (قواعد عمومی قراردادهای)، تهران: نشر میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۹.
۱۵. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح نسائع الإسلام*، جلد ۲، بیروت: دار الهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
۱۶. غروی نائینی، حسین، *المکاسب و البیع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۳.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، *درسهایی از شفعه، وصیت، ارث*، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۵.

۲۰. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، **وقایع حقوقی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۵.
۲۲. کیانوری، کمال‌الدین، بطلان و عدم نفوذ و آثار هر یک از آن دو در قراردادها از نظر قانون مدنی ایران و فقه اسلامی، بی تا، بی نا.
۲۳. کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد ۴، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
۲۴. گروه نویسندگان، **تفسیری بر کنوانسیون بیع بین‌المللی**، جلد ۳، ترجمه مهرداد داراب پور، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۴.
۲۵. بلنکرانی، محمد فاضل موحدی، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (الإجارة)**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
۲۶. محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیستم، ۱۳۸۴.
۲۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم موسوی، **مصباح الفقاهة (المکاسب)**، جلد ۵، بی تا، بی نا.
۲۸. موسوی خمینی، سید روح‌الله، **کتاب البیع (للإمام الخمينی)**، جلد ۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
۲۹. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد ۳۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

مقاله

۳۰. ابهری، حمید، **نقش سند رسمی در بیع املاک**، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۷، شماره ۱۴.
۳۱. امینی، منصور، **انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظامهای حقوقی آلمان، فرانسه و ایران**، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۲، شماره ۳۷.
۳۲. امینی، منصور، **نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران**، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹.
۳۳. بهرامی احمدی، حمید، **دیدگاهی دیگر در تفسیر ماده ۲۰۰ قانون مدنی**، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۲، شماره ۱۷.
۳۴. خدمتگزار، محسن، **بررسی تطبیقی حق فسخ به‌عنوان یکی از چاره‌های قانونی نقض تعهدات قراردادی**، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۷، شماره ۴۷.
- درویش خادم، بهرام، **معامله به قصد فرار از دین**، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، آذر ۱۳۷۰، شماره ۲۹.

۳۵. شهیدی، مهدی، **فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی**، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۱ و ۱۳۷۲، شماره‌های ۱۱ و ۱۲.
۳۶. کریمی، عباس، **تلاش برای سامان‌دهی نظریه عدم نفوذ مراعی**، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، تابستان ۱۳۹۱.
۳۷. مسعودی تفرشی، بابک، **انتقال ظاهری حق؛ مبنای حمایت از حقوق طرف‌های ثالث در رژیم تجاری ایران**، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، پائیز و زمستان ۱۳۸۷، شماره‌های ۳۳ و ۳۴.
۳۸. نوروزی، بهروز، **وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین**، ماهنامه کانون، شهریور و مهر ۱۳۸۲، شماره ۴۵.

پایان‌نامه

۳۹. ساعتچی، علی، «نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۱۳۹۲.

ب) منابع فرانسوی

Books

40. Boyer, Laurent et Roland, Henri, Dictionnaire des expressions juridiques, l'hermès, Lyon, 1983.
41. Cabrillac, Rémy, Droit des obligations, 7^e éd., 2006, Dalloz, Paris.
42. Carbonnier, Jean, Droit Civil, t. 4 (les Obligations), puf, Paris, 21^e éd., 1998.
43. Catala, Pierre (dir.), proposals for reform of the law of obligations, translated by John Cartwright & Simon Wittaker, Oxford, UK, 2007.
44. Chabas, Cécile, 'Résolution-Résiliation', Répertoire Dalloz, Classeur civil, mise à jour octobre 2010.
45. Cornu, Gérard, Vocabulaire juridique, 6^e éd., 1996, puf, Paris.
46. Decocq, Georges, Droit commercial, 3^e éd., 2007, Dalloz, Paris.
47. Flour, Jacques et al., les obligations, tome 1 (l'acte juridique), 13^e éd., 2008, Dalloz, Paris.
48. Guillien, Raymond et Vincent, Jean, Lexique des termes juridiques, 16^e éd., 2007, Dalloz, Paris.
49. Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent, les Suretés ; la publicité foncière, Defrenois, Paris, 3^e éd., 2008.
50. Marty, Gabriel et Raynaud, Pierre, Droit civil : les obligations, t. 1, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988.
51. Picod, Yves, 'Nullité', Répertoire Dalloz, Classeur civil, mise à jour septembre 2004.
52. Savatier, René, la théorie des obligations, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1974.
53. Simler, Philippe et Delebecque, Philippe, Droit civil; les Suretés, la publicité foncière, Dalloz, Paris, 5^e éd, 2009.
54. Starck, Boris, Droit civil; obligations, Librairies Techniques, Paris, 1972.