

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان

نویسنده: دکتر علی محمد میرزایی^۱

چکیده:

مطابق اصول و قواعد حقوقی، تصرف در حقوق و اموال اشخاص در صورتی نافذ است که توسط صاحب حق و یا نماینده او صورت گیرد. در غیر این صورت هر گونه تصرفی در حقوق و اموال دیگران، معامله را در حالت عدم نفوذ و موقوف قرار می‌دهد. منتها در بعضی از وضعیت‌ها که به آن عنوان وضعیت ظاهری داده می‌شود، اشخاص با تصور اینکه با صاحب واقعی حق معامله می‌نمایند، معامله‌ای را انجام می‌دهند اما بعداً معلوم می‌گردد شخصی که با او معامله شده است تنها مالک ظاهری حق بوده است و مالک واقعی حق شخصی دیگر بوده است. در اینجا بین وضعیت ظاهری و وضعیت قانونی نزاع به وجود می‌آید. وضعیت ظاهری ایجاب می‌کند که از اعتماد ثالث زیان دیده حمایت شود اما وضعیت قانونی ایجاب می‌کند که از صاحب حق حمایت صورت گیرد. حقوق در اینجا بین دو نفع قرار می‌گیرد. یکی نفع صاحب حق که حقوق او باید مورد حمایت قرار گیرد و دیگری نفع شخص ثالث زیان دیده که بر اساس وضعیتی ظاهری معامله نموده است. اگر از نفع صاحب واقعی حق حمایت به عمل آید امنیت ایستا تأمین شده است اما در صورتی که از نفع ثالث متضرر حمایت کند به گردش ثروت در جامعه و نظم و ثبات معاملات مدد رسانیده شده است و امنیت پویا تحقق یافته است. نظریه ظاهر برای حمایت از اعتماد مشروع ثالثی است که به وضعیت ظاهری اعتماد کرده است و معامله‌ای را صورت داده است. این نظریه در قوانین ما به صراحت مورد قبول قرار نگرفته است اما با استقراء در قوانین می‌توان نمونه‌ها و مصادیقی از این نظریه را یافت. در این نوشتار سعی بر این است تا مفهوم، شرایط، ارکان، مبانی و آثار نظریه ظاهر را در حقوق مدنی افغانستان مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: ظاهر - نظریه ظاهر - امنیت ایستا - امنیت پویا - مبانی - شرایط - آثار - حقوق مدنی

۱. استاد دانشگاه ابن سینا - کابل افغانستان

مقدمه:

ظاهر و واقعیت سابقه‌ای بس کهن دارند، هر دو پا به پای همدیگر حرکت نموده‌اند. فلسفه ظاهر و واقعیت بحث‌های زیادی را به خود اختصاص داده‌اند. افلاطون برای فریبندگی ظاهر و لزوم فرا رفتن از آن، به مثال غار متوسل می‌شود. اشخاصی همواره در غار زندگی نموده‌اند و آتشی سایه آنان را بر دیوار غار نمایان می‌سازد؛ آنان بر وجود آتش و اثر آن، یعنی افتادن سایه خود بر دیوار جاهل‌اند و در نتیجه این جهل، ظاهر سایه‌ها را واقعی می‌پندارند. اگر یکی از آنان از درون غار به جهان خارج گام بگذارد، از این ظاهر دروغین آگاهی می‌یابد و به واقع پی می‌برد. فلسفه و فیلسوف، در نظر وی، شخصی است که به افراد کمک می‌کند، از غار محبوس خود بیرون بیایند و از واقعیت آگاه گردند. بنابراین باید از ظاهر فریبنده دست کشید و به واقعیت رسید.

علم حقوق نیز به عنوان یکی از علوم، هدفش را رسیدن به واقع می‌داند و قواعد خود را به گونه‌ای می‌چیند تا اینکه با این قواعد به واقع رسید. از جانبی دیگر دو کلمه حق و ظاهر نیز به نظر متناقض می‌آیند. حق زمانی که از آن تعریف صورت می‌گیرد، یکی از تعاریف آن واقع است. اما تحولات حقوق این را مورد پذیرش قرار داده است که ظاهر نیز مورد توجه قرار گیرد.

از سویی دیگر حقوق نمی‌تواند نسبت به گردش ثروت در جامعه، امنیت معاملاتی که اشخاص انجام می‌دهند و اعتمادی که آنان بر ظواهر امور دارند، بی تفاوت باشد و زمانی که خلاف وضعیت ظاهری اثبات گردید، اشخاصی که به این وضعیت ظاهری اتکاء نموده‌اند را تنها رها سازد و از آن‌ها هیچ حمایتی به عمل نیاورد. زیرا حقوق اعتماد به ظاهر را توصیه می‌کند و در عین حال نمی‌تواند زمانی که خلاف این ظاهر آشکار شد، بی تفاوت باشد.

در نظام‌های حقوقی کشورها، فرانسه در قرن ۱۹ نظریه ظاهر را در دو مورد وارث ظاهری و نیز وکالت ظاهری مورد پذیرش قرار داد. لیکن نظریه ظاهر به دو نهاد مذکور محصور نماند، بلکه کاربرد آن در حقوق مدنی به تدریج افزایش یافت. اکنون در نظام حقوقی فرانسه، از نظریه ظاهر به عنوان یک قاعده کلی و فراتر از آن به عنوان یکی از اصول کلی حقوق نام برده می‌شود. دلیل توسعه‌ی کاربرد نظریه ظاهر نیازهای جوامع صنعتی و مدرن در تبادل سریع ثروت و امنیت در معاملات حقوقی است. این الزامات ایجاب می‌کند که روابط حقوقی ساده‌تر و با امنیت بیشتری انجام شود و این هدف نه با اصول سنتی حقوق، بلکه با نظریه ظاهر به دست می‌آید. اکنون نظریه ظاهر در اغلب روابط حقوقی اجرا می‌شود از قبیل:

۱. حقوق اشخاص: اهلیت ظاهری، اقامتگاه ظاهری، نکاح ظاهری؛

۲. حقوق اموال: مالکیت ظاهری، تصرف ظاهری، ارتفاق ظاهری؛
۳. حقوق تعهدات: ظاهر به عنوان مبنای ایجاد تعهد، ظاهر مبنای ایجاد اختیار، متعامل ظاهری، طلبکار ظاهری، نهاد ظاهر سازی، مفاد ظاهری قرارداد؛
۴. وکالت: وکالت ظاهری.

هدف نظریه ظاهر، حفظ امنیت و ثبات در روابط حقوقی است و اجرای آن در معاملات و تسهیل در گردش ثروت را به همراه دارد. در بعضی از موارد آگاهی از وضعیت واقعی و قانونی بسیار دشوار است. شرایط اجرای نظریه ظاهر در روابط تجارتي بسیار ساده تر از سایر زمینه هاست این هم به این دلیل است که در روابط تجارتي، سرعت یک اصل است و از همین روی قواعد حقوق تجارت با در نظر داشت این اصل تدوین می گردند. مبنای بیش تر قواعد حاکم بر اسناد تجارتي از قبیل اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات، اصل پرداخت وجه سند به دارنده با حسن نیت، با نظریه ظاهر توجیه می گردند. در حقوق شرکت ها نیز بحث شرکت های فعلی نیز علی رغم اینکه بر اساس اصول حقوقی باطل اند بر اساس نظریه ظاهر توجیه می گردند. به گونه ای که نادرستی و رعایت نشدن تشریفات و شرایط قانونی در تشکیل شرکت در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست و نیز در انتصاب و حدود اختیارات و خاتمه سمت نماینده شرکت نظریه ظاهر مطرح می شود و اعمال مدیران به استناد نظریه نمایندگی ظاهری در صورت بطلان انتصاب آنان یا در اعمال خارج از حدود اختیار و موضوع شرکت معتبر باقی می ماند. فراتر از حقوق خصوصی نظریه ظاهر در حوزه حقوق اداری نیز دارای کاربرد است و بر اساس همین نظریه، مأمور بالفعل در حقوق اداری به رسمیت شناخته شده است. مأمور بالفعل نیز مأموری است که صلاحیت واقعی و قانونی برای انجام عمل اداری را ندارد ولی با این حال عملی اداری را انجام می دهد شورای دولت فرانسه بر اساس نظریه ظاهر عمل اداری چنین مأموری را صحیح تلقی نموده است.

نظریه ظاهر از جمله موضوعاتی است که در حقوق افغانستان به آن اصلاً پرداخته نشده است، هیچ کتاب و مقاله و نوشته ای را نمی توان یافت که به این موضوع پرداخته شده باشد. برای بسیاری از حقوق دانان نظریه ظاهر مفهومی بیگانه در حقوق ما به نظر می رسد، در حالی که قواعد متعددی از حقوق مدنی، حقوق تجارت و حقوق اداری را می توان سراغ گرفت که بر اساس نظریه ظاهر به وجود آمده اند.

در این تحقیق بر آنیم تا جایگاه نظریه ظاهر را در حقوق مدنی افغانستان مورد بحث و بررسی قرار دهیم. به این پیردازیم که آیا چنین نظریه ای در حقوق مدنی افغانستان مورد پذیرش قرار گرفته

است یا خیر؟ در صورتی که مورد پذیرش قرار گرفته است، مبنای این پذیرش چیست؟ برای اعمال نظریه ظاهر چه شرایطی مورد نیاز است؟ و در نهایت اینکه زمانی که نظریه ظاهر اعمال گردید آثار آن چه خواهد بود؟

۱. مفهوم و پیشینه نظریه ظاهر

نظریه ظاهر از موضوعات جدید در حوزه حقوق محسوب نمی‌گردد بلکه در حقوق قدیم روم و نیز در حقوق اسلام و حقوق انگلوماریکن می‌توان ردپایی از نظریه ظاهر را مورد ملاحظه قرار داد.

۱-۱. مفهوم ظاهر، کاربردهای ظاهر

ظاهر در مفاهیم و معانی ذیل به کار رفته است:

ظاهر از ماده ظهراست که به معنی خلاف بطن آمده است و جمع آن اظهر و ظهور و مانند فلس، أفلس و فلوس است. ظهور به معنای ظفر و دستیابی و اطلاع از چیزی آمده است.^۲ ظاهر در لغت به معنای واضح است. در اصطلاح اصول فقه عبارت از لفظی است که دلالت ظنی آن بر یکی از دو معنی که احتمال آن را دارد، راجح‌تر از دیگری است. امام محمد غزالی ظاهر را به "و ما یغلب علی الظن فهم معنی منه من غیر قطع." معنا نموده است.^۳ یکی دیگر از نویسندگان ظاهر را چنین تعریف می‌کند: «ظاهر هر چیزی است که به طور ظنی دلالت بر امری داشته باشد خواه آن ظن حجت باشد یا نباشد.»^۴

هم‌چنین در جایی دیگر از این نویسنده ظاهر چنین معنا شده است: «الظاهر ما یوجب بخلاف ما اقتضاء الاصل» یعنی ظاهر چیزی است که بتواند مستوجب ظن و گمانی بر خلاف یکی از اصول حقوقی باشد.^۵

ظاهر در حقوق در حوزه‌های ذیل دارای کاربرد می‌باشد:

۱. کاربرد ظاهر در حوزه الفاظ: در این کاربرد معنای ظاهری لفظ مدنظر قرار می‌گیرد یعنی اینکه از لفظی که دارای دو یا بیش از دو معنا باشد معنای ظاهری آن اتخاذ می‌گردد.
۲. کاربرد ظاهر در حوزه دلایل: در این کاربرد ظاهر معادل اوضاع و احوال، نشانه و قرینه می‌گردد. از جمله ادله اثبات دعوی نیز در قانون اصول محاکمات مدنی و نیز قانون مدنی

۲. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط درالجیل (بیروت، ج ۴، ۱۹۸۰) ۸۴.

۳. غزالی ابو حامد محمد، المستعفی من علم الاصول (جلد ۱، تهران، نشر احسان، ۱۳۸۲) ۳۸۴.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط (جلد ۳، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸) ۴۴۵.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف علوم اسلامی (قضایی) (جلد ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۱) ۸۷۶-۸۷۷.

قرائن دانسته شده است. قرینه قاطعه مطابق فقره اول ماده ۳۳۸ قانون اصول محاکمات مدنی آن است که به دلالت آن وجود یک امر مجهول معلوم می‌گردد. این دلالت قرینه را به حد یقین رسانیده از ظاهر آن در اصل موضوع متنازع‌فیه استفاده به عمل می‌آید. هم‌چنین حسب فقره اول ماده ۳۳۹ قانون اصول محاکمات مدنی قرینه مستنبطه قرینه‌ای است که محکمه از حالات مربوط به دعوی و جریان محاکمه آن را استنباط و بعد به حیث دلیل در حکم خود به آن اتکا می‌نماید.

۳. یکی از حقوق دانان قرینه را چنین تعریف می‌کند: «هرگاه پدیده‌ای بنا بر ظاهر و سیر طبیعی امور نشانه وجود واقع‌ای باشد آن پدیده را در اصطلاح اماره وجود آن واقع‌ه گویند.»^۶
۴. کاربرد ظاهر در بحث اراده افراد: ظاهر در اراده افراد نیز مطرح می‌گردد و دو اراده باطنی و ظاهری در مقابل همدیگر قرار می‌گیرند. بر اساس اراده باطنی هر آنچه انسان قصد کند عقد را تشکیل می‌دهد در حالی که در اراده ظاهری هر آنچه از ظاهر اراده به وجود می‌آید عقد را تشکیل می‌دهد.
۵. کاربرد ظاهر در قاعده غرور: مطابق قاعده غرور اگر شخصی چنان ظاهری را ایجاد کند که این عمل او موجب فریب طرف مقابل وی گردد، ضامن عمل فریب کارانه خود خواهد بود. عنصر اساسی قاعده غرور همانا ظاهری است که موجب غرور و فریب شخصی دیگر گردد.
۶. کاربرد ظاهر در نظریه ظاهر: آنچه مدنظر ماست ظاهر در نظریه ظاهر است. طبق نظریه ظاهر چنانچه یک شخص در نتیجه رفتار یا گفتارش، ظاهری را ایجاد کند که نوعاً قابل اعتماد باشد و سپس شخص دیگری، با حسن نیت به این ظاهر اعتماد کند. شخصی که ظاهر منسوب به اوست، اعم از آنکه تقصیری کرده باشد باید از عهده خسارت شخص با حسن نیتی که زیان دیده برآید، به تعبیر دیگر شخص ثالث با حسن نیت نباید از اعتماد مشروعی که به ظاهر قابل اعتماد کرده زیان ببیند.^۷

۶. کاتوزیان ناصر، مقدمه علم حقوق (چاپ ۳۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲) ص ۹.

7. Chung – wu chen, Apparence et Representation en Droit Positif Francais, Danger le Photocollage Tue le Livre, 2000.

به نقل از: نادر پور ارشد، ربیعا اسکینی، نجاد علی الماسی، مرتضی شهبازی نیا، نظریه ظاهر مطالعه در حقوق خارجی و ایران (مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹) ۳.

پیشینه نظریه ظاهر

۱-۲-۱. پیشینه نظریه ظاهر در حقوق اسلام

حقوق اسلام با نظریه ظاهر بیگانه به نظر نمی‌رسد به طور خاص در علم اصول فقه، استفاده و عمل به ظاهر جایگاه ویژه‌ای برای خود دارد و مباحث سنگین این علم به تشریح ظاهر پرداخته است. به طور خاص می‌توان این قواعد را بر مبنای نظریه ظاهر می‌توان مورد بحث و بررسی قرار داد.

الف) نسب در ازدواج فاسد: در بحث نسب زمانی که فساد ازدواج ثابت گردد، علی‌رغم اینکه ازدواج به دلیل فقدان شروطی از شروط صحت صحیح نیست، مثلاً به لحاظ عدم حضور شاهد، به این شرط که زوجین در زمان عقد به ضرورت وجود این شرط علم نداشته‌اند از همین جهت در ازدواج فاسد در حقوق اسلامی به نسب حکم می‌گردد.^۸

ب) وارث ظاهری: هم‌چنین از دیگر حالات توجه به نظریه ظاهر در حقوق اسلام حالت وارث ظاهری است، درجایی که حکم موت فرضی شخص مفقودالاثری صادر می‌گردد و با این حکم اموال او بین ورثه تقسیم می‌گردد، حال اگر اشخاصی با حسن نیت این اموال را از ورثه کسب نموده‌اند در صورتی که غایب مفقودالاثر دوباره زنده برگردد اموالی که از ید ورثه او خارج شده‌اند دیگر به او مسترد نمی‌گردد. اما اموالی که هنوز در ید و تصرف ورثه است به غایب مفقودالاثر مسترد می‌گردند.^۹

ج) قاعده فراش: الولد للفراش، فرزند متعلق به رابطه زوجیت است نیز از جمله قواعدی است که بر اساس ظاهر بنا نهاده شده است، بر اساس ظاهر طفل متولد شده حاصل رابطه زناشویی زوجین است نه حاصل ارتباط نامشروع زوج، مگر اینکه خلاف آن به اثبات رسد.

د) قاعده ید: لو لا الید لما قام للمسلمین سوق؛ یا ید المسلم اماره لملکیت از جمله قواعدی است که بر اساس ظواهر امور بنا نهاده شده است یعنی اینکه باید شخصی که مالی را تحت تصرف خود دارد باید مالک شناخت، در غیر این صورت اقتصاد جامعه به هم می‌خورد.

ه) قاعده عدم تبرع در رد مال: دادن مال به دیگری ظهور در این دارد که مال به رایگان به او داده نشده است و شخص قصد تبرع نداشته است.

و) قاعده غلبه الظن یلحق الشیء بالاعم الاغلب: قاعده تغلیب باعث می‌گردد که فرد مشکوک

۸. عمر عبدالله، احکام الشریعه الاسلامیه فی الاحوال الشخصیه (۱۹۶۳) ۶۰۲. به نقل از: شوقی محمد صلاح، نظریه الظاهر فی القانون المدنی (ناشر دارالفکر العربی، ۲۰۰۲) ۳۱.

۹. ابو زهره محمد، احکام الترتکات و الموارث (قاهره، دارالفکر العربی، ۱۹۴۹) ۲۵۷.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۹۱

به حکم غالب ملحق گردد. از همین روی است که در قانون تجارت جمیع معاملات تاجر را تجارتی دانسته است مگر اینکه عکس آن ثابت گردد. پس ظهور معاملات تاجر در تجارتی بودن آن معاملات دارد. (ماخذ)

ز) قاعده صحت: از آن جایی که بیشترین معاملاتی که اشخاص در جامعه انجام می‌دهند از جمله معاملات صحیح است لذا هر معامله‌ای که واقع می‌گردد محمول بر صحت است مگر اینکه خلاف آن اثبات گردد.

۱-۲-۲. پیشینه نظریه ظاهر در حقوق رم

در حقوق رم نیز نظریه ظاهر مورد توجه بوده است، اولین حقوقدان رومی، اشاره به برده‌ای می‌نماید که از دست مالک خود فرار می‌کند و در رم اقامت می‌گزیند و به مظهر مردی آزاد ظاهر می‌گردد تا آنکه همین شخص قاضی می‌گردد، بعدها عبد بودن او ظاهر می‌گردد و دوباره به بردگی برگردانده می‌شود. در آن زمان سؤال این بود احکام قضایی که چنین برده‌ای صادر نموده است، چه وضعیتی پیدا می‌کنند. آیا باطل هستند، از این جهت که برده نمی‌توانست قاضی گردد یا خیر؟ منطق حقوقی اقتضاء می‌کرد که چنینی احکامی باطل باشند، زیرا از شخصی فاقد اهلیت صادر شده بودند. در نهایت حکم به صحت این احکام صادر گردید به این اعتبار که چنین شخصی در مقابل عموم به عنوان قاضی شناخته شده بود.^{۱۱} عمل قضاوتی که برده انجام داده است و در قانونی بودن وضعیت او هیچ شکی وجود نداشته است. این همان اعمال قاعده‌ی " اشتباه شایع حق به وجود می‌آورد." است.^{۱۲}

۱-۲-۳. نظریه ظاهر در حقوق آنگلوآمریکن

در حقوق آنگلوآمریکن نظریه ظاهر تقریباً به مفهوم استاپل در حقوق انگلیس نزدیک است، زیرا مفاد نظریه ظاهر، منع رفتار متناقض شخص است که یک وضع ظاهری را ایجاد کرده یا آگاهانه باعث ایجاد وضعی شده است تا طرف مقابل آن را بر باور قبلی خود ترجیح دهد.^{۱۳}

اما اینکه استاپل چیست، واژه استاپل از نظر لغوی به معنی «مانع» است و ریشه در زبان فرانسه دارد. در فرهنگ‌ها و نوشته‌های حقوقی نیز ترجمه‌ای کم و بیش یکسانی، مانند مأخوذ بودن

۱۰. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۳۲.

11. Error communis facit jus.

۱۲. افتخار جهرمی گودرز و شهبازی نیا مرتضی، بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا (مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۰، بهار ۱۳۸۳) ۲۲.

به اقرار، منع تناقض‌گویی به زیان دیگری، مانع طرح دعوی، منع انکار بعد از اقرار و... به عمل آمده است.^{۱۳}

در فرهنگ حقوقی بلک، استاپل چنین تعریف شده است: «استاپل عبارت از این است که یک طرف در نتیجه افعال خود از مطالبه حقی به ضرر دیگر که ذی حق در اعتماد به آن افعال بوده و مطابق آن عمل کرده است، منع می‌شود. استاپل هنگامی مطرح می‌شود که شخصی به موجب قانون از سخن گفتن بر خلاف سند یا فعل خودش ممنوع شود، زیرا وضعیت یا رفتاری متعارض را که موجب زیان دیگری شود، نمی‌توان پذیرفت. استاپل مانعی است که ادعا یا انکار واقعه معین یا وضعیت‌هایی را در نتیجه ادعا یا انکار عمل یا پذیرش یا قضاوت نهایی موضوع در یک دادگاه حقوقی، ممنوع می‌سازد».^{۱۴}

استاپل در حقوق انگلیس از قواعد متعلق به حقوق ادله است که کارکرد آن در غالب موارد اثباتی است، در عین حال می‌تواند همانند نظریه ظاهر اثر ثبوتی نیز داشته باشد و از جمله قواعد ماهوی به حساب آید.

در حقوق انگلیس استاپل به سه دسته تقسیم می‌گردد که عبارت‌اند از:

۱. استاپل ناشی از سند؛^{۱۵}

۲. استاپل ناشی از حکم دادگاه؛^{۱۶}

۳. استاپل ناشی از رفتار.^{۱۷}

از مجموع این سه استاپل در مورد اول و دوم اساس‌شان کامن‌لا است و مورد سوم اساسش انصاف و عدالت است. به عبارتی استاپل ناشی از سند و حکم دادگاه قواعد کامن‌لایی محسوب می‌گردند و استاپل ناشی از رفتار قاعده‌ای انصافی تلقی می‌گردد.

استاپل ناشی از رفتار مهم‌ترین و بخش حقوق استاپل را تشکیل می‌دهد، این استاپل بیش از آن‌که قاعده‌ای اخلاقی باشد رنگ اخلاق به‌خود می‌گیرد. استاپل مبتنی بر انصاف نیز چنین تعریف شده است: «دکترینی است که به‌موجب آن شخص ممکن است به‌وسیله عمل یا رفتار یا سکوت خود در جایی که وظیفه دارد از ادعای حقی که وی در غیر این صورت از آن برخوردار

۱۳. همان: ۸-۹.

۱۴. فرهنگ حقوقی بلک صص ۲۸۵-۲۸۶ به نقل از منبع قبلی، ۱۰.

15. Estoppel by deed.

16. Estoppel by judgment.

17. Estoppel by conduct.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۹۳

بود، ممنوع شود. نتیجه رفتار ارادی شخصی که به وسیله آن رفتار، وی از ادعای حقی علیه دیگری ممنوع می شود. شخصی که به طور موجه، بر چنین رفتاری اعتماد کرده و وضعیت خود را به گونه ای تغییر داده است که اگر شخص اول اجازه یابد رفتارش را انکار کند یا تغییر دهد وی متحمل زیان خواهد شد.^{۱۸}

از مجموع این سه استاپل که در نظام حقوقی انگلیس وجود دارد بیش ترین شباهت با نظریه ظاهر را استاپل مبتنی بر رفتار یا استاپل مبتنی بر انصاف پیدا می کند به گونه ای که حتی زمانی که تعریف استاپل مبتنی بر انصاف را مورد ملاحظه قرار دهیم تقریباً با تعریف نظریه ظاهر تشابه زیادی پیدا می کنند. بنابراین چنین می توان نتیجه گرفت که در نظام حقوقی انگلیس، نظریه ظاهر با استاپل مبتنی بر انصاف مورد شناسایی قرار گرفته است.

۲. شرایط اعمال نظریه ظاهر

برای اعمال نظریه ظاهر یکسری شرایط و ارکان لازم است تا فراهم گردد که عبارت اند از:

۱. رکن مادی

۲. رکن معنوی

۲-۱. رکن مادی

رکن مادی در نظریه ظاهر همانا شواهد خارجی است که دلالت بر اعتقاد عمومی به قانونی بودن وضعیت ظاهری مخالف قانون نماید. این شواهد خارجی ثالث را بر این امر رهنمون می سازد که مالک وضعیت ظاهری همانا صاحب اصلی حق است.

به عبارتی دیگر مقصود از رکن مادی آن دسته از شواهد خارجی است که کفایت می کند به اینکه مالک وضعیت ظاهری اقدامی را صورت دهد که از این وضعیت اعتقاد عمومی به وجود آید که وضعیت او قانونی است. بدین ترتیب وضعیت ظاهری موازی با وضعیت قانونی قرار می گیرد. لذا همان طوری که وضعیت قانونی برای مالک این امکان را می دهد که عقد بیع را به صورت صحیح به وجود آورد، وضعیت ظاهری نیز برای مالک وضعیت ظاهری عقد بیع را به صورت باطل یا موقوف به وجود می آورد.

شواهد و اوضاع و احوال خارجی به صورت های مختلف تبارز می یابد که آن ها را چنین می توان

۱۸. فرهنگ حقوقی بلک، ص ۸۰ به نقل از: افتخار جهرمی و شهبازی نیا، منبع پیشین، ۵۲-۵۳.

الف. تصرف حقوقي باطل يا موقوف؛

ب: حکم قضايی که بعداً فساد آن آشکار گردد خواه به جهت خطای در قانون يا در استناد آن به وقایع غیر صحیح؛

پ. سندی که بعداً تزویری بودن آن ثابت گردد، مانند وصایت خطی که تزویری بودن آن مشخص گردد، غیر از موصی در این سند دیگر اشخاص وارث ظاهری محسوب می گردند؛
حیازت بر یک شیء، این حیازت در مفهوم وسیعش در نظر گرفته می شود که شامل وضع ید بر شیء، استفاده نمودن از یک شیء.

سؤالی که در رکن مادی مطرح می گردد این است که آیا رکن مادی باید به صورت معاوضی صورت گیرد و یا اینکه تبرعی را نیز شامل می گردد؟

رویه قضایی مصر یکی از شرایط تطبیق نظریه ظاهر را تصرف در مقابل عوض با ثالث از جانب مالک وضعیت ظاهری می داند.^{۲۰} از این حکم چنین استنباط می گردد که تصرفات تبرعی نسبت به مالک وضعیت قانونی نافذ نیست. رویه قضایی فرانسه نیز چنین موضعی را اتخاذ نموده است. در حقوق اسلام هم می توان متوسل به قاعده درء المفاسد اولی من جلب المنافع شد و تصرفات تبرعی را از حوزه شمول نظریه ظاهر خارج ساخت. زیرا فلسفه اصلی نظریه ظاهر حمایت از انتظارات مشروع ثالثی است که معامله ای را انجام می دهد در حالی که موهوب له هیچ ضرری را از این جهت متقبل نمی گردد که لزومی به متوسل شدن به نظریه ظاهر باشیم. در نتیجه هبه ای که از مالک وضعیت ظاهری صادر شده است در حق مالک وضعیت قانونی نافذ نیست، مگر اینکه خود مالک وضعیت قانونی چنین معامله ای را تنفیذ کند. اما در صورتی که موهوب له در عین موهوبه تصرف در مقابل عوض نماید، متصرف الیه دوم می تواند در مقابل مالک وضعیت قانونی به نظریه ظاهر استناد نماید در صورتی که دارای حسن نیت باشد.

سؤالی دیگری که در خصوص رکن مادی مطرح می گردد این است که آیا در رکن مادی وجود خطا از جانب مالک وضعیت قانونی لازم است یا خیر؟ به عبارتی دیگر آیا در خلق وضعیت ظاهری یا حتی بعد از خلق وضعیت ظاهری در استمرار آن، مشارکت مالک وضعیت قانونی برای ایجاد وضعیت ظاهری لزوم دارد یا خیر؟

۱۹. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۵۴-۵۵.
۲۰. نقض مدنی، ۱۹۸۶/۲/۱۶؛ فی الطعن رقم ۸۲۶ لسنة ۵۴، مجموعه احکام النقض - السنة ۳۳ العدد الاول ص ۶۳۹. به نقل از: شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۵۶.

در جواب به این سؤال چنین می‌توان بیان داشت که به صورت یک قاعده کلی نمی‌توان بیان داشت که در ایجاد وضعیت ظاهری مالک وضعیت قانونی نقش ایجابی داشته باشد، اما در بعضی از حالات نیاز به این است که مالک وضعیت قانونی، خودش در ایجاد وضعیت ظاهری نقش داشته باشد. طور مثال در وکالت ظاهری، زمانی که اصیل یعنی مالک وضعیت قانونی حدود صلاحیت و اختیارات وکیل را به صورت واضح و روشن و صریح بیان نمی‌کند به گونه‌ای که شخص ثالث به این نتیجه می‌رسد که وکیل دارای اختیارات لازمه می‌باشد و معامله را با وکیل انجام می‌دهد، در چنین حالتی اصیل خود دچار تقصیر شده است و بعداً نمی‌تواند معامله انجام شده از سوی وکیل را زیر سؤال ببرد، به این استدلال که وکیل چنین اختیاراتی را نداشته است. لذا وکالت مطلق و عامی که اصیل به وکیل می‌دهد این مشکلات را می‌تواند به وجود آورد. ولی با اعمال نظریه ظاهر می‌توان بیان داشت که وکیل در چنین حالاتی دارای اختیار کامل است.

یا اینکه با پایان یافتن وکالت، وکیل هم‌چنان موضوع وکالت را انجام می‌دهد، اما مالک وضعیت قانونی در مطلع نمودن اشخاص ثالث یا وکیل خود، اهمال و مسامحه به خرج می‌دهد. در چنین حالتی مالک وضعیت قانونی خود وضعیت ظاهری را به وجود آورده است لذا باید با آثار آن نیز پایبند باشد. یا اینکه وکالت با عزل وکیل به پایان می‌رسد ولی موکل اطلاع دهی به مردم را جهت اجتناب از معامله‌ی آن‌ها با وکیل انجام نمی‌دهد، در این صورت افراد به تصور اینکه هنوز وکالت باقی است با وکیل عزل شده معامله می‌نمایند. در چنین حالتی نمی‌توان این معامله را زیر سؤال برد، با این استدلال که وکیل عزل شده است و لذا صلاحیت انجام معامله را ندارد. زیرا موکل خود سهل‌انگاری نموده است و مطابق قاعده اقدام باید به معامله صورت گرفته از سوی وکیل عزل شده پایبند باشد.

هم‌چنین زمانی که موکل فوت می‌کند وکالت به پایان می‌رسد (فقره سوم ماده ۱۶۰۶ قانون مدنی)، ولی ورثه خبر فوت موکل را منتشر نمی‌سازند، و وکیل و دیگر اشخاص از فوت وکیل بی‌اطلاع می‌مانند، در اینجا نیز ورثه مرتکب نوعی سهل‌انگاری شده‌اند و این وضعیت ظاهری را به وجود آورده‌اند که وکیل هم‌چنان دارای صلاحیت است.

در بعضی از حالات علی‌رغم اینکه نظریه ظاهر تطبیق می‌گردد ولی نمی‌توان خطایی را به مالک وضعیت قانونی منتسب ساخت در وارث ظاهری و موصی له ظاهری که شخصی مفقودالاثَر می‌گردد و حکم موت فرضی آن صادر می‌گردد، بعداً چنین شخصی زنده یافت می‌گردد. در این حالت نمی‌توان خطایی را به مالک وضعیت قانونی منسوب نمود وضعیت در چنین حالتی همانند

قوه قاهره است ولی باین حال رکن مادی در این دو حالت نیز وجود دارد.^{۲۱}

در مجموع چنین می‌توان برداشت نمود که مالک وضعیت قانونی در بعضی از حالات خود در به‌وجود آوردن یا آمدن یک وضعیت ظاهری نقش ایجابی یا سلبی دارد، به نوعی او در خلق رکن مادی سهیم می‌گردد قطع نظر از آنکه دچار خطا در مفهوم مسئولیت مدنی شده باشد یا خیر. به‌همین جهت است که حقوقدانان و رویه قضایی یکی از مبانی نظریه ظاهر را خطای مالک وضعیت قانونی می‌دانند و از باب مسئولیت مدنی موضوع را مورد بررسی قرار می‌دهند. ولی در بعضی از حالات مالک وضعیت قانونی هیچ نقش ایجابی یا سلبی در به‌وجود آمدن وضعیت ظاهری ندارد و از این رو نمی‌توان خطایی را نیز به او منتسب نمود. اشتباه عمومی، حقوق می‌سازد.

قاعده‌ای در حقوق فرانسه وجود دارد مبنی بر اینکه اشتباه عمومی حقوق می‌سازد. اشتباه عمومی همانا اعتقاد مخالف با حقیقت ظاهر است، این اعتقاد تنها به شخص ثالث منسوب نمی‌گردد، بلکه غالب اشخاصی را که بر وضعیت ظاهری احاطه دارند، دربر می‌گیرد.^{۲۲} در اشتباه عمومی لازم است که اغلب اشخاص، وضعیت ظاهری را قانونی تصور نمایند. در اشتباه عمومی لازم نیست که بحث میدانی صورت گیرد یا اینکه از عموم استفتاء صورت گیرد تا میزان شیوع و عمومیت این اشتباه را دریابیم، بلکه از اوضاع و احوال می‌توان به آن دست یافت. طور مثال حیازت طولانی یک شیء، استناد به یک سند رسمی یا دیگر موارد می‌تواند اشتباه را همگانی سازد.

مازو از حقوقدانان مدنی فرانسه بر این نظر است که مبنای قاعده اشتباه عمومی، ایجاد حقوق می‌کند، همانا نفع اجتماعی است؛ چون این قاعده قاعده‌ای است که از امنیت اجتماعی حمایت می‌کند.^{۲۳}

۲-۲. رکن معنوی

حسن نیت ثالث در معامله‌ای که با مالک وضعیت ظاهری انجام می‌دهد، رکن معنوی نظریه ظاهر را تشکیل می‌دهد. رکن معنوی نظریه ظاهر در کنار رکن مادی آن باید موجود باشد تا بتوان این نظریه را در قضیه‌ای اعمال نمود. حقوقدانان اذعان می‌نمایند که تعریف حسن نیت مشکل

۲۱. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۶۳.

۲۲. عبدالباسط جمیعی، نظریه الاوضاع الظاهره (رساله مقدمه لکلیه حقوق، القاوه، ۱۹۵۵) ۴۹۳.

۲۳. به نقل از: محمد شوقی صلاح، منبع پیشین، ۷۱.

است به دلایل ذیل:

الف. برای حسن نیت موارد کاربرد و آثار متنوعی است که بعضاً با یکدیگر در نسبت تباین قرار می‌گیرند به گونه‌ای که معنای حسن نیت را از یک حالت به حالت دیگر مختلف می‌گردانند.
ب. اندیشه حسن نیت باعث اختلاط آن با اخلاق می‌گردد که کار را در تعریف آن با مشکل مواجه می‌سازد.

پ. در بعضی از مواقع حسن نیت با دیگر مفاهیم مانند جهل، اشتباه، خطا مختلط می‌گردد و کار را دشوار می‌سازد زیرا این‌ها هم از مفاهیمی‌اند که ارتباط با نفس می‌گیرند.
با این وجود، حقوق‌دانان برای حسن سه مفهوم را بر شمرده‌اند که عبارت‌اند از:

۱. مفهوم شخصی حسن نیت:

حسن نیت در مفهوم شخصی‌اش به معنای جهل مبرر به واقعه معنی یا اوضاع و احوال مشخص است که قانون اثر معینی را نسبت به آن واقعه مترتب می‌سازد. در مقابل حسن نیت در این مفهوم سوء نیت قرار دارد که به معنای علم یا امکان علم یافتن به واقعه یا اوضاع و احوال معین است.^{۲۴}
در حسن نیت در مفهوم شخصی‌اش تنها نفی علم کافی نیست، بلکه این نفی علم همراه با عدم تقصیر در تلاش و کوشش برای به دست آوردن معلومات نیز باشد. نسبت به شق اول حسن نیت فرض بر این است که شخص علم ندارد یعنی اصل علم نداشتن است و چون اصل عدمی است اثبات آن ممکن نیست، در این حالت هر شخصی که مدعی علم داشتن است باید آن را به اثبات رساند. اما حسن نیت در شق دومش یعنی امکان علم داشتن، این شق فرض نمی‌گردد بلکه باید کسی که ادعا می‌کند امکان علم داشتن را نیز نداشته است باید آن را اثبات کند که سعی و تلاش کافی را برای به دست آوردن علم و آگاهی به خرج داده است، اما علی‌رغم این تلاش و کوشش به علم و آگاهی دست نیافته است. ملاک برای سعی و تلاش نیز انسان عادی و متعارف است.^{۲۵}

پس چنین می‌توان نتیجه گرفت که شخص جاهل به موضوع بوده است یا اینکه باید به موضوع یعنی وضعیت قانونی باید علم می‌داشت. آنجایی که شخص ثالث به وضعیت قانونی جاهل بوده است صرف ادعایش پذیرفته می‌شود، چون امری عدمی را ادعا می‌کند و امری عدمی نیز نیاز به اثبات ندارد؛ اما در جایی که شخص باید به موضوع علم می‌داشت دیگر ادعای علم نداشتن او

۲۴. السید بدوی، حول نظریه عامه لمبدأ حسن النیه فی المعاملات المدنیه (رساله دکتورا، کلیه الحقوق القا، ۱۹۸۹)؛ ۷۳؛ به نقل از: شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۹۰.
۲۵. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۹۱.

پذیرفته نمی‌شود در اینجا است که او باید اثبات کند که تمامی تلاش و کوشش خود را به خرج داده است تا اینکه وضعیت قانونی را دریابد، ولی با این حال وضعیت قانونی را کشف نکرده است. حسن نیت در این مفهوم را چنین می‌توان بیان داشت "شخص باید به موضوع آگاه می‌بود". قانون مدنی در مواد متعددی حسن نیت را در این مفهوم به کار برده است. این موارد عبارت‌اند از:

ماده ۵۶۳ "شخصی که در غلطی اساسی واقع گردیده، به شرطی می‌تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف مقابل وی نیز در عین غلطی واقع شده یا از غلطی واقف بوده و یا اینکه به سهولت می‌توانست به آن واقف گردد".

ماده ۵۷۴ "در صورت وقوع فریب از طرف شخص ثالث در عقد، فریب خورده وقتی می‌تواند فسخ آن را مطالبه نماید که آگاهی طرف مقابل را به فریب شخص ثالث هنگام عقد یا قادر بودن او را به کسب چنین آگاهی ثابت نماید".

ماده ۸۳۵ "تصرف بالمعاوضه مدیون وقتی در حق دائن فاقد اعتبار شناخته می‌شود که تصرف مذکور مشتمل بر تقلب مدیون بوده، طرف مقابل به آن علم داشته باشد، تصرف مدیون وقتی مشتمل بر تقلب پنداشته می‌شود که مدیون در حال صدور تصرف به افلاس خود علم داشته باشد".

۲- مفهوم موضوعی حسن نیت:

حسن نیت در مفهوم موضوعی با اخلاق ارتباط برقرار می‌کند، در این مفهوم حسن نیت به شخصی گفته می‌شود که افعال و تصرفات او با اخلاق و ارزش‌های اخلاقی حاکم بر جامعه موافق و هماهنگ باشد. ارزش‌های چون اعتماد، پاکی و دیگر موارد. در این مفهوم حسن نیت، شباهت زیادی به قاعده‌ی «هر آنچه برای خود می‌پسندی برای دیگران نیز بپسند» پیدا می‌کند.

۳. مفهوم قانونی حسن نیت:

مفهوم قانونی حسن نیت یا سوء نیت از فرض قانونی گرفته شده است که متعامل باید آن را رعایت کند، در صورتی که آن فرض قانونی را رعایت کند دارای حسن نیت گفته می‌شود و در صورتی که فرض قانونی را رعایت نکند دارای سوء نیت گفته می‌شود. در اینجا به قصد واقعی شخص کدام اهمیتی داده نمی‌شود. چه بسا مبنای این اصل قانونی همانا «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» باشد. لذا قانون علم به احکام خود را فرض می‌داند، در صورتی که شخصی خلاف این فرض عمل نمود دارای سوء نیت است و شخصی که موافق آن فرض عمل نمود دارای حسن نیت است،

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۹۹

قطع نظر از اینکه قصد واقعی اش چه باشد. به عنوان مثال ماده ۱۸۳۸ قانون مدنی افغانستان چنین حکم می نماید: «هرگاه رهن از طرف مالک صادر شده باشد که سند ملکیت او باطل، فسخ، لغو، زایل به سبب دیگر بی اعتبار گردد، رهن به منفعت دائن رهن گیرنده باقی می ماند مشروط بر اینکه حین انعقاد عقد رهن، دائن دارای حسن نیت باشد.»

مطابق این ماده قانونی در صورتی که مشتری عقراری را خریداری نماید و آن را به دائن دارای حسن نیت خود به رهن دهد، در صورتی که بعداً عقد بیع او فسخ گردد، دائن مرتهن از این فسخ متأثر نمی گردد و رهن او در عقرار از بین نمی رود. در اینجا قانونگذار از حسن نیت دائن مرتهن حمایت نموده است زیرا موافق فرض قانونی اش عمل نموده است.

سه مفهوم از مفاهیم حسن نیت مورد بحث و بررسی قرار گرفت ولی آنچه به آن جواب داده نشد این است که در نظریه ظاهر کدام مفهوم مدنظر است. در پاسخ به این سؤال باید بیان داشت که در نظریه ظاهر مفهوم شخصی حسن نیت مدنظر است. یعنی عدم علم ثالث به وضعیت قانونی و درجایی که امکان کسب علم و آگاهی وجود داشته است ثالث باید اثبات کند که تمامی سعی و تلاش خود را نموده است ولی به علم و آگاهی راجع به وضعیت قانونی نرسیده است.

۳. مبانی

نظریه ظاهر باعث می گردد که یک سری تعهداتی بر ذمه افراد قرار گیرد، برای توجیه اینکه نظریه ظاهر براساس چه مبنایی یک سری تعهدات را بر ذمه اشخاص ایجاد می کند نظریات متفاوتی ابراز شده است. دسته ای از این نظریات را نظریات کلاسیک و دسته ای دیگر را نظریات معاصر تقسیم بندی نموده اند. هریک از این نظریات را جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

۳-۱. نظریات کلاسیک

در مورد نظریات کلاسیک یک مقدمه مختصر تهیه گردد، بعداً به توضیح انواع آن پرداخته شود. منظور از نظریات کلاسیک آن دسته از نظریاتی اند که در قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته اند. این نظریات به عنوان مبانی نظریه ظاهر مورد اشاره قرار گرفته اند که در ذیل مورد بحث و بررسی قرار می گیرند.

۳-۱-۱. نظریه عقد صوری

حقوقدانان مصری برای مبنای نظریه ظاهر به عقد صوری استناد نموده اند. عقد صوری در ماده

۲۴۴ و ۲۴۵ قانون مدنی مصر بیان شده است. در ماده ۲۴۴ قانون مدنی مصر چنین می‌خوانیم: « ۱- هرگاه عقد صوری، تأیید شده باشد، طلبکاران متعاقدين و خلف خاص آن‌ها می‌توانند در صورتی که با حسن نیت باشند به عقد صوری، استناد و به هر وسیله‌ای، صوری بودن عقد را که به آنان زیان رسانده است، ثابت کنند. ۲- هرگاه تعارضی بین منافع طرف‌های ذی‌نفع پدید آید و عده‌ای به ظاهر عقد استناد کنند و عده‌ای دیگر به عقد مخفی، حق رجحان، از آن عده‌ی اول است.»

هم‌چنین در ماده ۲۴۵ همین قانون می‌خوانیم: «هرگاه متعاقدين عقد حقیقی را در پس عقد ظاهری مخفی کنند، عقد حقیقی، متعاقدين و خلف عام آن‌ها را ملتزم خواهد کرد». بین نظریه ظاهر و نظریه عقد صوری یک‌سری تشابهاتی دیده می‌شود. هدف اصلی هر دو نظریه در این است که از شخصی که بر اساس وضع ظاهری معامله نموده است و بعد از آن عدم مطابقت این وضع ظاهری با واقع آشکار شده است، حمایت به‌عمل آورند. اما این تشابه نمی‌تواند باعث گردد که نظریه عقد صوری مبنای برای نظریه ظاهر باشد به دلایل ذیل: الف. در عقد صوری این اراده افراد است که وضعی ظاهری را به‌وجود می‌آورد درحالی که در نظریه ظاهر در فرض‌های متعدد اراده افراد در به‌وجود آوردن وضعیت ظاهری دخالتی ندارد. برای اعمال نظریه ظاهر وجود دو رکن مادی و معنوی شرط است، رکن مادی شواهد و اوضاع و احوال خارجی و اشتباه عمومی و حسن نیت ثالث درحالی که در عقد صوری تنها حسن نیت شرط گذاشته شده است.^{۲۶}

۳-۱-۲. نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر

تعدادی از حقوق‌دانان فرانسوی و مصری برای مبنای نظریه ظاهر به نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر متوسل شده‌اند. در نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر مالک وضعیت ظاهری نقش مهمی در ایجاد وضعیت ظاهری دارد، زیرا او با سهل‌انگاری و خطایی که مرتکب شده است باعث شده است که یک وضعیت ظاهری به‌وجود آید. چون مالک وضعیت قانونی نقش بارزی در ایجاد وضعیت ظاهری داشته است لذا باید خسارت پرداخت کند و بهترین خسارت نیز همانا صحیح تلقی نمودن معامله‌ای است که به نفع غیر است.

پیروان این نظریه چنین استدلال می‌کنند که مالک وضعیت قانونی اقداماتی که برای حفظ

26. Dagot M. La Simulation en droit prive, (theses, Toulouse, 1965), Cited at:

شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۷۶.

حقوقش لازم بوده است را انجام نداده است به گونه‌ای که نتیجه آن، ایجاد یا استقرار وضعیت ظاهری شده است و این وضعیت ظاهری ثالث دارای حسن نیت را به اشتباه انداخته است. خطای مالک وضعیت قانونی هم می‌تواند به صورت ایجابی و هم به صورت سلبی باشد. بعضی دیگر از حقوقدانان فرانسوی به «نظریه سوء استفاده از حق» متوسل شده‌اند. اینان بیان داشته‌اند مالک وضعیت قانونی که در محافظت از حقوقش اهمال به خرج می‌دهد تا حدی که دیگری می‌تواند در مقابل عموم خود را مالک حق وانمود سازد، پس او در استفاده از حقش سوء استفاده نموده است و چون در فریب خوردن غیر سهیم شده است، لذا مسئولیتش به این ترتیب است که به آثار تصرف ملزم گردد.^{۲۷}

در بعضی از احکامی که محاکم فرانسه در این خصوص صادر نموده‌اند به ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی که راجع به مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، استناد شده است.

مبتنی ساختن نظریه ظاهر بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر در بعضی از فروض می‌تواند توجیه شود؛ مانند حالتی که موکل به وکیل خود صلاحیت می‌دهد و وکالت خط را به صورت مبهم و کلی تنظیم می‌کند، یا اینکه در ابتدا وکالت به صورت واضح و روشن تنظیم می‌گردد ولی بعداً موکل حدود وکالت وکیل را محدود می‌نماید بدون آنکه آن را به دیگران اطلاع دهد، در چنین حالاتی می‌توان خطا را به مالک وضعیت قانونی منسوب نمود. اما حالاتی در نظریه ظاهر وجود دارد که نمی‌توان آن‌ها را با مسئولیت مبتنی بر تقصیر توجیه نمود؛ مانند وارث حقیقی که میزان سهم الارث او بر اساس حکمی تعیین شده است، اما بعداً عدم صحت آن به موجب اسناد ترویری ثابت می‌گردد آید، در چنین حالتی می‌توان خطا را به وارث حقیقی منسوب نمود؟

با این حال این نظریه به عنوان مبنای نظریه ظاهر با ایرادات ذیل مواجه شده است:

الف. در مسئولیت مبتنی بر تقصیر در حالت سبب خارجی، سبب خارجی از جمله اسباب معاف کننده مسئولیت از مالک حق می‌باشد در حالی که این امر با نظریه ظاهر مطابقت ندارد.

ب. مسئولیت مبتنی بر تقصیر اقتضایش این است که خساراتی که به شخص متضرر رسیده است جبران گردد، اینکه معامله‌ای نافذ گردد را نمی‌توان از مسئولیت مبتنی بر تقصیر برداشت نمود.

27. Morin, La sécurité des tiers, les transactions immobilières et la maxime "error communis facit jus" annals des faculties des lettres d' Aix, 1906, t. 2. N. 1. Cited at:

شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۸۰.

۳-۱-۳. نظریه خطر

به جهت ایراداتی که به مسئولیت مبتنی بر تقصیر به عنوان مبانی نظریه ظاهر وارد گردید، بعضی از حقوق دانان به نظریه خطر در مسئولیت مدنی متوسل شده‌اند. براساس این نظریه بدون اینکه مالک وضعیت قانونی کدام تقصیری مرتکب شده باشد، با اجرای تعهدات قراردادی ملزم می‌شود. طرفداران این نظریه در خصوص مسئولیت مبتنی بر خطر اتفاق نظر دارند ولی در نحوه استدلال با هم اختلاف دارند.

بعضی از طرفداران این نظریه معتقدند که زندگی اجتماعی برای اشخاص مسئولیت‌ها و خطراتی را ایجاد می‌کند. این خطر در مواردی تحقق می‌یابد که شخص باید عواقب یک ضرری را که وی عامل آن نبوده است، تحمل کند. همان‌طور که حوادث غیر مترقبه و فورس مازور خطراتی را ایجاد می‌کنند، از زندگی اجتماعی نیز خطر نشأت می‌گیرد. نیازهای ایمنی و اعتبار اقتضاء می‌کند اشخاص ثالث که به وضع ظاهری اعتماد دارند، فریب نخورند، مالک واقعی باید آثار خطری را که منافع اجتماعی و عمومی اقتضاء می‌کند، تحمل نماید. حق مالکیتی که مخفی و پنهان است ارزش خود را از دست می‌دهد. برای درمان و علاج این حالت، ناچار باید وضع ظاهری حق را که بر اشخاص ثالث تأثیر می‌گذارد، واقعی تلقی کرد و ثالث با حسن نیت را مالک حق دانست.^{۲۸}

ایرادی که به نظر ظاهر وارد شده است این است که چرا باید مالک وضعیت قانونی باید این خطر را تحمل کند و نه دیگران؟

۳-۱-۴. نظریه مختلط

بعضی از حقوق دانان در فرانسه، تأسیس نظریه ظاهر را بر ماهیت دوگانه خطر - اشتباه بنا نموده‌اند، که از نظر آن‌ها بر تمامی حالات ظاهر قابلیت تطبیق را دارد. در این نظریه برای رابطه ظاهر دو جنبه است. جنبه اول آن ایجابی است که در آن ثالثی حقی را در نتیجه نفاذ تصرف مالک می‌گردد و دیگری سلبی است در تحمیل نمودن تعهداتی به مالک حق که از سوی مالک وضعیت ظاهری پذیرفته شده است، در تصرفی که مالک حق یکی از اطراف تصرف محسوب نمی‌گردد. پس تأسیس نظریه ظاهر باید مبتنی بر این دو جنبه باشد.

در جنبه خطر شخصی که سبب به وجود آوردن چنین خطرهایی شده است باید به آنچه از

28. Danis- Fatome , Anne, p. 365 cited at:

نعمه علیان نژادی، تئوری ظاهر در حقوق خصوصی ایران، (پایان‌نامه ماستری، ۱۳۹۱، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان) ۳۶.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۲۰۳

این خطر به وجود می‌آید، ملتزم باشد. اما در جنبه دیگر که نفاذ تصرف الزام‌آور بین ثالث و مالک وضعیت ظاهری را در برابر مالک وضعیت قانونی به دنبال دارد بر اساس اشتباه شایع توجیه می‌گردد. ثالثی که در قانونی بودن وضعیت ظاهر فریفته شده است، حمایت از او نیازمند نافذ تلقی شدن معامله است.

این نظریه نسبت به دیگر نظریات از جامعیت بیشتری برخوردار است. اما ایراد نظریه مختلط در این است که حالت وارث ظاهری را در بر نمی‌گیرد و تطبیق آن منحصر در معاملات که در حوزه تجارت صورت می‌گیرند، انجام می‌شود.

۲-۳. نظریات معاصر

دسته‌ای از حقوقدانان نظریات که برای مبنای نظریه ظاهر ارائه نموده‌اند، تحت عنوان نظریات معاصر نام‌گذاری شده است. این نظریات را چنین می‌توان نام برد:

۱-۲-۳. استقرار معاملات

به جهت انتقاداتی که در نظریه‌های کلاسیک وارد شد، حقوقدانان چاره را در آن دیدند تا به فلسفه حقوق متوسل شوند، از جمله این نظریات در فلسفه حقوق نظریه استقرار معاملات است. دموگ بر این نظر است که امنیت یکی از مهم‌ترین اهدافی است که حقوق به دنبال آن است تا اینکه تحقق یابد. استقرار امنیت همچنان که برای حقوق مکسبه اشخاص لازم و ضروری است برای معاملات اشخاص نیز ضروری است. از نظر دموگ امنیت بر دو نوع است، یکی امنیت ساکن یعنی استقرار اوضاع و احوالی که برای مالک حق، ثبات حق او را تضمین کند، حق او را از تجاوز مصون دارد.^{۲۹} دموگ بر این نظر است که امنیت پویا و ایستا دائم در حال رقابت با یکدیگرند.^{۳۰}

به‌طور خاص در حق مالکیت، در امنیت ایستا از حقوق مالک واقعی حتی اگر لازم باشد به‌ضرر ثالثین حمایت می‌گردد و در هر حال حقوق مالک واقعی را بر مالک ظاهری و منتقل‌الیه وی ترجیح می‌دهد. این امر مبتنی بر قواعدی چون فاقد شی نمی‌تواند معطی شی باشد و تقدم حقوق مقدم از لحاظ زمانی است. در واقع اصول امنیت ایستا به هر شکل به دنبال تأمین امنیت

۲۹. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۳.

۳۰. نسرین طباطبایی حصار، وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای تئوری اعتماد عمومی (مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره

۲، خزان و زمستان ۱۳۹۳) ۴۸۸.

مالک واقعی صرف نظر از سایر نیازهای جامعه و مصلحت عمومی است. هرچند این موضوع به تخریب امنیت بازار معاملات و اعتماد نکردن خریداران به کسی که بر اساس اسناد موجود، خود را مالک معرفی می کند منجر شود.^{۳۱}

امنیت دوم، امنیت متحرک یا پویا است، هدف این نوع امنیت تحقق استقرار حرکتی برای معاملات است. یعنی اینکه معاملاتی که بین اشخاص صورت می گیرد از عدم صحت آن مصونیت حاصل آید. اقتضای امنیت متحرک یا پویا این است شخصی که بر اساس وضعیت ظاهری معامله می کند و در این وضع ظاهری شواهدی کافی بر این تصور وجود دارد که حکایت از وضعیت حقیقی می نماید، باید حمایت شود و معامله سلامت یابد. امنیت پویا این را می طلبد که در حوزه تصرفات الزام آور با ثالث دارای حسن نیت، برای ظاهر حق همان آثاری را باید قائل شد که برای خود حق قائل می شویم.

پس گاهی بین دو امنیت تراحم پیش می آید. امنیت ساکن اقتضای این را دارد که حق اصلی برای مالک اصلی حق مورد حمایت قرار گیرد، درحالی که امنیت پویا نیز این اقتضاء را دارد که معاملات و فعالیت ها استقرار یابند و در آن وقفه ای پیش نیاید. لذا بین این دو نوع تراحم بین امنیت پویا و امنیت ساکن، امنیت پویا ترجیح داده می شود، زیرا این امر متضمن نفع عمومی است درحالی که امنیت ساکن متضمن نفع فردی است. پس نفع شخصی که موقفی ایجابی را اتخاذ نموده است و تصرفی را انجام داده است باید بر نفع شخصی که تنها به حمایت قانون بسنده نموده است، ترجیح یابد.

رویه قضایی فرانسه نیز در زمان های دور نظریه ظاهر را مبتنی بر نفع عمومی استوار ساخته است.^{۳۲} محکمه نقض مصر نیز در حکم مهم صادره خود در ۱۹۸۶/۲/۱۶ چنین بیان داشته است:

«قاعده بر این است که قراردادهای تنها بر طرفین آن تسری می یابد، و مالک حق از تصرفی که از دیگری نسبت به حق او صادر شده است، ملتزم قرار نمی گیرد. اما در بعضی از نصوص قانون مدنی، قانون گذار برخی از قواعد خود را مبتنی بر وضعیت ظاهری نموده است جایی که عدالت و حمایت از پویای معاملات در اجتماع اقتضاء می کند...»^{۳۳}

۳۱. طباطبایی حصار، منبع پیشین، ۴۸۸.

32. Cass civ 26 Jan 1897, D.P 1900, I, 313, note L. strut, S. 1898, I, 313, Gas, Pall, 1892

به نقل از شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۶.
۳۳. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۶-۱۹۷.

ارزیابی نظریه:

۱. این نظریه بر اساس امور اقتصادی است که ارتباط با فلسفه حقوق می‌یابد، منتها از صیانت فنی که آنرا در مرتبه نظریات حقوقی قراردهد، خارج است.^{۳۴}
۲. این نظریه از توجیه بعضی از مصادیق نظریه ظاهر از قبیل تصرفات وارث ظاهری قاصر است؛ زیرا وارث ظاهری به حوزه حقوق مدنی تعلق دارد که ثروت‌های ثابت را تنظیم می‌کند که در آن نفع غیر بر نفع وارث حقیقی برتری نمی‌یابد مگر در حالات ضروری.
۳. این نظریه بیشتر در حوزه معاملات تجارتي دارای کاربرد است.^{۳۵}

۳-۲-۲. نظریه کفایت ذاتی نظریه ظاهر

بعضی از حقوقدانان فرانسوی و مصری بر این نظرند که نظریه ظاهر نیازی به مبنای حقوقی ندارد؛ زیرا ظاهر معقول به تنهایی برای مبنای نظریه ظاهر کافی است زمانی که مظهر خلاف حقیقت باشد، مادامی که این مظهر به آن اندازه باشد که بر تصور مطابقت آن با حقیقت در نزد ثالث دارای حسن نیت برسد، در این صورت همان آثاری که بر حقیقت مترتب می‌گردد، بر این ظاهر نیز مترتب می‌گردد.

بعضی از حقوقدانان فرانسوی و مصری بر این نظرند که نظریه ظاهر نیازی به مبنای حقوقی ندارد. بلکه ظاهر معقول به تنهایی برای مبنای نظریه ظاهر کافی است زمانی که ظاهر خلاف حقیقت باشد و بر آن همان آثاری که بر حقیقت مترتب می‌گردد. مادامی که این مظهر به آن اندازه باشد که برای تصور مطابقت آن با حقیقت در نزد ثالث متعامل دارای حسن نیت با مالک وضعیت ظاهری برسد.^{۳۶}

در این نظریه، نظریه ظاهر در کنار نظریات دیگری چون قرارداد، دارا شدن بدون سبب و مسئولیت قرار می‌گیرد. لذا همان‌طوری که در این نظریات از مبنا و اساس‌شان بحث نمی‌گردد، پس در نظریه ظاهر نیز نباید از مبنا و اساسش کدام بحثی صورت گیرد.

۳-۲-۳. اشتباه شایع، ایجاد حق می‌کند

قاعده‌ی اشتباه شایع ایجاد حق می‌کند از جمله قواعدی است که پیشینه‌ی آن به حقوق رم

۳۴. عبدالباسط جمیعی، الوکاله الظاهره (مجله العلوم القانونیه و الاقتصادیه، ۱۹۶۳، العدد الثاني، السنه الخامسه) ۳۳۵.

۳۵. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۵.

۳۶. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۸.

برمی گردد. در قوانین فرانسه و مصر صراحتاً یا ضمناً این قاعده در هیچ یک از نصوص قانونی مورد پیش بینی قرار نگرفته است.

اشتباه در مفهوم عام تصور نادرست نسبت به یک موضوع است و در حقوق، تصور نادرست در مورد یک واقعه یا عمل حقوقی را اشتباه گویند. اشتباه شایع با اشتباه ساده متفاوت است. اشتباه شایع به معنای اشتباه اشخاص در خصوص یک واقعه است. یعنی مجموعه افراد زیادی در یک اشتباه سهیم می شوند، و به عبارت دیگر همه افراد در خصوص آن موضوع اشتباه می کنند. البته اشتباه شایع به این معنا نیست که حتی اگر یک نفر در خصوص آن دچار اشتباه نشود، اشتباه مشترک تحقق پیدا نمی کند. در واقع برای ایجاد اشتباه شایع تمامی مردم لازم نمی باشد در واقع اشتباه شایع نه برون ذاتی بلکه درون ذاتی است.^{۳۷}

حفظ نظم عمومی و ثبات معاملات اشتباه شایع را موجه می سازد و در اثر آن قاعده حقوقی اجرا نمی گردد. هر چند در گذشته اشتباه مشترک سهم مهمی در ایجاد نظریه ظاهر داشته است ولی امروزه این نظریه کم رنگ شده است و جای خود را به مفاهیمی همانند نظم عمومی و مصالح اجتماعی داده است. همان طوری که قبلاً گفته شد در گذشته به این نظریه به این جهت استناد می گردید که نظم عمومی وارد مباحث حقوقی هنوز نشده بود. و چاره ای جز استناد به این قاعده نبود.

۳-۲-۴. نظریه حسن نیت

یکی از مبانی که برای نظریه ظاهر، مطرح شده است، نظریه حسن نیت است. در این نظریه به وضع ذینفع از نظریه ظاهر که همانا ثالث است توجه می شود. در این نظریه ثالث می تواند اعمال نظریه ظاهر را درخواست کند، به این دلیل که با حسن نیت رفتار نموده است. در استناد به حسن نیت دو نظریه وجود دارد، برخی حسن نیت را تصور اشتباه می دانند که سبب ایجاد حق به نفع شخص اشتباه کننده می شود و گروهی دیگر به اعتقاد اشخاص تمسک می جویند، با این توضیح که حقوق از اعتقاد نشأت می گیرد و هر شخص می تواند به درستی حقوق خود اعتقاد داشته باشد. هر کس از انجام عمل متوجه نادرستی تصور مشروع خود بشود، همچنان می تواند حقوق خود را اجرا کند.^{۳۸} در واقع این نوع حسن نیت حقوق به وجود می آورد.^{۳۹}

۳۷. نعیمه علیان نژادی، منبع پیشین، ۳۳.

38. Voin Robert, La bonne foi, L.G.D.J, 1939, p. 444.

به نقل از نعیمه علیان نژادی، منبع پیشین، ۴۱.

39. Ghestin Jacques, La Notion de l'erreur dans le droit positif actuel (L.G.D.J, 1971) p. 100.

به نقل از نعیمه علیان نژادی، منبع پیشین، ۴۱.

از شرایط اعمال نظریه ظاهر، حسن نیت شخصی است که اجرای آن را درخواست می‌کند. وی در هنگام اجرای عمل حقوقی باید با حسن نیت رفتار نماید. حسن نیت دارای دو جنبه مثبت و منفی دارد که قبلاً به آن‌ها پرداخته شد. هرچند حسن نیت یکی از ارکان اعمال نظریه ظاهر می‌باشد، با این حال حسن نیت نمی‌تواند مبنای این نظریه نیز باشد. زیرا یکی از آثار اصلی نظریه ظاهر، اعتبار بخشیدن به معامله‌ای است که یکی از شرایط اساسی معامله که همانا رضایت مالک وضعیت قانونی باشد را با خود ندارد و محکوم به بطلان است. این اثر اصلی نظریه ظاهر را حسن نیت نمی‌تواند برآورده سازد و عیب قراردادی که رضایت مالک وضعیت قانونی در آن نیست را مرتفع سازد. اگر در بعضی از حالات حسن نیت می‌تواند عیب یکی از شرایط معامله را برطرف سازد، کما اینکه در رکن معنوی نظریه ظاهر بیان شد این موارد استثنایی هستند و این موارد استثنایی را نمی‌توان به دیگر موارد تسری داد.

از مجموع نظریاتی که برای مبنای نظریه ظاهر بیان گردید، به نظر می‌رسد نظریه کفایت ذاتی بهتر با نظریه ظاهر سازگار باشد، باید این را پذیرفت که نظریه ظاهر خود از جمله قواعد ماهوی است که جایگاه مهمی را در حقوق برای خود به دست آورده است، در تحت قیومیت قرار دادن این نظریه از بالندگی آن خواهد کاست بنابراین به نظر می‌رسد نظریه ظاهر را به عنوان یک قاعده ماهوی در کنار دیگر اسباب ایجاد کننده حقوق و تعهدات مورد شناسایی قرار داد. کما اینکه یکی از آثاری که بعداً در نظریه ظاهر بیان می‌گردد اثر ایجاد کننده حق این نظریه است. نظریه ظاهر چهره اجتماعی حقوق را به نمایش می‌گذارد، به گونه‌ای که در آن منفعت عمومی بر منفعت شخصی ترجیح داده می‌شود.

۴. نظریه ظاهر در پرتو تحلیل اقتصادی حقوق

تحلیل اقتصادی حقوق از جمله نظریات جدید در حوزه حقوق محسوب می‌گردد. در تحلیل اقتصادی حقوق از نوع هنجاری آن گفته می‌شود که باید قاعده‌ای را وضع نمود که به لحاظ اقتصادی کم‌ترین هزینه را داشته باشد. بعضی از نویسندگان مصادیق نظریه ظاهر را در پرتو تحلیل اقتصادی حقوق بررسی نموده‌اند و نتیجه گرفته‌اند که اعمال نظریه ظاهر به لحاظ اقتصادی کارایی دارد.

استیون شاول یکی از نویسندگان حوزه تحلیل اقتصادی حقوق بیان می‌دارد برای هر دو طرف پیشگیری از وقوع خسارت امکان‌پذیر است، مسئولیت بر شخصی تحمیل شود که پیش‌گیری

از وقوع خسارات برای او متضمن کمترین هزینه باشد، مهم نیست که این شخص زیان‌دیده، زیان‌زننده و یا ثالث باشد. برای مثال اگر زیان‌زننده با ده دالر بتواند جلوی وقوع خسارتی را بگیرد و زیان‌دیده با پرداخت بیست دالر، مطابق اصل اجتناب با حداقل هزینه، زیان‌زننده مسئول باشد، چرا که او با پرداخت هزینه کمتری می‌تواند از وقوع این خسارت جلوگیری کند.^{۴۰}

یکی از نویسندگان^{۴۱} نمایندگی ظاهری را که یکی از مصادیق اعمال نظریه ظاهر است، چنین مورد تحلیل اقتصادی قرار می‌دهد. (پی) نماینده خود (الف) را برکنار می‌کند اما به دیگران اطلاع نمی‌دهد. (الف) به نمایندگی از (پی) قراردادهای جداگانه فروش کالا را با اشخاص (ایکس)، (وای) و (زد) منعقد می‌کند. (ایکس) از این امر آگاهی داشت که (الف) نماینده (پی) بوده است اما از برکناری او بی‌خبر است. (وای) نیز سند کتبی اعطای نمایندگی را می‌بیند، به (زد) شفهاً گفته می‌شود نماینده (پی) است.

از دیدگاه نویسندگان این حوزه، قرارداد با (ایکس) و (وای) معتبر است. اما با (زد) این‌گونه نیست؛ زیرا در (ایکس) و (وای) بررسی و کنترل اختیار نماینده که سابقاً به عنوان نماینده معرفی شده، اما برکناری او یا تغییر حدود صلاحیت او به دیگران نرسیده، یا نماینده‌ای که دارای سند کتبی اعطای اختیار است، برای اشخاص ثالث پرهزینه‌تر است. از اینکه اصیل ظاهری (پی) برکناری نماینده را به اشخاصی که از وجود رابطه نمایندگی آگاهی داشته‌اند، اطلاع دهد و یا سند اعطای نمایندگی را از نماینده سابق پس بگیرد. در این زمینه مسئول دانستن اصیل ظاهری و تحمیل مسئولیت بر او هزینه کمتری در پی خواهد داشت.

اما در خصوص (زد) این‌گونه نیست (زد) دقت و توجه کافی را برای تشخیص اینکه (الف) نماینده (پی) است یا خیر به کار نبرده، صرفاً به اظهارات شفاهی (الف) بسنده کرده است. افزون بر آن این از مسئله نمایندگی خارج است، از مصادیق نمایندگی کاذب یا مفروض می‌باشد. به لحاظ اقتصادی هزینه بیش‌تری بر اصیل تحمیل می‌کند. به عبارت دیگر، هزینه‌ای که اصیل ظاهری برای آگاه کردن همه مشتریان بالقوه خود از نماینده نبودن (الف) باید پردازد، بسیار بیشتر از هزینه‌هایی خواهد بود که (زد) می‌توانست یا یک جستجوی ساده از اصیل، از حقیقت امر آگاهی یابد.^{۴۲}

40. Shavell Steven, Foundation of Economic Analysis of Law (Harvard University Press, 2004) p. 198.

۴۱. امینی منصور و عبدی مونا، بررسی تطبیقی - اقتصادی نظریه نمایندگی ظاهری (مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴) ۵۳ به بعد.

42. Rasmus, Eric, (1991), the economics of agency law and contract formation (Indiana University of Business Press.)

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۲۰۹

هرچند این تحلیل اقتصادی راجع به نمایندگی ظاهری است اما می‌توان آن را به دیگر مصادیق نظریه ظاهر نیز تسری داد و چنین نتیجه‌ای را با تحلیل اقتصادی وارث ظاهری، مالکیت ظاهری، رهن ظاهری نیز به دست آورد. چرا که اگر قرار باشد اشخاص ثالث در قراردادها به ظاهر اعتماد نکنند و همواره به دنبال کشف حقیقت باشند حال هم معلوم نیست که به حقیقت دست یابند یا نیابند. صرف به دنبال حقیقت رفتن و جستجو کردن مستلزم وقت و نیز هزینه خواهد بود که با اصل سرعت عمل در تجارت نیز سازگاری ندارد.

بنابراین پذیرش نظریه ظاهر در سطح اقتصاد خرد موجب کاهش هزینه‌ها، افزایش کارایی اقتصادی و رفاه اجتماعی برای مالک وضعیت ظاهری و ثالث خواهد شد. در سطح اقتصاد کلان پذیرش نظریه ظاهر باعث تأمین منافع جامعه، تقویت بازار کسب و کار، سرعت بخشیدن به انجام معاملات و گردش سریع کالا و خدمات و ثروت در جامعه خواهد شد. هم چنین نظریه ظاهر باعث خواهد شد امنیت روانی برای اشخاص در معاملاتشان افزایش یابد، ثبات اقتصادی طولانی مدت نیز مستلزم امنیت معاملات و پرهیز از انحلال و گسستگی‌هاست. همان امنیت پویا که دموگ نظریه ظاهر را بر اساس آن مبتنی می‌ساخت.

حقوق باید اثرات اقتصادی قواعد خود را در نظر داشته باشد و قواعدی را وضع نماید که باعث رکود در معاملات نگردد. با تطبیق نظریه ظاهر به راحتی می‌توان بازاری پویا را فراهم ساخت.

۵. آثار:

آثار حقوقی نظریه ظاهر در پرتو رویه قضایی مصر و فرانسه چنین تبیین و تحلیل شده است.

۵-۱. رابطه ثالث با حسن نیت و مالک وضعیت قانونی

اصل نسبی بودن قراردادها از زمانی که در رابطه بین ثالث دارای حسن نیت و مالک وضعیت قانونی در نظر بگیریم، این اصل عدم نفاذ تصرف را نتیجه می‌دهد مگر آنکه مالک وضعیت قانونی که نسبت به قرارداد بین مالک وضعیت ظاهری و ثالث دارای حسن نیت تنفیذ قرارداد را اجازه دهد. در این صورت قرارداد نسبت به مالک وضعیت قانونی مؤثر واقع می‌گردد.

بنابراین با اصل نسبی بودن قراردادها نفاذ تصرف در حق مالک وضعیت قانونی حکم نخواهد شد ولی نظریه ظاهر این اثر نفوذ قرارداد و تصرف را در رابطه بین ثالث دارای حسن نیت و مالک وضعیت قانونی به وجود می‌آورد. لذا حق مستقیمی برای ثالث دارای حسن نیت بر اساس اعمال نظریه ظاهر به وجود می‌آید که می‌تواند ایفای تعهدات موجود در قرارداد را از او بخواهند هرچند

او یکی از طرفین اصلی قرارداد محسوب نمی‌گردد.

با فراهم شدن اعمال نظریه ظاهر، مالک وضعیت قانونی نمی‌تواند با پرداخت خسارتی به ثالث، از اعمال نظریه ظاهر در قرارداد فرار کند و قرارداد در حق او نافذ نگردد، در چنین حالتی مالک وضعیت قانونی غیر از رجوع به مالک وضعیت ظاهری چاره‌ای دیگر ندارد.^{۴۳} بنابراین قراردادی که بر اساس ظاهر به وجود آمده است، بر اساس نظریه ظاهر نافذ می‌گردد و مالک وضعیت ظاهری از این رابطه قراردادی حذف می‌گردد و مالک وضعیت قانونی باید تعهدات قراردادی را ایفاء کند. این مهم‌ترین اثر نظریه ظاهر است که به موجب آن شخصی که در انعقاد قرارداد نقشی نداشته است با اجرای تعهداتی که از این قرارداد ناشی می‌گردد، ملزم می‌گردد. در صورتی که موضوع قرارداد انتقال مالکیت شیء باشد باید مالک وضعیت قانونی این انتقال مالکیت را محترم شمرده و آن را به نفع ثالث دارای حسن نیت اجرا کند. البته لازم به ذکر است تعهدات قبول شده در قرارداد از سوی مالک وضعیت ظاهری باید از جمله تعهدات شخصی نباشد. در صورتی که تعهدات قبول شده از جمله تعهدات شخصی باشد، شخص ثالث دارای حسن نیت می‌تواند اجرای این تعهدات را بر اساس قرارداد و نه نظریه ظاهر از مالک وضعیت ظاهری که طرف اصلی در قرارداد است مطالبه نماید.

۵/۲ رابطه شخص ثالث دارای حسن نیت با مالک وضعیت ظاهری

بررسی آثار نظریه ظاهر در رابطه شخص ثالث دارای حسن نیت با مالک وضعیت ظاهری در دو فرض قابل بحث و بررسی است.

فرض اول: قبل از کشف شدن حقیقت ظاهر و استناد به آن

در این مرحله شخص ثالث غیر از مالک وضعیت ظاهری که طرف اصلی قرارداد با اوست کسی دیگر را نمی‌شناسد. لذا هر آنچه از تعهدات که از قرارداد او با مالک وضعیت ظاهری ناشی می‌گردد را مطابق قاعده کلی، می‌تواند از مالک وضعیت ظاهری مطالبه کند. در صورتی که مالک وضعیت ظاهری تعهداتی که بر اساس قرارداد پذیرفته است را ایفاء نکند، ثالث می‌تواند علیه او اقامه دعوی ضمان، فسخ، یا تعویض نماید. بنابراین رابطه آن‌ها در پرتو قرارداد تجزیه و تحلیل می‌گردد.

43. Encyel, Dalloz, Rep, Dr. Civ, 2 Ed, 1986. V. Apparence, n. 122.

به نقل از: شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۲۱۶.

فرض دوم: کشف حقیقت ظاهر و استناد به آن

در صورتی حقیقت ظاهر کشف شود و شخص ثالث پی به این برد که ظاهر با حقیقت تطابق ندارد او دارای دو اختیار است. اختیار اول این است که می تواند ابطال قرارداد را به جهت وقوع اشتباه اساسی در قانونی بودن وضعیت طرف قرارداد مطالبه کند، این اشتباه می تواند متوجه طرف مقابل نیز باشد، زمانی که او حقیقت وضعیت خود را نمی داند. اما این بطلان، بطلان نسبی است که تنها به نفع شخص ثالث ایجاد شده است و او می تواند از آن استفاده کند. با ابطال قرارداد، وضعیت متعاقبین به قبل از انعقاد قرارداد برمی گردد، علاوه بر آن شخص ثالث می تواند تقاضای جبران خسارت را بر اساس قواعد مسئولیت مبتنی بر تقصیر داشته باشد.^{۴۴}

اختیار دوم این است در صورتی که شخص ثالث دارای حسن نیت، تطبیق نظریه ظاهر را مطالبه کند، با فراهم بودن شرایط اعمال نظریه ظاهر، قرارداد در برابر مالک وضعیت قانونی نافذ است. در برابر مالک وضعیت ظاهری نیز تعهدات قائم به شخص قرارداد نافذ است. به عبارتی دیگر، قرارداد نسبت به هر دو مالک وضعیت قانونی و مالک وضعیت ظاهری نافذ می گردد منتها مبنای نفوذ برای مالک وضعیت قانونی بر اساس نظریه ظاهر خواهد بود و برای مالک وضعیت ظاهری بر اساس قرارداد منعقد شده.^{۴۵}

۳/۵ رابطه مالک وضعیت قانونی با مالک وضعیت ظاهری

نظریه ظاهر در خصوص رابطه مالک وضعیت قانونی با مالک وضعیت ظاهری کدام حکمی ندارد، لذا باید احکام این رابطه را از قواعد عمومی به دست آورد.

در رابطه بین مالک وضعیت قانونی و مالک وضعیت ظاهری بین دو حالت برای به دست آوردن حکم تفکیک قائل می شویم. حالتی که مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت است و حالتی که مالک وضعیت ظاهری دارای سوءنیت است.

حالت اول: مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت است.

در صورتی که مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت باشد و جاهل به این است که او مالک وضعیت ظاهری است و به حقیقت وضعیت خود باور دارد. در چنین حالتی جایگاه او همانند مالک وضعیت قانونی خواهد بود. مثلاً زمانی که حکم موت فرضی غائب مفقودالاثر توسط محکمه صادر می گردد، او با صدور این حکم موت فرضی ارث می برد واقعاً هم نمی داند

۴۴. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۲۱۹-۲۲۰.

۴۵. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۲۲۰.

که مورث زنده است. اگر در چنین حالتی در سهم الارث خود تصرف نماید و بعد از تصرف مورث زنده ظاهر گردد، تصرفات او صحیح تلقی می‌گردد و کدام ضمانتی بر او نیست. یا اینکه وکیل ظاهری که موکل او را عزل نموده است ولی خبر عزل را به اطلاع او نرسانیده است، وکیل معامله نماید با این تصور که هنوز وکالت او پابرجاست و به پایان نرسیده است. معامله او صحیح است و کدام ضمانتی بر او نیست.

به‌طور خاص رابطه مالک وضعیت ظاهری با مالک وضعیت قانونی را حالتی که موضع قرارداد مالک وضعیت ظاهری با ثالث مال باشد چنین می‌توان مورد تجزیه و تحلیل قرار داد:

۱. رد ثمن: مطابق نظریه ظاهر، معامله مالک وضعیت ظاهری با ثالث نافذ است کلیه تعهدات قراردادی از جمله ثمن به مالک وضعیت قانونی تحمیل می‌گردد. در صورتی که مالک وضعیت ظاهری ثمن معامله را دریافت کرده باشد باید آن را به مالک وضعیت قانونی مسترد دارد. اگر مالک وضعیت ظاهری مال را به کم‌تر از ارزش واقعی اش فروخته باشد تعهد او تنها رد ثمن است. بیش از آن کدام ضمانتی بر او نیست مالک وضعیت قانونی حتی نمی‌تواند مابه‌التفاوت را از مالک وضعیت ظاهری مطالبه کند. ماده ۲۲۹۰ قانون مدنی افغانستان چنین حکم می‌کند: «هرگاه مال مسروقه یا گم‌شده در حیات شخص دست‌یاب شود و مال مذکور را با حسن نیت از بازار به مزایده علنی یا از تاجری که در امثال آن تجارت دارد، خریداری نموده باشد، ثمن تأدیه شده را در صورتی که مال مسروقه باشد، از فروشنده و در صورتی که مال گم شده باشد از شخصی که به استرداد آن می‌پردازد، مطالبه نماید.»

۲. ضمان عین: در خصوص عین نیز کدام ضمانتی بر مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت نیست. مالک وضعیت ظاهری باید عین را به مالک وضعیت قانونی مسترد دارای در صورتی که عین وجود داشته باشد، اما اگر تلف شده باشد یا اینکه ناقص شده باشد بر او کدام ضمانتی نیست. در این خصوص ماده ۲۲۹۷ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد: «هرگاه حایز با حسن نیت در حدودی که حق خود پندارد، استفاده نماید، در مقابل شخصی که با رد شیء به او مکلف می‌شود از هر نوع تعویض به سبب این استفاده مسئول شناخته نمی‌شود، هم‌چنین از عواقب از بین رفتن و تلف شدن شیء مذکور مسئول پنداشته نمی‌شود، مگر در حدودی که از آن ناحیه به او مفادی تعلق گرفته باشد.»

۳. ضمان منافع: مالک وضعیت ظاهری با حسن نیت ضامن منافع استفاده شده یا فوت شده

در مقابل مالک وضعیت قانونی نیست، او ملزم نیست که بدل منافع را به مالک وضعیت قانونی رد نماید. ماده ۲۲۹۱ قانون مدنی در این خصوص چنین بیان می‌دارد: «حایز با حسن نیت مالک ثمر و آنچه در حیات اوست، شناخته می‌شود. ثمر طبیعی یا صنعتی از تاریخ جمع‌آوری آن قبض شده تلقی می‌گردد، مگر ثمر مدنی روز به روز قبض شده شمرده می‌شود.»

۴. استرداد مصارف: مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت می‌تواند مصارفی را که برای اداره مال متحمل شده است از مالک وضعیت قانونی مطالبه کند. ماده ۲۲۹۳ قانون مدنی در این خصوص چنین بیان می‌دارد: «مالکی که ملکیت به او رد می‌شود، مکلف است تمام مصارف ضروری را که حایز به حسن نیت به مصرف رسانیده است به او بپردازد، و در مورد مصارف نافع احکام مواد (۲۲۰۵ و ۲۲۰۶) این قانون تطبیق می‌گردد.»

حالت دوم: مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت.

در حالتی که مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت باشد یعنی اینکه بداند در حقی که تصرف می‌کند متعلق به او نیست یا اینکه دارای اختیار قانونی برای تصرف نیست. اصل بر این است که حقوق از شخص دارای سوء نیت حمایت نمی‌کند و با شدت با چنین شخصی برخورد می‌کند. به طور خاص رابطه مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت با مالک وضعیت قانونی در حالتی که موضوع قرارداد مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت با شخص ثالث مال باشد، چنین قابل تجزیه و تحلیل است.

۱. رد ارزش واقعی مال: هر چند طوری که قبلاً بیان گردید از آثار نظریه ظاهر این است که مالک وضعیت قانونی به قراردادی که مالک وضعیت ظاهری با شخص ثالث منعقد نموده است ملتزم است اما این بدان معنا نیست که به ثمن معامله نیز ملتزم و حق رجوع به مالک وضعیت ظاهری را نداشته باشد. مالک وضعیت قانونی ثمن معامله را در صورتی که ثالث به مالک وضعیت ظاهری نپرداخته باشد از او دریافت می‌کند. در صورتی که شخص ثالث ثمن را به مالک وضعیت ظاهری پرداخت نموده باشد مالک وضعیت ظاهری باید آن را به مالک وضعیت قانونی مسترد دارد. در صورتی که ثمن از ارزش واقعی مال بیش‌تر باشد تمام آن متعلق به مالک وضعیت قانونی است، اما در صورتی که ثمن کمتر از ارزش واقعی مال باشد در این صورت مبلغ پیش‌بینی شده در قرارداد را بر اساس قرارداد دریافت می‌کند، مابقی را بر اساس مسئولیت مدنی از مالک وضعیت ظاهری دریافت می‌کند.

۲. ضمان تلف عین: مالک وضعیت ظاهری دارای سوءنیت ضامن تلف عین یا نقصان عین نیز می باشد. طوری که ماده ۲۲۹۸ قانون مدنی در این خصوص چنین بیان می دارد: «هرگاه حایز دارای سوءنیت باشد، از بین رفتن و تلف شدن شیء گرچه از اسباب غیر مترقبه نشأت کرده باشد، مسئول شناخته می شود. مگر اینکه ثابت کند که اگر شیء مذکور نزد مالک آن هم می بود، از بین می رفت یا تلف می گردید.»

۳. ضمان منافع: مالک وضعیت ظاهری نه تنها ضامن منافع استفاده شده است و باید بدل آن را به مالک وضعیت قانونی رد نماید بلکه باید بدل منافع را نیز باید به وی مسترد دارد. در این خصوص ماده ۲۲۹۲ قانون مدنی چنین بیان می دارد: «حایزی که دارای سوء نیت باشد، از تاریخ به میان آمدن نیت سوء از تمامی ثمری که قبض نموده و یا در قبض آن تقصیر به عمل آورده است، مسئول شناخته می شود.»

۶. مصادیق نظریه ظاهر در قانون مدنی

علی رغم اینکه نظریه ظاهر در قانون مدنی به طور صریح به رسمیت شناخته نشده است. اما با مراجعه به قانون مدنی می توان موارد متعددی را یافت که بر اساس نظریه ظاهر توجیه پذیر می گردند. این مواد را می توان چنین نام برد.

۱. ماده ۵۴۰ قانون مدنی: «هرگاه نائب و طرف مقابل عقد قبل از ختم میعاد نیابت در حین عقد واقف نباشد، آثار ناشی از آن به اصیل و یا قائم مقام وی تعلق می گیرد.»

۲. ماده ۹۰۹ قانون مدنی: «هرگاه دین به غیر دائن یا غیر وکیل او پرداخته شود، مدیون بری الذمه شناخته نمی شود مگر اینکه پرداخت دین را تأیید نماید و یا دین با حسن نیت به شخصی پرداخته شده باشد که در ظاهر حال مستحق آن شناخته شود.»

۳. فقره ۳ ماده ۸۳۵ قانون مدنی: «اگر خلفی که مال از طرف مدیون به وی انتقال نموده، آن را در مقابل عوض به خلف دیگری انتقال بدهد، دائن نمی تواند به عدم انفاذ تصرف تمسک نماید، مگر اینکه خلف دوم هنگام تصرف مدیون با خلف اول در عقد معاوضه به تقلب مدیون یا در عقد بدون عوض به افلاس او علم داشته باشد.»

۴. ماده ۲۲۸۸ قانون مدنی: «(۱) شخصی که مال منقول یا حق عینی را بر مال منقول یا سندی که به نام حامل آن اعتبار داشته باشند به استناد اسباب صحیح توأم با حسن نیت مالک شود، مالک آن شناخته می شود. (۲) سبب صحیح به سندی اطلاق می شود که از طرف غیر مالک

یا غیر صاحب حق، صادر شده باشد.»

۵. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی: «احکام مواد سه گانه فوق به ضرر شخص ثالث که به مقابل عوض،

حق عینی را علیه عین مبیعه کسب نموده باشد، تطبیق نمی شود.»

۱. ماده ۱۸۳۸ قانون مدنی: «هرگاه رهن از طرف مالک صادر شده باشد که سند ملکیت او باطل،

فسخ، لغو، زایل یا به سبب دیگر بی اعتبار گردد، رهن به منفعت دائن رهن گیرنده باقی می ماند مشروط بر اینکه حین انعقاد عقد رهن، دائن دارای حسن نیت باشد.» نتیجه گیری:

۱. در حقوق افغانستان در خصوص ظاهر به طور عام و نظریه ظاهر به طور خاص نظریه پردازی

نشده است. عموم قضات محاکم، حقوقدانان و وکلای مدافع با این نظریه آشنایی ندارند.

نظریه ظاهر می تواند در حوزه های وسیعی چون حقوق مدنی، حقوق تجارت، حقوق اداری

مورد نظریه پردازی قرار گیرد.

۲. ظاهر در حقوق می تواند دارای دو نقش اثباتی و ثبوتی باشد. در نقش اثباتی ظاهر چیزی را

به اثبات می رساند و در نقش ثبوتی حقی را ایجاد می کند و تعهدی را به وجود می آورد. به

تعبیری دیگر ظاهر در نقش اثباتی اش طریقت دارد و در نقش ثبوتی اش موضوعیت. ظاهر

در ابتدای ورودش به عالم حقوق نقشی اثباتی داشته است و هنوز هم همین نقش را بازی

می کند. اما نقش اثباتی ظاهر در قالب نظریه ظاهر بعدها مورد شناسایی قرار گرفته است.

نظریه ظاهر که نقش اثباتی ظاهر را ایفاء می کند توانسته است جایگاه بالاتری را برای خود

اختصاص دهد در کنار اسباب ایجاد حق و تکلیف قرار گیرد. یعنی همانند عقد که از جمله

اسباب ایجاد حق و تکلیف است و برای اشخاص حق و تکلیفی را به وجود می آورد. نظریه

ظاهر نیز این قابلیت را دارد که حقی یا تکلیفی را ایجاد کند.

۳. نظریه ظاهر نقشی تعادلی بین دو امنیت را ایجاد می کند. امنیت ایستا که در آن از حقوق

مالکیت وضعیت قانونی حمایت صورت می گیرد و دیگری امنیت پویا که در آن از تحرک

اقتصادی، ثبات معاملات و نظم عمومی اقتصادی و حقوق اشخاص ثالث حمایت به عمل

می آورد. به عبارتی در نظریه ظاهر دو نفع متعارض باید به تعادل برسد. نفع فردی و نفع

اجتماعی. نفع فردی همانا تضمین و حفظ حقوق مالکیت وضعیت قانونی و نفع اجتماعی

یعنی تضمین کارآمدی معاملات و حرکت اقتصادی جامعه.

۴. نظریه ظاهر دارای اثر بر روی رفتار مالکیت وضعیت قانونی نیز می گذارد به گونه ای که نظریه

ظاهر باعث می گردد این دسته از اشخاص برای حفظ حقوق خود سعی و تلاش بیشتری

- به خرج دهند و حمایت از حقوق خود را تنها به قواعد حقوقی و دولت نسپارند.
۵. در نظریه ظاهر، مطابقت ظاهر با واقع فرض می‌شود. ظاهر همانند واقع عمل می‌کند؛ یعنی هر آنچه از واقع به وجود می‌آید معادل آن از ظاهر نیز به وجود می‌آید. این همانا جنبه ثبوتی نظریه ظاهر را به نمایش می‌گذارد.
۶. با پذیرش نظریه ظاهر در نظام حقوقی، هست‌های خارجی بر بایدهای حقوقی غلبه پیدا می‌کنند، یا به عبارتی وقایع خارجی بر قواعد حقوقی حاکمیت پیدا می‌کنند. هم‌چنین نظریه ظاهر در بحث مالکیت نتیجه‌اش نیز این خواهد شد که نظریه ظاهر باعث می‌گردد که مالکیت چهره اجتماعی پیدا کند و با مقتضیات اجتماعی سازگار شود و این نتیجه امنیت پویا است.
۷. پذیرش نظریه ظاهر نتایجی را به بار می‌آورد که برخلاف برخی از قواعد مسلم حقوقی است. نظیر اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، امتناع اعطای شی و انتقال حق از شخص فاقد شی و حق، موقوف بودن عمل حقوقی که در آن رضایت مالک اصلی حق وجود ندارد. با این حال در تحقیق دیده شد که قانون‌گذار در برخی از مواد قاعده حقوقی خود را بر اساس نظریه ظاهر انشاء نموده است.
۸. نظریه ظاهر تحول و تطور ظاهر را به نمایش می‌گذارد به گونه‌ای که ظاهر در ابتدا و هم‌اکنون نقشی اثباتی در حقوق ادله داشته است. بعداً نظر به نیازهای جامعه، امنیت معاملات، حمایت از اشخاص ثالث دارای حسن نیت، سرعت در گردش ثروت نقش ثبوتی هم برای آن افزوده شده است و از جمله قواعد ماهوی نیز به شمار می‌آید.

فهرست منابع:

الف- کتب و پایان نامه‌ها

۱. ابو زهره محمد، احکام التركات و الموارث (قاهره، دارالفکر العربی، ۱۹۴۹).
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف علوم اسلامی (جلد ۲، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۱).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط (جلد ۳، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸).
۴. شوقی محمد صلاح، نظریه الظاهر فی القانون المدنی (القاهره، ناشر دارالفکر العربی، ۲۰۰۲).
۵. عبدالباسط جمیع، نظریه الاوضاع الظاهره (رساله مقدمه لکلیه حقوق، القاهره، ۱۹۵۵).
۶. غزالی ابو حامد محمد، المستعفی من علم الاصول (جلد اول، تهران، نشر احسان، ۱۳۸۲).
۷. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط (جلد ۴، درالجبل، بیروت، ۱۹۸۰).
۸. کاتوزیان ناصر، مقدمه علم حقوق (چاپ ۳۶، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲).
۹. نعیمه علیان نژادی، تئوری ظاهر در حقوق خصوصی ایران (پایان نامه ماستری، ۱۳۹۱، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان).

10. Shavell Steven, Foundation of Economic Analysis of Law, (Harvard University Press, 2004).

ب- مقالات

۱. افتخار جهرمی گودرز و شهبازی نیا مرتضی، بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا، (مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۰، بهار ۱۳۸۳).
۲. امینی منصور و عبدی مونا، بررسی تطبیقی- اقتصادی نظریه نمایندگی ظاهری، مطالعات حقوق تطبیقی، (دوره ۶، شماره ۱، تهران، بهار و تابستان ۱۳۹۴).
۳. عبدالباسط جمیع، الوكالة الظاهره، مجله العلوم القانونیه و الاقتصادیه، (العدد الثانی، السنه الخامسه، القاهره، ۱۹۶۳).
۴. نادر پورارشاد، ربیعا اسکینی، نجاد علی الماسی، مرتضی شهبازی نیا، نظریه ظاهر مطالعه در حقوق خارجی و ایران، مدرس علوم انسانی، پژوهش های حقوق تطبیقی، (دوره ۱۴، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹).
۵. نسرین طباطبایی حصاری، وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای تئوری اعتماد عمومی، مطالعات حقوق تطبیقی، (دوره ۵، شماره ۲، تهران، خزان و زمستان ۱۳۹۳).